



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

Archive ouverte UNIGE

<https://archive-ouverte.unige.ch>

Livre

1988

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

La garde conjointe dans les pays européens : situation en droit

Buergisser-Swieconek, Joanna

How to cite

BUERGISSER-SWIECONEK, Joanna. La garde conjointe dans les pays européens : situation en droit. Genève : CETEL, 1988. (Travaux CETEL)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:4962>

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

LA GARDE CONJOINTE DANS LES PAYS EUROPEENS

Situation en droit

*

Joanna BUERGISSER-SWIECONEK

*

Travaux CETEL, n° 33

Eté 1988

A
66.3 h
BUER
1988

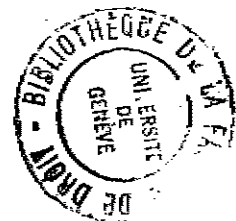
CETEL

Faculté de droit

5, rue Saint-Ours

CH 1211 GENEVE 4

DFDB 2814+1



1483470.

Le recueil ici présenté a pour but de faire une sorte d'inventaire de la législation concernant la garde conjointe, dans différents pays européens.

Il ne s'agit donc pas d'un essai, ni d'une approche critique des lois présentées.

La notion de "garde conjointe" étant assez nouvelle, les sources dans ce domaine ne sont pas toujours faciles à trouver. J'ai pensé que ce recueil serait utile à tous ceux qui s'intéressent au divorce et plus particulièrement au sort de l'enfant dans le procès.

Je voudrais remercier le professeur Jean-François PERRIN, le professeur Jorgen GRAVERSEN, de l'Université d'Arhus, et le personnel diplomatique des différentes missions étrangères à Genève et à Berne ainsi que les diplomates suisses à l'étranger, qui m'ont été d'un grand secours dans la collecte des lois et sans l'aide desquels ce recueil ne pourrait tout simplement pas exister.

TABLE DES MATIERES

*

Allemagne fédérale	p. 1
Angleterre et Pays de Galles	p. 5
Autriche	p. 7
Belgique	p. 9
Danemark	p. 10
Espagne	p. 16
Finlande	p. 18
France	p. 20
Italie	p. 29
Luxembourg	p. 32
Norvège	p. 33
Pays-Bas	p. 35
Portugal	p. 36
Suède	p. 37

ALLEMAGNE FEDERALE

*

La garde conjointe, en droit allemand, est possible depuis le 3 novembre 1982.

A cette date, le BVerfG a déclaré inconstitutionnel l'art. 1671 al. 4 BGB, qui accordait la garde de l'enfant à un seul parent.

Ci-dessous, l'art. 1671 BGB ainsi que le jugement du BVerfG.

*

§ 1671 BGB

Elterliche Sorge nach Scheidung der Ehe der Eltern

(1) Wird die Ehe der Eltern geschieden, so bestimmt das Familiengericht, welchem Elternteil die elterliche Sorge für ein gemeinschaftliches Kind zustehen soll.

(2) Das Gericht trifft die Regelung, die dem Wohle des Kindes am besten entspricht; hierbei sind die Bindungen des Kindes, insbesondere an seine Eltern und Geschwister, zu berücksichtigen.

(3) Von einem übereinstimmenden Vorschlag der Eltern soll das Gericht nur abweichen, wenn dies zum Wohle des Kindes erforderlich ist. Macht ein Kind, welches das vierzehnte Lebensjahr vollendet hat, einen abweichenden Vorschlag, so entscheidet das Gericht nach Absatz 2.

(4) Die elterliche Sorge ist einem Elternteil allein zu übertragen. Erfordern es die Vermögensinteressen des Kindes, so kann die Vermögenssorge ganz oder teilweise dem anderen Elternteil übertragen werden.

(5) Das Gericht kann die Personensorge und die Vermögenssorge einem Vormund oder Pfleger übertragen, wenn dies erforderlich ist, um eine Gefahr für das Wohl des Kindes abzuwenden. Es soll dem Kind für die Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen einen Pfleger bestellen, wenn dies zum Wohle des Kindes erforderlich ist.

(6) Die vorstehenden Vorschriften gelten entsprechend, wenn die Ehe der Eltern für nichtig erklärt worden ist.

L'inconstitutionnalité de l'art. 1671 IV 1 BGB

Rechtsprechung

I. Bundesverfassungsgericht

1.† GG Art. 6 II 1; BGB § 1671 (Gemeinsames Sorgerecht geschiedener Eltern)

Die Regelung des § 1671 IV 1 BGB, wonach ein gemeinsames Sorgerecht geschiedener Ehegatten für ihre Kinder selbst dann ausgeschlossen ist, wenn sie willens und geeignet sind, die Elternverantwortung zum Wohle des Kindes weiterhin zusammen zu tragen, verletzt das Elternrecht des Art. 6 II 1 GG.

BVerfG, Unt. v. 3. 11. 1982 - 1 BvL 25/80 u. a. (Ergangen auf Vorlagebeschl. der AGe Königstein, Bielefeld, Bergisch Gladbach u. Wäiblingen).

Zum Sachverhalt: In den vier Ausgangsverfahren beantragten die geschiedenen Eheleute übereinstimmend die Übertragung des elterlichen Sorgerechts auf beide Elternteile. Die AGe wollten dem entsprechen, sahen sich jedoch durch § 1671 IV 1 BGB i. d. F. des Art. 1 Nr. 2 des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge vom 18. 7. 1979 (BGBl. I, 1061) daran gehindert, der zwingend die Übertragung des Sorgerechts auf einen Elternteil vorsah. Das BVerfG erklärte diese Vorschrift für nichtig.

Aus den Gründen: ... B. Die Regelung des § 1671 IV 1 BGB, die zwingend die Übertragung des Sorgerechts für ein aus geschiedener Ehe stammendes Kind auf einen Elternteil vorschreibt und auch in Ausnahmefällen nicht zuläßt, daß Vater und Mutter nach Scheidung der Ehe das Sorgerecht für ihr Kind weiterhin gemeinsam rüsst, ist mit dem Elternrecht des Art. 6 II 1 GG unvereinbar.

I. 1. Die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Elternrechts gilt in erster Linie dem Schutz des Kindes. Sie beruht auf dem Grundgedanken, daß in aller Regel Eltern das Wohl des Kindes mehr am Herzen liegt als irgendeiner anderen Person oder Institution. Das Elternrecht ist Freiheitsrecht im Verhältnis zum Staat, der in das Erziehungsrecht der Eltern grundsätzlich nur eingreifen darf, wenn das ihm nach Art. 6 II 2 GG zukommende Wächteramt dies gebietet. In der Beziehung zum Kind muß dessen Wohl die oberste Richtschnur der elterlichen Pflege und Erziehung sein. Art. 6 II 1 GG statuiert - und dies kommt deutlich im Wortlaut der Vorschrift zum Ausdruck - Grundrecht und Grundpflicht zugleich. Man hat das Elternrecht daher ein fiduziarisches Recht, ein dienendes Grundrecht, eine im echten Sinne anvertraute treuhänderische Freiheit genannt (vgl. BVerfGE 59, 360 [376f.] = NJW 1982, 1375). Das verfassungsrechtlich gewährleistete Elternrecht setzt danach voraus, daß die Eltern bereit und in der Lage sind, ihr Erziehungsrecht zum Wohle des Kindes wahrzunehmen; nur unter dieser Voraussetzung kann davon ausgegangen werden, daß der mit dem Elternrecht verbundenen Verantwortung entsprochen wird (BVerfGE 56, 363 [382] = NJW 1981, 1201).

2. Art. 6 II 1 GG geht von dem Regelfall aus, daß das Kind mit den durch die Ehe verbundenen Eltern in einer Familiengemeinschaft zusammenlebt und Vater und Mutter das Kind gemeinsam pflegen und erziehen (BVerfGE 31, 194 [205] = NJW 1971, 1447). Die Erziehung und Betreuung eines minderjährigen Kindes durch Mutter und Vater innerhalb einer harmonischen Gemeinschaft gewährleistet am ehesten, daß das Kind zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit heranwächst und fähig ist, in einer Gemeinschaft zu leben (vgl. BVerfGE 24, 119 [144] = NJW 1968, 2233). Wie der Sachverständige Prof. Dr. Pechstein ausgeführt hat, entspricht es den Erkenntnissen in allen kinderkundlichen Wissenschaftsbereichen, daß die Dauerhaftigkeit familiärer Sozialbeziehungen heute als entscheidende Grundlage für eine

stabile und gesunde psychosoziale Entwicklung des heranwachsenden Menschen angesehen wird.

3. Die gefühlsmäßigen Bindungen des Kindes an Mutter und Vater können unabhängig von der Trennung und Ehescheidung seiner Eltern fortbestehen. Wenn auch eine gemeinsame Wahrnehmung der Elternverantwortung durch beide Eltern in der bisherigen Weise nicht mehr möglich ist, so haben sie doch die Pflicht, die regelmäßig mit ihrer Trennung für die Entwicklung des Kindes verbundene Schädigung nach Möglichkeit zu mildern und eine vernünftige, den Interessen des Kindes entsprechende Lösung für seine Pflege und Erziehung sowie seine weiteren persönlichen Beziehungen zu ihnen zu finden (vgl. BVerfGE 31, 194 [205] = NJW 1971, 1447). Bei der Ausübung eines so verstandenen fortbestehenden Elternrechts müssen getrennende oder geschiedene Eltern daher bemüht sein, die Kinder nicht mit ihren Konflikten zu belasten. Dazu gehört es insbesondere auch, daß ein Elternteil alles unterläßt, was das Verhältnis des Kindes zum anderen beeinträchtigen könnte (vgl. § 1634 I 2 BGB). Auf diese Weise können geschiedene Eltern erreichen, daß für die Entwicklung des Kindes förderliche familiäre Bindungen in einem Restbestand erhalten bleiben.

Durch die Ehescheidung wird indessen nicht nur die mit Rechten und Pflichten ausgestattete eheliche Lebensgemeinschaft, sondern auch die häusliche Gemeinschaft des Kindes mit den Eltern endgültig aufgehoben. Auch ein Kind, das nach der Scheidung zu beiden Elternteilen einen engen Kontakt behält, lebt nicht mehr ständig mit seinen Eltern zusammen, sondern sogar bei großzügigster Gestaltung des Umgangsrechts entsprechend seinem jeweiligen Aufenthaltsort bei seiner Mutter oder bei seinem Vater. Die Ehescheidung wirkt sich danach auf das Eltern-Kind-Verhältnis selbst in den Fällen aus, in denen geschiedene Eltern ihrer fortwirkenden Elternverantwortung nachkommen.

In Anbetracht dieser mit der Scheidung verbundenen Folgen konnte der Gesetzgeber in verfassungsrechtlicher Hinsicht nicht zu beanstandender Weise anordnen, daß eine Entscheidung des Familiengerichts über das Sorgerecht für gemeinschaftliche Kinder im Scheidungsverband ausnahmslos zu erfolgen habe (§ 1671 I BGB, §§ 621 I Nr. 1, 623 I 1, III 2 ZPO) und nicht etwa auf Konfliktfälle zu beschränken sei. Soweit die Gerichte dabei nach § 1671 III 1 BGB von einem übereinstimmenden Vorschlag der Eltern nur dann abweichen sollen, wenn dies zum Wohle des Kindes erforderlich ist, trägt diese Regelung Art. 6 II 1 GG Rechnung; denn eine einverständliche Entscheidung der Eltern über den Sorgerechtsträger nach Scheitern und Scheidung ihrer Ehe spricht regelmäßig für die Wahrnehmung ihrer fortwirkenden Elternverantwortung.

II. Wenn geschiedene Eltern sich nicht darüber einigen können, wer von ihnen die elterliche Sorge für ihr gemeinsames Kind ausüben soll, folgt schon aus der allgemeinen Aufgabe des Staates, die Rechtsordnung und den Rechtsfrieden zu wahren, daß er befugt ist, selbst über den Ausgleich der widerstreitenden Interessen der Eltern zu entscheiden (BVerfGE 31, 194 [205] = NJW 1971, 1447). Da sein Tätigwerden in Konfliktfällen darauf gerichtet ist, den Ausgleich zwischen den beiden eigenständigen und durch das Elternrecht geschützten Rechtspositionen geschiedener Eltern vorzunehmen, ohne ihren Vorrang als Erziehungsträger anzutasten, ist er nicht an die strengen Voraussetzungen gebunden, die für einen Eingriff in das elterliche Erziehungsrecht vorliegen müssen (BVerfGE 31, 194 [208] = NJW 1971, 1447).

In den Fällen jedoch, in denen beide Eltern gewillt sind, die gemeinsame Verantwortung für ihr Kind nach der Ehescheidung weiter zu tragen, bedarf es keiner Schlichtung widerstreitender Interessen der Eltern durch den Staat. Sind beide Elternteile darüber hinaus voll erziehungsfähig und liegen im übrigen keine Gründe vor, die im Interesse des Kindeswohls die Übertragung des Sorgerechts auf einen Elternteil angezeigt erscheinen lassen, ist der Staat auch nicht in Ausübung seines Wächteramts berufen, einen Elternteil von der Pflege und Erziehung des Kindes auszuschalten und ihn auf ein Umgangsrecht zu beschränken. Wenn er

gleichwohl nach der Ehescheidung das Fortbestehen einer gemeinsamen Elternverantwortung ausnahmslos ausschließt, so stellt dies einen Eingriff in eine durch Art. 6 II 1 GG geschützte Rechtsposition der Eltern dar, die einer besonderen Rechtfertigung bedarf.

Insoweit liegen andere Voraussetzungen vor als bei Eltern, deren Kind in ihrer nichtehelichen Lebensgemeinschaft aufwächst. Hier ist der Staat wegen der bewußten Ablehnung der Eltern, eine Ehe miteinander einzugehen, innerhalb der Grenzen der ihm obliegenden Gestaltungsbefugnis geblieben, wenn er dem nichtehelichen Vater eine rechtliche Beteiligung am Sorgerecht versagt und das minderjährige nichteheliche Kind allein der elterlichen Sorge der Mutter unterstellt hat (BVerfGE 56, 363 (385 f.) = NJW 1981, 1201). Der Gesetzgeber ist jedenfalls nicht von Verfassung wegen gehalten, eine Regelung zu schaffen, die die Möglichkeit eines gemeinsamen Sorgerechts für nichteheliche Eltern eröffnet. Dagegen erlangen verheiratete Eltern mit der Geburt ihres Kindes gem. § 1626 I 1 BGB die gemeinsame Personensorge für ihr Kind, die sie bis zu einer Trennung regelmäßig auch in gemeinsamer Verantwortung wahrnehmen und die nach der zur Prüfung gestellten Vorschrift einem Elternteil mit der Ehescheidung entzogen wird.

III. Für die Ausnahmslosigkeit dieser Regelung ist ein rechtfertigender Grund nicht erkennbar.

1. Dies gilt zunächst unter dem Gesichtspunkt der Stetigkeit in der Entwicklung und Erziehung des Kindes. Dieser kommt - wie in der Jugendpsychiatrie und -psychologie anerkannt ist - erhebliche Bedeutung zu (vgl. *Amten*, *Elterliche Sorge und persönlicher Umgang mit Kindern aus gerichtspsychologischer Sicht*, 1980, S. 18; *Ell*, *Trennung - Scheidung - und die Kinder?*, 1979, S. 62 ff.; *Goldstein-Freund-Solnit*, *Jenseits des Kindeswohls*, 1974, S. 33 f.; *Lempp*, NJW 1963, 1662). Dem wollte auch der Gesetzgeber bei seiner Entscheidung gegen ein gemeinsames Sorgerecht geschiedener Eltern Rechnung tragen. Dabei ist er davon ausgegangen, die Einigung der Eltern über die Wahrnehmung ihrer gemeinsamen Elternverantwortung werde nicht auf Dauer Bestand haben, so daß die Übertragung des Sorgerechts auf einen Elternteil nur aufgeschoben werde. Damit sei für die Erziehungskontinuität aber nichts gewonnen. Diese sei allein bei der Schaffung klarer Verhältnisse und damit durch die Zuordnung des Kindes zu einem Elternteil im Zeitpunkt der Scheidung gewährleistet (BT-Dr 8/2788, S. 61). Diese Erwägungen des Gesetzgebers vermögen aber nicht zu begründen, daß die Regelung keine Ausnahme zuläßt.

a) Die Frage nach der Beständigkeit des Einvernehmens geschiedener Eltern über die Wahrnehmung einer gemeinsamen Personensorge ist bei der Sachverständigenanhörung im Gesetzgebungsverfahren nicht geklärt worden. In der mündlichen Verhandlung hat Prof. Dr. *Pechstein* sie dahin beantwortet, daß geschiedene Eltern - wenn auch in begrenzter Zahl - wohl in der Lage seien, langfristig die elterliche Sorge auszuüben.

Es ist sicher nicht auszuschließen, daß sich die Verhältnisse der Ehegatten nach ihrer Scheidung in einer Weise entwickeln können, die ein verantwortliches Zusammenwirken bei der Erziehung und Pflege ihres Kindes nicht mehr möglich machen, so daß eine Entscheidung des Gerichts über die Zuordnung des Kindes zu einem Elternteil notwendig wird. Auch in einem solchen Falle kann es jedoch sein, daß gerade der Lebensabschnitt des Kindes, in dem die Eltern noch in der Lage waren, ihre Elternverantwortung gemeinsam weiterhin zu tragen, sich als entscheidend für die Entwicklung des Kindes erweist und daß sich insoweit das gemeinsame Bemühen der Eltern um ihr Kind positiv ausgewirkt hat. Mithin kann auch eine durch gemeinsame Wahrnehmung der elterlichen Sorge gewährleistete elterliche Erziehungskontinuität auf Zeit im Interesse des Kindeswohls liegen.

Im übrigen ist es keine Seltenheit, daß selbst in den Fällen, in denen einem Elternteil die Sorge für das Kind von vornherein allein übertragen wird, neue Entscheidungen notwendig werden. Das liegt an der Schwierigkeit der Prognose hinsichtlich der Entwicklung der Lebensverhältnisse, die für das heranwachsende Kind wichtig sind, und an der Länge des Regelungszeitraums (vgl. *Fehmel*, FamRZ 1980, 760). Der Gesetzgeber hat dem Rechnung getragen und den Vormundschafts- und Familiengerichten in § 1696 BGB die Möglichkeit eröffnet, während der Dauer der

elterlichen Sorge ihre Anordnungen jederzeit ändern zu können, wenn sie dies im Interesse des Kindes für angezeigt halten.

b) Nach dem Kontinuitätsprinzip ist jedoch nicht nur eine sorgerechtliche Lösung anzustreben, die für die Zukunft eine möglichst einheitliche und gleichmäßige Erziehung des Kindes nach der Scheidung der Ehe seiner Eltern gewährleistet. Vielmehr sind auch die zum Zeitpunkt der sorgerechtlichen Entscheidung bestehenden gefühlsmäßigen Bindungen des Kindes an seine Eltern und seine Geschwister zu berücksichtigen (vgl. BVerfGE 55, 171 [184] = NJW 1981, 217). Davon ist auch der Gesetzgeber ausgegangen, als er in § 1671 II Halbs. 2 BGB die Rücksichtnahme auf die Bindungen des Kindes ausdrücklich angeordnet hat, weil für das Kind der Übergang zur unvollständigen Familie mit nur einem Elternteil dann am wenigsten schädlich sei, wenn seine Bindungen möglichst wenig beeinträchtigt würden (BT-Dr 8/2788, S. 61).

Eine solche Beeinträchtigung ist allerdings unvermeidbar, wenn das Kind gleich starke emotionale Beziehungen zu Vater und Mutter hat und es sich dennoch für einen Elternteil entscheiden soll, obwohl sein Interesse auf eine kindheitslange unauflöslliche Eltern-Kind-Bindung gerichtet ist. Insoweit erlaubt - wie Prof. Dr. Dr. *Fthenakis* ausgeführt hat - die gemeinsame Sorge geschiedener Eltern für ihr Kind kontinuierlich in einem Höchstmaß.

2. a) Auch die Gefahr sachfremder Motive für den Wunsch der Ehegatten, ihnen nach der Scheidung die gemeinsame Sorge für ihr Kind zu belassen, enthält keine hinreichende Legitimation für die ausnahmslose Übertragung der elterlichen Sorge auf einen Elternteil.

Im Gesetzgebungsverfahren wurde die Besorgnis geäußert, daß die Möglichkeit eines gemeinsamen Sorgerechts für scheidungswillige Eltern ein großer Anreiz sein könne, dem Gericht eine Einigkeit in dieser Frage vorzutauschen, um in Umgehung des Scheidungsverbands das Scheidungsverfahren zu beschleunigen (BT-Dr 8/2788, S. 63). Darüber hinaus hat der Bundesminister der Justiz in seiner Stellungnahme darauf hingewiesen, daß Eltern den Gerichten die Belassung des gemeinsamen Sorgerechts deshalb vorschlagen könnten, weil sie eine Auseinandersetzung scheuten, letztlich also nur Streit vermeiden wollten und ihre Entscheidung insofern nicht am Wohle des Kindes orientiert sei. In der Literatur wird eine weitere Gefahr darin gesehen, daß es Einigungen der Eltern über ein gemeinsames Sorgerecht zu Lasten der Kinder dann geben könne, wenn das angebliche Einverständnis der Eltern im Ergebnis auf einer Erpressung des wirtschaftlich, geistig oder seelisch unterlegenen Elternteils beruhe (*Kluffmann*, FamRZ 1982, 122).

Im Interesse des Kindeswohls müssen manipulierte Sorgerechtsentscheidungen vermieden werden. Erwägungen dieser Art dürfen aber nicht von vornherein und ausnahmslos zur Ablehnung eines gemeinsamen Sorgerechts geschiedener Ehegatten führen. Bei einem etwaigen Widerstreit zwischen den Interessen der Eltern und dem Wohle ihres Kindes muß zwar dem Kind der Vorrang zukommen (vgl. BVerfGE 37, 217 [252] = NJW 1974, 1609). Derartige Konflikte müssen jedoch im Einzelfall gelöst werden; dies darf nicht durch eine gesetzliche Regelung verhindert werden, die Mißbräuchen nur unter Inkaufnahme möglicher Grundrechtsverletzungen vorbeugen kann (vgl. BVerfGE 29, 104 [118] = NJW 1970, 1787).

b) Das Gericht hat nach § 1671 II Halbs. 1 BGB die Regelung zu treffen, die dem Wohle des Kindes am besten entspricht. Die schwierige Aufgabe des Richters, unter Berücksichtigung dieses Maßstabes im Scheidungsverband (§§ 621, 623 I ZPO) zu klären, wer nach der Ehescheidung das Recht und die Pflicht haben soll, für das minderjährige Kind zu sorgen, besteht unabhängig davon, ob nur ein Elternteil oder beide als Sorgerechtsträger in Betracht kommen. Dem Einwand, daß ein Richter aus Gründen der Verfahrensvereinfachung geneigt sein könne, dem Vorschlag der Eltern hinsichtlich eines gemeinsamen Sorgerechts ohne die ihm obliegende Prüfung im Hinblick auf das Kindeswohl zu entsprechen (*Kluffmann*, FamRZ 1982, 121), kann keine verfassungsrechtliche Bedeutung zukommen. Im übrigen wäre er in gleicher Weise gegen die maßgebliche Regelung des § 1671 II BGB zu erheben; denn auch hier darf sich der Richter nicht mit einem übereinstimmenden Vorschlag der Eltern begnügen.

3. Auch die übrigen Bedenken, die gegen ein gemeinsames Sorgerecht geschiedener Ehegatten geltend gemacht werden, vermögen die beanstandete Regelung nicht zu rechtfertigen.

a) Die Entscheidung gegen ein gemeinsames Sorgerecht wird unter anderem damit begründet, die Eltern wären durch private Gestaltung ohne weiteres in der Lage, praktisch das von ihnen gewünschte Ergebnis zu erreichen (BT-Dr 8/2788, S. 63). Der die elterliche Sorge ausübende Elternteil brauche den anderen nur an dieser Ausübung zu beteiligen. Der andere wäre dann Miterziehungsberechtigter und könnte in allen das Kind betreffenden Angelegenheiten mitwirken. Zwar bedürfte es in einer Reihe von Fällen der Vollmacht des sorgeberechtigten Elternteils. Deren Ausstellung und deren Vorlage stellten aber keine unzumutbare Belastung dar.

Daß die Notwendigkeiten des Alltagslebens eine gemeinschaftliche Sorge nicht gebieten, wenn die Eltern des Kindes geschieden sind (vgl. *Dieckmann*, NJW 1981, 668), ist für die Frage der Verfassungsmäßigkeit des § 1671 IV 1 BGB indessen ohne Bedeutung. Wenn hiernach der generelle Ausschluß eines gemeinsamen Sorgerechts damit begründet wird, die Eltern könnten die Auswirkungen des Eingriffs in ihr Elternrecht durch geeignete Maßnahmen neutralisieren, also anders handeln, als das Gesetz es vorsieht, ist dies keine Rechtfertigung, die vor der Verfassung bestehen kann.

b) Die vom Bundesminister der Justiz befürchtete „Sogwirkung“ einer Zulassung des gemeinsamen Sorgerechts geschiedener Eltern könnte allein darin bestehen, daß bei einer entsprechenden gesetzlichen Regelung vermehrt Ehegatten im Scheidungsverfahren Anträge auf ein gemeinsames Sorgerecht für ihre Kinder stellen würden. Auch bei einem spürbaren Anstieg dieser Anträge wäre ihnen aber nur dann zu entsprechen, wenn das Fortbestehen einer gemeinsamen Elternverantwortung im Interesse des Kindes liegt. Mit dem Bundesminister der Justiz ist davon auszugehen, daß es dabei einer eingehenden richterlichen Prüfung des Einzelfalles bedarf, die unter Umständen eine Sorgerechtsentscheidung länger hinauszögern könnte, als wenn es um die Zuordnung des Kindes zu einem Elternteil ginge. Dies gilt jedenfalls bei einem Vergleich mit den Fällen, in denen Ehegatten sich darüber einig sind, wer von ihnen nach der Ehescheidung das Sorgerecht übernehmen soll. Unabhängig davon, daß in den nicht seltenen strittigen Sorgerechtsverfahren die im Interesse des Kindes anzustrebende schnellere Klärung der sorgerechtlichen Verhältnisse ebenfalls nicht erreicht werden kann, ist das Argument der langen Verfahrensdauer nicht geeignet, die beanstandete Regelung zu rechtfertigen. Gleiches gilt für den Einwand, bei der gesetzlichen Möglichkeit eines gemeinsamen Sorgerechts nach der Ehescheidung der Eltern könne es zu einer Aushöhlung der derzeit bestehenden Regelung kommen, die für die typische Situation bei Scheidung einer Ehe regelmäßig die angemessene Lösung darstelle. Soweit sich einer solchen Aushöhlung nicht schon durch eine Auslegung der bestehenden Vorschriften begegnen läßt, steht es dem Gesetzgeber frei, durch eine geeignete Regelung darauf hinzuwirken, daß die Übertragung des gemeinsamen Sorgerechts die Ausnahme bleibt.

c) In einem gewissen Gegensatz zu dem prognostizierten „Aushöhlungseffekt“ bei Eröffnung der Möglichkeit, geschiedenen Ehegatten das gemeinsame Sorgerecht zu belassen, steht die Erwägung des Bundesministers der Justiz, daß es nach der Lebenserfahrung nur eine sehr geringe Zahl von Fällen geben werde, in denen die Voraussetzungen für die Praktizierung eines gemeinsamen Sorgerechts nach der Ehescheidung vorlägen. Diese seien nicht dazu angetan, aus ihnen verfassungsrechtliche Schlussfolgerungen zu ziehen; daher habe der Gesetzgeber sie bei seiner typisierenden Regelung vernachlässigen dürfen.

Wie Prof. Dr. *Pechstein* in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, ist die Übertragung des Sorgerechts auf einen Elternteil in der Mehrzahl der anstehenden Scheidungsverfahren eine angemessene Lösung. Dem entspricht es, daß im Interesse des Kindeswohl schematische Sorgerechtsentscheidungen nach Antrag der Ehegatten zu vermeiden sind. Die Belassung der gemeinsamen Sorge setzt vielmehr die Überzeugung des Richters voraus, daß die Ehegatten die Pflege und Erziehung ihres Kindes weiterhin, wenn auch in einer durch die Scheidung modifizierten Form, gemeinschaftlich zum Wohle des Kindes wahrnehmen können. Unter diesen Voraussetzungen mag die Annahme berechtigt sein, daß selbst bei Eröffnung der gesetzlichen Möglichkeit eines gemeinsamen Sorgerechts solche Entscheidungen die Ausnahme bleiben werden, in denen beiden Elternteilen nach ihrer Eheschei-

dung die gemeinsame Verantwortung für ihr Kind zugesprochen wird. Dies rechtfertigt jedoch nicht die ausnahmslose Regelung des § 1671 IV 1 BGB. Eine typisierende Regelung ist nur dann zulässig, wenn die mit ihr verbundene Grundrechtsbeeinträchtigung nicht sehr intensiv ist (vgl. *BVerfGE* 45, 376 [390] = NJW 1978, 101). Davon kann hier nicht ausgegangen werden. Dabei muß der Eingriff in das Elternrecht in engem Zusammenhang mit der Verpflichtung geschiedener Ehegatten gesehen werden, die durch die Scheidung regelmäßig hervorgerufene Schädigung des Kindes möglichst gering zu halten (vgl. *BVerfGE* 31, 194 [205] = NJW 1971, 1447). Soweit Eltern in der Lage sind, die Scheidung vorwiegend als ihre Angelegenheit zu behandeln, so daß die Beziehungen des Kindes zu beiden Eltern möglichst ungetrübt erhalten bleiben, kommen sie dieser Verpflichtung nach. Es ist daher in erster Linie das Kind, das durch die Verweigerung eines gemeinsamen Sorgerechts seiner geschiedenen Eltern in diesen Fällen betroffen wird. Selbst bei zurückhaltender Einschätzung der günstigen Auswirkungen einer legalisierten fortbestehenden gemeinsamen elterlichen Verantwortung auf die Entwicklung eines Kindes aus geschiedener Ehe wird unter diesen Umständen die Berufung auf eine notwendige Typisierung der Problemlage nicht gerecht; sie trägt im übrigen dem grundrechtlichen Anspruch des durch die Scheidung seiner Eltern ohnehin beeinträchtigten Kindes auf eine an seinem Wohle ausgerichtete Regelung (vgl. *BVerfGE* 55, 171 [179] = NJW 1981, 217) nicht hinreichend Rechnung.

d) Schließlich vermag auch die Befürchtung die beanstandete Regelung nicht zu rechtfertigen, es könne nicht sichergestellt werden, daß die Sorgerechtsentscheidung rechtzeitig abgeändert werde, wenn die Voraussetzungen für ein gemeinsames Sorgerecht geschiedener Eltern für ihr Kind nachträglich entfielen. Selbst bei der Zuordnung des Kindes zu einem Elternteil sind Veränderungen der Verhältnisse nicht auszuschließen, die eine Korrektur der Sorgerechtsentscheidung im Interesse des Kindes dringend erforderlich erscheinen lassen. Soweit aber der nichtsorgeberechtigte Elternteil – gleich aus welchem Grund – kein Interesse an dem Schicksal seines Kindes hat und im übrigen die Bedingungen für eine Entziehung des Sorgerechts nicht gegeben sind, verbleibt es ebenfalls bei der ursprünglichen Entscheidung. Es ist daher nicht ersichtlich, daß das Wohl des unter gemeinsamer Sorge seiner geschiedenen Eltern stehenden Kindes deshalb in höherem Maße gefährdet wird, weil eine gebotene Abänderung der ursprünglichen Sorgerechtsentscheidung im Einzelfall nicht erfolgt.

Anm. d. Schriftlg.: Zum Thema „Sorgerechtsentscheidung und Grundgesetz“ vgl. *BVerfC*, NJW 1981, 961 m. Anm. *Coeter*, NJW 1981, 961. Zur Frage der Verfassungswidrigkeit des § 1671 IV 1 BGB vgl. *KG*, NJW 1980, 2419 m. Anm. *Diederichsen*.

ANGLETERRE ET PAYS DE GALLES

*

Le terme de "garde conjointe" (joint custody) est utilisé en Angleterre et au Pays de Galles indifféremment pour décrire les divers arrangements auxquels parviennent les deux parents.

Cependant, il est important de distinguer la legal custody et l'actual custody. Pour les juristes anglais, la joint custody s'entend comme la joint legal custody, qui recouvre les droits et les responsabilités dans les décisions majeures concernant l'enfant, son bien-être, son éducation, sa santé, sa religion.

L'actual custody, en revanche, ne concerne que le garde, on pourrait dire physique, de l'enfant ("... actual possession of his person ...").

*

The Children Act 1975

Parental rights and duties

85.—(1) In this Act, unless the context otherwise requires, 'the parental rights and duties' means as respects a particular child (whether legitimate or not), all the rights and duties which by law the mother and father have in relation to a legitimate child and his property; and references to a parental right or duty shall be construed accordingly and shall include a right of access and any other element included in a right or duty.

(2) Subject to section 1(2) of the Guardianship Act 1973 (which relates to separation agreements between husband and wife), a person cannot surrender or transfer to another any parental right or duty he has as respects a child.

(3) Where two or more persons have a parental right or duty jointly, any one of them may exercise or perform it in any manner without the other or others if the other or, as the case may be, one or more of the others have not signified disapproval of its exercise or performance in that manner.

(4) From the death of a person who has a parental right or duty jointly with one person, or jointly with two or more other persons, that other person has the right or duty exclusively or, as the case may be, those other persons have it jointly.

(5) Where subsection (4) does not apply on the death of a person who has a parental right or duty, that right or duty lapses, but without prejudice to its acquisition by another person at any time under any enactment.

(6) Subsections (4) and (5) apply in relation to the dissolution of a body corporate as they apply in relation to the death of an individual.

(7) Except as otherwise provided by or under any enactment, while the mother of an illegitimate child is living she has the parental rights and duties exclusively.

Legal custody

86. In this Act, unless the context otherwise requires, 'legal custody' means, as respects a child, so much of the parental rights and duties as relate to the person of the child (including the place and manner in which his time is spent); but a person shall not by virtue of having legal custody of a child be entitled to effect or arrange for his emigration from the United Kingdom unless he is a parent or guardian of the child.



Actual custody

(1) A person has actual custody of a child if he has actual possession of his person, whether or not that possession is shared with one or more other persons.

(2) While a person not having legal custody of a child has actual custody of the child he has the like duties in relation to the child as a custodian would have by virtue of his legal custody.

(3) In this Act, unless the context otherwise requires, references to the person with whom a child has his home refer to the person who, disregarding absence of the child at a hospital or boarding school and any other temporary absence, has actual custody of the child.

En droit anglais, il n'existe pas de loi sur la garde conjointe. L'article qui autorise les juges du divorce à prononcer la garde conjointe est l'art. 42 de Matrimonial Causes Act 1973.

42 Orders for custody and education of children in cases of divorce, etc, and for custody in cases of neglect (1) The court may make such order as it thinks fit for the custody and education of any child of the family who is under the age of eighteen:—

(a) in any proceedings for divorce, nullity of marriage or judicial separation, before or on granting a decree or at any time thereafter (whether, in the case of a decree of divorce or nullity of marriage, before or after the decree is made absolute);

(b) where any such proceedings are dismissed after the beginning of the trial, either forthwith or within a reasonable period after the dismissal;

and in any case in which the court has power by virtue of this subsection to make an order in respect of a child it may instead, if it thinks fit, direct that proper proceedings be taken for making the child a ward of court.

(2) Where the court makes an order under section 27 above, the court shall also have power to make such order as it thinks fit with respect to the custody of any child of the family who is for the time being under the age of eighteen; but the power conferred by this subsection and any order made in exercise of that power shall have effect only as respects any period when an order is in force under that section and the child is under that age.

(3) Where the court grants or makes absolute a decree of divorce or grants a decree of judicial separation, it may include in the decree a declaration that either party to the marriage in question is unfit to have the custody of the children of the family.

(4) Where a decree of divorce or of judicial separation contains such a declaration as is mentioned in subsection (3) above, then, if the party to whom the declaration relates is a parent of any child of the family, that party shall not, on the death of the other parent, be entitled as of right to the custody or the guardianship of that child.

(5) Where an order in respect of a child is made under this section, the order shall not affect the rights over or with respect to the child of any person, other than a party to the marriage in question, unless the child is the child of one or both of the parties to that marriage and that person was a party to the proceedings on the application for an order under this section.

(6) The power of the court under subsection (1)(a) or (2) above to make an order with respect to a child shall be exercisable from time to time; and where the court makes an order under subsection (1)(b) above with respect to a child it may from time to time until that child attains the age of eighteen make a further order with respect to his custody and education.

(7) The court shall have power to vary or discharge an order made under this section or to suspend any provision thereof temporarily and to revive the operation of any provision so suspended.

AUTRICHE

*

Le droit autrichien ne connaît pas la garde conjointe.

Voici comment le Code Autrichien règle la garde des enfants après le divorce des parents.

L'art. 177 du Code doit être lu à la lumière de l'art. 144.

Les dispositions légales sont suivies par le jugement de la Chambre Civile du Landesgericht de Vienne, daté du 6 avril 1983.

*

Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, Vienne, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1987.

§ 177.* (1) Ist die Ehe der Eltern eines minderjährigen ehelichen Kindes geschieden, aufgehoben oder für nichtig erklärt worden oder leben die Eltern nicht bloß vorübergehend getrennt, so können sie dem Gericht eine Vereinbarung darüber unterbreiten, wem von ihnen künftig alle aus den familienrechtlichen Beziehungen zwischen Eltern und minderjährigen Kindern erfließenden rein persönlichen Rechte und Pflichten (§ 144) allein zustehen sollen. Das Gericht hat die Vereinbarung zu genehmigen, wenn sie dem Wohl des Kindes entspricht.¹⁾²⁾

(2) Kommt innerhalb angemessener Frist eine Vereinbarung nicht zustande oder entspricht sie nicht dem Wohl des Kindes, so hat das Gericht, im Fall nicht bloß vorübergehender Trennung der Eltern jedoch nur auf Antrag eines Elternteils, zu entscheiden, welchem Elternteil die bezeichneten Rechte und Pflichten künftig allein zustehen. Das Gericht hat vor dieser Entscheidung das mindestens zehnjährige Kind und erforderlichenfalls die Bezirksverwaltungsbehörde zu hören.

(3) Wird ein Elternteil, dem die bezeichneten Rechte und Pflichten allein zustehen, in der Weise des § 145 Abs. 1 erster Satz betroffen, so stehen diese dem anderen Elternteil zu.

* Fassung des § 177 gem KindG (BGBl 1977/403) Art I Z 13.

¹⁾ Vgl JWG § 24.

²⁾ Übergangsbestimmung: KindG Art XVIII § 3: „Ist ein minderjähriges eheliches Kind nach Scheidung, Aufhebung oder Nichtigerklärung der Ehe oder bei nicht bloß vorübergehender Trennung seiner Eltern auf Grund einer gerichtlich genehmigten Vereinbarung seiner Eltern oder einer gerichtlichen Entscheidung einem Elternteil überlassen worden, so gilt dies mit dem Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes als Zuteilung der elterlichen Rechte und Pflichten im Sinn des § 177 ABGB in der Fassung dieses Bundesgesetzes an einen Elternteil allein.“

§ 144.* Die Eltern haben das minderjährige Kind zu pflegen¹⁾ und zu erziehen²⁾, sein Vermögen zu verwalten³⁾ und es zu vertreten⁴⁾; sie sollen bei Ausübung dieser Rechte und Erfüllung dieser Pflichten einvernehmlich vorgehen. Zur Pflege des Kindes ist bei Fehlen eines Einvernehmens vor allem derjenige Elternteil berechtigt und verpflichtet, der den Haushalt führt⁵⁾, in dem das Kind betreut wird.⁶⁾⁷⁾

* Fassung des § 144 gem KindG (BGBl 1977/403) Art I Z 1.

§ 144 regelt die Eltern-Rechte und Eltern-Pflichten (Pflege, Erziehung, Vermögensverwaltung, gesetzliche Vertretung).

¹⁾ Pflege, Erziehung, Vermögensverwaltung und gesetzliche Vertretung faßt das ABGB (zB in § 176 Abs 1) als „rein persönliche Rechte und Pflichten“ der Eltern ihren Kindern gegenüber zusammen. – Vgl EheG (Anh I A) § 55a (2); IPRG (Anh VIII) § 24 Anm 2.

²⁾ Vgl ABGB § 94 (2).

³⁾ SchulpflichtG (BGBl 1985/76) §§ 2, 7: „Die allgemeine Schulpflicht beginnt mit dem auf die Vollendung des sechsten Lebensjahres folgenden 1. September. ... Kinder, die noch nicht schulpflichtig sind, sind auf Ansuchen ihrer Eltern oder sonstigen Erziehungsberechtigten zum Anfang des Schuljahres in die erste Schulstufe aufzunehmen, wenn sie bis zum Ende des laufenden Kalenderjahres das sechste Lebensjahr vollenden und schulreif sind. Schulreif ist ein Kind, wenn begründete Aussicht besteht, daß es dem Unterricht in der ersten Schulstufe zu folgen vermag, ohne körperlich oder geistig überfordert zu werden. ...“

⁴⁾ Siehe BG über die religiöse Kindererziehung BGBl 1985/155.

⁵⁾ Über den Übertritt zu einer anderen Religion siehe § 154 (2) ABGB.

Ehe- und familienrechtliche Entscheidungen (EF-Slg)

Herausgegeben von

Dr. Friedrich Hluze und **Dr. Wolfgang Melber**

Senatspräsident des
Oberlandesgerichtes Wien I R

Hofrat des
Obersten Gerichtshofes

Band XX

Entscheidungen des Jahres 1983
42.501-44.814

Wien 1985

Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

43.376. Gemäß § 177 Abs 1 ABGB ist eine gemeinsame Ausübung der aus den familienrechtlichen Beziehungen zwischen Eltern und mit Kindern erfließenden rein persönlichen Rechte und Pflichten auch im Weg der primär anzustrebenden einvernehmlichen Regelung im Fall einer Scheidung nicht vorgesehen („... allein zustehen sollen“). Auch im § 177 Abs 2 und 3 ABGB ist vom alleinigen Zustehen dieser Rechte und Pflichten die Rede. Der Rekurswerber zieht nun die Verfassungsmäßigkeit dieser Regelung in Zweifel. Sofern der Gesetzgeber dem vorgegebenen Sachverhalt der Scheidung der Ehe der Kindeseltern Rechnung trägt, kann eine gemeinsame Ausübung dieser Rechte und Pflichten, sofern nicht die Kindeseltern praktisch im Einvernehmen vorgehen, nicht sachgerecht sein, weil vom Regelfall der getrennten Haushaltsführung und der Trennung der Lebensbereiche der geschiedenen Ehegatten auszugehen ist. Ebenso wie § 84 EheG hinsichtlich des aufzuteilenden Vermögens anordnet, diese Aufteilung solle so vorgenommen werden, daß sich die Lebensbereiche der geschiedenen Ehegatten künftig möglichst wenig berühren, wäre eine gemeinsame Ausübung der elterlichen Rechte und Pflichten nicht nur sachwidrig, sondern sogar offensichtlich unzweckmäßig, weil stets ein Elternteil den Handlungen des anderen widersprechen könnte, mit dem Ergebnis, daß eine „Pattstellung“, die zur Anrufung des Pflegschaftsgerichtes führen müßte, häufig gegeben wäre.

Wieso die alleinige Zuweisung der Rechte und Pflichten an einen Elternteil im Fall der Scheidung der Ehe einen verfassungswidrigen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz darstellen sollte, ist nicht recht verständlich. Sofern man der Natur der Sache Rechnung zu tragen bereit ist, daß nicht nur ein Kind als solcher unteilbar ist, sondern auch die es betreffenden Rechte und Pflichten, gibt es gar keine andere Möglichkeit, als die Rechte und Pflichten nur einem Elternteil allein zuzuwelsen. Im Übrigen versucht das Gesetz diesen nachteiligen Zustand, das heißt nachteilig im Vergleich zum Fortbestand der Ehe der Kindeseltern, dadurch zu mildern, daß dem anderen Ehegatten nach § 178 ABGB gewisse Mindestrechte eingeräumt werden. LGZ Wien 8.4.1983, 44 R 3142, 3143/83; IGH OGH 12.10.1983, 3 Ob 598, 608/83; LGZ Wien 23.3.1983, 44 R 3153/83; 10.11.1983, 43 R 1066/83.

BELGIQUE

*

En droit belge, la garde conjointe n'existe pas, bien que l'art. 303 du code civil belge ne l'interdise pas expressément.

Le parent non-gardien possède néanmoins le droit de s'opposer aux décisions importantes concernant l'enfant prises par le parent-gardien.

*

Code civil belge, 1804

303. De ouders behouden, onverschillig aan wie de kinderen worden toevertrouwd, ieder het recht om op het onderhoud en de opvoeding van hun kinderen toe te zien, en zijn verplicht daartoe bij te dragen naar evenredigheid van hun middelen.

303. *Quelle que soit la personne à laquelle les enfants seront confiés, les père et mère conserveront respectivement le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de leurs enfants, et seront tenus d'y contribuer à proportion de leurs facultés.*

304. De ontbinding van het huwelijk door een in rechte toegestane echtscheiding ontnemt aan de kinderen uit dat huwelijk geen enkel voordeel dat hun door de wetten of door de huwelijksvoorwaarden van hun ouders was verzekerd; maar de rechten zullen aan de kinderen slechts op dezelfde wijze en in dezelfde omstandigheden toekomen als wanneer er geen echtscheiding geweest was.

304. *La dissolution du mariage par le divorce admis en justice, ne privera les enfants nés de ce mariage, d'aucun des avantages qui leur étaient assurés par les lois, ou par les conventions matrimoniales de leurs père et mère; mais il n'y aura d'ouverture aux droits des enfants que de la même manière et dans les mêmes circonstances où ils se seraient ouverts s'il n'y avait pas eu de divorce.*

305. [...]

306. [Voor de toepassing van de artikelen 299, 300 en 301, wordt de echtgenoot die de echtscheiding verkrijgt op grond van artikel 232, eerste lid, geacht de echtgenoot te zijn tegen wie de echtscheiding is uitgesproken; de rechtbank kan er anders over beslissen indien de eisende echtgenoot het bewijs levert dat de feitelijke scheiding te wijten is aan de fouten en tekortkomingen van de andere echtgenoot.]

306. *[Pour l'application des articles 299, 300 et 301 l'époux qui obtient le divorce sur base du premier alinéa de l'article 232, est considéré comme l'époux contre qui le divorce est prononcé; le tribunal pourra en décider autrement si l'époux demandeur apporte la preuve que la séparation de fait est imputable aux fautes et manquements de l'autre époux.]*

307. [Wanneer de echtscheiding wordt toegestaan op grond van artikel 232, tweede lid, behoudt elke echtgenoot de voordelen van de contractuele erfstellingen te zijnen behoeve gedaan door de andere echtgenoot. De rechtbank kan aan een van de echtgenoten ten laste van de ander, een uitkering tot levensonderhoud verleenen die onderworpen is aan de regels bepaald in het volgende artikel.]

307. *[Lorsque le divorce est admis sur base du second alinéa de l'article 232, chacun des époux conservera le bénéfice des institutions contractuelles faites à son profit par son conjoint. Le tribunal pourra accorder à l'un des époux à charge de l'autre une pension alimentaire soumise aux règles déterminées à l'article suivant.]*

DANEMARK

*

En 1985, le droit danois de la famille a connu une révision importante concernant la garde et le droit de visite. Le "Majority Act" de 1976 a été modifié par un amendement : "The Danish Legal Incapacity and Guardianship Act".

Voici le texte de la loi, traduit par le Ministère de la Justice danois.

Il est intéressant de remarquer que la garde conjointe est prévue aussi pour les parents non mariés (Art. 9).

*

The Danish Legal Incapacity and Guardianship Act

.....

Part 2

Custody

6. A child or young person under the age of eighteen who has not contracted marriage shall be in the custody of his parent or parents.

The Scope of Custody

7-(1) The person having custody of the child shall take care of the child and may determine the child's personal circumstances having regard to the interests and requirements of the child.

(2) Custody entails a duty to protect the child against physical and psychic cruelty and other offensive exposure.

(3) The parents may apply the child's income towards his appropriate maintenance, having regard to their own circumstances and those of the child.

Persons having Custody

8-(1) Parents who are married to each other at the time of birth of their child or contract marriage at a later date, shall have joint custody. If the parents are legally separated at the time of birth of their child, the mother

shall have sole custody of the child, save where cohabitation is resumed by the parents.

(2) Where the parents are not married to each other, the mother shall have sole custody of the child.

Agreement on Joint Custody

9. Parents who are not married to each other or who are legally separated may, subject to consent given by the county authority, agree on joint custody. Such consent shall be given where the agreement is not inconsistent with what is best for the child.

Termination of Joint Custody

10.-(1) Where parents having joint custody do not reside together or one of them intends to discontinue cohabitation, either parent may demand that the joint custody shall terminate.

(2) Subject to consent given by the county authority, the parents may agree which of them shall have sole custody. Such consent shall be given where the agreement is not inconsistent with what is best for the child.

(3) If the parents disagree or if consent to their agreement is refused, the court shall, having special regard to what is best for the child, decide which parent shall have sole custody.

Legal Separation and Divorce

11.-(1) In case of legal separation or divorce it shall be decided who shall have custody of the child, except where agreement or decision has previously been made in this respect.

(2) Subject to consent given by the county authority or the court, the parents may agree that joint custody shall continue or that one of them shall have sole custody. Consent as aforesaid shall be given where the agreement is not inconsistent with what is best for the child. Where the legal separation or divorce is based on administrative grant, consent as aforesaid shall be given by the county authority, otherwise by the court.

(3) Where the parents disagree or consent to their agreement is refused, the court shall, having special regard to what is best for the child, decide which parent shall have sole custody.

Resumption of Cohabitation

12. Where, pursuant to the provisions of sections 10 or 11 above, it has been agreed or decided that a parent shall have sole custody, joint custody shall be reinstated if married or legally separated parents continue or resume their cohabitation. Where parents are unmarried or divorced, joint custody shall not be reinstated unless they agree thereon under the provision of section 9 above.

Transfer of Custody by Agreement

13. Subject to consent given by the county authority, custody may by agreement be transferred to the parent who does not have custody or to a third party. Such consent shall be given where the agreement is not inconsistent with what is best for the child. A husband and wife may be granted joint custody, also where either of them is the parent previously not having custody.

Transfer of Custody by Court Judgment

14. Where unmarried parents have not had joint custody, cf. section 8(2) above, the court may transfer the sole custody from the mother to the father if such change will serve the child best. In making such decision, the court shall have regard to the father's previous relations with the child.

Custody after Death of a Parent

15.-(1) If either of parents having joint custody shall die, custody shall remain vested in the other parent. Where, at the time of the parent's death, a child does not reside with his surviving parent, a third party may upon the death of the parent apply for grant of custody of the child. Such application shall be granted only if regard had to what is best for the child indicates that custody shall not remain in the surviving parent.

(2) If either parent has sole custody and he or she shall die, and if otherwise as a result of death no-one has custody, it shall be decided what third party shall have custody of the child, regard being had to what is best for the child. If the surviving parent applies for grant of custody, such application shall be granted unless regard had to what is best for the child indicates otherwise.

(3) A husband and wife may be granted joint custody, also where either of them is the surviving parent.

(4) Decisions under the provisions of subsections (1)-(3) hereof shall be made by the county authority and no appeal shall lie to higher administrative authority.

(5) Any such decision made by the county authority may within eight weeks from its communication to the person concerned be brought before the court in a suit against the party whom the county authority has granted custody.

16. Persons having custody of a child may make known to whom custody ought to be granted after their death. Such direction will be followed unless regard had to what is best for the child indicates otherwise. The priority given the surviving parent under the provisions of section 15 above shall however apply regardless of any direction given to the contrary.

Variation of Agreements and Decisions on Custody

17-(1) Where by agreement or court judgment either parent has been granted sole custody, the court may transfer that custody to the other parent provided that regard had to what is best for the child so requires, in particular where circumstances have changed materially.

(2) The provisions of subsection (1) hereof shall apply also where in a suit brought under the provisions of section 14 above the court has not found for the father.

(3) Agreement as provided for in section 13 above or decision made pursuant to the provisions of section 15 above may be varied by the court subject to the provisos contained in subsection (1) hereof.

Provisional Decisions on Custody

18. Where a dispute about custody has been brought before the court, the court may at request by ruling decide in what person the custody shall provisionally be vested. The ruling of the court shall have regard to what is best for the child pending the suit. The ruling shall apply until an enforceable court judgment has been given and shall lapse if the suit is discontinued or declared a nonsuit.

19. Where parents have joint custody and there is a risk that one of them will abduct the child from Denmark and thereby preempt a decision on custody, sole custody may be vested provisionally in the other parent by the Minister of Justice or the administrative body to whom proper authority is delegated.

20. The county authority, while considering a matter on custody following the death of a person having custody, cf. section 15 above, may decide in what person custody shall provisionally be vested. Such decision shall apply until an enforceable decision on custody shall have been made.

21. Where a person having custody of a child is prevented from deciding the personal matters of the child, the county authority may decide in what person the custody shall be vested for as long as the frustrating cause shall last.

22. Provisional decisions as provided for in sections 18-21 above may be varied if such variation will serve the child best. Where a suit has been brought before the court, such variation shall be made by the court.

Right of Access

23. An effort shall be made at maintaining the child's contact with both parents by granting right of access to the child to the parent who does not share in the custody.

24-(1) The county authority shall at request decide the scope and the practical realisation of the right of access and may lay down the requisite rules for that purpose.

(2) The county authority may refuse to grant access to the child and may vary or set aside a decision or agreement on right of access if regard had to what is best for the child so indicates. In so doing, regard shall in particular be had to what previous relations the person concerned has had with the child.

25. Where a custodial matter is pending before the court or the county authority, the county authority shall at request, pursuant to the provisions of section 24 above, decide on provisional right of access pending suit for a person having custody of the child. Such decision shall apply until an enforceable de-

cision or agreement on custody shall have been made.

Procedure

26. Where a child has attained the age of twelve, the matter of custody or access shall be discussed with the child before a decision is made. Such discussion may however be omitted if presumed to be detrimental to the interests of the child or without influence on the decision.

27. Before making a decision under the provisions of sections 13 or 15(2), the county authority shall inquire the opinion of the parent not sharing in custody of the child, unless the making of such inquiry may be materially detrimental to the interests of the child or may cause inordinate delay of the matter.

27a. In the event of disagreement on custody or right of access, the county authority shall offer parents and child the advice and guidance of a person conversant with family and child matters.

28. The Minister of Justice may lay down rules of procedure governing matters before the county authority under the provisions of Part 2 of this Act.

Interpretation (Translator's Note):

In the above translation, unless the contrary intention appears, (a) words importing the masculine gender shall include females; and (b) words in the singular shall include the plural, and words in the plural shall include the singular.

'Custody' means all the rights and duties of parents as respects a particular child and his property.

'Legally separated' means separated by administrative grant or by court judgment.

The Danish version is the authentic text.

ESPAGNE

*

L'année 1981 a été, pour le droit de la famille espagnol, la période des grandes révisions. La teneur des articles 92 et 156 du Code Civil Espagnol tels qu'ils sont présentés ci-dessous date de cette période.

Relevons l'originalité de l'article 156 qui règle le problème de la garde des enfants non seulement en cas de séparation des parents, mais aussi lors de conflits durant la vie commune des époux.

L'article 92 concerne la garde des enfants après le divorce des parents.

*

Code Civil Espagnol

Art. 92. Die Trennung, die Nichtigkeit und die Scheidung entbinden die Eltern nicht von ihren Verpflichtungen gegenüber ihren Kindern.

Die gerichtlichen Maßnahmen betreffend die Sorge für und die Erziehung der Kinder werden zu deren Wohl getroffen, nachdem sie angehört worden sind, wenn sie über genügend Urteilsfähigkeit verfügen und immer dann, wenn sie älter als zwölf Jahre sind.

In dem Urteil wird die Entziehung der elterlichen Gewalt immer dann ausgesprochen, wenn in dem Verfahren hierfür ein Grund zutage getreten ist.

Wenn dies den Kindern frommt, kann auch beschlossen werden, daß die elterliche Gewalt ganz oder teilweise von einem der Ehegatten ausgeübt wird oder daß die Sorge für sie einem oder dem andern zusteht, wobei darauf Bedacht zu nehmen ist, die Geschwister nicht zu trennen.

Der Richter kann von Amts wegen oder auf Antrag der Beteiligten das Gutachten von Sachverständigen einholen.

Art. 156.* La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad.

En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrán acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y en todo caso si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuir la total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años (153).

En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro.

En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercitada exclusivamente por el otro.

Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio (154).

(153) Véase la disposición transitoria 10 de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, ap. 2.

(154) Véanse los arts. 90 a 94, 103, 159 y 161 del Cc.

FINLANDE

*

La législation finlandaise portant sur le bien-être de l'enfant est en constante revision depuis le milieu des années soixante-dix. Il serait trop long d'en parler ici. L'acte législatif qui nous intéresse le plus est le "Child Custody and Right of Access Act" de 1983, parce qu'il contient les dispositions concernant la garde conjointe.

La traduction anglaise ci-dessous n'est pas une traduction officielle, celle-ci n'existant pas (en tout cas au 31 juillet 1987).

C'est "L'Union centrale pour le bien-être de l'enfant en Finlande" qui a publié la traduction citée ci-dessous, dans un recueil intitulé : "Child Welfare Act - Child Custody and Right of Access Act - Finland" (publié par "The Central Union for Child Welfare in Finland", Armfeltintie 1, SF-HELSINKI, édité par "Sirpa Utriainen").

*

CHILD CUSTODY AND RIGHT OF ACCESS ACT OF 1983

FINLAND

Chapter 1 GENERAL PROVISIONS

Section 1 CHILD CUSTODY

The objects of custody are to ensure the well-being and the well-balanced development of a child according to his individual needs and wishes, and to ensure for a child close and affectionate human relationships in particular between a child and his parents.

A child shall be ensured good care and upbringing as well as the supervision and protection appropriate to his age and stage of development. A child should be brought up in a secure and stimulating environment and should receive an education that corresponds to his wishes, inclinations and talents.

A child shall be brought up in the spirit of understanding, security and love. He shall not be subdued, corporally punished or otherwise humiliated. His growth towards independence, responsibility and adulthood shall be encouraged, supported and assisted.

Section 5
JOINT EXERCISE OF CUSTODY

The custodians shall be jointly responsible for the exercise of custody and shall jointly make all decisions relating to the child unless otherwise provided by law.

If one of the custodians is unable to take part in the making of a decision owing to absence, illness or some other reason and if a delay in deciding the matter would be detrimental, his consent on the matter shall not be necessary. A matter of great importance for the future of the child, however, may only be decided jointly by the custodians unless it is manifest that the best interests of the child otherwise require.

Chapter 2
CUSTODIANS AND THE RIGHT OF ACCESS

Section 7
VOLUNTARY SETTLEMENT ON CUSTODY AND RIGHT OF ACCESS

A child's parents may stipulate

- 1) that they shall have joint custody of the child;
- 2) that the child shall reside with one of the parents, if they are not living together;
- 3) that one parent alone shall have custody;
- 4) that the child has the right of access to the parent with whom he no longer resides, in conformity with the agreement of the parents.

Section 9
COURT ORDERS ON CHILD CUSTODY AND RIGHT OF ACCESS

A court of law may order

- 1) that the parents shall have joint custody of a child;
- 2) that a child shall reside with one of the parents, if they are not living together;
- 3) that one parent alone shall have custody;
- 4) that one or more persons who have consented thereto shall have the custody of a child instead of, or together with, the parent or parents;
- 5) that a child shall have the right of access to the parent with whom he no longer resides.

If one or both of the parents has custody of a child, a court may transfer custody from the parents or a parent to one or more other persons by virtue of para 1, point 4, of this section where this would manifestly be in the best interests of the child.

Where necessary, a court may issue directions on the attribution of duties, rights and responsibilities of a person or persons assigned custody of a child and, if there are two or more such persons, may decide on the distribution of responsibilities between them. In deciding on the right access, a court shall issue directions on the conditions for the access.

In deciding on child custody and right of access, a court of law shall consider the best interests of the child and his own wishes, as stipulated in sections 10 and 11 of this Act.

FRANCE

*

Vous trouverez ci-après les textes suivants :

- 1) Loi n° 87-570 du 22 juillet 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale.
- 2) Les textes des dispositions légales modifiées par la loi n° 87-570 du 22 juillet 1987 :
 - a) Code pénal (1810).
 - b) Code civil (1804).

*

LOIS

**LOI n° 67-670 du 22 juillet 1967
sur l'exercice de l'autorité parentale (1)**

NOR : PRAD100001L

L'Assemblée nationale et le Sénat ont adopté,

Le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit :

Art. 1^{er}. - La première phrase du dernier alinéa de l'article 247 du code civil est ainsi rédigée :

« Il est également seul compétent, après le prononcé du divorce, quelle qu'en soit la cause, pour statuer sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale et sur la modification de la pension alimentaire, ainsi que pour décider de confier les enfants à un tiers. »

Art. 2. - L'article 256 du code civil est ainsi rédigé :

« Art. 256. - S'il y a des enfants mineurs, le juge se prononce sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale. Il peut également décider de les confier à un tiers. Il se prononce également sur le droit de visite et d'hébergement et fixe la contribution due, pour leur entretien et leur éducation, par l'époux qui n'a pas l'exercice de l'autorité parentale ou chez lequel les enfants ne résident pas habituellement. »

Art. 3. - A la fin de l'article 258 du code civil, les mots : « la garde des enfants mineurs » sont remplacés par les mots : « les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ».

Art. 4. - Le 1^{er} de l'article 285-1 du code civil est ainsi rédigé :

« 1^{er} Lorsque l'autorité parentale est exercée par celui-ci sur un ou plusieurs enfants ou, en cas d'exercice en commun de l'autorité parentale, lorsqu'un ou plusieurs enfants ont leur résidence habituelle dans ce logement : »

Art. 5. - L'article 287 du code civil est ainsi rédigé :

« Art. 287. - Selon l'intérêt des enfants mineurs, l'autorité parentale est exercée soit en commun par les deux parents après que le juge ait recueilli leur avis, soit par l'un d'eux. En cas d'exercice en commun de l'autorité parentale, le juge indique le parent chez lequel les enfants ont leur résidence habituelle. »

Art. 6. - L'article 287-1 du code civil est ainsi rédigé :

« Art. 287-1. - A titre exceptionnel et si l'intérêt des enfants l'exige, le juge peut décider de fixer leur résidence soit chez une autre personne choisie de préférence dans leur parenté, soit, si cela s'avérait impossible, dans un établissement d'éducation. La personne à qui les enfants sont confiés accomplit tous les actes usuels relatifs à leur surveillance et à leur éducation. »

Art. 7. - Après l'article 287-1 du code civil, il est inséré un article 287-2 ainsi rédigé :

« Art. 287-2. - Avant toute décision, provisoire ou définitive, fixant les modalités de l'exercice de l'autorité parentale et du droit de visite ou confiant les enfants à un tiers, le juge peut donner mission à toute personne qualifiée d'ex-

fectuer une enquête sociale. Celle-ci a pour but de recueillir des renseignements sur la situation matérielle et morale de la famille, sur les conditions dans lesquelles vivent et sont élevés les enfants et sur les mesures qu'il y a lieu de prendre dans leur intérêt.

« Si l'un des époux conteste les conclusions de l'enquête sociale, il peut demander une contre-enquête.

« L'enquête sociale ne peut être utilisée dans le débat sur la cause du divorce. »

Art. 8. - I. - Le premier alinéa de l'article 288 du code civil est ainsi rédigé :

« Le parent qui n'a pas l'exercice de l'autorité parentale conserve le droit de surveiller l'entretien et l'éducation des enfants et doit être informé, en conséquence, des choix importants relatifs à la vie de ces derniers. Il y contribue à proportion de ses ressources et de celles de l'autre parent. »

II. - L'article 288 du même code est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« En cas d'exercice en commun de l'autorité parentale, le parent chez lequel les enfants ne résident pas habituellement contribue à leur entretien et à leur éducation à proportion de ses ressources et de celles de l'autre parent. »

Art. 9. - L'article 289 du code civil est ainsi rédigé :

« Art. 289. - Le juge statue sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou décide de confier l'enfant à un tiers, à la demande de l'un des époux, d'un membre de la famille ou du ministère public. »

Art. 10. - Le 3^o de l'article 290 du code civil est ainsi rédigé :

« 3^o Des sentiments exprimés par les enfants. Lorsque ceux-ci ont moins de treize ans, ils ne peuvent être entendus que si leur audition paraît nécessaire et ne comporte pas d'inconvénients pour eux ; lorsqu'ils ont plus de treize ans, leur audition ne peut être écartée que par décision spécialement motivée. Cette décision n'est susceptible d'appel qu'avec la décision qui statue sur l'autorité parentale. »

Art. 11. - Après les mots : « pension alimentaire versée », la fin du premier alinéa de l'article 291 du code civil est ainsi rédigée : « , selon le cas, au parent qui a l'exercice de l'autorité parentale ou chez lequel les enfants ont leur résidence habituelle ou à la personne à laquelle les enfants ont été confiés ».

Art. 12. - Dans l'article 294-1 du code civil, les mots : « la personne qui a la garde » sont remplacés par les mots : « le parent qui a l'exercice de l'autorité parentale ou chez lequel les enfants ont leur résidence habituelle ou la personne à laquelle les enfants ont été confiés ».

Art. 13. - Dans l'article 333-5 du code civil, les mots : « il est statué sur sa garde par le tribunal » sont remplacés par les mots : « le tribunal statue sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale ».

Art. 14. - Dans l'article 373-1 du code civil, les mots : « en entier » sont supprimés.

Art. 15. - L'article 373-2 du code civil est ainsi rédigé :

« Art. 373-2. - Si les père et mère sont divorcés ou séparés de corps, l'autorité parentale est exercée soit en commun par les deux parents, soit par celui d'entre eux à qui le tribunal l'a confiée, sauf, dans ce dernier cas, le droit de visite et de surveillance de l'autre. S'ils exercent en commun leur autorité, les articles 372-1 et 372-2 demeurent applicables. »

Art. 16. - L'article 373-3 du code civil est ainsi rédigé :

« Art. 373-3. - Le divorce ou la séparation de corps ne fait pas obstacle à la dévolution prévue à l'article 373-1, lors même que celui des père et mère qui demeure en état d'exercer l'autorité parentale aurait été privé de l'exercice de certains des attributs de cette autorité par l'effet du jugement prononcé contre lui.

« Néanmoins, le tribunal qui avait statué en dernier lieu sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale peut toujours être saisi par la famille ou par le ministère public, afin de confier l'enfant à un tiers, avec ou sans ouverture d'une tutelle, ainsi qu'il est dit à l'article suivant.

« Dans des circonstances exceptionnelles, le tribunal qui statue sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale après divorce ou séparation de corps peut décider, du vivant même des parents, qu'en cas de décès de celui d'entre eux qui exerce cette autorité, l'enfant n'est pas confié au survivant. Il peut, dans ce cas, désigner la personne à laquelle l'enfant est provisoirement confié. »

Art. 17. - I. - L'article 373-4 du code civil est ainsi rédigé :

« Art. 373-4. - Lorsque l'enfant a été confié à un tiers, l'autorité parentale continue d'être exercée par les père et mère ; toutefois, la personne à qui l'enfant a été confié accomplit tous les actes usuels relatifs à sa surveillance et à son éducation.

« Le tribunal, en confiant l'enfant à titre provisoire à un tiers, peut décider qu'il devra requérir l'ouverture d'une tutelle. »

II. - L'ancien article 373-4 du code civil devient l'article 373-5.

Art. 18. - L'article 374 du code civil est ainsi rédigé :

« Art. 374. - L'autorité parentale est exercée sur l'enfant naturel par celui des père et mère qui l'a volontairement reconnu, s'il n'a été reconnu que par l'un d'eux. Si l'un et l'autre l'ont reconnu, l'autorité parentale est exercée par la mère.

« L'autorité parentale peut être exercée en commun par les deux parents s'ils en font la déclaration conjointe devant le juge des tutelles.

« A la demande du père ou de la mère ou du ministère public, le juge aux affaires matrimoniales peut modifier les conditions d'exercice de l'autorité parentale et décider qu'elle sera exercée soit par l'un des deux parents, soit en commun par le père et la mère ; il indique, dans ce cas, le parent chez lequel l'enfant a sa résidence habituelle.

« Le juge aux affaires matrimoniales peut toujours accorder un droit de visite et de surveillance au parent qui n'a pas l'exercice de l'autorité parentale.

« En cas d'exercice conjoint de l'autorité parentale, les articles 372-1 et 372-2 sont applicables comme si l'enfant était un enfant légitime. »

Art. 19. - I. - Dans le premier alinéa de l'article 374-1 du code civil, les mots : « par jugement, » sont supprimés.

II. - Dans le second alinéa du même article, les mots : « confier la garde provisoire » sont remplacés par les mots : « confier provisoirement l'enfant ».

Art. 20. - Dans la première phrase du premier alinéa de l'article 375 du code civil, les mots : « du gardien » sont remplacés par les mots : « de la personne ou du service à qui l'enfant a été confié ».

Art. 21. - I. - Le 1^{er} de l'article 375-3 du code civil est ainsi rédigé :

« 1^{er} A celui des père et mère qui n'avait pas l'exercice de l'autorité parentale ou chez lequel l'enfant n'avait pas sa résidence habituelle ; ».

II. - Le dernier alinéa du même article est ainsi modifié :

« A la fin de la première phrase, les mots : « statuant sur la garde de l'enfant » sont remplacés par les mots : « statuant sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou confiant l'enfant à un tiers ».

2^o Dans la deuxième phrase, les mots : « de l'article 302 » sont remplacés par les mots : « des articles 287 et 287-1 ».

Art. 22. - Dans le premier alinéa de l'article 375-4 du code civil, les mots : « au gardien » sont remplacés par les mots : « à la personne ou au service à qui l'enfant a été confié ».

Art. 23. - Dans l'article 375-6 du code civil, les mots : « du gardien » sont remplacés par les mots : « de la personne ou du service à qui l'enfant a été confié ».

Art. 24. - Dans l'article 376-1 du code civil, les mots : « statuer sur la garde ou l'éducation d'un enfant mineur » sont remplacés par les mots : « statuer sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou sur l'éducation d'un enfant mineur ou quand il décide de confier l'enfant à un tiers ».

Art. 25. - Dans le premier alinéa de l'article 380 du code civil, les mots : « désigner un tiers qui assumera provisoirement la garde de l'enfant » sont remplacés par les mots : « désigner un tiers auquel l'enfant sera provisoirement confié ».

Art. 26. - A la fin de l'article 350 du code pénal, les mots : « , ou en ayant la garde » sont remplacés par les mots : « ou auxquelles il a été confié ».

Art. 27. - Dans le premier alinéa de l'article 356-1 du code pénal, les mots : « la garde de ses enfants lui a été confiée » sont remplacés par les mots : « ses enfants résident habituellement chez elle ».

Art. 28. - Le début de la première phrase de l'article 357 du code pénal est ainsi rédigé :

« Quand, par une décision de justice, provisoire ou définitive, ou par une convention judiciairement homologuée, il aura été décidé que l'autorité parentale sera exercée par le père ou la mère seul ou par les deux parents ou que le mineur sera confié à un tiers, le père, la mère ou toute personne qui ne représentera pas ce mineur à ceux qui ont le droit de le réclamer ou qui, même sans fraude ou violence, l'enlèvera ou le détournera ou le fera enlever ou détourner des mains de ceux qui exercent l'autorité parentale ou auxquels il a été confié ou chez qui il a sa résidence habituelle, ou des lieux... (le reste sans changement). »

Art. 29. - Les juges saisis à la date d'entrée en vigueur de la présente loi d'actions en modification de l'exercice de l'autorité parentale sur les enfants naturels demeurent compétents pour en connaître.

Art. 30. - La présente loi est applicable aux territoires d'outre-mer et à la collectivité territoriale de Mayotte.

La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat.

Fait à Paris, le 22 juillet 1987.

FRANÇOIS MITTERRAND

Par le Président de la République :

Le Premier ministre,

JACQUES CHIRAC

Le garde des sceaux, ministre de la justice,

ALBIN CHALANDON

Le ministre des départements et territoires d'outre-mer,

BERNARD PONS

Le ministre des affaires sociales et de l'emploi,

PHILIPPE SÉGUIN

Le ministre délégué

auprès du ministre des affaires sociales et de l'emploi,

chargé de la santé et de la famille,

MICHELE BARZACH

Le secrétaire d'Etat auprès du Premier ministre,

chargé des droits de l'homme,

CLAUDE MALIURET

SECTION VI

Crimes et délits tendant à empêcher ou détruire la preuve de l'état civil d'un enfant, ou à compromettre son existence; enlèvement de mineurs; (Ord. n° 58-1298 du 28 déc. 1958) « abandon de famille »; infractions aux lois sur les inhumations.

§ 1^{er}. — Crimes et délits envers l'enfant.

Art. 345. (L. 13 mai 1863.) Les coupables d'enlèvement, de recélé, ou de suppression d'un enfant, de substitution d'un enfant à un autre, ou de supposition d'un enfant à une femme qui ne sera pas accouchée, seront punis de la réclusion criminelle à temps de cinq à dix ans.

S'il n'est pas établi que l'enfant ait vécu, la peine sera d'un mois à cinq ans d'emprisonnement.

S'il est établi que l'enfant n'a pas vécu, la peine sera de six jours à deux mois d'emprisonnement.

Seront punis de la réclusion criminelle à temps de cinq à dix ans ceux qui, étant chargés d'un enfant, ne le représenteront point aux personnes qui ont droit de le réclamer. — *Pén.* 354, 357.

Art. 349. (L. 19 avr. 1898.) Ceux qui auront exposé ou fait exposer, délaissé ou fait délaissé, en un lieu solitaire, un enfant ou un incapable, hors d'état de se protéger eux-mêmes, à raison de leur état physique ou mental, seront, pour ce seul fait, condamnés à un emprisonnement de un an à trois ans, et à une amende (L. 29 déc. 1956, art. 7; L. n° 77-1468 du 30 déc. 1977, art. 16) « de 500 F à 8 000 F ». — *Pén.* 350 s.

Art. 356. (Ord. 28 juin 1945.) Celui qui, sans fraude ni violence, aura enlevé ou détourné, ou tenté d'enlever ou de détourner, un mineur de dix-huit ans, sera puni d'un emprisonnement de deux à cinq ans et d'une amende (L. 29 déc. 1956, art. 7) « de 500 F à 8 000 F ».

Lorsqu'une mineure ainsi enlevée ou détournée aura épousé son ravisseur, celui-ci ne pourra être poursuivi que sur la plainte des personnes qui ont qualité pour demander l'annulation du mariage et ne pourra être condamné qu'après que cette annulation aura été prononcée. — *Pén.* 7, 28.

Art. 356-1. (L. n° 75-617 du 11 juill. 1975, art. 21) Toute personne qui transfère son domicile en un autre lieu, après divorce, séparation de corps ou annulation du mariage, alors que la garde de ses enfants lui a été confiée, doit notifier tout changement de son domicile et tout changement de la résidence des enfants à ceux qui peuvent exercer, à l'égard des enfants, un droit de visite ou d'hébergement en vertu d'un jugement ou d'une convention judiciairement homologuée.

Si elle s'abstient de faire cette notification dans le mois, elle sera punie d'un emprisonnement de un à six mois et d'une amende de 300 à 8 000 F.

Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975, portant réforme du divorce. — Art. 24. — L. Toutes les fois que la requête initiale a été présentée avant l'entrée en vigueur de la présente loi (1^{er} janv. 1976), l'action en divorce ou en séparation de corps est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne. Dans ce cas, le jugement rendu après l'entrée en vigueur de la présente loi produit les effets prévus par la loi ancienne. — Toutefois, sont immédiatement applicables les dispositions... des nouveaux articles 356-1 et 357-3 du Code pénal.

Art. 357. (L. n° 75-617 du 11 juill. 1975, art. 18) « Quand il aura été statué sur la garde d'un mineur par une décision de justice, provisoire ou définitive, ou par une convention judiciairement homologuée, » (Ord. 28 juin 1945) le père, la mère, ou toute personne qui ne représentera pas ce mineur à ceux qui ont le droit de le réclamer ou qui, même sans fraude ou violence l'enlèvera ou le détournera ou le fera enlever ou détourner des mains de ceux auxquels sa garde aura été confiée, ou des lieux où ces derniers l'auront placé, sera puni d'un emprisonnement d'un mois à un an, et d'une amende (L. 29 déc. 1956, art. 7) « de 500 F à 30 000 F ». Si le coupable a été déclaré déchu de l'autorité parentale, l'emprisonnement pourra être élevé jusqu'à trois ans. — *Civ.* 180 s., 238, 240, 302; *Pén.* 345.

Art. 247. Le tribunal de grande instance statuant en matière civile est seul compétent pour se prononcer sur le divorce et ses conséquences.

Un juge de ce tribunal est délégué aux affaires matrimoniales. Il est plus spécialement chargé de veiller à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs.

Le juge aux affaires matrimoniales a compétence exclusive pour prononcer le divorce lorsqu'il est demandé par consentement mutuel.

Il est également seul compétent pour statuer, après le prononcé du divorce, quelle qu'en soit la cause, sur la garde des enfants et la modification de la pension alimentaire. Il statue alors sans formalité et peut être saisi par les parties intéressées sur simple requête.

Art. 256. S'il y a des enfants mineurs, le juge se prononce sur leur garde, ainsi que sur le droit de visite et d'hébergement. Il fixe la contribution due, pour leur entretien et leur éducation, par l'époux qui n'a pas la garde.

Art. 258. Lorsqu'il rejette définitivement la demande en divorce, le juge peut statuer sur la contribution aux charges du mariage, la résidence de la famille et la garde des enfants mineurs.

Art. 286. Le divorce laisse subsister les droits et les devoirs des père et mère à l'égard de leurs enfants, sous réserve des règles qui suivent.

Art. 287. Selon l'intérêt des enfants mineurs, leur garde est confiée à l'un ou l'autre des époux. A titre exceptionnel et si l'intérêt des enfants l'exige, cette garde peut être confiée, soit à une autre personne choisie de préférence dans leur parenté, soit, si cela s'avérait impossible, à un établissement d'éducation.

Art. 287-1. Avant de statuer sur la garde des enfants, provisoire ou définitive, et sur le droit de visite, le juge peut donner mission à toute personne qualifiée d'effectuer une enquête sociale. Celle-ci a pour but de recueillir des renseignements sur la situation matérielle et morale de la famille, sur les conditions dans lesquelles vivent et sont élevés les enfants et sur les mesures qu'il y a lieu de prendre dans leur intérêt.

Si l'un des époux conteste les conclusions de l'enquête sociale, il peut demander une contre-enquête.

L'enquête sociale ne peut être utilisée dans le débat sur la cause du divorce.

Art. 288. L'époux à qui la garde des enfants n'a pas été confiée conserve le droit de surveiller leur entretien et leur éducation. Il y contribue à proportion de ses ressources.

Un droit de visite et d'hébergement ne peut lui être refusé que pour des motifs graves.

Il peut être chargé d'administrer sous contrôle judiciaire tout ou partie du patrimoine des enfants, par dérogation aux articles 372-2 et 389, si l'intérêt d'une bonne administration de ce patrimoine l'exige.

Art. 289. Le juge statue sur l'attribution de la garde et sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale, à la demande de l'un des époux, d'un membre de la famille ou du ministère public.

Art. 280. Le juge tient compte :

- 1° Des accords passés entre les époux;
- 2° Des renseignements qui ont été recueillis dans l'enquête et la contre-enquête sociale prévues à l'article 287-1;
- 3° Des sentiments exprimés par les enfants mineurs lorsque leur audition a paru nécessaire et qu'elle ne comporte pas d'inconvénients pour eux.

Art. 291. Les décisions relatives à l'exercice de l'autorité parentale peuvent être modifiées ou complétées à tout moment par le juge, à la demande d'un époux, d'un membre de la famille ou du ministère public.

Art. 292. En cas de divorce sur demande conjointe, les dispositions de la convention homologuée par le juge relatives à l'exercice de l'autorité parentale peuvent être revisées, pour des motifs graves, à la demande de l'un des époux ou du ministère public.

Art. 293. La contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants prévue à l'article 268 prend la forme d'une pension alimentaire versée à la personne qui en a la garde.

Les modalités et les garanties de cette pension alimentaire sont fixées par le jugement ou, en cas de divorce sur demande conjointe, par la convention des époux homologuée par le juge.

Art. 294. Lorsque la consistance des biens du débiteur s'y prête, la pension alimentaire peut être remplacée, en tout ou partie, selon les règles des articles 274 à 275-1 et 280, par le versement d'une somme d'argent entre les mains d'un organisme accrédité chargé d'accorder en contrepartie à l'enfant une rente indexée, l'abandon de biens en usufruit ou l'affectation de biens productifs de revenus.

Art. 294-1. Si le capital ainsi constitué devient insuffisant pour couvrir les besoins des enfants, la personne qui a la garde peut demander l'attribution d'un complément sous forme de pension alimentaire.

Art. 295. Le parent qui assume à titre principal la charge d'enfants majeurs qui ne peuvent eux-mêmes subvenir à leurs besoins peut demander à son conjoint de lui verser une contribution à leur entretien et à leur éducation.

§ 2. — De la légitimation par autorité de justice.

Art. 333. S'il apparaît que le mariage est impossible entre les deux parents, le bénéfice de la légitimation pourra encore être conféré à l'enfant par autorité de justice pourvu qu'il ait, à l'endroit du parent qui la requiert, la possession d'état d'enfant naturel.

Art. 333-1. La requête aux fins de légitimation est formée par l'un des deux parents ou par les deux conjointement devant le tribunal de grande instance. — *V. C. pr. civ., art. 881-1.*

Art. 333-2. Si l'un des parents de l'enfant se trouvait, au temps de la conception, dans les liens d'un mariage qui n'est pas dissous, sa requête n'est recevable qu'avec le consentement de son conjoint.

Art. 333-3. Le tribunal vérifie si les conditions de la loi sont remplies et, après avoir reçu ou provoqué, le cas échéant, les observations de l'enfant lui-même, de l'autre parent quand il n'est pas partie à la requête, ainsi que du conjoint du requérant, il prononce, s'il l'estime justifiée, la légitimation.

Art. 333-4. La légitimation par autorité de justice prend effet à la date de la décision qui la prononce définitivement.

Si elle a eu lieu à la requête d'un seul des parents, elle n'a point d'effet à l'égard de l'autre; elle n'emporte pas modification du nom de l'enfant, sauf décision contraire du tribunal.

Art. 333-5. Si la légitimation par autorité de justice a été prononcée à l'égard des deux parents, l'enfant prend le nom du père; s'il est mineur, il est statué sur sa garde par le tribunal, comme en matière de divorce.

Art. 333-6. Les dispositions des articles 331-2, 332 et 332-1, alinéa 1^{er}, sont applicables à la légitimation par autorité de justice.

Art. 373-1. Si l'un des père et mère décède ou se trouve dans l'un des cas énumérés par l'article précédent, l'exercice de l'autorité parentale est dévolu en entier à l'autre.

Art. 373-2. Si les père et mère sont divorcés ou séparés de corps, l'autorité parentale est exercée par celui d'entre eux à qui le tribunal a confié la garde de l'enfant, sauf le droit de visite et de surveillance de l'autre.

Lorsque la garde a été confiée à un tiers, les autres attributs de l'autorité parentale continuent d'être exercés par les père et mère. Mais le tribunal, en désignant un tiers comme gardien provisoire, peut décider qu'il devra requérir l'ouverture d'une tutelle.

Art. 373-3. Le divorce ou la séparation de corps ne fait pas obstacle à la dévolution prévue à l'article 373-1, lors même que celui des père et mère qui demeure en état d'exercer l'autorité parentale aurait été privé de la garde par l'effet du jugement prononcé contre lui.

Néanmoins, le tribunal qui avait statué en dernier lieu sur la garde pourra toujours être saisi par la famille ou par le ministère public, afin de désigner un tiers comme gardien de l'enfant, avec ou sans ouverture d'une tutelle, ainsi qu'il est dit à l'article précédent. — *V. C. pr. civ., art. 887-1.*

Dans des circonstances exceptionnelles, le tribunal qui statue sur la garde de l'enfant après divorce ou séparation de corps pourra décider, du vivant même des époux, qu'elle ne passera pas au survivant en cas de décès de l'époux gardien. Il pourra, dans ce cas, désigner la personne à laquelle la garde sera provisoirement dévolue.

Art. 373-4. S'il ne reste plus ni père ni mère en état d'exercer l'autorité parentale, il y aura lieu à l'ouverture d'une tutelle ainsi qu'il est dit à l'article 390 ci-dessous.

Art. 374. Sur l'enfant naturel, l'autorité parentale est exercée par celui des père et mère qui l'a volontairement reconnu, s'il n'a été reconnu que par l'un d'eux.

Si l'un et l'autre l'ont reconnu, l'autorité parentale est exercée en entier par la mère. Le tribunal pourra, néanmoins, à la demande de l'un ou de l'autre, ou du ministère public, décider qu'elle sera exercée soit par le père seul, soit par le père et la mère conjointement, auxquels les articles 372 à 372-2 seront alors applicables, comme si l'enfant était un enfant légitime. — *V. C. pr. civ., art. 887-1.*

Art. 374-1. Les mêmes règles sont applicables, à défaut de reconnaissance volontaire, quand la filiation est établie par jugement, soit à l'égard des deux parents, soit à l'égard d'un seul d'entre eux.

Toutefois, en statuant sur l'une ou l'autre filiation, le tribunal peut toujours décider de confier la garde provisoire à un tiers qui sera chargé de requérir l'organisation de la tutelle.

Art. 374-2. Dans tous les cas prévus au présent titre, la tutelle peut être ouverte lors même qu'il n'y aurait pas de biens à administrer.

Elle est alors organisée selon les règles prévues au titre X.

SECTION II

De l'assistance éducative.

Art. 375. Si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation sont gravement compromises, des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées par justice à la requête des père et mère conjointement, ou de l'un d'eux, du gardien ou du tuteur, du mineur lui-même ou du ministère public. Le juge peut se saisir d'office à titre exceptionnel.

Elles peuvent être ordonnées en même temps pour plusieurs enfants relevant de la même autorité parentale.

Art. 375-1. Le juge des enfants est compétent, à charge d'appel, pour tout ce qui concerne l'assistance éducative.

Il doit toujours s'efforcer de recueillir l'adhésion de la famille à la mesure envisagée.

Art. 375-2. Chaque fois qu'il est possible, le mineur doit être maintenu dans son milieu actuel. Dans ce cas, le juge désigne, soit une personne qualifiée, soit un service d'observation, d'éducation ou de rééducation en milieu ouvert, en lui donnant mission d'apporter aide et conseil à la famille, afin de surmonter les difficultés matérielles ou morales qu'elle rencontre. Cette personne ou ce service est chargé de suivre le développement de l'enfant et d'en faire rapport au juge périodiquement.

Le juge peut aussi subordonner le maintien de l'enfant dans son milieu à des obligations particulières, telles que celle de fréquenter régulièrement un établissement sanitaire ou d'éducation, ordinaire ou spécialisé, ou d'exercer une activité professionnelle.

Art. 375-3. S'il est nécessaire de retirer l'enfant de son milieu actuel, le juge peut décider de le confier :

1° A celui des père et mère qui n'en avait pas la garde;

2° A un autre membre de la famille ou à un tiers digne de confiance;

3° A un service ou à un établissement sanitaire ou d'éducation, ordinaire ou spécialisé;

4° Au service départemental de l'aide sociale à l'enfance.

Toutefois, lorsqu'une requête en divorce a été présentée ou un jugement de divorce rendu entre les père et mère, ces mesures ne peuvent être prises que si un fait nouveau de nature à entraîner un danger pour le mineur s'est révélé postérieurement à la décision statuant sur la garde de l'enfant. Elles ne peuvent faire obstacle à la faculté qu'aura le tribunal de décider, par application de l'article 302, à qui l'enfant devra être confié. Les mêmes règles sont applicables à la séparation de corps.

Art. 375-4. Dans les cas spécifiés aux 1°, 2° et 3° de l'article précédent, le juge peut charger, soit une personne qualifiée, soit un service d'observation, d'éducation ou de rééducation en milieu ouvert d'apporter aide et conseil au gardien ainsi qu'à la famille et de suivre le développement de l'enfant.

Dans tous les cas, le juge peut assortir la remise de l'enfant des mêmes modalités que sous l'article 375-2, deuxième alinéa. Il peut aussi décider qu'il lui sera rendu compte périodiquement de la situation de l'enfant.

Art. 375-5. A titre provisoire, mais à charge d'appel, le juge peut, pendant l'instance, soit ordonner la remise provisoire du mineur à un centre d'accueil ou d'observation, soit prendre l'une des mesures prévues aux articles 375-3 et 375-4.

En cas d'urgence, le procureur de la République du lieu où le mineur a été trouvé a le même pouvoir, à charge de saisir dans les huit jours le juge compétent, qui maintiendra, modifiera ou rapportera la mesure.

Art. 375-6. Les décisions prises en matière d'assistance éducative peuvent être, à tout moment, modifiées ou rapportées par le juge qui les a rendues soit d'office, soit à la requête des père et mère conjointement, ou de l'un d'eux, du gardien ou du tuteur, du mineur lui-même ou du ministère public.

Le juge doit préciser les raisons de ment ordonné. — Civ. 1^{re}, 26 janv. 1972, D. 1972, 553, note Massip.

Art. 375-7. Les père et mère dont l'enfant a donné lieu à une mesure d'assistance éducative, conservent sur lui leur autorité parentale et en exercent tous les attributs qui ne sont pas inconciliables avec l'application de la mesure. Ils ne peuvent émanciper l'enfant sans autorisation du juge des enfants, tant que la mesure d'assistance éducative reçoit application.

S'il a été nécessaire de placer l'enfant hors de chez ses parents, ceux-ci conservent un droit de correspondance et un droit de visite. Le juge en fixe les modalités et peut même, si l'intérêt de l'enfant

SECTION III

De la délégation de l'autorité parentale.

Art. 376. Aucune renonciation, aucune cession portant sur l'autorité parentale, ne peut avoir d'effet, si ce n'est en vertu d'un jugement dans les cas déterminés ci-dessous.

Art. 376-1. Un tribunal peut, quand il est appelé à statuer sur la garde ou l'éducation d'un enfant mineur, avoir égard aux pactes que les père et mère ont pu librement conclure entre eux à ce sujet, à moins que l'un d'eux ne justifie de motifs graves qui l'autoriseraient à révoquer son consentement.

Art. 380. En prononçant la déchéance ou le retrait du droit de garde, la juridiction saisie devra, si l'autre parent est décédé ou s'il a perdu l'exercice de l'autorité parentale, soit désigner un tiers qui assumera provisoirement la garde de l'enfant à charge pour lui de requérir l'organisation de la tutelle, soit confier l'enfant au service départemental de l'aide sociale à l'enfance.

Elle pourra prendre les mêmes mesures lorsque l'autorité parentale est dévolue à l'un des parents par l'effet de la déchéance prononcée contre l'autre.

ITALIE

*

La loi n° 898 datée du 1er décembre 1970 et concernant la réglementation des cas de dissolution du mariage a été modifiée par quelques lois successives citées ci-dessous.

**Testo aggiornato della legge 1° dicembre 1970, n. 898,
concernente disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio.**

AVVERTENZA

Il testo aggiornato è stato redatto dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, ai sensi dell'art. 6, secondo comma, della legge 11 dicembre 1984, n. 839.

Nel testo aggiornato sono state inserite le modifiche ad essa apportate dalle seguenti leggi successive (evidenziate con caratteri corsivi):

Legge 1° agosto 1978, n. 436, entrata in vigore il quindicesimo giorno successivo alla data della sua pubblicazione, avvenuta nella *Gazzetta Ufficiale* n. 227 del 16 agosto 1978.

Legge 6 marzo 1987, n. 74 (a), entrata in vigore il giorno successivo alla sua pubblicazione (come stabilisce l'art. 24), avvenuta nella *Gazzetta Ufficiale* - serie generale - n. 58 dell'11 marzo 1987.

(a) Il testo degli articoli 19, 22 e 23 di detta legge, recanti disposizioni integrative alla legge qui pubblicata, è riportato in appendice.

La garde conjointe a été introduite par la loi du 6 mars 1987, entrée en vigueur le 21 mars 1987, avec et dans le cadre des modifications de la loi n° 898 du 1er décembre 1970.

*

Art. 6 (a)

1. L'obbligo, ai sensi degli articoli 147 e 148 del codice civile (b), di mantenere, educare ed istruire i figli nati o adottati durante il matrimonio di cui sia stato pronunciato lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili, permane anche nel caso di passaggio a nuove nozze di uno o di entrambi i genitori.

2. Il tribunale che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio dichiara a quale genitore i figli sono affidati e adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa. Ove il tribunale lo ritenga utile all'interesse dei minori, anche in relazione all'età degli stessi, può essere disposto l'affidamento congiunto o alternato.

3. In particolare il tribunale stabilisce la misura ed il modo con cui il genitore non affidatario deve contribuire al mantenimento, all'istruzione e all'educazione dei figli, nonché le modalità di esercizio dei suoi diritti nei rapporti con essi.

4. Il genitore cui sono affidati i figli, salva diversa disposizione del tribunale, ha l'esercizio esclusivo della potestà su di essi; egli deve attenersi alle condizioni determinate dal tribunale. Salvo che non sia diversamente stabilito, le decisioni di maggiore interesse per i figli sono adottate da entrambi i genitori. Il genitore cui i figli non siano affidati ha il diritto ed il dovere di vigilare sulla loro istruzione ed educazione e può ricorrere al tribunale quando ritenga che siano state assunte decisioni pregiudizievoli al loro interesse.

5. Qualora il genitore affidatario non si attenga alle condizioni dettate, il tribunale valuterà detto comportamento al fine del cambio di affidamento.

6. L'abitazione nella casa familiare spetta di preferenza al genitore cui vengono affidati i figli o con il quale i figli convivono oltre la maggiore età. In ogni caso ai fini dell'assegnazione il giudice dovrà valutare le condizioni economiche dei coniugi e le ragioni della decisione e favorire il coniuge più debole. L'assegnazione, in quanto trascritta, è opponibile al terzo acquirente ai sensi dell'art. 1599 del codice civile (c).

7. Il tribunale dà inoltre disposizioni circa l'amministrazione dei beni dei figli e, nell'ipotesi in cui l'esercizio della potestà sia affidato ad entrambi i genitori, circa il concorso degli stessi al godimento dell'usufrutto legale.

8. In caso di temporanea impossibilità di affidare il minore ad uno dei genitori, il tribunale procede all'affidamento familiare di cui all'art. 2 della legge 4 maggio 1983, n. 184 (d).

9. *Nell'emanare i provvedimenti relativi all'affidamento dei figli e al contributo per il loro mantenimento, il giudice deve tener conto dell'accordo fra le parti: i provvedimenti possono essere diversi rispetto alle domande delle parti o al loro accordo, ed emessi dopo l'assunzione di mezzi di prova dedotti dalle parti o disposti d'ufficio dal giudice, ivi compresa, qualora sia strettamente necessario anche in considerazione della loro età, l'audizione dei figli minori.*

10. *All'attuazione dei provvedimenti relativi all'affidamento della prole provvede il giudice del merito, e, nel caso previsto dal comma 8, anche d'ufficio. A tal fine copia del provvedimento di affidamento è trasmessa, a cura del pubblico ministero, al giudice tutelare.*

11. *Nel fissare la misura dell'assegno di mantenimento relativo ai figli il tribunale determina anche un criterio di adeguamento automatico dello stesso, almeno con riferimento agli indici di svalutazione monetaria.*

12. *In presenza di figli minori, ciascuno dei genitori è obbligato a comunicare all'altro, entro il termine perentorio di trenta giorni, l'avvenuto cambiamento di residenza o di domicilio. La mancata comunicazione obbliga al risarcimento del danno eventualmente verificatosi a carico del coniuge o dei figli per la difficoltà di reperire il soggetto».*

LUXEMBOURG

*

La loi luxembourgeoise ne connaît pas le principe de la garde conjointe d'enfants après le divorce. D'après l'art. 302 du CC luxembourgeois, la garde est attribuée, suivant l'intérêt de l'enfant, à l'un ou l'autre des parents, soit à une tierce personne.

*

302. (L. 5 décembre 1978) Le tribunal statuant sur le divorce confiera la garde des enfants, suivant ce qu'exigera l'intérêt des enfants, soit à l'un ou l'autre des époux, soit à une tierce personne, parente ou non, l'autorité parentale étant exercée conformément aux articles 378 et 389.

Le tribunal de la jeunesse pourra toujours, dans la suite, à la demande d'un des parents ou du ministère public, modifier ou compléter la décision quant à la garde pour le plus grand avantage de l'enfant.*

Un droit de visite et d'hébergement ne pourra être refusé que pour des motifs graves à celui des père et mère à qui la garde des enfants n'a pas été confiée.

1° Les personnes qui ont le droit de formuler ces réquisitions, peuvent encore le faire pour la première fois en degré d'appel.

L'attribution de la garde de l'enfant à la mère, quoique ce soit contre cette dernière que le divorce ait été obtenu, peut se justifier par l'âge de l'enfant, son sexe, la circonstance que les motifs qui ont décidé le juge à prononcer le divorce contre la mère, ne révèlent aucune note d'inconduite à charge de celle-ci, et enfin par le fait de la profession nomade du père. Cour 2 avril 1909, 8, 248.

2° Les décisions concernant la garde des enfants et le droit de visite des parents ont un caractère provisoire; le juge n'en est pas dessaisi et peut modifier ou compléter sa première décision. Cour 28 mars 1928, 11, 295. - Cour 20 mars 1928, 11, 373.

* V. Rég. p.-c. 31 juillet 1979 (Mém. 1979, 1418), v. aussi Recueil des Lois spéciales V° jeunesse.

NORVEGE

*

Avant l'introduction de la garde conjointe, la loi norvégienne de 1956 posait comme principe d'accorder l'autorité parentale à la mère si l'enfant était âgé de moins de 9 ans, ou à l'un des parents s'il était plus âgé.

Le 8 avril 1981 est la date d'entrée en vigueur de la loi no 7 concernant les Enfants et les Parents : "Lov om barn og foreldre (barnelova)", loi qui consacre la garde conjointe lors de l'attribution de l'autorité parentale en cas de divorce comme solution principale.

Voici l'article 34 de cette loi dans la traduction inofficielle du Ministère norvégien des Affaires étrangères.

En bas de page, pour les initiés à la langue norvégienne, nous présentons le texte original.

*

§ 34. Parental responsibility if the parents are or have been married

Parents who are married have collective parental responsibility for the children they have in common.

Parents who obtain separation or divorce may agree that they shall share parental responsibility or that one of them shall be solely responsible. Until an agreement or decision pursuant to the third paragraph of § 38 is made, they share parental responsibility.

If the parents disagree as to who shall have parental responsibility, or with whom the child shall live permanently, either of them may institute legal proceedings in the matter. If they agree, the case may instead be brought before the County Governor. The decision shall first and foremost be taken on the basis of what is best for the child.

If the parents share parental responsibility but the child lives permanently with only one parent, the other parent cannot refuse to allow the parent with whom the child lives to take decisions concerning the direct, everyday care of the child, inter alia such questions as whether the child shall attend kindergarten, or the like. Nor may the parent with whom the child does not live oppose the other parent's moving with the child to another part of the country.

§ 38. Interim decisions regarding parental responsibility or with whom the child shall reside

In legal proceedings concerning parental responsibility the Court, following a request from one of the parties, may determine by ruling which of the parties shall have parental responsibility, until final judgment is made. The Court may adopt an interim decision for the period up to the final judgment in the case.

The rule in the first paragraph shall apply correspondingly to cases concerning the question with whom the child shall reside.

The Court may also adopt an interim decision before proceedings are instituted if there are special grounds for this. At the same time the Court may prohibit the other of the parents from appearing on the property or in the dwelling where the child lives. If a decision is not immediately necessary the Court shall, insofar as possible, allow the other party an opportunity to express an opinion. The judge shall, in the ruling, set a time-limit for the institution of proceedings. If the time-limit expires without prolongation, all decisions taken are null and void.

§ 34. Foreldreansvaret når foreldra er eller har vore gifte.

Foreldre som er gifte, har foreldreansvaret saman for same barn.

Foreldre som separerer eller skil seg, kan avtale at dei skal ha foreldreansvaret saman eller at ein av dei skal ha detleine. Inntil avtale eller avgjerd etter tredje stykket eller § 38 ligg føre, har dei foreldreansvaret saman.

Er foreldra usamde om kven som skal ha foreldreansvaret, eller om kven barnet skal bu saman med fast, kan kvar av dei reise sák om spørsmålet for retten. Er dei samde om det, kan saka istaden gå til fylkesmannen. Avgjerda skal først og fremst rette seg etter det som er best for barnet.

Har foreldra foreldreansvaret saman, men barnet bur fast saman med berre den eine, kan den andre ikkje setje seg mot at den barnet bur saman med, tek avgjerder som gjeld den direkte daglege omsuta for barnet, m.a. spørsmålet om barnet skal vere i barnehage o.l. Den som barnet ikkje bur saman med fast, kan heller ikkje setje seg mot at den andre flytter med barnet til ein annan stad i landet.

§ 38. Førebels avgjerd om foreldreansvaret eller om kven barnet skal bu saman med.

I rettsak om foreldreansvaret kan retten etter krav frå ein part fastsetje i orskurd kven av partane som skal ha foreldreansvaret til rettskraftig avgjerd ligg føre. Retten kan ta førebels avgjerd for tida fram til saka er endeleg avgjerd.

Regelen i første stykket gjeld tilsvarende i sak om kven barnet skal bu saman med.

Retten kan også ta førebels avgjerd for saka er reist, dersom særlege grunnar talar for det. Retten kan samstundes forby den andre av foreldra å kome til den eigedommen eller det bustadhuset der barnet held til. Dersom det ikkje trengst avgjerd straks, skal retten så langt som råd er gje den andre høve til å uttale seg. Dommaren skal i orskurden fastsetje ein frist for å reise saks-mål. Går fristen ut utan forlenging, fell tekne avgjerder bort.

PAYS - BAS

*

La garde conjointe n'existe pas. L'autorité parentale peut être accordée à l'un ou l'autre parent.

Ci-dessous l'art. 161 du Code civil hollandais, 1970, mis à jour le 15 juillet 1986 (Burgerlijk Wetboek).

*

Art. 161. (1) Im Ehescheidungsurteil oder durch spätere Entscheidung ernennt das Gericht⁵⁰ für jedes minderjährige Kind der Ehegatten einen Elternteil zum Vormund und beruft gleichzeitig einen Gegenvormund^{51a}.

(2) Ein Elternteil, der die elterliche Gewalt nicht besitzt, kommt für diese Ernennung nicht in Betracht.

(3) Betraf die im ersten Absatz erwähnte Entscheidung nicht alle Kinder der Ehegatten, so ergänzt das Landgericht sie auf Antrag eines oder beider Elternteile, der Kinderschutzbehörde oder von Amts wegen.

(4) Bis die Vormundschaft von einem gemäß diesem Artikel ernannten Vormund übernommen ist, verbleibt die elterliche Gewalt über die Kinder demjenigen, der sie während des Verfahrens innehatte, und zwar mit denselben Befugnissen und denselben Pflichten, wie er sie bisher hatte.

(5) Das Gericht kann auf Klage beziehungsweise Antrag beider Elternteile oder eines von ihnen eine Regelung über den Umgang zwischen dem Kind und dem Elternteil treffen, der nicht mit der elterlichen Gewalt über das Kind betraut ist oder betraut werden soll. Mangels einer solchen Regelung im Ehescheidungsurteil oder in einer späteren Entscheidung, wie im ersten Absatz bezeichnet, kann diese auch noch vom Vormundschaftsrichter getroffen werden.

PORTUGAL

*

Le Code Civil Portugais actuellement en vigueur date du 25 novembre 1966. L'article 1905, qui permet au tribunal de décider, selon l'intérêt de l'enfant, de l'attribution de la garde à l'un des parents ou à une tierce personne, a été introduit par la loi no 496/77 du 25 novembre 1977.

Voici cet article, extrait du Code Civil Portugais, éd. 1985.

*

art. 1905.º

*Livro IV — Título III***ARTIGO 1905.º**

(Divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento)

1. Nos casos de divórcio, separação judicial de pessoas e bens, declaração de nulidade ou anulação do casamento, o destino do filho, os alimentos a este devidos e a forma de os prestar serão regulados por acordo dos pais, sujeito a homologação do tribunal; a homologação será recusada se o acordo não corresponder ao interesse do menor.

2. Na falta de acordo, o tribunal decidirá de harmonia com o interesse do menor, podendo este ser confiado à guarda de qualquer dos pais ou, quando se verifique alguma das circunstâncias previstas no artigo 1918.º, à guarda de terceira pessoa ou de estabelecimento de educação ou assistência.

3. No caso referido no número anterior será estabelecido um regime de visitas ao progenitor ou progenitores a quem não tenha sido confiada a guarda do filho, a menos que excepcionalmente o interesse deste o desaconselhe.

(Redacção da Dec.-Lei n.º 496/77, de 25/11).

SUEDE

*

L'année 1983 a apporté un changement important dans le Code des Parents suédois.

L'art. 3 du chapitre 6 du Code a été modifié et la garde conjointe après le divorce est devenue automatique.

Les articles 5, 7 et 8 mentionnés à l'art. 3 ci-dessous permettent au juge d'exclure la garde conjointe dans les cas suivants :

- convention entre les parents
- l'intérêt de l'enfant commande au juge de prononcer une garde individuelle
- the "social Welfare Board" le suggère.

*

Loi du 2 juin 1983

"Art. 3 L'enfant est depuis sa naissance placé sous la garde de ses deux parents, si ceux-ci sont mariés l'un avec l'autre, ou autrement sous la garde de sa mère seule. Si les parents contractent mariage plus tard l'un avec l'autre, l'enfant est placé, à partir de ce moment, sous la garde des deux, à moins qu'un tribunal n'ait auparavant confié la garde à un ou deux tuteurs nommés à cet effet.

Si un jugement de divorce est prononcé entre les parents, l'enfant continue nonobstant à être placé sous la garde des deux parents, à moins que cette garde conjointe ne soit dissoute selon les Art. 5, 7 ou 8. Si l'enfant doit être placé sous la garde des deux parents après un jugement de divorce entre ceux-ci, il appartient au tribunal de rappeler dans le jugement que la garde de l'enfant continue à leur incomber conjointement."

(Texte de l'article 3 de la Loi du 2 juin 1983 portant amendement du Code des parents, traduit en français par les soins de l'Ambassade de Suède à Berne.)