

DE TOESTEMMING VAN DE OUDERS TOT HET HUWELIJK VAN HUN MINDERJARIGE KINDEREN

door

Pierre VAN DEN BOSSCHE

Assistent aan de Katholieke Universiteit te Leuven

Advocaat

Inleiding

1. Dat de ouders enige zeggingschap hebben ter gelegenheid van het huwelijk van hun kinderen is een beginsel dat nooit op verzet is gestuit. Het is immers vrij logisch dat zij, die het kind hebben opgevoed, en met het oog hierop het met de nodige zorgen hebben omringd, niet over het hoofd worden gezien wanneer het één van de belangrijkste beslissingen — indien niet de belangrijkste — neemt. Deze tussenkomst schijnt overigens nooit het voorwerp te hebben uitgemaakt van een gegronde kritiek.

Wat daarentegen de draagwijdte van dat zeggingschap betreft, zijn de meningen, in de loop der eeuwen, uiteenlopend geweest en heeft zich een vrij lange evolutie afgespeeld. We bevinden ons hier trouwens in de kern van de verhoudingen van de leden van een familie, die zich steeds heeft moeten aanpassen aan nieuwe filosofische en economische strekkingen. Deze wijzigden niet alleen de structuur van de ganse gemeenschap, doch ook die van de familie. Deze werd van uitgebreide sociologische groep herleid tot een enge cel, samengesteld uit de ouders en de kinderen. Dit uitdunnen van de familie-groep ging gepaard met een gelijkaardige evolutie van de macht waarmee het hoofd van die groep was bekleed. Van absoluut en despotisch werd ze doelgericht en onderworpen aan een aan de familie extern gezag, de rechtsmacht. Terwijl vroeger het toestemmingsrecht slechts een aspekt was van de discretionaire macht van de ouders — of van de vader — wordt heden ten dage, uitgaande van het criterium van het belang van het kind, aanvaard dat dit recht kan ontaarden in misbruik. Vandaar de mogelijkheid de niet-gemotiveerde of verkeerd gemotiveerde weigering van de ouders te wraken.

2. Deze bijdrage beoogt deze evolutie te schetsen en nader toe te lichten. Aanleiding hiertoe is de wet van 8 april 1965 op de Jeugdbescherming, die een bekroning betekent van die evolutie.

Door artikel 148 B.W. te wijzigen en het te vervolledigen, en door het inlassen van artikel 160bis B.W., beantwoordt het huwelijks-toestemmingsrecht van de ascendenten ten volle aan zijn finaliteit, het nastreven van het belang van het kind. Meteen werd ook definitief de knoop doorgehakt in verband met het al of niet discretionair karakter van dat recht.

Vooraleer tot de huidige regeling over te gaan, wordt achtereenvolgens de Romeinse, Germaanse, Canonieke, Oud-Franse en Oud-Vaderlandse wetgeving onderzocht. Daar nu nog, aangaande het besproken onderwerp, geen eensgezindheid bestaat, zal benevens onze wetgeving, ook enige aandacht worden besteed aan de oplossing die onze Noorder- en Zuiderburen hebben vooropgesteld. Interessant is hier aan te stippen dat de drie landen het zelfde vertrekpunt hadden, met name de *Code Napoléon*. Sedert 1804 werd op dit stuk veel verandering gebracht : de respectieve vigerende wetgevingen wijken thans sterk van elkaar af, zowel voor wat betreft de uitoefening van het recht als voor wat betreft de natuur zelf van dat recht.

DEEL I

HISTORISCH OVERZICHT

§ 1. Romeins recht

3. Indien in de meeste samenlevingen het huwelijk de grondslag vormt van de familie, was het bij de Romeinen slechts een belangrijk element. De basis zelf van de familie diende elders te worden gezocht, nl. in de macht. *Le lien de la famille*, aldus Ortolan, *n'est pas le lien du sang, le lien produit par le mariage et par la génération, c'est un lien de droit civil, un lien de puissance* (1). Deze macht (*potestas*) was niets anders dan de soevereine wil van de *pater familias*, die zich aan alle leden van de familie opdrong. Het gold hier een exclusief mannelijk voorrecht; voor de andere *parens*, de moeder, was er vanzelfsprekend geen plaats.

Daar het dus niet het huwelijk was dat de familie deed ontstaan, kon de bloedverwantschap niet bepalend zijn voor de samenstelling ervan. Alleen in de mate dat men onder de macht, *in potestate*, van iemand leefde, behoorde men tot de familie van die gezagdrager, ook al was men er door geboorte totaal vreemd aan (bv. adoptie). Omgekeerd had iemand, die, schoon hij een bloedeigen kind was van de *pater familias*, geen uitstaans met diens familie, indien hij niet onder zijn gezag leefde (bv. ontvoogding).

(1) ORTOLAN, J., *Histoire de la législation romaine et généralisation du droit romain*, 11de druk, Paris, 1880, blz. 565.

Het recht van de *pater familias* was absoluut. Ook in de tijd : alleen de dood stelde er een einde aan; fysische of psychische gebrekkigheid had er geen invloed op (1).

4. In het kader van deze alleenheerschappij van de *pater familias* moet ook het huwelijk van de kinderen, en de toestemming die ze hiervoor behoeften, worden geplaatst. Elk kind in *potestate* of *alieni iuris* (2), ongeacht het geslacht, de leeftijd of de waardigheid waarmee het in het politieke of sociale leven was bekleed, kon niet in het huwelijk treden zonder de toestemming van zijn *pater familias* (3). Het kind kon dus drager zijn van een deel van de openbare macht, en toch over zijn eigen persoon niet beschikken (4).

Indien voor de bruid de toestemming volstond van hem die drager was van de *potestas* over haar — dus haar vader, of, indien deze nog in *potestate* stond, van de grootvader, of overgrootvader, enz. — had de bruidegom, benevens de toestemming van de *potestas*-drager, ook die van zijn vader nodig, indien deze nog *alieni iuris* was (5). Immers als de zoon zou kunnen huwen zonder de toestemming van zijn vader, zelf nog in *potestate* verkerend, zouden hem tegen zijn wil kleinkinderen opgedrongen worden, die later in zijn *potestas* zouden komen en zijn erfgenamen zouden worden; wat bij de huwende dochter niet te vrezen was, omdat haar kinderen niet zijn agnaten, verwanten langs mannelijke lijn, waren (6).

Deze strakke regel duldde geen uitzondering. Het tegenovergestelde was nochtans niet minder waar, althans voor wat de zoon betrof. Was deze niet in *potestate*, dus *sui iuris*, omdat hij bv. ontvoogd was, dan kon hij huwen wanneer hij wilde; ten minste vanaf het ogenblik dat hij de puberteitsjaren had bereikt (7). Wanneer die twee voorwaarden waren vervuld, werd hij op zijn beurt *pater familias*, ook al had hij noch echtgenote noch afstammelingen, en verwierf hij de algehele onafhankelijkheid.

(1) CICERO, *Pro Domo*, 27; — DIONYSIOS van HALIKARNASSOS, IV, 26 en 27. Deze auteur maakt een vergelijking tussen de *patria potestas* zoals ze werd uitgeoefend te Rome en in Griekenland. Het Griekse recht, dat meer de klemtoon legde op de persoonlijke vrijheid, liet niet toe dat die macht kon worden uitgeoefend na een zekere leeftijd. De grootste straf die kon worden opgelegd, bestond in het wegzenden van het kind uit het vaderlijk huis.

(2) Staat van onderworpenheid aan de *potestas* van een ander.

(3) We hebben het hier alleen over de *iustae nuptiae*. Het probleem van de toestemming van de *pater familias* bestond niet voor het concubinaat (wettelijk huwelijk van lagere orde), noch voor het huwelijk *iure gentium* (huwelijk met of onder *perigrini*), noch voor het *contubernium* (huwelijk onder slaven).

(4) JUSTINIANUS schafte dit af voor enkele dignitarissen, o.a. voor de senatoren en de bisschoppen : Dig. 12,3 (*De consulibus*), 5; 10,32 (*de decurionibus*), 67.

(5) Dig. 23,2 (*de ritu nupt.*), 1,16.

(6) Inst. I, 11 (*de adoptionibus*), par. 7 : *Ne ei invito suus heres adgnascatur*. Deze tekst heeft betrekking op de adoptie, doch werd tevens op het huwelijk toegepast.

(7) Te Rome was de jongen *puber* op 14 jaar, de vrouw op 12 jaar.

Voor het meisje daarentegen was de toestand verschillend. Gaius leert ons dat de dochter, eens ze niet meer onder de macht van haar vader stond, onder een *tutela perpetua* kwam te staan *propter infirmitatem sexus, propter levitatem animi, propter forensium rerum ignorantiam* (1). Vandaar dat haar huwelijk *cum manu* (2) niet kon plaats hebben zonder de *auctoritas tutoris*. Voor het huwelijk *sine manu* (3) zijn de meningen uiteenlopend (4). In elk geval verdween met Claudius (41-54) die eeuwigdurende voogdij (5). Sindsdien lieten de wettelijke en testamentaire voogdij aan de vrouw een grotere vrijheid en leek de *filia sui iuris* geen *consensus* of *auctoritas* meer nodig te hebben. Het liberale recht van de jurisconsulten werd echter opgevolgd door een voor de vrouw strenger recht. Met Antoninus (138-161) en Septimus Severus (193-211) was de *puella sui iuris*, die de leeftijd van vijf en twintig jaar niet had bereikt, gehouden de toestemming van haar vader te bekomen, of, indien dit niet mogelijk was, van haar moeder die hiervoor bijgestaan werd door een familierraad (6). Op te merken valt dat dit het enig geval is waarin de huwelijks toestemming kon worden verleend door de moeder; dit recht steunt in dit geval niet op de macht, maar op de bloedverwantschap.

5. Indien de juridische grondslag van het toestemmingsrecht steeds de *potestas* is geweest (zie echter nr. 4 *in fine*), kan van deze laatste nochtans niet worden beweerd dat ze geen wijziging onderging. Door een lange evolutie boette de *patria potestas* immers veel van haar despotisch en egoïstisch karakter in. Het gevolg was dat de consensus-leer dezelfde weg opging.

In de eerste jaren was het de vader geoorloofd, indien niet de zoon, dan toch zeker de dochter *alieni iuris* uit te huwen aan iemand van zijn keus, zonder dat hij rekening diende te houden met de wensen van het kind, wiens toestemming dus niet vereist was (7). Ze kon zich alleen tegen het plan van haar vader verzetten indien degene, met wie hij verlangde dat ze in het huwelijk zou treden, van slechte zeden was, *indignum moribus vel turpem* (8). Vervolgens vond men logisch dat, daar het huwelijk slechts kon tot stand komen door de toestemming van de vader, dezelfde wil er een einde kon aan stellen (9). Tenslotte

(1) GAIUS, I, par. 144.

(2) Door het huwelijk *cum manu* trad de *uxor* in de macht van haar echtgenoot en nam aldus de plaats in van zijn dochter, zodat ze *filiae loco* was.

(3) Reeds vroeg werd het huwelijk zonder *manus*, waarbij de vrouw haar juridische zelfstandigheid behield, het meest gebruikelijk.

(4) BLACHÈRE, X., *Etude historique sur l'autorisation de la famille requise pour pouvoir contracter mariage*, blz. 32; — anders: BERNARD, F., *Etude historique et critique sur le consentement des ascendants*, Paris, 1899, blz. 23.

(5) GAIUS, I, par. 144.

(6) Dig. 5,4 (*de nuptiis*), 18.

(7) Dig. 23,2 (*de ritu nupt.*), 21.

(8) Dig. 23,1 (*de spons.*), 12.

(9) Dig. 43,30 (*de liberia exhibendis*), 1, par. 5.

kon, tot vóór de periode van Augustus, niets de toestemming van de vader vervangen; geen enkel toezicht op dat recht kon worden uitgeoefend, ook al was de beslissing niet gemotiveerd: het kind had de keus tussen het celibaat en het concubinaat!

Door toedoen van de keizers, en vooral onder de impuls van het christianisme, werden de zeden minder ruw. Er dient echter onmiddellijk aan toegevoegd, dat de hervormingen niet zozeer het individueel belang dan wel de *publica utilitas* beoogden (1). In het klassieke recht was de toestemming van de vader alleen onvoldoende: zonder de toestemming van het kind kon het huwelijk niet worden aangegaan; een huwelijk gesloten uit vrees voor de *pater familias* bleef niettemin geldig (2).

Antoninus Caracalla (211-217) duldde niet langer dat de eenheid van het gezin kon worden aangetast door de willekeur van de vader (3). Voortaan zou hij een huwelijk *bene concordans* niet meer kunnen ontbinden, tenzij een ernstige reden voorhanden was.

De *Lex Julia de maritandis ordinibus* bevestigde deze evolutie (4). Zo de toestemming geweigerd werd zonder reden, of om een niet gegronde reden, stond een verhaal open bij de *praetor*, die de vader kon dwingen zijn toestemming te geven (5). Bovendien werd nog voorzien dat in sommige gevallen de toestemming van de vader niet vereist was (6). Het ging zelfs zover dat de vader zich verplicht zag zijn kind *utriusque sexus* (vooral zijn dochter) uit te huwen, en dat het verzuim een huwelijkspartner voor haar te zoeken werd beschouwd alsof hij haar huwelijk wilde verhinderen (7).

Wat nu de titularis betrof van het toestemmingsrecht, werd geen verandering ingevoerd. De vader, en de vader alleen, moest toestemmen in het huwelijk van hen die onder zijn macht leefden. Dit was trouwens het geval met alle attributen van de ouderlijke macht. De moeder, verre van de ouderlijke macht uit te oefenen met of naast haar man, was integendeel in menig opzicht *loco filiae* (8).

(1) Dig. 40,15 (*de captivis et postliminio*).

(2) Dig. 23,2 (*de ritu nupt.*), 2 en 22.

(3) Dig. 43,30 (*de liberis exhibendis*), 1, par. 5.

(4) De *Lex Julia* vormde, samen met de *Lex Papia-Popea*, de *leges caducariae*. Ze waren een reactie tegen sociale toestanden van een tijd, waarin *iustae nuptiae* het meer en meer moesten afleggen voor het concubinaat. Die wetten verleenden voordelen alleen aan de wettige bloedverwantschap, d.w.z. aan de kinderen gesproten uit *iustae nuptiae*, en ontzegden rechten aan hen die in celibaat of concubinaat leefden.

(5) Dig. 23,2 (*de ritu nupt.*), 19. Het zou immers onbillijk zijn geweest dat een kind van zekere voordelen niet zou genieten, of meer nog, zich vervallen zou zien van zekere rechten, alleen omdat zijn vader, zonder ernstige reden, weigert toe te stemmen in zijn huwelijk.

(6) Dig. 9, 10 en 11. Drie jaar na de afwezigheid of de gevangenschap van de vader, kon zonder zijn toestemming in het huwelijk worden getreden. De kinderen van de geesteszieke, *mente captus*, staan op zelfde voet als de kinderen *sui iuris*; deze staat van de *pater familias* verhinderen nochtans niet dat hij de *patria potestas* behield: CJ 5,4, 25.

(7) Dig. 23,2 (*de ritu nupt.*), 19: *Prohibere autem videtur si conditionem non quaerit*.

(8) Althans rechtens, want het is zeker dat sociaal gesproken de plaats van de *mater familias* onmiddellijk na die van haar man kwam. Zie: VAN OVEN, J. C., *Leerboek van Romeins privaatrecht*, 2de druk, Leiden, 1946, nr. 274.

6. Samen met Pothier en de meeste auteurs mag men aannemen, dat er bij gebrek aan toestemming van de *pater familias* geen huwelijk was. De nietigheid was absoluut, en hoefde niet eens te worden uitgesproken (1).

Grote discussie ontstond echter wegens een *passus* uit de *Sententiae Pauli* : *Eorum qui in potestate patris sunt sine voluntate eius matrimonia iure non contrahuntur, sed contracta non solvuntur* (2). Enkelen gaven aan deze tekst de volgende betekenis : kinderen in *potestate* mogen niet huwen zonder de toestemming van hun vader ; doen ze het toch, dan is hun huwelijk niettemin geldig (3). Pothier, gevolgd door de meeste auteurs, hield er een andere zienswijze op na. Hij was van mening dat de woorden *sed contracta non solvuntur* naast een andere tekst van de *Sententiae Pauli* dienden te worden gelezen, volgens dewelke een wettig aangegaan huwelijk niet kon worden verbroken door de *pater familias* (4). Vóór Caracalla was het inderdaad niet alleen mogelijk dat de vader weigerde toe te stemmen in het huwelijk, doch hij kon tevens zijn toestemming op ieder ogenblik intrekken en hiermee een huwelijk *bene concordans* vernietigen. Hieraan werd een einde gesteld, zoals we hoger hebben gezien (5). De betwiste zinsnede zou dus niet slaan op een huwelijk aangegaan zonder vaderlijke toestemming, doch wel op de latere verbreking, door de *pater familias*, van een gelukkig huwelijk (6).

§ 2. Germaans recht

7. Zelfs indien het *mundium* bij de Germanen overeenkomt met de Romeinse *patria potestas*, kan nochtans niet worden beweerd dat die twee begrippen elkaar volledig dekken. Zowel hun wezen als hun uitoefening zijn vrij verschillend.

In de Germaanse gemeenschap, waar alles berustte op de fysische kracht, lag het zwaartepunt bij de ridderlijke gedachte dat de sterke de zwakke verdedigt. De solidariteit verenigde alle bloedverwanten. Alwie omwille van zijn geslacht of leeftijd die bescherming nodig had, leefde onder het *mundium*. De titularis van dit exclusief mannelijk voorrecht, dat tevens het karakter van verplichting vertoonde, was op de eerste plaats de vader. Hij was echter niet de enige om be-

(1) Dig. 23,2 (*de ritu nupt.*), 18 : *Nuptias inter easdem personas nisi volentibus parentibus renovatae instae non habetur*. De Romeinen kenden geen verschil tussen vernietigende en verbiedende huwelijksbeletselen.

(2) PAULUS, *Sent.* II, 19 § 2.

(3) CUIJAS, *Ad Legem*, 2 en 10, *de ritu nupt.*; — GODEFROY, A., *Ad legem Filius*, 25, *de ritu nupt.*

(4) PAULUS, *Sent.*, VI, 6 § 10 : *Bene concordans matrimonii separari a patre D. Pius prohibuit*.

(5) Zie boven nr. 4.

(6) POTHIER, *Traité du contrat de mariage et de la puissance du mari*, uitg. Sifferein, M., Paris, 1822, nr. 16.

scherming te verlenen en de daarmee gepaard gaande rechten uit te oefenen. In de mate dat de zoon bij machte was de wapens te dragen, kwam deze in een ander daglicht te staan : zijn situatie sloot elke onderworpenheid aan enig gezag uit (1). Op zijn beurt beschermde hij, met zijn vader, de fysisch onbekwamen, zodat hij een hulp werd voor hem en een plaats bewam in de familieraad. Kortom vanaf dat ogenblik werd hij een volwaardig burger (2).

In het begin was hiervoor waarschijnlijk geen vaste leeftijd vastgesteld. De stam bepaalde voor elk kind afzonderlijk de ouderdom, die ongeveer overeenstemde met de puberteit (3). Later vermeldde de *leges barbarorum* een vaste leeftijd, die naargelang van de stam kon verschillen (4).

8. Alwie nu onder het *mundium* leefde kon niet huwen zonder de toestemming van de *mundualdus*, titularis van het *mundium*. Dit kwam op de volgende regeling neer : eens de zoon de wapens droeg kon hij vrij een huwelijk aangaan ofschoon in feite de familie bleef tussenkomen (5); droeg hij de wapens nog niet, dan had hij ook de puberteitsjaren nog niet bereikt en kon hij in geen geval huwen; de dochter die wegens haar geslacht altijd onder een *mundium* leefde (6), kon dus nooit huwen zonder die toestemming (7).

Aldus werd in het meest voorkomend geval de toestemming verleend door de vader. De moeder die altijd onder het *mundium* stond, bezat nooit het toestemmingsrecht. Bij het overlijden van de vader ging het *mundium* over op de dichtste mannelijke bloedverwant; deze werd meteen voogd van de niet gehuwde dochter (8). Zijn bevoegdheid strekte echter niet zo ver als die van de vader : nooit kon hij, zoals de vader in de eerste periode van het Germaanse recht, een meisje uithuwen zonder haar toestemming (9). Verder kon de vader zijn toestemming willekeurig weigeren en zodoende de dochter, tot

(1) De overhandiging van de wapens ging gepaard met een plichtigheid, in aanwezigheid van het volk (TACITUS, *Germaniae*, 2).

(2) TACITUS, *Germaniae*, 23 : *Nihil autem, neque publicae, neque privatae rei, nisi armati agunt.*

(3) BERNARD, F., *Etude historique et critique sur le consentement des ascendants*, Paris, 1899, blz. 51.

(4) *Lex Salica*, XXIV, 5 : 12 jaar; — *Lex Rip.*, LXXXI: 15 jaar.

(5) ESMEIN, A., *Le mariage en droit canonique*, Paris, 1891, I, blz. 154. Het was geen wettelijke verplichting voor de zoon de raad te vragen aan zijn familie; het werd echter aanzien als een erbetuiging en werd een gewoonte.

(6) Bij het huwelijk van de dochter bleef het *mundium* onveranderd; alleen ging het over van de vader op de man. De *desponsatio* was de handeling waarbij de man niet de vrouw, doch wel het *mundium* kocht.

(7) *Edict Roth.*, 204, geciteerd door BERNARD, F., o. c., blz. 56.

(8) *Lex Sax.*, XXXIV. Eerst is het de wettelijke zoon die geroepen is, en bij ontstentenis van deze, de broer van de afgestorvene.

(9) *Lex Visigoth.*, III, 3 en 4. Onder invloed van de kerkelijke regeling veranderde dit; een meisje verloofd tegen haar zin, kon, ook als ze nog geen vijftien jaar oud was, weigeren het door haar vader geplande huwelijk aan te gaan.

het einde van zijn dagen, het celibaat opleggen. De weigering van de voorgd was niet zo absoluut; ze had slechts gevolg als de *proximi parentes*, wier raad hij steeds moest inwinnen, een advies gaven dat aan zijn oordeel conform was. Bovendien diende hij ook rekening te houden met de weduwe, die gelast was met het toezicht op de minderjarige en niet-ontvoogde kinderen (1).

9. Een man kon een meisje niet huwen, zonder dat haar *mundualdus* hiermee instemde. Huwde hij toch zonder die toestemming te hebben verkregen, dan werd hij verplicht de dochter terug onder het gezag van haar *mundualdus* te plaatsen. Bovendien werd hem een boete opgelegd (2). In plaats van het *mundium* af te kopen had hij het immers gestolen; een geldelijke vergoeding was derhalve verschuldigd. Er mag worden aangenomen dat de Germaanse wetgever zich vooral inliet met het bepalen van het bedrag van het *werfgeld*, dat de schaker verplicht was te betalen aan de familie van het geschaakte meisje (3). Verschillende wetten bepalen trouwens alleen dat bedrag, zonder de nietigheid als sanctie te stellen (4).

§ 3. Canoniek recht

A. Totstandkoming van de canonieke wetgeving

10. De eerste eeuwen van haar bestaan was de Kerk een instelling die slechts naast de Romeinse wereld leefde, zonder er werkelijk deel van uit te maken. Het was trouwens ook niet haar bedoeling het wereldrijk te bemachtigen; haar aandacht ging veel meer naar de geestelijke waarden. Nopens materies zoals de huwelijksregeling aarzelde de Kerk geenszins in het openbaar stelling te nemen. *Dès l'origine du christianisme, aldus Viollet, le mariage est tombé dans le domaine de l'Eglise; il a été par excellence entre chrétiens, matière de conscience, soumise aux décisions et la juridiction de l'Eglise* (5). De hoofdreden waarom de Kerk het huwelijk beschouwde als een zaak die haar aanbelangde was dat het een aspekt vertoonde, totaal vreemd aan de heidense wereld: Christus had het huwelijk immers tot een sacrament verheven (6).

(1) *Lex. Bourg.*, 59; — *Lex Visigoth*, XIV, 13: *Patre mortuo, filii in matris potestate consistant.*

(2) *Lex Alamanorum*, 54 art. 1: *Si quis filiam alterius non desponsatam acciperit sibi uxorem, si pater eius eam requirit, reddeat eam cum quadraginta solidis eam componat.*

(3) BERNARD, F., o. c., blz. 60 en 61.

(4) *Lex Visigoth*, III, 2 en 8; — *Lex Agl.* 47; — *Edict Roth.*, 187 geciteerd door BERNARD, F., op. cit., blz. 61.

(5) VIOLLET, P., *Précis de l'histoire du droit français*, Paris, 1884, blz. 334.

(6) PAULUS, *Epist. ad. Ephes.*, V, 32: *Sacramentum hoc magnum est, ego autem dico in Christo et in Ecclesia.*

Nu was het de Kerk nochtans niet toegelaten aan de wetten van de Staat te raken; beiden hadden een eigen gebied, zodat er in feite geen wedijver mogelijk was (1). In die situatie was het de Kerk dan ook onmogelijk een volledige huwelijkswetgeving op te stellen; alleen legde ze het naleven van enkele beginselen op, zoals bv. het verbod de huwelijksband te verbreken (2).

Met het edict van Milaan, van 313, werd het christianisme een toegelaten godsdienst. Dit veranderde echter weinig in rechte. De Staat behield zijn wetgeving en jurisprudentie. Wel werden beide in ruime mate beïnvloed door de christelijke beginselen (3); de *canones* van de concilies, voornaamste uitdrukking van de regels van de Kerk, werden zelfs goedgekeurd door het keizerlijk gezag (4).

Behalve de regels die eerder de huwelijksmoraal betroffen, had de Kerk nochtans geen enkele externe bevoegdheid — zeker niet inzake toestemming van de ouders tot het huwelijk van hun kinderen. Hier was nog steeds de burgerlijke wet van toepassing, die uiteraard ook voor de christenen gold.

Er diende gewacht tot de periode van de Merovingische en Carolingische vorsten, om de Kerk te zien opdagen als draagster van een steeds meer en beter erkend gezag. Zelf niet bij machte overal orde en gerechtigheid te doen heersen, deden ze in ruime mate beroep op de feitelijke machtspositie van de Kerk. Het gebeurde zelfs dat de vorst aan de Kerk, met uitsluiting van elke andere rechtsmacht, de bevoegdheid verleende om uitspraak te doen over een huwelijks-geding (5). De Kerk vervulde dus een nieuwe functie: ze werd een hulpkracht voor het lekengezag. Omstreeks het begin van de tiende eeuw verwierf ze, inzake huwelijk, een exclusieve bevoegdheid (6). Het zou echter verkeerd zijn hieruit af te leiden dat het canoniek recht zich dan reeds voordoet als een samenhangend geheel; integendeel, nu pas begint de Kerk haar wetgeving uit te bouwen. Haar bevoegdheid *ratione materiae* zal ze uitbreiden, o.m. door aanspraak te maken op het recht zich uit te spreken over het al of niet bestaan van de huwelijksband.

B. Canonieke wetgeving tot het Concilie van Trente

II. Vanaf de tweede helft van de twaalfde eeuw staan de regels van de kerkelijke wetgeving vast. Van zodra de jongen veertien jaar en het meisje twaalf jaar oud is, volstaat alleen hun wederzijdse toe-

(1) ESMEIN, A., *Le mariage en droit canonique*, Paris, 1891, I, blz. 4.

(2) ESMEIN, A., o. c., blz. 6.

(3) Dit komt goed tot uiting in één van de brieven van Yves de Chartres: Ep. CCXLII: *quod etiam legibus seculi cautum habemus, quos catholici reges composuerunt, et ex auctoritate romanae ecclesiae catholicis populis servandas tradiderunt*.

(4) In 406 vroeg het concilie van Carthago, dat een keizerlijke wet het verbod zou opleggen aan een gescheiden echtgenoot een nieuw huwelijk aan te gaan (ESMEIN, A., o. c., blz. 84).

(5) ESMEIN, A., o. c., blz. 23.

(6) ESMEIN, A., o. c.

stemming : *Sufficiat solus secundum leges consensus eorum, de quorum conjunctionibus agitur* (1).

Deze regel was het resultaat van twee verschillende strekkingen; die tot veel twisteschrijverij aanleiding hadden gegeven. Enerzijds was Gratianus de mening toegedaan dat de toestemming alleen het huwelijk als sakrament tot stand bracht, doch het karakter van onverbreekbaarheid slechts werd bekomen na de *copula carnalis* (2). Tien jaar later beweerde Lombardus daarentegen dat de enige bewerkende oorzaak van het huwelijk in de vrije wederzijdse toestemming was te vinden (3). Hij verwierp dus de leer van Gratianus, luidens dewelke alleen de bijslaap het huwelijk vervolmaakt (4). Wat in het bijzonder de huwelijks toestemming betrof, kunnen twee verschillende oogeblikken worden onderscheiden : eerst zijn er de *verba de futuro*, de verloving, die betrekking hebben op de toekomst en alleen de belofte inhouden een huwelijk te zullen aangaan; vervolgens komen de *verba de praesenti*, waarbij men verklaart elkaar tot echtgenoot te nemen. Het waren deze laatste die onmiddellijk effect sorteerden en het huwelijk volmaakt en onverbreekbaar maakten (5).

Na enkele jaren werd de leer van Lombardus de officiële leer van de Kerk. Zij werd immers overgenomen door de pausen, eerst door Innocentius II (1130-1143) en later definitief door Alexander III (1159-1181) (6).

12. De echte kerkelijke leer was alzo vervat in de bovenvermelde regel : *Solus sufficiat... consensus*. Het woord *solus* zou nochtans gedurende meerdere jaren onenigheid hebben veroorzaakt. Volgens Le Merre, advocaat aan het Parlement, betekende *solus* immers niet dat alleen de toestemming van de aanstaande echtgenoten volstond, doch enkel dat in hun hoofde niets anders was vereist dan hun toestemming (7). Dit was tevens de opvatting geweest die Gratianus had verdedigd (8).

(1) C. 27, q. 2, c. 2 : GRATIANUS, Bolognees monnik, schreef de *Concordia Discordantium Canonum* (gewoonlijk *Decretum* genoemd) tussen 1139 en 1144. Daarvóór was het huwelijk aangegaan door een niet-puber niet ongeldig, op voorwaarde echter dat hij fysisch en moreel bekwaam was.

(2) C. 26, q. 2, c. 16.

(3) *Sent.*, lib. IV, D, XXVII, C, D; *Sufficiens autem causa matrimonii est consensus*.

(4) *Sent.*, lib. IV, D, XXVII, E.

(5) *Sent.*, lib. IV, D, XXVII, I, L en *Sent.*, lib. IV, D, XXVII, O. Wanneer de sponsus per *verba de praesenti* een andere vrouw huwde, was dit tweede huwelijk nietig, ook al was het geslachtelijk vóór het eerste voltrokken.

(6) Eén van de redenen waarom de leer van Lombardus werd verkozen was te vinden in het feit dat volgens Gratianus het huwelijk van de Maagd Maria en de heilige Jozef niet volmaakt zou zijn geweest. In sommige omstandigheden, had de *copula carnalis* wel haar belang; een huwelijk na de *verba de praesenti* en vóór de voltrekking, kon worden ontbonden wanneer bv. één van de twee echtgenoten de geestelijke staat wou aannemen. De andere echtgenoot kon in dat geval hertrouwen. (ESMEIN, A., *Le mariage en droit canonique*, Paris, 1891, I, blz. 127).

(7) LE MERRE, *Justification des usages de France sur les mariages des enfants de famille*, Paris, 1867, blz. 153.

(8) C. 30, q. 5, c. 1.

Ook hier zegevierde echter de leer van Lombardus. Zijn interpretatie verschilde van die van Le Merre en Gratianus. Hij onderwees dat de toestemming van de ouders nooit een essentiële voorwaarde was tot de geldigheid van het huwelijk (1). Zijn leer berustte op twee stelregels : enerzijds is alleen de toestemming van de echtgenoten vereist (zie boven nr. 11), en anderzijds zijn in het sakrament van het huwelijk elementen aanwezig die louter dienen *ad decorum et solemnitatem sacramenti*, o.a. de *consensus parentum* (2). Deze is dan als het ware een vormvoorwaarde met de waarde van een verbiedend beletsel, zodat het ontbreken ervan de geldigheid van het huwelijk niet aantast.

13. Voor de vorm- en bekendheidsvoorwaarden waren geen maatregelen op straf van nietigheid voorgeschreven (3). Het volstond dat de echtgenoten de *verba de praesenti* uitwisselden onder elkaar, zonder dat ook maar de aanwezigheid van één getuige vereist was. Het was wel een regel dat het huwelijk *in facie ecclesiae* diende te worden aangegaan, doch daar het hier ook om een verbiedend beletsel ging kwam, bij niet-naleving van die verplichting, de geldigheid van het huwelijk niet in het gedrang; alleen waren in dat geval enkele bijkomende straffen voorzien, vermits het tenslotte toch een overtreding van een kerkelijke wet betrof (4).

14. Uit het voorgaande komt duidelijk naar voor dat de eisen van de Kerk, in verband met de totstandkoming van het huwelijk, niet zo streng zijn als die welke de Romeinse en Germaanse wetgever had gesteld. Het belang van de tussenkomst van de ouders werd, wegens beschouwingen zowel van theologische als van juridische aard, aanzienlijk verminderd.

Voor de Kerk was het huwelijk immers op de eerste plaats een spirituele aangelegenheid, en voor dergelijke zaken had ze het kind, vanaf zijn puberteit, los gemaakt van het ouderlijk gezag; vandaar dat het zich onder eed kon verbinden en de geestelijke staat aannemen zonder de toestemming van zijn vader of moeder (5). Dit werd uitgebreid tot het aangaan van het huwelijk (6). Hier werd trouwens het geestelijk aspect nog beklemtoond door het sakramenteel karakter, en de toetreding tot de sakramenten diende voor allen te worden vereenvoudigd.

(1) *Sent. Lib.*, IV, D, XXXVIII, B.

(2) *Idem.*

(3) *Idem.*

(4) *Contrahere in facie ecclesiae* bestond hierin dat de aanstaande echtgenoten tot vóór de deur van de kerk kwamen, waar de priester hen opwachtte; na hen gevraagd te hebben of ze elkaar tot echtgenoot namen, gaf hij ze, bij positief antwoord, de zegening (ESMEIN, A., o. c., blz. 179).

(5) C. 22, q. 5, c. 14.

(6) C. 32, q. 2, c. 14.

Bovendien was het sedert geruime tijd een volksgewoonte — doch geenszins een verplichting — geworden dat de ouders tussenkwamen bij de *desponsatio*, de verloving, en niet bij het verwerkelijken van de huwelijksbelofte. Dit was een overleving van de Romeinse en Germaanse wetgeving, die de *desponsatio*, toegestaan door de ouders, verbindend verklaarde voor de kinderen, zodat het huwelijk zelf geen nieuwe verbintenis uitmaakte en slechts de uitvoering was van een vroeger aangegane belofte (1). Eens het onderscheid door Lombardus gemaakt, tussen de *verba de futuro* en de *verba de praesenti*, werd uitsluitend belang gehecht aan deze laatste daar zij alleen een verplichting inhielden en het huwelijk deden ontstaan (2). Dit deed echter geen afbreuk aan de vermelde gewoonte; de ouders bleven tussenkomen voor de verloving, die inmiddels veel van haar juridische waarde had verloren, terwijl de kinderen alleen de *verba de praesenti* uitwisselden, nu totaal los geworden van de verloving. Hieruit volgt dat een huwelijk, aangegaan zonder de door de ouders voorafgaandelijk toegestane verloving of *verba de futuro*, geldig was.

C. Het Concilie van Trente

15. De regeling zoals ze hierboven werd uiteengezet bleef lange tijd van toepassing, en werd door niemand aangevallen noch tegengesproken. Vanaf de zestiende eeuw echter zagen verschillende nieuwe opvattingen het licht. Luther, Calvijn en Zwingli trekken van leer tegen het huwelijk als sacramentele instelling. Het koninklijk hof, tot dan toe vrij onverschillig voor de materie, begint belangstelling te tonen en eist zijn soevereiniteit op inzake matrimoniaale wetgeving; vooral valt het de kerkelijke regeling aan, omdat deze, door de toestemming van de ouders niet als absolute vereiste te stellen, de geheime huwelijken in de hand werkte, wat voor gevolg had dat de huwelijken van ongelijke stand met de dag toenamen en aldus een zware slag werd toegebracht aan de wereld van de aristocratie. Tenslotte beleefde men, vooral in het Zuiden, een herleving van het Romeins recht, waardoor de neiging ontstond het gezag van de ouders, en zeker dat van de vader, op zijn vroeger voetstuk terug te plaatsen (3).

Al die misnoegdheden en verwijten, komende uit alle middens, liet de Kerk nochtans niet onbeantwoord. Met het doel haar stellingen deels te bevestigen, deels te herzien, riep paus Paulus III op 22 mei

(1) ESMEIN, A., *Le mariage en droit canonique*, Paris, 1891, I, blz. 159. Bij de Germanen was de *desponsatio* de voorwaarde van een geldig huwelijk; ze was er het hoofdbestanddeel van en het was bij deze aangelegenheid dat de toestemming van de familie werd gegeven.

(2) Zie boven, nr. 11.

(3) DUGUIT, L., *Etude historique du rapt de séduction*, in *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, Paris, 1886, 587 e.v.; blz. 603. Deze auteur verwijst naar de verschillende *coutumes* waar dit tot uiting komt: *coutume de Labourt*, 1514; *coutume de Bordeaux*, 1520; *coutume de Limoges*, 1551.

1542 een algemeen oecumenisch concilie bijeen. Het werd geopend op 1 november van het zelfde jaar te Trente, waar het op 4 december 1563 zijn werkzaamheden beëindigde (1).

16. Van de verschillende problemen waarover de kerkvaders zich dienden uit te spreken, was het huwelijk wel één van de voornaamste. Een eerste aspekt van de huwelijksproblematiek handelde over het al of niet sacramenteel karakter van het huwelijk. Dit gaf geen aanleiding tot lange discussies daar op unanieme wijze de leer van Sint Paulus, luidens dewelke Christus het huwelijk tot sacrament had verheven, werd bevestigd (2). Daarna kwamen de netelige vragen aan bod aangaande de regeling in verband met de geheime huwelijken en de huwelijken aangegaan zonder de toestemming van de ouders. Die twee gaven aanleiding tot veel voorstellen, die de ene na de andere van de hand werden gewezen. Deze passionele kwesties werden nog politiek geladen doordat de Franse koning, Charles IX, een gezantschap stuurde naar het concilie om de vurige wens van *la grande nation catholique*, deze huwelijken te horen nietig verklaren, kracht bij te zetten en te zien in vervulling gaan (3).

Na eindeloze discussies aanvaardde het concilie tenslotte voor de geheime huwelijken een voor de Franse vorst bevredigende oplossing: door het voor de toekomst invoeren van een nieuw nietig-makend huwelijksbeletsel werden deze huwelijken voortaan als nietig aanzien (4). Aldus werd nodig dat men het huwelijk aanging voor de *proprius parochus* van één van de beide aanstaande echtgenoten, en in aanwezigheid van twee getuigen (5). Dit nieuw beletsel was dus onafhankelijk van de hoedanigheid van de persoon; het was een vormvoorschrift, verbonden aan het contract, waarvan de niet-naleving de nietigheid van het huwelijk zelf meebracht.

(1) Te Trente hield het concilie 7 algemene vergaderingen; in 1547 werden de werkzaamheden te Bologna verder gezet om weer naar Trente over te komen in 1550. De vergaderingen hielden op in 1552 en, na ze hernomen te hebben op paasmaandag 1561, werd het concilie definitief beëindigd verklaard op 4 december 1563. Het nam dus in totaal 23 jaar in beslag.

(2) *Conc. Trident., sess. XXIV, de sacram. matrim., c. 1.*

(3) De kardinaal van Lotharingen, hoofd van het gezantschap verklaarde op 24 juli 1563 het volgende: „Si pour des raisons importantes, on jugeait à propos de faire autrement, on déclarât du moins qu'un mariage fait sans la présence d'un curé avec trois ou quatre témoins, ne serait pas légitime; et que les mariages des enfants de famille sans le consentement de leurs parents seraient nuls: afin de retenir les enfants dans leur devoir, les empêcher d'être la honte de leur famille et de contracter des engagements dont l'unique motif était le libertinage" (Geciteerd door VANTROYS, *Etude historique et critique sur le consentement des parents au mariage*, Paris, 1889, blz. 214).

(4) Daar dit beletsel alleen in de toekomst zou gelden, bleven de huwelijken, tot dus ver aangegaan zonder enige formaliteit, geldig. In de discussie was trouwens opgeworpen geweest dat die huwelijken steeds waren aanzien geweest als een sacrament, en dat een sacrament niet retroactief kon worden teniet gedaan.

(5) Tot vóór het concilie werd gezegd: *Boire, manger, coucher ensemble, est bien mariage ce me semble*. Hierna werd er aan toegevoegd: *Mais il faut que l'Eglise y passe* (LOYSEL, *Institutes Coutumières*, I, t. II, § III).

Voor de huwelijken aangegaan zonder de toestemming van de ouders, liep het daarentegen anders uit. De eerste voorstellen strekten ertoe die huwelijken te vernietigen; doch telkens werd zulks verworpen. Het koninklijk gezantschap, ontevreden over de gang van zaken, trok zich te Venetië terug. Op 11 november 1563 viel dan uiteindelijk de beslissing; de aanvaardde oplossing liet aan duidelijkheid weinig te wensen over: het huwelijk aangegaan *sine consensu parentum* is een zonde, die steeds door de Kerk zal worden gehekeld, maar blijft niettemin een geldig huwelijk. Het concilie ging zelfs nog verder en sprak de excommunicatie uit tegen degenen die het tegenovergestelde zouden beweren: *Eos sancta synodus anathemate damnat, qui... falso affirmat matrimonia à filiis familiae sine consensu parentum contracta, irrita esse, et parentes ea rata vel irrita facere posse; nihilominus sancta Dei Ecclesiae ex justissimis causis, illa semper detestata est atque prohibuit* (1).

17. In het kader van de beslissingen van het concilie, moet ook een bijzondere plaats worden voorbehouden aan de stelling die de Kerk innam ten aanzien van de *raptus*. Vanaf keizer Justinianus tot de elfde eeuw was de *raptus* een vernietigend en eeuwigdurend huwelijksbeletsel geweest; de *raptor* onderging de doodstraf (2). Later werden telkens de konkrete omstandigheden onderzocht om uit te maken of de nietigheid al dan niet diende te worden uitgesproken (3).

Onder druk van het Franse gezantschap, herzag de Kerk gedurende het concilie haar standpunt. De kerkvaders hernamen de vroegere oplossing en aanzagen de *raptus* weer als een vernietigend beletsel, met dit verschil nochtans dat het zijn permanent karakter verloor. Dit betekende dat, zolang de *rapta* in de macht verkeerde van de *raptor* het huwelijk nietig was, doch eens dat ze vrijgelaten was ze vrij haar toestemming kon geven, wat tot gevolg had dat het beletsel ophield te bestaan en het huwelijk gevalideerd werd (4).

Daar nu enerzijds, tot vóór het concilie, zowel de canonisten als de legisten de *raptus* analogisch hadden uitgebreid tot gelijkaardige doch niettemin verschillende daden, en anderzijds, volgens de nieuwe canonieke leer, de *raptus* een vernietigend beletsel uitmaakte, kwam het er op neer duidelijk te omschrijven wat eigenlijk met *raptus* werd bedoeld (5). Aangenomen werd dat van *raptus* slechts kon sprake zijn wanneer: 1) het meisje uit haar woning was ontvoerd geweest, *a raptore separata et in loco tuto constituta*, en 2) dit met geweld was

(1) Conc. Trident., sess. XXIV, de reformatione matrimonii, c. 1.

(2) JUSTINIANUS, *Novellae*, 143 en 150.

(3) YVES de CHARTRES, *Epist.* 19: *De nuptiis cum rapta, habita consideratione personarum, locorum et temporum, nunc canonum severitatem exercere, nunc indulgentiam, si expedire videatur.*

(4) Conc. Trident., sess. XXIV, de reformat. matrim., c. 6.

(5) ESMEIN, A., o. c., blz. 252.

gebeurd. Ofschoon de Kerk hiervoor niet uitdrukkelijk de benaming schaking met geweld, *rapt de violence*, gebruikte, blijft het toch duidelijk dat ze dat bedoelde. Van deze *raptus* zouden de legisten later dankbaar gebruik maken om het huwelijk *sine consensu parentum* nietig te verklaren (1).

§ 4. Het oud-vaderlandse en oud-Franse recht

A. Reactie tegen de kerkelijke regeling.

1. — HET OUD-VADERLANDSE RECHT.

a. De verordening van 4 oktober 1540

18. Gedurende vele jaren was de Kerk de enige die inzake huwelijk een regeling had uitgevaardigd (zie boven nr. 11-15). De wereldlijke macht die dit in het begin aanvaardde, blijkt nochtans vanaf de zestiende eeuw hierover ontstemd te zijn. De wanorde waarin vele families verkeerden, veroorzaakt door ontvoogdingen ingevolge vroegtijdige huwelijken, kon niet langer geduld worden. Een uitlating van d'Aguesseau laat hieromtrent geen twijfel bestaan : *que les familles seraient plus heureuses, les fortunes plus assurées, les mariages plus exempts de sacrilèges qui les déshonorent, si les canonistes de ces dernières temps avaient été aussi sévères dans leurs maximes, aussi jaloux de la juste autorité des pères, que les jurisconsultes romains* (2). Vandaar dat een soort heimwee ontstond naar een periode waarin de civiele overheid alles te zeggen had, heimwee dat stilaan zou overgaan in een steeds scherper wordende reactie tegen de kerkelijke wetten. Daar men het nog niet aandierf het contract van het godsdienstig aspect te scheiden, zijn in het begin slechts sporadische en schuchtere pogingen waar te nemen om de materie ter regeling tot zich te trekken.

19. De eerste maatregel werd genomen door de magistraat van Mechelen in 1535 : wanneer een meerderjarige in het huwelijk trad met een minderjarige, zonder dat deze de toestemming van zijn ouders had bekomen, en dit huwelijk de minderjarige op de een of andere manier nadelig was, kon hem een straf worden opgelegd waarvan de zwaarte afhing van het wijs oordeel van de rechter. Deze regel verkreeg de homologatie van Keizer Karel en werd overgenomen in de kostuimen van de steden Antwerpen en Lier (3).

(1) Zie onder nr. 32.

(2) D'AGUESSEAU, VIIde pleidooi, boek II, blz. 161, geciteerd door DEFACQZ, E., *Ancien droit Belgique*, Brussel, 1846, I, blz. 333.

(3) DEFACQZ, E., o. c., blz. 334; — GANSHOF, F. L., *Geschiedkundige inleiding tot het burgerlijk recht*, Gent, 1964, 4de druk, blz. 117.

20. De volgende stap was de verordening van 4 oktober 1540. Na de gevaren te hebben beklemtoond van huwelijken, aangegaan zonder toestemming van de ouders, legt ze enkele straffen van patrimoniale aard op. Aldus bepaalt ze dat *de heymelycke huwelycken die gecontracteert worden tusschen jonghe luyden, sonder advies, raedt ende consent... niet en corresponderen tot eerbaerheyt ende goede gehoorsaemheyt ende gemeynlyck commen tot swaeren ennde, en verder dat indien yemandt hem veroordert te solliciteren oft verleyden eenige jonge dochteren niet excederende den ouderdom van twintich jaren mit geloofte oft andersints mit huer huwelyck te contracteren... sonder consent van vader oft moeder van de voirschreven dochtere oft van de naeste vrienden ende magen, in gevalle sy vader noch moeder en hadde, oft van de wethouders van den plaatse, dat sulcke man te gheenen tyde en sal mogen nemen oft heffen eenige douaire oft ander gewin, 't sy uyt crachte van contracte voor 't huwelyck, van costume van den landen, by testament, gifte, overdrach, cessie oft anderssins in wat manieren dattet sy, opte goeden die de voorgeschreven dochtere zal mogen achterlaten. Het verlies van alle rechten op de goederen van de echtgenote werd ook opgelegd aan de dochter of de vrouw indien ze haer veroordere te contracteren huwelyck mit eenen soone niet excederende d'ouderdom van vyf en twintig yaeren (1). Op te merken valt dat de straf alleen van toepassing is op de meerderjarige, terwijl de toestand van de minderjarige onveranderd blijft.*

Deze regel werd verzacht door twee bepalingen van dezelfde verordening. Eens en vooral werd de straf toegepast *alwaert soo dat hy (of zij) na 't huwelyck volbracht synde vercrege 't consent van vader ende moeder, van de voorgeschreven vrunden ende maghen oft van de justitie...* Na het voltrekken van het huwelijk kon het verlenen van de vereiste toestemming nog hetzelfde effect sorteren, zodat de echtgenoten weer bekwaamheid tot ontvangen of erven hadden. Vervolgens werd aan de rechter een discretionaire macht toegekend om over de gegrondheid van het verzet te oordelen; kwam hem dit als onbillijk voor, dan kon hijzelf de toestemming geven zonder daarom de ouders te hebben gehoord en zelfs zonder ze te hebben opgeroepen (2).

b. De verordening van 29 november 1623

21. Filips IV stelde echter vast dat de verordening van 1540 niet werd toegepast. Als blijk van zijn ontevredenheid beklemtoonde hij er de strakheid van, zonder evenwel te raken aan de geldigheid van het huwelijk zelf. Op 29 november van het jaar 1623 werd met dit doel

(1) LAMEERE, J., en SIMONT, H., *Recueil des ordonnances des Pays-Bas*, reeks II 1506-1700, boek IV, 1536-1543, Brussel 1907, blz. 232-238, en vooral 236-237.

(2) DEFACQZ, E., o. c., blz. 336.

een verordening uitgevaardigd, luidens dewelke de huwelijkse voordelen van de twee echtgenoten — dus ook van de minderjarige — vervielen wanneer een huwelijk werd aangegaan met een minderjarige van vijf en twintig jaar zonder dat hij de toestemming van zijn vader en moeder, of, indien ze overleden waren, van zijn voogd en ascendenten had verkregen. Bovendien was het de ouders toegelaten hun kinderen op de meest volstreckte wijze te onterven (1).

De leeftijd, beneden dewelke de toestemming van de ouders vereist was, werd dus ook voor de dochter op vijf en twintig jaar gebracht. In de meeste gevallen viel deze leeftijd trouwens samen met die van de meerderjarigheid van het gemeen recht, en indien de plaatselijke gewoonten bepaalden dat die meerderjarigheid vroeger werd bereikt, dan nog was, voor het aangaan van het huwelijk, de toestemming vereist tot de vijf en twintig jaar (2). Eens die leeftijd bereikt was het zowel voor de zoon als voor de dochter mogelijk in het huwelijk te treden mits ze de raad van de ouders hadden ingewonnen, doch zonder dat ze gehouden waren de toestemming van deze laatsten te bekomen (3). Ofschoon de tekst expliciet vermeldt dat de toestemming van de vader en van de moeder nodig was, volstond die van de vader alleen. De moeder kon de weigering van de vader niet aanvullen, zodat in dit geval, net als in het geval waarin beide ouders weigerden toe te stemmen, het kind een beroep kon doen op de rechter (4).

22. Daar dit nu nog niet volstond om de misbruiken te keer te gaan, werden nieuwe en strengere maatregelen genomen. De verordening van 4 augustus 1692 bepaalde, dat de kinderen, die het gezag van hun ouders miskend hadden, onherroepelijk het recht verloren om van hen te ontvangen hetzij bij testament hetzij bij schenking onder levenden; de minderjarige wezen, die huwden zonder de toestemming van de ascendenten in vaderlijke en moederlijke lijn, de voogd, of, in geval van weigering, de rechter, verloren de opbrengst van hun goederen, die voor een periode van tien jaar werden verbeurd verklaard; de meerderjarige die een minderjarig meisje huwde die hiervoor geen toelating had bekomen werd gestraft met tien jaar ballingschap, met ontzetting uit alle ambten en onmogelijkheid om ze ooit nog te kunnen uitoefenen (5).

(1) DEFACQZ, E., *Ancien droit de Belgique*, Brussel 1846, deel I, blz. 334.

(2) DEFACQZ, E., o. c., blz. 338-339.

(3) DEFACQZ, E., o. c., blz. 334.

(4) DEFACQZ, E., o. c., blz. 336.

(5) DEFACQZ, E., o. c., blz. 334-335.

2. — HET OUD-FRANSE RECHT.

a. De ordonnantie van 1556

23. Misschien zou de toestand in Frankrijk nog een bepaalde tijd onveranderd zijn gebleven, indien de koning niet te worstelen had gehad met een persoonlijke moeilijkheid. Diane de France had aan Henri II een natuurlijke dochter geschonken, en er was beslist dat deze zou worden uitgehuwd aan de zoon van de hofmaarschalk, François de Montmorency. Deze laatste had reeds de *verba de praesenti* uitgewisseld met Jeanne de Piennes, zonder dat hij hiervoor de toestemming van zijn vader had bekomen. Beide vaders vroegen aan de paus, Paulus IV, de vernietiging van dit huwelijk aan opdat het door hen geplande huwelijk zou kunnen doorgaan. De paus ging hier niet op in; deze weigering was trouwens in overeenstemming met de canonieke leer, luidens dewelke de toestemming van de ouders niet op straf van nietigheid was vereist en alleen de *verba de praesenti* volstonden om in de echt te zijn verbonden. Beroep werd dan gedaan op de koninklijke kanselarij, die niet aarzelde de nietigheid van het huwelijk uit te spreken op grond van de afwezigheid van de toestemming van de vader (1).

Dit feit was niets meer dan de aanleiding tot het edikt van februari 1556 van Henri II; de echte oorzaak was te vinden in het verlangen de ouderlijke macht te verruimen en de huwelijken van personen van ongelijke stand te verhinderen (2).

Daarbij kwam nog dat in onze provincies een precedent geschapen was, waardoor de Franse vorst zich zeker ook liet beïnvloeden (zie boven nr. 18 en 19).

24. Net als bij ons werd nog geen gewag gemaakt van een scheiding tussen het contract en het sakrament. Artikel 1 van de ordonnantie bepaalde *que les enfants de famille ayant contracté, et qui contracteront ci-après mariages clandestins, contre le gré, vouloir et consentement, et au déçu de leurs père et mère, puissent pour telle irrévérence, ingratitude, mépris et contemnement de leurs dits pères et mères, transgressions de la loy et commandement de Dieu, et offense contre le droit de l'honnesteté publique, être par leurs dits pères et mères, et chacun d'eux,*

(1) Voor een meer gedetailleerde beschrijving van deze geschiedenis, lees VANTROYS, *Etude historique et critique sur le consentement des parents au mariage*, Paris, 1889, blz. 192 e.v.

(2) De ordonnantie van Henri II durft het nog niet aan er uitdrukkelijk over te spreken; er zal moeten gewacht worden tot de ordonnantie van Louis XIII van 1629 die er toe strekte te verhinderen *qu'à l'avenir plusieurs familles de qualité ne fussent alliées à des personnes indignes*. In de *Déclaration concernant les raptis* van Louis XV (22 november 1730) worden bedoeld *ces alliances indignes qui flétrissent l'homme et causent la ruine de plusieurs familles illustres* (ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises*, 1715-1737, blz. 338).

exhérédés et exclus de leurs succession, sans espérance de pouvoir quereller l'exhérédation, qu'ainsi aura été faite (1).

Naast de mogelijke onterving voegde artikel 40 van dezelfde ordonnantie er aan toe dat de kinderen tevens vervallen worden verklaard *de tous avantages qu'ils pourroient prétendre par le moyen des conventions apposées ès contrats de mariage* (1).

Aan de geldigheid van het huwelijk was hier ook niets veranderd : de nauwe banden tussen de troon en het altaar verhinderden de koning met meer hardnekkigheid op te treden.

De kinderen waren niet verplicht ten eeuwigen dagen de toestemming van hun ouders te bekomen; eens dat de jongen dertig jaar oud was, en de dochter vijf en twintig, konden ze een huwelijk aangaan *pourvu qu'ils se soient mis en devoir de requérir l'avis et conseil de leurs dits pères et mères*.

b. De ordonnantie van 1560 (2)

25. De ordonnantie van Orléans, uitgevaardigd door Charles IX in 1560, bracht weinig verandering. Het concilie was trouwens nog niet beëindigd, en zoals zijn voorganger koesterde ook hij de hoop dat de kerkvaders de nietigheid van de huwelijken, aangegaan door minderjarigen zonder de toestemming van de familie, zouden uitspreken.

Het belang van deze ordonnantie en van die van 1556, mag nochtans niet worden onderschat; ze voeren immers een dubbele innovatie in, te weten de bevoegdheid van de Staat inzake het huwelijk en het in het leven roepen, of juist het terug doen gelden van een beletsel, afkomstig van de Barbaren, dat langzamerhand in onbruik was vervallen.

c. De ordonnantie van 1579

26. De *canones* van het concilie hadden de Franse vorst groten-deels misnoegd, daar alleen de geheime huwelijken werden vernietigd terwijl op ondubbelzinnige wijze de huwelijken aangegaan zonder de toestemming van de ouders, geldig werden verklaard. Vandaar dat de koning geen haast vertoonde om zijn *exequatur* te verlenen aan de nieuwe kerkelijke regels. Alleen wat hem behaagde werd overgenomen. Derhalve hernam artikel 4 van de ordonnantie van Blois, door Henri II uitgevaardigd in 1579, de kerkelijke regeling in verband met de geheime huwelijken. Aldus werd ook bevestigd dat het huwelijk *in facie ecclesiae* en in aanwezigheid van vier getuigen (de Kerk eiste er slechts

(1) ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises*, boek XIII, 1546-1559, blz. 469.

(2) ISAMBERT, o. c., boek XIV, 1559-1589, blz. 62.

twee) diende te worden aangegaan. *In fine* stipt artikel 40 aan : *Enjoignons aux curés, vicaires et autres, de s'enquérir soigneusement de la qualité de ceux que se voudront marier. Et s'ils sont des enfants de famille ou estant en la puissance d'autrui, nous leur défendons très étroitement de passer outre à la célébration desdits mariages, s'il ne leur apparait du consentement des pères, mères, tuteurs ou curateurs, sur peine d'être punis comme fauteurs de crime de rapt.* Artikel 42 bepaalt welke die straf is en legt ze tevens op aan de raptor en zijn medeplichtigen : *... soient punis de mort, sans espérance de grâce et de pardon* (1).

27. Ondanks het feit dat artikel 40 het huwelijk, aangegaan zonder de toestemming van de ouders, aanziet als een *raptus*, spreekt het nog niet over de nietigheid. Vandaar dat hardnekkige verdedigers van de canonieke leer niet aanvaardden dat het, op grond van deze tekst, mogelijk was het huwelijk nietig te verklaren (2). Artikel 41 pleit overigens in het voordeel van deze zienswijze : *Nous voulons que les ordonnances cy-avant faites contre les enfants qui contractent mariage sans le consentement de leurs pères et mères, soient gardées : mesmement celle qui permet en ce cas les exhérédations.* Eén van die *ordonnances cy-avant* is zeker die van Henri II van 1556; dit duldt overigens geen twijfel, gezien de laatste zinsnede *mesmement...* Deze *ordonnantie*, die handelde over de huwelijken aangegaan zonder de toestemming van de ouders, vernietigde die huwelijken niet. Daar de *ordonnantie* van Blois deze van 1556 bevestigt, blijven die huwelijken dus geldig.

28. Volgens Pothier en d'Aguesseau daarentegen vernietigt de *ordonnantie* van Blois die huwelijken wel. Ze passen nu reeds de leer van de *rapt de séduction* toe (3). Tot staving van hun oplossing voegen ze hier nog twee argumenten aan toe. Eerst en vooral is volgens het aangehaald artikel 40, het huwelijk, dat niet werd voorafgegaan van publiciteit, nietig; daar nu de enige bedoeling van dat artikel 40 zou bestaan in het verhinderen van huwelijken, aangegaan zonder de toestemming van de ouders, zouden de huwelijken, aangegaan zonder naleving van dat vormvoorschrift, nietig zijn. *Pourrait-on penser, sans absurdité, que l'ordonnance eût pu avoir plus d'indulgence pour le mal même qu'elle a voulu prévenir et empêcher, que pour l'inobservation d'une formalité qu'elle n'a établie que pour le prévenir et empêcher* (4).

Vervolgens stelt, steeds volgens genoemde auteurs, het tweede lid van artikel 40 voorop, dat de afkondiging van het huwelijk de toestemming van de ouders vereist; dezelfde regel geldt eveneens voor

(1) ISAMBERT, o. c., boek XIV, blz. 391.

(2) ESMEIN, A., *Le mariage en droit canonique*, Paris, 1891, II, blz. 253; — VANTROYS, *Etude historique et critique sur le consentement des parents au mariage*, Paris, 1889, blz. 251.

(3) POTHIER, *Traité du contrat de mariage et de la puissance paternelle*, nr. 326.

(4) *Idem*.

het nalaten van dit vormvoorschrift. Daar het huwelijk zelf ongetwijfeld veel belangrijker is dan de afkondiging ervan, is de toestemming van de ouders hiervoor *a fortiori* vereist (1).

29. De mening van Pothier en d'Aguesseau stuit nochtans op ernstige bezwaren. Enerzijds was in 1579 de fictie van de *rapt de séduction* nog niet doorgevoerd; het is slechts later, en vooral in de tweede helft van de zeventiende eeuw, dat ze ingang vond. Anderzijds verwacht Pothier hier, en waarschijnlijk met opzet, de twee door de Kerk wel onderscheiden soorten huwelijken, te weten de geheime huwelijken en de huwelijken waarvoor de ouderlijke toestemming niet was bekomen. Terwijl de eerste door de Kerk verboden waren, werden de tweede uitdrukkelijk als geldig aanzien. *Le mal qu'elle a voulu prévenir* was dus wel degelijk het geheim huwelijk, en niet het huwelijk *sine consensu parentum*.

d. De ordonnances van 1629 en 1639

30. De enige tekst die op ondubbelzinnige wijze de nietigheid uitspreekt is artikel 39 van de ordonnance van 1629 van Louis XIII : *L'ordonnance de Blois touchant les mariages clandestins* (2) *sera exactement observée; et y ajoutant, voulons que tous les mariages contractés contre la teneur de la dite ordonnance, seraient déclarés non validement contractés* (3).

De eerste zinsnede is slechts een herhaling van een bestaande regeling. Met de woorden *et y ajoutant* wordt echter een nieuwigheid ingevoerd, nl. nietigheid.

Deze tekst is nochtans van elk belang ontdaan, daar zijn auteur, Michel Marillac, in ongenade viel. Dit had als gevolg dat de ordonnance nooit werd toegepast (4).

31. Tien jaar later, in 1639, verscheen een tweede wetgevende akte van dezelfde vorst. Nogmaals werd de regeling aangaande de geheime huwelijken hernomen. Voor de eerste maal werd ook de echte *raptus*-leer, nl. die van de Kerk, weergegeven. Tenslotte voert het nog enkele minder belangrijke veranderingen in : de onterving, die vroeger diende te worden aangevraagd door de ouders en uitgesproken door de rechter, treedt voortaan van rechtswege in door het feit alleen van de overtreding; ze strekte zich uit tot de *légitime* en werd ook

(1) POTHIER, o.c., nr. 326.

(2) Onder de term *clandestin* wordt eveneens het huwelijk aangegaan zonder de toestemming van de ouders begrepen.

(3) ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la révolution de 1789*, boek XVI, 1610-1613, blz. 234.

(4) DUGUIT, L., *Etude historique sur le rapt de séduction*, in *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, Paris, 1886, blz. 585 e.v., blz. 619.

toepasselijk op de weduwen die geen vijf en twintig jaar oud waren en hertrouwden, zonder de toestemming van hun ouders (1).

Uit al de ordonnanties die we onder ogen hebben genomen blijkt dus dat de vraag, of op grond ervan de nietigheid van het huwelijk, aangegaan zonder de toestemming van de vader en de moeder, kon worden uitgesproken, negatief moet worden beantwoord. Die teksten op zich zelf verlenen inderdaad aan niemand de bevoegdheid om het huwelijk zelf aan te vallen. De reden hiervan dient te worden gezocht in het feit dat indien het streefideaal van de vorst de nietigheid was, hij het nochtans niet aandierf openlijk een standpunt in te nemen dat resoluut indruiste tegen de regels van de Kerk.

De legisten legden nochtans voldoende creativiteit aan de dag om, aan de hand van enkele spitsvondigheden, toch tot hun doel te komen en dus de nietigheid uit te spreken, zonder het canonieke recht, ogenschijnlijk althans, tegen te spreken.

e. De nieuwe leer van de legisten

32. Vanaf de zestiende eeuw was de wereldlijke macht begonnen met enkele vermogensrechtelijke problemen van het huwelijk te regelen, zonder daarom aan het huwelijk zelf te raken (2). Die tendens gaat geleidelijk verder, zodat in de achttiende eeuw duidelijk twee verschillende aspecten van het huwelijk naar voor komen. Pothier drukte het zeer scherp uit : *Il y a deux choses dans le mariage : le contrat civil entre l'homme et la femme qui le contractent, et le sacrement qui est ajouté au contrat civil, et auquel le contrat civil sert de sujet et de matière* (3). Enerzijds is het huwelijk een sakrament, dat als dusdanig onder de kerkelijke regeling valt; anderzijds is het ook een burgerlijk contract, dat als dusdanig tot de politieke orde behoort, en waarop de wetten van de wereldlijke orde van toepassing zijn. Het sakramenteel karakter dat dit contract verkrijgt, doet geen afbreuk aan het recht van de wereldlijke macht het huwelijk en de andere contracten, en alles wat tot de politieke orde behoort, te regelen. Trouwens door een huwelijk, gesloten in strijd met haar voorschriften, nietig te verklaren, raakt de burgerlijke wet niet aan het sakrament, daar het contract dat ze vernietigt, geen sakrament is : ze verhindert alleen maar dat, door het nietig te verklaren, het huwelijk materiëel substraat van het sakrament zou vormen. Jezus Christus immers, aldus de auteur : *en élevant le contrat de mariage entre les fidèles à la dignité de sacrement, n'a entendu élever à cette dignité que les mariages légitimes* (4). En om te

(1) ISAMBERT, o. c., boek BVI, blz. 520.

(2) VANTROYS, *Etude historique et critique sur le consentement des parents au mariage*, Paris, 1889, blz. 116.

(3) POTHIER, *Traité du contrat de mariage et de la puissance paternelle*, nr. 15.

(4) POTHIER, *ibidem*.

besluiten : *Le mariage étant celui de tous les contrats qui intéresse le plus le bon ordre de cette société, il en est d'autant plus sujet aux lois de la puissance séculière que Dieu a établie pour le gouvernement de cette société* (1).

Hiermee was het onderscheid tussen het contract en het sakrament duidelijk doorgevoerd, en was de bevoegdheid van de Staat aangaande het eerste ondubbelzinnig vooropgesteld. Voor deze laatste was het huwelijk, aangegaan zonder de toestemming van de ouders, in strijd met de eerbied hun verschuldigd en tevens een bedreiging voor de sociale orde. Dit volstond echter niet om het te vernietigen, want zelfs de burgerlijke wet had het nog niet aangedurfd gewag te maken van een vernietigend beletsel; de leer van de Kerk werd nog geëerbiedigd, zodat het huwelijk als contract, nog niet kon worden nietig verklaard.

33. Men diende dus nog een stap verder te gaan om tot het einddoel te komen. De leer van de *rapt de séduction* gebaseerd op een dubbele fictie, zou het mogelijk maken de juridische constructie van de legisten te vervolmaken.

Eerst en vooral stelden de legisten de verleiding en het geweld op dezelfde voet. In de twee gevallen zou er een gebrek in de toestemming zijn, want evenals de geschaakte persoon kan de verleide persoon geen vrije toestemming geven, zodat er zowel in geval van geweld als in dat van verleiding *raptus* was. De tweede fictie bestond erin dat als beginsel werd geponeerd dat telkens een minderjarige een huwelijk aanging zonder de toestemming van zijn ouders, een onweerlegbaar vermoeden voorhanden was dat die minderjarige werd verleid (2). Daar nu de verleiding, net als het geweld, een *raptus* uitmaakte, en dit volgens de leer van de Kerk een vernietigend beletsel was, was dat huwelijk nietig. Die redenering kan alweer het best worden weergegeven met de woorden van Pothier : *La séduction, dans notre ancien droit français, n'est pas moins un empêchement dirimant de mariage que le rapt; nous le regardons même comme une espèce de rapt, et nous l'appelons rapt de séduction. La séduction se présume de droit lorsqu'un mineur s'est marié sans le consentement de ses père et mère, tuteur ou curateur; et en conséquence sur l'appel comme d'abus que les père, mère, tuteur ou curateur interjettent de ces mariages, les parlements les déclarent nuls* (3).

(1) POTHIER, o. c., nr. 11.

(2) POTHIER, o. c., nr. 229 : *Nous entendons ici par séduction, lorsque, sans employer la violence, mais par de mauvaises voies et de mauvais artifices, on engage une jeune personne à consentir à un mariage.*

(3) POTHIER, o. c., l. c.

Het volstond dus aan te tonen dat, in geval van verleiding, alle voorwaarden van de *raptus* aanwezig waren, om op die grond de nietigheid van het huwelijk uit te spreken (1).

Het hoeft geen betoog dat een vrij lange tijd nodig was vooraleer deze leer volledig was op punt gesteld. Luidens Pically nam dit ongeveer een eeuw in beslag (2). Een eerste periode begint met het concilie van Trente, wanneer de bevoegdheid van de canonieke rechter nog van overwegend belang was. De aanvraag tot nietigheid was nooit gesteund enkel op de verleiding, ook indien deze door de eiser werd aangetoond. De verleiding was dus niets meer dan een aanvullend argument, vermits de nietigheid maar werd uitgesproken indien daarenboven nog een andere nietigheidsgrond bestond. Meestal was die te vinden in het clandestien karakter van het aangegaan huwelijk of de afwezigheid van de *proprius parochus*. Met het arrest van 26 maart 1664 werd de tweede fase ingezet. Dit arrest spreekt de nietigheid uit enkel en alleen op grond van de verleiding, met ontstentenis van iedere andere nietigheidsgrond. De verleiding is hier meer dan een aanvullend middel; het is een op zich zelf afdoend middel, op voorwaarde dat de eiser het bestaan ervan aantoonde want zoniet bleef het huwelijk geldig. De derde periode tenslotte nam een aanvang met het arrest van 10 januari 1689, waardoor gesteld wordt dat, ingeval de toestemming van de ouders niet werd verkregen, de verleiding op onweerlegbare wijze vermoed werd.

f. Regeling in het laatste stadium van het oud-Franse recht

34. Zowel de jongens als de meisjes die de leeftijd van vijftientig jaar nog niet hadden bereikt, konden niet in het huwelijk treden zonder de toestemming van hun ouders. Alhoewel alle teksten de moeder op dezelfde voet schijnen te plaatsen als de vader, is het nochtans weinig waarschijnlijk dat, indien beiden nog in leven waren, aan de tussenkomst van de moeder evenveel belang werd gehecht; zo was het althans in onze provincies. Door het huwelijk kwam de vrouw immers onder het gezag van haar echtgenoot te staan; hij alleen oefende de ouderlijke macht uit én op de kinderen én op zijn vrouw.

(1) DUGUIT, L., *Etude historique sur le rapt de séduction*, in *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, Paris, 1886, blz. 585 e.v., blz. 617. *Dans la séduction se trouvent réunies toutes les conditions exigées par le concile pour que le rapt constitue un empêchement; il y a ravisseur qui se propose le mariage, il y a une personne ravie, c'est-à-dire une personne soustraite à la garde de ses protecteurs légitimes, et la personne ravie demeure en la puissance du ravisseur*; — zie eveneens YANS, M., *Textes législatifs relatifs au rapt et au consentement paternel*, in *Annuaire d'Histoire Liégeoise*, 1948, blz. 23-49.

(2) PICALLY, G., *Contribution à l'histoire de la théorie du rapt de séduction en France. — Etude de jurisprudence*, in *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*, 1934, blz. 306 e.v. Aan deze auteur zijn ook de volgende beschouwingen ontleend.

Slechts wanneer hij in de onmogelijkheid verkeerde deze verder uit te oefenen, trad de moeder op (1).

De ordonnanties spreken niet over een mogelijk verhaal bij de rechter indien het minderjarig kind niet de ouderlijke — of eerder vaderlijke — toestemming bekomen heeft; ook niet indien de weigering niet gemotiveerd is. Volgens Pothier moet het kind in dit geval maar wachten tot het zijn meerderjarigheid heeft bereikt; de ouders worden vermoed ernstige redenen te hebben om te weigeren, en het kan hun voorkomen dat het niet passend is deze bekend te maken (2). De rechtspraak van haar kant echter, onderschreef niet altijd deze opvatting. Dit komt tot uiting in een arrest van 17 juli 1722 (3). Het betrof een minderjarig meisje van wie de vader overleden was en dat van haar moeder niet de vereiste toestemming kreeg om te huwen, omdat de verloofde niet *une fortune suffisante pour son état* bezat. Advocaat-generaal d'Aguesseau voerde aan dat al was het bijna uitgesloten op te komen tegen een eensgezinde weigering van beide ouders *il pourrait se trouver des circonstances assez considérables pour donner lieu à des juges éclairés de préférer le sentiment de la famille à celui d'un père et d'une mère également prévenus et également injustes à l'égard de leurs enfants*. Komt de weigering dus ongegrond voor, dan kan de rechter een familieraad samenroepen die zal moeten beslissen over de al of niet toelaatbaarheid van het huwelijk. Dit zal, aldus de advocaat-generaal, *a fortiori* het geval zijn wanneer de vader in de onmogelijkheid verkeert zijn wil te uiten, en de moeder alleen overblijft. Dit laatste omwille van *la faiblesse de son sexe*. Het hof stelde vast dat de reden, waarom de moeder haar toestemming weigerde, niet juist was, en verder dat ze de enige was om in het huwelijk niet toe te stemmen terwijl de familie *se taisoit, ou plutôt que la famille même de l'appellante parloit contre elle, puisque deux parens maternels avoient déclaré expressément qu'ils l'approuvoient, que par conséquent on pouvoit penser qu'il y avoit dans l'opposition de la mère ou mauvaise humeur, ou caprice ou injustice*. Zonder het hier expliciet te vermelden, beroept het hof zich op de leer van het rechtsmisbruik: daar de moeder weigerde toe te stemmen en dat deze weigering niet in het voordeel van het kind was, wordt er geen rekening mee gehouden en komt het toestemmingsrecht toe aan een collegiaal orgaan, de familie. Het recht, zelfs van de ouders, was dus niet discretionair. Bij gebreke van beide ouders werd de toestemming gegeven door de voogd of door de curator. In hun hoofde was dit recht zeker niet onaantastbaar: enerzijds dienden ze het advies in te winnen van de naaste bloed-

(1) POTHIER, *Des personnes et des choses*, titel VI, blz. 431.

(2) POTHIER, *Traité du contrat de mariage et de la puissance paternelle*, nr. 333.

(3) *Journal des Audiences*, deel VIII, boek V, Hoofdstuk II, blz. 601-607.

verwanten (1), en anderzijds kon hun weigering gemakkelijker worden vervangen door een beslissing van de rechter (2).

De natuurlijke kinderen, de *bâtards* zoals Pothier ze noemt, hadden noch de toestemming noch het advies nodig van hun ouders. De toestemming van de voogd of de curator was voldoende (3).

35. Wanneer een huwelijk werd aangegaan door een minderjarige zonder dat hij de toestemming had bekomen van degene onder wiens macht hij stond, waren drie sancties voorzien.

Zoals reeds aangetoond, waren de legisten er toe gekomen die huwelijken nietig te verklaren; de grond van deze nietigheid was niet te vinden in het ontbreken van de *consensus parentum*, doch wel in de *rapt de séduction* die op onweerlegbare wijze werd vermoed. De rechtspraak trad hier ook echter milderend op, en sprak niet altijd de nietigheid uit.

In een arrest van 1 maart 1691 bekend advocaat-generaal Lamoignon, dat op grond van de bestaande teksten geen nietigheid kan worden uitgesproken : *d'ailleurs qu'on ne voyait pas que les ordonnances de nos Rois... déclarassent des mariages non valablement contractés pour n'avoir point le consentement des père et mère...; qu'en tout cas les ordonnances établissoient des peines contre ceux qui faisoient de tels mariages, mais qu'elles n'ordonnoient point la nullité de tels mariages pour peine contre les contractans; qu'il seroit à souhaiter qu'il y eut quelque déclaration du Roi qui réglât précisément cela; mais enfin, qu'il n'en étoit rien disposé jusqu'à présent et que par conséquent ce mariage devoit être confirmé* (1). Aldus werd de eis afgewezen van een man die de nietigverklaring vroeg van zijn huwelijk, door hem aangegaan tijdens zijn minderjarigheid zonder de toestemming van zijn ouders, op grond van het ontbreken van ouderlijke toestemming.

Een tweede arrest in verband hiermee weigert ook de nietigheid uit te spreken, omdat het gemis aan ouderlijke toestemming niet steeds als een rapt kan worden beschouwd : *quoi qu'il y ait toujours rapt, lorsque le mineur n'a pas eu le consentement de ses père et mère, cela s'entend, pourvu que les père et mère n'abusent pas de leur pouvoir, car la puissance paternelle n'est pas absolue comme chez les Romains, elle est subordonnée au Magistrat et s'il y avait avantage du mineur, ou peut-être même égalité, le Magistrat ne jugerait pas qu'il y ait rapt* (2). Alleen indien de weigering van de ouders gegrond was kon het huwelijk dus worden vernietigd; zoniet maken de ouders misbruik

(1) Art. 43 van de ordonnantie van Blois.

(2) POTHIER, o. c., nr. 336; — *Journal des Audiences*, deel II, boek IV, hoofdstuk 47.

(3) POTHIER, o. c., nr. 342. Het toestemmingsrecht is een attribuut van de ouderlijke macht die alleen kan worden uitgeoefend op de wettige kinderen.

(1) *Journal des Audiences*, deel IV, boek VI, hoofdstuk XIII, blz. 320-321.

(2) Arrest van 19 december 1711, *Journal des Audiences*, deel VI, boek I, blz. 147.

van hun macht, in welk geval de rechter, die over de uitoefening van die macht toezicht houdt, het huwelijk zal laten voortbestaan.

Het is evident dat naast deze twee voorbeelden uit de rechtspraak, in menig geval de nietigheid van het huwelijk, aangegaan zonder de toestemming van de ouders, uitgesproken werd. De aandacht werd er nochtans op gevestigd, dat de meningen verdeeld waren en dat de sanctie van nietigheid, indien misschien de meest voorkomende, nochtans niet de enige regel was.

Pothier stipt ook een uitzondering aan op de regel : wanneer een minderjarige huwde zonder toestemming van de voogd gold het vermoeden van de verleiding niet van rechtswege ; het huwelijk was slechts nietig indien bewezen werd dat er *une inégalité de condition ou de bien* bestond tussen de twee echtgenoten (1).

Een tweede straf, toepasselijk op de *raptor*, was de doodstraf. Artikel 42 van de ordonnantie van Blois bepaalt immers : ... *soient punis de mort, sans espérance de pardon, ceux qui se trouvent avoir suborné fils ou fille mineur de vingt-cinq ans, sous prétexte de mariage ou autre couleur, sans le gré, vouloir ou consentement exprès des pères, mères et des tuteurs*. Het valt te betwijfelen of de misnoegdheid van de vorsten in de praktijk tot zulke barbaarse handelwijze aanleiding heeft gegeven (2).

Tenslotte werd nog de onterving uitgesproken tegen de daders van *une telle irrévérence, ingratitude, mépris...* Het edict van 1556 had die straf voor het eerst ingevoerd ; in 1639 verloor ze echter haar fakultatief karakter en werd zij verplicht.

36. In overeenstemming met de regeling in onze provincies, was de meerderjarige in Frankrijk eveneens onderworpen aan een zekere vrijheidsbeperking in verband met het aangaan van het huwelijk. Ook hier verschilde zijn toestand nochtans sterk van die van de minderjarige, in die zin dat, eens de jongen de leeftijd van dertig jaar had bereikt en het meisje de leeftijd van vijf en twintig jaar, de toestemming van de ouders niet meer nodig was. Alleen waren ze gehouden *de requérir l'avis et conseil de leurs dits père et mère* (3).

In vergelijking met de minderjarigen treden overigens nog twee verschilpunten naar voor. Vooreerst is het huwelijk van de meerderjarige, aangegaan zonder de raad te hebben ingewonnen in de door

(1) POTHIER, o. c., nr. 236.

(2) DUGUIT, L., *Etude historique sur le rapt de séduction*, in *Nouvelle revue historique du droit français et étranger*, Paris, 1886, blz. 585 e.v., vooral blz. 623. Vandaar misschien ook dat de ordonnantie van Melun van 1580 het nodig achtte de rechters opnieuw te bevelen *d'appliquer inviolablement les peines contenues en icelui édit*.

(3) Zie het edikt van 1556, nr. 23.

de wet voorgeschreven vorm, niet aangetast door nietigheid (1). Het vermoeden van de *rapt de séduction* gold immers alleen voor de minderjarige, zodat de ouders hier niet de nietigheid konden aanvragen vermits de enige grond tot nietigheid juist ontbrak. Het niet naleven van de verplichting bracht slechts de onterving met zich mee. Vervolgens moesten de minderjarigen niet alleen om de toestemming verzoeken, doch deze tevens verkrijgen. De meerderjarige daarentegen hoeft niets meer te doen dan de raad te vragen; de naleving van deze formaliteit is voldoende om aan de onterving te ontsnappen.

Voor de zoon tussen de vijf en twintig en de dertig jaar bestond er een tussenoplossing. De formaliteit alleen volstond hier niet: indien hij geen gunstig advies bekwam werd hij onterfd; zijn huwelijk bleef niettemin geldig.

g. Regeling in Frans-Vlaanderen

37. Zekere van onze gebieden, met name Artesië, het Zuiden van Vlaanderen en Henegouwen, werden in 1667 door Lodewijk XIV bij Frankrijk ingelijfd. Voor deze gebieden werd in 1686 een Parlement opgericht te Doornik. Ondanks het feit dat ze deel uitmaakten van het Franse grondgebied bleven hier de verordeningen van Keizer Karel (1540) en Filips II (1623) van kracht. Dit blijkt uit een klare tekst waarin uitdrukkelijk werd bepaald dat elke (Franse) Vlaming — dus ook, en vooral de minderjarige — zijn vader voor de rechtbank kon dagen om hem zijn toestemming af te dwingen. De tekst is een koninklijke verklaring van 8 maart 1704, die werd gegeven naar aanleiding van een twijfel ontstaan door het edict van 1697. Het had bij de inwoners van het ingelijfd gebied de indruk gewekt dat de Vlaamse wetten en gewoonten werden afgeschaft; daar dit nu geenszins de bedoeling was geweest, besliste de Franse vorst que *les magistrats des villes et autres juges à qui la connoissance en appartenoit, continueront de connoître, tant des demandes des mineurs afin d'obtenir la permission de se marier... et d'y pourvoir ainsi qu'ils avoient accoutumé avant l'édit de 1697 sauf l'appel au parlement de Tournai*. En verder *Voulons que les sentences et arrêts qui auront été rendus avec les pères, mères, tuteurs et curateurs des mineurs, soient exécutés, même ceux par lesquels il aura été permis aux mineurs de contracter mariage, sans que le*

(1) Een arrest van 27 augustus 1692 van het Parlement van Parijs, aangehaald door POTHIER (o. c., nr. 340), schrijft voor onder welke vorm de raad moet worden ingewonnen. Eerst wordt een verzoekschrift gericht tot de rechter waarbij men hem de toelating vraagt om aan de ouders raad te vragen. Na die toelating te hebben verkregen, begeeft het kind zich, vergezeld van twee notarissen of één notaris en twee getuigen, naar zijn vader en moeder van wie hij eerbiedig de raad inwint. Dit was de *sommation respectueuse*, die, in geval van negatieve houding van de ouders, tenminste éénmaal diende te worden hernieuwd. De wetgever van 1804 schafte dit niet af. Thans bestaat het nog alleen in België, onder de benaming *akte van eerbied (acte respectueux)*.

défaut ou refus de consentement des pères, mères, tuteurs et curateurs puissent, en ce cas, être opposés aux dits mineurs (1).

Dat deze regeling toegepast werd blijkt uit het reeds geciteerde arrest van 17 juli 1722, waar advocaat-generaal d'Aguesseau pleit voor de mogelijkheid beroep te doen op de rechter, die, in bijzondere omstandigheden, tegen de weigering van de twee ouders in, een familieraad zou bijeenroepen om te beslissen over de toelaatbaarheid van het huwelijk. Dit beginsel, aldus de advocaat-generaal, wordt overigens gehuldigd in een verklaring, uitgegeven door het Parlement van Doornik, waarin de koning uitdrukkelijk verklaart dat noch de ordonnanties van de koning van Spanje noch die van de koning van Frankrijk *n'excluent les Juges de connoître de la justice ou de l'injustice des oppositions ou refus des pères, mères, tuteurs ou curateurs pour les mariages des mineurs* (2).

Met het verdrag van Utrecht in 1713 ging Doornik over naar de Oostenrijkers en was het Parlement van Dowai (Douai) bevoegd om uitspraak te doen over het beroep, ingesteld tegen de beslissing van de lagere rechters, die het huwelijk, ondanks de eensgezinde weigering van de ouders, toelieten. In 1749 werd de verklaring evenwel ingetrokken, zodat er geen verschil meer bestond tussen de Franse Lage Landen en het Koninkrijk.

B. De secularisatie.

1. — DE OOSTENRIJKSE NEDERLANDEN (3).

38. Maria-Theresia zette de eerste stap in de richting van de echte hervorming. Haar edict van 1768 vereiste niet de voorafgaandelijke toestemming van de ouders voor het huwelijk van de minderjarigen, doch het voorzag in een formaliteit die het begin betekende van de tussenkomst van het wereldlijk gezag. Dit zou er dan uiteindelijk toe leiden dat dit gezag zijn rechten op het huwelijk als contract herwon. In de huwelijksakte diende voortaan melding te worden gemaakt van het feit dat de aanstaande echtgenoot geen vijf en twintig jaar oud was, alsook of hij, in dat geval, bijgestaan was door zijn ouders of voogd, en, indien niet, of hij van de rechter een schriftelijke toestemming had verkregen.

39. Met Jozef II werd de in eer herstelling van het ouderlijk gezag en van de lekenmacht verder gezet en beëindigd. Een verorde-

(1) *Répertoire universel et raisonné de Jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, uitgegeven door GUYOT, M., 1785, boek XI, blz. 384.

(2) *Journal des Audiences*, deel VII, boek V, hoofdstuk II.

(3) Sedert 1713 stonden de Zuidelijke Provinciën onder het gezag van de aarts-hertogen van Oostenrijk; vandaar de benaming *Oostenrijkse Nederlanden*.

ning van 28 september 1784 stelt, in verband met alles wat het huwelijk aanbelangt, een regeling voorop in acht en vijftig artikelen; het eerste vormde de hoeksteen van de nieuwe wetgeving : *Le mariage considéré comme contrat civil, les droits et les liens civils qui en résultent tenant leur existence, leur force et leur détermination entièrement et uniquement de la puissance civile, la connoissance et la décision des différends relatifs à ces objets et à tout ce qui en dépend doit appartenir aux tribunaux civils exclusivement, nous interdisons en conséquence, à tout juge ecclésiastique, sous peine de nullité absolue, d'en prendre connoissance en aucune manière...* (1).

Hiermee werd het burgerlijk aspekt van het huwelijk los beschouwd van het sakrament. Twee personen konden zich dus nog ten opzichte van de Kerk in de echt verbinden; wettelijk gezien echter was er geen contract, geen echtgenoot, geen huwelijk.

De volgende artikelen regelen de materie meer in detail. Luidens artikel 3 zijn de minderjarigen, d.w.z. degenen die nog geen vijf en twintig jaar oud zijn, onbekwaam een huwelijk aan te gaan *sans le consentement de leur père, ou à défaut, celui de leur mère en cas qu'elle soit leur tutrice, et à défaut de celle-ci, celui de leur grand-père paternel*. Hier is het duidelijk dat het recht van de moeder niet zoveel inhoudt als dat van de vader : ze heeft alleen het toestemmingsrecht indien de vader het niet meer kan uitoefenen en ze de voogdij over de kinderen heeft; is deze dubbele voorwaarde niet vervuld, dan wordt voorkeur gegeven aan de grootvader in de vaderlijke lijn. Het toestemmingsrecht is nochtans minder discretionair dan vroeger, vermits artikel 4 bepaalt dat na een herhaalde weigering, volgend op het verzoek van de minderjarige, het niet alleen voor deze, doch tevens voor de partij met wie het huwelijk niet wordt toegelaten, of tenslotte voor diens vader of voogd, mogelijk is de zaak voor de rechter te brengen. Oordeelt de rechter de weigering gegrond dan bevestigt hij ze; zoniet zal zijn taak erin bestaan de ascendenten er op minnelijke wijze toe te brengen toe te stemmen. Een zekere bedenktijd wordt hun hiervoor toegestaan. Leidt dit niet tot een bevredigend resultaat, dan zal de rechter zelf de toestemming verlenen, zodat geldig tot het huwelijk zal kunnen worden overgegaan.

40. In tegenstelling met deze voor de minderjarige eerder gunstige regeling, was de sanctie onmeedogenloos, vermits het huwelijk, aangegaan zonder de vereiste toestemming, volstrekt nietig was (artikel 7).

Na het overlijden van de vader, de moeder en de grootvader, behoefde de minderjarige, ook op straf van nietigheid, de toestemming van de voogd. Diens toestemming als dusdanig volstond niet, daar de rechter ze nog moest bevestigen (artikel 8).

(1) VERHAEGEN, P., *Recueil des ordonnances des Pays-Bas Autrichiens*, reeks III, 1700-1734, boek XII, 1781-1786, Brussel, 1910, blz. 380-385.

Die verordening zou niet lang van kracht blijven. Enkele jaren later, met het losbreken van de onlusten, nam de geestelijkheid haar vroegere attributen terug, zonder zelfs de ordonnanties van 16 maart 1791 af te wachten, waardoor Keizer Leopold de hervormingen van zijn voorganger afschafte (1). Dit was nochtans niet voldoende om de revolutie tegen te houden. De geestesgesteldheid was totaal veranderd. Dit kwam o.m. tot uiting in het Franse recht dat vanaf 1794 in onze gebieden van toepassing werd. In dat jaar werden onze gebieden ingelijfd bij Frankrijk, en toen deze toestand in 1814 een einde nam, om plaats te maken voor een annexatie bij het Koninkrijk der Nederlanden, was de *Code Napoléon* hier reeds drie jaren van kracht. Het was ook dat Wetboek dat onze eerste nationale wetgevers overnamen wanneer België de onafhankelijkheid verwierf.

2. — HET INTERMEDIAIRE RECHT (2).

41. Het einde van de achttiende eeuw was in Frankrijk gekenmerkt door de meest ontstuimige van alle sociale revoluties. Nieuwe filosofische strekkingen zagen het licht en brachten een totale ommekeer in de sociologische, en de daarmee gepaard gaande juridische structuur. Behept met de vrijheids- en gelijkheids-gedachte veroordeelde de wetgever alles wat aan het recht zijn aristocratisch en godsdienstig karakter had gegeven. De weerslag hiervan was natuurlijk merkbaar op het stuk van het huwelijksrecht. Het voorbeeld volgend van Jozef II werd het huwelijk volledig gesecculariseerd: *La loi ne considère le mariage que comme contrat civil. Le pouvoir législatif établira pour tous les habitants sans distinction, le mode par lequel les naissances, mariages et décès seront constatés et il désignera les officiers publics qui en recevront et conserveront les actes* (3). De scheiding tussen Kerk en Staat, door de legisten voorbereid, werd nu officieel doorgevoerd. Voor de Staat was het huwelijk voortaan een zuiver burgerrechtelijke aangelegenheid, ontdaan van elk sakramenteel karakter. Vandaar dat de huwelijksregeling uitsluitend aan een wereldlijke gemeenschap kon toebehoren.

42. Terwijl de huwbare leeftijd voor de jongen op vijftien en voor het meisje op dertien jaar werd vastgesteld, werd voor beiden de matrimoniaale meerderjarigheid op één en twintig jaar terug-

(1) DEFACQZ, E., *Ancien droit de Belgique*, Brussel, 1846, I, o. c., blz. 336; — VERHAEGEN, P., *Recueil des ordonnances des Pays-Bas Autrichiens*, reeks III, 1700-1794, boek XIV, 1791-1793, Brussel, 1936, blz. 15.

(2) Onder deze benaming wordt verstaan de wetgeving die in Frankrijk van kracht was vanaf het begin van de revolutie, tot de inwerkingtreding van de *Code Napoléon* in 1804.

(3) Grondwet van 3-14 september 1792, titel II, art. 7, te vinden in DUVERGIER, J. B., *Lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'Etat*, boek IV, jaar 1791 (okt.) 1792, blz. 564.

gebracht (1). Tot die leeftijd was de toestemming nodig van de vader en de moeder, doch in praktijk volstond die van de vader alleen; slechts bij zijn overlijden of in geval van afwezigheid ging het recht over op de moeder (2). Daar bij weigering van de ouders geen beroep op de rechter was voorzien, was hun toestemmingsrecht dus discretionair. Bij gemis aan beide ouders werd een familieraad bijeengeroepen in het huis van de minderjarige en in aanwezigheid van de burgemeester. Deze raad was samengesteld uit de vijf dichtste bloedverwanten, gevestigd in het district. Indien er niet voldoende bloedverwanten waren, werd beroep gedaan op de burens tot het vereiste aantal werd bereikt. Met meerderheid van stemmen verleende of weigerde de familieraad de toestemming (3). In geval van weigering was een verhaal bij de rechter mogelijk (4).

De niet-toestemming bracht de nietigheid mee van het huwelijk: *Les mariages faits contre la disposition des articles précédents seront nuls et de nul effet* (5). Het was nochtans een relatieve nietigheid, daar het recht de nietigheid aan te vragen alleen toekwam aan de ouders, zelfs met uitsluiting van het openbaar ministerie (6).

Eens de meerderjarigheid bereikt kon het huwelijk vrij worden aangegaan zonder enige toestemming of raad in te winnen: *L'Assemblée nationale décrète que les majeurs ne seront plus soumis à la puissance paternelle; elle ne s'étendra que sur les personnes du mineur* (7).

DEEL II

HET WETBOEK NAPOLEON

§ 1. Controlemogelijkheden over de ouderlijke macht

A. Belang van het kind als criterium van de ouderlijke macht

43. Dat de ouderlijke macht de bescherming en de belangen van het kind nastreeft is niet nieuw voor onze tijd. In de voorbereidende werken van de *Code Napoléon* komt dit begrip reeds meermaals tot uiting (*Car il faut remarquer*, aldus Albison, *que l'autorité des père*

(1) Wet van 20 september 1792, titel IV, art. 1 en 2 (DUVERGIER, J. B., o. c., 1791 (juni-sept.), blz. 277).

(2) Wet van 20 september 1792, titel IV, art. 3, 4 en 5 (DUVERGIER, J. B., o. c., 1791 (juni-sept.), blz. 277).

(3) *Idem*, art. 6-9.

(4) FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, I, blz. 255, nr. 274.

(5) Wet van 20 september 1792, titel IV, art. 13.

(6) Dit was de houding van het hof van cassatie, dat zich op 18 juli 1860 moest uitspreken over de geldigheid van een huwelijk aangegaan door een meisje van 17 jaar, op 7 floréal, jaar II, zonder de toestemming van haar ouders. Een neef en een nicht vroegen er de nietigheid van aan, doch de eis werd afgewezen (S., 1860, I, 616).

(7) Decreet van 28 augustus 1792 (DUVERGIER, J. B., o. c., 1791 (okt.), 1792, blz. 440).

et mère sur leurs enfants, n'ayant directement d'autre cause ni d'autre but que l'intérêt de ceux-ci) (1). Men kan nochtans twijfelen aan de oprechtheid van die uitspraken, vermits de vader op dat ogenblik nog te veel werd beschouwd als de opvolger van de Romeinse *pater familias*, bekleed met absolute en aan geen enkel toezicht onderworpen macht (2).

Gedurende de negentiende en twintigste eeuw heeft de rechtspraak, op afstand gevolgd door de wetgeving, de geest van de ouderlijke macht veranderd door het zwaartepunt te verleggen van de heerschappij van de vader op het welzijn van het kind. Onze rechtbanken en hoven aanvaardden immers vrij vlug, dat de ouderlijke macht slechts een middel was om de belangen van het kind te behartigen en zijn bescherming te verzekeren. Aldus kon ze niet worden losgehaakt van de ouderlijke plicht, die de opvoeding van het kind beoogt, in al haar geestelijke, zedelijke, fysische en materiële aspecten.

44. Tot zijn meerderjarigheid of ontvoogding leeft het kind eerst in een staat van natuurlijke ongeschiktheid, en vervolgens in een vermoeden van juridische onmondigheid. Vandaar dat het niet bekwaam wordt geacht zijn persoon te besturen en zijn goederen te beheren, zodat het op anderen is afgestemd. Niemand beter dan de ouders, levenverwekkers van het kind en de door de natuur aangewezen opvoeders, zijn in staat deze hulp te verlenen.

Bij het aangaan van het huwelijk gaan de ouders de eenzijdige verbintenis aan hun kinderen kost, opvoeding en onderhoud te verschaffen (artikel 203 B.W.). Deze verbintenis, gesteund op de afstamming, kan niet worden nageleefd, indien degenen, op wie ze weegt, hiertoe geen bijzondere rechten zijn verleend. De ouders moeten inderdaad in de juridische en materiële mogelijkheid verkeren hun taak behoorlijk te vervullen. Vandaar dat ze het recht hebben te eisen dat hun kinderen bij hen inwonen, dat ze toezicht mogen houden op de betrekkingen die ze hebben met derden, een onderwijsinstelling mogen kiezen enz. Al deze rechten zijn echter maar te beschouwen als een correlaat van de ouderlijke plicht, waaraan ze hun rechtvaardiging ontleen. Ze worden verleend tot het vervullen van die plicht waartoe de ouders gehouden zijn in het belang van het kind : artikel 373 e.v. B.W. hangen immers samen met artikel 203 B.W. (4).

(1) LOCRE, J. G., *Législation civile, commerciale et criminelle de la France ou Commentaire et complément des codes français*, 31 dln, Parijs 1829-1832. Belg. uitg., Brussel, III, blz. 341, nr. 3. Deze gedachte wordt nog op andere plaatsen teruggevonden, o.a.: LOCRE, III, blz. 430, nr. 14: *une puissance d'amour et de protection*; — LOCRE, III, blz. 336, nr. 5, *in fine*.

(2) DELVA, J., *Le contrôle judiciaire en matière de garde d'enfants*, J. T., 1961, 621 e.v., 641 e.v.

(3) DELVA, W., en BAERT, G., *Overzicht van rechtspraak, 1960-1963, Personen- en familierecht*, T. P. R., 1964, 61.

(4) DELVA, W., en BAERT, G., o. c., T. P. R., 1964, 462, met verwijzing naar Rb. Doornik, 15 juni 1962, J. T., 1962, 584. Het bewijs dat de ouderlijke macht een gevolg is

B. Titularis van de ouderlijke macht

45. Wat de uitoefening van de ouderlijke macht betreft luidde de eerste versie van artikel 373 B.W. : *Le père seul exerce cette autorité durant le mariage*. Portalis verdedigde die zienswijze met het volgende argument : *Nous avons compris que dans une société de deux, toute délibération, tout résultat deviendrait impossible, si l'on n'accordait la prédominance au suffrage de l'un des associés. La prééminence du sexe a partout garanti cet avantage au père* (1). Deze regeling bleef zowel in Frankrijk als in België en Nederland vrij lang van kracht. Onder de invloed van nieuwe ideeën aangaande de bescherming van het kind en de emancipatie van de vrouw, werd het exclusief recht van de man aangetast. Frankrijk was de eerste om een wijziging aan te brengen. De wet van 23 juli 1942 schafte het oud artikel 373 B.W. af om het als volgt te vervangen : *Cette autorité appartient au père et à la mère*. Veel veranderde deze wet echter niet, aangezien de theoretische gelijkheid van beide ouders wordt teniet gedaan door een tweede zin van hetzelfde artikel : *Durant le mariage elle est exercée par le père en sa qualité de père de famille*. De oude wet vermeldde weliswaar niet de hoedanigheid van *père de famille*, doch dit verandert weinig ter zake.

Toen in 1831 het Wetboek Napoléon in Nederland werd opgegeven sprak artikel 353 B.W. van de vaderlijke macht. De Nederlandse wet van 6 februari 1901 wijzigde dit in *ouderlijke macht*. De volgende stap in de evolutie werd verzekerd door de wet van 10 juli 1947, die de uitoefening van de ouderlijke macht aan beide ouders gezamenlijk verleent (artikel 356, 2de lid, B.W.). Bij verschil van inzicht echter is de wil van de vader beslissend. Telkens de beslissing van de vader nochtans kennelijk in strijd is met, of ernstige gevaren oplevert voor de zedelijke en geestelijke belangen of voor de gezondheid van het kind, kan de kinderrechtter, op verzoek van de moeder, dié beslissing teniet doen (zelfde artikel).

In België duurde het tot 1965 alvorens de vaderlijke macht werd omgezet in een ouderlijke macht. Luidens artikel 373 B.W., gewijzigd bij de wet van 8 april 1965, wordt die macht voortaan door beide ouders gezamenlijk uitgeoefend, zoals in Nederland, en eveneens met primautéit van de wil van de vader bij meningsverschil. Het verhaal bij de jeugdrechter is in België in ruimere mate voorzien, doordat de moeder deze mogelijkheid heeft bij elk meningsverschil en zonder dat daarom de belangen van het kind werden miskend.

van de afstamming — en niet van het huwelijk zoals in Nederland — wordt o.m. geleverd door art. 303 B.W. dat aan de uit de echt gescheiden echtgenoot, aan wie de kinderen niet worden toevertrouwd, het recht verleent een toezicht te houden op de opvoeding van de kinderen, gesproten uit het huwelijk, dat door de echtscheiding is ontbonden.

(1) LOCRE, II, blz. 382, nr. 12.

C. Evolutie van de controle uitgeoefend door de rechtbanken

46. Indien nu het belang van het kind de grondslag uitmaakt van de ouderlijke macht, is het er nochtans tevens de grens van (1). Wanneer de rechten niet worden aangewend met als richtsnoer het belang en de bescherming van het kind, missen ze elke basis. Meteen is ook de vraag gesteld wat er gebeurt in geval van plichtsverzuim, mishandeling, kennelijk wangedrag van de ouders, en alle overige gevallen waarin het kind het slachtoffer is geworden van een verworden huiskring?

1. — CONTROLEMOGELIJKHEDEN VOORZIEN IN HET WETBOEK NAPOLEON.

47. Het lijkt wel enigszins paradoxaal dat de opstellers van het Burgerlijk Wetboek, die dan toch de ouderlijke macht in het teken van het welzijn van het kind wilden zien, op geen enkele plaats een controle of een toezicht op de uitoefening van die macht hebben voorzien. Bonaparte wees nochtans tijdens de voorbereidende werken op die leemte en verwees het ontwerp naar de commissie (2). Deze bracht echter geen innovatie op dit punt, zodat degenen die bekleed waren met de ouderlijke macht geen wettelijke beperking kenden.

Slechts in één geval werd de tussenkomst van de rechter expliciet voorzien. Gedurende de procedure van echtscheiding op grond van bepaalde feiten en nadat de echtscheiding was uitgesproken, was het de rechter toegelaten tussen de partijen op te treden. Luidens het oud artikel 267 B.W. behield de vader, eiser of verweerder, gedurende het geding het voorlopig bewind over de kinderen, tenzij de rechtbank op verzoek van de moeder, de familie of het openbaar ministerie, in het belang van de kinderen, er anders over besliste. Eens de echtscheiding uitgesproken, zodat de huwelijksband volledig verbroken was, moest een definitieve regeling voor het kind worden vooropgesteld. De wetgever besliste dat de ouderlijke macht die geen einde neemt met de ontbinding van het huwelijk, bleef bestaan. Daar het huwelijk echter ontbonden is wordt de normale toestand beëindigd. Artikel 302 B.W. (oud) vertrouwde de kinderen toe aan de echtgenoot die de echtscheiding had verkregen; dit steunde op het vermoeden dat die echtgenoot het best geschikt was om over de kinderen te waken (3).

(1) DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil*, I, nr. 754 : *Les devoirs et pouvoirs des parents sont, à la fois, causés et limités par l'intérêt de l'enfant, par l'obligation de l'entretenir et de l'éduquer.*

(2) SAVATIER, R., *Le contrôle de la puissance paternelle en droit français*, J.T., 1947, 113-115; — FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, Paris, 1827, X, blz. 485.

(3) Zie o.m. Rb. Gent, 19 december 1959, R.W., 1959-60, 1660.

Dit vermoeden was nochtans weerlegbaar daar, op verzoek van de familie of de procureur des Konings, de rechter, in het belang van de kinderen kon bevelen dat alle of enkele van hen toevertrouwd werden aan de zorgen, hetzij van de andere echtgenoot, hetzij van een derde persoon (1). Op te merken valt dat de rechter in het aanduiden van een persoon, aan wie het kind werd toevertrouwd, zowel tijdens de procedure als na de uitspraak van de echtscheiding, over een discretionaire bevoegdheid beschikte (2).

Dit was de enige aangelegenheid in dewelke de wetgever van 1804 toeliet dat de rechter een toezicht kon houden op de handelwijze van de ouders ten opzichte van hun kinderen.

48. Sindsdien werd op dit stuk heel wat weg afgelegd. De toon werd vooral aangegeven door de rechtspraak, die, zoals reeds aangestipt, de *ratio legis* van de ouderlijke macht ging achterhalen. Aldus kwam men tot de kern van de zaak, wat tot gevolg had dat die macht werd beschouwd als een functie, woord dat nog vreemd klonk in de negentiende eeuw, en *que la fonction appelle le contrôle* (3). De hoven en rechtbanken bleven dan ook niet stilstaan bij deze bedenking. Ze beslisten dat, indien aan de ouders een macht was verleend die ze moesten aanwenden in het belang van het kind, de mogelijkheid moest bestaan om na te gaan of ze zich om dat doel wel bekommerden en of ze op de hoogte waren van hun taak. De controle werd dus aanzien als een logisch gevolg van het vooropgestelde doel, de verwezenlijking van het belang van het kind. Dit laatste was de enige grondslag tot het verlenen van een bevoegdheid aan de ouders.

Hun optreden kon echter slechts plaats hebben, indien een vordering werd ingesteld naar aanleiding van een bepaalde situatie. Dit was meestal het geval wanneer het kind de ouderlijke woonplaats verliet om zijn toevlucht te nemen bij een ander dan zijn vader, of wanneer het door iemand van zijn vader werd verwijderd. Uitte deze nu de wil het kind terug onder zijn hoede te nemen, dan stuitte hij op het verzet van degene bij wie het kind zijn intrek had genomen en die, in naam van het belang van het kind, de eis van de wettelijke titularis van de ouderlijke macht niet inwilligde. De persoon die het belang van het kind behartigde kon de moeder zijn, de grootouders, een verwante, de voogd of zelfs een derde, die geen enkele band van wettelijke verwantschap of bloedverwantschap met het kind vertoonde. Het kon gebeuren dat het geen beschermer vond; in dat geval kon het, op grond van artikel 46 van de wet van 20 januari 1810 zich steeds

(1) De artikels 267 en 302 B.W. werden door de artikels 14,4 en 16 van de wet van 8 april 1965, betreffende de jeugdbescherming, gewijzigd.

(2) DABIN, J., *Le contrôle de la puissance paternelle en droit belge*, Brussel, 1947, ook verschenen in *J.T.*, 1947, 17 e.v., 33 e.v., nr. 9.

(3) DABIN, J., o. c., nr. 10.

wenden tot het openbaar ministerie, dat overigens ook ambtshalve kon optreden in alle aangelegenheden die, zoals bv. de familie, de ouderlijke macht en de minderjarigheid, de openbare orde aanbelangen. De tekst luidt immers : *En matière civile, le ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi. Il surveille l'exécution des arrêts et des jugements; il poursuit d'office cette exécution dans les dispositions qui intéressent l'ordre public* (1).

49. In al deze aangelegenheden, ongeacht door wie de eis werd ingesteld, was het de rechter mogelijk de ouderlijke macht te wijzigen, te beperken of de uitoefening ervan gedeeltelijk over te dragen aan een andere dan de vader, en dat steeds met het belang van het kind op het oog. De bevoegdheid om bij algemene regel de ouderlijke macht aan de ouders te ontnemen, had hij echter niet (2). De door hem getroffen maatregelen hadden trouwens een voorlopig karakter, zodat ze konden worden gewijzigd of terug ingetrokken naargelang van de omstandigheden.

Verder was ook vereist dat het tekort, dat aan de ouders, of aan de vader, werd verweten en dat de oorzaak van het geding uitmaakte, op de functie in haar geheel sloeg. De rechter trad eerder schuchter op t.o.v. een alleenstaande daad of een alleenstaande beslissing, genomen in het kader van de ouderlijke macht, op de uitoefening waarvan niets viel aan te merken. De meeste rechterlijke tussenkomsten brachten dus een verandering teweeg in de toekenning van een algemene functie, vooral het hoederecht en de opvoedingsplicht (3).

De Franse rechtspraak deelde op dit punt dezelfde mening als de Belgische (4).

50. Dit pretoriaans optreden van de rechter werd algemeen goedgekeurd en toegejuicht door de rechtsleer. Laurent was de enige die er een andere opinie op na hield. Deze auteur werd dan ook op dit stuk niet gevolgd (5).

(1) Artikel 138, 2de lid, van de wet van 10 oktober 1967, houdende het Gerechtelijk Wetboek, neemt artikel 40 van de wet van 20 januari 1810 in de volgende bewoordingen over: In burgerlijke zaken komt het openbaar ministerie tussen bij wege van rechtsvordering, vordering of advies. Het treedt ambtshalve op in de gevallen die de wet bepaalt en bovendien telkens als de openbare orde zijn tussenkomst vergt.

(2) R.P.D.B., Tw. Puissance paternelle, nr. 361.

(3) DABIN, J., o. c., nr. 25.

(4) DE NAUOIS, L., *Le contrôle de la puissance paternelle*, in *Rev. crit. lég.*, 1936, 460 e.v., vooral 466; — Req., 15 maart 1864, D.P., 1864, 1, 30; — Rb. Seine, 15 december 1869, D.P., 1869, 3, 104; — Parijs, 10 april 1872, D.P., 1872, 2, 144; — Caen, 27 juli 1875, D.P., 1877, 1, 61; — Req., 15, maart 1879, D.P., 1879, 1, 233; — Zie ook: MARTY, G., et RAYNAUD, P., *Droit civil, I, Les personnes*, 2de uitg., nr. 245 en de aldaar aangehaalde referenties.

(5) LAURENT, IV, nr. 291, blz. 386-388. Het argument, dat door de auteur wordt aangehaald, is van exegetische aard en is geformuleerd in vraagvorm : *Le silence de la loi ne décide-t-il pas la question?* Zonder tot het uiteindelijk doel van de wet door te dringen besluit Laurent dat, bij ontstentenis van een wettekst, het de rechter niet toegelaten is de ouderlijke macht aan banden te leggen.

51. Ook de wetgever onderschreef meermaals de zienswijze van de rechtspraak. Een eerste maal kwam dit tot uiting in de wet van 2 november 1896, aangaande de rechten van de overlevende echtgenoot; in haar artikel 1, II, § 9, 1^o wordt immers bepaald dat het erfrechtelijk vruchtgebruik vervalt indien de aan de ouderlijke macht verbonden rechten geheel of gedeeltelijk ontnomen zijn aan één van de ouders *uit hoofde van het misbruik dat hij ervan gemaakt heeft*. Meteen wordt dus aan de rechtbank de bevoegdheid verleend kennis te nemen van alle misbruiken van de ouderlijke macht, en te betuigen door het afnemen van alle of van enkele attributen van die macht (1).

De wet van 20 juli 1932, die het hoofdstuk aangaande de wederzijdse rechten en plichten van de echtgenoten wijzigde, verleende aan de voorzitter van de rechtbank een discretionaire bevoegdheid om maatregelen te treffen indien één der echtgenoten of beiden grovelijk hun plichten verzuimden (artikel 214, j, B.W., oud).

Een derde voorbeeld is te vinden in de wet van 14 juli 1953 in verband met de ouderlijke toestemming tot het huwelijk van de minderjarige kinderen. Deze wet zal verder uitvoeriger worden behandeld (zie verder nr. 87 en 88).

2. — ONTZETTING.

52. Naast de gemeenrechtelijke controle over de ouderlijke macht werd een nieuwe instelling in het leven geroepen, met name de ontzetting van de ouderlijke macht. Aanvankelijk was die ontzetting een penale sanctie; ze werd als bijkomende straf uitgesproken wanneer de vader en/of de moeder werden veroordeeld wegens aanranding van de eerbaarheid, verkrachting of aanhitsing tot ontucht op de persoon van hun kind (Artikel 6 van de wet van 15 juni 1846, dat het tweede lid van artikel 378 en 382 wijzigde). Deze regeling was echter te beperkt en kon geen bevreemding geven. De wetgever was ondertussen de mening toegedaan dat de ontzetting gemakkelijker moest kunnen worden uitgesproken, en dat niet steeds diende te worden gewacht tot een misdrijf werd bedreven. In deze geestesgesteldheid kwam de wet van 15 mei 1912 tot stand, die als de organieke wet van de ontzetting kan doorgaan. Een nieuw toepassingsgebied inzake ontzetting ontstond; de opportuniteit ervan werd in vele gevallen onderworpen aan de appreciatie van de rechter. Het van kracht worden van de wet van 15 mei 1912 heeft nochtans in geen enkel opzicht afbreuk gedaan aan de meer beperkte toezichtsmacht over de uitoefening van de

(1) Terecht wijst Dabin er op dat de wet van misbruik spreekt, wat derhalve veronderstelt dat het een vrijwillige tekortkoming zou zijn en niet een verkeerde uitoefening van de ouderlijke macht, waarvoor de titularis niet verantwoordelijk zou zijn (DABIN, J., o. c., nr. 12).

ouderlijke macht, die de burgerlijke rechter sedert lang had ontleend aan het gemeen recht (1).

In overeenstemming met de Nederlandse Kinderwet van 6 februari 1901, schafte artikel 90 van de wet van 8 april 1965 de ontzetting als straf af en behield ze alleen als civielrechtelijke maatregel (2). Het Franse S.W. daarentegen heeft in zijn artikel 335 de ontzetting als strafrechtelijke sanctie behouden.

3. — PREVENTIEF TOEZICHT.

53. Ondanks dit alles blijft de ontzetting tenslotte toch een negatieve maatregel die voor het kind niet steeds voldoende waarborgen biedt, vermits ze slechts wordt uitgesproken als het kind reeds het slachtoffer is geworden van een verworden huiskring. De laatste jaren ging de aandacht van de wetgever dan ook naar meer preventieve en constructieve maatregelen, waardoor op de eerste plaats de belangen van de jeugdigen zelf worden ter harte genomen, en niet meer zozeer die van de maatschappij (3). Tot het verwezenlijken hiervan was het nodig dat het delikate evenwicht niet werd verstoord tussen de integriteit en de vrijheid van de familie enerzijds en anderzijds het belang van het kind, dat slechts adequaat kan worden gediend door een vroegtijdig ingrijpen. Met het oog hierop aarzelde de wetgever niet om maatregelen en instellingen over te nemen die in de wetgevingen van onze nabuurlanden hun sporen hadden verdiend.

54. Aldus werd in aansluiting bij de Nederlandse wet van 5 juli 1921 en de Franse Besluitwet van 30 oktober 1935, gewijzigd bij de Besluitwet van 20 december 1958, door artikel 30 van de wet van 8 april 1965 een opvoedingsbijstand voorzien, die kan bevolen worden t.a.v. degenen die de minderjarigen onder hun bewaking hebben, wanneer de gezondheid, de veiligheid of de zedelijkheid van de minderjarige gevaar lopen, of wanneer de omstandigheden, waarin hij wordt opgevoed, gevaar opleveren. Het kenmerk van die maatregel is dat hij kan worden genomen telkens het kind in gevaar verkeert, zonder dat daarom is vereist dat de ouders hieraan schuld hebben.

(1) DE PAGE, I, nr. 762; — DABIN, J., o. c., nr. 12.

(2) Naast de ontzetting kent de Nederlandse wetgeving ook nog de ontheffing (art. 374 Ned. B.W.). Terwijl de ontheffing wordt toegepast op de ouders die *ongeslacht* of *onmachtig* zijn hun kinderen op te voeden, blijft de ontzetting behouden voor de ouders die *onwillig* zijn of hun taak als verzorgers *onwaardig*. Art. 353, 2de lid en 356, 1ste lid Ned. B.W., voorziet verder dat de ouderlijke macht een einde neemt met de echtscheiding; in het Nederlandse rechtstelsel is dit logisch daar de ouderlijke macht haar reden van bestaan vindt in het huwelijk en niet in de afstamming.

(3) MATHIJS, J., *De civielrechtelijke bepalingen betreffende de minderjarigen in de nieuwe wet jeugdbescherming*, T.P.R., 1965, 415, vooral nr. 6; — HUYNEN, S., *Premiers aperçus de la loi du 8 avril 1965, relative à la protection de la jeunesse*, J.T., 1965, 325-329.

Het kan dus evengoed het kind zelf zijn, een derde of een omstandigheid die de opvoedingsbijstand rechtvaardigt (1).

55. Deze evolutie in de wetgeving is slechts een illustratie van de leer van het rechtsmisbruik en de eraan verwante instelling van de bevoegdheidsafwending. Het onderscheid tussen die twee is ontleend aan de verschillende betekenissen die kunnen worden gegeven aan het begrip *recht*. De Franse auteur Rouast liet dit duidelijk uitschijnen : ... *il y a des droits qui sont des prérogatives véritables... il en est d'autres qui sont de véritables fonctions sociales de droit privé, auxquelles on ne peut se soustraire* (2). Het verschil ligt hierin dat de prerogatieven het belang van de titularis zelf tot voorwerp hebben (recht op het leven, de eer, de intieme gedachte enz.), terwijl het functionele recht slechts een middel is om een bepaalde opdracht te vervullen. Vandaar dat voor het beoordelen van het subjectief recht zal worden nagegaan of er een bedrieglijke bedoeling voorstond, in welk geval men spreekt van *abus d'une prérogative*; voor het functionele recht daarentegen telt of de uitoefening ervan in overeenstemming is met het sociaal doel, zoniet is er *faute de fonction* (3).

56. De Leuvense hoogleraar Dabin diepte het begrip *droit fonction* uit. Hij omschreef het als een geheel van bevoegdheden verleend aan een persoon, met het oog op het uitoefenen van een functie, die hem in het kader van een instelling werd toegewezen (4). In verband met de ouderlijke macht is het dus een geheel van bevoegdheden aan de ouders verleend om hun kinderen naar best vermogen op te voeden. In deze bepaling schuilt een intrinsieke beperking : immers de bevoegdheid is niet alleen binnen objectieve grenzen gehouden, maar is bovendien verleend om een welbepaalde functie uit te oefenen (5). Naast het verkeerd aanwenden van de bevoegdheid, bv. in het belang van de titularis zelf, of van een derde, zal derhalve ook het niet-aanwenden van de bevoegdheid een tekortkoming

(1) De opvoedingsbijstand in België en de onder-toezichtstelling in Nederland vertonen veel gelijkenis voor wat betreft de gevolgen. In beide rechtssstelsels zijn de ouders, op wie de maatregel wordt toegepast, beperkt in hun vrijheid van opvoeden; ze worden bijgestaan door het jeugdbeschermingscomité, of een afgevaardigde ervan (art. 31, 1ste lid van de wet van 8 april 1965), of moeten de raad inwinnen van een gezinshoofd (art. 355, 1ste lid Ned. B.W.). In Frankrijk verschilt de regeling daar het kind er niet langer meer bij zijn ouders verblijft. Het wordt bij een persoon of in een instelling geplaatst, die over zijn opvoeding te waken heeft.

(2) ROUAST, A., *Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1944, blz. 1-19, 4.

(3) ROUAST, A., o. c., nr. 12.

(4) DABIN, J., *Le droit subjectif*, Paris, 1952, blz. 222.

(5) Zie hiervoor VAN GERVEN, W., *Bewindsbevoegdheid*. — *Rechtsvergelijkende bijdrage tot een algemene theorie van bewind over andermans vermogen*, Brussel, 1962, nr. 96.

zijn (1). Dit recht stelt Dabin tegenover *les droit à fin égoïste* die, zoals Rouast beweerde, verleend zijn in het belang van de titularis om zijn materiële en spirituele behoeften te voldoen.

57. Het onderscheid tussen egocentrisch gerichte en functionele rechten is doorslaggevend voor de beteugeling van het misbruik van beide rechten. Het verkeerd gebruik van een egocentrisch gericht recht wordt rechtsmisbruik (*abus de droit*), genoemd. Aangenomen wordt dat het hier gaat om een schuld in de uitoefening van een recht, zodat we ons bevinden op het leerstuk van de onrechtmatige daad en de gedachte van schadeloosstelling op de voorgrond komt (2). Onder bevoegdheidsafwenning (*détournement de pouvoir*) daarentegen moet worden verstaan : elk gebruik van een bevoegdheid voor een ander doel dan datgene waarvoor de litigieuze bevoegdheid werd verleend. Het is immers het verwezenlijken van het vooropgestelde doel dat het bestaan van de verleende bevoegdheid, met beperking van de persoonlijke vrijheid die de uitoefening ervan impliceert, rechtvaardigt (3). De bedoeling die de dader er toe aangezet heeft een bepaalde daad te stellen zal dus moeten worden achterhaald, wat veelal zal gepaard gaan met ernstige bewijsmoeilijkheden. Is men er toch in geslaagd aan te tonen dat iemand, ofschoon hij in het kader van de objectieve grenzen is gebleven, niettemin de intrinsieke grenzen van zijn bevoegdheid is te buiten gegaan, zal de bevoegdheidsafwenning worden gesanctioneerd met de niet tegenstelbaarheid van de daad (4).

§ 2. Rechtvaardiging van de tussenkomst van de familie in het huwelijk van de kinderen

58. De wetgever van 1804 kon geen vrede nemen met de opvattingen die tot dan toe de tussenkomst van de familie hadden gewettigd in verband met het huwelijk van de kinderen. Het machtsbegrip, dat nauw in verband stond met de eigendomsgedachte, schonk geen voldoening meer. Portalis zocht de rechtvaardigingsgrond in meer verheven denkbeelden : de bescherming van het kind, de eerbied voor de ascendenten en het welzijn van de familie dat het welzijn van de ganse gemeenschap ten goede komt.

(1) DABIN, J. (o. c., blz. 242), leidt drie gevolgen af uit het begrip *droit fonction* : 1) het recht kan maar worden aangewend om het vooropgestelde doel te verwezenlijken; 2) daar het verleend werd om een functie te vervullen, moet het recht worden uitgeoefend en 3) wel op die wijze dat die functie er wordt door vervuld.

(2) DE BERSAQUES, A., *Notion de l'abus de droit*, R.C.J.B., 1953, 272 e.v., nr. 2 en de onder voetnoot 1 aangehaalde referenties; — VAN GERVEN, W., *Bewindsbevoegdheid*, nr. 103; — Zie echter : DABIN, J., o. c., blz. 278-300.

(3) ORIANNE, P., *Abus de droit et détournement de pouvoir*, Ann. dr. sc. pol., 1961, blz. 205 e.v., vooral blz. 203.

(4) VAN GERVEN, W., o. c., nr. 105.

59. Vooreerst, aldus de geciteerde auteur, duurt het een lange tijd vooraleer de mens de wereld, waarin hij leeft, kent. *Cette connaissance échappe à la jeunesse, qui peut être si facilement abusée par ses propres illusions, et trompée par des suggestions étrangères. Ce n'est point entreprendre sur la liberté des époux que de les protéger contre la violence de leurs penchans. Le mariage étant de toutes les actions celle qui intéresse le plus la destinée des hommes, on ne saurait l'environner de trop de précautions* (1). De wil en de tederheid van de ouders zouden dus fungeren als teugel voor de blinde hartstocht van de kinderen.

Vervolgens zijn de kinderen, ongeacht hun leeftijd, achting en eerbied verschuldigd aan hun ouders. Deze verplichting werd in algemene bewoordingen neergeschreven in het nog steeds ongewijzigd artikel 371 B.W. : *L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère*. Het kwam dan ook billijk en normaal voor dat het kind, en vooral het minderjarig kind, geen huwelijk kon aangaan zonder vooraf de raad te hebben gevraagd aan zijn ouders, en zelfs hun toestemming te hebben verkregen.

Tenslotte werd uitgegaan van de beschouwing, dat de familie de cel is van de gemeenschap en het huwelijk er het constituerende element van is. Vandaar dat alle lichtzinnigheid en onbezonnenheid moest worden geweerd. *C'est que les mariages sont de toutes les actions de la vie celles desquelles dépend le bonheur ou le malheur de la vie entière des époux, et qui ont une plus grande influence sur le sort des familles, sur les mœurs générales, et sur l'ordre public*.

60. In de mate waarin het Burgerlijk Wetboek de ouderlijke tussenkomst voorziet, met als doel de kinderen te beschermen tegen hun onervarenheid, is ze ten zeerste gerechtvaardigd. Naast dit doel werd nochtans een tweede beoogd, nl. het toezicht op de familie door hen die er aan het hoofd van staan en het verhinderen van huwelijken van ongelijke stand. Vandaar dat ook de meerderjarige geen absolute vrijheid genoot. Op dit punt was de tussenkomst minder gewettigd. Aldus bestond immers gevaar dat het kind verhinderd werd een

(1) LOCRE, J. *Législation civile, commerciale et criminelle de la France ou Commentaire et complément des codes français*, 31 dln., Parijs, 1829-1832. Belg. uitg. Brussel, II, 1836, blz. 382, nr. 13.

(2) LOCRE, o. c., blz. 382, nr. 12. Dezelfde gedachtengang is terug te vinden bij DEMOLOMBE, C., *Cours de Code Napoléon*, Deel III, *Traité du mariage et de la séparation de corps*, Eerste boek, 4de uitg., Paris, 1869, blz. 56 : „La loi soumet les futurs époux à l'obligation de demander le consentement ou le conseil de certaines personnes... Il le fallait, d'abord et avant tout, pour les futurs époux eux-mêmes, qu'il importe d'éclairer et de défendre contre les séductions, contre les égarements des passions; — pour la famille, très intéressée à ce qu'un mariage fâcheux ne lui crée pas des rapports d'alliance et de parenté tout à fait mal assortis; — pour la société elle-même, enfin, très intéressée au maintien de la discipline domestique et du bon ordre des familles, et qui doit dès lors ne prêter son secours à la célébration d'un mariage, que lorsque les enfants ont accompli envers leurs père et mère, ou autres ascendants, ces devoirs de déférence, dont ils ne pourraient pas sans ingratitude et sans piété, s'affranchir dans une telle occasion”.

gelukkig huwelijk aan te gaan, waarop elke mens aanspraak moet kunnen maken. Dit gevaar is des te groter wanneer rekening wordt gehouden met het karakter dat de huwelijks toestemming had; want van de ouders was in het bijzonder de vader de enige en soevereine rechter die te oordelen had over de toelaatbaarheid van het huwelijk. Elk toezicht van buiten uit was onmogelijk.

§ 3. Personen die de toestemming nodig hebben

61. In elke wetgeving wordt een leeftijdsgrens vooruitgezet, beneden dewelke een natuurlijke persoon niet de bevoegdheid heeft de meeste van zijn rechten, die hem toebehoren, uit te oefenen. Gedurende die periode van minderjarigheid kan hij geen rechtshandelingen verrichten of in rechte treden. Hierbij wordt hij dan geholpen door degenen die tegenover hem de ouderlijke macht uitoefenen. Die hulp bestaat gewoonlijk hierin dat die persoon optreedt in naam van de minderjarige, die dus wordt vertegenwoordigd.

62. Inzake huwelijk lijdt deze regel echter een uitzondering. Het huwelijk is immers een handeling die strikt aan de persoon is verbonden, zodat de instelling van de wettelijke vertegenwoordiging hier onbestaande is. De minderjarige huwt en niemand kan hiervoor in zijn plaats optreden. De vereiste hulp zal er dan in bestaan, hem de toestemming of machtiging te verlenen om in persoonlijke naam de daad te stellen.

Een tweede uitzondering op het gemeen recht bestaat hierin, dat de toestemming niet zal worden gegeven door hen die voor de patrimoniale belangen instaan. De wetgever verkoos hen die over de minderjarige het zedelijk gezag uitoefenen. Dit ook is een gevolg van het persoonlijk karakter van het huwelijk, dat meer de persoon dan de goederen van de minderjarigen aanbelangt (1). Bovendien vertoont het huwelijk van het kind een familiaal aspect. Vandaar dat de vader en de moeder niet optreden als wettelijke beheerders doch als ouders, en dat, indien de voogdij opengevallen is, het toestemmingsrecht niet toekomt aan de voogd, maar aan de overlevende echtgenoot, eventueel de grootouders of de familieraad.

63. In 1804 werd de geest van het Ancien Régime nog diep ingeademd. Dit liet zich sterk voelen op het stuk van de huwelijks-wetgeving. Terwijl de meerderjarigheid van het gewoon recht werd bereikt op de leeftijd van één en twintig jaar (artikel 388 B.W.),

(1) DELVA, W., A.P.R., Tw. *Huwelijksvermogensstelsels*, nr. 138-140; — PLANIOL et RIPERT, 2de uitg., II, *La Famille*, door ROUAST, A., 1952, nr. 121.

bepaalde artikel 148 B.W. dat de zoon de toestemming tot zijn huwelijk diende te vragen zolang hij geen vijf en twintig jaar oud was. De dochter had die toestemming niet meer nodig van zodra ze de leeftijd van één en twintig jaar had bereikt.

De matrimoniale meerderjarigheid, althans voor de man, verschilde dus van de gewone meerderjarigheid. Tot staving van die regeling voerde Portalis aan : *La nature se développe plus rapidement dans un sexe que dans l'autre* (1). Dit is echter geen afdoende reden om het verschil in leeftijd, nodig om de matrimoniale meerderjarigheid te bereiken, te wettigen; deze uitspraak kan hoogstens dienen om het verschil in leeftijd, vereist om een huwelijk te kunnen aangaan, nl. achttien jaar voor de man en vijftien jaar voor de vrouw (artikel 144 B.W.), te verantwoorden. Genoemde opsteller van het B.W. gaf nog een tweede reden op : *Une fille qui languirait péniblement dans une trop longue attente, perdrait une partie de ses attraits qui peuvent favoriser son établissement, et souvent même elle se trouverait exposée à des dangers qui pourraient compromettre sa vertu* (2). Deze voor de vrouw weinig eerbiedige uitlating geeft ook geen antwoord op de vraag waarom de matrimoniale meerderjarigheid van de man niet overeenstemt met de gewone meerderjarigheid en de matrimoniale meerderjarigheid van de vrouw.

Het antwoord moet ongetwijfeld worden gezocht in de geestesgesteldheid van de wetgever die het gezag, dat de vader uitoefende op zijn zoon, zo ruim mogelijk wilde zien (3).

64. In ons land werd de eenvormigheid in deze regeling gebracht door artikel 1 van de wet van 30 april 1896, dat de matrimoniale meerderjarigheid herleidde tot één en twintig jaar. De *ratio legis* was het concubinaat tegen te gaan, waarin vele mannen leefden die geen vijf en twintig jaar oud waren en de toestemming van hun ouders tot het aangaan van het huwelijk niet hadden verkregen.

Dezelfde wijziging werd in Frankrijk ingevoerd bij de wet van 21 juni 1907.

Het Wetboek Napoléon voor Nederland stelde de gewone meerderjarigheid vast op drie en twintig jaar (oud artikel 385, Nederlandse B.W.). Voor het aangaan van het huwelijk schreef artikel 148 B.W. dezelfde regeling voor als in België en Frankrijk, zodat de zoon onder de vijf en twintig jaar en de dochter onder de één en twintig jaar niet konden huwen zonder de toestemming van hun ouders. Het

(1) LOCRE, o. c., II, blz. 382, nr. 13.

(2) *Ibidem*.

(3) Dit werd duidelijk in het licht gesteld tijdens de voorbereidende werken van de Franse wet van 21 juni 1907. De wetgever stelde nogmaals duidelijk aan de kaak dat, in de optiek van de opstellers van het B.W. art. 148 B.W. „*n'a pas été édicté pour protéger l'enfant et le code a voulu surtout prolonger au delà de la majorité ordinaire l'autorité que le père exerce sur son fils*”, D.P., 1907, 4, 73.

Wetboek van 1838 stelde vijf en twintig jaar, zowel voor de zoon als voor de dochter (artikel 94 B.W.). Met de Kinderwet van 1901 werd deze materie herzien met als gevolg dat de meerderjarigheid voor beiden op één en twintig jaar werd terug gebracht.

§ 4. Wettelijke regeling

65. Volgens de oorspronkelijke bewoording van artikel 148 B.W., kon de zoon die de leeftijd van vijf en twintig jaar, en de dochter die de leeftijd van één en twintig jaar niet hadden bereikt, niet huwen zonder de toestemming van de vader en de moeder. Die regeling was van toepassing in België, Frankrijk en Nederland. Bij toestemming van de moeder en weigering van de vader kon het huwelijk niet worden voltrokken; in het tegenovergestelde geval was dit wel mogelijk. De vader alleen had dus beslissingsmacht. Het feit dat enkel zijn toestemming volstond, was nochtans geen reden om de toestemming aan de moeder niet te vragen. De wettekst luidde immers : *zijn deze het niet eens (en cas de dissentiment)*, wat veronderstelde dat naar de mening van beide ouders werd gevraagd. Bovendien bepaalt artikel 76, 4^o, B.W. dat de huwelijksakte de toestemming van de vader en de moeder vermeldt. Indien het kind alleen het bewijs van de toestemming van zijn vader voorlegde, moest het ook aantonen dat de toestemming van de moeder werd gevraagd, doch niet werd verkregen (1). De formaliteit van de aanvraag alleen volstond zodat de moeder van elke wezenlijke invloed was verstoken (2).

A. Nederlandse wetgeving

66. In Nederland kwam aan het overwicht van de vader een einde in 1901.

Die regeling was het resultaat van een koopje tussen twee groepen, die uiteenlopende opinies verdedigden. In haar ontwerp had de regering de matrimoniaale meerderjarigheid op 25 jaar behouden, doch bij onenigheid tussen de ouders om voordien huwelijks toestemming

(1) LAURENT, II, nr. 312.

(2) De enige vraag die rees was of in geval van weigering van de moeder, deze verzet kon aantekenen tegen het voorgenomen huwelijk, en of ze de nietigheid kon invoeren indien het huwelijk had plaats gehad. Voor het probleem van de nietigheid werd de oplossing verschaft door art. 182 B.W. volgens hetwelk het huwelijk alleen kan bestreden worden door hen wier toestemming vereist was; daar de toestemming van de moeder niet was vereist, kon ze dus niet de nietigheid vorderen. Omtrent de vraag over de mogelijkheid van verzet was er verdeeldheid in de rechtspraak. De rechtbank van Riom besliste op 3 juni 1817 (S., 1818, 2, 41) dat de moeder wel verzet kan aantekenen; anders echter : Rb. Seine, 8 augustus 1809, S., 1809-1811, 2, 116. De laatste zienswijze was o.i. de juiste : art. 174 B.W. kende de moeder enkel het recht, verzet aan te tekenen, toe bij ontbreken van de vader; daar deze bij hypothese aanwezig was en de toestemming had verleend, kon de moeder geen verzet aantekenen.

te geven zou de kantonrechter beslissen. Tegen deze inmenging kwam heftig verzet; het werd in strijd geacht met de waardigheid van het huwelijk. De voorstanders van die oplossing verklaarden daarop dat ze er wilden van af zien op voorwaarde dat de matrimoniaale meerderjarigheid tot één en twintig jaar herleid werd. Zo kwamen de twee partijen tot het akkoord, dat de minderjarige van één en twintig jaar slechts kon huwen met de toestemming van beide ouders, terwijl hij bij onenigheid hieromtrent moest wachten tot zijn meerderjarigheid (1).

67. Wat betreft de ouderlijke macht, bracht de wet van 1947 een wijziging : ze wordt niet meer door de vader alleen, doch door beide ouders gezamenlijk uitgeoefend; met dien verstande dat bij verschil van inzicht de wil van de vader beslissend is, doch met mogelijkheid voor de moeder de kinderrechter te verzoeken de beslissing van de vader te niet te doen, indien deze in kennelijke strijd is met, of ernstige gevaren oplevert voor, de zedelijke en geestelijke belangen ofwel voor de gezondheid van het minderjarig kind (artikel 356, Nederlands B.W.) (zie boven nr. 45). Daar nu het recht toe te stemmen tot het huwelijk in Nederland niet wordt aanzien als een attribuut van de ouderlijke macht, is er hier geen sprake van een eventuele tussenkomst van de rechter op grond van artikel 356 (2).

Artikel 94 B.W. daarentegen voorziet uitdrukkelijk dat de minderjarige, die zich tot zijn huwelijk de vereiste toestemming niet verkrijgt, zich tot de kantonrechter kan wenden, die na verhoor of behoorlijke oproeping van hen wier toestemming vereist was, verlof kan verlenen tot het aangaan van het huwelijk. Zodanige vervanging is echter niet geoorloofd indien één van de ouders, die het gezag over zijn kind uitoefent, zijn toestemming weigert.

68. De rechtspraak past de wet naar de letter toe, en verleent aan het toestemmingsrecht van de ouders een discretionair karakter. De Hoge Raad, die zich in 1919 uitsprak over de vordering tot ontzetting uit de voogdij, op grond van misbruik van recht, van de vader-voogd van een minderjarig zwanger meisje dat wou huwen met de verwekker van het kind, overwoog : *dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord, daar de macht om al of niet in het huwelijk der minderjarigen toe te stemmen zoals deze in art. 92 B.W. geregeld is, steunt op de band van het bloed tussen ouder en kind, en de vader, ook al*

(1) ASSER, C., *Handleiding tot beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deel I. *Personenrecht*, Eerste stuk, 9de uitg., bewerkt door WIERDA, J., blz. 70.

(2) ASSER, C., o. c., blz. 71.

is hij voogd, generlei rekenschap is verschuldigd omtrent de wijze op dewelke hij in het belang van het kind vermeent van die macht te moeten gebruik maken (1) (2).

B. Franse wetgeving

69. Het juridisch op gelijke voet brengen van vader en moeder zou weldra ook door de Franse wetgever worden bewerkstelligd. Gedurende de voorbereidende werken van de wet van 21 juni 1907, waardoor de matrimoniaale meerderjarigheid werd teruggebracht tot de gewone meerderjarigheid, stelde senator Gorju voor het juridisch overwicht van de man teniet te doen. Aan de moeder zou de mogelijkheid worden gelaten, bij weigering van de vader, zich tot de rechtbank te wenden. Op dit voorstel werd, net als in Nederland, niet ingegaan. De reden was dat, indien de rechtbank tegen de wil van de vader het huwelijk zou toelaten, de wet zou worden omzeild : inderdaad volgens de Franse wetgeving is de ontvoogding van de minderjarige, wettelijk gevolg van zijn huwelijk (artikel 476 B.W.), afhankelijk van de wil van de vader (artikel 477 B.W.) (3).

70. In 1927 kwam dezelfde vraag aan bod. Men stelde vast dat zo beide ouders samenleefden, deze meestal eensgezind weigerden of toestemden. Leefden ze echter gescheiden, dan was de onenigheid de regel. De wetgever had vooral het voorbeeld voor ogen van de man die zijn echtgenote en zijn nog jonge kinderen had verlaten, zonder dat hij daarom van zijn vrouw uit de echt gescheiden was. Wanneer nu één van de minderjarige kinderen — in praktijk was het gewoonlijk de dochter — in het huwelijk wou treden, was hiervoor de toestemming van de vader vereist. De toestemming van de moeder, die gewoonlijk akkoord ging met het voorgenomen huwelijk, bleef immers zonder uitwerking. Meer gedreven door plaagzucht dan op grond van ernstige bezwaren, weigerde de man zijn toestemming te verlenen; zodat de toekomstplannen van het kind werden verijdeld (4).

71. Om aan deze toestand te verhelpen kwam de wet van 17 juli 1927 tot stand. Artikel 148 B.W. werd als volgt geredigeerd (sindsdien niet meer gewijzigd) : *Les mineurs ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère; en cas de dissentiment entre le père*

(1) Hoge Raad, 1 mei 1919, *N.J.*, 1919, 584.

(2) Artikel 5, 1ste lid van de Titel 5, Afdeling 1 van het Nieuw Burgerlijk Wetboek voorziet op dit stuk geen wijziging : een minderjarig kind mag geen huwelijk aangaan zonder de toestemming van de ouders. Deze vrij lakonieke tekst sluit dus alle mogelijkheden uit om die toestemming te vervangen. Stemmen beide ouders niet in, dan moet gewacht tot het bereiken van de leeftijd van één en twintig jaar.

(3) DALLOZ, *Recueil périodique et critique*, 1907, 4, 75.

(4) DALLOZ, *Recueil périodique et critique*, 1927, 4, 350.

et la mère, ce partage emporte consentement. Dezelfde verplichting blijft dus op de minderjarige wegen : hij moet én aan zijn vader én aan zijn moeder de toestemming vragen. Het is echter voldoende dat slechts één van hen, om het even wie van de ouders, instemt.

De moeder, die tot dan toe geen werkelijke medezeggenschap had, werd door die wet dus op dezelfde voet geplaatst als de vader. Deze oplossing is een uitzondering op artikel 373 B.W., luidens hetwelk, gedurende het huwelijk, de ouderlijke macht door de vader alleen wordt uitgeoefend. Artikel 148 B.W. vindt echter niet zijn rechtvaardigingsgrond in de wil van de wetgever op dit punt de moeder gelijke rechten te geven als de man, doch wel in de overweging dat de toelatingsvoorwaarden tot het huwelijk dienen te worden vergemakkelijkt, uit vrees dat, indien men de huwelijksvrijheid al te zeer beperkt, het concubinaat in de hand zou worden gewerkt.

72. De wet die bepaalt dat de toestemming van een van de ouders volstaat, maakt hiervan een absoluut vereiste. In geen geval wordt geduld dat beroep zou worden gedaan op de rechter om, in geval van willekeurige of zelfs baatzuchtige weigering van de ouders, tegen hun wil in het huwelijk mogelijk te maken. Zoals in Nederland, is het recht van de ouders op dit stuk discretionair : ze zijn niet gehouden de reden van hun weigering op te geven, al moge dan nog vaststaan dat die weigering gesteund is op persoonlijke haat jegens het kind; verder kan de persoon die weigert niet verantwoordelijk worden gesteld voor zijn weigering (1).

De rechtspraak beaamt deze zienswijze volledig (2).

Daar dit recht een discretionair karakter heeft, is het tevens onmogelijk de ouders ervan vervallen te verklaren. Dit kan inderdaad maar gebeuren indien er misbruik van recht is en van een discretionair recht kan bij definitie geen misbruik worden gemaakt (3).

73. In een bepaald geval heeft de rechtspraak nochtans het absolutisme van de wet aan zekere banden gelegd. Ze was inderdaad van oordeel dat, al was het recht om de toestemming te weigeren of te geven absoluut en discretionair, daarentegen het recht om de gegeven toestemming terug te trekken niet hetzelfde karakter had. De ouder,

(1) Zie : DEMOLOMBE, *Traité du mariage*, I, nr. 51; — AUBRY ET RAU, *Cours de Droit civil français*, 5de uitg., VII, par. 462, blz. 104; — BAUDRY LACANTINERIE, *Des Personnes*, II, nr. 1483; — COLIN, A., CAPITANT, H. et JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Cours élémentaire de droit civil*, I, 11de uitg., nr. 160 en vgl.; — ROUAST, A., *Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés*, in *Rev. trim., dr. Civ.*, 1944, blz. 1 e.v., nr. 27; — DE NAUVOIS, L., *Le contrôle de la puissance paternelle*, in *Rev. crit. lég.*, 1936, blz. 460 e.v.; — PLANIOL ET RIPERT, 2de uitg., II, *La Famille*, door ROUAST, A., 1952, nr. 140.

(2) Rb. Villefranche, 16 mei 1906, *D.P.*, 1908, 2, 76; — Lyon, 23 januari 1907, *D.P.*, 1908, 2, 77; — Rouen, 26 juli 1946, *D.*, 1951, 532, noot Lebrun.

(3) Rouen, 26 juli 1949, *D.*, 1951, 532, geciteerd.

die zijn toestemming intrekt, zonder wettig motief, zou ter verantwoording kunnen worden geroepen. Het huwelijk zal weliswaar onmogelijk geworden zijn, daar de ouder het soevereine recht heeft op zijn beslissing terug te komen, maar het kind of zijn verloofde zal schadevergoeding mogen vorderen.

In verband hiermee had de rechtbank van Villefranche zich uit te spreken over de eis tot schadevergoeding, ingesteld door de verloofde van een minderjarige jongen wiens vader eerst in het huwelijk had toegestemd. Tengevolge hiervan had het meisje haar handelsfonds verkocht en de stad, waar ze haar handel uitbaatte verlaten om in het dorp van haar verloofde te gaan wonen. Enkele dagen vóór het huwelijk zou plaats hebben trok de vader zijn toestemming in. De verloofde voerde aan dat dit een misbruik van recht was, waardoor ze schade leed. De rechtbank wees haar eis af daar de weigering van de vader *ne pouvait constituer un fait dommageable et engager sa responsabilité, puisqu'en réalité il n'a été que le plein exercice de ce droit d'opposition au mariage que la loi confère au père de famille pour qu'il en use, jusqu'à la célébration, discrétionnairement, librement et sans contrôle*. Vandaar dat de rechtbank besloot : *Attendu que l'exercice régulier et légal d'un droit ne saurait jamais et à aucun titre, devenir l'abus de ce droit* (1). De weigering van de ouders moet dus in geen enkel geval gemotiveerd zijn, ongeacht of ze onmiddellijk een weigering was of pas nadat eerst de toestemming werd gegeven, ongeacht of hierdoor schade werd geleden of niet.

74. Beroep werd echter aangetekend, en het hof van Lyon hervormde het bestreden vonnis op grond van de volgende overweging : *Attendu que le droit du père de famille de s'opposer au mariage de ses enfants, s'il est incontestable, ne peut dégénérer en abus* (2). Het hof steunde zich op het rechtsmisbruik om de vader te veroordelen tot het betalen van de door eiseres geleden schade. Deze argumentatie werd verdedigd door Jossierand, die nog verder ging dan het arrest daar hij voorstander was om niet alleen de terugtrekking *ad nutum* doch ook de ongeoorloofde of niet gegronde weigering te sanctioneren (3).

Andere auteurs aanvaardden wel de beslissing van het hof van Lyon, doch onderschreven niet de motivering. Uit het discretionair karakter van het toestemmingsrecht leidt Ripert terecht af, dat de weigering en de terugtrekking van de toestemming geen aanleiding kunnen geven tot de toepassing van de leer van het rechtsmisbruik noch tot schadevergoeding. De enige grond waarop kan worden gesteund om schadevergoeding toe te kennen, is dat zonder afdoende

(1) Rb. Villefranche, 16 mei 1906, *D.P.*, 1906, 2, 76.

(2) Lyon, 23 januari 1907, *D.P.*, 1908, 2, 77.

(3) JOSSEERAND, L., noot onder Lyon, 23 januari 1917, geciteerd.

reden de hoop, die de gegeven toestemming had doen ontstaan, niet werd vervuld en dus de gemaakte onkosten, die werden gedaan met het oog op het voorgenomen huwelijk, nutteloos werden. Dit is dan *pour une faute indépendante du droit d'autorisation* (1). Het ware bijgevolg juister de eis rechtstreeks te steunen op artikel 1382 B.W. Deze oplossing scheen vroeger reeds door het hof van Alger te zijn verdedigd; het overwoog immers *que sans doute l'exercice du droit le moins contestable peut devenir la source ou l'occasion de dommages-intérêts, lorsque celui qui en est le bénéficiaire légal en fait méchamment ou imprudemment un usage dommageable aux tiers* (2). De verdere overwegingen tonen echter aan dat het hof zich ook steunde op de leer van het rechtsmisbruik om de schadevergoeding toe te kennen.

De zienswijze van het hof van Lyon werd onlangs nog bevestigd door de rechtbank van Fougères, die over een gelijkaardig geval te oordelen had. Door te verwijzen naar het arrest van Lyon werd eens te meer de leer van het rechtsmisbruik ingeroepen (3).

75. Een vraag die door de rechtbanken en hoven in het midden werd gelaten is die aangaande de bewijslast. Moet de ouder, die zijn toestemming in *extremis* terugtrekt, zich rechtvaardigen om niet te worden veroordeeld, of komt het aan het kind toe aan te tonen dat de laattijdige intrekking, oorzaak is van de geleden schade? Indien men als beginsel stelt dat het toestemmingsrecht discretionair is, verdient de tweede formule ongetwijfeld de voorkeur. Wanneer de ouders inderdaad alleen in een uitzonderlijk geval enige verantwoordelijkheid kunnen oplopen, moet worden aangetoond dat die situatie werkelijk voorhanden is. Het kind zal derhalve het bewijs moeten leveren dat het schade heeft geleden ingevolge de schuld van de ouders (4) (5).

(1) RIPERT, G., *Rev. crit. lég.*, 1908, blz. 144; — Zie ook: DE NAUROIS, L., *Le contrôle de la puissance paternelle*, in *Rev. Crit. lég.*, 1936, blz. 460 e.v., vooral blz. 518; — PLANIOL et RIPERT, 2de uitg., II, door ROUAST, A., 1952, nr. 141.

(2) Alger, 9 april 1895, *D.P.*, 1895, 2, 320.

(3) Rb. Fougères, 21 november 1962, *Gaz. Pal.*, 8-11 juni 1963; *D.*, 1963, *Somm.*, 78; — Zie ook: DESBOIS, H., *Jurisprudence française en matière de droit civil*, A. — *Personnes et droits de famille*, in *Rev. trim. dr. Civ.*, 1963, blz. 696-718, nr. 1.

(4) DESBOIS, H., o. c., l. c.; — DE PAGE, H., nr. 593, kleine tekst 2°; — Alger, 9 april 1895, *D.P.*, 1895, 2, 320, geciteerd.

(5) Gedurende een bepaalde periode is het huwelijks toestemmingsrecht zelf onderworpen geweest aan de rechterlijke controle. Er moet echter onmiddellijk worden aan toegevoegd dat dit slechts het geval was in een uitzonderlijke toestand, nl. wanneer de echtscheiding of de scheiding van tafel en bed werd uitgesproken. Luidens art. 152 Fr. B.W., zoals het werd gewijzigd bij de wet van 20 juni 1896, volstond de toestemming van die ouder, in wiens voordeel de echtscheiding of de scheiding was uitgesproken en aan wie de hoede over het kind was toevertrouwd. Art. 152 B.W. werd vervolledigd door de wet van 1907, die het geval voorzag waarin alleen één van die twee voorwaarden was vervuld; in die hypothese was het mogelijk dat de ouder die toestemde, de andere ouder vóór de rechtbank daagde. Met de afschaffing van art. 152 B.W. door de wet van 1927, verdween ook de rechterlijke tussenkomst inzake de toestemming tot het huwelijk van de minderjarige kinderen. Daar die wet het mogelijk maakte te huwen mits de toestemming van één van beide ouders werd bekomen, oordeelde men dat aan geen van beiden voorrang diende te worden verleend.

C. Belgische wetgeving

76. In België was de wetgever niet gehaast om aan de wettelijke regeling te wijzigen. De wet van 1896 vervroegde weliswaar de matrimoniale meerderjarigheid, doch ook na die wet moest de minderjarige de huwelijkstoestemming van zijn beide ouders bekomen en was ingeval van onenigheid de wil van de vader doorslaggevend.

Lange jaren bleef deze regeling onaangevochten en werd ze door de rechtsleer beaamd. Rond 1950 deed zich een kentering voor in de rechtspraak, of, beter, had de rechtspraak de gelegenheid het probleem onder ogen te nemen. Deze nieuwe rechtspraak beïnvloedde zo sterk de wetgever, dat in 1953 een nieuwe wettelijke regeling werd voorgeschreven. In 1965 werd daaraan opnieuw verandering gebracht : de lijn werd volledig doorgetrokken en tevens werd naar overeenstemming gestreefd met het eveneens door die wet gewijzigde artikel 373 B.W., betreffende de uitoefening van de ouderlijke macht.

1. — DE RECHTSLEER.

77. De Belgische rechtsleer had zich vrij vlug eensgezind gevormd en ging dezelfde weg op als de Franse (1).

Het voornaamste argument waarop onze auteurs steunden, om de rechterlijke controle op de uitoefening van het recht tot huwelijks-toestemming van de ouders te weren, was het ontbreken van een tekst die dat recht toekende. De Page voerde aan dat artikel 46 van de wet van 1810 ontoereikend was; meer nog, volgens deze auteur is het zo dat het openbaar ministerie zelf, door op te komen tegen een beslissing van de vader en moeder terwijl geen enkele tekst dit voorziet, een gevaar schept, waartegen dat orgaan precies op grond van de wet van 20 april 1810 zou moeten opkomen. (2)

78. Dabin, die de tussenkomst van de rechter, op grond van zijn algemeen toezichtsrecht, goedkeurde, ook t.a.v. een wel bepaalde handeling wanneer de ouders zich niet lieten leiden door het welzijn van het kind maar handelden ter bevrediging van hun eigen verlangens, steunt zich, om de tussenkomst van de rechter te weigeren m.b.t. de huwelijkstoestemming, op het zelfde exegetisch argument van ontstentenis van wettekst : *En l'absence d'un texte qui l'y autorise, le tribunal n'aurait pas le droit, là où le père a dit non, de remplacer le non par un oui,*

(1) LAURENT, II, nr. 322; — KLUYSKENS, VII, nr. 227; — DE PAGE, I, nr. 593, 3^o; — DABIN, J., *Le contrôle de la puissance paternelle en droit belge*, Brussel, 1947, ook verschenen in *J.T.*, 1947, 17 e.v. en 33 e.v., nr. 23; — NOVELLES, *Droit civil*, I, *Le mariage*, nr. 15; RENARD, CL., *Examen de jurisprudence*, 1949-1951, nr. 40, *R.C.J.B.*, 1953, 229.

(2) DE PAGE, I, nr. 593, 3^o.

ou inversement, bref de se substituer au père (1). Dit tekstargument is op zichzelf zeker niet voldoende, waar de wet voor de andere attributen van de ouderlijke macht ook niet uitdrukkelijk het toezicht voorziet en de rechtbanken het nochtans uitoefenen, met goedkeuring van geciteerde auteur. Doch, aldus Dabin, moet hier rekening worden gehouden met een aan het toestemmingsrecht eigen aspekt, te weten *le caractère particulier de l'acte à accomplir, qui intéresse non seulement l'enfant mais sa famille. Or la famille, c'est-à-dire le père, est seul juge de son intérêt en la matière* (2). Daar hier dus niet alleen het belang van het kind, doch tevens dat van de familie op het spel staat, komt het weinig opportuun voor dat de rechter zich zou mengen met deze familiale aangelegenheid. De vader, en de vader alleen, is soevereine rechter.

79. Het is juist op dit vlak dat het probleem moet worden gesteld en uitgevochten. Dient de toestemming te worden gegeven in het belang van de familie, van het kind en de familie samen, of in het belang van het kind alleen? Ongetwijfeld zijn de belangen van het kind en van de familie nauw met elkaar verbonden, en kunnen de ene meestal niet worden los gemaakt van de andere. De twee zijn met elkaar verstrengeld en kunnen moeilijk tegen elkaar worden afgewogen (3). Het argument van Dabin weegt overigens weinig door, vermits volgens dezelfde auteur *la famille n'existe, comme toutes les institutions, que pour le bien des individus, personnes humaines qui en sont les éléments, à la fois composants et finaux... Ainsi, cet intérêt de l'enfant, que l'on présente comme individualiste et que l'on a l'air d'opposer au bien général de la famille se confond en réalité avec celui-ci, au moins pour la plus grande part* (4).

80. O.i. moet, zoals voor alle andere attributen van de ouderlijke macht, ook hier de aandacht gaan naar het belang van het kind. Het belang van de familie zal trouwens maar doeltreffend gediend zijn indien het belang van het kind wordt behartigd. Overigens valt het te betwijfelen of de vader de eerste en tevens de enige rechter is bevoegd om uit te maken wat voor het kind, of de familie, voordelig is of niet. Vooral de laatste jaren werd sterk van deze stelling afgeweken. De mening luidens dewelke de discretionaire macht van de ouders het belang van het kind in de weg kan staan, won meer en meer veld, en leidde uiteindelijk tot de wet op de Jeugdbescherming van 8 april 1965 (zie verder nr. 94).

(1) DABIN, J., o. c., nr. 23.

(2) DABIN, J., o. c., l. c.

(3) Het kan zich nochtans voordoen dat de belangen van de ouders en van de kinderen uiteenlopen, bv. wanneer een ouder weigert toe te stemmen in het huwelijk van zijn dochter, omdat de hulp van deze nodig is voor de opvoeding van de nog jongere kinderen.

(4) DABIN, J., o. c., nr. 23.

81. Onze rechtbanken die, zoals de Franse, niet in het minst terugdeinsden om, zelfs buiten een uitdrukkelijke wettekst om, controle uit te oefenen op de wijze waarop de ouderlijke macht geschiedde en die deze macht aldus beperkten, wijzigden of de uitoefening ervan gedeeltelijk overdroegen aan een andere dan de vader, wettelijke titularis, traden nochtans aarzelend op wanneer het een bepaalde daad betrof (zie boven nr. 49). Dabin kende dat recht aan de rechter maar toe op voorwaarde dat de ouders handelden uit passie of eigen belang (1).

82. Bij ons weten is tussen 1830 en 1950 het aantal vonnissen, inzake het toestemmingsrecht van de ouders, uiterst beperkt. Slechts één vonnis, van de rechtbank van Charleroi, gevelde in 1931, werd gepubliceerd (2). Het betreft hier een minderjarig meisje dat zwanger was en wou huwen met de vader van het kind, om haar toestand te normaliseren. Ze stuit echter op het verzet van haar vader. Het openbaar ministerie stelt een eis in ertoe strekkende de vader te horen vervallen verklaren van het recht toe te stemmen in het huwelijk van zijn dochter. De vordering was gesteund op artikel 3, 2^o van de wet van 15 mei 1912, *in casu* het rechtsmisbruik dat erin zou bestaan niet toe te stemmen, waardoor de zedelijkheid van de minderjarige gevaar liep. De rechtbank heeft de eis ontvankelijk verklaard, en, na als algemeen beginsel te hebben geponeerd dat de ouderlijke macht uitsluitend in het belang van het kind dient te worden uitgeoefend, deze regel toegepast op één attribuut van de ouderlijke macht, nl. het toestemmingsrecht. Ze voerde aan dat *si le Code civil détermine les droits de la puissance paternelle, la loi de 1912 a eu surtout pour but d'établir les obligations de la puissance paternelle, qui ne doit s'exercer que dans l'intérêt de l'enfant et de les sanctionner; attendu que les termes „abus de pouvoir” employés dans la loi de 1912 sont généraux et doivent s'appliquer à tous les pouvoirs découlant de la puissance paternelle, tel le pouvoir de consentir au mariage de son enfant, en verder: qu'il peut, cependant, parfaitement se concevoir qu'un père, à qui le droit de consentir au mariage de son enfant a été réservé par l'article 148 du Code Civil, mais dans le seul but de l'exercer dans l'intérêt unique de l'enfant, fasse un mauvais usage de ce droit et tombe dès lors sous l'application du 3^o de la loi de 1912*. Het toestemmingsrecht van de ouders is dus niet discretionair en kan worden misbruikt, zodat ze van dat recht ook kunnen worden vervallen verklaard. De rechtbank sprak die vervallenverklaring weliswaar niet uit omdat de feitelijke gegevens hadden aangetoond dat de vader geen misbruik had gemaakt van zijn recht.

(1) DABIN, J., o. c., nr. 21 en 22; — anders : R.P.D.B., Tw. *Puissance paternelle*, nr. 360.

(2) Rb. Charleroi, 19 februari 1931, *Pas.*, 1931, III, 186; — *Rev. prat. not.*, 1932, II.

Hij had nooit een veroordeling opgelopen en werd nooit schuldig bevonden aan immoraliteit. Kwam de zedelijkheid van zijn dochter in gevaar wanneer ze niet huwde, dan was dit niet de fout van de vader doch wel haar eigen fout; het was door haar toedoen dat ze in die benarde situatie was geraakt. Bovendien kon alleen al het feit dat de man, met wie ze wilde huwen, haar onervarenheid had uitgebuit, de vader geen vertrouwen inboezemen.

Terecht stipte de rechtbank nog aan dat indien de weigering van de vader als een misbruik zou worden bestempeld, tevens het beginsel zou worden gehuldigd luidens hetwelk een minderjarig meisje, dat moeder geworden is, een verworven recht zou hebben op de toestemming van de ouders.

3. — DE RECHTSPRAAK VAN 1950 TOT 1953.

83. Na het vonnis van de rechtbank van Charleroi zou bijna twintig jaren moeten worden gewacht vooraleer onze rechtbanken zich nog eens uitspraken over een gelijkaardig geval.

Op 9 oktober 1950 werd de rechtbank van Brugge gevat door een eis van de moeder van een minderjarig kind, dat van zijn vader niet de toestemming kreeg om te huwen (1). De ouders waren uit de echt gescheiden; de echtscheiding was uitgesproken ten voordele van de moeder, die tevens het bewakingsrecht had. De moeder verzocht de rechtbank haar te machtigen zelf de toestemming te verlenen, daar de vader deze willekeurig weigerde. De eis steunde op geen enkele wettekst in tegenstelling met het geding, dat aanhangig was voor de rechtbank van Charleroi, waar het openbaar ministerie zich steunde op de wet van 1912.

De rechtbank te Brugge overwoog terecht dat „zo de ouderlijke macht een natuurlijk recht is en haar regeling in principe van openbare orde is, de uitoefening van de ouderlijke macht nochtans onderworpen is aan het toezicht van de rechtbanken, die, althans in geval van geschil, de macht hebben maatregelen te bevelen om de minderjarige te beschermen tegen misbruiken of tegen een toestand die zijn belangen zouden kunnen schaden; dat zij de ouderlijke macht kunnen beperken in het belang van het kind”.

Met deze overweging beriep de rechtbank zich op de meer algemene toezichtsmacht over de uitoefening van de ouderlijke macht, die de burgerlijke rechter zich sedert lang toeëigende. Deze macht achtte ze ook van toepassing op het toestemmingsrecht van de ouders in verband met het huwelijk van hun minderjarige kinderen. Op dat punt bracht de rechtbank van Brugge alleszins een innovatie daar tot dan toe de toezichtsmacht van de rechtbanken nooit werd toegepast op dat attribuut van de ouderlijke macht; de reden hiervan

(1) Rb. Brugge, 9 oktober 1950, R.W., 1950-51, 1577.

was misschien dat de rechtsmacht nog niet de gelegenheid had gehad om over het toestemmingsrecht van de ouders controle uit te oefenen, zoals dit wel gebeurd was voor de andere attributen. Ook de rechtbank van Charleroi had geen uitspraak moeten doen in hoofde van haar algemene toezichtsmacht, aangezien de eiser zich beriep op de wet van 1912 (1).

Verder nam de rechtbank als enige richtsnoer het belang van het kind, en besloot ze dat, vermits de vader niet verscheen, hij waarschijnlijk geen ernstige redenen had om zich tegen het huwelijk te verzetten. Vandaar dat de moeder gemachtigd werd toe te stemmen in het huwelijk. Meteen werd tevens het beginsel, gehuldigd door de rechtbank van Charleroi en luidens hetwelk het toestemmingsrecht van de ouders niet discretionair was, bevestigd.

84. De rechtbank van Brussel heeft in later vonnis, in analoge omstandigheden, de motieven van de rechtbank van Brugge woordelijk overgenomen (2).

De enige vraag waarop de rechtbank achtte een antwoord te moeten geven was *of het belang van het kind de gevraagde maatregel wettigt*. Er wordt dus geen gewag gemaakt van het belang van de familie, noch afzonderlijk, noch samen met dat van het kind.

Meteen maakten de twee rechtbanken een toepassing van de leer van de bevoegdheidsafwending : daar de vader zijn toestemming weigerde zonder het belang van het kind als leidraad te nemen, werd zijn beslissing gewraakt, en werd de moeder gemachtigd toe te stemmen in het huwelijk.

85. De twee uitspraken waarbij het toestemmingsrecht aan de moeder werd verleend — wat door geen enkele wettekst was voorzien — komen misschien niet zo revolutionair voor omdat, op grond van het oud artikel 373 B.W., de ouderlijke macht gedurende het huwelijk weliswaar door de vader alleen werd uitgeoefend, maar dat bij de ontbinding van het huwelijk door echtscheiding het kind werd toevertrouwd aan de ouder in wiens voordeel de echtscheiding werd uitgesproken (oud artikel 302 B.W.), *in casu* de moeder. Hiertegen moet worden ingebracht dat alleen de ouderlijke macht *sensu stricto* overging op de in het gelijk gestelde ouder, en de ouderlijke macht *sensu lato*, waartoe het toestemmingsrecht behoort, onveranderd aan de vader bleef toebehoren (3).

(1) RENARD, CL., *Examen de jurisprudence*, 1949-1951, nr. 40, R.C.J.B., 1953, 229.

(2) Rb. Brussel, zonder opgave van datum, *Bulletin de la Fédération des Avoués*, 1953, blz. 18 en 1952, nr. 4, blz. 13.

(3) DE PAGE, I., nr. 988, B, vooral kleine tekst.

86. Indien aldus toch nog enige twijfel kon bestaan aangaande het al of niet discretionair karakter van het toestemmingsrecht in hoofde van de ouders die gezamenlijk beslisten en weigerden, werd alle aarzeling hieromtrent weggenomen door een vonnis van de rechtbank van Brussel van 4 april 1952 (1).

Een minderjarig meisje wou in het huwelijk treden met een jongen, die de vermoedelijke vader was van het kind van hetwelk ze zwanger was. Zowel de vader als de moeder weigerden echter toe te stemmen. Op grond van artikel 46, lid 2, van de wet van 20 april 1810, trad het openbaar ministerie in naam van het meisje op en verzocht de rechtbank de toestemming te geven. Deze verklaarde de eis ontvankelijk omdat „het openbaar ministerie in burgerlijke zaken van ambtswege een vordering uitoefenen mag, wanneer de openbare orde deze tussenkomst eist” en „de openbare orde er belang bij heeft dat... (de minderjarige) een wettelijk gezin met haar kind en diens vader vormt”. Om de eis gegrond te bevinden werd opnieuw verwezen naar de motivering van de rechtbank van Brugge (zie boven nr. 83). Ook nu achtte de rechtbank zich bevoegd, om, buiten de procedure en de gevallen voorzien bij de wet van 15 mei 1912, toezicht uit te oefenen op de uitoefening van de ouderlijke macht, en, in het bijzonder, op het toestemmingsrecht van de ouders. Ondanks de weigering van beide ouders, werd de minderjarige toelating verleend om het huwelijk te sluiten. Hierdoor verschilt deze uitspraak wezenlijk met de voorgaande.

De geciteerde rechtspraak was toen zuiver pretoriaans recht, en week af van een gevestigde rechtsleer (2).

4. — DE WET VAN 14 JULI 1953.

87. De rechtszekerheid zou echter in het gedrang gekomen zijn, indien de wettelijke regeling gebrekkig bleef en vervolledigd of geïnterpreteerd werd door de rechtspraak. De tussenkomst van de wetgever, die een klare oplossing zou vooropstellen, was ten eerste gewenst.

Dit gebeurde bij de wet van 14 juli 1953, die een bekroning betekende van de door de rechtbanken aangenomen houding.

Na opnieuw te hebben gesteld dat het minderjarig kind geen huwelijk kan aangaan zonder de toestemming van zijn vader en zijn moeder, schaft het tweede lid van artikel 148 B.W., het overwicht van de vader af in geval van onenigheid : „zijn deze (de ouders) het niet eens, dan wordt het geschil door één van hen voorgelegd aan de rechtbank van eerste aanleg van de woonplaats of de verblijfplaats van het kind”. Bovendien voegt het artikel er aan toe dat de rechtbank uitspraak moet doen met inachtneming van het belang van het kind.

(1) Rb. Brussel, 4 april 1952, R.W., 1952-53, 675; J.T., 1953, 241, met noot Mahillon.

(2) Zie de rechtsleer vermeld onder voetnoot 1, blz. 205.

88. Deze wet is o.i. de meest belangrijke die sedert 1804 op het stuk van het toestemmingsrecht van de ascendenten tot het huwelijk van hun kinderen tot stand kwam. Ze bracht een einde aan de hevige discussie aangaande de natuur van het toestemmingsrecht, waaraan, zonder een ondubbelzinnige wettekst, nooit een einde zou zijn gekomen. De wetgever maakte van de gelegenheid gebruik om uitdrukkelijk het beginsel te stellen, dat het toestemmingsrecht in het belang van het kind moet worden aangewend.

Een tweede, en niet minder belangrijke, invoering was de juridische gelijkstelling van beide ouders. Sinds die wet had de moeder evenveel zeggingschap als de vader. Hierdoor werd een uitzondering gemaakt op artikel 373 B.W., zoals het toen nog was opgesteld, daar het bepaalde dat de vader alleen de ouderlijke macht uitoefende. Er zij nochtans op gewezen dat in de regel de toestemming van de beide ouders was vereist, en dat hun onenigheid niet in het voordeel speelde van het kind zoals dat wel het geval is in Frankrijk.

Het nieuw artikel 148 B.W. loste nochtans niet alle problemen op. De voornaamste moeilijkheid bestond erin te weten of, bij weigering van de twee ouders, ook verhaal mogelijk was.

5. — DE RECHTSPRAAK VAN 1953 TOT 1965.

89. Gedurende de jaren die volgden op de wet van 1953 tot het van kracht worden van de wet van 1965, moesten de rechtbanken zich tweemaal uitspreken over de gestelde vraag.

In een eerste geval, waarover de rechtbank van Brugge moest oordelen, weigerden de vader en de moeder hun toestemming te geven aan hun minderjarige dochter omwille van het, eerder eigenaardig, feit dat zij het passief van haar in failliet verklaarde vader niet wilde aanzuiveren (1). Dit ging nog gepaard met enkele verzwarende omstandigheden : vooreerst hadden de ouders vroeger reeds hun akkoord betuigd met de verloving, vervolgens was hun dochter zwanger, en tenslotte had zij al verschillende schuldeisers van de vader uitbetaald met het geld dat zij ingevolge een auto-ongeval als schadevergoeding had bekomen.

De rechtbank van Brugge, die in 1950 vooruitstrevend was geweest, trad nu schuchter op. De eis, ingesteld door het openbaar ministerie op grond van de wet van 1810, werd wel ontvankelijk verklaard doch als ongegrond afgewezen, ofschoon nochtans werd aangenomen dat de ouders de huwelijkstoestemming weigerden om baatzuchtige redenen die blijkbaar in strijd waren met het belang van hun dochter. De rechtbank was van oordeel dat ze niet bevoegd was om zich in het debat te mengen. De wetgever van 1953, aldus de redenering van de rechtbank, heeft alleen de rechterlijke tussenkomst

(1) Rb. Brugge, 17 februari 1960, *R.W.*, 1959-60; *Ann. not. enreg.*, 1960, 187.

aanvaard in geval beide ouders het niet eens zijn; alleen dan is een verhaal bij de rechter mogelijk. De wet bezegelde aldus de gelijkheid van beide ouders; daarbuiten bepaalde of beoogde ze niets. Indien beide ouders eensgezind een negatieve houding aannemen, moet het kind maar wachten tot het meerderjarig is.

90. Deze oplossing werd, o.i. terecht, bekritiseerd (1). De rechter heeft immers de bedoeling van de wetgever van 1953 slecht geïnterpreteerd. Zijn opzet was veel ruimer dan de gelijkheid tussen beide ouders te bewerken; hij had vooral op het oog het vergemakkelijken van het aangaan van het huwelijk. Om dit te bereiken heeft hij artikel 148 B.W. gewijzigd, en in het belang van de moeder van het minderjarig kind een einde gemaakt aan de verschillende misbruiken die erin bestonden dat de vader zich alleen zonder ernstige redenen verzette tegen een voorgenomen huwelijk. De wetgever, om zijn doel te bewerkstelligen, heeft dus vooral aandacht geschonken aan de meest voorkomende hypothese, te weten de onenigheid tussen de ouders. Om hier aan te verhelpen plaatste hij de moeder en de vader op gelijke voet. Doch *a contrario* kan hier niet worden uit afgeleid dat de rechterlijke controle verboden was wanneer beide ouders weigerden toe te stemmen.

De rechtbank van Brugge suggereert bovendien nog dat de eis waarover ze zich moest uitspreken gegrond zou geweest zijn vóór de wet van 1953, doch dat dit sedert het van kracht worden van genoemde wet niet meer mogelijk is. Vóór die wet sprak het B.W. immers niet over enige rechterlijke controle zodat niet was uitgesloten dat de rechtbank, op grond van haar algemeen recht van toezicht op de uitoefening van de ouderlijke macht, kon ingrijpen zowel in geval van onenigheid als in geval van weigering van de ouders. De nieuwe tekst nu — steeds volgens de rechtbank — voorziet de tussenkomst uitdrukkelijk doch enkel bij weigering van één van de ouders en op verzoek van de andere.

Volgens de rechtbank van Brugge zou de wet van 1953 de rechterlijke controle aan banden hebben gelegd, wat een achteruitgang zou betekenen in de gedachtengang. Zoals aangeduid strookt dit geenszins met de *ratio legis* en kan die zienswijze moeilijk worden bijgetreden.

91. Een tweede geding werd door het openbaar ministerie, dat zich steunde op artikel 3, 2^o van de wet van 1912 op de kinderscherming, aanhangig gemaakt vóór de rechtbank van Bergen. Dus werd de ontzetting gevorderd van één attribuut van de ouderlijke macht, met name het recht tot huwelijkstoestemming. Tevens werd

(1) DELVA, W., en BAERT, G., *Overzicht van rechtspraak* (1960-1963), *Personen- en Familierecht*, nr. 24, T.P.R., 1964, blz. 248; — RENARD, CL., *Examen de Jurisprudence* (1956-1960), nr. 11, R.C.J.B., 1961, 477 e.v.

gevraagd dat de rechtbank zelf de toestemming tot het huwelijk zou verlenen, daar de ouders dit steeds maar bleven uitstellen (*les attermoiements et tergiversations des défendeurs*). Hier ook werd de eis ontvankelijk verklaard doch ongegrond bevonden : *qu'il est de principe que le droit des ascendants de refuser leur consentement préalable au mariage de leurs enfants n'ayant pas atteint l'âge de vingt et un ans, est discrétionnaire; qu'ils n'ont pas à donner des raisons pour justifier leur refus*. Een weinig verder overweegt de rechtbank echter dat de termen *misbruik van gezag* die in de wet van 1912 voorkomen, een algemene draagkracht hebben en moeten worden toegepast op alle attributen van de ouderlijke macht, *tel le pouvoir de consentir au mariage de leurs enfants mineurs*. Er is hier klaarblijkelijk een tegenstrijdigheid in de motieven : enerzijds voert de rechtbank aan dat het toestemmingsrecht van de ouders discretionair is, wat wil zeggen dat ze de reden van hun weigering niet moeten opgeven en dat de uitoefening van dat recht aan geen enkele controle kan worden onderworpen; anderzijds geeft ze een ruime interpretatie aan artikel 3, 2° van de wet van 1912, zodat die wet aan de hoven en rechtbanken de bevoegdheid verleent om over alle attributen van de ouderlijke macht, inbegrepen het toestemmingsrecht, toezicht te houden. Door dit laatste wordt dan het discretionair karakter van dat recht ontkend.

92. De tweede door de rechtbank ingeroepen overweging is meer verantwoord. De rechtbank zelf nam ze aan als vertrekpunt voor haar verdere redenering : het recht van toezicht komt de rechtbanken slechts toe indien het belang van het kind het gebiedend eist (*que si l'intérêt de l'enfant l'exige impérieusement*), wat *in casu* niet het geval was; artikel 3, 2° waarop de vordering is gesteund, somt immers op limitatieve wijze de voorwaarden op waarin ontzetting kan worden uitgesproken; telkens wordt verondersteld dat een zware en bewuste fout in hoofde van de ouders te vinden is. Ofschoon hun treuzelende houding gepaard ging met tergende plagerijen, die een laakbare handeling uitmaakten, was niet aan de door de wet gestelde voorwaarden voldaan. Bovendien bleek het niet dat de ouders de zedelijkheid, de gezondheid of de veiligheid van het kind in gevaar brachten.

Er valt op te merken dat de limitatieve toepassingsvoorwaarden van artikel 3, 2°, door een zware en bewuste fout te eisen, een omstreden twistpunt uitmaken en zeker niet als een algemeen aanvaarde regel kunnen worden beschouwd (1). Vervolgens komt duidelijk tot

(1) Sommigen achten het nodig dat er in hoofde van de ouders een zware fout is. Zie : DE PAGE, I, nr. 828, 2° : *Il faut toutefois une faute lourde et consciente, un aveuglement volontaire ou une insouciance coupable*. Deze auteur steunt zich op een zekere rechtspraak, die hij aanhaalt; — P.B., Tw. Tutelle morale, nr. 88; — HUYNEN, S., *La protection de la personne de l'enfant*, J.T., 1964, 377-380, nr. 10; — anders : DELVA, W., en BAERT, G., *Overzicht van rechtspraak (1960-1963)*, *Personen- en Familierecht*, nr. 141, T.P.R., 1964, 470, en de aldaar aangehaalde rechtspraak en rechtsleer.

uiting dat de ouders weigerden hun toestemming te verlenen alleen om het kind te tergen, terwijl de ouderlijke macht moet worden uitgeoefend in het belang van het kind.

93. Beide besproken gevallen waren ondubbelzinnige voorbeelden van bevoegdheidsafwending. De negatieve houding van de ouders berustte op haat- en plaagzucht. Telkens gingen de ouders hun intrinsieke bevoegdheden te buiten. Zowel de rechtbank van Brugge als die van Bergen stellen het vast, doch wagen het niet hier logisch uit af te leiden dat zo'n weigering ongedaan dient te worden gemaakt.

Er wordt ook gewezen op een delikate feitelijke omstandigheid waarmee de rechtbank van Brugge rekening moest houden, te weten de zwangerschap van de dochter. De rechter moet op zijn hoede zijn zich hierdoor niet te laten misleiden. Dit werd reeds door de rechtbank van Charleroi in 1931 in het licht gesteld (zie boven nr. 82 *in fine*). Indien het inderdaad waar is dat een meisje er alle belang bij heeft een huwelijk aan te gaan met de vermoedelijke vader van het kind waarvan ze zwanger is, mag het verwekken van nieuw leven buiten normale huwelijksbetrekkingen om, geen probaat middel worden in de handen van de minderjarige om van de ouders de toestemming tot zijn huwelijk af te dwingen (1). De hoofdbekommernis van de rechter zal er in bestaan, trachten uit te maken of de ouders hun recht tot toestemming al of niet hebben afgewend van zijn finaliteit.

94. Vermelden we nog een laatste vonnis, gevelde door de rechtbank van Brussel in 1964 (2). Het openbaar ministerie verzocht de rechtbank de toestemming te verlenen tot het huwelijk van een minderjarig meisje, wier vader overleden was en wier moeder, zonder nauwkeurige grieven op te geven, niet instemde met het voorgenomen huwelijk. Ofschoon de rechtbank de eis ontvankelijk en gegrond verklaarde, kunnen we de motivering van het vonnis niet bijtreden, wanneer, net zoals door de rechtbank van Brugge in 1960, wordt aangevoerd *qu'il ressort de l'économie des articles 148 et suivants du Code Civil, tels qu'ils ont été modifiés par la loi du 14 juillet 1953 que seul le refus conjoint du père et de la mère est insurmontable*. Voor de weerlegging van deze overweging verwijzen we naar het besproken vonnis van de rechtbank van Brugge (zie boven nr. 90). Vermits de moeder zonder reden weigerde, kan de uiteindelijke beslissing misschien voldoening schenken. Intussen moet betreurd worden dat weer een mooie gelegenheid voorbijging om de wet van 1953 naar behoren te interpreteren.

(1) In dezelfde zin: DELVA, W., en BAERT, G., o. c., nr. 24, *in fine*; T.P.R., 1964, blz. 250, — RENARD, CL., et VIEUJEAN, E., *Examen de jurisprudence* (1956-1960), nr. 11, R.C.J.B., 1961, 477.

(2) Rb. Brussel, 27 juni 1964, *Pas.*, 1965, III, 77.

95. De zienswijze van de rechtbank van Brussel, vervat in het vonnis van 1952 (zie boven nr. 86), vond dus geen weerklank in de rechtspraak. Zij bleef nochtans niet zonder uitwerking. Stemmen zijn opgegaan om die opvatting te verdedigen, en aan de rechtbanken de bevoegdheid te verlenen om zich in de plaats te stellen van de vader telkens zou blijken dat beide ouders hun toestemming tot het huwelijk van hun minderjarig kind hebben geweigerd enkel en alleen om het te tergen of uit baatzucht, wat een niet te billijken rechtsmisbruik of rechtsafwending is (1).

Ondertussen was ook belangstelling bij de wetgever zelf gegroeid, met tot uiteindelijk gevolg dat op 13 september 1963 een wetsontwerp, betreffende de jeugdbescherming, neergelegd werd (2). Opmerkelijk is, dat tot staving van de nieuwe regeling uitdrukkelijk werd verwezen naar de evolutie in de rechtspraak (3).

Toen de wet van 8 april 1965, bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad van 15 april 1965, tot stand kwam, bracht het nieuw artikel 148 B.W. enkele minder belangrijke wijzigingen : luidens lid 2 wordt, in geval van onenigheid, het geschil vóór de jeugdrechtbank gebracht, in plaats van voor de rechtbank van eerste aanleg; en het derde lid, aangaande de rechtspleging, werd opgeheven. De meest fundamentele verandering werd ingevoerd door de toevoeging van het nieuw artikel 160bis B.W. : „Wanneer in de gevallen bedoeld in de artikels 148 tot 150, 158 en 159, de toestemming tot het huwelijk van een minderjarig kind wordt geweigerd, kan de jeugdrechtbank, op vordering van de procureur des Konings, het kind toestemming verlenen om een huwelijk aan te gaan, als zij de weigering een misbruik acht te zijn...” (4).

96. Deze wettekst, die aanknoopt bij de bedoeling van de wetgever van 1953 en de beslissing van de rechtbank van Brussel van 1952, voorziet dus in elk geval de tussenkomst van de rechter, die steeds de weigering van de ouders kan ondervangen. Alle discussie is voortaan onmogelijk : het toestemmingsrecht is in hoofdte van niemand nog discretionair. Weigert één van beide ouders terwijl de ander toestemt,

(1) DELVA, W., en BAERT, G., o. c., nr. 24, *in fine*; — RENARD, CL., et VIEUJEAN, E., *Examen de jurisprudence* (1956-1960), nr. 11, R.C.J.B., 1961, 477.

(2) Voor het historisch verloop van de parlementaire debatten, zie MATTHIJS, J., *De civielrechtelijke bepalingen betreffende de minderjarigen in de nieuwe wet jeugdbescherming*, T.P.R., 1965, 311 e.v., vooral 333-339.

(3) *Parlem. Besch.*, Kamer, Zitt. 1963-64, nr. 637/7, 27, oktober 1964, blz. 22.

(4) Het valt misschien te betreuren dat de wetgever spreekt van *misbruik*. Het recht om toestemming te geven tot het huwelijk is een functioneel recht waarvan per definitie geen misbruik kan worden gemaakt. We hadden liever de term *afwending van bevoegdheid* gelezen. Het neemt echter niet weg dat de bedoeling van de wetgever op klare en ondubbelzinnige wijze in de tekst werd vertolkt.

dan blijft de vroegere regeling (wet van 1953) van kracht, met dit verschil dat nu de jeugdrechter bevoegd is om over het meningsverschil uitspraak te doen; aan hem werd trouwens door de wet van 1965 algemene bevoegdheid verleend om kennis te nemen van de familiegeschillen met betrekking tot de minderjarigen. Wordt de toestemming eensgezind door beide ouders geweigerd, ook dan zal de jeugdrechter — en dit is de grote innovatie van de wet — op vordering van het openbaar ministerie bevoegd zijn om zelf de nodige toestemming aan de minderjarige te verlenen. Dit indien hij van oordeel is dat de ouders hun toestemmingsrecht hebben misbruikt of hebben afgewend van het einddoel, het belang van het kind (1). Dit is dus een feitenkwestie waarover de rechter soeverein moet oordelen, en waarbij hij de delikate en niet steeds gemakkelijke opdracht heeft de beweegredenen van de weigerende ouders te achterhalen. Het enige mogelijk twistpunt zal dus in de beoordeling van de feiten liggen : moet een bepaalde houding van de ouders als misbruik worden bestempeld of niet ?

97. Een arrest van de jeugdkamer van het hof van beroep te Brussel geeft dienaangaande heel wat opheldering (2).

Twee minderjarige kinderen wilden in het huwelijk treden. De ouders van het meisje stemden toe, die van de jongen niet. Om ze moreel te dwingen, aarzelden de kinderen niet als man en vrouw te gaan samenwonen. De zwangerschap van het meisje die hiervan het gevolg was, kon de ouders van de jongen echter niet vermurwen. De betwisting kwam voor de jeugdrechter, die het huwelijk toeliet. Op beroep van de ouders van de jongen, is het eerste vonnis teniet gedaan. De rechter in graad van beroep oordeelde dat de weigering geen misbruik was. Hij leidde dit af uit de omstandigheden, waaruit zou gebleken zijn dat de ouders zich tegen het huwelijk niet uitsluitend verzetten om hun zoon te plagen, noch uit baatzuchtige berekening (*pas uniquement pour brimer leur enfant ou par calcul intéressé*).

(1) De procedure werd door art. 45 van de nieuwe wet uitgestippeld :

- 1° Is het één van de ouders die het geschil aanhangig maakt dan wordt de rechtspleging ingeleid door een verzoekschrift, dat door die ouder moet worden ondertekend. Verder bepalen de art. 51, 54 en 62 : de vader en de moeder worden vóór de jeugdrechtbank opgeroepen door de griffier; schoon ze zich mogen laten vertegenwoordigen door een advocaat (de medewerking van pleitbezorgers is niet vereist), kan de rechter ten alle tijde bevelen dat de partijen persoonlijk verschijnen.
- 2° Wordt de eis ingesteld door de procureur des Konings (in geval de beide ouders hebben geweigerd), is art. 160bis B.W. van toepassing : de vordering wordt ingeleid door een dagvaarding tegen een bepaalde dag; de termijn van verschijning is acht dagen; het vonnis is niet vatbaar voor verzet, maar wel kan hoger beroep ertegen worden ingesteld binnen de vijftien dagen na de uitspraak, indien het op tegenspraak, of na betekening, indien het bij verstek gewezen is; de termijn van verschijning vóór de jeugdkamer van beroep is acht dagen; de jeugdrechtbank en de jeugdkamer van beroep behandelen de zaak onverwijld.

(2) Brussel (Jeugdkamer), 9 februari 1967, *J.T.*, 1967, 537.

Integendeel waren de ouders terecht verontrust geworden toen ze vaststelden dat hun zoon zijn studies verwaarloosde door al te veelvuldige en al te langdurige omgang met het meisje, zodat ze het als hun plicht hebben beschouwd hem te waarschuwen tegen een overhaast huwelijk, waaraan zijn jeugdige leeftijd en zijn gebrek aan maturiteit geen voldoende soliede basis kon verzekeren. De beklammernis van de ouders, aldus de jeugdkamer van het hof, kwam gegrond voor, vermits de jonge lui blijk hebben gegeven van onvolwassenheid en een gebrekkig inzicht in de betekenis van de echtelijke verbintenis : de jongen door een volgehouden miskenning van de verplichtingen bepaald in de artikelen 371 en 372 B.W.; de jongen en het meisje door de miskenning van hun plichten zowel tegenover elkaar als tegenover hun nog ongeborn kind, door te beslissen geslachtsbetrekkingen te onderhouden om de weerbarstige ouders tot toegeving te dwingen.

De weigering van de ouders kan derhalve als een misbruik, of juist als een bevoegdheidsafwending, worden bestempeld, indien zij uitsluitend geschiedt uit plagerij, nukkigheid of eigenbaat. Indien hiervan bij de weigering niets te bespeuren valt, wordt de bevoegdheid niet afgewend van haar functie.

98. Het komt er nu op aan te weten of plagerij en baatzucht slechts als exemplatief moeten worden beschouwd voor het misbruik van het recht tot huwelijkstoestemming, dan wel of er buiten die twee geen plaats meer is voor rechtsmisbruik of bevoegdheidsafwending?

De laatste opvatting werd verdedigd door Ruelle (1). De rechter, aldus genoemde auteur, moet niet nagaan of de weigering van de ouders strookt met het belang van het kind, doch wel of de weigering, naar de mening van de ouders zelf, het kind ten goede komt. Hierdoor wordt dus impliciet, doch duidelijk, het recht op vergissing erkend. De ouders kunnen zich inderdaad vergissen nopens de opportuniteit van het huwelijk, zonder dat het de rechter toegelaten is zich in de plaats te stellen van de ouders voor wat betreft die appreciatie. *En définitive, besluit Ruelle, c'est la sincérité des motifs allégués par les parents, pourvu évidemment que ceux-ci soient relatifs à l'intérêt des enfants, qui fera l'objet du contrôle.* De auteur staft zijn redenering met de overweging van het hof, luidens dewelke de ouders terecht afkerig staan t.a.v. het voorgenomen huwelijk, omdat het *à leurs yeux* niet voldoende waarborgen biedt.

99. Dit standpunt kan moeilijk worden bijgetreden. Het is niet in overeenstemming te brengen met het begrip bevoegdheidsafwending, zoals hoger omschreven (zie boven nrs. 55-57). Dit begrip

(1) RUELLE, FR., noot onder Brussel, Jeugdkamer, 9 februari 1967, J.T., 1967, geciteerd.

beteugelt elk gebruik van bevoegdheid voor een ander doel dan datgene waarvoor het werd verleend. Het is niet uitgesloten dat, indien de ouders hun toestemming weigeren, ook al verkeren ze in de mening dat met aldus te handelen het welzijn van het kind wordt gediend, in werkelijkheid hun weigering tegen het belang van het kind indruist, omdat ze zich lieten leiden door verkeerde beweegredenen. Ofschoon dus *à leurs yeux* het beoogde doel werd nagestreefd en de toestemming in het belang van het kind geweigerd is geworden, werd in feite, buiten hun weten, de bevoegdheid niet aangewend tot dat doel waarvoor ze werd verleend. Ongetwijfeld zijn de ouders best geplaatst om uit te maken of het voor hun kind al of niet voordelig is in het huwelijk te treden. Doch dit oordeel mag niet soeverein zijn en de rechter moet bevoegd blijven om er desnoods controle over uit te oefenen.

§ 5. Sanctie

100. De wetgever heeft aan de ambtenaar van de burgerlijke stand het verbod opgelegd over te gaan tot de huwelijksvoltrekking, indien de minderjarige niet het bewijs voorlegt dat zijn ouders tot zijn huwelijk toestemmen. Bij overtreding van dit wettelijk verbod, worden de artikelen 264 en 265 S.W. toegepast, bij toepassing van dewelke de ambtenaar een correctionele straf oploopt (1).

101. Naast deze penale sanctie, voorzien de artikelen 182 en 183 Belgisch en Frans B.W. en artikel 146 Nederlands B.W. dat de nietigheid van het huwelijk kan worden aangevraagd *door hen wier toestemming vereist was*. Het betreft hier een relatieve nietigheid. Enerzijds blijft het huwelijk bestaan zolang de nietigheid ervan niet werd gevorderd en door de rechtbank uitgesproken; anderzijds kan slechts een, bij de wet beperkt, aantal personen om de nietigheid verzoeken (2).

Het recht van de ascendenten zou, aldus Portalis, zijn rechtvaardigingsgrond vinden in de volgende bedenking : *Ils vengent leur propre injure, en intentant cette action; ils font plus, ils remplissent un devoir. La loi requerrait leur intervention dans le mariage pour l'utilité même des époux. Ils satisfont aux vœux de la loi, ils répondent à sa*

(1) Art. 264 S.W. : „Met geldboete van zes en twintig frank tot vijfhonderd frank wordt gestraft de ambtenaar van de burgerlijke stand die nalaat in de akte van huwelijk de toestemming te vermelden... welke door de wet zijn voorgeschreven”. „Die het huwelijk voltrekt zonder zich van het bestaan van die toestemmingen... te vergewissen”. Art. 265 S.W. : „Met gevangenis van drie maanden tot een jaar en met geldboete van vijftig frank wordt gestraft de ambtenaar van de burgerlijke stand die een huwelijk voltrekt tegen de wil van de persoon wier toestemming vereist is”.

(2) De Belgische en de Franse wet verlenen dat recht ook aan de echtgenoten zelf (art. 182 Belgisch en Frans B.W.); art. 146, lid 1, Ned. B.W.; daarentegen erkent het enkel aan hen *wiens toestemming vereist was*, met uitsluiting van de echtgenote.

confiance, en cherchant à réparer par la voie de cassation, le mal qu'ils n'ont pu prévenir par les voies plus douces d'une tendre surveillance (1). Deze verklaring verwekt de indruk dat het recht van de ascendenten eerder een wraakmiddel is, dan een middel ter bescherming van de minderjarigen; hetgeen moeilijk te verzoenen is met de geest van het toestemmingsrecht. Er moet worden uitgegaan van het belang van het kind, en van het feit dat zolang het onder de invloed blijft van hem die het er toe heeft aangezet te huwen zonder de toestemming van zijn ouders, het de vordering niet zelf zal durven instellen. Om hieraan te verhelpen, wordt die vordering verleend aan hen wier toestemming was vereist.

102. Om juist te bepalen welke ascendenten in aanmerking komen om de nietigverklaring te vragen, moet worden verwezen naar het oogenblik waarop het huwelijk werd voltrokken. Alleen degene wiens toestemming de minderjarige toen nodig had, kan de nietigheid vorderen. Indien hij de rechtsvordering niet instelt, kan niemand het in zijn plaats doen; het recht verdwijnt met hem, zo hij sterft zonder het te hebben uitgeoefend (2).

Aldus zal, bij weigering van beide ouders, in België en Nederland de nietigverklaring door beiden moeten worden aangevraagd, vermits de wetgevingen van de twee landen voorzien dat de toestemming van de twee ouders nodig is. Sedert de wet van 17 juli 1927 kan in Frankrijk één van de ouders, om het even dewelke, om de nietigheid verzoeken: die wet stelt immers dat de toestemming van één ouder volstaat opdat de minderjarige in het huwelijk zou treden; wordt tussen het oogenblik dat het niet-toegestane huwelijk werd aangegaan en datgene waarop de nietigverklaring wordt gevorderd, het huwelijk door één van de ouders goedgekeurd, dan vervalt het recht van de andere (3). Ingeval van onenigheid van de ouders, kan, in België en in Nederland, de nietigheid worden aangevraagd door de weigerende ouder, vermits ook zijn toestemming nodig was; de Franse wet daarentegen, laat geen vordering tot nietigheid toe.

103. Het aantal rechterlijke beslissingen dat het huwelijk nietig verklaart op de enkele grond van ontstentenis van ouderlijke toe-

(1) LOCRE, II, blz. 392, nr. 44.

(2) Anderzijds is het niet waar dat het overlijden van de echtgenoot, of het tenietgaan van zijn recht, zou beletten dat de ascendenten nog de vordering zouden instellen. Zie Rb. Brussel, 31 juli 1886, *Pas.*, 1887, 184; — Brussel, 30 juli 1887, *Pas.*, 188, 97; — Rb. Luik, 10 december 1910, *Pas.*, 1911, III, 56; *P.P.*, 1911, 307; *J.T.*, 1911, 37; *B.J.*, 1911, 182; *Jur. Liège*, 1910, 387.

(3) PLANIOL et RIPERT, II, nr. 299.

stemming, is uiterst schaars (1). Bovendien heeft dit recht veel van zijn belang verloren, althans in België, daar de minderjarige kinderen, sedert de wet van 14 juli 1953 en vooral sinds die van 8 april 1965, een huwelijk kunnen aangaan, zelfs indien de ouders het er niet mee eens zijn; want wanneer hun toestemming niet verkregen wordt wenden ze zich tot de jeugdrechter, die het huwelijk kan toestaan, waardoor de ouders meteen het recht wordt ontzegd er de nietigheid van te vorderen (zie boven nr. 96).

104. De ouders wier toestemming vereist was, kunnen de nietigverklaring niet meer vorderen nadat een jaar verlopen is sinds het huwelijk hen bekend is (artikel 183 Belgisch en Frans B.W.). In Nederland is het vertrekpunt hetzelfde, doch is de termijn tot 6 maanden beperkt (artikel 146, lid 2, b, Nederlands B.W.).

Zolang de ouders niet op de hoogte zijn van het huwelijk, hoeven ze niet de verjaring van hun recht te vrezen. De moeilijkheid zal er dan in bestaan uit te maken wanneer ze ervan kennis hebben gehad. Het Nederlands B.W. stelt in zijn artikel 146, lid 3, een vermoeden voorop dat in hun nadeel speelt; het bepaalt dat hij die bevoegd is de nietigverklaring te vorderen, vermoed is met het huwelijk bekend te zijn geworden.

105. Zoals boven aangestipt kunnen de ouders hun recht verliezen door één jaar of zes maanden te laten voorbijgaan zonder de nietigverklaring te vorderen.

Er is een tweede manier waarop het recht teniet gaat: telkens de ouders het huwelijk stilzwijgend of uitdrukkelijk goedkeuren. Wat betreft de uitdrukkelijke goedkeuring wordt algemeen aanvaard dat ze aan geen enkele vormvereiste is onderworpen. De stilzwijgende bevestiging van haar kant, kan het gevolg zijn van een woord, een daad of een houding die, ofwel de goedkeuring van het huwelijk inhoudt, ofwel een berusting in het voldongen feit betekent. Het B.W. geeft ons een voorbeeld van stilzwijgende bevestiging, te weten het gedurende één jaar of zes maanden, niet-uitoefenen van het recht de nietigverklaring aan te vragen.

In verband hiermee zal het niet steeds gemakkelijk zijn voor de feitenrechter, de juiste draagwijdte te achterhalen van de gedraging van de ouders. Deze zal slechts als een bevestiging mogen bestempeld

(1) Rb. Bergen, 17 mei 1895, *Pas.*, 1895, III, 298; *B.J.*, 1895, 665; *J.T.*, 1895, 901. — Daarnaast zijn er een aantal uitspraken die, naast de afwezigheid van toestemming, steunen op de niet-bekendmaking van het huwelijk, wat een vernietigend beletsel is. Zie Brussel, 7 november 1850, *B.J.*, 1850, 1508; — Brussel, 14 augustus 1851, *Pas.*, 1852, II, 111; — Brussel, 2 augustus 1853, *B.J.*, 1854, 180; — Brussel, 2 augustus 1854, *Pas.*, 1854, II, 9; — Rb. Brussel, 8 mei 1858, *B.J.*, 1859, 756; — Brussel, 17 juni 1962, *Pas.*, 1963, II, 30.

worden als ze tot geen enkele twijfel aanleiding geeft. Aldus werd beslist dat een moeder, die aan haar ziek geworden zoon geld liet geworden, hierdoor zijn huwelijk, zonder haar toestemming aangegaan, niet goedkeurt (1). Daarentegen zou het aanvaarden van het peterschap (2), de tegenwoordigheid van de ouder op een feest gegeven door de schoonzoon (3), en het ten huize ontvangen van de schoonzoon (4), als bevestigingen of goedkeuringen van het huwelijk mogen worden geïnterpreteerd.

106. De bevestiging van het huwelijk betekent niet alleen het afstand doen van het recht om de nietigheid nog te kunnen aanvragen, doch tevens het verlenen van de toestemming die had moeten verstrekt worden op het ogenblik dat het huwelijk werd aangegaan. Dit heeft tot gevolg dat het bevestigde huwelijk niet meer kan worden aangevallen, zelfs niet meer door de echtgenoot (artikel 183 Belgisch en Frans B.W.). De nietigheid is op absolute wijze gedekt. Het recht van het kind is dus afhankelijk van dat van de ouders. Enerzijds is het redelijk dat het kind zijn fout niet meer kan inroepen wanneer zij, wier gezag niet werd geëerbiedigd, het raadzaam hebben geoordeeld die fout uit te wissen. Anderzijds echter betekent dit een uitzondering op de algemene regel, luidens dewelke, wanneer verschillende personen een recht hebben, het verzaken aan dat recht door de enen geen aantasting betekent van het recht van de anderen (artikel 1338, lid 3, B.W.).

Aangezien het de ouders vrij staat hetzij de nietigheid van het huwelijk in te roepen hetzij het op een of andere manier te bevestigen, hangt de geldigheid ervan tenslotte af van een, hoe vreemd het ook moge klinken, potestatieve ontbindende voorwaarde.

SLOTBESCHOUWING

107. Deze bijdrage is een poging geweest om het toestemmingsrecht van de ouders, i.v.m. het aangaan van het huwelijk van hun minderjarige kinderen, te onderzoeken vanaf de Romeinse periode tot nu. Vooral werd aandacht besteed aan het al of niet discretionair karakter van dat recht.

(1) Brussel, 30 juli 1887, *Pas.*, 1888, II, 97; *J.T.*, 1887, 1134. Het hof overwoog *que les secours d'argent révèlent seulement un sentiment de pitié et d'affection qui n'est nullement incompatible avec la volonté de poursuivre la nullité du mariage.*

(2) POTHIER, *Traité du contrat de mariage et de la puissance du mari*, nr. 446.

(3) Lyon, 18 januari 1894, *D.P.*, 1894, 2, 222.

(4) Parijs, 20 januari 1873, *D.P.*, 1873, 2, 59.

108. De figuur van de Romeinse *pater familias*, wiens toestemming de minderjarige nodig had, was onverzoenbaar met enige rechterlijke controle op de uitoefening van de ouderlijke macht. Ofschoon naderhand deze macht sommige beperkingen onderging, en dat meer en meer werd aanvaard dat de vader niet in elk geval over een absoluut recht beschikte, bleef hij alleen nochtans in de regel de ouderlijke macht uitoefenen; rekenschap moest hij niet geven en ter verantwoording kon hij niet worden geroepen, ook indien hij zijn macht niet aanwendde in het belang van degenen die onder zijn gezag leefden.

Het Germaanse *mundium* stond reeds dicht bij de hedendaagse opvatting van de ouderlijke macht; de klemtoon was hier immers de bescherming van de — fysisch — zwakke. Zolang iemand die bescherming nodig had, kon hij niet huwen zonder de toestemming van hem wiens bescherming hij genoot.

109. Met de totstandkoming van de canonieke leer werd de regeling grondig gewijzigd: het kind was wel verplicht de toestemming van zijn ouders te vragen, doch kon niettemin huwen, ook indien die toestemming niet werd verkregen. De leer van Lombardus, volgens wie alleen de toestemming van de aanstaande echtgenoten volstond om een geldig huwelijk aan te gaan, werd overgenomen door de pausen, zodat het de officiële leer van de Kerk werd. Dit werd bevestigd door het concilie van Trente.

110. Vanaf de zestiende eeuw werd de kerkelijke leer nochtans het voorwerp van scherpe kritiek. De herleving van het Romeins recht in het zuiden, de Reformatie en het verlangen van het lekengezag om de huwelijksregeling opnieuw tot zich te trekken, lagen aan de basis van deze kritiek. Met het oog op het verhinderen van huwelijken van personen van ongelijke stand, werden verordeningen en edicten uitgevaardigd waarbij als beginsel werd gesteld dat de toestemming van de ouders een absoluut vereiste was voor het huwelijk van de minderjarigen. De doeltreffendheid van deze maatregel was in praktijk nochtans beperkt; ons oud-vaderlands recht liet het kind toe beroep te doen op de rechter ingeval de ouders weigerden, en sprak de nietigheid niet uit als sanctie; het oude-Frans recht daarentegen verleende aan de ouders een discretionair recht zonder echter ook de nietigheid als sanctie te durven uitspreken, uit eerbied voor de kerkelijke wetten, die — theoretisch althans — rechtsgeldig waren.

Een juridische constructie van de legisten, waardoor de *raptus*, vernietigend beletsel door de Kerk voorgeschreven, werd uitgebreid tot het huwelijk van de minderjarige, aangegaan zonder de ouderlijke toestemming, maakte het mogelijk dat huwelijk nietig te verklaren. De nietigheidsgrond was niet het ontbreken van de nodige toestemming, maar het bestaan van alle elementen die de *raptus* uitmaak-

ten, en die in dit geval *rapt de séduction* werd genoemd. Er wordt op gewezen dat de rechtspraak aan deze regel geen algemene draagwijdte gaf en dat, naar gelang van het concreet geval, soms geweigerd werd de nietigheid uit te spreken.

111. Op het einde van de achttiende eeuw werd een beslissende stap gezet : het huwelijk werd geseculariseerd zodat er duidelijk twee aspecten onderscheiden werden, enerzijds het sakrament, waarover de Kerk haar zeggingschap behield, anderzijds het burgerrechtelijk contract dat alleen de Staat aanbelangde.

112. Dit onderscheid werd overgenomen in de *Code Napoléon* van 1804. Artikel 148 van dit wetboek schreef voor dat het minderjarig kind de toestemming van zijn vader en moeder nodig had en dat bij onenigheid de wil van de vader doorslaggevend was. In geen geval werd een beroep op de rechter toegelaten. De Belgische, Franse en Nederlandse wetgevingen hadden alle drie ditzelfde vertrekpunt, vanwaar ze hun eigen weg zijn opgegaan. Dit had tot gevolg dat heden slechts voor één enkel geval de oplossing van de drie wetgevingen dezelfde is, nl. wanneer de ouders eensgezind toestemmen in het huwelijk. Het is overigens evident dat in dit geval geen problemen rijzen.

113. In de twee overige hypothesen, te weten wanneer de ouders weigeren of bij hun onenigheid, zijn de regelingen verschillend.

Wanneer de vader en de moeder weigeren hun toestemming te verlenen, heeft de minderjarige, zowel in Frankrijk als in Nederland, te wachten tot hij meerderjarig wordt, zonder dat hem de mogelijkheid wordt geboden een verhaalrecht uit te oefenen, ook niet indien de ouders weigeren om hem te tergen. Deze regeling is dus strenger dan die van vóór het Wetboek Napoléon en het intermediair recht. De rechtspraak, in afwijking op het oude-Frans recht, liet soms immers het huwelijk toe wanneer de ouders weigerden.

De Belgische wet van 8 april 1965 schrijft voor dat de jeugd-rechter de toestemming kan verlenen, bij weigering van beide ouders, wanneer hij oordeelt dat ze van hun recht misbruik hebben gemaakt.

114. In een derde en laatste mogelijkheid — en het is hier dat de oplossingen het sterkst van elkaar verschillen — is er onenigheid tussen de twee ouders : de ene stemt toe, terwijl de andere weigert, ongeacht welke ouder toestemt of weigert. Drie verschillende oplossingen zijn mogelijk : ofwel wordt voorkeur gegeven aan de toestemming, ofwel aan de weigering, ofwel wordt beroep gedaan op een buitenstaander die het geschil zal beslechten. De drie mogelijke oplossingen komen elk aan bod.

Onze Noorderburen weigeren de tussenkomst van de rechter, en plaatsten de moeder op dezelfde voet als de vader; vandaar dat ze beslisten dat de minderjarige hoeft te wachten tot hij zijn meerderjarigheid bereikt.

De Franse wetgever hield dezelfde redenering, doch sloeg de tegenovergestelde weg in door te oordelen dat het meningsverschil het huwelijk mogelijk maakt. Er valt op te merken dat de Franse wettelijke regeling vrij onlogisch is wanneer artikel 148 B.W. wordt vergeleken met de artikelen aangaande de uitoefening van de ouderlijke macht. Niettegenstaande het overwicht van de man op dit punt niet relatief doch absoluut is (zie boven nr. 45), bepaalt artikel 148 B.W. dat het toestemmingsrecht aan beide ouders gezamenlijk toebehoort, wat een eerste uitzondering betekent; vervolgens schrijft het voor dat, ingeval van verschil van gevoelen, de onenigheid het verlenen van de toestemming impliceert, zodat het huwelijk kan worden voltrokken tegen de uitdrukkelijke wil van de vader die nochtans alleen de ouderlijke macht uitoefent.

De derde mogelijke oplossing krijgt toepassing in België, waar de wet van 1965 voorschrijft dat het geschil door één van de ouders vóór de jeugdrechter kan worden gebracht. Deze regeling is volledig in overeenstemming met de bepalingen aangaande de uitoefening van de ouderlijke macht.

115. De wet van 8 april 1965 heeft duidelijk in het licht gesteld dat de ouderlijke macht in haar wezen een dienstbetoon is, waarvan de kinderen de beneficiarissen zijn. Die macht evolueerde tot een verplichting: er kan slechts aanspraak worden gemaakt op bepaalde rechten, indien het geschiedt om verplichtingen te vervullen. Aldus werd aan ons recht een morele onderbouw verschaft. Dit is een onafwendbaar gevolg van het nieuw type van de verhoudingen in de schoot van de familie. Thans draait alles rond de verhoudingen man-vrouw en ouders-kinderen; de individuen zijn meer en meer in gezinsverband gaan leven. Vandaar dat het misbruik van een recht of de afwending van een bevoegdheid van het doel waarvoor ze werd verleend, niet langer kan worden geduld. Hiervan is de wet van 1965 een duidelijke illustratie.

Die wet kan wellicht als een mijlpaal worden bestempeld daar ze een duidelijke en lovenswaardige stap heeft gedaan in de richting van de morele verfijning van het recht.

SOMMAIRE

LE CONSENTEMENT DES PARENTS AU MARIAGE DE LEURS ENFANTS MINEURS

Cet article constitue un essai d'analyse de l'intervention des parents en matière de mariage de leurs enfants mineurs depuis la période romaine jusqu'à nos jours. L'accent a surtout été mis sur la nature de cette intervention. A cet égard, il a été souligné comment ce droit, de discrétionnaire qu'il était, a de plus en plus été considéré comme un droit fonctionnel.

A Rome, les droits du *pater familias* n'étaient soumis à aucun contrôle. Cela explique que son consentement était une exigence absolue pour que l'*alieni juris* puisse contracter mariage. A ce principe, certaines exceptions ont été admises par la suite, mais il est resté la règle générale. Le *mundium* german mettait déjà davantage l'accent sur la protection du physiquement faible, de sorte que celui qui avait besoin de la protection ne pouvait se marier sans le consentement de celui dont il jouissait de la protection.

Avec la doctrine chrétienne, qui a gagné sans cesse en influence, une profonde modification est intervenue en matière de régime du mariage. Bien que l'enfant fût obligé de solliciter le consentement de ses parents pour pouvoir se marier, le mariage célébré sans ce consentement était cependant valable. Le seul consentement des époux était donc suffisant. Telle était la doctrine de Lombardius comprise dans la règle : „Sufficiat solus consensus eorum, de quorum coniunctionibus agitur". Cette règle fut reprise par les papes et confirmée par le concile de Trente.

A partir du seizième siècle, une violente réaction se fit jour contre la doctrine canonique. L'autorité laïque voulait surtout éviter les mésalliances de personnes d'état différent. Dans ce but, le consentement des parents fut rétabli comme une exigence absolue. Cette règle était cependant dépourvue de tout effet, puisque la nullité n'était expressément formulée par aucune ordonnance. Par l'institution d'un nouvel empêchement dirimant au mariage, à savoir le rapt de séduction, il devenait possible aux légistes d'annuler les mariages contractés sans le consentement des parents. La jurisprudence se montrait cependant indulgente.

A la fin du dix-huitième siècle, le mariage fut sécularisé; deux aspects étaient nettement distingués : d'une part le sacrement, d'autre part le contrat de droit civil à l'égard duquel seul l'Etat avait compétence.

Le Code Napoléon de 1804 maintint cette distinction et ne prescrivit un régime que pour le mariage considéré comme contrat. Le mineur ne pouvait se marier sans obtenir le consentement de ses père et mère; en cas de désaccord, la volonté du père était prépondérante. Un droit de recours devant le juge n'était prévu en aucun cas. Contrairement aux autres attributs de la puissance paternelle, il n'était pas admis que, sur base de son pouvoir général de contrôle sur l'exercice de la puissance paternelle, le juge pût imposer des limites au droit de consentement des parents. Dans le chef de ceux-ci, le droit était discrétionnaire. Ce même régime était applicable en Belgique, aux Pays-Bas et en France.

Depuis lors, ce régime a subi nombre de modifications. Aux Pays-Bas, la *Kinderwet* (loi sur l'enfance) du 6 février 1901 a supprimé la prépondérance du père : si les deux parents refusent leur consentement, ou en cas de désaccord, l'enfant doit attendre sa majorité pour se marier. La loi française du 17 juillet 1927 a également établi l'égalité des père et mère, mais en ce sens qu'il ne peut être

fait obstacle au mariage qu'en cas de refus des deux parents simultanément, tandis qu'au cas où ils ne sont pas d'accord, ce désaccord permet le mariage. En Belgique par contre, la jurisprudence accepta, une première fois en 1932 et surtout depuis les années cinquante, que le juge peut exercer un contrôle sur le consentement des parents, et ce sur base de l'article 46 de la loi du 20 janvier 1810, de l'article 3, 2^o de la loi du 15 mai 1912 ou sur base du contrôle de droit commun sur la puissance paternelle. Certains auteurs s'écartaient également de la doctrine traditionnelle et se ralliaient à l'intervention prétorienne des tribunaux. Reprenant l'exemple de ses collègues français et hollandais, le législateur belge a mis les deux parents sur le même pied par la loi du 14 juillet 1953 ; il est même allé plus loin, puisqu'en cas de désaccord, celui des parents qui accordait son consentement avait le droit d'assigner l'autre devant le tribunal, celui-ci devant se prononcer dans l'intérêt de l'enfant. La loi du 8 avril 1965 sur la protection de la jeunesse est allée plus loin encore dans la même ligne. Cette loi a introduit un nouvel article 160bis, aux termes duquel il est dorénavant possible au juge de la jeunesse d'autoriser le mariage du mineur chaque fois qu'il juge que les parents ont abusé de leur droit. Cette loi démontre ainsi clairement que les parents ne peuvent prétendre à des droits que s'ils en usent dans l'intérêt de leur enfant ; en faisant de la puissance paternelle un service à rendre, notre législateur s'est engagé dans la voie de l'affinement juridique.

ZUSAMMENFASSUNG

DIE EINWILLIGUNG DER ELTERN ZU DER EHE IHRER MINDERJÄHRIGEN KINDER

In diesem Beitrag ist versucht worden das Einschreiten der Eltern anlässlich das Schliessen einer Ehe ihrer minderjährigen Kinder ab der römischen Periode bis auf heute zu untersuchen.

Vor allem ist die Art dieses Einschreitens betont worden. So ist gezeigt worden wie von diskretionär das Recht je länger je mehr als funktionell angesehen wurde.

In Rom waren die Rechte des *pater familias* keiner einzigen Aufsicht unterworfen. Daher war seine Einwilligung ein absolutes Erfordernis damit der *alieni iuris* eine Ehe schliessen könnte. Nachher gewährte man zwar in diesem Ausnahmen, aber es blieb die allgemeine Regel. Das germanische *mundium* betonte schon mehr den Schutz des physisch — Schwächeren, so dass niemand, der diesen Schutz brauchte, heiraten konnte, ohne die Einwilligung dessen, wessen Schutz er genoss.

Mit der christlichen Lehre, die immer einflussreicher wurde, kam eine gründliche Aenderung in der Eheordnung zustande. Obwohl das Kind verpflichtet war die Eltern um die Einwilligung zu einer Ehe zu bitten, war die Ehe, geschlossen ohne diese Einwilligung, dennoch gültig. Die Einwilligung der zukünftigen Eheleute genügte also. Dies war die Lehre von Lombardus, folgendermassen abgefasst : *Sufficiat solus consensus eorum, de quorum coniunctionibus agitur*. Diese Regel wurde von den Päpsten übernommen und bestätigt durch das Konzil von Trente.

Vom 16. Jahrhundert an entstand eine heftige Reaktion gegen die kanonische Lehre. Die Laienautorität wollte vor allem die Ehe zwischen Personen ungleichen Standes meiden. Mit diesem Ziel wurde die Zustimmung der Eltern aufs neue als ein absolutes Erfordernis gestellt. Diese Regel verfehlte dennoch jede Wirkung, da die Ungültigkeit durch keine Ordonnanz ausdrücklich ausgesprochen wurde. Durch das Einstellen eines neuen vernichtenden Ehehindernisses nämlich die *rapt de séduction* war es den Juristen möglich die Ehen, geschlossen ohne die Zustimmung der Eltern zu vernichten. Die Rechtsprechung schritt hier dennoch mildernd ein.

Am Ende des 18. Jahrhundert wurde die Ehe säkularisiert; zwei Aspekte wurden deutlich voneinander unterschieden: einerseits das Sakrament; andererseits der bürgerrechtliche Kontrakt, worüber nur der Staat die Verfügung hatte.

Die *Code Napoléon* von 1804 behielt diesen Unterschied und schrieb nur eine Regelung für die Ehe als Kontrakt vor. Der Minderjährige konnte nicht heiraten ohne die Zustimmung von Vater und Mutter bekommen zu haben: bei Uneinigkeit war der Wille des Vaters ausschlaggebend.

Das Rückanspruchsrecht beim Richter war im keinen Falle vorhergesehen. Im Gegensatz zu den andern Attributen der elterlichen Gewalt wurde nicht angenommen, dass der Richter, kraft seiner allgemeinen Aufsichtsmacht über die Ausübung der elterlichen Gewalt, das Zustimmungsrecht der Eltern bändigen konnte. In bezug auf sie war das Recht diskretionär. Dieselbe Regelung fand in Belgien, Holland und Frankreich seine Anwendung. Seitdem wurde die Regelung stark geändert. In Holland wurde durch das Kinderschutzgesetz vom 6. Februar 1901 die Ueberlegenheit des Vaters abgeschafft; falls beide Eltern die Zustimmung verweigern oder falls es Uneinigkeit gibt, soll das Kind auf seine Grossjährigkeit warten um zu heiraten.

Das französische Gesetz vom 17. Juli 1927 führte gleichfalls die Gleichschaltung von Vater und Mutter ein, aber in diesem Sinne, dass die Ehe nur nicht vollzogen werden kann bei Ablehnung der beiden Eltern zusammen; während die Uneinigkeit die Ehe gestattet. In Belgien im Gegenteil nahm die Rechtsprechung an, ein erstes Mal 1932, und vor allem seit den fünfziger Jahren, dass der Richter das Zustimmungsrecht der Eltern beaufsichtigen kann und dies kraft des Artikels 46 des Gesetzes des 20. Januar 1810, Artikels 3, 2 des Gesetzes vom 15. Mai 1912, oder kraft der gemeinrechtlichen Kontrolle über die elterliche Gewalt. Auch einige Autoren wichen ab von der traditionellen Rechtslehre und unterschrieben das richterliche Auftreten der Gerichtshöfe.

Das Beispiel seinen französischen und holländischen Kollegen entnehmend, schaltete der belgische Gesetzgeber, beim Gesetz vom 14. Juli 1953 die beiden Eltern gleich; er ging sogar noch weiter indem er, im Falle der Uneinigkeit demjenigen der Eltern der zustimmte, das Recht verlieh, den anderen vor das Gerichtshof zu laden, der im Interesse des Kindes Urteil sprechen sollte. Diese Linie wurde weiter gezogen durch das Gesetz vom 8. April 1965 auf den Jugendschutz. Dieses Gesetz schaltete einen neuen Artikel 160bis ein, kraft dessen es dem Jugendrichter ermöglicht wird die Ehe eines minderjährigen zu gestatten, falls er der Meinung ist dass die Eltern ihr Recht missbraucht haben. Dieses Gesetz zeigte also deutlich, dass die Eltern nur Anspruch auf Rechte machen können, falls sie diese im Interesse ihres Kindes anwenden; durch die Tatsache dass unser Gesetzgeber von der elterlichen Gewalt eine Dienstleistung gemacht hat, hat er den Weg der moralischen Rechtsverfeinerung eingeschlagen.

SUMMARY

PARENTAL CONSENT TO THE MARRIAGE OF MINORS

This article enquires into parental authority over the marriage of minors, from the Roman period until to-day. Stress is laid particularly on the nature of this intervention. This illustrates the change from discretionary to functional rights.

In Rome the rights of the *pater familias* were not subjected to any supervision. Therefore his consent was an absolute necessity for the marriage of an *alieni juris*. A few exceptions were allowed but this remained the general rule. The German *mundium* stressed rather the protection of the physically weak, so that anyone needing protection was not allowed to marry without the permission of his protector.

As the influence of Christianity became stronger, a basic change in the attitude to marriage took place. Although a child was obliged to ask his parents consent to marry, nevertheless a marriage entered into without parental consent was valid. The consent of the prospective married couple was thus sufficient. This was taught by Lombardus and summarised in the statement: *Sufficiat solus consensus eorum, de quorum coniunctionibus agitur*. This rule was taken over by the popes and enforced by the Council of Trent.

In the sixteenth century a violent reaction against this canonistic teaching took place. The lay authorities wished above all to avoid marriages between people of different classes. With this in view parental consent became essential again. This rule was nevertheless not enforced because no single ordinance specifically mentioned nullity. By creating a new condition for annulment, called *rapt de séduction*, it became possible for lawyers to declare null marriages entered into without parental consent. The courts nevertheless took a lenient view.

At the end of the eighteenth century marriage was secularised; two aspects were clearly distinguished from each other: on the one hand the sacrament, on the other the civil contract, over which only the state had control.

The *Code Napoléon* of 1804 retained this distinction and considered marriage only as a contract. The minor could not marry without the consent of his father and mother; in cases of disagreement the father's view took precedence. No right of appeal to the courts was accepted. In contrast with other parental rights, it was not accepted that the judge, on the grounds of his general control over the exercise of parental authority, could limit the need for parental consent. The right was regarded as discretionary. This rule was applied in Belgium, the Netherlands and France. Subsequently it underwent considerable changes.

In the Netherlands the father's ascendancy was removed by the Childrens' Law of 6 February 1901; if both parents refuse their consent, or cannot agree, the child must wait until its majority to marry. The French law of 17 July 1927, also introduced the equality of father and mother but included the stipulation that permission for the marriage can only be refused by both parents alike, while if they disagree the marriage is allowed. In Belgium on the other hand the courts permitted for the first time in 1932 and in general since the fifties, that the judge can supervise the parents' power of consent under the provisions of article 46 of the law of 20 January 1810 and article 3, 2° of the law of 15 May 1912, or on the grounds of general legal control of parental authority. Some authors

also differ from traditional jurisprudence and support the pretorian behaviour of the courts. Following the example of French and Dutch colleagues the Belgian legislator set the two parents on the same footing by the law of 14 July 1953; he went even further by saying that in case of disagreement the consenting parent had the right to bring the other to court, which must decide in the child's interest. This development was carried further by the law of 8 April 1965 on the Protection of Youth. This law includes a new article, 160bis, by which the Youth Court may allow the marriage of a minor when he considers the parents to be misusing their authority. This law clearly shows that the parents can only appeal to the law in the interests of the child; by making parental authority a service rendered, the way is open for the law to take up a moral attitude.