

KV

ROYAUME DE BELGIQUE

Avis 40.053/2

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 15 mars 2006, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi "insérant un article 391^{sexies} dans le Code pénal et modifiant l'article 146^{bis} du Code civil en vue d'incriminer et d'élargir les moyens d'annuler le mariage forcé", a donné le 10 avril 2006 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

(article 391sexies, en projet, du Code pénal)

L'article 391sexies, en projet, du Code pénal punit

"Toute personne qui, par des violences ou des menaces, aura contraint quelqu'un à contracter un mariage".

La question se pose de savoir si le droit commun ne punit pas déjà toute personne qui, par des violences ou des menaces, contraint une autre à faire quelque chose, par exemple à se marier.

Une série de violences sont punies comme telles, indépendamment du but poursuivi ou du milieu où elles se produisent : coups et blessures, harcèlement, viol, enlèvement, séquestration, torture, traitement inhumain et dégradant, etc. Si ces infractions sont commises en vue de contraindre quelqu'un à se marier, elles seront bien évidemment également sanctionnées.

Quant aux menaces d'attentat contre les personnes ou contre les propriétés, elles sont punies par les articles 327 à 331bis du Code pénal.

Rien n'interdit au législateur de prévoir une infraction distincte, punissable d'une peine unique et spécifique, à savoir le fait de contraindre quelqu'un, par des violences ou des menaces, à se marier, de la même manière qu'il existe une infraction

.../...

d'attentat à la pudeur commis avec violences ou menaces (article 373 du Code pénal) et de vol à l'aide de violences ou de menaces (article 468 du Code pénal) ⁽¹⁾.

Il ne serait pas inutile cependant que l'exposé des motifs explique pour quelle raison le législateur estime que les dispositions actuelles du Code pénal "sont insuffisantes pour lutter contre le phénomène des mariages forcés".

2. À l'incrimination du mariage forcé doit correspondre une sanction en droit civil.

En droit belge, il résulte des articles 146 et 180 du Code civil qu'un mariage forcé, c'est-à-dire un mariage dans lequel le consentement de l'un des époux a été vicié par la violence, est nul.

En vertu de l'article 46 du Code de droit international privé, les conditions de validité du mariage sont régies, pour chacun des époux, par le droit de l'État dont il a la nationalité au moment de la célébration du mariage.

Cependant, en vertu de l'article 21 du même Code, l'application d'une disposition du droit étranger désigné par le Code est écartée dans la mesure où elle produirait un effet manifestement incompatible avec l'ordre public. Il s'agit de la notion d'ordre public international belge.

Il appartiendra au juge d'écarter une loi étrangère ne faisant pas du libre consentement des époux une condition de validité du mariage.

⁽¹⁾ Il est parfois difficile de déterminer si les violences et les menaces sont des éléments constitutifs d'une infraction spécifique ou des circonstances aggravantes. En l'espèce, il s'agit clairement d'éléments constitutifs d'une infraction spécifique.

Article 3

(article 146*bis*, en projet, du Code civil)

1. L'article 146 du Code civil prévoit :

"Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement."

L'article 180, alinéa 1^{er}, du Code civil prévoit :

"Le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des deux époux, ou de l'un d'eux, ne peut être attaqué que par les époux, ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre".

Il résulte déjà de ces deux articles ⁽²⁾ qu'est nul un mariage forcé, c'est-à-dire un mariage dont le consentement d'au moins l'un des époux est vicié par la violence.

"Par violence, il faut entendre toute contrainte physique, matérielle ou morale, exercée sur l'un des futurs époux, contrainte telle que, sans celle-ci, l'intéressé n'aurait pas donné son consentement. Elle vicie le mariage, quelle que soit la personne par laquelle elle est exercée ⁽³⁾" ⁽⁴⁾.

En conséquence, il n'est pas nécessaire de légiférer pour préciser qu'

"Il n'y a pas non plus de mariage lorsque (...) le consentement d'au moins un des époux a été donné sous la violence ou la menace."

⁽²⁾ Sur les difficultés, nées de l'arrêt de la Cour de cassation du 28 mai 1958, relatives à l'interprétation du rapport existant entre ces deux articles et à la nature de la nullité qu'ils entraînent, voir . H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. 2, Vol. I, par J.-P. MASSON, Bruxelles, Bruylant, 1990, n° 507, pp. 531 et s.; D. STERCKX, *Le mariage en droit civil*, Rép. not., Tome I, Livre IX, n° 261 et s., pp. 163 et s.

⁽³⁾ Code civil, art. 1111.

⁽⁴⁾ D. STERCKX, *Le mariage en droit civil*, Rép. not., Tome I, Livre IX, n° 11, p. 102.

L'ajout d'une nouvelle disposition risque de poser des questions quant à la portée des articles 146 et 180 du Code civil, qui, lus conjointement, prohibent déjà le mariage forcé.

2. Il semble résulter de l'exposé des motifs que l'article 3 aurait eu, en réalité, pour objet de donner au ministère public le droit de réclamer la nullité d'un mariage forcé devant les tribunaux civils ⁽⁵⁾.

En effet, l'article 184 du Code civil dispose que tout mariage contracté en violation, notamment, de l'article 146*bis* peut être attaqué soit par les époux eux-mêmes, soit par tous ceux qui y ont intérêt, soit par le ministère public.

Dès lors, en visant le mariage forcé dans un second alinéa de l'article 146*bis*, il devient possible au ministère public d'en réclamer l'annulation.

Une telle manière de procéder n'est cependant pas pertinente.

Si l'avant-projet entend permettre au ministère public et, éventuellement, à tous ceux qui y ont intérêt, de demander l'annulation d'un mariage forcé, il convient de le mentionner expressément à l'article 184 (par exemple dans un second alinéa) et non en répétant, à l'article 146*bis*, une règle déjà consacrée par les articles 146 et 180 du Code civil.

3. Si l'avant-projet entend donner au ministère public la possibilité de demander, par voie d'action, la nullité d'un mariage forcé, il n'en expose pas les raisons.

Le Conseil d'État suppose qu'il s'agit de venir en aide au conjoint dont le consentement a été vicié et qui, compte tenu des violences et des menaces qui ont déjà été exercées contre lui, pourrait ne pas oser introduire lui-même l'action en nullité.

⁽⁵⁾ Selon l'exposé des motifs "(...) le Code civil doit conférer au ministère public le droit de réclamer la nullité d'un mariage forcé devant les tribunaux civils (article 184 du Code civil)".

Il convient, si cela correspond à l'intention de l'auteur de l'avant-projet, de le préciser dans l'exposé des motifs.

4.1. Le Conseil d'État se demande si en permettant au ministère public et à "tous ceux qui y ont intérêt" (article 184 du Code civil) d'attaquer le mariage forcé, l'auteur de l'avant-projet entend faire de la nullité sanctionnant le mariage forcé une nullité absolue, avec les autres conséquences que cela implique ⁽⁶⁾. En effet, la possibilité donnée à tout tiers intéressé, y compris le ministère public, d'invoquer une nullité est une caractéristique des nullités absolues ⁽⁷⁾.

4.2. Si l'auteur de l'avant-projet entend sanctionner le mariage forcé d'une nullité absolue, le Conseil d'État se demande si l'article 181 du Code civil sera encore applicable. Cet article dispose :

"Dans le cas de l'article précédent, la demande en nullité n'est plus recevable toutes les fois qu'il y a eu cohabitation continuée pendant six mois, depuis que l'époux a acquis sa pleine liberté ou que l'erreur a été par lui reconnue."

En droit commun, la possibilité de couvrir une nullité ne s'applique pas aux nullités absolues. Toutefois, en matière de mariage, il existe des nullités absolues qui peuvent se couvrir (voir, par exemple, l'article 185 du Code civil).

4.3. Le droit actuel sanctionne les vices du consentement d'une nullité relative, que ce soit en droit commun ou en droit du mariage. Si l'auteur de l'avant-projet entend sanctionner le mariage forcé par une nullité absolue, il lui appartient, d'une part,

⁽⁶⁾ Il faut cependant tenir compte du fait qu'en matière de mariage la théorie des nullités et la distinction entre nullités absolues et nullités relatives s'écartent du droit commun des nullités (H. DE PAGE, *Op. cit.*, n° 545, C, pp. 564 et 565, D. STERCKX, *Op. cit.*, n° 81, p. 95).

⁽⁷⁾ Cependant, un droit d'action peut être conféré au ministère public "dans les cas spécifiés par la loi" (article 138, alinéa 6, seconde phrase du Code judiciaire) sans que l'on se trouve en présence d'une situation dans laquelle l'ordre public exige son intervention (article 138, alinéa 6, seconde phrase, *in fine*), ni même en présence d'une règle sanctionnée d'une nullité absolue ou d'une règle d'ordre public.

de justifier cette exception dans l'exposé des motifs et, d'autre part, de vérifier qu'aucune interrogation ne subsiste quant au régime qui s'appliquera à cette nullité, notamment en ce qui concerne la couverture de la nullité et sa prescription.

5.1. L'article 146bis, en projet, mentionne des

"présomptions sérieuses et concordantes (qui) démontrent de façon irréfragable que le consentement d'au moins un des époux a été donné sous la violence ou la menace".

Ce faisant, l'avant-projet procède par confusion :

- 1° il pose une règle de fond : il n'y a pas mariage lorsque le consentement d'au moins un des époux a été donné sous la violence ou la menace;
- 2° il use de termes faisant penser au droit de la preuve : "des présomptions sérieuses et concordantes";
- 3° il paraît établir un mécanisme de présomption légale irréfragable : "(...) de façon irréfragable (...)".

Sur ce dernier point, la version française semble résulter d'une erreur, la version néerlandaise mentionnant des présomptions qui démontrent "ontegensprekelijk", c'est-à-dire "incontestablement", que le consentement a été vicié.

5.2. Si des actes de violence ou des menaces ont vicié le consentement, le mariage est nul ⁽⁸⁾. Il ne pourrait y avoir de cas où, nonobstant le vice du consentement résultant de violences ou de menaces, le mariage ne serait pas nul ⁽⁹⁾.

⁽⁸⁾ Sur la question de savoir s'il s'agit d'une nullité absolue ou relative, voir point 4.

⁽⁹⁾ Voir note précédente.

Il semble qu'il ne s'agisse point tant d'une présomption légale irréfragable au sens de l'article 1349 du Code civil, la conséquence que la loi tire d'un fait connu à un fait inconnu, que d'une simple conséquence juridique que la loi attache à un fait connu. Cette distinction importe peu : dans l'un comme dans l'autre cas, il n'y a pas lieu de mentionner, dans l'avant-projet, qu'il y a une présomption irréfragable. La règle, en elle-même, est claire, précise et catégorique.

Il est important de souligner que c'est la nullité du mariage qui est la conséquence de faits établis, prouvés, à savoir que des violences ou des menaces ont eu lieu et qu'elles ont vicié le consentement. Cependant, la lecture de l'article 146*bis*, en projet, pourrait laisser penser que l'auteur de l'avant-projet aurait eu en vue un autre mécanisme : c'est la violence ou le vice du consentement qui serait présumés à partir de certains faits, ce qui est une toute autre question.

5.3. Conformément au droit commun de la preuve, les violences et les menaces ainsi que le vice du consentement qu'elles ont entraîné peut se prouver par "des présomptions graves, précises et concordantes". Il est cependant inutile de le préciser puisqu'il s'agit du droit commun de l'article 1353 du Code civil.

L'on pourrait penser que l'auteur de l'avant-projet a voulu assouplir les règles de la preuve, c'est-à-dire permettre que le mariage soit annulé alors que les faits de violence ou les menaces et le vice du consentement ne sont pas prouvés conformément au droit commun mais seulement par des indices plus faibles que les présomptions "graves précises et concordantes" de l'article 1353 du Code civil.

Cela ne résulte cependant ni du texte de l'avant-projet ni de l'exposé des motifs.

En outre, il faudrait alors justifier, au regard des articles 10 et 11 de la Constitution, que la preuve de la violence en matière de mariage réponde à des règles différentes que la preuve de la violence dans d'autres parties du droit familial, par exemple en matière de reconnaissance d'un enfant (article 330, § 1^{er}, alinéa 2, du Code civil).

Enfin, l'on ne peut admettre qu'une décision de justice ne soit pas fondée sur des faits suffisamment prouvés ⁽¹⁰⁾, spécialement lorsqu'il s'agit d'une décision aussi grave que l'annulation d'un mariage.

5.4. À cet égard, l'ajout de la règle de preuve que contient l'article 146*bis*, en projet, est inutile.

6. Au vu des observations qui précèdent, l'avant-projet doit être fondamentalement repensé.

⁽¹⁰⁾ Dans le même sens, voir l'avis 39.659/2, donné le 30 janvier 2006, sur un avant-projet de loi "réformant le divorce" (Doc. parl., Ch., 2005/2006, 2341/1) et l'avis 32.202/4, donné le 14 novembre 2001, sur un avant-projet devenu la loi du 28 janvier 2003 visant l'attribution du logement familial au conjoint ou au cohabitant légal victime d'actes de violence physique de son partenaire et complétant l'article 410 du Code pénal (Doc. parl., Ch., 2001/2002, 1693/1).

La chambre était composée de

Messieurs	P. LIÉNARDY,	conseiller d'État, président,
Mesdames	Ph. QUERTAINMONT, M. BAGUET,	conseillers d'État,
	A.-C. VAN GEERSDAELE,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. A. LEFEBVRE, auditeur.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

A.-C. VAN GEERSDAELE

P. LIÉNARDY

KV

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 40.053/2

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 15 maart 2006 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 invoeging van een artikel 391^{sexies} in het Strafwetboek en tot wijziging van artikel 146^{bis} van het Burgerlijk Wetboek met het oog op de strafbaarstelling en het uitbreiden van de middelen tot nietigverklaring van het gedwongen huwelijk", heeft op 10 april 2006 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 die drie punten betreft, geeft het voorontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

Dispositief

Artikel 2

(ontworpen artikel 391*sexies* van het Strafwetboek)

Bij het ontworpen artikel 391*sexies* van het Strafwetboek wordt bestraft :

"Hij die iemand door geweld of bedreiging dwingt een huwelijk aan te gaan".

De vraag rijst of iemand die, door geweld of bedreiging, een ander tot iets dwingt, bijvoorbeeld tot een huwelijk, niet reeds door het gemene recht wordt bestraft.

Een aantal gewelddaden worden als zodanig strafbaar gesteld, los van het doel dat met die gewelddaden wordt beoogd of het milieu waarin ze zich voordoen : slagen en verwondingen, belaging, verkrachting, ontvoering, opsluiting, foltering, onmenselijke behandeling en ontterende behandeling, enz. Als die strafbare feiten worden gepleegd om iemand tot een huwelijk te dwingen, worden ze uiteraard ook strafbaar gesteld.

Bedreigingen met een aanslag op personen of op eigendommen worden strafbaar gesteld bij de artikelen 327 tot 331*bis* van het Strafwetboek.

Niets belet de wetgever om een afzonderlijk strafbaar feit in te stellen waarop één enkele, specifieke straf staat, namelijk het feit iemand, door geweld of bedreiging, te dwingen een huwelijk aan te gaan, net zoals "aanranding van de eerbaarheid, met geweld of bedreiging" (artikel 373 van het Strafwetboek) en "diefstal door middel van geweld of bedreiging" (artikel 468 van het Strafwetboek) strafbare feiten zijn ⁽¹⁾.

Het zou evenwel nuttig zijn dat in de memorie van toelichting wordt uitgelegd waarom de wetgever van oordeel is dat de huidige bepalingen van het Strafwetboek "niet volstaan om het verschijnsel van gedwongen huwelijken te bestrijden".

2. Aan de strafbaarstelling van het gedwongen huwelijk moet een civielrechtelijke straf beantwoorden.

In het Belgische recht vloeit uit de artikelen 146 en 180 van het Burgerlijk Wetboek voort dat een gedwongen huwelijk, namelijk een huwelijk waarbij de geldigheid van de toestemming van één van de echtgenoten door geweld is aangetast, nietig is.

Krachtens artikel 46 van het Wetboek van internationaal privaatrecht worden de voorwaarden voor de geldigheid van het huwelijk voor elke echtgenoot beheerst door het recht van de Staat waarvan hij bij de voltrekking van het huwelijk de nationaliteit heeft.

Krachtens artikel 21 van datzelfde Wetboek wordt de toepassing van een bepaling uit het door het Wetboek aangewezen buitenlands recht evenwel geweigerd voorzover zij tot een resultaat zou leiden dat kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde. Het gaat om het begrip Belgische internationale openbare orde.

⁽¹⁾ Het is soms moeilijk te bepalen of geweld en bedreiging bestanddelen van een specifiek strafbaar feit zijn, dan wel verzwarende omstandigheden vormen. In het onderhavige geval gaat het duidelijk om bestanddelen van een specifiek strafbaar feit.

Het zal zaak zijn van de rechter om een buitenlandse wet die de vrije toestemming van de echtgenoten niet als een voorwaarde voor de geldigheid van het huwelijk beschouwt, te weren.

Artikel 3

(ontworpen artikel 146*bis* van het Burgerlijk Wetboek)

1. Artikel 146 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt :

"Er is geen huwelijk wanneer er geen toestemming is."

Artikel 180, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek bepaalt :

"Tegen een huwelijk dat is aangegaan zonder de vrije toestemming van beide echtgenoten of van een van beide echtgenoten, kan alleen worden opgekomen door de echtgenoten of door degene van hen wiens toestemming niet vrij geweest is".

Uit die twee artikelen ⁽²⁾ blijkt reeds dat een gedwongen huwelijk, namelijk een huwelijk waarvan de geldigheid van de toestemming van op zijn minst één van de beide echtgenoten door geweld is aangetast, nietig is.

"Par violence, il faut entendre toute contrainte physique, matérielle ou morale, exercée sur l'un des futurs époux, contrainte telle que, sans celle-ci, l'intéressé n'aurait pas donné son consentement. Elle vicie le mariage, quelle que soit la personne par laquelle elle est exercée ⁽³⁾" ⁽⁴⁾.

⁽²⁾ Zie, in verband met de moeilijkheden die voortvloeien uit het arrest van het Hof van Cassatie van 28 mei 1958 over de interpretatie van het verband tussen die twee artikelen en de aard van de nietigheid die uit die artikelen voortvloeit, H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, deel 2, band I, door J.-P. MASSON, Brussel, Bruylant, 1990, nr. 507, blz. 531 e.v.; D. STERCKX, *Le mariage en droit civil*, Rép. not., Deel I, Boek IX, nr. 261 e.v., blz. 163 e.v.

⁽³⁾ Burgerlijk Wetboek, art. 1111.

⁽⁴⁾ D. STERCKX, *Le mariage en droit civil*, Rép. not., Deel I, Boek IX, nr. 11, blz. 102.

Bijgevolg hoeven geen rechtsregels te worden uitgevaardigd om te preciseren dat :

"Er (...) evenmin een huwelijk (is) wanneer (...) de toestemming van minstens één van de echtgenoten werd gegeven onder geweld of bedreiging."

De toevoeging van een nieuwe bepaling kan vragen doen rijzen bij de strekking van de artikelen 146 en 180 van het Burgerlijk Wetboek die, in onderlinge samenhang gelezen, gedwongen huwelijken reeds verbieden.

2. Uit de memorie van toelichting lijkt te kunnen worden opgemaakt dat artikel 3 in werkelijkheid tot doel zou hebben gehad het openbaar ministerie het recht toe te kennen om de nietigheid van een gedwongen huwelijk te vorderen ten overstaan van de burgerlijke rechtbanken ⁽⁵⁾.

Artikel 184 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt immers dat tegen elk huwelijk dat is aangegaan met overtreding van, onder meer, artikel 146bis kan worden opgekomen door hetzij de echtgenoten zelf, hetzij allen die daarbij belang hebben, hetzij het openbaar ministerie.

De verwijzing in een tweede lid van artikel 146bis naar het gedwongen huwelijk biedt het openbaar ministerie derhalve de mogelijkheid om de nietigverklaring van zo'n huwelijk te vorderen.

Die werkwijze is echter niet ter zake dienend.

Als het voorontwerp ertoe strekt het openbaar ministerie en, eventueel, iedereen die er belang bij heeft, de mogelijkheid te bieden om de nietigverklaring van een gedwongen huwelijk te vorderen, moet dat uitdrukkelijk worden vermeld in artikel 184 (bijvoorbeeld in een tweede lid) en mag dat niet geschieden door in artikel 146bis een rechtsregel te herhalen die al vervat is in de artikelen 146 en 180 van het Burgerlijk Wetboek.

⁽⁵⁾ Volgens de memorie van toelichting "(moet) het Burgerlijk Wetboek (...) het openbaar ministerie het recht toekennen om de nietigheid van een gedwongen huwelijk te vorderen ten overstaan van de burgerlijke rechtbanken (artikel 184 Burgerlijk Wetboek)".

3. Weliswaar strekt het voorontwerp ertoe het openbaar ministerie de mogelijkheid te bieden om in rechte de nietigverklaring van een gedwongen huwelijk te vorderen, maar worden daarvoor geen redenen opgegeven in het voorontwerp.

De Raad van State veronderstelt dat het de bedoeling is de echtgenoot te hulp te komen van wie de toestemming is aangetast en die, gelet op het geweld en de bedreiging die al tegen hem zijn aangewend, de vordering tot nietigverklaring mogelijk niet zelf durft in te stellen.

Als dat de bedoeling van de steller van het voorontwerp is, moet dat in de memorie van toelichting worden vermeld.

4.1. De Raad van State vraagt zich af of de steller van het voorontwerp, door het openbaar ministerie en "allen die daarbij belang hebben" (artikel 184 van het Burgerlijk Wetboek) de mogelijkheid te geven om een gedwongen huwelijk aan te vechten, de nietigheid van een gedwongen huwelijk tot een absolute nietigheid wil maken, met alle andere gevolgen die daaruit voortvloeien ⁽⁶⁾. De mogelijkheid die aan elke belanghebbende derde, met inbegrip van het openbaar ministerie, wordt gegeven om een nietigheid aan te voeren, is immers een kenmerk van de gevallen van absolute nietigheid ⁽⁷⁾.

⁽⁶⁾ Er moet evenwel rekening mee worden gehouden dat, wat het huwelijk betreft, de theorie van de gevallen van nietigheid en het onderscheid tussen de gevallen van absolute nietigheid en de gevallen van relatieve nietigheid afwijken van het gemene recht inzake nietigheid (H. DE PAGE, Op. cit., nr. 545, C, blz. 564 en 565, D. STERCKX, Op. cit., nr. 81, blz. 95).

⁽⁷⁾ Aan het openbaar ministerie kan echter een vorderingsrecht worden toegekend "in de gevallen die de wet bepaalt" (artikel 138, zesde lid, tweede zin, van het Gerechtelijk Wetboek) zonder dat men zich in een situatie bevindt waarin de openbare orde zijn tussenkomst vergt (artikel 138, zesde lid, tweede zin, in fine) of zonder dat men geconfronteerd is met een regel waarop absolute nietigheid als sanctie is gesteld of met een regel van openbare orde.

4.2. Als de steller van het voorontwerp gedwongen huwelijken wil bestraffen met absolute nietigheid, vraagt de Raad van State zich af of artikel 181 van het Burgerlijk Wetboek nog van toepassing zal zijn. Dat artikel bepaalt :

"In het geval van het vorige artikel is de vordering tot nietigverklaring niet meer ontvankelijk, wanneer de samenwoning is voortgezet gedurende zes maanden nadat de echtgenoot zijn volle vrijheid heeft verkregen of de dwaling door hem is ontdekt."

In het gemene recht geldt de mogelijkheid om een nietigheid te dekken niet voor gevallen van absolute nietigheid. Wat het huwelijk betreft, bestaan er echter gevallen van absolute nietigheid die wel gedekt kunnen worden (zie, bijvoorbeeld, artikel 185 van het Burgerlijk Wetboek).

4.3. In het huidige recht worden wilsgebreken strafbaar gesteld met een relatieve nietigheid, zowel in het gemene recht als in het huwelijksrecht. Als de steller van het voorontwerp gedwongen huwelijken strafbaar wil stellen met absolute nietigheid, dan moet hij, enerzijds, die uitzondering in de memorie van toelichting wettigen en, anderzijds, nagaan dat er geen twijfel blijft bestaan omtrent de regeling die op die nietigheid zal worden toegepast, in het bijzonder wat de dekking en de verjaring van de nietigheid betreft.

5.1. Het ontworpen artikel 146*bis* maakt gewag van

"ernstige en overeenstemmende vermoedens (die) ontegensprekelijk aantonen dat de toestemming van minstens één van de echtgenoten werd gegeven onder geweld of bedreiging".

Daarbij sticht het voorontwerp verwarring :

- 1° er wordt een basisregel in gesteld : er is geen huwelijk wanneer de toestemming, van minstens één van de echtgenoten onder geweld of bedreiging werd gegeven;
- 2° er worden bewoordingen in gebruikt die doen denken aan het bewijsrecht : "ernstige en overeenstemmende vermoedens";

.../...

3° er wordt blijkbaar een mechanisme van onweerlegbaar wettig vermoeden ingevoerd : "(...) ontegensprekelijk (...)".

Op dat laatste punt lijkt de Franse versie op een misvatting te berusten, aangezien in de Nederlandse versie sprake is van vermoedens die "ontegensprekelijk", d.w.z. "incontestablement", aantonen dat de toestemming is aangetast.

5.2. Als de geldigheid van de toestemming is aangetast door geweld of bedreiging, is het huwelijk nietig ⁽⁸⁾. Er zouden geen gevallen kunnen zijn waarin het huwelijk, ondanks de aantasting van de toestemming door geweld of bedreiging, niet nietig zou zijn ⁽⁹⁾.

Het laat zich aanzien dat het helemaal niet zozeer gaat om een onweerlegbaar wettelijk vermoeden in de zin van artikel 1349 van het Burgerlijk Wetboek - de gevolgtrekking die de wet afleidt uit een bekend feit om te besluiten tot een onbekend feit - maar veeleer om een gewoon rechtsgevolg dat door de wet aan een bekend feit wordt toegekend. Dat onderscheid heeft weinig belang : in geen van de beide gevallen is er een reden om in het voorontwerp te vermelden dat er sprake is van een onweerlegbaar vermoeden. De regel is op zich duidelijk, nauwkeurig en categorisch.

Het is belangrijk te onderstrepen dat de nietigheid van het huwelijk het gevolg is van vastgestelde en bewezen feiten, namelijk dat te werk is gegaan met geweld of bedreiging die de geldigheid van de toestemming hebben aangetast. Uit het ontworpen artikel 146*bis* zou echter kunnen worden opgemaakt dat de steller van het voorontwerp een ander mechanisme voor ogen heeft gehad : geweld of aantasting van de geldigheid van de toestemming die zouden worden vermoed op grond van bepaalde feiten, wat iets helemaal anders is.

5.3. Overeenkomstig het gemene bewijsrecht kunnen geweld en bedreiging, alsook de aantasting van de geldigheid van de toestemming die ze meebrengen, worden bewezen door "gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens". Het is echter overbodig dat te vermelden, aangezien het gaat om het gemene recht van artikel 1353 van het Burgerlijk Wetboek.

⁽⁸⁾ Wat de vraag betreft of het gaat om een absolute dan wel een relatieve nietigheid, zie punt 4.

⁽⁹⁾ Zie vorige voetnoot.

Men zou kunnen denken dat de steller van het voorontwerp de bewijsregels heeft willen versoepelen en met name ervoor heeft willen zorgen dat het huwelijk kan worden vernietigd, terwijl de feiten van geweld of bedreiging en de aantasting van de geldigheid van de toestemming niet bewezen zijn volgens het gemene recht, maar alleen aan de hand van zwakkere aanwijzingen dan de "gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens" van artikel 1353 van het Burgerlijk Wetboek.

Dat blijkt echter noch uit de tekst van het voorontwerp, noch uit de memorie van toelichting.

Bovendien zou dan, in het licht van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, moeten worden gewettigd dat voor het bewijs van geweld in huwelijkszaken andere regels gelden dan voor het bewijs van geweld in andere takken van het familierecht, bijvoorbeeld inzake de erkenning van een kind (artikel 330, § 1, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek).

Tot slot kan niet worden aanvaard dat een rechterlijke beslissing niet op voldoende bewezen feiten gebaseerd zou zijn ⁽¹⁰⁾, in het bijzonder wanneer het gaat om een zo gewichtige beslissing als de nietigverklaring van een huwelijk.

5.4. In dat verband is de toevoeging van de bewijsregel vervat in het ontworpen artikel 146*bis* overbodig.

6. Gelet op de voorgaande opmerkingen, moet het voorontwerp grondig worden herzien.

⁽¹⁰⁾ Zie, in die zin, advies 39.659/2 van 30 januari 2006 over een voorontwerp van wet "betreffende de hervorming van de echtscheiding" (Gedr. St., Kamer, 2005/2006, 2341/1) en advies 32.202/4 van 14 november 2001 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 28 januari 2003 tot toewijzing van de gezinswoning aan de echtgenoot of aan de wettelijk samenwonende die het slachtoffer is van fysieke gewelddaden vanwege zijn partner en tot aanvulling van artikel 410 van het Strafwetboek (Gedr. St., Kamer, 2001/2002, 1693/1).

De kamer was samengesteld uit

de Heren	P. LIÉNARDY,	staatsraad, voorzitter,
Mevrouwen	Ph. QUERTAINMONT, M. BAGUET,	staatsraden,
	A.-C. VAN GEERSDAELE,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. A. LEFEBVRE, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. P. LIÉNARDY.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

A.-C. VAN GEERSDAELE

P. LIÉNARDY