

SENAT DE BELGIQUE**SESSION DE 1985-1986**

20 DECEMBRE 1985

**Proposition de loi
modifiant l'article 369bis du Code pénal**

(Déposée par M. Lallemand)

DEVELOPPEMENTS

Tout comme l'article 391bis réprimant l'abandon de famille dont il doit être rapproché, l'article 369bis du Code pénal vise essentiellement la violation d'une décision judiciaire.

Cependant, si en matière d'abandon de famille, la convention préalable au divorce et à la séparation de corps par consentement mutuel a été expressément visée par le législateur au même titre qu'une décision judiciaire (loi du 5 juillet 1963 formant le deuxième alinéa de l'article 391bis), l'article 369bis ne fait pas semblable assimilation en matière de soustraction d'enfant.

La Cour de cassation a tranché la question dans un arrêt du 9 mars 1970 (*Pas.* 1^{re} partie, p. 593, et la note signée A.C.).

Elle décide que le fait, commis par un époux divorcé par consentement mutuel, de soustraire son enfant mineur à la garde de l'autre époux ou de la personne à laquelle il a été confié en exécution de la convention conclue par application de l'article 280 du Code civil, ne constitue pas le délit de non-représentation d'enfant visé par l'article 369bis, alinéa 4, du Code pénal.

BELGISCHE SENAAAT**ZITTING 1985-1986**

20 DECEMBER 1985

**Voorstel van wet houdende wijziging
van artikel 369bis van het Strafwetboek**

(Ingediend door de heer Lallemand)

TOELICHTING

Artikel 369bis van het Strafwetboek, evenals het vergelijkbare artikel 391bis, dat straf stelt op verlating van familie heeft in wezen betrekking op de schending van een rechterlijke beslissing.

Ten aanzien van de verlating van familie heeft de wetgever de overeenkomst die voorafgaat aan de echtscheiding en de scheiding van tafel en bed door onderlinge toestemming, uitdrukkelijk op gelijke voet gesteld met een rechterlijke beslissing (wet van 5 juli 1963, tweede lid, van artikel 391bis), terwijl hij dit niet heeft gedaan in artikel 369bis voor de onttrekking van kinderen.

Het Hof van Cassatie heeft die zaak afgedaan in een arrest van 9 maart 1970 (*Pas.* deel I, blz. 593, en de noot ondertekend A.C., R.W. nr. 31, 12 april 1970, kol. 1476-1478).

Het Hof heeft beslist dat een door onderlinge toestemming gescheiden echtgenoot die zijn minderjarig kind onttrekt aan de bewaring van de andere echtgenoot of van de persoon aan wie het is toevertrouwd krachtens de overeenkomst gesloten met toepassing van artikel 280 van het Burgerlijk Wetboek, zich niet schuldig maakt aan het misdrijf bedoeld in artikel 369bis, vierde lid, van het Strafwetboek, nl. het niet afgeven van een kind.

La Cour considère qu'on ne se trouve pas en présence d'une décision judiciaire; qu'en effet, par la convention, il n'a pas été « statué » sur la garde de l'enfant comme le prévoit l'article 369bis.

On doit déplorer que « dans l'état actuel de la législation » (selon l'expression dont use la Cour de cassation, où il n'est pas interdit de lire une nuance de regret), la protection des enfants du divorce soit moins bien assurée après que les parents sont divorcés par consentement mutuel qu'après divorce pour cause déterminée.

De lege ferenda, nous souscrivons pleinement au souhait exprimé par J. Vanhalewijn dans sa note au *Rechtskundig Weekblad* (n° 40, 14 juin 1970), qu'une assimilation totale soit prévue entre ces deux procédures.

Au cours des travaux préparatoires qui ont précédé l'adoption de l'article 1^{er} de la loi du 5 juillet 1963 (article 391bis du Code pénal) il fut souligné que la convention réglant les aliments en cas de divorce par consentement mutuel ne pouvait être considérée comme étant une décision de justice statuant sur les aliments.

C'est la raison pour laquelle l'alinéa second de cette disposition légale sanctionne d'une manière expresse l'inexécution de l'obligation alimentaire résultant de la convention prévue par l'article 280 du Code civil (voy. Chambre des Représentants, session 1962-1963, Annales séance du 11 décembre 1962, déclaration de M. Vermeylen, Ministre de la Justice; Sénat, session 1962-1963 Documents parlementaires, rapport n° 121 du 19 février 1963).

Par contre, les travaux préparatoires de la loi du 20 juillet 1927 ne font pas allusion au divorce par consentement mutuel.

Ils ne visent, d'une part, que les cas où il a été statué par une décision judiciaire, sur la garde des enfants issus au cours, ou à la suite d'une instance en divorce ou en séparation de corps, ce qui exclut les divorces par consentement mutuel et, d'autre part, les cas où il a été statué sur la garde des enfants, dans les autres cas prévus par la loi, en vertu d'une décision judiciaire.

L'existence d'une décision de justice est considérée par la doctrine comme une des conditions nécessaires à l'existence du délit prévu par l'alinéa 2, de l'article 369bis du Code pénal (Rigaux et Trousse, *Crimes et délits du Code pénal*, tome V, p. 260; *les Nouvelles, Droit pénal*, tome III, n° 6104 et 6105).

Dans la pratique, l'époux auquel la garde des enfants a été confiée dans le cadre d'une procédure en divorce par consentement mutuel, peut actuellement, sans craindre la moindre sanction, décider que les enfants ne verront plus celui à qui a été reconnu un droit de visite.

Het Hof van Cassatie was van oordeel dat men hier niet te maken heeft met een rechterlijke beslissing; dat de bewaring van het kind immers in een overeenkomst is geregeld en dat daarover niet door de rechter is « beslist », zoals artikel 369bis bepaalt.

Het is te betreuren dat « in de tegenwoordige stand van de wetgeving » (aldus de bewoordingen van het Hof van Cassatie, waarin wel een vleugje leedwezen kan worden bespeurd) de kinderen minder goed beschermd worden wanneer de ouders door onderlinge toestemming gescheiden zijn, dan wanneer zij op grond van bepaalde feiten gescheiden zijn.

De lege ferenda sluiten wij ons volkomen aan bij de wens die J. Vanhalewijn in het *Rechtskundig Weekblad* (nr. 40, 14 juni 1970) heeft uitgesproken om beide procedures gelijkgesteld te zien.

Tijdens de parlementaire voorbereiding van artikel 1 van de wet van 5 juli 1963 (artikel 391bis van het Strafwetboek) werd erop gewezen dat de overeenkomst tot regeling van de alimentatie in geval van echtscheiding door onderlinge toestemming niet beschouwd kan worden als een rechterlijke beslissing waarbij de alimentatie wordt geregeld.

Daarom stelt het tweede lid van dat artikel uitdrukkelijk straf op de niet-naleving van de onderhoudsverplichtingen die ontstaan uit de overeenkomst waarin artikel 280 van het Burgerlijk Wetboek voorziet (zie Kamer van Volksvertegenwoordigers, 1962-1963, Handelingen van de vergadering van 11 december 1962, verklaring van de heer Vermeylen, Minister van Justitie; gedr. st. Senaat, 1962-1963, verslag nr. 121 van 19 februari 1963).

Bij de parlementaire voorbereiding van de wet van 20 juli 1927 daarentegen is de echtscheiding door onderlinge toestemming niet ter sprake gekomen.

Aan de orde zijn alleen gekomen, enerzijds, de gevallen waarin de bewaring van de kinderen geboren tijdens of na een procedure tot echtscheiding of tot scheiding van tafel en bed, geregeld is bij een rechterlijke beslissing, wat de echtscheiding door onderlinge toestemming uitsluit, en, anderzijds, de gevallen waarin bij rechterlijke beslissing uitspraak is gedaan over de bewaring van de kinderen, voor de andere gevallen waarin de wet voorziet.

Een rechterlijke beslissing wordt door de rechtsleer beschouwd als één van de noodzakelijke voorwaarden voor het bestaan van het misdrijf omschreven in artikel 369bis, tweede lid, van het Strafwetboek (Rigaux en Trousse, *Crimes et délits du Code pénal*, dl. V, blz. 260; *les Nouvelles, Droit pénal*, dl. III, nrs. 6104 en 6105).

In de praktijk kan de echtgenoot aan wie het recht van bewaring van de kinderen is toevertrouwd krachtens een echtscheidingsprocedure door onderlinge toestemming, thans zonder vrees voor sancties beslissen dat de kinderen niet meer mogen omgaan met de echtgenoot die het bezoekrecht heeft.

Dans l'intérêt même des enfants, cette situation doit être modifiée comme elle l'a été dans le cas du non-paiement de la pension alimentaire.

Il n'est pas inutile de souligner que les parquets de première instance, outrés par la situation actuelle, poursuivent l'époux qui ne représente pas les enfants conformément aux dispositions contenues dans la convention intervenue entre les époux dans le cadre du divorce par consentement mutuel.

Ces poursuites, *contra legem*, aboutissent à des jugements de condamnation que les cours d'appel confirment parfois (arrêt du 28 janvier 1969 de la Cour d'appel de Bruxelles) mais que la Cour de cassation casse systématiquement (Cass. 9 mars 1970, *Pas. I*, 1970, p. 593, et Cass. 1^{er} octobre 1973, *Pas.* 1974, I, p. 98).

Il n'est évidemment pas souhaitable que les tribunaux prononcent des condamnations sans base légale mais uniquement inspirés par un souci d'équité.

Il est indispensable qu'en cette matière la loi puisse rejoindre l'équité.

R. LALLEMAND.

**

PROPOSITION DE LOI

ARTICLE UNIQUE

Il est ajouté à l'article 369*bis* du Code pénal un alinéa libellé comme suit :

« Sera punie des mêmes peines l'inexécution, dans les conditions prévues au deuxième alinéa, des obligations, telles qu'elles sont déterminées par les articles 1287 et 1288 du Code judiciaire. »

R. LALLEMAND.

Deze toestand moet, vooral in het belang van de kinderen, worden gewijzigd zoals gebeurd is voor het geval waarin de uitkering tot onderhoud niet wordt betaald.

Het is niet overbodig eraan te herinneren dat de parketten van eerste instantie, verontwaardigd over de huidige situatie, de echtgenoot vervolgen die de kinderen niet afgeeft zoals overeengekomen is tussen echtgenoten die door onderlinge toestemming gescheiden zijn.

Deze vervolgingen, *contra legem*, leiden tot veroordelende vonnissen die de hoven van beroep soms bevestigen (arrest van 28 januari 1969 van het Hof van beroep van Brussel), maar die het Hof van Cassatie stelselmatig vernietigt (Cass. 9 maart 1970, *Pas. I*, 1970, blz. 593, en Cass. 1 oktober 1973, *Pas.* 1974, I, blz. 98).

Het is natuurlijk niet wenselijk dat de rechtbanken een veroordeling uitspreken zonder wettelijke grondslag, maar uitsluitend gedreven door overwegingen van billijkheid.

In dezen behoort de wet aan te sluiten bij de billijkheid.

**

VOORSTEL VAN WET

ENIG ARTIKEL

Aan artikel 369*bis* van het Strafwetboek wordt een lid toegevoegd, luidende :

« Met dezelfde straffen wordt gestraft hij die, in de omstandigheden omschreven in het tweede lid, niet voldoet aan de verplichtingen zoals die zijn bepaald in de artikelen 1287 en 1288 van het Gerechtelijk Wetboek. »