

ROYAUME DE BELGIQUE

Avis 37.893/2

DE LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par la Vice-Première Ministre et Ministre de la Justice, le 10 décembre 2004, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi "tendant à privilégier l'hébergement égalitaire de l'enfant dont les parents sont séparés et réglementant l'exécution forcée en matière d'hébergement d'enfant", a donné le 5 janvier 2005 l'avis suivant :

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique de l'avant-projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, l'avant-projet appelle les observations ci-après.

Dispositif

Article 2

1. Suivant l'alinéa 1^{er} du paragraphe 2 en projet,

"Lorsque les parents ne vivent pas ensemble, et que le tribunal est saisi de leur litige, l'accord des parents sur les modalités de l'hébergement est homologué par le tribunal sauf s'il est manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant."

Le commentaire de cet alinéa dans l'exposé des motifs précise notamment que :

"En vertu de l'alinéa premier, l'accord des parents doit être privilégié. Ce sont eux qui sont les meilleurs juges de la solution qui convient pour gérer l'hébergement de l'enfant. Au demeurant, sauf paradoxalement lors de la procédure de divorce par consentement mutuel (c. jud., art. 1288 et ss.), les parents qui se séparent ne sont pas tenus de soumettre aux tribunaux le contenu de leurs accords. De nombreuses situations de séparation ne font ainsi l'objet d'aucun contrôle judiciaire a priori, sans préjudice de l'intervention des autorités compétentes lorsqu'un enfant mineur est en danger."

Ce commentaire laisse penser que l'accord entre les parents sur les modalités d'hébergement de l'enfant devra être soumis à l'homologation judiciaire dans tous les cas, dès lors qu'ils ne vivent plus ensemble, alors que le dispositif ajoute :

"(...), et que le tribunal est saisi de leur litige, (...)",

ce qui semble impliquer que l'accord sur les modalités d'hébergement ne sera soumis à l'homologation judiciaire que s'il existe, par ailleurs, entre les parents, un différend suscitant un litige dont est saisi le juge en application de l'article 374 du Code civil, dont le texte actuel formera le premier paragraphe, précédant directement l'alinéa commenté.

Si telle est effectivement l'intention, il convient alors de faire ressortir du commentaire que cette homologation judiciaire ne sera requise que si le juge est par ailleurs saisi d'un litige en application de ces dispositions, de sorte qu'il ne sera, à l'inverse, pas nécessaire de le saisir à seule fin d'obtenir cette homologation.

En toute hypothèse, l'apparente contradiction, relevée ci-dessus, entre le dispositif et son commentaire, doit être levée.

2. Le commentaire, dans l'exposé des motifs, de l'alinéa 2 du paragraphe 2 en projet, indique notamment, au sujet de l'hébergement égalitaire, qu'

"Il est précisé que l'un des parents doit en faire la demande, et ceci afin d'éviter que le juge n'impose cette solution alors qu'aucun des parents ne sollicite l'hébergement alterné."

Selon le délégué du ministre, c'est en raison d'un oubli que cette précision ne figure pas dans le dispositif; il se propose dès lors, pour y remédier, d'insérer dans l'alinéa en projet les mots "et si l'un des parents en fait la demande," entre les mots "conjointe," et "le tribunal".

Article 3

1. De l'accord du délégué du ministre, il y a lieu d'omettre, dans l'alinéa 3 en projet de l'article 387*bis* du Code civil, les mots ", le cas échéant,".

2. Les alinéas 3 et 4 en projet de l'article 387*bis* du Code civil ont deux objets distincts, comme le confirme l'exposé des motifs et le commentaire de ces dispositions : l'alinéa 3 en projet fait obligation au tribunal de la jeunesse, lorsqu'il est saisi d'une demande tendant à faire ordonner ou modifier une disposition relative à l'autorité parentale, de statuer à titre provisionnel, sauf accord des parties et du procureur du Roi en sens contraire, la cause devant dans ce cas être réexaminée à une audience ultérieure, dans un délai n'excédant pas un an; l'alinéa 4 en projet instaure par ailleurs un mécanisme de saisine permanente du tribunal de la jeunesse jusqu'à ce que les enfants concernés soient émancipés ou aient atteint l'âge de la majorité légale.

.../...

Alors que, pour la saisine permanente, l'alinéa 4 en projet prévoit qu'

"(...) en cas d'élément nouveau, (la cause) peut être ramenée devant le tribunal par conclusions ou par demande écrite, déposée ou adressée au greffe",

rien n'est prévu à l'alinéa 3, in fine, en projet quant à la procédure selon laquelle la cause est à nouveau soumise au tribunal dans le délai d'un an de la mesure préalable en vue du réexamen de cette dernière. Compte tenu de ce que, selon le système envisagé, ce réexamen est obligatoire, il ne semble pas qu'il puisse être laissé aux parties d'en prendre l'initiative; il semble au contraire que ce soit dans le jugement réglant provisoirement la situation des parties que doit être mentionnée la date à laquelle la cause sera réexaminée. Si telle est bien l'intention de l'auteur de l'avant-projet, celui-ci gagnerait à être complété en ce sens.

Article 4

Le délégué du ministre se propose d'insérer dans l'article 387*ter*, § 2, alinéa 1^{er}, en projet, les mots "et sans préjudice du recours à l'article 584 du Code judiciaire," entre les mots "nécessité," et "l'autorisation", afin d'indiquer que l'autorisation de recourir à des mesures de contrainte peut également être sollicitée par voie de référé.

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	président de chambre,
	P. VANDERNOOT,	conseillers d'État,
	J. JAUMOTTE,	
Madame	A.-C. VAN GEERSDAELE,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. J.-L. PAQUET, premier auditeur.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

A.-C. VAN GEERSDAELE

Y. KREINS

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 37.893/2

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 10 december 2004 door de Vice-Eerste Minister en Minister van Justitie verzocht haar, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een voorontwerp van wet "tot het bevoorrechten van een gelijkmatig verdeelde huisvesting van het kind van wie de ouders gescheiden zijn en tot regeling van de gedwongen tenuitvoerlegging inzake huisvesting van het kind", heeft op 5 januari 2005 het volgende advies gegeven :

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 1°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals het is vervangen bij de wet van 2 april 2003, beperkt de afdeling wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het voorontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat deze drie punten betreft, geeft het ontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

Dispositief

Artikel 2

1. De ontworpen paragraaf 2, eerste lid, luidt als volgt:

"Ingeval de ouders niet samenleven en hun geschil bij de rechtbank aanhangig wordt gemaakt, wordt de overeenstemming van de ouders over de wijze waarop het kind wordt gehuisvest door de rechtbank gehomologeerd, tenzij de overeenstemming kennelijk strijdig is met het belang van het kind".

In de bespreking van dat lid in de memorie van toelichting wordt inzonderheid het volgende bepaald:

"Krachtens het eerste lid moet aan de overeenstemming van de ouders voorrang worden gegeven. Zij kunnen het best oordelen over de passende oplossing voor de huisvesting van het kind. Afgezien daarvan zijn ouders die uit elkaar gaan niet verplicht aan de rechtbanken de inhoud van hun overeenstemming voor te leggen, tenzij, paradoxaal genoeg, bij een procedure van echtscheiding door onderlinge toestemming (artikel 1288 en volgende van het Gerechtelijk Wetboek). Talrijke situaties van scheidingen zijn dus aan geen enkele rechterlijke controle a priori onderworpen, onverminderd het optreden van de bevoegde overheden ingeval een minderjarig kind in gevaar is".

Die passage wekt de indruk dat het akkoord van de ouders over de nadere regels voor de huisvesting van het kind in alle gevallen ter homologatie aan de rechter moet worden voorgelegd wanneer zij niet meer samenleven, terwijl in het dispositief het volgende wordt gepreciseerd:

"(...) en hun geschil bij de rechtbank aanhangig wordt gemaakt, (...)",

hetgeen lijkt te impliceren dat het akkoord over de nadere regels voor de huisvesting alleen ter homologatie aan de rechter behoeft te worden voorgelegd als er voor het overige tussen de ouders een meningsverschil bestaat dat aanleiding geeft tot een geschil dat bij de rechter aanhangig is gemaakt met toepassing van artikel 374 van het Burgerlijk Wetboek, van welk artikel de huidige tekst paragraaf 1 wordt, een paragraaf die onmiddellijk voorafgaat aan het lid dat hier wordt besproken.

Als zulks inderdaad de bedoeling is, dient in de bespreking duidelijk te worden aangegeven dat die homologatie door de rechter alleen vereist is wanneer voor het overige met toepassing van die bepalingen bij de rechter een geschil aanhangig is, zodat het, omgekeerd, niet nodig is zich tot de rechter te wenden met als enige bedoeling die homologatie te verkrijgen.

De ogenschijnlijke contradictie tussen het dispositief en de bespreking ervan, waarop hiervoren is gewezen, dient hoe dan ook te worden opgeheven.

2. In de bespreking van de ontworpen paragraaf 2, tweede lid, in de memorie van toelichting wordt in verband met de gelijkmatig verdeelde huisvesting inzonderheid het volgende aangegeven:

"Er is nader bepaald dat een van de ouders hierom moet verzoeken, zulks om te voorkomen dat de rechter deze oplossing oplegt terwijl geen van de ouders om beurtelingse huisvesting verzoekt".

Volgens de gemachtigde van de Minister is het aan een onachtzaamheid te wijten dat die precisering niet in het dispositief voorkomt; hij is dan ook voornemens om dat te verhelpen door in het ontworpen lid de woorden "en zo een van de ouders daarom verzoekt" in te voegen tussen de woorden "gezag" en "onderzoekt de rechtbank".

Artikel 3

1. De gemachtigde van de minister is het ermee eens dat in het ontworpen derde lid van artikel 387*bis* van het Burgerlijk Wetboek de woorden "in voorkomend geval" dienen te vervallen.

2. Met het ontworpen derde en vierde lid van artikel 387*bis* van het Burgerlijk Wetboek worden twee aparte doelstellingen nagestreefd, zoals bevestigd wordt door de memorie van toelichting en de bespreking van die bepalingen: in het ontworpen derde lid wordt aan de jeugdrechtbank waarbij een vordering aanhangig is die ertoe strekt een beschikking betreffende het ouderlijk gezag te laten opleggen of wijzigen, de verplichting opgelegd om, tenzij de partijen en de procureur des Konings een overeenstemming in tegengestelde zin hebben bereikt, te beslissen over een voorlopige regeling, in welk geval de zaak binnen een termijn van niet meer dan een jaar tijdens een latere zitting opnieuw moet worden onderzocht; bij het ontworpen vierde lid wordt daarnaast een regeling ingevoerd waarbij de zaak bij de jeugdrechtbank aanhangig blijft totdat de kinderen in kwestie ontvoegd zijn of de leeftijd van de wettelijke meerderjarigheid hebben bereikt.

Terwijl in verband met het aanhangig blijven in het ontworpen vierde lid wordt bepaald dat

"(...) in geval van nieuwe elementen, (...) de zaak opnieuw voor de rechtbank (kan) worden gebracht bij conclusie of bij een schriftelijk verzoek dat wordt neergelegd bij of gericht is aan de griffie",

wordt in het ontworpen derde lid, in fine, niets bepaald over de procedure volgens welke de zaak opnieuw aan de rechtbank wordt voorgelegd binnen de termijn van een jaar na de voorafgaande maatregel met het oog op het heronderzoek ervan. Aangezien dat heronderzoek volgens de voorgestelde regeling verplicht is, kan de zorg om daartoe het initiatief te nemen blijkbaar niet aan de partijen worden overgelaten; integendeel, blijkbaar moet in het vonnis waarbij de situatie van de partijen voorlopig wordt geregeld, worden vermeld op welke datum de zaak opnieuw zal worden onderzocht. Als zulks inderdaad de bedoeling van de steller van het voorontwerp is, zou het voorontwerp het best in die zin worden aangevuld.

.../...

Artikel 4

De gemachtigde van de Minister neemt zich voor in het ontworpen artikel 387*ter*, § 2, eerste lid, de woorden "en onverminderd de toepassing van artikel 584 van het Gerechtelijk Wetboek" in te voegen tussen de woorden "noodzaak" en "kan bij eenzijdig verzoekschrift" teneinde aan te geven dat de toestemming om gebruik te maken van dwangmaatregelen ook in kort geding kan worden gevorderd.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	Y. KREINS,	kamervoorzitter,
	P. VANDERNOOT,	staatsraden,
	J. JAUMOTTE,	
Mevrouw	A.-C. VAN GEERSDAELE,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. J.-L. PAQUET, eerste auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en Nederlandse de tekst werd nagezien onder toezicht van de H. J. JAUMOTTE.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

A.-C. VAN GEERSDAELE

Y. KREINS