

BELGISCHE SENAAT**SENAT DE BELGIQUE****ZITTING 1984-1985****SESSION DE 1984-1985**

19 AUGUSTUS 1985

19 AOUT 1985

Ontwerp van wet tot wijziging van verscheidene wettelijke bepalingen betreffende de echtscheiding door onderlinge toestemming

Projet de loi modifiant diverses dispositions légales relatives au divorce par consentement mutuel

MEMORIE VAN TOELICHTING**EXPOSE DES MOTIFS**

Het ontwerp van wet dat de Regering de eer heeft u ter bespreking voor te leggen, strekt ertoe de bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de echtscheiding door onderlinge toestemming te herzien.

De echtgenoten die een geding tot echtscheiding door onderlinge toestemming willen beginnen zijn verplicht, vóór de eerste verschijning voor de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, bij overeenkomst een regeling te treffen voor het beheer van de persoon en de goederen van de kinderen en het bezoekrecht, de bijdrage van elk van de echtgenoten aan het onderhoud en de opvoeding van de kinderen, alsmede de bestemming van hun goederen.

Tevens moeten zij het eens worden over hun verblijfplaats tijdens het geding en over de eventuele uitkering die door een van de echtgenoten aan de andere moet worden betaald tijdens de echtscheiding en na het geding.

In dat opzicht geldt als beginsel de vrijheid van de partijen.

De echtgenoten zullen die overeenkomst bij de eerste verschijning overleggen aan de voorzitter van de rechtbank.

De overeenkomst zal door de griffier worden medegedeeld aan de procureur des Konings, op de wijze voorgeschreven door artikel 1292, § 2, van het Gerechtelijk Wetboek.

Le projet de loi que le Gouvernement a l'honneur de soumettre à vos délibérations tend à une refonte des dispositions du Code judiciaire relatives au divorce par consentement mutuel.

Les époux qui veulent entamer une procédure de divorce par consentement mutuel ont l'obligation, préalablement à la première comparution devant le président du tribunal de première instance, de régler, par une convention, l'administration de la personne et des biens des enfants et le droit de visite, la contribution de chacun des époux à l'entretien et à l'éducation des enfants, le sort de leurs biens.

Ils doivent également s'entendre sur leur résidence pendant la procédure ainsi que sur la pension éventuelle à payer par l'un des époux à l'autre pendant la procédure et après le divorce.

La liberté des parties est à cet égard le principe.

Les époux produiront cette convention au président du tribunal lors de la première comparution.

La convention sera communiquée au procureur du Roi par le greffier, suivant le prescrit de l'article 1292, § 2, du Code judiciaire.

Het geding tot echtscheiding door onderlinge toestemmings, zoals het wordt geregeld door de huidige artikelen 1287 tot 1304 van het Gerechtelijk Wetboek, doet drie problemen rijzen waaraan een oplossing behoorde gegeven te worden :

— het optreden van het openbaar ministerie bij de overlegging van de stukken omschreven in artikel 1292, § 2, wordt door geen enkele tekst geregeld;

— geen enkele wettelijke bepaling staat toe, althans niet uitdrukkelijk, dat een overeenkomst die de rechten van de kinderen of van een van de echtgenoten ernstig schaadt, gewijzigd wordt in de loop van het geding.

Indien de echtgenoten in de loop van het geding in onderlinge instemming beslissen een bepaling van de overeenkomsten te wijzigen, moet het geding van bij het begin worden hervat;

— de echtgenoten die besloten zijn tot echtscheiding moeten, willen zij het geding tot echtscheiding door onderlinge toestemming kunnen inleiden en tot een goed einde brengen, in de overeenkomst het geheel van hun vermogensrechtelijke en extra-vermogensrechtelijke rechten alsmede die van hun kinderen regelen.

Een enkel geschilpunt, zelfs het kleinste, zal hen verhinderen het geding tot echtscheiding door onderlinge toestemming te gebruiken.

Dit ontwerp geeft opdracht aan de rechter om met de partijen, zowel bij de eerste als bij de tweede verschijning, de inhoud van de overeenkomsten te onderzoeken en de opmerkingen te maken die dienstig zijn om de wijziging ervan aan te vragen indien zij de belangen van de kinderen bedoeld in artikel 1254 of van een van de echtgenoten onvoldoende blijken te vrijwaren.

Het ontwerp staat de partijen toe de overeenkomst te wijzigen na de eerste verschijning.

De nieuwe tekst wordt ingediend bij de tweede verschijning of bij de in artikel 1294 bedoelde verschijning.

Nog steeds luidens het ontwerp mogen de partijen, op het ogenblik van de tweede verschijning, een overeenkomst overleggen welke slechts betrekking heeft op de punten waarover zij het eens zijn kunnen worden.

In dat geval dienen zij tevens een verzoekschrift in gericht tot de rechtbank ten einde de punten waarover zij het oneens zijn te beslechten.

De beschikking gegeven door de voorzitter, die zal uitspraak doen, zoals in artikel 1280 omschreven is, zal hetzelfde effect hebben dan deze gegeven in het kader van de procedure tot echtscheiding op grond van bepaalde feiten.

De voorzitter zal dus op de hoogte zijn van voorlopige maatregelen betreffende de persoon, het levensonderhoud en de goederen zowel van de partijen als van de kinderen. De voorzitter zal « voorlopig » uitspraak doen.

Deze verduidelijking is aangebracht na het advies van de Raad van State, daar deze aantoonde dat er een gebrek was aan duidelijkheid omtrent de aard van de beslissing van de voorzitter die zitting houdt in kortgeding.

La procédure de divorce par consentement mutuel, telle qu'elle est organisée par les actuels articles 1287 à 1304 du Code judiciaire, pose trois problèmes auxquels il est apparu qu'une solution devait être apportée :

— aucun texte ne règle l'intervention du ministère public lors de la communication des pièces prévues par l'article 1292, § 2;

— aucune disposition légale ne permet, du moins expressément, qu'une convention lésant gravement les droits des enfants ou de l'un des époux, soit modifiée en cours d'instance.

Si les époux, de commun accord, décident en cours d'instance de modifier une disposition de la convention, la procédure doit être reprise *ab initio*;

— les époux déterminés à divorcer doivent, pour pouvoir introduire et mener à bien la procédure par consentement mutuel, régler dans la convention la totalité de leurs droits patrimoniaux et extra-patrimoniaux, ainsi que ceux de leurs enfants.

Un seul point de désaccord, même minime, les empêchera d'utiliser la procédure de divorce par consentement mutuel.

Le présent projet donne mission au juge d'examiner avec les parties, tant lors de la première que de la deuxième comparution, le contenu des conventions et de faire les observations utiles en vue d'en provoquer la modification si elles paraissent préserver insuffisamment les intérêts des enfants visés à l'article 1254 ou de l'un des époux.

Le projet autorise les parties à modifier la convention après la première comparution.

Le nouveau texte est déposé lors de la deuxième comparution, ou lors de la comparution prévue à l'article 1294.

Toujours selon le projet, au moment de la première comparution, les parties peuvent présenter une convention qui ne vise que les points au sujet desquels elles ont pu aboutir à un accord.

Elles déposent également dans ce cas une requête afin que soient tranchés les points sur lesquels elles sont en désaccord.

L'ordonnance rendue par le président, qui statuera comme il est dit à l'article 1280, aura le même effet que celle rendue dans le cadre de la procédure en divorce pour cause déterminée.

Le président connaîtra donc des mesures provisoires relatives à la personne, aux aliments et aux biens tant des parties que des enfants. Le président statuera « au provisoire ».

Cette précision est apportée après l'avis du Conseil d'Etat, celui-ci ayant fait apparaître qu'il existait un manque de précisions quant à la nature de la décision du président siégeant en référé.

De herziening van de echtscheiding door onderlinge toestemming die in dit ontwerp is vervat, komt tegemoet aan de wensen van de rechterlijke overheid, de echtscheidings-specialisten en de rechtsleer.

Die wensen hebben een weerklank gevonden, onder meer in het artikel van de procureur des Konings F. Poelman, dat verschenen is in het *Journal des Tribunaux* van 10-17 april 1982.

Dit artikel haalt met name lering uit een « pretoriaanse praktijk » die destijds sedert zowat twaalf jaar ingang had gevonden in Brussel.

Voornoemde praktijk streeft ernaar de instemming van de partijen te verkrijgen over bepaalde wijzigingen of verbeteringen in hun overeenkomst, wanneer deze de fundamentele rechten van de kinderen blijken te schenden.

Het openbaar ministerie verzoekt de partijen samen na te denken over de wezenlijke belangen van hun kinderen en, indien zij het raadzaam achten hun overeenkomst bij te schaven of te verbeteren in de aangegeven zin, aan de verzoeningsrechter de nieuwe lezing ervan over te leggen en tegelijkertijd een exemplaar ervan aan het parket te zenden.

Zodoende is een rechtspraak in het leven geroepen die de wijziging aanvaardt in de loop van het geding van alles wat in de overeenkomst de fundamentele belangen van de kinderen in het gedrang brengt.

Uit de gedetailleerde analyse van die praktijk trekt de auteur van voormeld artikel het volgende besluit :

« Il ne pourrait être question de substituer à la volonté des « divorçants » celle d'une quelconque juridiction. Tenons-nous-en donc fermement à la liberté des contrats, mais sous l'expresse réserve que si l'on demande à un tribunal de donner force de loi à des conventions privées, il lui soit pour le moins loisible — de préférence au moment de la comparution devant le juge conciliateur — de les examiner auparavant et d'inviter les parties :

1. à en écarter les clauses qui contreviennent manifestement aux principes de la liberté et de l'égalité de chacune d'elles;
2. à revoir ensemble, à remanier et à modifier, s'il échet, celles dont l'application porterait préjudice à l'un et/ou à l'autre;
3. à reconsidérer et à redresser celles qui léseraient l'intérêt bien compris de leurs enfants communs. »

Door een wijziging in de artikelen 1291 en 1293 van het Gerechtelijk Wetboek komt het ontwerp aan dit besluit tegemoet.

De opdracht die aan de rechter wordt gegeven is als het ware die van een « raadsman », zonder dat hem de bevoegdheid tot wijziging van de overeenkomsten wordt verleend.

Er zij op gewezen dat het openbaar ministerie op eigen initiatief zou kunnen optreden en om een maatregel die het dienstig acht zou kunnen verzoeken, indien mocht blijken

La réforme du divorce par consentement mutuel que porte le présent projet correspond aux souhaits des autorités judiciaires, des praticiens du divorce et de la doctrine.

Ces souhaits ont trouvé un écho notamment dans l'article du procureur du Roi F. Poelman, paru au *Journal des Tribunaux* du 10-17 avril 1982.

Cet article tire notamment les enseignements d'une « pratique prétorienne » instaurée à Bruxelles depuis quelque douze années à l'époque.

Cette pratique vise à obtenir l'assentiment des parties sur certaines modifications ou amendements à leur convention, lorsque celle-ci paraît porter atteinte aux droits essentiels des enfants.

Le ministère public prie les parties de réfléchir ensemble aux intérêts réels de leurs enfants et, s'ils jugent devoir parfaire ou corriger leur convention dans le sens indiqué, de remettre au juge conciliateur la nouvelle mouture de celle-ci, en même temps qu'ils en adresseront un exemplaire au parquet.

Une jurisprudence acceptant la modification en cours d'instance de tout ce qui, dans la convention, contrecarre les intérêts essentiels des enfants, s'est ainsi créée.

La conclusion tirée, par l'auteur de l'article précité, de l'analyse détaillée de cette pratique est la suivante :

« Il ne pourrait être question de substituer à la volonté des « divorçants » celle d'une quelconque juridiction. Tenons-nous-en donc fermement à la liberté des contrats, mais sous l'expresse réserve que si l'on demande à un tribunal de donner force de loi à des conventions privées, il lui soit pour le moins loisible — de préférence au moment de la comparution devant le juge conciliateur — de les examiner auparavant et d'inviter les parties :

1. à en écarter les clauses qui contreviennent manifestement aux principes de la liberté et de l'égalité de chacune d'elles;
2. à revoir ensemble, à remanier et à modifier, s'il échet, celles dont l'application porterait préjudice à l'un et/ou à l'autre;
3. à reconsidérer et à redresser celles qui léseraient l'intérêt bien compris de leurs enfants communs. »

Le projet rencontre ces conclusions en modifiant les articles 1291 et 1293 du Code judiciaire.

La mission donnée au juge est en quelque sorte une mission « de conseil » sans qu'aucun pouvoir de modification des conventions lui soit accordé.

Il est à noter que le ministère public pourrait agir d'initiative et provoquer une mesure qui lui paraîtrait utile s'il apparaît que la santé médico-morale d'un enfant serait mise

dat de lichamelijke of geestelijke gezondheid van een kind in gevaar wordt gebracht door de uitvoering van de voorafgaande overeenkomsten.

Het ontwerp maakt tevens een einde aan de onbuigzaamheid van de procedure die de partijen verhinderen in de loop van het geding de overeenkomsten in onderlinge instemming te wijzigen.

Deze wijziging zal kunnen plaatsvinden hetzij voor de tweede verschijning, hetzij voor de laatste verschijning.

« De plus, pour assurer davantage le respect des droits d'autrui, que ne facilitent guère l'inflexible rigidité ni les exigences trop formalistes de notre actuelle procédure, nous pensons qu'il conviendrait d'en instituer une seconde forme plus souple, mieux à même de garantir une parfaite équité. Elle consisterait, pour les époux, à solliciter ensemble la rupture du lien conjugal et à déposer en même temps :

a) le texte de la convention conclue librement entre eux sur tous les points où ils ont pu se rencontrer et

b) une enquête adressée au tribunal en vue de trancher les questions demeurées en suspens. » (F. Poelman, *op. cit.*)

In de huidige stand van onze gedingen tot echtscheiding moeten echtgenoten, indien zij de wil hebben niet langer samen te leven en een echtscheiding te doen uitspreken, maar zij geen overeenkomsten hebben kunnen opmaken die op alle punten overeenstemmen met de bepalingen van artikel 1288 van het Gerechtelijk Wetboek en geen van hen jegens de andere gewelddaden, mishandelingen of grove beledigingen heeft gepleegd waardoor zij een echtscheiding op grond van bepaalde feiten kunnen verkrijgen, de echtscheiding vorderen op grond van artikel 232 van het Burgerlijk Wetboek, tenzij zij op bedrieglijke wijze « een bepaald feit » plannen, waardoor zij de echtscheiding kunnen verkrijgen op grond van artikel 231 van het Burgerlijk Wetboek (aldus kunnen de echtgenoten valscheidsbrieven vervaardigen of een inscenering opzetten die de vaststelling van overspel mogelijk maakt).

Het ontwerp maakt een einde aan deze overdreven onbuigzaamheden van de procedure door in het Gerechtelijk Wetboek een artikel 1292bis in te voegen krachtens hetwelk de partijen op het ogenblik van de eerste verschijning een overeenkomst mogen overleggen die slechts betrekking heeft op de punten waarover zij het eens zijn kunnen worden.

De voorzitter van de rechtbank zal uitspraak doen over de overige punten en regelt zodoende voorlopig de scheiding van de echtgenoten. Deze maatregelen, ingevoerd op basis van een procedure die vergelijkbaar is met die gevolgd in het geval van een echtscheiding op grond van bepaalde feiten, zullen eveneens kunnen gewijzigd worden na de inschrijving van de echtscheiding, overeenkomstig de procedure van gemeen recht. »

De Minister van Justitie,

J. GOL.

en péril dans le cadre de l'application des conventions préalables.

Le projet met également fin à la rigidité de la procédure qui empêche les parties de modifier de commun accord les conventions en cours d'instance.

Cette modification pourra avoir lieu soit avant la deuxième comparution, soit avant la dernière comparution.

« De plus, pour assurer davantage le respect des droits d'autrui, que ne facilitent guère l'inflexible rigidité ni les exigences trop formalistes de notre actuelle procédure, nous pensons qu'il conviendrait d'en instituer une seconde forme, plus souple, mieux à même de garantir une parfaite équité. Elle consisterait, pour les époux, à solliciter ensemble la rupture de lien conjugal et à déposer en même temps :

a) le texte de la convention conclue librement entre eux sur tous les points où ils ont pu se rencontrer et

b) une enquête adressée au tribunal en vue de trancher les questions demeurées en suspens. » (F. Poelman, *op. cit.*)

En l'état actuel de nos procédures en divorce, si des époux ont la volonté de ne plus vivre en commun et d'entendre prononcer un divorce, mais qu'ils n'aient pu rédiger des conventions conformes en tout point à l'article 1288 du Code judiciaire, et qu'aucun n'ait commis envers l'autre des excès, sévices ou injures graves permettant d'obtenir un divorce pour cause déterminée, ces époux devront, mais seulement après une séparation de fait de cinq ans, demander le divorce sur base de l'article 232 du Code civil, à moins qu'ils n'organisent, frauduleusement, « une cause déterminée » leur permettant d'obtenir le divorce sur base de l'article 231 du Code civil (les époux peuvent ainsi fabriquer de fausses lettres d'injures ou monter une mise en scène permettant la réalisation d'un constat d'adultère).

Le projet met fin à cette excessive rigidité de la procédure, en insérant un article 1292bis dans le Code judiciaire, selon lequel les parties peuvent présenter au moment de la première comparution une convention ne visant que les points au sujet desquels elles ont pu s'entendre.

Le président du tribunal statuera sur les autres points, réglant ainsi, au provisoire, la séparation des époux. Ces mesures établies sur base d'une procédure analogue à celle suivie dans le cas d'un divorce pour cause déterminée, pourront être de même modifiées, après la transcription du divorce, conformément à la procédure de droit commun. »

Le Ministre de la Justice,

J. GOL.

ONTWERP VAN WET

BOUDEWIJN,

Koning der Belgen,

Aan allen die nu zijn en hierna wezen zullen, ONZE GROET.

Op de voordracht van Onze Minister van Justitie,

HEBBEN WIJ BESLOTEN EN BESLUITEN WIJ :

Onze Minister van Justitie is gelast in Onze naam bij de Wetgevende Kamers het ontwerp van wet in te dienen waarvan de tekst volgt :

ARTIKEL 1

In het Gerechtelijk Wetboek wordt een artikel 1288*bis* ingevoegd, luidend als volgt :

« De echtgenoten kunnen de tussen hen tot stand gekomen overeenkomst wijzigen tot op het ogenblik van de in artikel 1294 bedoelde verschijning. »

ART. 2

Artikel 1291 van het Gerechtelijk Wetboek wordt aangevuld met de volgende bepalingen :

« De rechter onderzoekt met de partijen, eventueel bijgestaan door haar advocaten, de inhoud van de overeenkomsten bepaald in de artikelen 1287 en 1288 en maakt de opmerkingen die dienstig zijn om de wijziging ervan aan te vragen indien zij de belangen van de kinderen bedoeld in artikel 1254 of een van de echtgenoten onvoldoende blijken te vrijwaren. »

ART. 3

In hetzelfde Wetboek wordt een artikel 1292*bis* ingevoegd, luidend als volgt :

« De partijen kunnen, op het ogenblik van de verschijning bedoeld in de voorgaande artikelen, benevens de akten vermeld in het 1° en 2° van artikel 1291, een overeenkomst overleggen die slechts betrekking heeft op de punten waarover zij het eens zijn kunnen worden. »

In dat geval zijn de partijen er tevens toe gehouden een verzoekschrift in te dienen, waarin melding wordt gemaakt van de in artikelen 1287 en 1288 bedoelde punten die niet in de overeenkomst zijn geregeld. De rechter handelt dan overeenkomstig de voorgaande artikelen, maar zal bovendien voorlopig uitspraak doen zoals in artikel 1280 omschreven is. »

PROJET DE LOI

BAUDOUIN,

Roi des Belges,

A tous, présents et à venir, SALUT.

Sur la proposition de Notre Ministre de la Justice,

NOUS AVONS ARRÊTÉ ET ARRÊTONS :

Notre Ministre de la Justice est chargé de présenter en Notre nom aux Chambres législatives le projet de loi dont la teneur suit :

ARTICLE 1^{er}

Il est inséré dans le Code judiciaire un article 1288*bis* rédigé comme suit :

« Les époux peuvent modifier la convention intervenue entre eux jusqu'au moment de la comparution prévue à l'article 1294. »

ART. 2

L'article 1291 du Code judiciaire est complété par les dispositions suivantes :

« Le juge examine avec les parties, assistées éventuellement de leurs avocats, le contenu des conventions prévues aux articles 1287 et 1288 et fait les observations utiles en vue d'en provoquer la modification si elles paraissent préserver insuffisamment les intérêts des enfants visés à l'article 1254 ou de l'un des époux. »

ART. 3

Il est inséré dans le même Code un article 1292*bis* rédigé comme suit :

« Les parties peuvent, au moment de la comparution prévue aux articles qui précèdent, présenter, outre les actes mentionnés aux 1° et 2° de l'article 1291, une convention ne visant que les points au sujet desquels elles ont pu s'entendre. »

Dans ce cas, les parties sont également tenues de présenter une requête faisant état des points visés aux articles 1287 et 1288 et non réglés dans la convention. Le juge procède dans ce cas conformément aux articles qui précèdent mais, en outre, statuera au provisoire comme il est dit à l'article 1280. »

ART. 4

Artikel 1293 wordt gewijzigd als volgt :

1° Het tweede lid van artikel 1293 wordt aangevuld met :

« behoudens, in voorkomend geval, de overeenkomsten tot wijziging van die welke zij bij hun eerste verschijning hadden overgelegd, de beslissing gewezen krachtens artikel 1292bis of de overeenkomst die tussen hen eventueel tot stand is gekomen sedert die beslissing ».

2° Aan artikel 1293 wordt een derde lid toegevoegd, luidend als volgt :

« De leden 2 en 3 van artikel 1291 zijn van toepassing. »

ART. 5

Artikel 1294 van hetzelfde Wetboek wordt vervangen door de volgende bepaling :

« Binnen een maand volgend op de dag nadat een jaar verlopen is te rekenen van de eerste verklaring, verschijnen de echtgenoten samen en in persoon voor de voorzitter van de rechtbank of voor de rechter die het ambt van voorzitter waarneemt, leggen de in de artikelen 1287 en 1288 genoemde stukken over en, in voorkomend geval, de overeenkomsten tot wijziging van die welke zij bij hun eerste verklaring hadden overgelegd, de beslissing gewezen krachtens artikel 1292bis of de overeenkomst die tussen hen eventueel tot stand is gekomen sedert die beslissing en verzoeken de rechter, ieder afzonderlijk doch in elkaars tegenwoordigheid, hun de echtscheiding toe te staan. »

Gegeven te Motril, 25 juli 1985.

BOUDEWIJN.

Van Koninkswegen :
De Minister van Justitie,

J. GOL.

ART. 4

L'article 1293 est modifié comme suit :

1° L'alinéa 2 de l'article 1293 est complété par :

« sauf s'il échet, les conventions modifiant celles qu'elles avaient produites à leur première comparution, la décision rendue en vertu de l'article 1292bis, ou la convention éventuellement intervenue entre elles depuis cette décision ».

2° Un alinéa 3 libellé comme suit est ajouté à l'article 1293 :

« Les alinéas 2 et 3 de l'article 1291 sont d'application. »

ART. 5

L'article 1294 du même Code est remplacé par la disposition suivante :

« Dans le mois du jour où est révolue une année à compter de la première comparution, les époux se présentent ensemble et en personne devant le président du tribunal ou le juge qui en exerce les fonctions, produisent les documents énumérés aux articles 1287 et 1288 et, s'il échet, les conventions modifiant celles qu'elles avaient produites à leur première comparution, la décision rendue en vertu de l'article 1292bis ou la convention intervenue entre elles depuis cette décision et requièrent du magistrat, chacun séparément en présence néanmoins l'un de l'autre, l'admission du divorce. »

Donné à Motril, le 25 juillet 1985.

BAUDOUIN.

Par le Roi :
Le Ministre de la Justice,

J. GOL.

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, negende kamer, de 14e februari 1985 door de Vice-Eerste Minister en Minister van Justitie verzocht hem van advies te dienen over een ontwerp van wet « tot wijziging van verscheidene wettelijke bepalingen betreffende de echtscheiding door onderlinge toestemming », heeft de 8e mei 1985 het volgende advies gegeven :

STREKKING VAN HET ONTWERP

De vier artikelen van het ontwerp, die verscheidene bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek betreffende de echtscheiding door onderlinge toestemming aanvullen of wijzigen, hebben een drievoudige strekking :

1° de echtgenoten toe te staan de inhoud van hun voorafgaande overeenkomsten gedurende het geding tot echtscheiding door onderlinge toestemming te wijzigen;

2° aan de voorzitter van de rechtbank of aan de rechter die het ambt van voorzitter waarneemt, vóór wie de eerste verschijning in het kader van het geding plaatsheeft (Gerechtelijk Wetboek, artikelen 1289 en 1290), de bevoegdheid te verlenen om opmerkingen te maken over sommige bepalingen van de voorafgaande overeenkomsten;

3° de echtscheiding door onderlinge toestemming mogelijk te maken voor echtgenoten die er niet in geslaagd zijn in hun voorafgaande overeenkomsten een regeling te treffen voor alle punten bedoeld in de artikelen 1287 en 1288 van het Gerechtelijk Wetboek.

I. De wijziging van de voorafgaande overeenkomsten in onderlinge overeenstemming tussen de partijen

Van de drie oogmerken van het wetsontwerp, is alleen het eerste geheel in overeenstemming met de op consensus berustende aard van de echtscheiding door onderlinge toestemming. De verwezelijking ervan doet geen enkele principiële moeilijkheid rijzen. Bij het wetsontwerp is evenwel het volgende op te merken :

Blijkens de aan de Raad van State voorgelegde teksten volgt de mogelijkheid om de voorafgaande overeenkomsten contractueel te wijzigen slechts indirect uit twee procedureregels die bepaald zijn in de artikelen 3 en 4 van het ontwerp. De wijzigingen welke het ontwerp wil aanbrengen in de artikelen 1293 en 1294 zijn weliswaar niet overbodig, maar het is ook nodig dat een bepaling uitdrukkelijk voorziet in het recht om de oorspronkelijke overeenkomsten te wijzigen of om overeenkomsten te sluiten « tot wijziging » van de krachtens het ontwerp artikel 1292bis uitgesproken rechterlijke beslissing, en zulks ofwel vóór de tweede verschijning ofwel zelfs tot op de dag van de laatste verschijning, want wat dit laatste punt betreft, is de memorie van toelichting niet erg duidelijk. Die bepaling zou opgenomen kunnen worden in een artikel 1288bis.

II. Het toezicht van de rechterlijke overheid op de voorafgaande overeenkomsten

Uit de teksten welke het ontwerp bedoelt toe te voegen aan artikel 1291 van het Gerechtelijk Wetboek treedt niet zeer duidelijk naar voren welke de juiste aard is van de taak die de rechter te vervullen zal hebben « in tegenwoordigheid van het openbaar ministerie ».

Blijkbaar ligt het niet in de bedoeling van de Regering de rechtbank toe te staan een beding dat de belangen van de (gemeenschappelijke) kinderen of van een van de echtgenoten onvoldoende vrijwaart, gezagshalve te wijzigen, en evenmin de echtscheiding om die reden te weigeren. De rechter zal alleen « de opmerkingen (kunnen maken) die

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, neuvième chambre, saisi par le Vice-Premier Ministre et Ministre de la Justice, le 14 février 1985, d'une demande d'avis sur un projet de loi « modifiant diverses dispositions légales relatives au divorce par consentement mutuel », a donné le 8 mai 1985 l'avis suivant :

OBJET DU PROJET

Les quatre articles du projet, qui complètent ou modifient diverses dispositions du Code judiciaire relatives au divorce par consentement mutuel, ont un triple objet :

1° permettre aux époux de modifier durant l'instance en divorce, par consentement mutuel, le contenu de leurs conventions préalables;

2° confier au président du tribunal ou au juge qui en exerce les fonctions, devant lequel a lieu la première comparution de la procédure (Code judiciaire, articles 1289 et 1290), le pouvoir de faire des observations relatives à certaines dispositions des conventions préalables;

3° ouvrir la voie du divorce par consentement mutuel à des époux qui n'ont pas réussi à régler dans leurs conventions préalables tous les points visés par les articles 1287 et 1288 du Code judiciaire.

I. La modification par l'accord des parties des conventions préalables

Des trois objectifs du projet de loi, le premier est le seul qui soit en totale harmonie avec le caractère consensuel du divorce par consentement mutuel. Sa mise en œuvre ne soulève aucune difficulté de principe. Toutefois le projet de loi appelle l'observation suivante :

Selon les textes soumis au Conseil d'Etat, la faculté de modifier contractuellement les conventions préalables ne résulte qu'indirectement de deux règles de procédure prévues dans les articles 3 et 4 du projet. Sans que les modifications qu'il est proposé d'apporter aux articles 1293 et 1294 soient superflues, il faut en outre qu'une disposition substantielle prévoie le droit de modifier les conventions initiales ou de faire des conventions « modifiant » la décision judiciaire prononcée en vertu de l'article 1292bis en projet, soit avant la deuxième comparution soit même jusqu'au jour de la dernière comparution, l'exposé des motifs n'étant pas explicite sur ce dernier point. Cette disposition pourrait trouver place dans un article 1288bis.

II. Le contrôle de l'autorité judiciaire sur les conventions préalables

La nature exacte de la fonction confiée au juge « en présence du ministère public » ne se laisse pas très clairement dégager des textes qu'il est proposé d'ajouter à l'article 1291 du Code judiciaire.

L'intention du Gouvernement ne paraît être ni de permettre au tribunal de modifier par voie d'autorité une disposition qui préserve insuffisamment les intérêts des enfants (communs) ou de l'un des époux, ni de refuser le divorce pour ce motif. Le juge pourra seulement faire des « observations utiles en vue (de) provoquer la modification »

dienstig zijn om de wijziging (van de overeenkomsten) aan te vragen». De door procureur des Konings Poelman beschreven pretoriaanse rechtspleging harmonieert beter met de taak van het openbaar ministerie dan met die van de rechtbank (1). De Wetgevende Kamers zullen hebben uit te maken of de ontworpen tekst, doordat hij alleen maar een bevoegdheid van « raadsman » verleent aan de rechter bij wie een geding aanhangig is dat hij ook zal beslechten, de taak van de rechter niet te fel vertekent om nog aanvaardbaar te zijn. De oplossing die aangenomen is in artikel 232 van de Franse *Code civil* en die in het artikel van de heer Poelman wordt aangehaald (2), is radicaler en is ook meer in overeenstemming met de grondwettelijke en wettelijke opdracht van de rechterlijke macht.

De ontworpen tekst preciseert niet welke de bevoegdheid zal zijn van het openbaar ministerie, waarvan de « tegenwoordigheid » voorgeschreven wordt bij het tweede lid, tegenover de aan de rechter toegekende bevoegdheid om opmerkingen te maken.

Ook dient te worden opgemerkt dat de ontworpen tekst, doordat hij de bevoegdheid van de rechter om opmerkingen te maken beperkt tot de gemeenschappelijke kinderen (eerste lid) of tot de kinderen uit het huwelijk (tweede lid), een te beperkte strekking heeft, gelet op de bepalingen van de artikelen 1288, 2°, en 1254 van het Gerechtelijk Wetboek.

III. De uitbreiding van de procedure van de echtscheiding door onder-scheiding door onderlinge toestemming tot de echtgenoten die de voorafgaande overeenkomsten niet geheel of ten dele hebben vastgesteld

Het is duidelijk artikel 2 van het wetsontwerp dat, door de invoeging van een artikel 1292bis in het Gerechtelijk Wetboek, het bestel van de echtscheiding door onderlinge toestemming het meest komt verstoren. Al is de tekst van de ontworpen bepaling in dat opzicht niet volkomen duidelijk, het lijkt wel degelijk in de bedoeling van de Regering te liggen aan de door de rechter genomen « beslissing » een contentieus karakter te verlenen. De memorie van toelichting luidt immers als volgt : « De beschikking gegeven door de voorzitter, die zal uitspraak doen zoals in artikel 1280 omschreven is, zal hetzelfde effect hebben dan tegen (lees : deze) gegeven in het kader van de procedure in echtscheiding op grond van bepaalde feiten. »

Er is stellig geen principieel bezwaar dat in het voornamelijk op consensus berustende mechanisme van de echtscheiding door onderlinge toestemming, een geschilfase wordt opgenomen met betrekking tot alle of tot sommige punten waarover de echtgenoten het niet eens zijn kunnen worden. Maar dan moeten de implicaties en de gevolgen van die regeling wel duidelijk aangegeven worden.

a) Dient men uit de verwijzing naar artikel 1280 van het Gerechtelijk Wetboek af te leiden dat de regeling van de betwiste punten toevertrouwd wordt aan de voorzitter van de rechtbank die zitting houdt in kortgeding? Zo ja, dan zou de voorzitter die zitting houdt in kortgeding uitzonderlijk geen dringende maatregel nemen en zou hij, althans voor een deel, niet bij voorraad uitspraak doen. Zullen de rechtsmiddelen aangewend kunnen worden volgens het gemene recht en is er dan geen gevaar dat de rechtspleging in kortgeding langer gaat duren dan de rechtspleging ten gronde?

In tegenstelling met wat geschiedt in het kortgeding bij de rechtspleging inzake echtscheiding op grond van bepaalde feiten, zou de voorzitter niet bij voorraad uitspraak doen, maar zou hij zich noodzakelijkerwijze, althans voor een deel, moeten uitspreken over de wederzijdse rechten van de echtgenoten na het toestaan van de echtscheiding, en dat kan alleen tijdens de rechtspleging ten gronde. De beslissing van de echtgenoten om in de echtscheiding toe te stemmen bij de laatste verschijning zal immers afhankelijk kunnen worden gemaakt van de wijze waarop hun wederzijdse belangen geregeld zullen zijn.

des conventions. La procédure prétorienne décrite par M. le procureur du Roi Poelman est mieux en harmonie avec la fonction du ministère public qu'avec celle du tribunal (1). Les Chambres législatives apprécieront si en conférant une simple compétence « de conseil » au juge saisi d'une procédure au terme de laquelle il prend une décision, le texte en projet ne fait pas subir à la fonction judiciaire une déformation trop profonde pour être acceptable. Plus radicale, la solution de l'article 232 du Code civil français, citée dans l'article de M. Poelman (2), est aussi plus conforme à la fonction constitutionnelle et légale du pouvoir judiciaire.

Le texte en projet ne précise pas quelle sera, face au pouvoir de faire des observations attribué au juge, la compétence du ministère public dont « la présence » est prévue par l'alinéa 2.

Il faut encore noter qu'en limitant le pouvoir d'observation du juge aux enfants communs (alinéa 1^{er}) ou aux enfants nés du mariage (alinéa 2), le texte en projet a une portée trop restreinte eu égard aux dispositions des articles 1288, 2°, et 1254 du Code judiciaire.

III. L'extension de la procédure du divorce par consentement mutuel aux époux n'ayant pas arrêté tout ou partie des conventions préalables

C'est évidemment l'article 2 du projet de loi qui, par l'insertion d'un article 1292bis dans le Code judiciaire, introduit l'élément le plus perturbateur de l'économie du divorce par consentement mutuel. Même si le texte de la disposition en projet n'est pas parfaitement clair sur ce point, l'intention du Gouvernement paraît bien être de donner un caractère contentieux à la « décision » prise par le juge. En effet, aux termes de l'exposé des motifs, « l'ordonnance rendue par le président, qui statuera comme il est dit à l'article 1280, aura le même effet que celle rendue dans le cadre de la procédure en divorce pour cause déterminée ».

Il n'y a sans doute pas d'objection de principe à introduire dans le mécanisme essentiellement consensuel du divorce par consentement mutuel, une phase contentieuse portant sur tout ou partie des points que les époux n'ont pu régler de commun accord. Encore faut-il clairement poser les implications et les conséquences de ce système.

a) Faut-il déduire de la référence à l'article 1280 du Code judiciaire que le règlement des points litigieux est confié au président du tribunal siégeant en référé? Dans l'affirmative, et ce à titre exceptionnel, le président siégeant en référé ne prendrait pas une mesure urgente et, pour une part au moins, il ne statuerait pas au provisoire. Les voies de recours pourraient-elles s'exercer selon le droit commun et ne risquent-elles pas de prolonger la procédure en référé au-delà du terme de la procédure au fond?

A la différence du référé de la procédure pour cause déterminée, le président ne statuerait pas au provisoire, mais, pour une part au moins, il devrait nécessairement se prononcer sur les droits respectifs des époux après l'admission du divorce, ce qui ne saurait avoir lieu que durant la procédure au fond. En effet, la décision des époux de consentir au divorce lors de la dernière comparution pourra être subordonnée à la manière dont auront été réglés leurs intérêts respectifs.

(1) J.T., 1982, blz. 369 e.v.

(2) Ibid., blz. 373.

(1) J.T., 1982, p. 369 et s.

(2) J.T., p. 373.

b) Zou het niet zo moeten zijn dat het door de echtgenoten ingediende gezamenlijk verzoekschrift (zoals de akte betreffende de opdracht van en scheidsrechter) niet alleen de betwiste punten maar ook de respectieve standpunten van de partijen aangeeft, om het gerechtelijk debat op gang te brengen en de grenzen vast te stellen waarbinnen de rechter uitspraak zal moeten doen? Of dient te worden bepaald dat de partijen hun respectieve standpunten zullen mededelen bij conclusies?

c) De genomen beslissing is onmiddellijk uitvoerbaar indien zij betrekking heeft op de wederzijdse rechten en plichten van de echtgenoten gedurende de rechtspleging inzake echtscheiding door onderlinge toestemming. Welke zal daarentegen de uitwerking van de beslissing zijn wat betreft de vermogensrechten van de echtgenoten — die over het algemeen geregeld worden onder de opschortende voorwaarde van de overschrijving van de echtscheiding — en wat betreft de aard van de uitkering tot levensonderhoud na de echtscheiding? Het is immers bekend dat de uitkering tot levensonderhoud bij de echtscheiding door onderlinge toestemming van contractuele aard is en niet dezelfde rechtsgevolgen heeft als de uitkering die toegekend wordt krachtens artikel 301 van het Burgerlijk Wetboek.

d) Men dient zich ook af te vragen wat de strekking is van de laatste volzin van de memorie van toelichting: « Deze maatregelen, ingevoerd op basis van een procedure die vergelijkbaar is met die gevolgd in het geval van een echtscheiding op grond van bepaalde feiten, zullen eveneens kunnen gewijzigd worden na de inschrijving (lees: overschrijving) van de echtscheiding, overeenkomstig de procedure van gemeen recht ». Hoewel van de aldus te kennen gegeven bedoeling in de tekst zelf van het ontwerp niets te zien is, meent de Raad van State de aandacht van de Regering te moeten vestigen op de ingrijpende verandering die het stelsel van de echtscheiding door onderlinge toestemming zou ondergaan als de mogelijkheid bestond om, na de overschrijving van de echtscheiding, de beslissingen betreffende de wederzijdse belangen van de echtgenoten te wijzigen.

Daar het ontwerp op menig punt aan grondige herziening toe is, acht de Raad van State zich niet bij machte om tekstvoorstellen te doen.

De kamer was samengesteld uit:

De Heren: H. ROUSSEAU, kamervoorzitter;

Ch. HUBERLANT en J.-J. STRYCKMANS, staatsraden;

F. RIGAUX en J. DE GAVRE, assessoren van de afdeling wetgeving;

Mevrouw: R. DEROY, griffier.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de heer J.-J. STRYCKMANS.

Het verslag werd uitgebracht door de heer M. HANOTIAU, auditeur.

De Griffier,
R. DEROY.

De Voorzitter,
H. ROUSSEAU.

b) La requête conjointe introduite par les époux ne devrait-elle pas inclure (comme l'acte de mission d'un arbitre) l'indication non seulement des points litigieux mais aussi des positions respectives des parties, de manière à nouer le débat judiciaire et à fixer les limites dans lesquelles le juge devra statuer? Ou bien faut-il prévoir que les parties feront connaître leurs positions respectives par acte de conclusions?

c) La décision prise est immédiatement exécutoire si elle porte sur les droits et devoirs respectifs des époux durant la procédure en divorce par consentement mutuel. En revanche, pour ce qui concerne les droits patrimoniaux des époux — généralement réglés sous condition suspensive de la transcription du divorce — et la nature de la pension alimentaire après le divorce, quelle sera l'incidence de la décision? On sait en effet que la pension alimentaire du divorce par consentement mutuel a un caractère contractuel et n'a pas les mêmes effets juridiques que la pension accordée en vertu de l'article 301 du Code civil.

d) Il faut encore s'interroger sur la portée de la dernière phrase de l'exposé des motifs: « Ces mesures, établies sur base d'une procédure analogue à celle suivie dans le cas d'un divorce pour cause déterminée, pourront être de même modifiées, après la transcription du divorce, conformément à la procédure de droit commun ». Bien que l'intention ainsi exprimée n'apparaisse pas dans le texte du projet, le Conseil d'Etat croit devoir attirer l'attention du Gouvernement sur le bouleversement du régime du divorce par consentement mutuel qui résulterait de la possibilité de modifier, après la transcription du divorce, les décisions relatives aux intérêts respectifs des époux.

Eu égard aux remaniements profonds que le projet devrait recevoir, le Conseil d'Etat n'estime pas être en mesure de faire des propositions de texte.

La chambre était composée de:

Messieurs: H. ROUSSEAU, président de chambre;

Ch. HUBERLANT et J.-J. STRYCKMANS, conseillers d'Etat;

F. RIGAUX et J. DE GAVRE, assesseurs de la section de législation;

Madame: R. DEROY, greffier.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de M. J.-J. STRYCKMANS.

Le rapport a été présenté par M. M. HANOTIAU, auditeur.

Le Griffier,
R. DEROY.

Le Président,
H. ROUSSEAU.