RECHT IN KORT BESTEK

4

Frederik Swennen

Familierecht in kort bestek

Derde herziene uitgave

intersentia

Reeks - Recht in kort bestek

De doelstelling van deze reeks is een juridisch vakgebied of thema duiden, op een beknopte maar toch inzichtelijke en ook praktijkrelevante wijze. De doelgroep is de niet-gespecialiseerde professional die kennis wil maken met de belangrijke krachtlijnen en principes in de materie. Voetnoten en bibliografie blijven daarom zeer beperkt.
De reeks staat open voor alle juridische disciplines. Het bindmiddel van de reeks en het vergelijkbare kenmerk van alle boeken is het streven naar "inzicht vanuit de basics".
Onze ambitie: met korte vlot geschreven boeken belangrijke principes en basisregels toelichten.

Over het boek

In dit boek kan de niet-gespecialiseerde jurist in kort bestek kennismaken met het Belgische familierecht.
Het familierecht is het onderdeel van het burgerlijk recht dat het statuut regelt van verhoudingen die enerzijds zijn gebaseerd op de afstamming (verticaal) en anderzijds op de levensgemeenschap tussen volwassenen (horizontaal). Ook de verzorging en bescherming van de personen die zich in zulke verhoudingen bevinden, wordt erin geregeld.
Eerst komt het 'verticale' familierecht aan bod. In deze rechtstak wordt in hoofdzaak georganiseerd hoe kinderen op immaterieel en materieel vlak tot volwassenen worden gesocialiseerd. Eenmaal volwassen, voorziet de wetgever in wederzijdse verzorging en bescherming binnen de familie. Voor deze verzorging en bescherming worden (van dicht naar ver) achtereenvolgens drie kringen van personen aangesproken: de 'ouders' / de 'kinderen', de verwantengroep en de aanverwantengroep. Na de omschrijving wie binnen deze groepen valt, wordt de inhoud van de verzorging en bescherming ontleed.
Vervolgens wordt het 'horizontale' familierecht behandeld. In deze rechtstak wordt geregeld hoe volwassenen een levensgemeenschap kunnen vormen en welke verzorging en bescherming zij elkaar dan behoren te bieden. Ook komt erin aan bod of en op welke wijze zij de levensgemeenschap kunnen beëindigen.
Ons recht bevat regels over drie soorten levensgemeenschappen: het huwelijk, de wettelijke samenwoning en de feitelijke samenwoning. Deze regels komen achtereenvolgens aan bod.

Over de auteur

Prof. dr. Frederik Swennen doceert sinds 2002 personen- en familierecht aan de Universiteit Antwerpen. Hij studeerde rechten aan de universiteiten van Antwerpen en Kaapstad (Zuid-Afrika). Hij doctoreerde als aspirant FWO en assistent aan de Universiteit Antwerpen over Geestesgestoorden in het burgerlijk recht (Antwerpen, Intersentia, 2000). Nadien was hij referendaris bij het Parket-generaal bij het Hof van Cassatie. Sinds 2006 is hij advocaat aan de balie te Brussel (GREENILLE).

www.intersentia.be

ISBN 978-90-5095-769-4

9 789050 957694

FAMILIERECHT IN KORT BESTEK

Nr. 4

FAMILIERECHT IN KORT BESTEK

Frederik Swennen

3de herziene uitgave

2008

intersentia

Antwerpen – Oxford

RECHT IN KORT BESTEK

Nr. 1 – Alain Verbeke, *Belgisch erfrecht in kort bestek*, 2002, eerste uitgave, 2003, tweede herziene uitgave

Nr. 2 – Alain Verbeke, *Bijzondere overeenkomsten in kort bestek*, 2004, eerste uitgave, Bernard Tilleman en Alain Verbeke, 2005, tweede herziene uitgave, 2006, derde herziene uitgave, Alain Verbeke, Nicolas Carette, Nele Hoekx en Kristof Vanhove, 2007, vierde herziene uitgave

Nr. 3 – Frederik Swennen, *Personenrecht in kort bestek*, 2005, eerste uitgave, 2007, tweede herziene uitgave, 2008, derde herziene uitgave

Nr. 4 – Frederik Swennen, *Gezins- en familierecht in kort bestek*, 2005, eerste uitgave, *Familierecht in kort bestek*, 2007, tweede herziene uitgave, 2008, derde herziene uitgave

Nr. 5 – Bart De Smet, *Jeugdbeschermingsrecht in kort bestek*, 2005

Nr. 6 – Yves Montangie (ed.), *Mededingingsrecht in kort bestek*, 2006

Nr. 7 – Jan Wouters, *Internationaal recht in kort bestek*, 2006

Nr. 8 – Vincent Sagaert, Bernard Tilleman en Alain Verbeke, *Vermogensrecht in kort bestek. Goederen- en bijzondere overeenkomstenrecht*, 2007

Familierecht in kort bestek
Frederik Swennen

© 2008 Frederik Swennen en Intersentia
Antwerpen – Oxford
http://www.intersentia.be

ISBN 978-90-5095-769-4
D/2008/7849/17
NUR 822

Alle rechten voorbehouden. Behoudens uitdrukkelijk bij wet bepaalde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt, op welke wijze ook, zonder de uitdrukkelijke voorafgaande toestemming van de uitgever.

WOORD VOORAF

Dit boek verschijnt in de reeks *Recht in kort bestek*.
Het concept van die reeks is: de niet-gespecialiseerde jurist op beknopte, inzichtelijke en praktijkrelevante wijze een analyse bieden van de krachtlijnen van een bepaald vakgebied.
De student valt als niet-gespecialiseerde jurist in wording binnen de doelgroep van de reeks. Dit boek vormt dan ook de helft van de cursus voor het opleidingsonderdeel Personen- en Familierecht, dat ik doceer aan de studenten van het 1ste en het 3de bachelorjaar van de Universiteit Antwerpen.
De inhoud van dit boek strekt ertoe de lezer aan te zetten tot de zelfstandige beoefening van de wetenschap. Hiertoe tracht ik in eerste instantie kennis bij te brengen van (de vindplaats van) de technische regels van het familierecht en de structuur ervan. Ik tracht er ook de aard, betekenis en gevolgen van te duiden. Op die manier kan inzicht worden verworven in de aard en de samenhang (of onsamenhangendheid) van de regels. Met die kennis van wet en wetmatigheid kan de lezer vervolgens zelf verder.

De materie wordt in kort bestek behandeld, dit is met name zonder uitgebreid voetnotenapparaat en bibliografie. De lezer krijgt wel de nodige verwijzingen mee naar de basiswerken in het vakgebied en naar nuttige publicaties over bijzondere onderdelen.
In voetnoot wordt enkel verwezen naar de belangrijkste arresten van de hoogste internationale en nationale gerechtshoven.

Ik ben in het personen- en familierecht opgevoed door mijn voorganger Fons Heyvaert, mede aan de hand van diens *Personen- en gezinsrecht ont(k)leed* (laatste uitgave bij Kluwer, 2002). Die opvoeding blijkt uit de navolgende tekst. Bovendien heeft Fons Heyvaert de eerste versie van het manuscript grondig nagelezen en van waardevolle opmerkingen voorzien. Daarvoor dank ik hem bijzonder.

WOORD VOORAF BIJ DE EERSTE UITGAVE

Mijn academische medewerker Gunter Maes heeft geholpen bij de verzameling van de bibliografische verwijzingen. Deze zijn, met het voetnotenapparaat, deskundig op punt gesteld door de uitgever bij Intersentia, Kris Moeremans. Hij heeft, zoals steeds, tijd noch moeite gespaard om snel een mooie en – voor de studenten van belang – goedkope uitgave te verzorgen.

Prof. dr. Frederik Swennen
10 juni 2005

WOORD VOORAF BIJ DE TWEEDE UITGAVE

Het recht, zeker het personen- en familierecht, is voordurend in beweging.
Het rustig kabbelende beekje dat het vakgebied lang was, is veranderd in een woelige zee.

Voor deze tweede uitgave is de tekst van het boek dan ook geheel herwerkt. De stof is systematisch bijgehouden tot 1 november 2006. Voor belangrijke leerstukken is in de mate van het mogelijke nog rekening gehouden met wijzigingen na die datum, bv. met de Wet houdende diverse bepalingen van eind 2006.

Voor de verzameling van het meeste nieuwe bronnenmateriaal heb ik voor deze uitgave een beroep kunnen doen op mijn assistente Annelore Huygens. Mijn assistente Riki Heps heeft tijdig voor gecoördineerde versies van de belangrijkste gewijzigde wetteksten kunnen zorgen; geen sinecure met wetgeving die gefaseerd, met opeenvolgende reparaties, tot stand komt.

Ik nodig de lezer van dit boek graag uit om mij met opmerkingen, vragen en suggesties te contacteren.

Prof. dr. Frederik Swennen
Sinterklaasdag 2006

WOORD VOORAF BIJ DE DERDE UITGAVE

Tijdens het laatste parlementaire jaar van de 51ste legislatuur heeft de Paarse Regering in het vooruitzicht van een verkiezingsnederlaag nog een rist wetswijzigingen doorgevoerd, onder meer in ethisch geladen materies zoals het personen- en familierecht. De woelige zee van het vakgebied is daarom ontaard in een ware storm. De tekst van het boek is voor de derde uitgave dan ook opnieuw geheel herwerkt in het licht van onder meer de volgende wetswijzigingen in het familierecht:

- Wet 9 mei 2006 tot wijziging van artikel 145 van het Burgerlijk Wetboek, *B.S.* 30 april 2007, err. *B.S.* 21 mei 2007.
- Wet 28 maart 2007 tot wijziging, wat de regeling van het erfrecht van de langstlevende wettelijke samenwonende betreft, van het Burgerlijk Wetboek en van de wet van 29 augustus 1988 op de erfregeling inzake landbouwbedrijven met het oog op het bevorderen van de continuïteit, *B.S.* 8 mei 2007.
- Wet 25 april 2007 tot invoeging van een artikel 391*sexies* in het Strafwetboek en tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek met het oog op de strafbaarstelling en het uitbreiden van de middelen tot nietigverklaring van het gedwongen huwelijk, *B.S.* 15 juni 2007.
- Wet 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding, *B.S.* 7 juni 2007.
- Wet 10 mei 2007 tot tenuitvoerlegging van Verordening (EG) nr. 2201/2003 van de Raad van 27 november 2003 betreffende de bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in huwelijkszaken en inzake de ouderlijke verantwoordelijkheid (...), *B.S.* 21 juni 2007.
- Wet 10 mei 2007 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek ter bevordering van de erfrechtelijke bescherming van buitenhuwelijkse kinderen, *B.S.* 3 augustus 2007.
- Wet 15 mei 2007 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het huwelijk tussen aanverwanten, *B.S.* 29 juni 2007.
- Wet 6 juli 2007 betreffende de medische begeleide voortplanting en de bestemming van de overtallige embryo's en de gameten, *B.S.* 17 juli 2007.

Ook werden de meest relevante arresten van de hoogste internationale en nationale rechtscolleges verwerkt en is uit de overvloedige rechtsleer een zinvolle selectie gemaakt.

Er zijn twee nieuwigheden ten opzichte van de tweede uitgave. Op de eerste plaats blijft de rechtspleging in personen- en familierechtelijke materies voortaan als regel buiten beschouwing om binnen de perken van het kort bestek te kunnen blijven. Ik hoop op een "Familiaal procesrecht in kort bestek" op korte termijn. Op de tweede plaats ging meer aandacht naar beleidsmatige of rechtstechnische discussiepunten, die kort worden gesitueerd om tijdens de colleges te worden uitgediept.

De documentatie voor deze derde uitgave werd mee verzameld door Annelore Huygens, aspirant FWO-Vlaanderen en door mijn assistente Riki Heps. Mijn academische medewerkster Elisabeth Alofs nam het nazicht van de drukproef voor haar rekening. Ik dank hen daarvoor hartelijk.

Deze derde uitgave werd in tijden van moeilijke regeringsonderhandelingen en sterke verklaringen over het voortbestaan van ons land op gepaste wijze afgesloten op 15 november 2007.

Opmerkingen, vragen en suggesties blijven welkom via e-mail: frederik.swennen@ua.ac.be.

Prof. dr. Frederik Swennen
Koningsdag 2007

INHOUD

WOORD VOORAF v

ALGEMENE INLEIDING EN TENDENSEN 1

Begrippen 1
Ontstaan 4
Eenheid en verscheidenheid 5
Categorie en feit 8
Contractualisering en verstatelijking 9
Einde van het familierecht? 11
Mensenrechten en familierecht 12
Samenhang met personenrecht 13
Hefboomfunctie 14
De relativiteit van het recht 14
De rechtsbronnen 15

HOOFDSTUK I. INLEIDING TOT HET VERTICALE FAMILIERECHT – PLAN 19

I.1. Wat? 19
I.2. Wie? 20
2.1. 'Ouders' 20
2.2. Verwanten en aanverwanten 25
2.3. Ordening 25

HOOFDSTUK II. DE OORSPRONKELIJKE OF DECLARATIEVE AFSTAMMING 27

II.1. Historiek 29
1.1. 1804 29
1.2. Langzame afbrokkeling 30
1.3. Het arrest-Marckx 30
1.4. De Afstammingswet 1987 31
1.5. De Afstammingswet 2006 33
1.6. Afnemend belang van het afstammingsrecht 34
II.2. Kapstokken 34

2.1. Sociale functie van de afstamming 34
2.2. Grondslag van de afstamming 34
A. Wat? 35
B. Biologische band. 35
C. Bezit van staat 37
D. De wil als grondslag. 38
2.3. Materieel bewijs van de afstamming 40
2.4. Formeel bewijs van de afstamming 42
2.5. Sociale functionering van de afstamming en het belang van het kind 43
A. Situering. 43
B. Bezit van staat 44
C. Incest 45
D. Verkrachting van de moeder door de man die het vaderschap opeist 46
E. Vetorecht van het meerderjarige of ontvoogde minderjarige kind 48
F. Kennelijke strijdigheid met het belang van het kind 48
2.6. Voorwerp van het afstammingsrecht 50
II.3. De afstammingsvorderingen 51
3.1. Begrip 51
3.2. Kenmerken. 51
II.4. De van rechtswege gevestigde afstamming 54
4.1. Vestiging. 54
A. Afstamming langs moederszijde: *mater semper certa est* 54
B. Afstamming langs vaderszijde: *pater is est quem iustae nuptiae demonstrant*. 55
4.2. Betwisting 59
A. Gemeenschappelijke regels. 59
B. Afstamming langs moederszijde 59
C. Afstamming langs vaderszijde 60
Rechtstreekse betwisting. 61
Impliciete betwisting. 63
II.5. De erkenning 64
5.1. Vestiging. 64
A. Gemeenschappelijke regels. 64
Aard 64
Vorm. 64
De erkenner. 64
Het erkende kind 65

Toestemming en verzet 66
B. Afstamming langs moederszijde 67
C. Afstamming langs vaderszijde 68
5.2. Betwisting 69
II.6. Gerechtelijke vaststelling 70
6.1. Vestiging 70
A. Gemeenschappelijke regels 70
B. Afstamming langs moederszijde 72
C. Afstamming langs vaderszijde 72
6.2. Betwisting 73
II.7. De inhoud van de oorspronkelijke afstamming 74

HOOFDSTUK III. DE ADOPTIEVE OF CONSTITUTIEVE AFSTAMMING: ADOPTIE 75

III.1. Situering 77
Begrippen 77
Soorten 78
Regelgeving op drie niveaus 79
Plan 80
III.2. Historiek 80
III.3. Totstandkoming van de adoptie 81
3.1. Grondvoorwaarden 81
A. Wettige redenen 81
B. Hoger belang van de minderjarige 82
C. Wettige belangen verrekenen 82
D. Invloed van het relatierecht 83
Adoptant(en) 83
Geadopteerde 86
E. Geen adoptie tussen (aan)verwante adoptant en geadopteerde 86
Ouderadoptie 86
Andere (aan)verwanten 86
Echtgenoten 87
F. Leeftijds(verschil)vereisten 87
Adoptant 87
Geadopteerde 87
G. Adoptiebekwaamheid en -geschiktheid voor adoptie van minderjarigen 88
H. In leven zijn 88
Adoptant 88
Geadopteerde 89

I. Opeenvolgende adopties 89
Nieuwe adoptie 89
Stiefouderadoptie van een adoptiekind 89
Omzetting van de adoptie 90
J. Toestemmingen 90
Wie moet toestemmen en wanneer? 90
Voorwerp 91
Vertegenwoordiging 91
Intrekking en weigering van toestemming 91
Vorm 92
III.4. Inhoud van de adoptie 92
4.1. Gemeenschappelijke inhoud van de gewone en de volle adoptie 92
Beginsel 92
Nationaliteit 93
Namen 93
Adelrecht 94
Latere vaststelling van de oorspronkelijke afstamming 94
Kennis van herkomst 94
4.2. Bijzondere inhoud van de gewone adoptie 94
Ouderlijk gezag 95
Huwelijksbeletselen 95
Levensonderhoud 96
Erfrecht 96
Wettelijke voogdij 96
4.3. Bijzondere inhoud van de volle adoptie 97
III.5. Einde van de adoptie 97
Nietigheid 97
Herroeping 97
Herziening 98
Overlijden 98
Voogdij en terugplaatsing onder het ouderlijk gezag 98
Nieuwe adoptie 99

HOOFDSTUK IV. AFGESPLITSTE AFSTAMMING 101

IV.1. Situering 102
1.1. Afstamming zonder volwaardig ouderschap 102
1.2. Ouderschap zonder volwaardige afstamming 102
Onwenselijk ouderschap 103
Sociaal ouderschap 103

IV.2. Vordering tot uitkering voor levensonderhoud tegen de vermoedelijke verwekker . . . 106
2.1. Situering . . . 107
2.2. Grondvoorwaarden . . . 108
Kind van wie afstamming langs vaderszijde niet vaststaat . . . 108
De vermoedelijke verwekker . . . 109
De verwekking door geslachtsgemeenschap? . . . 109
De moederlijke afstamming . . . 110
2.3. Gevolgen . . . 110
Beginsel . . . 110
Uitkering tot levensonderhoud, opvoeding en passende opleiding . . . 111
Huwelijksbeletselen . . . 111
IV.3. Pleegvoogdij . . . 111
3.1. Situering . . . 111
3.2. Grondvoorwaarden . . . 111
3.3. Vormvoorwaarden . . . 112
3.4. Gevolgen . . . 112
3.5. Einde . . . 113

HOOFDSTUK V. VERWANTSCHAP . . . 115

V.1. Situering . . . 115
Begrip . . . 115
Grondslag . . . 116
V.2. Verwantschapssystemen . . . 117
V.3. Verwantschapslijnen en -graden . . . 117
De lijnen . . . 117
De graden . . . 118
V.4. Gevolgen van de verwantschap . . . 118
Beginsel . . . 118
Levensonderhoud . . . 118
Erfrecht . . . 119
Huwelijksbeletselen . . . 119
Verbod tot tweezijdige vaststelling van de afstamming . . . 119
Familiale rechten en plichten . . . 119

HOOFDSTUK VI. AANVERWANTSCHAP . . . 121

VI.1. Situering . . . 121
VI.2. Gevolgen . . . 123
Beginsel . . . 123

Levensonderhoud 123
Huwelijksbeletselen. 123
Verbod tot tweezijdige vaststelling van de afstamming 123
Familiale rechten en plichten 124

HOOFDSTUK VII. ONDERHOUDSRECHT 125

VII.1. Situering. 126
VII.2. Algemene beginselen 128
2.1. Kenmerken. 128
Behoefte versus draagkracht 128
Onwaardigheid versus onvrijwilligheid 129
In geld of in natura 129
Vaststelling *rebus sic stantibus*. 130
Wederkerig 130
Persoonlijk 130
Dwingend recht 131
2.2. Pluraliteit van onderhoudsplichtigen of -gerechtigden. 131
2.3. Verhaal 132
2.4. Verjaring. 132
2.5. Handhavingsrecht. 133
VII.3. Afstamming 135
3.1. Oorspronkelijke afstamming 135
A. Welke kinderen? 135
B. Voorwerp van de verplichting 136
C. *Obligatio* en *contributio*. 136
D. Handhaving. 138
3.2. Adoptieve afstamming. 139
3.3. Afgesplitste afstamming 139
A. Vordering tot uitkering voor levensonderhoud tegen de vermoedelijke verwekker 139
B. De pleegvoogd. 140
C. De biologische ouder 140
D. De stiefouder 140
VII.4. Verwantschap 141
VII.5. Aanverwantschap. 142
VII.6. Onderhoudsvorderingen tegen de nalatenschap. 143
VII.7. Erfrecht 144

HOOFDSTUK VIII. GEZAG EN CONTACT 147

VIII.1. Gezag 148
1.1. Situering en evoluties. Het Kinderrechtenverdrag 149
1.2. Inhoud van het gezag 152
A. Minderjarigen 152
B. Meerderjarigen 154
1.3. Over wie wordt gezag uitgeoefend? 154
A. Minderjarigen 154
B. Meerderjarigen 155
1.4. Door wie wordt gezag uitgeoefend? 155
A. Ouders 155
Regels 155
Bijzonderheden voor niet-samenlevende ouders. 156
B. Voogdij 158
C. Pleegouderschap 159
D. Overdracht van de materiële bewaring. 160
E. Wet Bescherming Persoon Geesteszieke 160
F. Feitelijk gezag 161
VIII.2. Contact. 161
2.1. Situering 161
2.2. Wie?. 162
2.3. Hoe?. 164
2.4. Wat?. 164
VIII.3 Handhaving van gezag en contact. 164
VIII.4. Overheidstussenkomst in de opvoeding van minderjarigen 168
4.1. Situering 168
4.2. Algemene grondslagen voor rechterlijke tussenkomst 169
4.3. Maatregelen over de ouders. 171
A. Voogdij over sociale uitkeringen 171
B. Ouderstage 172
C. Opvoedingsbijstand 172
D. Ontzetting van het ouderlijk gezag 173
4.4. Maatregelen over minderjarigen wegens een als misdrijf omschreven feit (‘MOF’) 174
4.5. Maatregelen in problematische opvoedingssituaties (‘POS’). . . 178
A. Begrip 178
B. Buitengerechtelijke fase. 178
C. Gerechtelijke fase: de afdwingbare pedagogische maatregel 179

HOOFDSTUK IX. INLEIDING TOT HET HORIZONTALE FAMILIERECHT – PLAN 181

A. Begrip 181
B. Vormen 182
C. Mensenrechten 183

HOOFDSTUK X. HUWELIJK 187

X.1. Situering en historiek 190
X.2. Aangaan 193
2.1. Grondvoorwaarden 194
A. Leven 194
B. (Functioneel) geslacht(sleven) 194
C. Toestemming 196
Algemeen 196
Afwezigheid van toestemming gericht op een levensgemeenschap 197
Wilsgebreken 198
D. Bekwaamheid 202
Minderjarigen 202
Meerderjarige onbekwamen 203
E. Huwelijksgeschiktheid? 204
F. Geen huwelijk tussen meer dan twee personen 204
G. Geen nauwe (aan)verwantschap tussen de echtgenoten . . 206
2.2. Vormvoorwaarden en preventieve controle 210
2.3. Nietigheid van het huwelijk 212
2.4. Bewijs 214
X.3. Inhoud 215
3.1. Algemeen 215
Situering 215
Bekwaamheid van de echtgenoten 216
Beroepskeuze 216
Gebruik van de naam van de andere echtgenoot 217
Ontvangst, besteding en bestuur van inkomsten 217
Opening van rekeningen en huur brandkast 218
Schenkingen en persoonlijke borgstellingen 218
Lastgeving tussen echtgenoten 218
Machtiging en indeplaatsstelling 218
3.2. Persoonsrechtelijke inhoud van het huwelijk 219
A. Samenwoning 220
B. Bijstand 221
C. Getrouwheid 221

D. Normale seksuele betrekkingen onderhouden 222
E. Voortplanting 223
3.3. Vermogensrechtelijke inhoud van het huwelijk 224
A. De bescherming van de voornaamste gezinswoning en het huisraad 224
Op de voornaamste gezinswoning rust een zakelijk recht 225
De voornaamste gezinswoning wordt gehuurd 225
De bescherming van het huisraad 227
B. De hulp- en bijdrageplichten 227
De hulpplicht 227
De bijdrageplicht 227
Verband en onderscheid tussen de hulp- en bijdrageplichten 229
Handhaving 229
C. De hoofdelijke gehoudenheid 231
3.4. Dringende voorlopige maatregelen 231
A. Situering 231
B. Toepassingsvoorwaarden 232
Grof plichtsverzuim of ernstige verstoring van de verstandhouding 232
Dringende voorlopige maatregelen 233
C. De maatregelen 234
Verboden maatregelen 235
Persoon en goederen van de echtgenoten 235
Persoon en goederen van de kinderen 236
Persoon en goederen van derden 236
Buitengewone maatregelen in geval van absolute hoogdringendheid 237
D. Geldingsduur 238
3.5. Nietigverklaring van handelingen 239
3.6. De feitelijke scheiding 240
Situering 240
Soorten 240
Gevolgen 241
X.4. Ontbinding 242
4.1. Ontbinding door overlijden 243
4.2. Ontbinding door echtscheiding: inleiding 244
A. Situering 244
Begrip 244
Ontbinding door de rechter 244

Volgens een wettelijke procedure en op wettelijke gronden . . . 245
De gevolgen van de echtscheiding . . . 247
Mensenrechten . . . 248
B. Het Belgische echtscheidingsrecht . . . 249
De echtscheiding zonder onderlinge toestemming . . . 249
De echtscheiding met onderlinge toestemming . . . 252
Verhouding tussen EOO en EOT . . . 252
4.3. De echtscheiding op grond van de onherstelbare ontwrichting van het huwelijk (EOO) . . . 253
A. De gronden . . . 253
Algemene opmerkingen . . . 253
De dadelijke EOO . . . 254
De feitelijke scheiding en het herhaalde verzoek tot echtscheiding . . . 257
Algemeen . . . 257
EOO op grond van feitelijke scheiding . . . 257
EOO op grond van een herhaald verzoek . . . 258
B. Voorlopige maatregelen . . . 259
Situering . . . 259
Geldingsduur . . . 261
C. De gevolgen van de EOO . . . 262
De ontbinding ex nunc van het huwelijk . . . 262
Wederzijds verval van voordelen (art. 299) . . . 263
De onderhoudsuitkering na echtscheiding (art. 301) . . . 263
Situering . . . 263
Onderhoudsovereenkomst . . . 264
Gerechtigheid . . . 265
Begroting . . . 266
Modaliteiten . . . 267
Beëindiging . . . 268
Handhaving . . . 270
De kinderen . . . 270
4.4. Echtscheiding door onderlinge toestemming . . . 270
A. Algemene opmerkingen . . . 270
B. Voorwaarden . . . 272
Een voorafgaande overeenkomst . . . 272
Waarover tijdens de procedure overeenstemming blijft bestaan . . . 273
Wijzigingen aan de voorafgaande overeenkomst tijdens de procedure . . . 274

Op het initiatief van de rechtbank. 274
Op het initiatief van de echtgenoten 276
C. Gevolgen 276
De ontbinding *ex nunc* van het huwelijk 276
Wijzigingen aan de voorafgaande overeenkomst 277
4.5. Scheiding van tafel en bed 278

HOOFDSTUK XI. WETTELIJKE SAMENWONING 281

XI.1. Situering en historiek. 282
XI.2. Aangaan. 284
2.1. Grondvoorwaarden 284
2.2. Vormvoorwaarden 285
XI.3. Inhoud 285
3.1. Primair wettelijk samenwoningsrecht. 286
A. Persoonsrechtelijke gevolgen 286
B. Vermogensrechtelijke gevolgen 286
3.2. Secundair wettelijk samenwoningsrecht. 287
A. Wettelijk stelsel. 287
B. Samenwoningsvermogenscontracten 288
3.3. Dringende voorlopige maatregelen 288
XI.4. Ontbinding 289
4.1. Gronden en procedure 289
4.2. De gevolgen 289
A. Algemeen. 289
B. Ontbinding door overlijden 290

HOOFDSTUK XII. FEITELIJKE SAMENWONING 293

XII.1. Situering en historiek. 293
XII.2. Inhoud van het bestaan van de feitelijke samenwoning 296
2.1. Persoonsrechtelijke inhoud 297
2.2. Vermogensrechtelijke inhoud 297
2.3. Tegenstelbaarheid 298
2.4. Dringende voorlopige maatregelen 298
XII.3. Gevolgen van het einde van de feitelijke samenwoning. 298

ALGEMENE INLEIDING EN TENDENSEN

Inhoud

Begrippen 1
Ontstaan 4
Eenheid en verscheidenheid 5
Categorie en feit 8
Contractualisering en verstatelijking 9
Einde van het familierecht? 11
Mensenrechten en familierecht 12
Samenhang met personenrecht 13
Hefboomfunctie 14
De relativiteit van het recht 14
De rechtsbronnen 15

J. De Munck, "Le droit est-il encore émancipatoire ?", *J. dr. jeun.* 2005, n° 248, 38 – M.A. Glendon, "Introduction: Family Law in a Time of Turbulence", in *I.E.C.L.*, vol. IV, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006 – A. Heyvaert, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed*, Mechelen, Kluwer, 2002 – K. Raes, *Liefde's onrecht. Het onmogelijke huwelijk tussen liefde en recht*, Gent, Mys & Breesch, 1998 – J.-L. Renchon, "Le droit de la personne et de la famille: de l'indisponibilité à l'autodétermination", in D. Heirbaut & G. Martyn (eds.), *Napoleons nalatenschap. Tweehonderd jaar Burgerlijk Wetboek in België*, Mechelen, Kluwer, 2004, 99 e.v; H. Willekens, "Explaining Two Hundred Years of Family Law in Western Europe", *Recht der Werkelijkheid* 1997, I, 59.

Vanuit andere sociale wetenshappen bekeken: R. Cliquet, "Sociobiologie van het gezin", *Recht der Werkelijkheid* 1997, I, 25 – R. Cliquet and D. Avramov, "The future of the family: A sociobiological approach", in K. Matthijs (ed.), *The Family,* Leuven University Press, 1998, 159, 161 e.v. – P. De Groote en V. Truwant, *Demografie en samenleving*, Universitaire Pers Leuven, 2003 – H. Willekens, "Het gezinsrecht in de sociale wetenschappen", *Recht der Werkelijkheid* 1997, I, 1.

Begrippen

1. Het familierecht is het burgerlijk recht over *ouderschap* enerzijds en *paarvorming* anderzijds (samen: *gezin, famille nucléaire, nuclear family*; zie verder). Voortbouwend op het ouderschap en de paarvorming betreft het familierecht de *verwantschap* en de *aanverwantschap* (familie, *famille, extended family*; zie verder).

2. De *familie* (bv. art. 331*nonies*, 3de lid, 5de streepje, art. 393, art. 488*bis,* c) is de groep van natuurlijke personen tussen wie een socio-juridische verhouding bestaat op grond van de afstamming of via de afstamming om (verwantschap en aanverwantschap). Dikwijls rekent men tot deze groep van personen ook degene(n) met wie men buiten de afstamming om een levensgemeenschap vormt (of zal vormen of heeft gevormd), kortweg de 'partner'.
Binnen de familie (*famille, extended family*) en het familierecht onderscheidt men het *gezin* (bv. art. 214, 215, 222, 224, 488*bis,* c) en het gezinsrecht. Het *gezin* is de groep van familieleden en hun partners die doorgaans een huishouden vormen – of soms ook: zullen vormen of hebben gevormd. In de sociologie wordt nog specifieker met kerngezin bedoeld, de samenwonende ouder(s) en (hun) ongehuwde kinderen. In de Franse en de Engelse taal bestaat het begrip 'gezin' niet; men benoemt het als '*famille nucléaire*'/'*noyau familial*'; '*nuclear family*'.
Een *huishouden* is een groep van personen die samenleven en samen een huishouding voeren. Het gezin is een *species* van dit *genus*.

3. Het begrip gezin mag niet worden verward met het begrip *gezinsleven* ('*family life*', '*vie familiale*') in de zin van art. 8 Verdrag Mensenrechten. Gezinsleven kan ook bestaan met iemand die van het gezin geen deel uitmaakt: familierechtelijke betrekkingen of daarmee deels vergelijkbare feitelijke betrekkingen volstaan. Het gezinsleven wordt in ons recht voornamelijk onder andere noemers beschermd, bv. als 'bezit van staat' (art. 331*nonies*) of 'bijzonder affectieve band' (art. 375*bis*).

4. Familierechtelijke verhoudingen zijn *verhoudingen van staat* (hierover *Personenrecht in kort bestek*), omdat ze op abstracte wijze mee iemands rechtstoestand bepalen.
Het aanknopingspunt ervoor is een persoonlijke – dit is een niet louter vermogensrechtelijke – verhouding die tussen de betrokkenen bestaat, bv. een seksuele verhouding of een (vermoede) bloedband.
De rechtstoestand wordt door de verhouding van staat zowel op persoons- als op vermogensrechtelijk vlak bepaald.[1] Zo mogen gehuwden enkel met elkaar seks hebben (art. 213, art. 229) en mogen ze niet zonder elkaars instemming beschikken over zakelijke of huurrechten op het onroerend goed dat hun voornaamste gezinswoning is (art. 215).

[1] Cf. Hof Mensenrechten (1ste Kamer), nr. 68864/01, 22 december 2004, Merger en Cros t. Frankrijk, www.echr. coe.int, § 46: het familieleven betreft niet enkel de sociale, morele en culturele betrekkingen, bv. in verband met de opvoeding van kinderen; het omvat ook materiele belangen, zoals het onderhouds- en het erfrecht.

Private huishoudens – België (1991-2005)

Aard der huishoudens	Percentage			
	1991	2003	2004	2005
België	**100,0 %**	**100,0 %**	**100,0 %**	**100,0 %**
Niet-familiale huishoudens				
– alleenwonende mannen	11,8 %	14,8 %	15,1 %	15,3 %
– alleenwonende vrouwen	16,6 %	17,6 %	17,6 %	17,7 %
– personen die geen familiekernen vormen (a)	3,0 %	5,1 %	5,3 %	5,5 %
Huishoudens met 1 familiekern				
– echtparen zonder kinderen	22,9 %	21,7 %	21,5 %	21,4 %
– echtparen met ongehuwde kinderen	35,7 %	27,7 %	26,9 %	26,2 %
– vaders met ongehuwde kinderen	1,8 %	3,2 %	3,4 %	3,6 %
– moeders met ongehuwde kinderen	7,3 %	9,1 %	9,3 %	9,5 %
Huishoudens met meerdere familiekernen (b)	0,8 %	0,8 %	0,8 %	0,8 %
Type huishouden onbekend	0,0 %	0,0 %	0,0 %	0,0 %

(a) Bijvoorbeeld twee mensen van gelijk of verschillend geslacht die officieel samenwonen, of twee broers of zussen die onder hetzelfde dak wonen.
(b) Bijvoorbeeld gezinnen bestaande uit twee of drie generaties of twee éénoudergezinnen waarbij de ouders samenwonen maar niet gehuwd zijn.
Een familiekern bestaat uit een wettelijk gehuwd paar met of zonder ongehuwde kinderen, of uit een vader of moeder met één of verscheidene ongehuwde kinderen (een familiekern kan dus maar een deel van een huishouden zijn).

Bron: 1991, Volks- en woningtelling Algemene Directie Statistiek en Economische Informatie (toestand op 1 maart); vanaf 1998, Rijksregister (toestand op 1 januari) – berekeningen Algemene Directie Statistiek en Economische Informatie.

5. Gezin en familie worden nergens als *rechtspersonen* behandeld. De enige rechtsinstelling die zo een behandeling benadert, is het huwelijksvermogen dat tussen echtgenoten bestaat. Voor het overige zijn de rechtsbegrippen gezin en familie noemers om de leden ervan, op individuele titel, rechten en plichten toe te kennen in verhouding tot de andere leden in de verhouding van staat in het bijzonder en andere deelnemers aan het rechtsverkeer in het algemeen.

Familiekernen – België (1991-2005)

Familiekernen (a) naar het aantal kinderen	Percentage			
	1991	**2003**	**2004**	**2005**
België	**100,0 %**	**100,0 %**	**100,0 %**	**100,0 %**
Echtparen zonder kinderen	33,9 %	35,1 %	35,1 %	35,1 %
Echtparen met 1 ongehuwd kind	22,4 %	18,0 %	17,6 %	17,2 %
Echtparen met 2 ongehuwde kinderen	20,0 %	17,7 %	17,4 %	17,1 %
Echtparen met 3 of meer ongehuwde kinderen	9,7 %	8,6 %	8,5 %	8,4 %
Vaders met 1 of meer ongehuwde kinderen	3,0 %	5,4 %	5,8 %	6,2 %
Moeders met 1 of meer ongehuwde kinderen	11,0 %	15,1 %	15,6 %	16,0 %

(a) Een familiekern bestaat uit een wettelijk gehuwd paar met of zonder ongehuwde kinderen, of uit een vader of moeder met één of verscheidene ongehuwde kinderen (een familiekern kan dus maar een deel van een huishouden zijn).

Bron: 1991, Volks- en woningtelling Algemene Directie Statistiek en Economische Informatie (toestand op 1 maart); vanaf 1998, Rijksregister (toestand op 1 januari) – berekeningen Algemene Directie Statistiek en Economische Informatie.

6. In zoverre er een (verdragsrechtelijk) recht bestaat om een gezin te stichten en om in de beleving daarvan te worden beschermd (zie verder), moet er een zuiver gezinsrecht komen. Daarmee bedoel ik dat niet enkel aanspraken tussen individuele leden van een gezin moeten worden geregeld, maar dat de wetgever of rechter zich moet kunnen richten tot het gezin als geheel.
Zo kan de vrederechter op grond van art. 223 dringende voorlopige maatregelen bevelen als de *echtgenoten* hun plichten verzuimen of als de verstandhouding *tussen hen* is verstoord. Die maatregelen kunnen onder meer de kinderen betreffen met wie die echtgenoten een gezin vormen. Waarom zou art. 223 dan niet ruimer kunnen worden geformuleerd als mogelijkheid voor de vrederechter om maatregelen te treffen over alle problematische gezinssituaties, zonder dat daarom de oorzaak van het probleem bij de echtgenoten moet liggen?

Ontstaan

7. De *functies* van familie en gezin zijn ontstaan en gegroeid uit de (steeds) langer durende afhankelijkheid van kinderen, doordat het leerproces om te overleven in de leefomgeving ingewikkelder is geworden sinds die omgeving geen leven als plukgemeenschap meer toelaat.

Als gevolg daarvan moet een beperkte groep volwassenen – in eerste instantie (als regel) de moeder – intensief zorg dragen voor de kinderen die van de gemeenschap deel uitmaken. Dit is de eerste en voornaamste functie van familie en gezin.
De investering van (in eerste instantie) moeders in die verzorging, liet hen minder toe voor zichzelf te zorgen. Daarom moesten andere volwassenen zorg dragen voor de moeders. Hiertoe ontstond de paarvorming gebaseerd op seksualiteit, meestal tussen de moeder en de vader van haar kinderen. Paarvorming is de tweede functie van familie en gezin.

Kwadranten van het familierecht

Seksualiteit	Paarvorming
Voortplanting	Ouderschap

8. Grofweg gezien bestaat het familierecht bijgevolg uit verticale en horizontale verhoudingen en de kruispunten ertussen.
De *verticale, generatieoverschrijdende verhoudingen* omvatten de voortplanting (ruimer: afstamming) en het ouderschap. Ze strekken ertoe de familie als groep van personen – en daardoor de menselijke soort in het algemeen – te doen overleven. Ze komen aan bod van Hoofdstuk I tot Hoofdstuk VIII.
De *horizontale verhoudingen* zijn deze tussen volwassenen onderling die in mindere of meerdere mate samen kiezen voor een levensgemeenschap anders dan door of via afstamming. Ze worden behandeld vanaf Hoofdstuk IX.

Eenheid en verscheidenheid

9. Tot in 1987 organiseerde het Belgische recht (horizontaal) seksualiteit en paarvorming enerzijds en (verticaal) voortplanting en ouderschap anderzijds in een monistisch stelsel. Aan de verticale én de horizontale verhoudingen werd vormgegeven in één wetgevend geheel.
Hierbij stond het huwelijk centraal. Aan het huwelijk kwam zowel horizontaal als verticaal een wettigende werking toe.
Horizontaal was (hetero)seksualiteitsbeleving buiten het huwelijk ongeoorloofd. Het huwelijk was de enige geoorloofde wijze van paarvorming, waarvan de stabiliteit werd gewaarborgd.

Dit was onder meer zo omdat één van de functies van het huwelijk de organisatie van de voortplanting was. Verticaal leverde enkel de geboorte van het kind binnen het huwelijk hem een wettig statuut op. Enerzijds waren de regels over de *totstandkoming* van de afstammingsband verschillend – en ongunstiger – voor buitenhuwelijkse en (nog erger) overspelige kinderen. Anderzijds was de inhoud van het *ouderschap* (gezag en goederenbeheer, alimentatie en erfrecht) ongunstiger geregeld voor buitenhuwelijkse en overspelige kinderen.

10. Een dergelijk monistisch systeem is houdbaar zolang de betrokkenen er in verband met paarvorming en ouderschap economisch afhankelijk van zijn. *Of* ze er economisch afhankelijk van zijn, hangt mee af van hun mogelijkheden om hun seksueel en voortplantingsgedrag te controleren.
Aan de oorsprong van de verschillende fasen van verbrokkeling van het monistische systeem liggen een aantal wetenschappelijke ontwikkelingen. In het algemeen is de industriële revolutie van belang. Meer in het bijzonder moet worden gewezen op de 'seksuele revolutie', waarin de vrouw – niet eens zo lang geleden – haar voortplantingsvermogen en dus haar seksualiteit onder controle kreeg met voorbehoedsmiddelen.
Als gevolg van de wetenschappelijke ontwikkelingen vonden er economische ontwikkelingen plaats. In het algemeen is er de genoemde industrialisering, waardoor families en gezinnen van productie- naar consumptie-eenheden evolueerden. Meer in het bijzonder konden vrouwen, door de controlemogelijkheid over hun voortplanting, in de economie worden ingeschakeld. Doordat ze economisch actief werden, waren ze ook minder afhankelijk van het huwelijk.[2]
De economische ontwikkelingen brachten een ideologische (r)evolutie op gang. In het algemeen valt te wijzen op de liberale ideologieën die met de industriële revolutie gepaard gingen. In het bijzonder moet worden gewezen op de ideologische emancipatiebewegingen, onder meer van vrouwen en van kinderen. Mannen verloren daardoor hun controlerecht over vrouwen, die seksueel vrijer werden. Doordat ze economisch minder van het huwelijk afhankelijk waren, nam het aantal ongehuwde moeders ook toe.

11. Al die evoluties maakten dat het monistische systeem op de helling kwam te staan.
Hét keerpunt was het arrest-Marckx t. België van het Hof Mensenrechten. Het Hof oordeelde daarin dat buitenhuwelijkse kinderen niet verschillend mogen

[2] Vergelijk de economische argumentatie voor de gelijke behandeling van vrouwen reeds bij de 12de-eeuwse Arabisch-Islamitische filosoof Averroes. Hierover A. Meddeb, *De ziekte van de Islam*, Kapellen, Pelckmans, 2007, 47 e.v. en de verwijzingen daar.

worden behandeld van huwelijkse kinderen wat betreft de vaststelling van de afstamming langs moederszijde en wat betreft de gevolgen van de afstamming.[3] Dit heeft in 1987 geleid tot de principiële loskoppeling in ons recht van de twee basisfuncties van de familie, nl. de afstamming en het huwelijk. De huwelijkse staat van de ouders blijft sindsdien in de regel zonder invloed op de vaststelling en de rechtsgevolgen van het familierechtelijke statuut van het kind (art. 334). De juridische organisatie van voortplanting en ouderschap gebeurt niet meer op de maat van een echtpaar, maar op de maat van een ouderpaar.

12. Als gevolg hiervan bestond ons familierecht uit twee afzonderlijke rechtsinstellingen: een verticale en een horizontale.
Beide instellingen bleven wel op zichzelf monistisch: een geheel van rechtsgevolgen was voorbehouden aan een behoorlijk vastgestelde verhouding van staat. Verticaal deed enkel de vaststelling van de afstamming een ondeelbaar geheel van ouderschapsrechten ontstaan. Horizontaal bleef de uniforme dwingendrechtelijke regeling van de paarvorming voorbehouden voor huwelijkse paren.

13. Sindsdien neigt het familierecht naar een nieuwe ontkoppeling. In het verticale familierecht worden (seksuele) voortplanting en ouderschap van elkaar losgekoppeld. In het horizontale familierecht verbrokkelen seksualiteit (gericht op voortplanting) en paarvorming.

14. In het *verticale* familierecht hangen ouderschapsrechten niet meer onlosmakelijk samen met de biologische afstammingsbanden.
Enerzijds is het verticale familierecht deels gedeseksualiseerd. Afstammingsbanden, en daardoor ouderschapsrechten, staan open voor alleenstaanden en voor paren die niet tot voortplanting in staat zijn. Zo is adoptie mogelijk voor alleenstaanden en voor holebiparen. Ingrepen op het biologische voortplantingsproces zijn mogelijk via medisch begeleide bevruchtingstechnieken (bv. art. 318, § 4).
Anderzijds kunnen afstammingsbanden zijn vastgesteld waarvan de rechtsgevolgen werden uitgeschakeld. Belangrijker is omgekeerd het ontstaan in toenemende mate van ouderschapsrechten in hoofde van personen die met een kind geen afstammingsbanden hebben, bv. stiefouders.[4]

15. In het *horizontale* familierecht zijn ten eerste andere wijzen van paarvorming erkend dan het huwelijk. Nu het huwelijk zijn economische functie verloor, nam het aantal buitenhuwelijkse 'feitelijk' samenwonenden toe. De feitelijke samenwoning is daarom in eerste instantie naast het huwelijk erkend via alge-

---

3 Hof Mensenrechten (Plen.), nr. 6833/74, 13 juni 1979, Marckx t. België, www.echr.coe.int.

4 Grondwettelijk Hof nr. 134/2003, 8 oktober 2003, *R.W.* 2003-04, 1016, noot T. Robert en V. Verlinden.

mene verbintenisrechtelijke technieken.[5] In 1998 is dan, als middenweg tussen het dwingendrechtelijk geregelde huwelijk en de 'vrije' feitelijke samenwoning, de wettelijke samenwoning ingevoerd (art. 1475 e.v.). Het gaat om een soort 'minihuwelijk' met minimale dwingendrechtelijke regels.
Ten tweede zijn paarvorming, seksualiteit en voortplanting niet noodzakelijk meer gerelateerd. Enerzijds hangt paarvorming niet meer noodzakelijk samen met seksualiteit. De 'vrije seksualiteit' – zonder paarvorming – schijnt algemeen aanvaard te zijn. Omgekeerd is 'paarvorming' ook zonder seksualiteit mogelijk. De feitelijke en de wettelijke samenwoning zijn immers seksueel neutraal. Anderzijds is paarvorming ook mogelijk op basis van seksualiteit die niet op voortplanting is gericht – wat logisch schijnt in een systeem waarin de twee zijn losgekoppeld. Zo is homoseksualiteit niet enkel zonder paarvorming, maar ook in het raam van feitelijke samenwoning, wettelijke samenwoning en sinds 2003 ook als huwelijk aanvaard (art. 143).

16. Samengevat waren tot 1987 seksualiteit, paarvorming, voortplanting en ouderschap geïntegreerd in één gezinsrechtelijk systeem: het huwelijk. Sindsdien vindt een verbrokkeling plaats en evolueren de vier genoemde bestanddelen van het gezinsrecht zelfstandig van elkaar in uiteenlopende richtingen. 'Het gezin' ontsplitste zich in 'de gezinnen'.[6]

Categorie en feit

17. Op die manier bestaan de klassieke rechtsinstellingen ouderschap en huwelijk als mal (van onderdelen) waarvan elders in het familierecht, voor andersoortige situaties, afgietsels worden gemaakt.

18. In ons familierecht hangt iemands staat nog grotendeels af van het feit abstract deel uit te maken van een verticale of horizontale verhouding van staat. De vaststelling van dit lidmaatschap gebeurt meestal aan de hand van een formeel aanknopingspunt, zoals de geboorteakte (art. 55 e.v., in het bijzonder art. 62) of de huwelijksakte (art. 63 e.v.).

19. Nieuwe aanknopingpunten om (bepaalde) rechtsgevolgen van verticale of horizontale familiebetrekkingen van toepassing te verklaren, zijn nu echter meer feitelijk van aard. Doorslaggevend is vooral de samenwoning.

---

5 Bv. Cass. 1 februari 1989, *Pas.* 1989, I, 582, advies R. Declercq en Cass. 15 februari 1990, *R.W.* 1990-91, 339, noot.

6 Cf. Y.-H. Leleu, *Droit des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2005 en 2007 (actualisatie).

In verticale verhoudingen van staat kan art. 50 W.Succ. als voorbeeld gelden: het successierechtelijke tarief tussen ouders en kinderen wordt erin uitgebreid tot andere volwassenen die met kinderen samenwonen en er de ouderrol over vervullen.
In horizontale verhoudingen wordt in toenemende mate op gelijke hoogte met echtgenoot of wettelijke samenwoner gesteld: de persoon met wie een feitelijk gezin wordt gevormd of met wie feitelijk wordt samengewoond (bv. art. 488*bis*, c, art. 14, § 2, 1ste lid Wet Patiëntenrechten).

20. In *Personenrecht in kort bestek* heb ik toegelicht welke problemen hieruit voortvloeien voor de rechtszekerheid. Voor de deelnemers aan het rechtsverkeer moet er een kenbaar aanknopingspunt zijn aan de hand waarvan de eenvormige rechtstoestand per categorie van personen kan worden bepaald. Het aantal categorieën moet bovendien beperkt zijn.
Dat is niet wat nu gebeurt, getuige de vele verschillende feitelijke aanknopingspunten van gezinsvorming. Te verwachten, minstens te hopen, valt dat de bestaande aanknopingspunten afstamming en huwelijk worden gemoderniseerd door nieuwe rechtszekere en eenvormige aanknopingspunten, op basis van degene die nu al feitelijk worden gevormd.

Contractualisering en verstatelijking

21. Sinds 1804 boet de familie – en dus het familierecht – aan belang in. Onder meer door socio-economische evoluties is de organisatie van de familie gewijzigd en is het belang van de bredere familiekring als bron van sociale zekerheid afgenomen. De voorziening van de sociale zekerheid gebeurt per gezin.
Stelselmatig is dan ook het familierecht buiten het gezin afgebouwd, in eerste instantie ten voordele van de uitbouw van het gezinsrecht. Zo is het zelfstandige erfrecht van familieleden verder dan de vierde graad afgeschaft (Wet 11 oktober 1911) en hebben later de echtgenoot (Wet 14 mei 1981) en de wettelijke samenwoner (Wet 28 maart 2007) een voorbehouden erfrecht gekregen dat ook dat van familieleden dichter dan de vierde graad (deels) voorgaat. Zo is de betrokkenheid van de brede familiekring als familieraad bij de voogdij over de halve wees afgeschaft ten voordele van de enige ouder (Wet 29 april 2001).

22. Het valt te verwachten dat in een tweede fase ook het gezin – en dus het gezinsrecht – deels verdwijnt. Ook dat is onder meer aan socio-economische evoluties te wijten. In het algemeen vindt in ons recht individualisering plaats. Dit wil zeggen dat rechten en plichten niet meer worden afgeleid van andermans rechten of van verhoudingen die men met anderen heeft, maar op individuele titel worden toegekend. Te denken valt aan de individualisering van socialezekerheidsrechten,

bv. de toekenning van zelfstandige pensioenrechten aan de echtgenoot die niet uit werken ging.

23. De opvatting van het familierecht en het gezinsrecht als gehelen van individuele aanspraken leidt er op het eerste gezicht toe dat over familiale verhoudingen en over de inhoud ervan vrijer kan worden gecontracteerd. Naar mijn oordeel is die contractualisering onwenselijk (zie hierna).

24. Erger lijkt me dat de zogenaamde grotere contractvrijheid wordt gecompenseerd met een grotere en onwenselijke rechtstreekse staatsinmenging.
De afschaffing van familie en gezin als instituten gaat immers gepaard met de gedeeltelijke overname van de functie van die instituten door de Staat, die daardoor veel rechtstreekser in ieders rechtstoestand ingrijpt. Dit is heel duidelijk in de sociale zekerheid. De familie en het gezin vormen daardoor geen 'middenveld' meer tussen Staat en individu, dat vrij is van staatsinmenging en dat zelfregulerend is. Zelfregulering betekent dat gedragsregels binnen familie en gezin worden ontwikkeld en gehandhaafd.
De afbouw daarvan impliceert enerzijds dat gedrag tussen individuen rechtstreeks door de Staat wordt opgelegd; dit heet juridisering. Anderzijds wordt ook de handhaving van dat gedrag rechtstreeks door de Staat georganiseerd; dit wordt judiciarisering genoemd.[7] De Staat wordt in plaats van schoonmoeder, die meekijkt over de schouder van het familiale middenveld, veeleer een regelneef.
Het ouderschap is daarvan een voorbeeld. Sinds de hervorming van het voogdijrecht in 2001 hoeft de enige ouder niet meer als wettelijke voogd de inmenging van de familieraad te dulden. Wel komt hij, als ouder, rechtstreeks onder de controle te staan van de vrederechter, die voor belangrijke handelingen machtigingen verleent op grond van een opportuniteitsoordeel (zie *Personenrecht in kort bestek*).
Ook op opvoedkundig vlak wordt de ouders steeds meer het recht uit handen genomen. Een dergelijke verregaande Staatsinmenging is bepaald niet in overeenstemming met art. 5 en 18 Kinderrechtenverdrag, die aan de Staat voorschrijven de eerste verantwoordelijkheid van de ouders voor opvoeding en ontwikkeling van hun kinderen te erkennen. Die eerste verantwoordelijkheid werd ook vooropgesteld tijdens de parlementaire voorbereiding van het Decreet Integrale Jeugdhulp[8] en in punt 5°, b van de voorafgaande titel van de Jeugdbeschermingswet.

---

7 Rede uitgesproken door de heer Procureur-generaal bij het Hof van Cassatie Jean du Jardin op de plechtige zitting van 1 september 2003, "De niet-strafrechtelijke taken van het Openbaar Ministerie", *Verslag van het Hof van Cassatie 2004*, 262.

8 Memorie van Toelichting, *Parl. St.* Vl. Parl. 2003-04, nr. 2063/1, p. 8.

25. De familie vormt als 'eerste samenleving' een leerschool voor het functioneren in groep (en niet enkel als individu). De afbouw van die functie is niet in het voordeel van de samenleving als geheel.

26. Een ander nadeel van verstatelijking houdt verband met de sociale achteruitgang die de komende decennia valt te verwachten wegens de vergrijzing van de bevolking. De Staat zal niet meer alle (vroeger familiale) verzorgingsfuncties verder kunnen uitvoeren. Die functies kunnen dan maar met vertraging terugvallen op gezin en familie, nadat de regels erover terug tot stand gekomen zijn. Het individu en zijn privéverzekeringen zullen er intussen zelf voor moeten instaan.

Einde van het familierecht?

27. Als gezin en familie geen functie meer zouden hebben als middenveld, dan zou naast regelgeving die rechtstreeks het individu betreft, een volledige contractvrijheid heersen. Zo zouden individuen met elkaar over ouderschap kunnen contracteren, waarbij het ene individu voor de ander bv. als draagmoeder een kind zou uitbroeden.
Zo ver is het echter nog niet. De eerstkomende generaties valt niet te verwachten en zeker niet te hopen dat het menselijke gedrag waarover familierecht bestaat, zal verdwijnen.
Mensen zullen geneigd zijn tot natuurlijke voortplanting en zullen zich hiertoe langer dan nodig voor de verwekking door geslachtsgemeenschap aan een ander binden. Het verwekte kind zal na geboorte begeleiding tot volwassenheid nodig blijven hebben. Over voortplanting en opvoeding blijven dus hoe dan ook rechtsregels nodig.
Mensen zullen geneigd zijn om ook zonder voortplanting met elkaar een ruimere levensgemeenschap dan geslachtsgemeenschap te vormen. Wat betreft paarvorming wordt wel geredetwist of er regelgeving over mag komen buiten het geval waarin er kinderen zijn en de stabiliteit van de relatie tussen de ouders in het belang van de kinderen moet worden gewaarborgd. Of men kinderloze volwassenen mag beschermen tegen de blinde liefde – en de geldelijke offers daaraan – hangt af van rechtspolitieke keuzen. In ons recht is die vraag alvast positief beantwoord door de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht (Wet 13 februari 2003): het einde van het familierecht is nog niet in zicht.

Mensenrechten en familierecht

D. Van Grunderbeeck, *Beginselen van personen- en familierecht: een mensenrechtelijke benadering*, Antwerpen, Intersentia, 2003 – P. Senaeve en P. Lemmens (eds.), *De betekenis van de mensenrechten voor het personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2003 – C. Forder, "Het gezin in internationale verdragen", *Themis (Ned.)* 1997, 130-144 – N. Van Leuven, "De kern van het familieleven: de huwelijksvrijheid en het recht om een gezin te stichten", *E.J.* 2005, afl. 5, 69-72.

28. In verschillende internationale instrumenten en nationale grondwetten worden gezin, familie of huwelijk genoemd en beschermd als beschermwaardige hoekstenen van een gezonde maatschappij (art. 16 Universele Verklaring Rechten van de Mens, art. 23 Verdrag Burgerlijke en Politieke Rechten, art. 10 Verdrag Economische en Sociale Rechten, art. 8 en 12 Verdrag Mensenrechten, art. 7 en 9 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie). Deze bescherming wordt in diverse (afgeleide) instrumenten verder uitgewerkt (zie verder per onderwerp).

29. De mensenrechtelijke bescherming houdt enerzijds in dat het recht wordt gewaarborgd om te huwen en een gezin te *stichten*. Anderzijds wordt de *beleving* van het tot stand gekomen gezinsleven beschermd.

30. Met het oog daarop wordt een brede invulling gegeven aan de begrippen familie en gezin.[9] Personen vormen een familie of gezin als tussen hen bloedbanden of wettelijke banden (zoals een huwelijk) bestaan of als ze feitelijk een relatie beleven alsof er dergelijke banden bestaan. Historisch, sociologisch en juridisch zijn familie en gezin geen vastgeroeste gegevens.[10]
Nochtans moet niet heel de regelgeving van een instituut worden uitgebreid tot feitelijke situaties die daarmee slechts ten dele vergelijkbaar zijn.[11]

31. Sommige van de genoemde mensenrechtenbepalingen hebben in België rechtstreekse werking. Ze impliceren voor de Belgische overheid, enerzijds, de negatieve plicht zich te onthouden van een ongeoorloofde inmenging in de uitoefening van deze rechten. Anderzijds rusten op haar ook positieve plichten om de uitoefening ervan daadwerkelijk mogelijk te maken.

32. De overheid moet aldus een moeilijke evenwichtsoefening maken.

---

9 VN-Mensenrechtencomité nr. 549/1993, 29 juli 1997, Hopu en Bessert t. Frankrijk, www.sim.law.uu.nl, 10.3.

10 Hof Mensenrechten (3de Kamer), nr. 34406/97, 1 februari 2000, Mazurek t. Frankrijk, www.echr.coe.int, § 52.

11 Hof Mensenrechten (Plen.), nr. 6833/74, 13 juni 1979, Marckx t. België, www.echr.coe.int.

Aan de ene kant moet ze de familie en het gezin eerbiedigen als maatschappelijk 'middenveld' waarin persoonlijke banden, vrij van regelneverij door de Staat, kunnen worden beleefd (zie bv. art. 18 Kinderrechtenverdrag).
Aan de andere kant moet via Staatsinterventie een gezinsbeleid worden gevoerd.
In het algemeen rijst de vraag of dwingende regelgeving over het gezin en de familie (wegens de beschermwaardigheid van het gezinsleven, art. 8 Verdrag Mensenrechten) als inbreuk op het privéleven van de betrokkenen wel gerechtvaardigd is onder art. 8 Verdrag Mensenrechten (beschermwaardigheid van het privéleven). Houdt de bescherming van het privé- en gezinsleven niet in dat men vrij van dwingende regelgeving familierechtelijke relaties moet kunnen aangaan en beëindigen? Dit bezwaar gaat meer op voor verhoudingen tussen volwassenen onderling dan voor verticale verhoudingen, omdat de onvolwassenen die daarin betrokken zijn, minder in staat zijn zelf voor hun belangen op te komen. Ik kom er nog op terug.

Samenhang met personenrecht

33. In dit boek wordt voortgebouwd op de stof die werd besproken in *Personenrecht in kort bestek*.

34. Personenrecht enerzijds en familierecht anderzijds worden in bijna alle opleidingen in één opleidingsonderdeel samengebracht. Naast geschiedkundige redenen bestaan hiervoor ook formele en inhoudelijke redenen.
Een *formele reden* is dat personen- en familierecht in het B.W. door elkaar worden behandeld in art. 7-515 en 1387-1479. Het Burgerlijk Wetboek bestaat uit drie Boeken, nl. Personen, Zakenrecht en Vorderingsrechten. Onder 'Personen' wordt ook de familie behandeld, en in de Boeken II en III komen ook zakenrecht en vorderingsrechten binnen de familie aan bod. Beter ware geweest dat de wetgever zich in een eerste boek had beperkt tot het eigenlijke personenrecht, dat als basis kon dienen voor de andere boeken. In dit scenario had ook een boek 'familie' kunnen bestaan. Daarin hadden dan ofwel enkel de begrippen en beginselen ofwel alle verhoudingen – ook vermogensrechtelijke – tussen familieleden aan bod kunnen komen.

Een *inhoudelijke reden* is de verwevenheid tussen personen- en familierecht. Zo is de familienaam van het kind (personenrecht) als regel die van de vader (familierecht), art. 335. Zo zijn de wettelijke vertegenwoordigers van de niet-ontvoogde minderjarige (personenrecht) als regel zijn ouders (familierecht), art. 376. Deze verwevenheid valt dikwijls wel te reduceren tot de 'hefboomfunctie' van het personenrecht en het familierecht.

Hefboomfunctie

35. Het personenrecht heeft een 'hefboomfunctie' naar andere rechtstakken toe. Wat een persoon is en wat het statuut is van de persoon in het algemeen en van bijzondere categorieën van personen, is relevant voor het gehele recht(sverkeer). Als er in andere rechtstakken bv. sprake is van een 'persoon' (bv. als belastingplichtige) of van een 'minderjarige' (bv. in het arbeidsrecht), dan worden daarmee doorgaans de algemene personenrechtelijke begrippen bedoeld. Om die reden is het van belang de basisbegrippen en -beginselen van het personenrecht goed te beheersen.
In het *familierecht* bestaat de genoemde hefboomfunctie ook, zij het dat die functie meer en meer verloren gaat. Elke mens heeft familiebanden: een meerderheid van de kinderen wordt tenslotte nog geboren uit een vrouw die (op natuurlijke wijze) door een man is bevrucht. De meeste mensen hebben ook gezinsbanden, zij het horizontaal als partner, zij het verticaal als ouder of als kind. Deze banden vormen een belangrijk maatschappelijk verschijnsel, waarover regelgeving bestaat, met name in het burgerrechtelijke familierecht. In vele andere rechtstakken wordt met familiebanden rekening gehouden. Zo worden bv. op fiscaalrechtelijk en sociaalrechtelijk vlak alleenstaanden anders behandeld dan families. Heel lang werd vanuit de andere rechtstakken in dit verband verwezen naar de burgerrechtelijke familierechtelijke begrippen. De categorieën die in 1804 in de *Code civil* zijn ingevoerd en nu nog grotendeels bestaan, zijn echter verouderd. De andere rechtstakken hebben daarom autonome familierechtelijke begrippen ingevoerd. De hefboomfunctie van het familierecht gaat daardoor teloor. Dit is in het algemeen geen goede evolutie. Omwille van de eenvormigheid moet aan het gemoderniseerde familierecht terug een hefboomfunctie toekomen.

De relativiteit van het recht

36. De lezer mag niet uit het oog verliezen dat de rechtstak die hier aan de orde is, slechts een onderdeel is van het rechtssysteem, dat op zijn beurt maar een onderdeel is van het maatschappelijk systeem, dat op zijn beurt verschilt in tijd en ruimte:

37. Ik heb ten eerste al vermeld dat het familierecht, en in mindere mate het personenrecht, zijn hefboomfunctie tegenover de 'hulp'rechtstakken verliest. Die 'hulp'rechtstakken hebben autonome kapstokken ontwikkeld. Dat was zo omdat de kapstokken uit het familierecht niet meer volstonden. Bijvoorbeeld kende het Burgerlijk Wetboek als relatievorm enkel het huwelijk. In het socialezekerheidsrecht werd met het kostendelende karakter hiervan rekening gehouden bij de bepaling van de hoogte van bijslagen (hefboomfunctie). Om hogere uitkeringen

te behouden, gingen velen dan ook ongehuwd samenwonen. Als reactie hierop is in het socialezekerheidsrecht de samenwoning en niet meer het huwelijk als autonome kapstok ingevoerd. Men merkt nu dat 'hulp'rechtstakken het 'moederrecht' beïnvloeden, doordat de nieuwe kapstokken hierin opnieuw worden gecategoriseerd als algemene regel.

38. 'Het recht' vormt bovendien maar één aspect van het maatschappelijke systeem, waarvan ook het biologische, economische, antropologische systeem deelsystemen zijn. Tussen de wetenschap van die andere deelsystemen en het rechtssysteem bestaat er een wisselwerking. Voor het familierecht is bv. de sociobiologische wetenschap over voortplanting en paarvorming van groot belang. Zo ook kan men vanuit (rechts)economische hoek (de evoluties van) het recht verklaren. Andersom is het heel duidelijk dat het recht de andere deelsystemen beïnvloedt, bv. door bepaalde biotechnologische ontwikkelingen te verbieden.[12] Er bestaat veel betwisting over het antwoord op de vraag welke de verhouding moet zijn tussen de zonet beschreven be-schrijvende en voor-schrijvende functies van het recht.

39. Ten slotte is ons maatschappelijke systeem, en daardoor het rechtssysteem, relatief in tijd en ruimte. Zaken die wij nu van fundamenteel belang vinden, zoals de gelijkheid tussen mannen en vrouwen, waren dat bij ons lang niet en zijn dat nu elders nog niet. Dit zou moeten aanzetten tot bescheidenheid.

De rechtsbronnen

40. De meeste *wetgeving* in verband met personen- en familierecht (www.belgielex.be) vindt men terug in de art. 7-515 B.W. Staat verder in dit *Personenrecht in kort bestek* bij een wetsbepaling geen bron, dan wordt verwezen naar het Burgerlijk Wetboek.
Bij de invoering van het Gerechtelijk Wetboek (Ger.W.) in 1967 was het de bedoeling de rechtspleging rond het materiële personen- en familierecht daarin te regelen (art. 931 en 1232-1322*octies* Ger.W.). De wetgever heeft zich niet systematisch aan deze belofte gehouden: heel wat rechtspleging is opgenomen bij de materiële bepalingen, en soms ook andersom, met vele problemen tot gevolg. Met ingang van de derde uitgave van dit boek wordt de behandeling van de rechtspleging als regel achterwege gelaten.
In toenemende mate is bijzondere wetgeving tot stand gekomen. Deze is in de meeste verzamelingen van wetten terug te vinden. Het gaat in hoofdzaak om:
– Jeugdbeschermingswet 8 april 1965;

[12] Wet 11 mei 2003 betreffende het onderzoek op embryo's *in vitro*, *B.S.* 28 mei 2003, die het reproductieve kloneren verbiedt.

- Wetboek Belgische Nationaliteit 28 juni 1984;
- Naamwet 15 mei 1987;
- Wet Bescherming Persoon Geesteszieke 26 juni 1990;
- Wet 21 februari 2003 tot oprichting van een Dienst voor alimentatievorderingen bij de FOD Financiën;
- Wet Medisch Begeleide Voortplanting van 6 juli 2007.

41. Er is nu een dubbele evolutie waarin de federale Staat zijn bevoegdheid tot regelgeving in het personen- en familierecht verliest.
De *eerste evolutie* is er één naar boven. De Belgische Staat is partij bij heel wat verdragen die in onze rechtsorde zijn of moeten worden uitgevoerd of minstens rechtstreekse werking hebben, zoals het Kinderrechtenverdrag (IVRK) en het Verdrag Mensenrechten (EVRM). Over de draagwijdte van de rechtstreekse werking bestaat betwisting, meer bepaald of de interpretatie van verdragsbepalingen door supranationale rechtscolleges eveneens rechtstreekse werking heeft. België is daarnaast lidstaat van de Europese Unie, waaraan steeds meer bevoegdheden toekomen (in niet-economische aangelegenheden). Men merkt nu al de opgang van het Europese familierechtelijke internationaal privaatrecht, dat onvermijdelijk tot inmenging in het materieel familierecht zal leiden.[13]
De *tweede evolutie* is er één naar beneden. De federale overheid is bevoegd om de regels over burgerlijk recht uit te vaardigen. De gemeenschappen zijn daarentegen bevoegd inzake bijstand aan personen. De ruime uitlegging van die bevoegdheid zorgt voor een uitholling van de federale bevoegdheden. Minstens maken twee kapiteins op een schip dat schip stuurloos, zoals blijkt uit het jeugdbeschermingsrecht. Van de deelstatelijke regelgeving zijn vooral van belang:
- de Gecoördineerde Decreten van 4 april 1990 inzake bijzondere jeugdbijstand;
- het Decreet van 21 november 2003 betreffende het preventieve gezondheidsbeleid;
- het Decreet van 16 januari 2004 op de begraafplaatsen en de lijkbezorging;
- het Decreet van 7 mei 2004 betreffende de integrale jeugdhulp;
- het Decreet van 7 mei 2004 betreffende de rechtspositie van de minderjarige in de integrale rechtshulp;
- het Decreet van 15 juli 2005 tot regeling van de interlandelijke adoptie van kinderen.

42. Zowel op internationaal als op nationaal vlak neemt de *rechtspraak* een belangrijke plaats in wat betreft de ontwikkeling van het personen- en familierecht.

---

13 J. Meeusen, M. Pertegás, G. Straetmans en F. Swennen (eds.), *International Family Law for the European Union*, Antwerpen, Intersentia, 2007.

Op internationaal vlak is vooral de rechtspraak van het Hof Mensenrechten (www.echr.coe.int) en in mindere mate die van het Europese Gerecht van Eerste Aanleg en het Hof van Justitie (http://europa.eu.int/cj/index.htm) van belang. Ook zaken waarin België niet betrokken is, kunnen richtinggevend zijn.
Op nationaal vlak heeft het Grondwettelijk Hof (voorheen Arbitragehof, www.const-court.be) een voortrekkersrol opgenomen wat betreft de toepassing van het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel in het familierecht. Vooral de antwoorden op prejudiciële vragen zijn in dit verband van belang. De toetsingsbevoegdheid van het Grondwettelijk Hof was tussen 1989 en 2003 beperkt tot de beginselen van gelijkheid en non-discriminatie. Een Bijzondere Wet van 9 maart 2003 heeft de bevoegdheid van het Hof sterk uitgebreid. De toetsing aan art. 10 en 11 van de Grondwet is nu uitgebreid tot heel Titel II (De Belgen en hun rechten) en tot art. 170, 172 en 191.
De doorwerking van fundamentele rechten en vrijheden in het familierecht, via de rechtspraak van de genoemde rechtscolleges, is niet louter een positief verhaal. De 'blinde toepassing' van de idealen van vrijheid en gelijkheid is soms niet afgestemd op de functies van zorg en bescherming die de familie als structuur moet vervullen en waardoor het Franse revolutionaire ideaal van de broederlijkheid vorm krijgt.
De rechtspraak van de Raad van State (www.raadvst-consetat.be) is van (beperkt) belang in administratieve procedures in het personen- en familierecht, bv. in verband met de naamsverandering.
De rechtspraak van het Hof van Cassatie is uitermate belangrijk (http://jure.juridat.just.fgov.be/).
In de hiernavolgende tekst wordt als regel enkel de belangrijkste rechtspraak van de genoemde hoogste rechtscolleges verwerkt.

43. Sommige onderdelen van het personen- en familierecht zijn ontwikkeld in de rechtsleer vooraleer zij zijn toegepast in rechtspraak en ten slotte overgenomen in de regelgeving. Het gaat bv. om het leerstuk van de persoonlijkheidsrechten.
De relevante rechtsleer over bijzondere onderwerpen valt terug te vinden in juridische databanken. In de tekst hierna worden de voornaamste verwijzingen ook gegeven.

Algemeen kan naar de volgende basiswerken worden verwezen:
H. Casman, *Notarieel familierecht*, Gent, Mys & Breesch, 1991.
J. Gerlo, *Handboek voor familierecht – 1. Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003 en *2. Familiaal vermogensrecht*, Brugge, die Keure, 2004.
A. Heyvaert, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed*, Mechelen, Kluwer, 2002.
Y.-H. Leleu, *Droit des personnes et des familles*, Brussel, Larcier, 2005 en actualisatie 2007.

P. Senaeve, *Compendium van het personen- en familierecht*, 9de ed., Leuven, Acco, 2006, 3 delen.
A.-C. Van Gysel (dir.), *Précis du droit de la famille*, Brussel, Bruylant, 2004.

Hiernaast is de meeste wetgeving aan Nederlandstalige zijde artikelsgewijs becommentarieerd in de zogenaamde 'Zwarte Banden': P. Senaeve, F. Swennen en G. Verschelden (red.), *Personen- en familierecht: artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, losbladig.
Aan Franstalige zijde zijn uitstekende commentaren te vinden in de *Répertoire Notarial*, uitgegeven door Larcier.

HOOFDSTUK I.
INLEIDING TOT HET VERTICALE FAMILIERECHT – PLAN

Inhoud

I.1. Wat? 19

I.2. Wie? 20
2.1. 'Ouders' 20
2.2. Verwanten en aanverwanten 25
2.3. Ordening 25

44. De eerste – verticale – pijler van het familierecht betreft het ouderschap in de brede zin van het woord, daaronder begrepen: de afstamming, de rechtsgevolgen ervan en de verhoudingen die er mee op gebaseerd zijn. Het komt in de volgende acht hoofdstukken aan bod.

I.1. WAT?

45. Het ouderschap heeft, rechtstreeks en als aanknopingspunt van verwantschap en aanverwantschap, twee *functies*: de socialisering tot volwassenen enerzijds en de verzorging en bescherming van volwassenen anderzijds.

1/ De mens behoort tot de diersoorten die van anderen afhankelijk zijn tijdens een periode van volwassenwording.
De *eerste functie* van het recht over het ouderschap is dan ook te bepalen *wie* moet instaan voor de socialisering van kinderen tot volwassenen en *wat* die socialisering inhoudt. Bepaalde personen krijgen een plicht opgelegd kinderen te socialiseren; in hoofde van die kinderen bestaat een recht daarop.
De socialisering heeft een materieel en een immaterieel aspect.
Wat de materiële kant van de zaak betreft, heeft het kind recht op levensonderhoud. Na het overlijden wordt dit recht als het ware om- of voortgezet in een erf-

recht ten opzichte van de onderhoudsplichtige dan wel in een vordering tot levensonderhoud tegen diens nalatenschap (Hoofdstuk VII).
De materiële plicht hangt samen met een recht en plicht om de socialisering op immaterieel vlak vorm te geven door de opvoeding, gegrond op het gezagsrecht (Hoofdstuk VIII).

2/ Na volwassenwording kan het – ook in omgekeerde richting, denk aan de bejaarde ouders – nodig zijn dat iemand instaat voor materiële en immateriële verzorging en bescherming van een ander, als die hier zelf niet toe in staat is. De *tweede functie* van het recht over ouderschap en (aan)verwantschap is aan te duiden wie waarvoor moet instaan bij gebreke van partner.

Zo ontstaat een *wederzijdse sociojuridische* verhouding van solidariteit.

I.2. WIE?

46. De eerste vijf hoofdstukken van dit deel wijd ik aan de afbakening van *wie* de personen zijn die op ouderschaps- en (aan)verwantschapsrechten aanspraak kunnen maken en op wie de corresponderende plichten rusten; welke personen met andere woorden in de verhouding van staat betrokken zijn.
Naar draagwijdte van de rechtsgevolgen, kunnen rond een persoon drie kringen worden onderscheiden.
De dichtste kring heet ouderschap, met als voornaamste aanknopingspunt de oorspronkelijke en de adoptieve *afstamming*; deze kring omvat ouders en kinderen.
Daarrond bevindt zich een bredere kring van *verwanten*, met wie de socio-juridische verhouding minder intens is.
Een laatste kring, met nog minder rechtsgevolgen, wordt gevormd door de *aanverwanten*.

2.1. 'OUDERS'

47. In eerste instantie richt de overheid zich in verband met socialisering, verzorging en bescherming tot de *twee* ouders van de (onvolwassen) persoon.

48. Doorgaans zijn het de twee zogenaamde geboorteouders, één vader en één moeder, die voor de socialisering instaan.

Met vader en moeder is algemeen taalkundig bedoeld, de man in relatie tot het kind dat hij heeft verwekt resp. de vrouw in relatie tot het kind dat zij heeft gebaard.
Deze biologische omschrijving sluit aan bij de algemeen taalkundige betekenis van afstamming, dit is de bloedverwantschap in de dalende lijn. De afstamming duidt het nakroost of nakomelingschap aan.

49. Het rechtsbegrip *afstamming* bouwt hierop verder.
Afstamming is de wederzijdse sociojuridische verhouding die bestaat tussen de ouder en de nakomeling. Er wordt slechts één generatiesprong mee aangeduid. De nakomeling in eerste graad wordt *kind* genoemd, ongeacht zijn leeftijd (art. 331*nonies*, art. 371).

50. De *oorspronkelijke of declaratieve afstamming* (kort: afstamming) legt met werking vanaf de geboorte de afstammingsband vast.
Doorgaans is de grondslag hiervoor, zoals vermeld, de biologische band. Met afstamming of afstammeling bedoel ik verder echter altijd de *juridische* relatie die bestaat, en niet de eventuele bloedverwantschap die er het aanknopingspunt voor vormt. Anders dan in de algemeen taalkundige betekenis is de juridische afstamming namelijk niet noodzakelijk gebaseerd op bloedverwantschap. Het recht neemt ook andere feiten als aanknopingspunt voor een juridische afstammingsrelatie, zoals het gezinsleven of de wil, ook al bestaat er geen bloedverwantschap. Hierbij kan evenwel (nog) niet worden afgeweken van de biologische vooronderstelling dat een kind slechts één vader van het mannelijke geslacht en slechts één moeder van het vrouwelijke geslacht heeft.
Met oorspronkelijke *ouders* – één *vader* en één *moeder* – zijn juridisch dus bedoeld: de twee personen met wie een juridische afstammingsband is vastgesteld.

51. De *adoptieve of constitutieve afstamming* (kort: adoptie) vult de oorspronkelijke afstamming aan (gewone adoptie) of vervangt ze (volle adoptie) met ingang van de vaststelling ervan (*ex nunc*). De gewoon adoptieve afstamming laat de plicht van de oorspronkelijke ouders in ondergeschikte orde, 'op waakvlam', bestaan. De vol adoptieve afstamming komt ervoor in de plaats.
Sinds de Wet Openstelling Adoptie 2006 is bij de adoptieve afstamming de biologische vooronderstelling verlaten dat een kind één vader van het mannelijke geslacht en één moeder van het vrouwelijke geslacht heeft; de adoptieve afstammingsband kan ook bestaan ten opzichte van twee (mannelijke) vaders of twee (vrouwelijke) moeders. De biologische vooronderstelling dat een kind slechts *twee* ouders heeft, is behouden.

52. De oorspronkelijke en de adoptieve afstamming zijn 'monistische' rechtsinstellingen waarbij een geheel van rechtsgevolgen is voorbehouden voor de behoorlijk vastgestelde verhouding van staat. De ouder oefent met andere woorden als regel de ouderschapsrechten uit.
Zoals vermeld, wordt zo een monistisch systeem in toenemende mate verlaten. Zo kan het gebeuren dat bepaalde rechtsgevolgen zich voordoen zonder voorafgaande vaststelling van een afstammingsband of nog dat de vaststelling van een afstammingsband zonder rechtsgevolgen blijft. Deze situaties vallen te benoemen als *afgesplitste afstammingsrelaties*: ofwel het aanknopingspunt, ofwel een rechtsgevolg ontbreekt.
Opmerkelijk is Van Dale's verwijzing naar vader en moeder als de man resp. de vrouw die *als een vader of moeder* zorgt of beschermt. Wie *als een vader of moeder* zorgt of beschermt, heeft (minstens) een afgesplitste afstammingsrelatie. Het gaat bv. om de lesbische mee-moeder. Aan afgesplitste afstammingsrelaties bestaat een wildgroei.

Richard Wagner, *Siegfried* (*Der Ring des Nibelungen*, deel III), eerste bedrijf, eerste tafereel

SIEGFRIED
(*packt ihn bei der Kehle*)

So muss ich dich fassen,
um was zu wissen:
gutwillig
erfahr' ich doch nichts!
So musst' ich alles
ab dir trotzen:
kaum das Reden
hätt' ich erraten,
entwandt ich's mit Gewalt
nicht dem Schuft!
Heraus damit,
räudiger Kerl!
Wer is mir Vater und Mutter?

MIME
(*nachdem er mit dem Kopfe genickt und mit den Händen gewinkt, ist von Siegfried losgelassen worden*)

(...)

Jetzt hör', wofür du mich hassest!
Nicht bin ich Vater
noch Vetter dir,
und dennoch verdankst du mir dich!
Ganz fremd bist du mir,
dem einzigen Freund;
aus Erbarmen allein
barg ich dich hier:
nun hab' ich lieblichen Lohn!
Was verhofft' ich Thor mir auch Dank?

(...)

Het recht om de geboorteouders te kennen

J. Van Broeck, "Het recht van de geadopteerde om zijn geboorteouders te kennen", (noot onder Hof Mensenrechten, arrest Odièvre t. Frankrijk van 13 februari 2003), *T.B.B.R.* 2003, 407-423 – T. Wuyts, "De afstamming na medisch begeleide voortplanting", in P. Senaeve, F. Swennen en G. Verschelden (eds.), *De hervorming van het afstammingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 285.

53. Ongeacht welke *juridische* (oorspronkelijke of adoptieve) ouders socialisering van het kind waarnemen, kan dat kind een recht doen gelden om zijn (biologische) geboorteouders te kennen.
Artikel 7 Kinderrechtenverdrag geeft het kind het recht vanaf de geboorte, *voor zover mogelijk*, zijn ouders te kennen en door hen te worden verzorgd.[14]
Het Grondwettelijk Hof legt 'ouders' uit als: 'verwekkers'.[15]
De kennis van de biologische herkomst, m.n. via de vaststelling van de afstammingsband, valt ook onder het recht op bescherming van het privéleven (art. 8 Verdrag Mensenrechten), dat de vaststelling van de identiteit omvat.[16] Dit recht kan op grond van art. 8, 2de lid wel worden beperkt (zie verder).

In België verschilt het recht op kennis van de (biologische) herkomst opmerkelijk naargelang de situatie waarin de betrokkene zich bevindt.

Hoewel mogelijk volgens art. 16.2 Haags Adoptieverdrag en het Hof Mensenrechten[17], voorziet de Belgische wetgever niet uitdrukkelijk in de mogelijkheid tot anonimiteit van een *biologische ouder*.
Zo kan een vrouw in België, anders dan bv. in Frankrijk, niet anoniem bevallen. Niet enkel is zij bekend als bevallen vrouw, haar moederschap wordt ook juridisch vastgesteld.[18]
Wellicht zouden de biologische ouders, op grond van hun recht op bescherming van hun privéleven, in uitzonderlijke omstandigheden de mogelijkheid moeten hebben om, ook buiten de vordering tot vaststelling van de afstamming, anoniem te blijven. Het recht van het kind op kennis van zijn herkomst zou voldoende worden beschermd indien een onafhankelijke instantie zou

14 Rechtstreekse werking erkend door Grondwettelijk Hof nr. 36/96, 6 juni 1996, *R.W.* 1996-97, 977, noot F. Aps en nr. 56/2001, 8 mei 2001, *R.W.* 2001-02, 629.

15 Grondwettelijk Hof nr. 169/2003, 17 december 2003, www.const-court.be.

16 Hof Mensenrechten (1ste Kamer), nr. 53176/99, 7 februari 2002, Mikulic t. Kroatië, www.echr.coe.int, §§ 53-55; Hof Mensenrechten (3de Kamer), nr. 58757/00, 13 juli 2006, Jäggi t. Zwitserland, §§ 25 en 37.

17 Hof Mensenrechten (Grote Kamer), nr. 42326/98, 13 februari 2003, Odièvre t. Frankrijk, *R.W.* 2004-05 (weergave W. Vandenhole), 196.

18 Cass. 14 november 1853, *Pas.* 1854, I, 10.

oordelen over het verzet van de biologische ouders tegen de bekendmaking van hun identiteitsgegevens. In het belang van het kind zou toch tot bekendmaking kunnen worden overgegaan.[19]

Er is wel uitdrukkelijk in volstrekte anonimiteit voorzien ten behoeve van biologische ouders die donor zijn van embryo's of gameten in het raam van *medisch begeleide voortplanting*.
Fertiliteitscentra moeten de identificatie van donoren van embryo's altijd onmogelijk maken (art. 2, i en 22, 2de lid Wet Medisch Begeleide Voortplanting); ook identificatie van donoren van gameten moet onmogelijk worden gemaakt, behoudens ingeval een overeenkomst voor niet-anonieme donatie gesloten is (art. 57 Wet medisch Begeleide Voortplanting). In dit laatste geval is overigens niet voorzien in een recht op kennis van de herkomst voor het verwekte kind.
Het fertiliteitscentrum moet van elke donor enerzijds medische informatie bijhouden die relevant kan zijn voor de gezondheid van het kind en anderzijds informatie over de fysieke kenmerken. Enkel de eerste informatie mag worden meegedeeld aan de ontvangers van de embryo's of gameten of aan de huisarts van die ontvangers of van het kind (art. 35, 36, 64 en 65 Wet Medisch Begeleide Voortplanting).
Ten slotte is de vestiging van een afstammingsband ten opzichte van de donor van embryo's of gameten als regel uitgesloten (art. 2, i en p, 27, 2de lid en 56, 2de lid Wet Medisch Begeleide Voortplanting).
In vergelijking met de situatie van biologische ouders buiten de context van de medisch begeleide voortplanting (vorig randnummer), slaat de pendel hier kennelijk te veel in de andere richting door. Het kind heeft immers zelfs geen recht op kennis van de niet-identificerende gegevens over de fysieke kenmerken van de donor.

De *geadopteerde* heeft het recht om zijn herkomst – bedoeld wordt wellicht de oorspronkelijke afstamming en niet zozeer de biologische herkomst die daarvan zou verschillen – te achterhalen en daarbij passende begeleiding te krijgen (art. 368-6). De Koning moet de modaliteiten daarvan bepalen.
Met het oog op de uitoefening van dat recht moeten worden bewaard: de gegegevens in verband met de herkomst van de geadopteerde, in het bijzonder de identiteit van zijn moeder en vader, alsook de relevante medische gegevens.
De geadopteerde van wie de geboorteakte in België is opgemaakt of overgeschreven, heeft in elk geval onvoorwaardelijke toegang tot zijn (oorspronke-

[19] Hof Mensenrechten (Grote Kamer), nr. 42326/98, 13 februari 2003, Odièvre t. Frankrijk, *R.W.* 2004-05 (weergave W. Vandenhole), 196.

lijke) afstammingsgegevens (art. 45, § 1, 2de lid; zie ook *Personenrecht in kort bestek*).
Op grond van de Wet Verwerking Persoonsgegevens heeft de geadopteerde ook toegang tot zijn adoptiedossier. Artikel 25, § 1 Adoptiedecreet kent het inzagerecht principieel toe vanaf de leeftijd van veertien jaar; mature jongere geadopteerden kunnen inzage krijgen.

2.2. VERWANTEN EN AANVERWANTEN

54. Bij gebreke van beschikbare 'ouders', richt de overheid zich met het oog op de socialisering tot de bredere kring van verwanten en, meer ondergeschikt, naar de aanverwanten.
Verwantschap is de sociojuridische verhouding enerzijds tussen personen die de ene van de andere afstammen, ook over generaties heen, en anderzijds tussen personen die, zonder de ene van de andere af te stammen, een gemeenschappelijke stamouder hebben. Het gaat bv. om grootouders en kleinkinderen enerzijds en oom en neef anderzijds.
Aanverwantschap is de sociojuridische verhouding tussen een persoon en de verwanten van zijn echtgenoot enerzijds en de echtgenoten van zijn verwanten anderzijds. Het gaat bv. om de schoonouders enerzijds en de stiefouders anderzijds.

2.3. ORDENING

55. Rond een persoon bestaan er dus drie kringen van 'verticale' familieleden met wie een verschillende verhouding van staat bestaat. Naast die drie 'verticale' verhoudingen van staat, doen zich ook rechtsgevolgen voor in de 'horizontale' verhoudingen van staat.
De wetgever heeft ervoor gezorgd dat al die rechtsgevolgen niet verward geraken. Hij heeft dat enerzijds gedaan door een *hiërarchie* te organiseren; zo zijn bv. de grootouders pas na de ouders, en de ouders pas na de echtgenoot, onderhoudsplichtig.
Anderzijds *verbiedt* de wetgever soms dat er zich met één persoon in verschillende hoedanigheden tegelijk rechtsgevolgen voordoen; zo kan iemand niet huwen met een nauwe verwant. Evenmin kan een afstammingsband worden vastgesteld ten opzichte van twee personen die met elkaar nooit mogen huwen. Zo wordt bv. vermeden dat een man tegelijk vader en grootvader zou zijn van een (incestueus) kind. Uiteraard spelen hierbij ook overwegingen van morele aard mee.

HOOFDSTUK II.
DE OORSPRONKELIJKE OF DECLARATIEVE AFSTAMMING

Inhoud

II.1. Historiek 29
1.1. 1804 29
1.2. Langzame afbrokkeling 30
1.3. Het arrest-Marckx 30
1.4. De Afstammingswet 1987 31
1.5. De Afstammingswet 2006 33
1.6. Afnemend belang van het afstammingsrecht 34

II.2. Kapstokken 34
2.1. Sociale functie van de afstamming 34
2.2. Grondslag van de afstamming 34
A. Wat? 35
B. Biologische band 35
C. Bezit van staat 37
D. De wil als grondslag 38
2.3. Materieel bewijs van de afstamming 40
2.4. Formeel bewijs van de afstamming 42
2.5. Sociale functionering van de afstamming en het belang van het kind 43
A. Situering 43
B. Bezit van staat 44
C. Incest 45
D. Verkrachting van de moeder door de man die het vaderschap opeist 46
E. Vetorecht van het meerderjarige of ontvoogde minderjarige kind 48
F. Kennelijke strijdigheid met het belang van het kind 48
2.6. Voorwerp van het afstammingsrecht 50

II.3. De afstammingsvorderingen 51
3.1. Begrip. 51
3.2. Kenmerken 51

II.4. De van rechtswege gevestigde afstamming 54
4.1. Vestiging 54
A. Afstamming langs moederszijde: *mater semper certa est* 54
B. Afstamming langs vaderszijde: *pater is est quem iustae nuptiae demonstrant*. 55
4.2. Betwisting 59
A. Gemeenschappelijke regels 59
B. Afstamming langs moederszijde 59
C. Afstamming langs vaderszijde 60
Rechtstreekse betwisting. 61
Impliciete betwisting 63

II.5. De erkenning. 64
5.1. Vestiging 64
A. Gemeenschappelijke regels 64
Aard 64
Vorm. 64
De erkenner. 64
Het erkende kind 65
Toestemming en verzet 66
B. Afstamming langs moederszijde 67
C. Afstamming langs vaderszijde 68
5.2. Betwisting 69

II.6. Gerechtelijke vaststelling. 70
6.1. Vestiging 70
A. Gemeenschappelijke regels 70
B. Afstamming langs moederszijde 72
C. Afstamming langs vaderszijde 72
6.2. Betwisting 73

II.7. De inhoud van de oorspronkelijke afstamming 74

A. Heyvaert, "Het wezen van de instituten afstamming en huwelijk", *R.W.* 1979-80, 737.

J.-E. Beernaert & N. Massager, "Le nouveau droit de la filiation: tableaux synoptiques", *Div. Act.* 2007, 93 – M. Demaret, "Le droit de la filiation réformé", *Rev. not. b.* 2007, 114 – G. Mathieu, "La réforme du droit de la filiation : une refonte en profondeur...", *Rev. trim. dr. fam.* 2007, 333 – N. MAssager, "Le nouveau droit de la filiation : questions choisies", *Div. Act.* 2007, 81 – D. Pignolet, "Het nieuw afstammingsrecht", *T. Not.* 2007, 56 – P. Senaeve, F. Swennen & G. Verschelden (eds.), *De hervorming van het afstammingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007 – P. Senaeve, "De hervorming van het afstammingsrecht door de Wetten van 1 juli 2006 en van 27 december 2006", *T. Fam.* 2007, 62 (deel 1) – J. Sosson, "Le droit de la filiation nouveau est arrivé !", *J.T.* 2007, 365 (deel 1) en 391 (deel 2) – J. Sosson, "Les action judiciaires relatives à la filiation : tableaux sunthétiques", *Rev. trim. dr. fam.* 2007, 371 – G. Verschelden, *Afstamming*, in *A.P.R.*, Mechelen, Story-Scientia, 2004 – G. Verschelden, *Origineel ouderschap herdacht*, Brugge, die Keure, 2005.

56. De oorspronkelijke of declaratieve afstamming is de afstamming die met werking vanaf de geboorte (*ex tunc*) de afstammingsband vastlegt.
Eerst komt kort de bewogen geschiedenis van dit afstammingsrecht aan bod.
Dan volgen een aantal kapstokken voor een goed begrip van de technische organisatie van de afstamming.
Nadien komen dan de drie wijzen van vestiging van de afstamming en de mogelijkheden tot betwisting ervan aan bod: de van rechtswege vastgestelde afstamming, de erkenning en het gerechtelijk onderzoek naar het ouderschap.

II.1. HISTORIEK

1.1. 1804

57. Van 1804 tot 1987 is in ons recht over de oorspronkelijke afstamming een fundamenteel onderscheid gemaakt tussen wettige kinderen, geboren binnen het huwelijk, en onwettige kinderen, geboren buiten een huwelijk (al dan niet na overspel). Enkel de eerste hadden een volwaardige afstammingsband met hun ouders en konden van hen erven.

58. Huwelijk en afstamming waren aldus middelen tot vermogensplanning.
Enerzijds was er familiale controle bij het aangaan van het huwelijk, door de toestemming van de ouders tot het huwelijk te vereisen.
Anderzijds bood het huwelijk de garantie dat de kinderen die eruit geboren werden, kinderen waren van de echtgenoot, zodat het familievermogen van de vader op hen kon overgaan. De vrouw was haar man gehoorzaamheid verschuldigd; hij kon haar doen en laten controleren. Daardoor werd bereikt dat zij niet de feitelijke mogelijkheid had tot geslachtsgemeenschap met andere mannen. Dit was (toen) de beste vaderschapsgarantie voor de echtgenoot.

59. Kinderen die buiten het huwelijk werden geboren, waren 'natuurlijke' of 'onwettige' kinderen. Dezen werden gediscrimineerd, zowel wat betreft de vestiging van de afstammingsband als wat betreft de gevolgen van deze vestiging. Zij konden enkel van de ouders – niet van verdere voorouders – bepaalde rechten verkrijgen, op voorwaarde dat ze erkend waren.
Erkenning van overspelige kinderen was niet mogelijk, omdat die de huwelijkse vermogensplanning in gevaar zou brengen.

60. Overstappen van wettig naar onwettig statuut en andersom was slechts uitzonderlijk mogelijk.
Enerzijds kon de echtgenoot bijna nooit zijn vaderschap betwisten: hij had zijn echtgenote maar beter moeten controleren.
Anderzijds konden kinderen enkel via erkenning door hun (niet-overspelige) vader of moeder of door onderzoek naar moederschap slechts bepaalde rechten verkrijgen. Bij navolgend huwelijk tussen de vader en de moeder was vervolgens wel wettiging mogelijk. Een (andere) toegang tot een oorspronkelijke familie bestond voor hen niet.

1.2. LANGZAME AFBROKKELING

61. Pas na ruim honderd jaar gelding van het Burgerlijk Wetboek (Wet van 6 april 1908) brokkelde het onderscheid tussen wettige, onwettige en overspelige kinderen af door invoering van beperkte – later uitgebreidere – toegangsmogelijkheden tot en uitzettingsmogelijkheden uit een familie.
Dit gebeurde via de drie soorten afstammingsrelaties die in het vorige hoofdstuk beschreven zijn.
Binnen de oorspronkelijke afstamming kwamen er ruimere mogelijkheden tot onderzoek naar het vaderschap. Wettiging door (volle) adoptie werd mogelijk. In 1908 werd ook een afgesplitste afstammingsrelatie gecreëerd, in de vorm van een onderhoudsplicht ten laste van de vermoedelijke verwekker van het kind (art. 336 e.v.).

1.3. HET ARREST-MARCKX

62. De echte ommekeer is veroorzaakt door het arrest-Marckx t. België, dat het Hof Mensenrechten op 13 juni 1979 velde.[20]

[20] Hof Mensenrechten (Plen.), nr. 6833/74, 13 juni 1979, Marckx t. België, www.echr.coe.int.

Paula Marckx had een 'natuurlijke' dochter, Alexandra. Zij had deze moeten erkennen en adopteren om (slechts) bepaalde afstammingsrechtelijke gevolgen te kunnen doen ontstaan. Zelfs dan kon Alexandra niet erven van haar moederlijke grootvader.
Op grond van een evolutieve en doelgerichte interpretatie van het begrip 'gezinsleven', besloot het Hof Mensenrechten dat een dergelijke regeling art. 8 en 14 Verdrag Mensenrechten schond.
Wat betreft de *vestiging* van de afstamming moet volgens het Hof automatisch en niet pas na erkenning een familierechtelijke betrekking ontstaan tussen een ongehuwde vrouw en het kind dat zij baart ("*Mater semper certa est*"). Bovendien mag de vestiging van de moederlijke afstamming niet anders geregeld zijn naargelang de moeder al dan niet gehuwd is ("De moeder maakt geen bastaard", volgens het Nederlandse oud-vaderlands recht).
De *gevolgen* van de zo vastgestelde buitenhuwelijkse afstamming mochten niet meer worden beperkt tot één generatie – de moeder.
Bovendien mochten buitenhuwelijkse kinderen erfrechtelijk niet gediscrimineerd worden.[21]

63. Zo stond het Belgische afstammingsrecht op zijn kop.
Het Hof van Cassatie weigerde daarom aan de besproken interpretatie van art. 8 Verdrag Mensenrechten rechtstreekse werking te verlenen.[22]
Die starre houding werd door het Hof Mensenrechten opnieuw veroordeeld.[23]
Volgens dit arrest heeft de Marckx-interpretatie van art. 8 Verdrag Mensenrechten wat betreft de erfrechtelijke roeping van natuurlijke kinderen directe werking, minstens voor nalatenschappen opengevallen na 13 juni 1979.
Het Hof van Cassatie legde zich daar uiteindelijk bij neer.[24]

1.4. DE AFSTAMMINGSWET 1987

64. Uiteindelijk werd het arrest-Marckx (pas) in de Belgische wetgeving omgezet door de Afstammingswet 1987.
Sindsdien geldt art. 334 als regel: ongeacht de wijze van vestiging van de afstamming, is het juridische statuut van elk kind gelijk.

---

21 Herhaald in Hof Mensenrechten (3de Kamer), nr. 34406/97, 1 februari 2000, Mazurek t. Frankrijk, *R.W.* 2002-03 (weergave P. Lemmens), 232; *Rev.trim.dr.fam.* 2000, 390, noot Y. Leleu en in Hof Mensenrechten (1ste Kamer), nr. 68864/01, 22 december 2004, Merger en Cros t. Frankrijk, www.echr.coe.int.

22 Bv. Cass. 10 mei 1985, *R.W.* 1985-86, 1848, noot P. Senaeve.

23 Hof Mensenrechten (Kamer), nr. 12849/87, 29 november 1991, Vermeire t. België, www.echr.coe.int; *T. Not.* 1991, 494, noot K. Rimanque; eerder al: Grondwettelijk Hof nr. 18/91, 4 juli 1991, *R.W.* 1991-92, 364; *T. Not.* 1991, 481, noot K. Rimanque.

24 Cass. 21 oktober 1993, *R.W.* 1993-94, 984, noot.

Paradoxaal genoeg maakten de daarop volgende bepalingen op die regel meteen een aantal uitzonderingen (art. 334*bis*, 335, §§ 1 en 3; zie ook art. 745*quater* en 837). De discriminatie werd dus deels aangehouden, zij het niet op essentiële punten.

65. De afstammingsrechtelijke gelijkschakeling van huwelijkse en buitenhuwelijkse kinderen is niet alleen het resultaat van de abstracte interpretatie van het afstammingsrecht in functie van gelijkheid en niet-discriminatie. Er is meer.
Het begon met de seksuele, en vervolgens culturele en economische, emancipatie van de vrouw (waarover later). Naar de mate waarin de vrouw vrijer werd in haar persoon, kwam aan haar echtgenoot ook minder controle toe op haar seksuele gedrag. De kans dat kinderen van de vrouw niet door haar echtgenoot waren verwekt, nam dus toe. Daarom moesten de mogelijkheden tot betwisting van het vaderschap worden uitgebreid.
Evenzeer had de emancipatie van de vrouw tot gevolg dat zij niet meer hoefde te huwen om in haar sociale zekerheid te voorzien. Door de inschakeling van vrouwen in de economie, stonden zij zelf voor hun onderhoud in. Dat daarnaast de seksuele zeden versoepelden, zorgde voor een toenemend aantal ongehuwde moeders.
Door de groei van het aantal onwettige of buitenhuwelijkse kinderen, moest hun statuut worden verbeterd, of zelfs gelijkgesteld met dat van wettige kinderen – wat als regel gebeurde in de Afstammingswet 1987.

66. Door toetsing van de Afstammingswet aan art. 10 en 11 G.W. heeft het Grondwettelijk Hof in belangrijke mate bijgedragen tot de ontwikkeling van het afstammingsrecht na 1987. Op vele plaatsen behandelde de Afstammingswet vergelijkbare categorieën van personen verschillend:
- kinderen, naargelang de moederlijke dan wel de vaderlijke afstamming wordt vastgesteld;
- mannen en vrouwen, wat betreft de regeling van de erkenning en het gerechtelijk onderzoek naar het ouderschap en
- mannen wat betreft de vaststelling van hun vaderschap, naargelang zij al dan niet met de moeder gehuwd zijn of waren.

Na een eerste arrest van het Grondwettelijk Hof over de overgangsrechtelijke regeling van de Afstammingswet 1987, volgde een reeks arresten over de vaststelling van de afstamming en de gevolgen ervan, zoals de naamgeving. Het Hof besloot dikwijls dat een onderscheid tussen verschillende categorieën van personen zonder relevant criterium of met onevenredige gevolgen plaatsvond, zodat dikwijls tot discriminatie werd besloten. Orgelpunt was een arrest waarin het Grondwettelijk Hof zelf zijn eerdere arresten moest herinterpreteren om ze in overeenstemming te houden met het discriminatieverbod.[25]

[25] Grondwettelijk Hof nr. 66/2003, 14 mei 2003, *R.W.* 2003-04, 311, noot.

1.5. DE AFSTAMMINGSWET 2006

67. Diverse wetsvoorstellen werden ingediend teneinde het afstammingsrecht in overeenstemming te brengen met de arresten van het Grondwettelijk Hof. Deze wetsvoorstellen werden gebundeld en leidden samen tot een hervorming van het afstammingsrecht door de Afstammingswet 2006. Deze wet heeft vier doelstellingen.

De *eerste doelstelling* van de wet is de aanpassing van het afstammingsrecht aan de genoemde arresten van het Grondwettelijk Hof waarin discriminaties werden vastgesteld. Bij die gelegenheid is het afstammingsrecht ook grondiger hervormd, zelfs in materies waarin het Grondwettelijk Hof geen discriminaties zag.

Een *tweede doelstelling* was daarom, ook ruimer dan de punten waarop de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof betrekking had, eenvormigheid te bereiken in de vestiging en betwisting van de afstamming:

- vestiging en betwisting langs *moederszijde* enerzijds en langs *vaderszijde* anderzijds verlopen nu grotendeels volgens dezelfde regels;
- voorts zijn de verschillende wijzen van *vestiging* van de afstamming en de verschillende wijzen van *betwisting* van de afstamming zo veel als mogelijk op elkaar afgestemd *qua* grond- en vormvoorwaarden;
- verder zijn de vestiging en betwisting van de *huwelijkse* vaderlijke afstamming enerzijds en de vestiging en betwisting van de *buitenhuwelijkse* vaderlijke afstamming anderzijds eenvormiger geregeld. Deze laatste gelijkschakeling is ten koste gegaan van de bescherming van de huwelijkse stabiliteit in het afstammingsrecht;
- de genoemde en andere wijzigingen hebben ook een meer gelijke behandeling tot gevolg van alle kinderen: huwelijkse, buitenhuwelijkse, overspelige en ook kinderen geboren uit aanverwante ouders;
- ten slotte is een beter evenwicht gezocht tussen de drie grondslagen voor de afstamming (de biologische band, het bezit van staat ('gezinsleven') en de wil. Het belang van het kind vormt daarop bij de vestiging van de afstamming als regel een eenvormiger correctief.

Op de *derde* plaats wordt meer inspraak verleend aan het kind. Het kind krijgt vanaf de leeftijd van twaalf jaar – voordien vijftien jaar – inspraak in de vestiging van een afstammingsband.

Ten slotte zijn de resterende discriminaties in de *gevolgen van de afstamming* weggewerkt.

1.6. AFNEMEND BELANG VAN HET AFSTAMMINGSRECHT

68. Hoe dan ook boet (om het even welk) afstammingsrecht aan belang in, nu kinderen meer en meer onder rechtstreeks Staatsgezag komen te staan, zodat de individuele aanwijzing van ouders minder van belang is.
Hierdoor kan ook meer dan vroeger worden toegestaan dat de afstamming aan de contractvrijheid wordt overgelaten. Als het statuut van kinderen steeds hetzelfde is (art. 334) en in wezen toch de onmiddellijke verhouding betreft tussen kind en Staat, doet het er immers minder toe of het ouders heeft en, zo ja, welke.

II.2. KAPSTOKKEN

A. Heyvaert, "Het wezen van de instituten afstamming en huwelijk", *R.W.* 1979-80, 737.

2.1. SOCIALE FUNCTIE VAN DE AFSTAMMING

69. De sociale functie van de afstamming is de aanduiding van personen (ouders) die moeten instaan voor de verzorging en bescherming van hun kinderen. Hieruit vloeien plichten voort op immaterieel (opvoeding) en materieel (onderhoudsplicht, aansprakelijkheid) vlak. Ertegenover staan een aantal rechten (gezag over de persoon, beheer en genot van de goederen).
Als aanknopingspunt voor de (aan)verwantschap, duidt de afstamming ook ruimere groepen (familielijnen) aan van personen die tot verzorging en bescherming verplicht zijn.

2.2. GRONDSLAG VAN DE AFSTAMMING

F. Fukuyama, *De nieuwe mens. Onze wereld na de biotechnologische revolutie,* Antwerpen/Amsterdam, Contact, 2002.

K. Boele-Woelki (ed.), *De (on)geoorloofdheid van draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Antwerpen – Groningen, Intersentia, 1999; H. Casman, "Enkele beschouwingen over ouderschap, afstamming en adoptie" in *Met rede ontleed, de rede ontkleed*, Gent, Mys & Breesch, 2002, 117 – N. Colette-Basecqz, "Utilisation des techniques de procréation médicalement assistée pour satisfaire le désir d'enfant chez un couple homosexuel. Questions éthiques et juridiques", *T. Gez.* 1998-99, 246-249 – E. De Kezel, "Bescherming van de familierust vs. erkenning van de biologische realiteit: een moeizame afweging van belangen – Oproep tot meer rechtlijnigheid in het Belgische afstammingsrecht", *T.J.K.* 2003, 183-186 – J. Gerlo, "Ons afstammingsrecht moet (meer) aansluiten bij de biologische afstamming. Bedenkingen rond afstamming, adoptie en ouderlijk gezag" in *Met rede ontleed, de rede ontkleed*, Gent, Mys & Breesch, 2002, 101 – M. Veys, "Afstamming na medisch begeleide voortplanting en draagmoederschap", *T.B.B.R.* 2006, 402 – T. Wuyts, "De afstamming na

medisch begeleide voortplanting", in P. Senaeve, F. Swennen & G. Verschelden (eds.), *De hervorming van het afstammingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 285.

A. Wat?

70. De grondslag voor de afstamming is het feitelijke gegeven waarop de wet het bestaan van de juridische afstammingsband ent.
Gaat men ervan uit dat de Staat alle, minstens zo veel mogelijk, kinderen afstammingsbanden wil geven, dan moet als grondslag voor de afstamming een feitelijk gegeven worden genomen dat in zo veel mogelijk gevallen aanwezig is.
Die grondslag moet logischerwijze ook in verband staan met de sociale functie van de afstamming.
In ons recht bestaan er drie grondslagen voor de oorspronkelijke afstamming:
- de biologische band;
- de socio-affectieve band – benoemd als 'bezit van staat'; in wezen is dit het gezinsleven in de zin van art. 8 Verdrag Mensenrechten;
- de wil.

De biologische grondslag is in ons afstammingsrecht de principiële grondslag[26]; dit is logisch in de mate dat deze grondslag voor alle kinderen bestaat. Op die principiële grondslag worden echter verregaande uitzonderingen gemaakt ten voordele van de socio-affectieve band en de wil. Bovendien moet de biologische grondslag soms wijken in het belang van het kind. Uit de verdere bespreking zal blijken dat het om delicate evenwichtsoefeningen gaat.

B. Biologische band

71. Meestal wordt een kind nog verwekt door geslachtsgemeenschap – dit is de inwendige vereniging van de geslachtsdelen van een man en een vrouw.[27] Een (of meer) zaadcel(len) van deze man bevrucht(en) aldus '*in vivo*' een (of meer) eicel(len) van deze vrouw. Uit die samensmelting van mannelijke en vrouwelijke gameten of voortplantingscellen ontstaat dan een zygoot, die in de baarmoeder van dezelfde vrouw uitgroeit tot een kind, dat na een negental maanden geboren wordt (art. 326).
Het afstammingsrecht gaat uit van deze biologische gegevens en neemt de biologische band als principiële grondslag voor de afstamming.
De grondslag voor de moederlijke afstamming is de bevalling, dit is de biofysiologische band tussen een vrouw en het kind. De vrouw die van het kind bevalt, is dus de juridische moeder. Dit valt enerzijds af te leiden uit de combinatie van art. 55 en 56, § 1 en 312, § 1. Anderzijds valt een bewijs af te leiden uit art. 314, 3de lid.

---

26 Grondwettelijk Hof nr. 138/2000, 21 december 2000, *R.W.* 2000-01, 1343.
27 Cass. 12 april 1985, *R.W.* 1985-86, 374, noot J. Pauwels.

De grondslag voor de vaderlijke afstamming is de biogenetische band tussen een man en een kind, die ontstaat door levering van een zaadcel, doorgaans na geslachtsgemeenschap. Het bewijs daarvoor valt af te leiden uit art. 318, § 4 en 324, 3de lid.

72. Gaat men uit van deze klassieke biologische gegevens, dan is duidelijk dat:
- voor elk kind een grondslag voor de afstamming bestaat – aan de wetgevende doelstelling is voldaan;
- de grondslag van de afstamming van bij de geboorte bestaat – daarom is deze afstamming declaratief van staat;
- de grondslag definitief is – bewijsperikelen daargelaten;
- elk kind twee ouders heeft, niet meer en niet minder – dit wil niet zeggen dat het ouderschap ook tweezijdig is bewezen en functioneert;
- elk kind één mannelijke ouder (vader) en één vrouwelijke ouder (moeder) heeft.

73. Deze biologische uitgangspunten werden uitgebreid tot de andere grondslagen van de oorspronkelijke afstamming (bezit van staat en wil), hoewel dat onlogisch is bij gebreke van biologische band.

Afstamming en biotechnologie

74. Pas sinds 1987 verwijst het afstammingsrecht naar het bestaan van *kunstmatige voortplantingstechnieken* (art. 318, § 4).
De vele (afstammingsrechtelijke) vragen die rijzen bij de aanwending van die technieken zijn pas beantwoord in de Wet Medisch Begeleide Voortplanting 2007.
Voor de toepassing van de afstammingsrechtelijke regels worden als regel de wensouders en niet de donoren vanaf de implantatie van de embryo's of gameten als verwekkers van het kind beschouwd. Met de donoren kan daarom geen afstammingsband worden gevestigd, terwijl die vestiging wel mogelijk wordt ten opzichte van de wensouders (art. 2, f, i, j, p en q, 27 en 56 Wet Medisch Begeleide Voortplanting).
Deze uitzondering zij begrepen onder de bespreking van de techniek van het afstammingsrecht verderop.

Artikel 318, § 4 wijst meer algemeen de echtgenoot van de moeder aan als vader zo hij toestemde in de kunstmatige inseminatie of *andere daad van (ook natuurlijke) voortplanting* waarmee het kind werd verwekt.

Met andere biotechnologische ontwikkelingen wordt vooralsnog geen rekening gehouden. Hierdoor rijzen soms vragen over 'het' biologische aanknopingspunt voor de afstamming.
De laatste jaren staat vooral het draagmoederschap in de actualiteit. Een wettelijke regeling ervan is in de loop van de parlementaire voorbereiding uit de Wet Medisch Begeleide Voortplanting geweerd. Volgens de algemene afstammingsrechtelijke regels is de draagmoeder ook de juridische moeder van het kind. Is ze gehuwd, dan is haar echtgenoot als regel de vader als hij tot het draagmoederschap toestemde. Teneinde de wensouders als juridische ouders te kunnen aanwijzen, moet de draagmoeder dan anoniem bevallen in een land waar dat mogelijk is, of nog het kind afstaan voor adoptie. Daarbij rijst dan de vraag of met de ongeoorloofdheid van draagmoederschapsovereenkomsten rekening mag worden gehouden.
De komende jaren zullen nieuwe vragen rijzen, bv. naar de afstammingsrechtelijke vertaling van de verwekking door samensmelting van twee eicellen of van de eventuele volledige zwangerschap *in vitro*. Slechts een aantal van die vragen wordt (zijdelings) beantwoord in de Embryowet.

Alvast vloeit uit de beschreven biotechnologische ontwikkelingen voort dat de biologische grondslag meer wilsbepaald wordt, doordat men hem kan beïnvloeden.

C. *Bezit van staat*

75. De lezer van *Personenrecht in kort bestek* herinnert zich wat bezit van staat is. Het gaat om de feitelijke uitoefening van rechten en uitvoering van plichten verbonden aan een bepaalde staat, ongeacht of men van die staat ook juridisch titularis is.
De bestanddelen van het bezit van staat *als kind* zijn nader bepaald in art. 331*nonies*. Het volstaat dat ze (op overeenstemmende wijze) samen dan wel afzonderlijk de 'betrekking van afstamming' aantonen:
- het kind heeft altijd de naam gedragen van degene van wie wordt gezegd dat het afstamt;
- de laatstgenoemde heeft het als zijn kind behandeld;
- die persoon heeft als vader of moeder in zijn onderhoud en opvoeding voorzien;
- het kind heeft die persoon behandeld als zijn vader of moeder;
- het kind wordt erkend door de familie en in de maatschappij;
- de openbare overheid beschouwt het als zodanig.

Men kan aannemen dat het bezit al voor de geboorte, ja zelfs voor de verwekking, kan aanvangen, bv. doordat de vader de moeder vergezelt bij doktersbezoeken, de kinderkamer schildert enz.

76. Het bezit van staat als kind heeft een bewijsfunctie en een rechtscreërende functie.
Op diverse plaatsen krijgt het bezit van staat een *bewijsfunctie* doordat het bestaan van de grondslag van de moederlijke resp. vaderlijke afstamming ermee kan worden geleverd, bv. art. 314, 4de lid resp. art. 324, 1ste lid.
Het bezit van staat heeft in het afstammingsrecht ook een belangrijke *negatieve rechtscreërende functie*. Een vordering tot betwisting van een vastgestelde afstammingsband, bv. gegrond op het ontbreken van een biologische grondslag, is *niet-ontvankelijk* indien die afstammingsband wordt bevestigd door bezit van staat (art. 312, § 2, 318, § 1, 1ste lid, 330, § 1, 1ste lid). Met andere woorden gaat de socio-affectieve band hier als grondslag voor de afstamming zonder meer voor op de biologische band.
Bezit van staat heeft enkel een '*negatieve*' rechtscreërende functie, doordat een vastgestelde afstammingsband niet meer in vraag kan worden gesteld als er bezit van staat is. Het bezit van staat als kind heeft (nog) geen '*positieve*' rechtscreërende functie. Een vordering tot *inroeping* van een afstammingsband kan bijgevolg nooit enkel op het bezit van staat worden gegrond. Er komt in die vorderingen enkel een bewijsfunctie aan toe.

D. De wil als grondslag

77. *Onrechtstreeks* is de wil een grondslag van de afstamming, doordat het alle titularissen vrij staat al dan niet de vordering tot betwisting dan wel inroeping van de afstamming in te stellen dan wel al dan niet bezit van staat tot stand te laten komen. Volledigheidshalve zij er ook aan herinnerd dat de biologische band als grondslag, door de biotechnologische ontwikkelingen, steeds meer door de wil wordt bepaald.
Rechtstreeks is de wil een grondslag van de afstamming als het iemand vrij staat een afstammingsband te vestigen terwijl er geen biologische grondslag of bezit van staat met hem voorhanden is. De wet kent drie soorten van wensouderschap.

78. Op de eerste plaats zijn er de *wensouders die een beroep doen op de medisch begeleide voortplanting*. Wensouders worden in de Wet Medisch Begeleide Voortplanting gedefinieerd als personen die hebben *besloten* om ouder te worden door middel van medisch begeleide voortplanting. Ontvangen zij embryo's of gameten van een donor, dan worden de afstammingsrechtelijke regels niettemin in hun voordeel toegepast. In wezen worden zij door hun beslissing met uitsluiting van

de donoren beschouwd als de verwekkers van het kind (art. 2, f, i, j, p en q, 27 en 56 Wet Medisch Begeleide Voortplanting).

79. Artikel 318, § 4 regelt ten tweede het *wensvaderschap*. Een vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot van een vrouw is niet-ontvankelijk als de echtgenoot toestemming gaf tot kunstmatige inseminatie of tot een andere daad – bv. geslachtsgemeenschap met een vriend – die de (natuurlijke) voortplanting tot doel had, tenzij de verwekking van het kind niet het gevolg van die handeling kan zijn.
Voor zover deze bepaling betrekking heeft op de medisch begeleide voortplanting, is zij achterhaald door de net beschreven bepalingen uit de Wet Medisch Begeleide Voortplanting.
Het wensvaderschap is een soort 'leugenachtige erkenning' (zie volgend randnummer) binnen het huwelijk.
Meer en meer wordt in vraag gesteld of de toepassing van deze bepaling beperkt kan blijven tot het huwelijk of zelfs tot het heteroseksuele huwelijk (zei verder).

80. Een veel ruimere vorm van wensouderschap is de *erkenning*. De erkenning is de handeling waarmee het ouderschap wordt gevestigd op grond van de verklaring door de erkenner moeder resp. vader te zijn van het erkende kind.
Van een man of een vrouw die een kind wil erkennen als het zijne resp. het hare, wordt vooraf niet eerst nagegaan of hij of zij met het kind een biologische band heeft dan wel of er al bezit van staat is.
Meer nog: de wetgever beschermt uitdrukkelijk zgn. *leugenachtige erkenningen*. Enkel de persoon die het ouderschap opeist op grond van een biologische band en wiens ouderschap niet kennelijk strijdig zou zijn met het belang van het kind, kan een leugenachtige erkenning nog betwisten (art. 330, § 1, 1ste en 2de lid en § 3). Deze mogelijkheid staat niet open voor de donor bedoeld in de Wet Medisch Begeleide Voortplanting. De erkenner en de personen die in de erkenning toestemden, kunnen de erkenning enkel nog betwisten zo zij een wilsgebrek bewijzen (art. 330, § 3, 2de lid).
De leugenachtige erkenning binnen het huwelijk wordt nog sterker beschermd: niemand kan in dat geval het vaderschap van de echtgenoot nog betwisten (art. 318, § 4).

2.3. MATERIEEL BEWIJS VAN DE AFSTAMMING

S. Brijs, "DNA-onderzoek in afstammingsgeschillen: wie weigert, heeft (meestal) ongelijk", *R. Cass.* 1999, 175-198 – N. Denies, "Réflexions sur l'établissement de la paternité post-mortem", *J.T.* 1998, 813-817 – J. Fierens, "Quels sont les fondements possibles de l'autorisation donnée au médecin d'accomplir un prélèvement sanguin sur une personne dans le coma en vue d'établir la paternité ?", *J.T.* 1993, 51-52 – K. Herbots, "Het post-mortem DNA-onderzoek inzake afstammingsgeschillen", *T.B.B.R.* 1998, 211-217 – N. Hustin-Denies, "La preuve par les empreintes génétiques en droit belge de la filiation", in C. Hennau-Hublet en B. Knoppers, *L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'homme. Aspects médico-scientifique, éthique et juridique*, Brussel, Bruylant, 1997, 289-352 – N. Jeger, "Genetische vingerafdruk ter vaststelling van vaderschap bij een persoon in de coma", *T. Gez.* 1997-98, 209-214 – C. Panier, "L'expertise génétique post mortem", *J.L.M.B.* 1993, 595 – F. Swennen, "Art. 331*octies* B.W. en de 'rechtsvormende' taak van het Hof van Cassatie", *R.W.* 1998-99, 1145-1148 – A. Vandenberghe, C. Van Broeckhoven en A. Heyvaert, "De genetische vingerafdruk en zijn betekenis in het nieuwe afstammingsrecht", *R.W.* 1986-87, 2553-2568.

81. Het materiële bewijs van de afstamming is het bewijs van het feitelijke gegeven waaruit de grondslag van de afstamming blijkt.
Het *rechtstreekse* bewijs wordt met het oog op de afstamming geleverd.
Het *onrechtstreekse* bewijs wordt op grond van de wet afgeleid uit andere gegevens.

82. Het *rechtstreekse bewijs* kan voortvloeien uit een verklaring, dan wel uit een onderzoek in het raam van de gerechtelijke vaststelling van het ouderschap.

1/ Het rechtstreekse bewijs vloeit op de eerste plaats voort uit een *verklaring*.
Het bewijs voor de afstamming langs moederszijde door verklaring vloeit voort uit de aangifte van de geboorte (art. 55 e.v.) dan wel uit een erkenning (art. 313).
Bewijs voor de afstamming langs vaderszijde door verklaring vloeit voort uit de erkenning in de akte van geboorte of in een akte van erkenning (art. 62, art. 319).

2/ Op de tweede plaats kan het materiële bewijs rechtstreeks worden geleverd via een *onderzoek* dat met het oog hierop wordt gevoerd. De grondslag van de afstamming is een rechtsfeit dat met alle middelen kan worden bewezen. De rechtbank houdt de meest waarschijnlijke afstamming aan (art. 331*septies*).
Wat betreft de biologische band als grondslag, grenst de waarschijnlijkheid van het bewijs doorgaans aan het zekere door gebruik van DNA-tests. Artikel 331*octies* laat de rechter toe, zelfs ambtshalve, een bloedonderzoek of enig ander onderzoek volgens wetenschappelijk beproefde methode te gelasten, meestal ten laste van de vermoede ouder.

Zwijgen is toestemmen?

83. De wet laat enkel de *gelasting* van een onderzoek toe en niet de dwanguitvoering ervan. Als inbreuk op de persoonlijkheidsrechten is dwangafneming van een bloed- of DNA-staal niet mogelijk zonder wettelijke basis.
In dit verband rijst de vraag hoe de rechter de weigering moet beoordelen om een afstammingsonderzoek te ondergaan: er zomaar het bestaan van de afstammingsband uit afleiden zou aan de kant van de ouder het verbod tot dwanguitvoering inhoudsloos maken. Aan de andere kant heeft het kind een recht op (kennis van zijn) afstammingsbanden (art. 8 Verdrag Mensenrechten, art. 7 Kinderrechtenverdrag). Een afweging van beide rechten deed het Hof van Cassatie besluiten dat de rechter uit de weigering van het onderzoek zonder gegronde reden, een feitelijk vermoeden mag afleiden van het bestaan van een biologische band.[28] Volgens Europese rechtspraak moet bij de afweging tussen persoonlijkheidsrechten van het kind en de weigerende ouder inderdaad de voorrang gaan naar het recht op identiteit van het kind.[29]
Een vergelijkbare afweging vindt plaats bij het afstammingsonderzoek *post mortem*: de vereiste eerbied voor het lijk staat hier tegenover het recht op kennis van de afstammingsbanden.[30]
De rechtspraak past een vergelijkbare redenering ook toe bij het afstammingsonderzoek op comateuzen.

84. In één geval bestaat in ons recht een *onrechtstreeks materieel bewijs* van ouderschap.
Op grond van art. 315-317 is de (ex-)echtgenoot van de bevallen vrouw de vader van het kind, als kan worden vermoed dat hij in de periode van de vermoede verwekking (art. 326) met de moeder geslachtsgemeenschap kon hebben.
Het bewijs van de afstamming wordt hier onrechtstreeks afgeleid uit een combinatie van de geboorteakte – waarin de moeder wordt vermeld – met de huwelijksakte – waaruit de band van de moeder met de vader blijkt.
De besproken regeling wordt gemeenlijk 'het vaderschapsvermoeden' genoemd. Het gaat echter niet om een vermoeden, maar om een wettelijke regel – ook al is die op een vermoeden gebaseerd en ook al is dat vermoeden weerlegbaar.

28 Cass. 17 december 1998, *R.W.* 1998-99, 1144, noot F. Swennen.
29 Hof Mensenrechten (1ste Kamer), nr. 53176/99, 7 februari 2002, Mikulic t. Kroatië, www.echr.coe.int, §§ 64-66.
30 Hof Mensenrechten (3de Kamer), nr. 58757/00, 13 juli 2006, Jäggi t. Zwitserland, www.echr.coe.int, §§ 38-43.

2.4. FORMEEL BEWIJS VAN DE AFSTAMMING

85. Het formele of instrumentele bewijs van de afstamming is de akte waarin het materiële bewijs ervan vervat ligt. Het moet gaan om een authentieke akte.
Eerst volgt een korte opsomming van de authentieke akten die in aanmerking komen als formeel bewijs van de afstamming. Dan wordt kort aangeduid welke de bewijskracht ervan is.

86. De *akte van geboorte* is de authentieke akte waaruit het moederschap voortvloeit van de bevallen vrouw die erin wordt vermeld (art. 57, 2°).
Deze akte kan ook het bewijs van het vaderschap bevatten, hetzij omdat de vader het kind in de geboorteakte erkent, hetzij in combinatie met de huwelijksakte. Zoals vermeld, is als regel de echtgenoot van de bevallen vrouw immers de vader van het kind (art. 315-317).
De *akte van erkenning* is de authentieke akte die de verklaring bevat van de man resp. de vrouw, vader resp. moeder te zijn van het kind dat erin wordt vermeld. De erkenning kan gebeuren in elke authentieke akte, uitgezonderd het testament (art. 327). Naast de eigenlijke akte van erkenning, met dat doel opgesteld door de ambtenaar van de burgerlijke stand (art. 62), is erkenning dus ook mogelijk in de geboorteakte, in het huwelijkscontract, in een authentieke akte van schenking enz.
Bij gebreke van ander afstammingsbewijs (art. 314 en 322) kan het materiële bewijs van de afstamming worden geleverd in een *gerechtelijke beslissing*. De gerechtelijke beslissing is de authentieke akte waarin – formeel – het resultaat van het onderzoek naar het moederschap resp. vaderschap vervat ligt.

87. De *bewijskracht* van authentieke akten is in het algemeen geregeld in de art. 1317-1321.
Vermeldingen in de akte van wat de instrumenterende ambtenaar *de visu et de auditu* heeft vastgesteld, hebben zowel voor de partijen als tegenover derden onweerlegbare bewijskracht, tot betwisting wegens valsheid.
De inhoudelijke juistheid van de afgelegde verklaringen geldt tussen de partijen onweerlegbaar en tegenover derden weerlegbaar door tegenbewijs.

88. Hetzelfde geldt *mutatis mutandis* wat betreft gerechtelijke beslissingen.
De weerlegbaarheid van het bewijs door derden wordt bereikt via de mogelijkheid om derdenverzet te doen tegen de beslissing (art. 331*decies*, 1ste lid).
De vraag rijst of de onweerlegbaarheid van het bewijs, wat betreft gerechtelijke beslissingen, niet ook tegenover derden moet gelden:
- als regel wordt de zaak meegedeeld aan het Openbaar Ministerie (art. 764 Ger.W.), dat het algemeen belang en de belangen van de minderjarigen bewaakt;

– de rechter kan zelfs ambtshalve een wetenschappelijk onderzoek bevelen (art. 331*octies*) waardoor het afstammingsbewijs aan de biologische zekerheid grenst;
– de rechter kan zelfs ambtshalve derden in het geding roepen (art. 331*decies*, 2de lid).

De belangen van derden (bij de bewijslevering) zijn daardoor voldoende gevrijwaard.

2.5. SOCIALE FUNCTIONERING VAN DE AFSTAMMING EN HET BELANG VAN HET KIND

A. Situering

89. Wordt in een toegelaten authentieke akte het materiële bewijs van een grondslag van de afstamming geleverd, dan kan de afstammingsband als regel sociaal functioneren, door de rechtsgevolgen die eraan worden gehecht.

90. Soms is de sociale functionering van een bepaalde afstammingsband niet aangewezen, als zij in strijd zou komen met de sociale functie van de afstamming. Zo valt te begrijpen dat het niet is aangewezen dat de verkrachter van de moeder sociaal als vader zou functioneren van het kind dat door de verkrachting werd verwekt. Zo valt ook te begrijpen dat een goed functionerende afstammingsband zonder biologische grondslag niet meer terzijde kan worden geschoven voor een nieuwe afstammingsband met biologische grondslag.
Uiteindelijk is het belang van het kind hier steeds de toetssteen. Soms wordt dit belang – en ruimer, dat van de samenleving – abstract beoordeeld, bv. door een algemeen verbod tot functionering van de incestueuze afstamming. In andere gevallen wordt het concreet beoordeeld, bv. door na te gaan of de sociale functionering van de afstamming met een bepaalde persoon niet kennelijk strijdig zou zijn met het belang van het kind.

Het afstammingsrecht verder biologiseren?

91. De wetgever hanteert een duidelijke strategie ingeval (abstract of concreet) komt vast te staan dat de sociale functionering van een afstammingsband niet in het belang van het kind zou zijn. In die gevallen verbiedt hij dat die afstammingsband wordt vastgesteld, zodat hij niet zal kunnen functioneren. Hij pakt het probleem dus in de wortel aan.
Die aanpak is zinvol als daarmee een andere goed functionerende afstammingsband kan worden gevrijwaard. Dit resultaat wordt bv. bereikt door de

vordering tot betwisting van een afstammingsband te verbieden als er bezit van staat is.
Niet zinvol is naar mijn oordeel het verbod tot vestiging van een afstammingsband in het belang van het kind als er geen bestaande afstammingsband moet worden gevrijwaard. Het gaat bv. om het verbod tot de vestiging van de incestueuze vaderlijke afstamming van een anders vaderloos kind. Wellicht is de sociale functionering van de afstamming in dat soort gevallen niet aangewezen. In ons recht bestaan echter de nodige instrumenten om de rechtsgevolgen van een bestaande afstammingsband uit te schakelen als de functionering ervan niet aangewezen is. Zo kan een incestueuze vader van zijn ouderlijk gezag worden ontzet (zie verder Hoofdstuk VIII). Deze oplossing is meer proportioneel en wellicht ook meer in het belang van het kind dan het verbod tot vestiging van de afstammingsband. Zonder afstammingsband kan het kind hoogstens een onderhoudsaanspraak tegen zijn verwekker laten gelden (art. 336 e.v., waarover meer in Hoofdstuk IV). Met afstammingsband heeft het naast een onderhoudsaanspraak ook erfrecht.
Wellicht is ook art. 7 Kinderrechtenverdrag in dit opzicht van belang.[31]
Samengevat meen ik dat de vestiging van de afstammingsband meer kan worden 'gebiologiseerd' zonder afzwakking in het belang van het kind. Het belang van het kind en dat van de samenleving in het algemeen kan wellicht afdoende worden gediend met de uitschakeling van de meeste rechtsgevolgen van een afstammingsband waarvan het onwenselijk is dat hij functioneert. Deze oplossing is in de Afstammingswet overigens – op discriminatoire wijze – aangehouden voor kinderen die op het ogenblik van het verzoek tot vestiging van de afstamming nog geen jaar oud zijn.

92. Er zijn volstrekte en relatieve hinderpalen tegen de vestiging van een onwenselijke afstammingsband. De volstrekte hinderpalen (B-E) verhinderen de vestiging van de afstammingsband abstract en van rechtswege, dit is automatisch. De relatieve hinderpaal (F) verhindert de vestiging van de afstammingsband slechts op basis van een concreet oordeel.

B. Bezit van staat

93. Zoals vermeld, heeft het *bezit van staat als kind* een negatief rechtscreërende werking (art. 312, § 2, 318, § 1, 1ste lid, 330, § 1, 1ste lid). Een vastgestelde afstammingsband die wordt bevestigd door bezit van staat, kan niet meer worden betwist, ook al berust die afstammingsband niet op een biologische band. Dit

[31] Bv. Grondwettelijk Hof nr. 169/2003, 17 december 2003, *R.W.* 2003-04, 1375.

heeft soms tot gevolg dat de afstammingsband niet meer kan worden vastgesteld ten opzichte van de persoon met wie het kind wel een biologische band heeft.

C. *Incest*

D. Pire, "L'enfant 'incestueux' et la Convention européenne des droits de l'Homme", *J.L.M.B.* 1990, 1169-1170; E. Langenaken, "Le droit de la filiation face à l'inceste: norme égalitaire ou norme symbolique ?", *Rev. trim. dr. fam.* 2004, 356-369 – Y.-H. Leleu & E. Langenaken, "Inceste, mariage et filiation : les cours supérieures ouvrent une voie libérale", *J.T.* 2007, 269.

94. Ook in bepaalde gevallen van *incest* bestaat een volstrekt verbod tot vestiging van de afstamming (art. 313, § 2, 314, 2de lid, 321, 325, 341).
Is de afstamming al in één lijn gevestigd, dan is vestiging in de andere lijn volgens de wet niet meer mogelijk als tussen beide ouders een absoluut huwelijksverbod wegens oorspronkelijke of adoptieve verwantschap bestaat. Een huwelijksbeletsel is absoluut als koninklijke dispensatie van het verbod niet mogelijk is. De huwelijksbeletselen komen aan bod in Hoofdstuk X. Zo kan de afstamming niet dubbelzijdig worden gevestigd ten opzichte van een vrouw en haar (gewoon of vol adoptieve) vader (art. 161, 353-13, 1°, 356-1, 1ste en 2de lid, 341 en de geciteerde bepalingen). Dit verbod wordt uitgebreid tot de verhouding tussen een persoon en de man die als vermoedelijke verwekker veroordeeld is tot betaling van een uitkering voor levensonderhoud, opvoeding en passende opleiding (art. 341).

Waarom eenvoudig als het ingewikkeld kan?[32]

95. De geciteerde wetsbepalingen laten de dubbelzijdige vestiging van de afstamming wél toe tussen *aanverwanten* in de rechte lijn – stiefouders/kinderen resp. schoonouders/kinderen – als het huwelijk waardoor die aanverwantschap is ontstaan, vernietigd of ontbonden is. Zo kan de afstamming niet dubbelzijdig worden gevestigd ten opzichte van een man en de dochter uit een eerdere relatie van een huidige echtgenote, maar wel tussen een man en dezelfde dochter van een *ex*-echtgenote.
Deze wetsbepalingen werden in 2006 ingevoerd toen tussen aanverwanten in de rechte lijn nog een absoluut huwelijksbeletsel bestond.
Sinds 2007 bestaat tussen deze aanverwanten echter nog maar een relatief huwelijksbeletsel – de Koning kan dispensatie van dit verbod verlenen. Sindsdien kan de afstamming altijd dubbelzijdig worden gevestigd ten opzichte van aanverwanten in de rechte lijn, ook al is het huwelijk dat de aanverwantschap deed ontstaan, nog niet vernietigd of ontbonden. Zo kan de afstamming sinds-

[32] A. Huygens, "Het relatieve huwelijksbeletsel tussen aanverwanten in de rechte lijn", *R.W.* 2007-08, te verschijnen.

dien wél dubbelzijdig worden gevestigd ten opzichte van een man en de dochter uit een eerdere relatie van zijn huidige echtgenote.
Door onzorgvuldigheid van de wetgever is echter enkel het huwelijkbeletsel tussen aanverwanten in *oorspronkelijke* afstamming tot een relatief huwelijksbeletsel afgezwakt. Hetzelfde is onterecht niet gebeurd voor de absoluut gebleven huwelijksbeletsels in rechte lijn tussen *gewoon adoptieve* aanverwanten (art. 353-13, 2°-5°). Wat betreft die huwelijksbeletselen blijven de geciteerde bepalingen dus wel relevant, zij het dat ze wegens wetgevende onzorgvuldigheid enkel betrekking hebben op *huwelijken* en niet op andere partnerrelaties...

Verwantschap, aanverwantschap en de rechtsgevolgen ervan worden toegelicht in de Hoofdstukken VI en VII; zie ook Hoofdstuk IV over art. 341.

96. Naast eugenetische en zedelijke overwegingen, valt als rechtvaardiging voor het verbod tot dubbele vestiging van de afstamming in geval van incest aan te voeren dat de rechtsgevolgen van de verschillende verticale en de horizontale familiebetrekkingen anders verward zouden geraken. Brengt bv. een vader met zijn dochter een kind ter wereld, dan zou dit kind zowel kind als kleinkind van dezelfde man zijn. Nochtans bevat de wet een 'hiërarchie' van rechtsgevolgen binnen families.
Anders dan in strafrechtelijke bepalingen over incest en anders dan in andere (rechts)culturen, blijven de afstammingsrechtelijke bepalingen over incest beperkt tot oorspronkelijke of adoptieve (aan)verwanten. De genoemde rechtvaardigingsgronden zouden nochtans verantwoorden dat deze bepalingen worden uitgebreid tot personen die *in feite* de rol van oorspronkelijke of adoptieve (aan)verwant vervullen.[33] Zo valt moeilijk in te zien waarom het incestverbod wel van toepassing zou zijn op een adoptievader maar niet op een stiefvader die het kind van bij de geboorte opvoedt. De genoemde wetswijzigingen van 2006 en 2007 hebben de bestaande ongerijmdheden nog vergroot.

D. Verkrachting van de moeder door de man die het vaderschap opeist

97. In de Afstammingswet 2006 is onterecht een idee opgevist dat het tijdens de parlementaire voorbereiding van de Afstammingswet 1987 niet had gehaald.
De basisidee is dat de getraumatiseerde moeder moet worden beschermd tegen de poging van haar verkrachter om zijn vaderschap te laten vaststellen.
Nochtans moge duidelijk zijn dat de afstammingsbanden van het kind niet in het belang van de moeder maar in het belang van het kind zelf moeten worden georganiseerd.

[33] Vgl. art. 372 en 377 Sw.

Bovendien is de basisidee bijzonder slecht uitgewerkt.

98. De zogenaamde 'exceptie van verkrachting' impliceert dat het vaderschap over een minderjarig niet-ontvoogd kind niet door middel van erkenning of gerechtelijke vaststelling kan worden gevestigd zo de betrokken man schuldig is bevonden aan verkrachting van de moeder tijdens het wettelijke tijdvak van de verwekking. Deze exceptie moet worden opgeworpen door de moeder of het kind.

99. De regeling bevat ten eerste tal van (mogelijke) discriminaties.
- Zij treft enkel de man die de moeder verkracht; niet de man die het kind zelf verkracht en niet de moeder die de vader of het kind verkracht.
- Zij treft enkel de man die niet met de moeder gehuwd is, dus niet de man die zijn echtgenote verkracht.
- De regeling geldt enkel in verband met minderjarige niet-ontvoogde kinderen.
- De regeling geldt enkel in geval van verkrachting en niet in geval van andere misdrijven.
- Zij geldt niet enkel voor de verkrachting die de verwekking tot gevolg had, maar voor elke verkrachting gedurende het wettelijke tijdvak van verwekking (art. 326); nochtans niet voor de verkrachting nadien.
- Zij geldt enkel indien tegen de verkrachter al een strafvervolging is ingesteld op grond waarvan hij nadien bovendien schuldig moet worden verklaard.

Kortom, deze bepaling is, minstens wat betreft het toepassingsgebied, voer voor het Grondwettelijk Hof.

100. Ten tweede is de concrete toepassing van de 'exceptie van verkrachting' onduidelijk en verschillend geregeld voor de vaderlijke erkenning (art. 329*bis*, § 2, 4de lid) en het gerechtelijk onderzoek naar het vaderschap (art. 332*quinquies*, § 4). Ik ontleed deze bepalingen later.

101. Beter ware geweest dat de wetgever de 'exceptie van verkrachting' achterwege had gelaten en onwenselijke vaders via een uitschakeling van de *rechtsgevolgen* van de vast te stellen afstammingsband had geweerd.

E. Vetorecht van het meerderjarige of ontvoogde minderjarige kind

102. Voorts heeft een meerderjarig of ontvoogd kind een *vetorecht* tegen de erkenning en tegen de gerechtelijke vaststelling van het ouderschap. De wetgever gaat er blijkbaar van uit dat hij zijn belang best zelf beoordeelt.
Onder gelding van de Afstammingswet 1987 gold dit vetorecht enkel voor de vaderlijke afstamming.[34] Het Grondwettelijk Hof beschouwde deze regeling als discriminerend: het vetorecht moest ook bestaan tegen de vestiging van de moederlijke afstamming door erkenning[35] of gerechtelijke vaststelling. De Afstammingswet 2006 heeft hierin voorzien (art. 329*bis*, § 1 en 332*quinquies*, § 1).

F. Kennelijke strijdigheid met het belang van het kind

103. Soms kan de vestiging van de afstamming worden verhinderd met een beroep op het belang van het kind.
Deze exceptie is enkel van toepassing op de afstammingsband die door erkenning of gerechtelijke vaststelling zou worden gevestigd en niet op de afstammingsband die van rechtswege komt vast te staan.
Zij geldt bovendien enkel in verband met minderjarige niet-ontvoogde kinderen.
Onder de Afstammingswet 1987 kon de exceptie enkel worden aangevoerd tegen de vestiging van de vaderlijke afstamming. Het Grondwettelijk Hof beoordeelde deze beperking in een reeks arresten als discriminatoir.[36] Sinds de Afstammingswet 2006 kan de exceptie daarom ook tegen de vestiging van de moederlijke afstamming worden aangevoerd.

104. De exceptie dient te worden onderzocht door de rechtbank, die daartoe moet worden geactiveerd. De exceptie kan met andere woorden niet ambtshalve door de rechter worden opgeworpen.
Activering van de rechter is mogelijk via de toestemmings- en verzetrechten inzake de vestiging van de afstamming door erkenning of gerechtelijk onderzoek.
Een *erkenning* van een minderjarig niet-ontvoogd kind kan maar plaatsvinden zo de ouder en het kind van twaalf jaar of ouder hier vooraf in toestemmen. Heeft het kind geen ouder of geen beschikbare ouder, dan kan tegen een gedane erken-

---

34 In verband met oud art. 323: Grondwettelijk Hof nr. 104/98, 21 oktober 1998, *R.W.* 1998-99 (verkort), 917.

35 Grondwettelijk Hof nr. 112/2002, 26 juni 2002, www.const-court.be.

36 Grondwettelijk Hof nr. 39/90, 21 december 1990, *R.W.* 1990-91, 1231, noot; Grondwettelijk Hof nr. 63/92, 8 oktober 1992, www.const-court.be; Grondwettelijk Hof nr. 62/94, 14 juli 1994, *R.W.* 1994-95, 532, noot; Grondwettelijk Hof nr. 36/96, 6 juni 1996, *R.W.* 1996-97, 977, noot F. Aps.

ning verzet worden gedaan door de wettelijke vertegenwoordiger en het kind van twaalf jaar of ouder (art. 329*bis*, § 2 en 3, waarover verder meer).
De ouder en het kind van twaalf jaar of ouder kunnen ook verzet doen tegen de *gerechtelijke vaststelling* van de afstammingsband (art. 332*quinquies*, § 2, waarover verder meer). Ten onrechte is hier geen verzetmogelijkheid georganiseerd voor de wettelijke vertegenwoordiger van het kind zonder (beschikbare) ouder.
De beschreven toestemmings- en verzetrechten bieden aan de titularissen de mogelijkheid om een opportuniteitsoordeel te vellen over de vestiging van de afstamming.
Het is niet zeker of voor kinderen beneden de twaalf jaar volstaat dat de activering van de rechtbank enkel afhangt van een beoordeling van hun belang door de beschikbare ouder of wettelijke vertegenwoordiger. Eventueel moet vóór die leeftijd ook rekening worden gehouden met de mening van het kind zelf of de (andere) persoon (dan de ouder of vertegenwoordiger) die over hem verplichtingen opneemt.[37]
Bij gebreke van de vereiste toestemmingen of in geval van verzet gaat de rechtbank als volgt te werk.

105. De poging tot vestiging van het ouderschap wordt hoe dan ook afgewezen indien er geen biologische band blijkt te bestaan met het kind (art. 329*bis*, § 2, 3de lid; 332*quinquies*, § 3).

106. Is er wel een biologische band, dan *moet* het ouderschap worden vastgesteld indien het kind jonger was dan één jaar op het ogenblik van de inleiding van de vordering voor de rechtbank. De besproken 'exceptie van verkrachting' geldt als uitzondering op die regel.
In dat opzicht valt moeilijk in te zien waarom de andere ouder en de wettelijke vertegenwoordiger een toestemmings- resp. verzetrecht hebben in verband met kinderen jonger dan één jaar. In de lijn van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof onder de Afstammingswet 1987, zou hun weigerings- of verzetrecht beperkt moeten blijven tot de hypothese waarin zij het bestaan van de biologische band betwisten.[38] Daarbuiten komt hen immers geen beoordelingsbevoegdheid toe.

107. De achterliggende idee bij de leeftijd van één jaar is dat het moederschap doorgaans van rechtswege wordt gevestigd bij de geboorte, ongeacht haar huwelijkse staat. Het vaderschap van de man die niet met de moeder is gehuwd, komt niet van rechtswege vast te staan. Om de feitelijke gelijkheid met de moeder enigs-

---

37 Grondwettelijk Hof nr. 66/2003, 14 mei 2003, *R.W.* 2003-04, 311, noot.

38 Grondwettelijk Hof nr. 39/90, 21 december 1990, *R.W.* 1990-91, 1231, noot; Grondwettelijk Hof nr. 63/92, 8 oktober 1992, www.const-court.be; Grondwettelijk Hof nr. 62/94, 14 juli 1994, *R.W.* 1994-95, 532, noot.

zins te waarborgen, zou zijn vaderschap daarom *quasi* van rechtswege moeten komen vast te staan als hij hiertoe zelf, niet laattijdig, het initiatief neemt. Zijn initiatief is niet laattijdig als het binnen een jaar na de geboorte wordt genomen.
Op basis van die regeling is de exceptie van het belang van het kind nooit van toepassing voor de leeftijd van één jaar en altijd van toepassing na die leeftijd. Wellicht is die regel discriminatoir. De leeftijd van één jaar is als scharnierpunt onvoldoende verantwoord. Zo wordt bv. geen rekening gehouden met ouders die het initiatief tot vestiging van hun ouderschap 'tijdig' nemen binnen het jaar na de ontdekking van de geboorte of van het feit dat ze ouder zijn. Elders in het afstammingsrecht is de ontdekking van de biologische waarheid wel het uitgangspunt voor de termijn van handelen.
Wellicht moet de exceptie van het belang van het kind hetzij altijd hetzij nooit gelden. Zoals vermeld, valt er wel iets voor te zeggen de exceptie zonder meer af te schaffen. Het belang van het kind kan immers voldoende worden gediend door de nodige rechtsgevolgen van een onwenselijke afstammingsband uit te schakelen in plaats van de vestiging van de afstamming te verbieden.

108. Wat daar ook van zij, de exceptie van het belang van het kind is in onze afstammingswet aangehouden. Zij houdt in dat de vestiging van de afstammingsband kan worden geweigerd indien zij kennelijk strijdig zou zijn met de belangen van het kind.[39]
De vereiste *kennelijke* strijdigheid houdt in dat aan de rechtbank slechts een marginale beoordelingsbevoegdheid toekomt.
De mogelijkheid om de vestiging van de afstamming te weigeren in het belang van het kind, ook al wordt de biologische band niet betwist, is niet strijdig met art. 8 Verdrag Mensenrechten[40] noch met het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel.[41] De biologische werkelijkheid moet niet altijd voorgaan.[42]
Zoals vermeld, zijn ook minder verregaande oplossingen dan een verbod tot vestiging van de afstamming denkbaar.

2.6. VOORWERP VAN HET AFSTAMMINGSRECHT

109. Uit de voorgaande bespreking is duidelijk geworden dat spanningen kunnen bestaan tussen de verschillende aanknopingspunten op het gebied van afstamming.

---

39 De belangen van de andere ouder worden niet in aanmerking genomen.

40 Hof Mensenrechten (2de Kamer), nr. 33711/96, 5 november 2002, Yousef t. Nederland, *NjW* 2003, 161, noot E. Brems.

41 Grondwettelijk Hof nr. 66/2003, 14 mei 2003, *R.W.* 2003-04, 311, noot.

42 Vgl. ook Hof Mensenrechten (1ste Kamer), nr. 55339/00, 18 mei 2006, Rozanski t. Polen, www.echr.coe.int, §§ 67 en 75.

Er is een spanning tussen sociale functie en grondslag als deze laatste leidt naar een persoon die beter het ouderschap niet op zich neemt, bv. de verkrachter.
Tussen grondslag en bewijs zijn er spanningen telkens wanneer voor een grondslag geen bewijs voorhanden is, zoals bij een vondeling, of wanneer grondslag, materieel bewijs en formeel bewijs niet samenvallen. Dat laatste is bv. het geval als het vaderschap van de echtgenoot van de overspelige echtgenote formeel vaststaat en niet dat van haar minnaar.
Het afstammingsrecht regelt deze spanningen, onder meer via de afstammingsvorderingen.

II.3. DE AFSTAMMINGSVORDERINGEN

D. Pire, "Droit judiciaire de la filiation", *Act. dr.* 1991, 689-728; J. Mellaerts, "Afstammingsgeschillen, een procesrechtelijke benadering", *T.P.R.* 1991, 1139-1221.

3.1. BEGRIP

110. Afstammingsvorderingen zijn declaratieve vorderingen van staat; ze strekken er immers toe de staat vast te stellen (zie *Personenrecht in kort bestek*, Hoofdstuk III.2).
Het zijn vorderingen tot betwisting van staat indien (het bewijs van) een gevestigde afstammingsband wordt betwist (art. 332*bis*).
Het zijn vorderingen tot inroeping van staat als ze strekken tot de vestiging van een bepaalde afstammingsband (art. 332*ter*).

3.2. KENMERKEN

111. De algemene kenmerken van de vorderingen van staat (*Personenrecht in kort bestek*, Hoofdstuk III.2) zijn van toepassing. De volgende bijzonderheden zijn vermeldenswaard.

112. Afstammingsvorderingen zijn ten eerste altijd *toegewezen* vorderingen. In de regel staan ze enkel open voor het kind en elk van zijn ouders (art. 312, § 2, 318, § 1, 330, § 1 en 332*ter*, 1ste lid).
Onder kind wordt ook verstaan de persoon die de nog niet vastgestelde staat als kind 'inroept' (vordering tot inroeping van staat).
Onder de ouders worden enerzijds de personen begrepen ten aanzien van wie een afstammingband is gevestigd en die een vordering tot betwisting van staat of een vordering tot inroeping van staat tegen de andere ouder instellen. Anderzijds

worden onder ouders ook de personen begrepen die het ouderschap opeisen in een vordering tot inroeping van staat (arg. ex. art. 332*quinquies*, § 4).

113. Op het *verbod tot vertegenwoordiging* geldt in het afstammingsrecht een algemene uitzondering.
De niet-ontvoogde minderjarige en de (gerechtelijk) onbekwaam verklaarde worden in gedingen betreffende hun afstamming, als ouder of als kind, als eiser of als verweerder, vertegenwoordigd door hun wettelijke vertegenwoordiger *en* – bedoeld wordt wellicht *of* – door een voogd *ad hoc* ingeval er een belangentegenstelling rijst (art. 331*sexies*).
Zoals vermeld (*Personenrecht*, Hoofdstuk XII.6.5.C), is betwist of de voorlopig bewindvoerder bevoegd is tot vertegenwoordiging. Een negatief antwoord impliceert dat geen vertegenwoordiging mogelijk is. Aanduiding van een voogd *ad hoc* is immers enkel mogelijk in geval van belangentegenstelling met de wettelijke vertegenwoordiger of de voogd. Nochtans moet de zuiver vermogensrechtelijke opdracht van de voorlopig bewindvoerder m.i. tot een negatief antwoord leiden.
Ook de *wilsonbekwame* – wellicht is de wilsongeschikte bedoeld, cf. art. 488*bis*, h, § 2 – wordt naar luid van art. 331*sexies* vertegenwoordigd door zijn wettelijke vertegenwoordiger. Het gaat om een vergissing: wilsonbekwamen hebben net geen wettelijke vertegenwoordiger. Bovendien kan op grond van de wettekst enkel een voogd *ad hoc* worden aangesteld ingeval er belangentegenstelling is met een wettelijke vertegenwoordiger. Het was de bedoeling van de wetgever om de aanstelling van een voogd *ad hoc* in elk geval mogelijk te maken voor wilsongeschikten. Artikel 331*sexies* moet dan in die zin worden geïnterpreteerd.
De beschreven vertegenwoordigingsregeling geldt onverminderd de bijzondere bekwaamheid voor minderjarigen vanaf twaalf jaar om zich in het raam van een afstammingsgeding te verzetten tegen de vestiging van de afstamming (art. 329*bis*, §§ 2 en 3 en 332*quinquies*, § 2).

114. In principe zijn afstammingsvorderingen *niet overerfbaar.*
Erfgenamen kunnen als regel (enkel) de reeds ingeleide vordering voortzetten, tenzij hun rechtsvoorganger er afstand van deed (art. 331*quinquies*).
In twee gevallen waarin de rechtsvoorganger wegens zijn overlijden niet heeft kunnen vorderen, kunnen zijn erfgenamen de vordering instellen (art. 318, § 2, 2de lid en 332*ter*, 2de lid).

115. Het openbare-ordekarakter van de afstammingsvorderingen impliceert dat van het 'vorderingsrecht' geen afstand kan worden gedaan (art. 331*quater*).
Bedoeld is de afstand van rechtsvordering (art. 821 Ger.W.); afstand van geding is wel mogelijk (art. 331*quinquies* en art. 820 Ger.W.).

116. Anders dan (onverjaarbare) vorderingen van staat in het algemeen, *verjaren* afstammingsvorderingen principieel na dertig jaar, tenzij de wet nog kortere termijnen stelt (art. 331*ter*). Dergelijke kortere termijnen zijn veeleer regel dan uitzondering. Ze komen hierna aan bod.
De verjaring begint in regel te lopen:
- vanaf de geboorte als er geen bezit van staat is;
- vanaf de beëindiging van het bezit van staat (voor de vordering tot inroeping van staat);
- vanaf het verkrijgen van de staat (voor vorderingen tot betwisting van staat). De wettekst noemt als aanvangspunt: vanaf het verkrijgen van bezit van staat. Dat is verkeerd. Is er al bezit van staat, dan is de vordering immers hoe dan ook onontvankelijk.

De dertigjarige termijn is een gewone verjaringstermijn; deze wordt dan ook geschorst tijdens de minderjarigheid of onbekwaamheid (art. 2252). In afwijking van art. 2253 loopt deze verjaring wél tussen echtgenoten.
Van de kortere termijnen is onbetwist dat het om vervaltermijnen gaat.
In art. 331*ter*, 3de lid wordt geheel overbodig bepaald dat het 1ste lid van die bepaling niet geldt voor de vordering bedoeld in art. 329*bis*. Deze laatste vordering is immers geen afstammingsvordering: de afstamming wordt er niet door vastgesteld.

117. Ten slotte kunnen afstammingsvorderingen in de regel maar worden ingesteld als het kind *levend en levensvatbaar* is geboren (art. 331*bis*), ook al is het intussen weer overleden. In *Personenrecht in kort bestek* is reeds een kanttekening gemaakt bij de vereiste levensvatbaarheid.
De beweerde vader kan wel al voor de geboorte van het kind het vaderschap van de echtgenoot van de moeder betwisten (art. 318 *jo.* 328*bis*). Ook kan hij de toestemming van de moeder tot de erkenning afdwingen (art. 328*bis jo.* 329*bis*). Deze laatste vordering is geen uitzondering op de genoemde regel omdat het geen afstammingsvordering is.[43]

[43] Vgl. Hof Mensenrechten (1ste Kamer), nr. 77785/01, 2 juni 2005, Znamenskaya t. Rusland, www.echr.coe.int.

De verenigbaarheid van art. 331*bis* met het Verdrag Mensenrechten

118. Ook voor miskramen of doodgeboren kinderen is het van belang de afstammingsbanden aan te duiden die ze zouden hebben gehad, mochten ze levend en levensvatbaar zijn geboren. Op basis van die 'potentiële' afstammingsbanden wordt immers bepaald wie als moeder en vader worden vermeld in de akte van aangifte van een levenloos kind (art. 80*bis*, waarover meer in *Personenrecht in kort bestek*).
In die optiek zouden afstammingsvorderingen in verband met levenloos of niet-levensvatbaar geboren kinderen mogelijk moeten zijn als ze strekken tot de weergave van de biologisch juiste afstammingsgegevens in de akte van aangifte van een levenloos kind.
De onverenigbaarheid van art. 331*bis* met het Verdrag Mensenrechten kan worden aangevoerd in de mate dat afstammingsvorderingen in die omstandigheden niet mogelijk zijn.

119. De registratie en publiciteit van de uitkomst van afstammingsvorderingen in de registers van de burgerlijke stand is geregeld in art. 333.

II.4. DE VAN RECHTSWEGE GEVESTIGDE AFSTAMMING

120. De wetgever formuleert voor de vestiging van de afstamming zowel langs moederszijde als langs vaderszijde op de eerste plaats een aanknopingspunt dat van rechtswege, dit is automatisch, leidt tot vestiging van de afstammingsband. Langs moederszijde is dit de geboorte, ongeacht de huwelijkse staat van de moeder; langs vaderszijde het huwelijk met de moeder.

4.1. VESTIGING

A. Afstamming langs moederszijde: mater semper certa est

121. *Mater semper certa est*: door het feit van de bevalling weet men wie de moeder is. In het besproken arrest-Marckx is uit die waarheid afgeleid dat de afstammingsband langs moederszijde door de enkele bevalling moet komen vast te staan.
Artikel 312, § 1 bepaalt dan ook dat automatisch moeder is, de persoon (van het vrouwelijke geslacht) die als zodanig in de akte van geboorte wordt vermeld

(art. 57, 2°). Het gaat om de vrouw die van het kind is bevallen (arg. *ex* art. 55 – zie ook art. 314, 3de lid), ook al zijn er ook aanknopingspunten naar andere vrouwen. De biofysiologische band door bevalling is de principiële grondslag voor de moederlijke afstamming.

122. De aangifte van de geboorte is verplicht (art. 55); de niet-aangifte wordt zelfs strafrechtelijk beteugeld (art. 361 e.v. Sw.).[44] Bovendien wordt de naam van de bekende bevallen vrouw altijd in de akte van geboorte vermeld. Anonieme bevallingen zijn in principe onmogelijk.
De automatische vestiging van het moederschap van de bevallen vrouw zou in een aantal gevallen aanleiding geven tot een beroep op de 'vondelingenschuif' of zelfs tot abortussen. Mede om die ongewenste gevolgen te vermijden, wordt soms voorgesteld om anoniem bevallen toch mogelijk te maken in het belang van het kind.

123. Anders dan bij de vestiging van de moederlijke afstamming door erkenning of gerechtelijke vaststelling ten opzichte van een kind van ouder dan een jaar, vindt geen toetsing plaats van het belang van het kind.

124. Blijkt het kind overspelig te zijn langs moederszijde, dit is als het tijdens het huwelijk is *verwekt* door een andere persoon dan de echtgenoot, dan hangt daaraan potentieel een zware huwelijksvermogensrechtelijke en erfrechtelijke sanctie vast voor de bevallen vrouw (art. 334*ter*).
In het huwelijk tussen twee vrouwen kan dit onaangename gevolgen hebben (bij huwelijksmoeilijkheden).

125. Problematischer is wel dat aan de mannelijke (bedrogen) echtgenoot niet wordt gemeld dat de moederlijke afstamming ten opzichte van zijn echtgenote is gevestigd. Dit is voor hem nochtans relevant: hij wordt vader van het kind.

B. Afstamming langs vaderszijde: pater is est quem iustae nuptiae demonstrant

P. Senaeve, *Het vaderschap van de echtgenoot*, Antwerpen, Kluwer, 1982.

126. "Echtgenoten zijn elkaar [met name] getrouwheid verschuldigd" (art. 213, waarover meer in Hoofdstuk X). Uit die bepaling volgt dat echtgenoten in de regel enkel met elkaar geslachtsgemeenschap mogen hebben. De samenleving moet er

[44] Cass. 14 november 1853, *Pas.* 1854, I, 10: de arts kan zich niet beroepen op zijn beroepsgeheim om te weigeren de aangifte te doen van de bevalling van een vrouw die anoniem wenst te blijven.

daarom op kunnen vertrouwen dat het kind van wie een stabiel gehuwde vrouw bevalt, in de regel verwekt zal zijn door haar echtgenoot (van het andere geslacht – zie verder). Dit is overigens het *quod plerumque fit*.
Algemener gaat de wetgever ervan uit dat de man die huwt met een (zwangere) vrouw, aanvaardt dat hij in de regel als vader wordt beschouwd van elk kind dat zijn vrouw baart.[45]
De wet vertaalt dat in een regel van vaderschap van de echtgenoot van de moeder.
Dit vaderschap is wel aanvechtbaar. Het berust op een vermoeden, van verwekking dan wel van bereidheid om het vaderschap op zich te nemen, ook al heeft de man het kind niet verwekt. Dit vermoeden kan worden weerlegd, waarover verder meer.

127. Het kind dat geboren is tijdens een stabiel huwelijk of binnen de 300 dagen (cf. art. 326) na ontbinding ervan door overlijden of echtscheiding of na nietigverklaring ervan, heeft de echtgenoot van de moeder tot vader (art. 315 en 317).

128. Is de vaderschapsregel van toepassing, dan wordt het vaderschap automatisch vastgesteld naar aanleiding van de aangifte van de geboorte (art. 57, 2°). Net zoals bij de automatisch vastgestelde moederlijke afstamming, en anders dan in geval van erkenning of gerechtelijk onderzoek naar het vaderschap, wordt de toepassing van de vaderschapsregel niet vooraf aan de biologische werkelijkheid of aan het belang van het kind getoetst. Ook de verkrachting van de moeder door de echtgenoot verhindert de vestiging van zijn vaderschap, anders dan dat van niet-echtgenoten, niet.

129. De vaderschapsregel is enkel van toepassing op de *mannelijke* (ex-)echtgenoot van de moeder (art. 143, 2de lid).
Het strookt met de biologische uitgangspunten van ons afstammingsrecht dat het vermoeden niet van toepassing is op de vrouwelijke (ex-)echtgenote. Als regel ontstaat een zygoot immers nog door bevruchting van een (vrouwelijke) eicel door een (mannelijke) zaadcel. In de huidige stand van de medische wetenschap was het dus volstrekt overbodig om deze beperking in de wet te schrijven.
Voor lesbiennes is dit een doorn in het oog. Sommigen bepleiten de uitbreiding van de vaderschapsregel tot gelijkslachtige huwelijken. De mannelijke echtgenoot van de moeder, al is hij niet de verwekker, kan immers voor het vaderschap kiezen door zijn automatisch vastgestelde vaderschap niet te betwisten, of door de mogelijkheid daartoe op voorhand uit te sluiten door toe te stemmen in leenvaderschap (art. 318, § 4). Deze keuze zou volgens sommigen ook mogelijk moeten zijn voor de echtgenote van de moeder.

---

45 Grondwettelijk Hof nr. 138/2000, 21 december 2000, *R.W.* 2000-01, 1343.

130. De vaderschapsregel is enkel van toepassing op de mannelijke (ex-)*echtgenoot*. Soms wordt bepleit om het toepassingsgebied uit te breiden tot de mannelijke partner met wie de moeder ongehuwd (wettelijk) samenwoont. Ook hier mag ervan worden uitgegaan dat hij de verwekker is van het kind van wie de moeder beviel of dat hij het vaderschap erover wil opnemen.
Tegen de bepleite uitbreiding van de vaderschapsregel wordt aangevoerd dat ook familieleden of vrienden wettelijk of feitelijk kunnen samenwonen, in welke gevallen de toepassing van de vaderschapsregel ongewenst is. Wat betreft familieleden zou een uitbreiding van de regel van art. 321 en art. 325 nochtans volstaan. Er zijn daarnaast geen cijfergegevens over de relationele toestand van ongehuwde bevallen vrouwen.

131. De vaderschapsregel treft op de eerste plaats de echtgenoot van de moeder *op het ogenblik van de bevalling* en op de tweede plaats de echtgenoot in het wettelijke *tijdvak van de verwekking* (art. 315, 317 en 326).
Enerzijds geldt de vaderschapsregel vanaf de huwelijkssluiting voor alle kinderen die tijdens het huwelijk worden geboren, ook al zijn ze voordien verwekt, zelfs tijdens een vorig huwelijk (art. 315 en 317, 1ste lid). De man die huwt met een zwangere vrouw weet meestal of behoort te weten dat zij zwanger is. Ofwel heeft hij het kind verwekt, ofwel kiest hij voor het vaderschap over een kind dat door een andere man werd verwekt.
Kan anderzijds de vaderschapsregel niet ten opzichte van de (nieuwe) echtgenoot of andere man worden toegepast, of werd de toepassing succesvol betwist, dan wordt hij toegepast ten opzichte van de man die tijdens het tijdvak van de verwekking met de moeder gehuwd was (art. 315 en 317). De vaderschapsregel werkt namelijk door tot 300 dagen na de ontbinding door overlijden of echtscheiding of na nietigverklaring van het huwelijk. Wellicht is het kind dan nog op het einde van het huwelijk, dus door de echtgenoot, verwekt.

132. Ontbinding en nietigverklaring van het huwelijk blijven zonder gevolg op de eerdere toepassing van de vaderschapsregel.
Voor de ontbinding spreekt dat voor zich, omdat deze constitutief is van staat en *ex nunc* werkt.
De nietigverklaring is declaratief van staat en heeft terugwerkende kracht. Hier voorziet art. 202 in het behoud van de rechtsgevolgen ervan voor de kinderen. Ik ga verder in op die bepaling in Hoofdstuk X.

133. De Wet Medisch Begeleide Voortplanting maakt het onder voorwaarden mogelijk een kind te verwekken op basis van gameten (waarmee bij leven een embryo werd aangemaakt) van de vooroverleden echtgenoot. Implantatie mag geschieden vanaf zes maanden tot twee jaar na het overlijden (art. 15-16 en 44-45

Wet Medisch Begeleide Voortplanting). De vaderschapsregel kan in die gevallen niet meer worden toegepast op het geboren kind; gerechtelijke vaststelling van het vaderschap is evenwel mogelijk.

134. In geval van *bigamie* van de moeder wordt de 'meest waarschijnlijke afstamming' door de rechter vastgesteld (art. 331*septies*).

135. De vaderschapsregel is enkel van toepassing op *stabiele huwelijken*, waarbinnen het waarschijnlijk is dat de echtgenoot het kind verwekte of aanvaardde. In twee hypothesen (art. 316-316*bis*) is dat niet het geval:

1/ De vaderschapsregel geldt enerzijds niet tegen de *vermoedelijk afwezige echtgenoot* als uit de vaststelling van het vermoeden van afwezigheid blijkt dat het kind meer dan 300 dagen na zijn (feitelijke) verdwijning is geboren – dus door hem niet kon zijn verwekt of aanvaard (art. 316).
De vaststelling van het vermoeden van afwezigheid is ten vroegste mogelijk drie maanden na de verdwijning. Werd de vaderschapsregel in tussentijd – en meer dan 300 dagen na de verdwijning – toegepast, dan neemt de rechtsleer aan dat de werking ervan retroactief wordt uitgeschakeld.
Dit valt ook af te leiden uit art. 316, dat de rechten van derden te goeder trouw die intussen handelden met het kind als afstammeling van de afwezige, onverlet laat door de uitschakeling van het vermoeden.
De vaderschapsregel wordt niet *ex tunc* van toepassing na terugkeer van de vermoedelijk afwezige of wanneer men van hem nieuws ontvangt. Artikel 316 berust op de vaststelling dat de vermoedelijk afwezige niet de (wens)vader kon zijn; daaraan verandert niets als hij nadien terugkeert of elders in leven blijkt te zijn.

2/ De vaderschapsregel geldt anderzijds niet automatisch tegen de echtgenoot die *feitelijk gescheiden* leeft van de moeder, op voorwaarde dat deze feitelijke scheiding gerechtelijk of administratief geregistreerd is (art. 316*bis*).
Ten eerste geldt de vaderschapsregel niet meer na 300 dagen *gerechtelijke* feitelijke scheiding waartoe de echtgenoten in het raam van art. 223 of art. 1256, 1280 of 1288*bis* Ger.W. bij echtelijke moeilijkheden gemachtigd zijn. Enkel wat betreft art. 223 wordt de vaderschapsregel wel weer toegepast vanaf 180 dagen na het verstrijken van de rechterlijke machtiging of de feitelijke hereniging van de echtgenoten.
Ten tweede geldt de vaderschapsregel niet meer na 300 dagen '*administratieve*' feitelijke scheiding, t.t.z. de feitelijke scheiding die blijkt uit de inschrijving op verschillende adressen sinds 300 dagen, zonder dat de echtgenoten nadien terug ingeschreven zijn op hetzelfde adres.

De besproken regels kunnen aanleiding geven tot rechtsonzekerheid. Enerzijds moet de ambtenaar van de burgerlijke stand afgaan op de juistheid van de verklaringen van de moeder. Anderzijds moeten de moeder en de vader kunnen rekenen op de juiste interpretatie van de genoemde rechterlijke machtigingen door de ambtenaar van de burgerlijke stand.
In elk geval kunnen de echtgenoten bij de aangifte van de geboorte gezamenlijk verklaren dat zij ondanks de feitelijke scheiding toch de – eventueel leugenachtige – toepassing van de vaderschapsregel wensen. Er is niets voorzien voor het geval waarin een van hen is overleden of in de onmogelijkheid verkeert zijn wil te kennen te geven.

4.2. BETWISTING

A. Gemeenschappelijke regels

136. Tegen het onterecht automatisch gevestigde ouderschap, staat een vordering tot betwisting van staat open (art. 312, § 2; art. 318).

137. De vordering is niet-ontvankelijk zo het kind bezit van staat heeft. Aan het bezit van staat komt in dit geval een negatief rechtscreërende werking toe.

B. Afstamming langs moederszijde

138. Titularissen van de vordering tot betwisting van het moederschap zijn:
- de moeder,
  Anders dan bij de vordering tot betwisting van het vaderschap, kan de vordering niet worden ingesteld door de rechtsopvolgers van de moeder zo zij overleden is.
- de (bevallen) vrouw die het moederschap opeist,
  Anders dan bij de vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot en anders dan bij de betwisting van een moederlijke of vaderlijke erkenning, kan de vordering van de vrouw die het moederschap opeist, gegrond worden verklaard, ook al blijkt zij zelf niet de moeder te zijn.
- de vader en
- het kind (art. 312, § 2).

139. De vordering moet worden ingesteld binnen het jaar van de ontdekking, door de eiser, dat de moeder niet de vrouw is die van het kind is bevallen. Aanwijzingen volstaan; het bewijs hoeft nog niet op tafel te liggen (zie volgend randnummer).
De wetgever regelt niet of een kind tijdens zijn minderjarigheid rechtsgeldig kan 'ontdekken' dat zijn moeder niet de vrouw is die van hem is bevallen en hoe hij desgevallend bin-

nen het jaar de vordering moet inleiden, anders dan via vertegenwoordiging. Vertegenwoordiging is hoe dan ook maar mogelijk zo men aanvaardt dat een kind kan 'ontdekken' tijdens zijn minderjarigheid, zodat een betwistingsrecht ontstaat bij de uitoefening waarvan hij kan worden vertegenwoordigd.

140. De vordering is gegrond als met alle wettelijke middelen wordt bewezen dat de moeder niet de vrouw is die van het kind is bevallen.

141. Naast de net beschreven rechtstreekse betwisting van het moederschap dat van rechtswege is vastgesteld, is ook een onrechtstreekse betwisting mogelijk. Naar luid van art. 314, 1ste lid is gerechtelijke vaststelling van het moederschap immers mogelijk ingeval het kind in de geboorteakte verkeerdelijk of leugenachtig is toegeschreven aan een vrouw die er niet van bevallen is. Dit is het geval bij "onderschuiving" van een kind (art. 363, 1ste lid Sw.). Dit valt letterlijk te begrijpen als ten onrechte een kind onder een vrouw schuiven die er niet van is bevallen maar die als moeder werd geregistreerd.

C. Afstamming langs vaderszijde

142. Vóór de Afstammingswet 1987 was de vaderschapsregel omzeggens nooit aanvechtbaar.
Door de Afstammingswet 1987 zijn de mogelijkheden tot aanvechting verruimd, zij het enkel voor de gezinsleden (of hun overlevende bloedverwanten): de moeder, de echtgenoot en het kind. Om de huwelijkse stabiliteit niet te veel te ondermijnen, waren de mogelijkheden tot aanvechting wel beperkter dan bij buitenhuwelijks vaderschap. Zo kon de vordering tot betwisting niet worden ingesteld door de man die het vaderschap opeiste, ook al werd zijn verwekkerschap niet betwist en ook al had hij bezit van staat. Het Grondwettelijk Hof keurde deze uitsluiting goed.[46]
Niettemin is de bescherming van de huwelijkse stabiliteit in de Afstammingswet 2006 weggevallen: huwelijks en buitenhuwelijks vaderschap kunnen nu min of meer op gelijke voet worden betwist. De bescherming van de huwelijkse stabiliteit, met de daaraan gekoppelde vaderschapsregel, weegt niet op tegen de vestiging van afstammingsbanden overeenkomstig de biologische en sociale werkelijkheid, zoals die blijkt uit de feiten en de wensen van de betrokkenen en die overeenstemt met de belangen van de betrokkenen.[47]

---

46 Grondwettelijk Hof nr. 41/97, 14 juli 1997, *R.W.* 1997-98, 943 en Grondwettelijk Hof nr. 12/98, 11 februari 1998, www.const-court.be; vgl. Grondwettelijk Hof nr. 56/2001, 8 mei 2001, *R.W.* 2001-02, 629.

47 Zie het genuanceerde Hof Mensenrechten (Kamer), nr. 18535/91, 27 oktober 1994, Kroon t. Nederland, www.echr.coe.int (dat niet uitdrukkelijk stelt dat de verwekker, los van de moeder, een zelfstandig recht moet hebben om het vaderschap van de echtgenoot van de moeder aan te

Enkel het leugenachtige vaderschap van de echtgenoot, en niet dat van andere partners, wordt na 'leenvaderschap' nog beschermd (art. 318, § 4).

Rechtstreekse betwisting

143. De rechtstreekse betwisting van het vaderschap van de echtgenoot is de afstammingsvordering die tot doel heeft de vaderschapsregel in een concreet geval buiten werking te stellen omdat er voor het vaderschap geen grondslag voorhanden is.

144. Titularissen van de vordering tot betwisting van de vaderschapsregel zijn:
- de moeder,
- het kind,
- de (ex-)echtgenoot ten opzichte van wie de vaderschapsregel is toegepast,
  Enkel indien de echtgenoot-vader overleden is vooraleer hij de vordering heeft ingesteld, staat de vordering ook open voor zijn bloedverwanten in de rechte lijn (art. 318, § 2, 2de lid);
- de man die het vaderschap opeist (art. 318, § 1, 1ste lid en § 2, 3de lid).
  De vordering van de man die het vaderschap opeist, kan slechts gegrond worden verklaard als zijn vaderschap komt vast te staan. Hiertoe moet aan de voorwaarden voor de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap zijn voldaan; met name mag de vestiging van dat vaderschap niet kennelijk strijdig zijn met het belang van het kind[48] (art. 318, § 5 en art. 332*quinquies*, waarover verder meer).

145. Het aanvangspunt en de duur van de vervaltermijnen voor de vordering tot betwisting van de vaderschapsregel worden voor de verschillende titularissen omschreven in art. 318, § 2.
De termijn kan hoe dan ook maar beginnen lopen vanaf het ogenblik dat men het recht tot betwisting heeft. Komt het vaderschap als (ex-)echtgenoot daarom vast te staan na en niet bij de geboorte, dan kan de termijn ten vroegste dan beginnen lopen.

1/ Als enige titularis van de vordering beschikt *de moeder* niet over een termijn van een jaar na de ontdekking van het feit dat haar echtgenoot niet de vader is. Zij moet haar vordering instellen binnen het jaar na de geboorte. Wellicht weet zij

vechten) en Hof Mensenrechten (1ste Kamer), 77785/01, 2 juni 2005, Znamenskaya t. Rusland, www.echr.coe.int, § 31.

48 De mogelijkheid tot afweging van belangen lijkt niet strijdig met het Verdrag Mensenrechten: Hof Mensenrechten (1ste Kamer), nr. 55339/00, 18 mei 2006, Rozanski t. Polen, www.echr.coe.int, § 78.

meestal – maar niet altijd – vanaf de verwekking dat haar echtgenoot niet de vader is.

2/ De vordering van *het kind* kan worden ingesteld van zodra het twaalf jaar is totdat het tweeëntwintig jaar is. Ontdekt hij pas nadien dat de (ex-)echtgenoot niet zijn vader is, dan beschikt hij over een nieuwe termijn van één jaar na die ontdekking. Tussen zijn twaalfde en achttiende jaar wordt het kind vertegenwoordigd (art. 331*sexies*). Aldus kunnen de ouders wier vorderingstermijn verstreken is, een vordering namens hun kind laten instellen. Wel moet eraan worden herinnerd dat een voogd *ad hoc* het kind desgevallend moet vertegenwoordigen, nu de ouder niet in dubbele hoedanigheid mag optreden (hierover meer in *Personenrecht in kort bestek*).

3/ De (*ex-)echtgenoot* ten opzichte van wie de vaderschapsregel is toegepast, moet zijn vordering instellen binnen het jaar na de ontdekking van het feit dat hij niet de verwekker is. Harde bewijzen moeten nog niet op tafel liggen (zie verder). Onder de Afstammingswet 1987 moest ook de (ex-)echtgenoot zijn vordering binnen het jaar na de ontdekking van de geboorte instellen. Ontdekte hij pas later dat hij niet de verwekker was, dan was zijn vordering niet meer ontvankelijk. Het Grondwettelijk Hof zag hierin geen discriminatie.[49] Het Hof Mensenrechten oordeelde daarentegen dat de vader nog een realistische mogelijkheid tot betwisting van zijn vaderschap moet hebben na zijn ontdekking dat hij niet de verwekker is.[50] Met dit arrest is in de Afstammingswet 2006 gedeeltelijk rekening gehouden.
Is de *(ex-)echtgenoot overleden*, dan kunnen zijn bloedverwanten de vordering instellen binnen het jaar na zijn overlijden of na de geboorte als de (ex-)echtgenoot voordien al overleed. Misschien schuilt er een discriminatie in hun onmogelijkheid om nog een vordering in te stellen als ze pas later ontdekken dat de (ex-) echtgenoot niet de verwekker is.

4/ De vordering van de *man die het vaderschap opeist*, moet worden ingesteld binnen het jaar na de ontdekking van het feit dat hij de verwekker is. Hij kan die vordering al vóór de geboorte van het kind instellen (art. 328*bis*). Wellicht kan de vervaltermijn van een jaar dus ook voor de geboorte beginnen tellen.

---

49 Grondwettelijk Hof nr. 54/98, 20 mei 1998, *R.W.* 1998-99 (verkort), 858; Grondwettelijk Hof nr. 138/2000, 21 december 2000, *R.W.* 2000-01, 1343 en Grondwettelijk Hof nr. 95/2001, 12 juli 2001, www.const-court.be.

50 Hof Mensenrechten (1ste Kamer), nr. 74826/01, 24 november 2005, Shofman t. Rusland, www.echr.coe.int. Zie ook onder art. 6, 8 en 14 Verdrag Mensenrechten: Hof Mensenrechten (1ste Kamer), nr. 26111/02, 12 januari 2006, Mizzi t. Malta, www.echr.coe.int.

146. Zoals vermeld, is de vordering tot betwisting van het vaderschap *niet-ontvankelijk* als het kind bezit van staat heeft.
De vordering is bovendien *niet-ontvankelijk* in geval van 'leugenachtig' vaderschap waarin de (ex-)echtgenoot toestemde (art. 318, § 4). Dat is zo als hij heeft toegestemd tot leenvaderschap, nl. kunstmatige inseminatie van zijn echtgenote of een andere (geslachts)daad die de voortplanting tot doel had. Als de verwekking niet het gevolg kan zijn van die toegestemde handeling, is de vordering wel ontvankelijk. Anders dan in geval van een leugenachtige erkenning, is niet enkel de vordering van de (ex-)echtgenoot en eventueel de toestemmende moeder en kind, maar ook die van de andere titularis(sen) niet-ontvankelijk. Dit is zowat het laatste overblijfsel van de bescherming van de huwelijkse stabiliteit.

147. De vordering kan via twee sporen *gegrond* worden verklaard (art. 318, § 3).
Op de eerste plaats kan via alle wettelijke middelen rechtstreeks worden bewezen dat de (ex-)echtgenoot niet de verwekker is.
Op de tweede plaats is de vordering automatisch gegrond:
- in de gevallen bedoeld in art. 316*bis*, dus bij feitelijke scheiding, ingeval geen verklaring door de echtgenoten is afgelegd;
- indien het moederschap niet automatisch maar door erkenning of na gerechtelijk onderzoek is gevestigd en daardoor het vaderschap van de ex-echtgenoot is komen vast te staan;
- wanneer de vordering wordt ingesteld vooraleer het moederschap komt vast te staan.
  Met toepassing van art. 328*bis* zou enkel de man die het vaderschap opeist, de vaderschapsregel al voor de geboorte buiten werking kunnen stellen. Daarbuiten kan de vordering pas na de geboorte worden ingesteld (art. 331*bis*).

In de drie genoemde gevallen is er een omkering van de bewijslast: het verwekkerschap van de (ex-)echtgenoot moet met alle middelen worden geleverd.
Ten slotte zij eraan herinnerd dat de vordering van de man die het vaderschap opeist, slechts gegrond kan worden verklaard als zijn vaderschap komt vast te staan (art. 318, § 5). Daartoe volstaat niet dat hij de verwekker is (zie verderop de bespreking van art. 332*quinquies*).

Impliciete betwisting

148. Impliciet kan het vaderschap van de (vorige) echtgenoot worden betwist door de betwisting van het moederschap. Is die vordering succesvol, dan vervalt ook het vaderschap van de echtgenoot.

II.5. DE ERKENNING

149. Staat het moederschap of het vaderschap niet van rechtswege noch op basis van een gerechtelijke vaststelling vast, dan kan het worden gevestigd door middel van een *erkenning*.

5.1. VESTIGING

A. Gemeenschappelijke regels

Aard

150. De erkenning is, zoals vermeld, de handeling waarmee het ouderschap wordt gevestigd op grond van de verklaring door de erkenner moeder resp. vader te zijn van het erkende kind.
De erkenning is declaratief van staat en werkt terug tot aan de geboorte, zo nodig de verwekking.

151. Of de (niet-leugenachtige) erkenning een rechtshandeling is dan wel een materiële handeling (bekentenis), wordt betwist. Een leugenachtige erkenning zou in elk geval een rechtshandeling zijn omdat wetens en willens rechtsgevolgen worden gecreëerd zonder biologische grondslag.

152. Nochtans is de erkenning geen eenzijdige handeling. In art. 329*bis* wordt geregeld wie tot de erkenning moet toestemmen en wie zich ertegen kan verzetten (zie hierboven en hierna).

Vorm

153. Een erkenning kan gebeuren *in elke authentieke akte* met uitzondering van het testament (art. 327). Dit is logisch, nu de erkenning, anders dan het testament, geen eenzijdige handeling is.
In art. 62 wordt bepaald welke gegevens de akte van erkenning die wordt opgesteld door de ambtenaar van de burgerlijke stand, moet bevatten.

De erkenner

154. Een erkenning kan worden gedaan door iedereen die er feitelijk toe geschikt is, ook al is hij onbekwaam (art. 328, 1ste lid), bv. minderjarig.

155. Of de erkenner het kind heeft gebaard resp. verwekt, wordt in de regel niet op voorhand gecontroleerd. Zoals vermeld, worden *leugenachtige* erkenningen door de wetgever geregeld en beschermd (zie ook verder bij de betwisting). Hoogstens wordt een marginaal beoordelingsrecht van de instrumenterende ambtenaar aanvaard, bv. om de erkenning te weigeren door een erkenner die jonger is dan het erkende kind.

156. Elke erkenning door een *gehuwde persoon* voor de ambtenaar van de burgerlijke stand wordt door deze laatste ter kennis gebracht van de echtgenoot van de erkenner (art. 62, § 3). Die kan vervolgens de nodige stappen nemen in verband met zijn ouderschap – bv. het vaderschap over het kind van zijn overspelige echtgenote betwisten – en zijn huwelijk – cf. art. 334*ter*, art. 229.
Daarnaast gelden afwijkende bijzondere regels inzake de mededeling van om het even welke erkenning door een gehuwde vrouw resp. man aan de echtgenoot (hieronder B resp. C). Bij gebreke van die mededeling is de erkenning niet-tegenwerpelijk aan de echtgenoot en aan de huwelijkse of geadopteerde kinderen (art. 313, § 3 resp. 319*bis*).
Blijkt uit de erkenning door een gehuwde persoon dat het erkende kind *overspelig* is, dan hangt hieraan voor de overspelige echtgenoot potentieel een zware huwelijksvermogensrechtelijke en erfrechtelijke sanctie vast (art. 334*ter*). Een kind is overspelig als het tijdens het huwelijk is verwekt met een andere persoon dan de echtgenoot.
Het toepassingsgebied van de art. 62, § 3, 313, § 3, 319*bis* en 334*ter* is dus niet hetzelfde.

157. Wegens de biologische uitgangspunten van het afstammingsrecht is geen gelijktijdige uitwerking mogelijk van erkenningen door verschillende personen van hetzelfde geslacht. Enkel de eerste erkenning heeft gevolg zolang ze niet is vernietigd (art. 329).

Het erkende kind

158. De erkenning kan gebeuren vóór de geboorte en na het overlijden van het kind.

1/ Het volstaat dat het kind *verwekt* is om het te erkennen (art. 328, 2de lid). Deze erkenning krijgt evenwel slechts uitwerking als het kind nadien levend en levensvatbaar wordt geboren: de vestiging van een afstammingsband veronderstelt het bestaan van een persoon. In voorkomend geval kan de erkennende man al voor de geboorte de nodige toestemmingen gerechtelijk afdwingen met toepassing van

art. 329*bis* (art. 328*bis*). De erkenning door een andere man kan hij niet voor de geboorte betwisten (art. 331*bis* en 328*bis a contrario*).

2/ Wordt een prenataal erkend kind dood geboren of overlijdt het vóór de vaststelling van de geboorte, dan krijgt de erkenning, zoals vermeld, geen uitwerking. Met toepassing van art. 80*bis* zullen de gegevens van de erkenner wel in de akte van aangifte van een levenloos kind worden vermeld (art. 80*bis*, 2de lid, 2° en *Personenrecht in kort bestek*).

3/ Werd een doodgeboren of vóór de vaststelling van de geboorte overleden kind niet prenataal erkend, dan kunnen de gegevens van 'de vader' – wiens vaderschap dus niet wordt vastgesteld – mits toestemming van de moeder worden vermeld in de akte van aangifte van een levenloos kind (art. 80*bis*, 2de lid, 2°).

4/ Werd een kind niet prenataal erkend en overlijdt het na de vaststelling van de geboorte, dan kunnen wel afstammingsbanden worden vastgesteld. Het overleden kind kan tot een jaar na de geboorte worden erkend als het geen afstammelingen heeft nagelaten. De wet bevat geen regeling ingeval de potentiële erkenner de geboorte pas meer dan een jaar nadien ontdekt of pas nadien ontdekt dat hij er een biologische band mee heeft. Heeft het overleden kind wel afstammelingen nagelaten, dan kan het onbeperkt in de tijd worden erkend (art. 328).

159. Zoals vermeld, kan een incestueus kind niet worden erkend (zie onder Hoofdstuk II.2.5.A; art. 313, § 2 en 321).

Toestemming en verzet

160. Een meerderjarig of ontvoogd kind moet toestemmen in de erkenning (art. 329*bis*, § 1). Het heeft aldus een vetorecht tegen de erkenning. Dit vetorecht kwam hierboven reeds aan bod.
Is het kind bekwaam maar wilsongeschikt, dan is erkenning niet mogelijk. Het ouderschap moet dan gerechtelijk worden vastgesteld.

161. Is het kind minderjarig en niet ontvoogd en is de andere ouder bekend en beschikbaar, dan is de volgende regeling van toepassing (art. 329*bis*, § 2).
Zowel de andere ouder als het kind boven de twaalf jaar moeten vooraf tot de erkenning toestemmen. De toestemming van het kind zelf is niet vereist als het gerechtelijk onbekwaam of in staat van verlengde minderjarigheid is verklaard of onvoldoende onderscheidingsvermogen heeft. Het kind beneden de twaalf jaar met voldoende onderscheidingsvermogen mag evenmin toestemmen.
Ontbreekt een vereiste toestemming, dan moet de aspirant-erkenner de andere ouder en het kind dagvaarden voor de rechtbank van eerste aanleg om zijn ver-

zoek tot erkenning te laten beoordelen. Deze procedure is, zoals vermeld, geen vordering van staat. In eerste instantie tracht de rechtbank de partijen in een verzoeningsfase alsnog te laten toestemmen. Blijven zij weigeren, dan moet het verzoek tot erkenning worden afgewezen als de aspirant-erkenner geen biologische band heeft met een kind. Is er wel een biologische band, dan moet het verzoek tot erkenning worden ingewilligd als het kind op het ogenblik van dagvaarding nog geen jaar oud was. Was het ouder dan een jaar, dan kan de rechtbank de erkenning, zoals vermeld, weigeren als deze kennelijk strijdig is met het belang van het kind. Deze exceptie kwam hierboven al in het algemeen aan bod.

162. De regeling ziet er ietwat anders uit zo het minderjarige niet-ontvoogde kind geen ouder of geen beschikbare ouder heeft maar een wettelijke vertegenwoordiger (art. 329*bis*, § 3).
De wettelijke vertegenwoordiger en het kind kunnen dan voorafgaandelijk tot de erkenning toestemmen.
De erkenning kan ook zonder voorafgaande toestemming plaatsvinden. In dat geval wordt de erkenning ter kennis gebracht van de wettelijke vertegenwoordiger en het kind. Zij kunnen zich binnen de zes maanden tegen de erkenning verzetten. Dit verzet geeft aanleiding tot de hiervoor beschreven toets. De erkenning wordt in voorkomend geval vernietigd. De erkenning is niet-tegenwerpelijk aan de wettelijke vertegenwoordiger en het kind gedurende de termijn voor verzet en gedurende de behandeling van het verzet. Zij kunnen zich er wel zelf op beroepen tegen de aspirant-erkenner.

B. Afstamming langs moederszijde

163. Erkenning door een vrouw van een kind als het hare – lees: door haar gebaard – is mogelijk als het moederschap niet gerechtelijk is vastgesteld en er geen akte van geboorte is of in die akte niemand als moeder is vermeld (art. 313, § 1).
Dat is bijvoorbeeld zo als de bevallen vrouw in het buitenland anoniem is bevallen of het kind te vondeling legde. Te denken valt aan de afspraak tussen draagmoeder en wensmoeder om aldus onwettelijk tewerk te gaan.

164. Elke erkenning door een gehuwde vrouw van een kind dat *tijdens het huwelijk is geboren*, ook al is het voordien verwekt, moet op straffe van niet-tegenwerpelijkheid worden meegedeeld aan de echtgenoot.
De mededeling aan de (mannelijke) echtgenoot is logisch. Hij wordt de vader van het kind (art. 315) en moet dit vaderschap kunnen betwisten.
Mededeling aan de (ook vrouwelijke) echtgenoot heeft voorts tot doel de patrimoniale verwachtingen te temperen: bestaande (erf)aanspraken verminderen.

Daarom hebben 'onaangekondigde' erkende kinderen geen (patrimoniale) aanspraken tegen de echtgenoot en huwelijkse en geadopteerde kinderen.
De erkenning van andere kinderen wordt niet aan de echtgenoot meegedeeld en is hem en de huwelijkse en geadopteerde kinderen tegenwerpelijk.

C. Afstamming langs vaderszijde

165. Erkenning door een man van een kind als het zijne – lees: door hem verwekt – is mogelijk als het vaderschap niet gerechtelijk is vastgesteld en het niet vaststaat op grond van de vaderschapsregel (art. 319).

166. Naar luid van art. 329*bis*, § 2, 4de lid *kan de erkenning niet plaatsvinden en wordt het verzoek om toestemming tot erkenning verworpen* als de betrokken man schuldig is bevonden aan verkrachting van de moeder tijdens het wettelijke tijdvak van verwekking. De 'exceptie van verkrachting' kwam hierboven al algemeen aan bod.
Artikel 329*bis*, § 2 betreft enkel de erkenning van een minderjarig niet-ontvoogd kind. Het meerderjarige of minderjarige ontvoogde kind heeft via zijn vetorecht zelf in de hand of het wordt erkend door de verkrachter van zijn moeder.
In geval van erkenning van een minderjarig niet-ontvoogd kind komt de beoordelingsbevoegdheid toe aan de moeder en, in voorkomend geval, het kind. De verkrachter mag het kind enkel niet erkennen zo de moeder of het kind weigert toe te stemmen tot de erkenning.
Is de betrokken man nog niet schuldig bevonden maar werd een strafvordering ingesteld, dan wordt zijn poging tot erkenning opgeschort.
De exceptie is ook van toepassing op de erkenning van een minderjarig niet-ontvoogd kind zonder beschikbare ouder (art. 329*bis*, § 3, 6de lid).

167. Elke erkenning door een gehuwde man van een kind dat is *verwekt bij een andere vrouw dan zijn echtgenote*, zelfs al is het vóór het huwelijk verwekt en geboren, moet op straffe van niet-tegenwerpelijkheid aan de echtgenoot en de gemeenschappelijke kinderen, ter kennis worden gebracht van zijn echtgenoot of echtgenote (art. 319*bis*).

5.2. BETWISTING

G. Verschelden, "Wilsgebrek en wetsontduiking inzake de betwisting van een erkenning door de erkenner zelf", *T.B.B.R.* 2003, 94-101.

168. De erkenning kan worden betwist in een vordering tot betwisting van staat (art. 330).

169. De vordering tot betwisting van de (biologische grondslag van de) erkenning komt toe aan:

- de erkennende vrouw of man zelf;
- de andere ouder;
- het kind;

  Die drie personen mogen slechts overgaan tot betwisting van de erkenning na het voorafgaande bewijs dat hun erkenning resp. toestemming tot de erkenning was aangetast door een wilsgebrek. Er is bv. een wilsgebrek als de erkenner er onterecht van uitging dat hij een biologische band met het kind had (dwaling) of hij onder dwang tot erkenning overging (geweld). Omgekeerd geformuleerd betekent dit dat wie wetens en willens een leugenachtige erkenning doet of daarin toestemt, daar niet op kan terugkomen.

  De vordering tot betwisting van de erkenning staat evenmin open voor de partijen in de procedures bedoeld in art. 329*bis*, §§ 2 en 3. In die procedure is immers per hypothese vastgesteld dat de erkenner met het kind een biologische band heeft; de vordering *ex* art. 330 zou dus hoe dan ook ongegrond zijn.
- in geval van een erkenning door een vrouw: de andere vrouw die het moederschap opeist; in geval van erkenning door een man: de andere man die het vaderschap opeist.

  Zoals bij de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot, kan hun vordering slechts gegrond worden verklaard zo hun moederschap resp. vaderschap komt vast te staan. Hiertoe moet aan de voorwaarden voor de gerechtelijke vaststelling van het ouderschap zijn voldaan; met name mag de vestiging van dat ouderschap niet kennelijk strijdig zijn met het belang van het kind[51] (art. 330, § 3 en 332*quinquies*, waarover verder meer).

Uit het een en het ander vloeit voort dat leugenachtige erkenningen enkel kunnen worden betwist door de persoon die het ouderschap opeist.[52]

---

51 De mogelijkheid tot afweging van belangen lijkt niet strijdig met het Verdrag Mensenrechten: Hof Mensenrechten (1ste Kamer), nr. 55339/00, 18 mei 2006, Rozanski t. Polen, www.echr.coe.int, § 78.

52 Anders dan onder art. 318, § 4.

170. Naar analogie van de vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot, beschikken alle titularissen van de vordering tot betwisting van de erkenning, ditmaal ook de moeder, over een vervaltermijn van één jaar na de ontdekking van de (biologische) waarheid. Zoals onder art. 318, § 2, 1ste lid kan de vordering van het kind bovendien hoe dan ook tussen zijn twaalf en zijn tweeentwintig jaar worden ingesteld (art. 330, § 1, 4de lid – vgl. met art. 318, § 1, 2de lid en § 2, 1ste en 2de lid, zoals hierboven toegelicht).

171. Met toepassing van de algemene regel is de vordering *niet-ontvankelijk* zo het kind bezit van staat heeft (art. 330, § 1). Aan het bezit van staat komt bijgevolg een negatief rechtscreërende functie toe. Dit is ook het geval indien de erkenner of toestemmende moeder of kind een wilsgebrek bewijst. Onder de Afstammingswet 1987 bestond hierover geen eensgezindheid.
Zoals vermeld, is de vordering van de erkenner, het toestemmende kind en de toestemmende andere ouder voorts *niet-ontvankelijk* indien zij niet bewijzen dat aan hun toestemming een gebrek kleefde.

172. De vordering is *gegrond* als met alle wettelijke middelen wordt bewezen dat de erkennende vrouw niet de vrouw is die van het kind is bevallen resp. de erkennende man niet de verwekker is van het kind (art. 330, § 2).
De afwezigheid van de biologische band moet ook worden bewezen ingeval de eiser met succes een wilsgebrek aanvoerde. De erkenning die onder invloed van een wilsgebrek gebeurde – en op grond daarvan als nietig zou kunnen beschouwd – blijft dus behouden als zij overeenstemt met de biologische werkelijkheid.[53]
Zoals vermeld, kan de vordering van de persoon die het ouderschap opeist, hoe dan ook maar gegrond worden verklaard als zijn ouderschap komt vast te staan (art. 330, § 3).

II.6. GERECHTELIJKE VASTSTELLING

6.1. VESTIGING

A. Gemeenschappelijke regels

173. Gerechtelijke vaststelling op grond van een onderzoek naar het ouderschap is mogelijk in een vordering tot inroeping van staat zo het moederschap resp. vaderschap niet (correct) van rechtswege is vastgesteld en geen vrouw resp. man het kind heeft erkend (art. 314, art. 322).

---

53 Wat betreft de gebrekkige toestemming van de moeder in de erkenning door de vader: Cass. 7 mei 2007, http://jure.juridat.just.fgov.be/

174. Titularissen van de vordering tot inroeping van staat zijn (art. 332*ter*):
- het kind;
- elk van de ouders persoonlijk. Hiermee zijn bedoeld, de personen ten opzichte van wie de afstamming is vastgesteld;
- de vrouw of de man die het ouderschap opeist. Onder de Afstammingswet 1987 was betwist of deze vrouw resp. man kon worden beschouwd als 'ouder' in de zin van art. 332*ter*. De betrokken vrouw of man kon het kind immers trachten te erkennen. Toch kon het, bv. wat betreft het bewijs van het ouderschap, interessanter zijn een vordering tot inroeping van staat in te stellen. Op basis van de parlementaire voorbereiding en art. 332*quinquies*, § 4 moet onder de Afstammingswet 2006 worden aanvaard dat een vrouw resp. man eiser kan zijn in een vordering tot inroeping van het eigen ouderschap.

175. De vordering tot inroeping van staat moet worden ingesteld binnen de algemene verjaringstermijn van dertig jaar (art. 331*ter*, hierboven besproken).

176. De vordering is *niet-ontvankelijk* in twee gevallen:
- zo zij ertoe strekt het ouderschap vast te stellen ten opzichte van een incestueus kind (art. 314, 2de lid en art. 325, hierboven reeds besproken);
- ingeval het meerderjarige of ontvoogde kind zich tegen de vaststelling van het ouderschap verzet (art. 332*quinquies*, § 1). Zoals vermeld, heeft dit kind een vetorecht. De wet bevat geen regeling voor het geval het kind wilsongeschikt is.

177. De *gegrondheid* van de vordering hangt af van twee parameters.

1/ Op de eerste plaats moet vaststaan dat de beweerde moeder de vrouw is die van het kind is bevallen, resp. de beweerde vader de man is die het kind heeft verwekt (art. 314, 3de lid, art. 324, 3de lid, art. 332*quinquies*, § 3).

2/ De rechtbank kan op de tweede plaats oordelen dat de vaststelling van het ouderschap kennelijk strijdig is met het belang van het minderjarige niet-ontvoogde kind dat op het ogenblik van de dagvaarding ouder dan een jaar was (art. 332*quinquies*, § 2). Deze exceptie kwam hiervoor al in het algemeen aan bod.
De rechterlijke toets wordt geactiveerd door het verzet tegen de vaststelling van de afstamming door de andere ouder of door het kind dat ouder is dan twaalf. Met het verzet van het kind wordt geen rekening gehouden als het gerechtelijk onbekwaam of in staat van verlengde minderjarigheid is verklaard of geen onderscheidingsvermogen heeft.

Onterecht, en anders dan bij het verzet tegen de erkenning, is geen verzetrecht georganiseerd voor de wettelijke vertegenwoordiger zo het kind geen ouder of geen beschikbare andere ouder heeft.

178. Blijkt het kind *overspelig* te zijn, dit is als het tijdens het huwelijk is verwekt met een andere persoon dan de echtgenoot, dan hangt daaraan potentieel een zware huwelijksvermogensrechtelijke en erfrechtelijke sanctie vast voor de overspelige echtgenoot (art. 334*ter*).

B. Afstamming langs moederszijde

179. Gerechtelijke vaststelling van het moederschap is mogelijk ingeval er geen akte van geboorte is (waarin de naam van de moeder is vermeld), wanneer de vrouw die in de geboorteakte verkeerdelijk of leugenachtig is vermeld, niet van het kind is bevallen, en wanneer het kind niet door een vrouw is erkend. Gerechtelijke vaststelling is bijgevolg niet meer mogelijk in geval van een leugenachtige erkenning.

180. De eiser moet bewijzen dat de vrouw tegen wie de vordering wordt gericht, bevallen is van het kind. Dit bewijs kan door alle wettelijke middelen worden geleverd, bv. door bezit van staat aan te tonen (art. 314, 3de tot 5de lid). Daaraan komt hier een bewijsfunctie toe.

181. De echtgenoot van de vrouw wier moederschap wordt vastgesteld, wordt slechts in de procedure betrokken als de vaststelling van het moederschap door toepassing van de vaderschapsregel zijn vaderschap tot gevolg heeft (art. 332*ter*, 4de lid).
Buiten de genoemde hypothese wordt hem de vaststelling van het moederschap niet ter kennis gebracht. Deze vaststelling is hem en de huwelijkse of geadopteerde kinderen ook tegenwerpelijk.

C. Afstamming langs vaderszijde

182. Gerechtelijke vaststelling van het vaderschap is mogelijk ingeval het vaderschap niet vaststaat op grond van de vaderschapsregel en het kind niet door een man is erkend.

183. Met het oog op de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap moet de biogenetische band tussen de vermeende vader en het kind worden bewezen. Dit kan door alle wettelijke middelen.
Het bewijs vloeit onder meer voort uit het bewijs van bezit van staat.

Een vermoeden van vaderschap kan ook worden afgeleid uit de geslachtsgemeenschap ten tijde van de vermoede verwekking (art. 324 en 326).

184. Naar analogie van art. 329*bis*, § 2, 4de lid inzake de erkenning, bestaat ook hier een 'exceptie van verkrachting'. Deze exceptie kwam eerder in het algemeen aan bod.
De exceptie van verkrachting kan enkel worden opgeworpen zo de vordering tot inroeping van staat uitgaat van de verkrachter zelf. De getraumatiseerde moeder kan de exceptie dus niet opwerpen in een vordering uitgaande van het kind en omgekeerd.
Voorts kan de exceptie enkel worden aangevoerd zo de verkrachter wegens verkrachting is 'veroordeeld'. Uit de Franse tekst valt af te leiden dat, zoals bij de erkenning, is bedoeld: 'schuldig verklaard'.
De exceptie geldt niet van rechtswege: zij moet worden aangevoerd door één van de partijen. De eisende verkrachter kan de exceptie niet zelf aanvoeren.
Is de strafvordering nog hangende, dan wordt de uitspraak over de vaststelling van het vaderschap op het verzoek van één van de partijen verdaagd.

185. Indien de vermeende vader gehuwd is en het kind *tijdens zijn huwelijk is verwekt* bij een vrouw waarvan hij niet de echtgenoot is, moet het vonnis waarbij de afstamming wordt vastgesteld, aan de echtgenoot of de echtgenote worden betekend.
Zonder deze betekening kan het vonnis noch aan die echtgenoot noch aan de huwelijkse (adoptie)kinderen worden tegengeworpen (art. 322, 2de lid).
Is het kind niet overspelig, dan wordt de echtgenoot van het voorhuwelijkse vaderschap van de echtgenoot niet in kennis gesteld en is dat vaderschap hem en de huwelijkse en geadopteerde kinderen tegenwerpelijk.

6.2. BETWISTING

186. Heeft de gerechtelijke vaststelling van de afstamming kracht van gewijsde, dan is betwisting enkel nog mogelijk:
- door derden, via derdenverzet (art. 1121 e.v. Ger.W.);
- door de partijen bij de oorspronkelijke vordering, via de vordering tot herroeping van gewijsde (art. 1132 e.v. Ger.W.).

II.7. DE INHOUD VAN DE OORSPRONKELIJKE AFSTAMMING

187. Door de vaststelling van de oorspronkelijke afstamming ontstaat een (sociojuridische) verhouding van staat *ex tunc*, die verband houdt met de socialisering tot volwassene enerzijds en de verzorging en bescherming over volwassenen anderzijds.
De afstamming vormt ook (mee) het aanknopingspunt voor verwantschap en aanverwantschap, waardoor verhoudingen van staat ontstaan met leden uit de bredere gezins- en familiekring.
Al deze gevolgen komen aan bod in Hoofdstuk VII e.v.

188. Sinds de Afstammingswet 1987 gold als regel dat kinderen en hun afstammelingen dezelfde rechten en dezelfde verplichtingen hebben ten opzichte van de ouders en hun bloed- en aanverwanten en andersom, ongeacht de wijze waarop de afstamming is gevestigd (art. 334).
Uit de voorgaande bespreking is al gebleken dat op het vlak van de *vaststelling* van de afstamming soms toch andere regels gelden naargelang de huwelijkse staat van de ouders. Welke kinderen overspelig zijn, is bovendien niet op eenvormige wijze omschreven.
Onder de Afstammingswet 1987 werden overspelige kinderen, ondanks art. 334, bovendien op verschillende plaatsen benadeeld wat betreft de *gevolgen* van de afstamming (oude art. 334*bis*, 335, §§ 1 en 3, 745*quater*, § 1, 2de lid en 837). Deze discriminaties zijn eindelijk uit de wet geschreven door de Afstammingswet 2006.

HOOFDSTUK III.
DE ADOPTIEVE OF CONSTITUTIEVE AFSTAMMING: ADOPTIE

Inhoud

III.1. Situering . . . 77
Begrippen . . . 77
Soorten . . . 78
Regelgeving op drie niveaus . . . 79
Plan . . . 80

III.2. Historiek . . . 80

III.3. Totstandkoming van de adoptie . . . 81
3.1. Grondvoorwaarden . . . 81
A. Wettige redenen . . . 81
B. Hoger belang van de minderjarige . . . 82
C. Wettige belangen verrekenen . . . 82
D. Invloed van het relatierecht . . . 83
Adoptant(en) . . . 83
Geadopteerde . . . 86
E. Geen adoptie tussen (aan)verwante adoptant en geadopteerde . . . 86
Ouderadoptie . . . 86
Andere (aan)verwanten . . . 86
Echtgenoten . . . 87
F. Leeftijds(verschil)vereisten . . . 87
Adoptant . . . 87
Geadopteerde . . . 87
G. Adoptiebekwaamheid en -geschiktheid voor adoptie van minderjarigen . . . 88
H. In leven zijn . . . 88
Adoptant . . . 88
Geadopteerde . . . 89

I. Opeenvolgende adopties 89
Nieuwe adoptie 89
Stiefouderadoptie van een adoptiekind 89
Omzetting van de adoptie 90
J. Toestemmingen 90
Wie moet toestemmen en wanneer? 90
Voorwerp 91
Vertegenwoordiging 91
Intrekking en weigering van toestemming 91
Vorm 92

III.4. Inhoud van de adoptie 92
4.1. Gemeenschappelijke inhoud van de gewone en de volle adoptie 92
Beginsel 92
Nationaliteit 93
Namen 93
Adelrecht 94
Latere vaststelling van de oorspronkelijke afstamming 94
Kennis van herkomst 94
4.2. Bijzondere inhoud van de gewone adoptie 94
Ouderlijk gezag 95
Huwelijksbeletselen 95
Levensonderhoud 96
Erfrecht 96
Wettelijke voogdij 96
4.3. Bijzondere inhoud van de volle adoptie 97

III.5. Einde van de adoptie 97
Nietigheid 97
Herroeping 97
Herziening 98
Overlijden 98
Voogdij en terugplaatsing onder het ouderlijk gezag . . . 98
Nieuwe adoptie 99

C. Castelein, "Het nieuwe adoptierecht voor de eerste maal gerepareerd", *T. Not.* 2005, 114 – A. Huygens, "Voorwaarden en gevolgen van de adoptie door paren van hetzelfde geslacht", in P. Senaeve, F. Swennen en G. Verschelden (eds.), *Verblijfsco-ouderschap*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 199-256 – P. Senaeve en F. Swennen (eds.), *De hervorming van de interne en de internationale adoptie*,

Antwerpen, Intersentia, 2006 – F. Swennen, "Het nieuwe interne adoptierecht: horresco referens", *R.W.* 2003-04, 441 e.v.

III.1. SITUERING

Begrippen

189. Adoptie is de rechtsinstelling waarbij door rechterlijke beslissing nieuwe afstammingsbanden tot stand komen. Die benoemt men als adoptieve afstamming. Zij bestaat tussen de adoptanten of adoptie-ouders enerzijds en de geadopteerde, adoptandus of adoptiekind anderzijds. De adoptieve afstamming doet ook adoptieve (aan)verwantschapsbanden ontstaan.

190. De wetgever behandelt de adoptie in een afzonderlijke Titel VIII B.W. en niet onder Titel VII Afstamming. Door haar vergelijkbare rechtsgevolgen moet de adoptie niettemin als een vorm van afstamming worden beschouwd.

191. De adoptie berust enerzijds op de wil van de betrokkenen om nieuwe afstammingsbanden tot stand te brengen, maar wordt anderzijds uitgesproken door de rechter na toetsing van de wettelijke voorwaarden ervoor.
Naargelang men de ene dan wel de andere component benadrukt, beschouwt men adoptie als een contract, met de wil als grondslag, dan wel als een instelling, met een rechterlijke beslissing als grondslag.
Sinds de Adoptiewet 2003 overweegt in het Belgische recht duidelijk de opvatting van de adoptie als een rechtsinstelling. Inhoudelijk is zij opgevat als een maatregel van jeugdbescherming voor het geval waarin de oorspronkelijke ouders onbekend zijn of de opvoeding van het kind (definitief) niet kunnen of willen opnemen. Daarom is de rechter, naast de adoptant en de geadopteerde, de 'maatschappelijke derde' in de adoptiedriehoek.
Als maatregel van jeugdbescherming is de adoptie in dit opzicht bijzonder dat zij een afstammingsrechtelijke techniek hanteert.

192. De wetgever heeft op onzorgvuldige wijze in een algemene bepaling een aantal definities gegeven, m.n. van 'samenwonenden' en van 'kind' (art. 343).
De gewoonlijke betekenis van het rechtsbegrip kind is afstammeling in de eerste graad, ongeacht zijn leeftijd. In het materiële adoptierecht wordt ermee bedoeld: minderjarige (cf. art. 1 Kinderrechtenverdrag en vgl. art. 388). Deze terminologie is echter niet consequent doorgevoerd. Op sommige plaatsen is er nog sprake van 'kind' waar kennelijk ook meerderjarige afstammelingen in eerste graad bedoeld zijn. Ik verduidelijk dat wel waar nodig. Bovendien wordt het rechtsbegrip 'kind' ook in het Gerechtelijk Wetboek gebruikt, waar het niet wordt gedefinieerd.
Hetzelfde probleem rijst met de definitie van 'samenwonende' in art. 343 – waarover verder meer. Op sommige plaatsen kan kennelijk niet enkel de samenwonende in de zin van de wet bedoeld zijn.

193. Zoals de oorspronkelijke afstamming raakt de adoptie de openbare orde.[54] Voor zichzelf of voor een derde een adoptie (trachten te) verkrijgen in strijd met de wettelijke bepalingen, wordt strafrechtelijk bestraft (art. 391*quater*-391*quinquies* Sw.).

Soorten

194. Er zijn verschillende soorten van adoptie.

1/ Naargelang de *rechtsgevolgen* moet de gewone van de volle adoptie worden onderscheiden.
De *gewone* adoptie brengt tussen de adoptant en de geadopteerde een afstammingsband tot stand en (enkel) tussen de adoptant en de afstammelingen van de geadopteerde een band van verwantschap (art. 353-12). De gewone adoptie vult de oorspronkelijke afstamming aan. De geadopteerde behoudt zijn oorspronkelijke afstammings- en verwantschapsbanden, zij het dat sommige rechtsgevolgen ervan worden vervangen door de rechtsgevolgen van de adoptie. De oorspronkelijke afstamming blijft, wat die rechtsgevolgen betreft, 'op waakvlam' bestaan.
De *volle* adoptie verleent aan de geadopteerde en aan zijn afstammelingen in de familie van de adoptant(en) hetzelfde statuut als was er oorspronkelijke afstamming. De volle adoptie vervangt met andere woorden de oorspronkelijke afstamming. De geadopteerde verliest als regel zijn oorspronkelijke verwantschapsbanden in zowel de moederlijke als de vaderlijke lijn, ook al is er maar één adoptant (art. 356-1). Hierop bestaat een uitzondering in geval van volle stiefouderadoptie: in dit geval wordt enkel de afstammingsband met de 'vervangen' oorspronkelijke ouder doorgeknipt, maar blijft de afstammingsband met de andere ouder bestaan.

2/ Naar *toepasselijk recht* is er de interne en de internationale adoptie.
Bij de *interne* adoptie zijn alle parameters Belgisch: adoptant en geadopteerde zijn Belg en verblijven in België. Deze adoptie wordt hierna besproken.
Bij de *internationale* adoptie kunnen er twee 'vreemde' elementen zijn. Ten eerste moeten de regels van internationaal privaatrecht (cf. *Personenrecht in kort bestek*) worden toegepast zo één van de betrokkenen niet de Belgische nationaliteit heeft. Ten tweede zijn er bijzondere regels van toepassing op de interlandelijke adoptie. De adoptie is interlandelijk als ze de overbrenging van de geadopteerde vanuit of naar een ander land veronderstelt (art. 360-2). De internationale adopties blijven verder buiten beschouwing.

---

54 Cass. 29 januari 1993, *Arr. Cass.* 1993, 129.

3/ Naar *bedoeling* is er de regulariserende, de endofamiliale en de caritatieve adoptie.
De *regulariserende* adoptie beoogde vóór de Afstammingswet 1987 de verbetering van het juridische statuut van een eigen kind. Zij is naar huidig recht zonder voorwerp.
De *endofamiliale* adoptie beoogt een bestaande feitelijke (opvoedings)situatie – soms tussen (aan)verwanten – te juridiseren, bv. bij adoptie door een oom of een stiefvader.
De *caritatieve* adoptie heeft de opneming tot doel, in een nieuwe familie, van een geadopteerde die met die familie tot dan toe noch feitelijke noch juridische banden had.

Regelgeving op drie niveaus

195. Adoptie betreft de staat van de persoon en daardoor zijn burgerlijke rechten en plichten. De materie is daarom een federale bevoegdheid. Het materiële recht wordt geregeld in Titel VIII van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek, het procesrecht in Hoofdstuk VIII*bis* van Boek IV in het Vierde Deel van het Gerechtelijk Wetboek. Het Strafwetboek wijdt er een Hoofdstuk X aan in Titel VII van het Tweede Boek.

196. De vereiste voorbereiding van de adoptanten tot goede ouders, de *matching* met een adoptandus en de nazorg betreffen 'bijstand aan personen' en zijn daardoor gemeenschapsbevoegdheden (art. 5, § 1, II, 1° Bijzondere Wet Hervorming Instellingen).
Er is ook een samenwerkingsakkoord tussen de federale overheid en de gemeenschappen, met name om intern *forumshopping* te vermijden – waarbij bv. Vlaamse adoptanten in Wallonië zouden adopteren indien daar soepeler voorwaarden voor de adoptie zouden gelden.

197. Ook de internationale rechtsorde is voor interne adopties van belang.
De art. 20-21 Kinderrechtenverdrag noemen de adoptie als maatregel van jeugdbescherming waarbij het belang van het kind de voornaamste overweging moet zijn.[55]
Uit de art. 8, 12 en 14 Verdrag Mensenrechten kan geen recht op adoptie worden afgeleid.[56] Op de lidstaten rusten in dat verband geen positieve verplichtingen. Maar éénmaal de adoptie mogelijk, is de bescherming van voornoemde Verdrags-

[55] Cass. 4 november 1993, *R.W.* 1994-95, 30.
[56] Cass. 10 april 2003, *NjW* 2003, 1111.

bepalingen daarop wel van toepassing, zodat bij de toegang tot de adoptie bv. niet mag worden gediscrimineerd.[57]
Ten slotte worden de interlandelijke adopties beheerst door het Haagse Adoptieverdrag van 29 mei 1993.

Plan

198. Hierna komt kort eerst de historiek van de adoptie aan bod.
Vervolgens bespreek ik de materiële en formele voorwaarden voor de adoptie.
Daarop volgt een overzicht van de inhoud van de adoptie, met achtereenvolgens de gemeenschappelijke inhoud, de bijzondere inhoud van de gewone adoptie en de bijzondere inhoud van de volle adoptie.
Ten slotte komt de beëindiging van de adoptie aan bod.

III.2. HISTORIEK

199. In de oudste beschavingen had adoptie tot doel de verdere verering van de voorouders te verzekeren.
In het Romeinse recht was de adoptie enkel mogelijk voor kinderloos gebleven mannen van ouder dan vijftig teneinde hen een erfgenaam te bezorgen.
Adoptie was niet mogelijk in ons gewoonterecht: *Adoption n'a lieu.*
De *Code civil* sloot opnieuw aan bij het Romeinse recht: adoptie stond enkel open voor vijftigplussers zonder wettige afstammelingen; enkel meerderjarigen konden worden geadopteerd. Die moesten ofwel door de adoptant tijdens hun minderjarigheid onderhouden zijn ofwel hem het leven hebben gered. Adoptie was opgevat als een contract dat door de rechter moest worden gehomologeerd.

200. Grondige wijzigingen zijn doorgevoerd bij wetten van 22 maart 1940 (*B.S.* 24 maart 1940); 10 februari 1958 (*B.S.* 20 februari 1958); 21 maart 1969 (*B.S.* 12 april 1969); 27 april 1987 (*B.S.* 27 mei 1987); 13 maart en 24 april 2003 (*B.S.* 16 mei 2003)[58], 6 december 2005 (*B.S.* 16 december 2005) en 18 mei 2006 (*B.S.* 20 juni 2006).
De adoptie evolueerde van een contractuele erfstelling naar een subsidiaire maatregel van jeugdbescherming. Het – ondersteunde – behoud van de geadopteerde in zijn oorspronkelijke milieu wordt als eerste optie nagestreefd (W. 2003). Is dat

---

57 Hof Mensenrechten (3de Kamer), nr. 36515/97, 26 februari 2002, Fretté t. Frankrijk, *R.W.* 2003-04 (weergave F. Vanneste), 677.

58 Gerepareerd door de Programmawet 27 december 2004 en de Wet houdende diverse bepalingen van dezelfde datum (*B.S.* 31 december 2004) en door de Wet houdende diverse bepalingen van 20 juli 2005 (*B.S.* 29 juli 2005).

niet mogelijk, dan gaat het er bij de adoptie niet meer om een erfgenaam te bezorgen aan een familie, maar een familie te bezorgen aan een kind dat in zijn oorspronkelijke omgeving geen behoorlijke opvoedingskansen krijgt. De contractuele idee werd dan ook verlaten (Wet 2003).

201. De voorwaarden om te adopteren worden steeds verder versoepeld.
Wat betreft de *geadopteerde,* werd adoptie van een minderjarige mogelijk als zij hem tot voordeel strekte en op wettige redenen berustte (Wet 1940). De wettiging door adoptie (Wet 1969), later volle adoptie (Wet 1987), stelde de geadopteerde volledig gelijk met een oorspronkelijk kind. De mogelijkheid om via adoptie een eigen 'natuurlijk' kind te regulariseren (Wet 1940) werd eerst overbodig (Wet 1987), dan verboden (Wet 2003).
Gedwongen adopties – tegen de wil van de *oorspronkelijke ouder(s)* – werden beperkt (Wet 1969), dan ruimer (Wet 20 mei 1987, *B.S.* 27 mei 1987, afgeschaft bij Wet van 7 mei 1999, *B.S.* 29 juni 1999), dan terug beperkt mogelijk.
Wat betreft de *adoptant* werd eerst de vereiste kinderloosheid versoepeld (Wet 1940) en vervolgens afgeschaft (Wet 1969). Adoptie door twee personen en stiefouderadoptie werden eerst enkel voor gehuwden (Wet 1958), dan ook voor samenwonenden van ongelijk geslacht (Wet 2003) en ten slotte ook voor gehuwden en samenwonenden van gelijk geslacht (Wet 2006) bevoorrecht op het vlak van de voorwaarden en de gevolgen van de adoptie.

202. De volle adoptie zal m.i. verder evolueren naar een maatregel van jeugdbescherming; de gewone adoptie zal evolueren naar een instrument om hersamengestelde gezinnen te organiseren.

III.3. TOTSTANDKOMING VAN DE ADOPTIE

3.1. GRONDVOORWAARDEN

X. Dijon en J. Masson, "Mère porteuse et adoption", *J.T.* 1991, 768-771 – J.-L. Renchon, "Parenté sociale et adoption homosexuelle. Quel choix politique ?", *J.T.* 2005, 125-132 – F. Swennen, "Adoptie na draagmoederschap: *nihil obstat*?", *R.W.* 2001-02, 206.

203. Er zijn tien grondvoorwaarden voor de adoptie.

A. Wettige redenen

204. De adoptie moet op wettige redenen berusten (art. 344-1). In het algemeen is dit een negatief vereiste: de adoptie mag niet strijdig zijn met wetsbepalingen van openbare orde of dwingend recht en mag niet worden misbruikt voor andere

doeleinden. Dat zou bv. zo zijn als ze enkel is gericht op een verblijfs- of nationaliteitsrechtelijk voordeel voor de geadopteerde.

Adoptie na draagmoederschap?

205. Het is betwist in welke mate het – als regel nog ongeoorloofde – draagmoederschap mag worden verrekend bij de beoordeling van de voorgenomen adoptie door de wensouder(s) van het kind van de draagmoeder.
Volgens een eerste strekking impliceert de ongeoorloofdheid van het draagmoederschapscontract dat de daarop volgende adoptie niet op wettige redenen kan berusten.
Volgens een tweede strekking moeten de wettige redenen voor de adoptie op zichzelf worden beoordeeld, zonder de ongeoorloofdheid van het draagmoederschapscontract te verrekenen. Zodoende zou wel de adoptie na intrafamiliaal draagmoederschap, maar niet de adoptie na commercieel draagmoederschap kunnen worden uitgesproken.

B. Hoger belang van de minderjarige

206. De adoptie van de minderjarige kan slechts plaatsvinden in zijn hoger belang (art. 344-1).
In de rechtsleer zijn al vele pogingen ondernomen om 'het belang van het kind' te omschrijven. De betekenis van deze voorwaarde hangt af van de context waarin zij wordt gesteld. Volgens de wet moet het belang van het kind worden ingevuld aan de hand van de fundamentele rechten die de minderjarige op grond van het internationale recht toekomen.
Onder meer moet het morele en materiële belang van de minderjarige de voornaamste overweging zijn[59] en moet de adoptie – als maatregel van jeugdbescherming – de subsidiariteitstoets doorstaan.[60] Dat wil zeggen dat adoptie pas mogelijk is als er (op termijn) geen opvangmogelijkheden van de adoptandus in zijn (familiaal) milieu meer zijn.

C. Wettige belangen verrekenen

207. Ten derde moet de rechter alle wettige belangen verrekenen bij zijn beslissing om de adoptie al dan niet uit te spreken (art. 1231-13, 1ste lid Ger.W.). Het gaat bijvoorbeeld om de erfbelangen van de oorspronkelijke kinderen van de

59 Cass. 4 november 1993, *R.W.* 1994-95, 30.
60 Hof Mensenrechten (Kamer), nr. 17383/90, 7 augustus 1996, Johansen t. Noorwegen, www.echr.coe.int.

adoptant[61] of de belangen van de oorspronkelijke ouder met wie de afstammingsbanden worden doorgeknipt of afgesplitst ten voordele van een stiefouder-adoptant.

D. Invloed van het relatierecht

Adoptant(en)

208. Vóór de Adoptiewet 2003 werd het huwelijk op twee punten bevoorrecht op het gebied van de adoptie.
Ten eerste konden enkel twee gehuwden gezamenlijk tot adoptie overgaan.

Bepaalde rechtsleer zag hierin een schending van het gelijkheidsbeginsel ten nadele van ongehuwd (wettelijk of feitelijk) samenwonenden, met name in het licht van de Afstammingswet 1987 en de Wet betreffende de wettelijke samenwoning. Het Grondwettelijk Hof deed daarover nooit een uitspraak.

Ten tweede werd enkel de stiefouderadoptie door de echtgenoot van de ouder bevoorrecht op het vlak van de leeftijdsvereisten en de gevolgen van die adoptie.

Over dit punt wees het Grondwettelijk Hof vier relevante arresten, waaruit twee zaken voortvloeiden. Ten eerste mocht de volle stiefouderadoptie geen verbreking van de familiebanden met de oorspronkelijke ouder tot gevolg hebben als ze gebeurde door de echtgenoot van die ouder[62] of door de persoon van het andere geslacht waarmee hij een feitelijk gezin vormt.[63] Ten tweede moest de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag na gewone stiefouderadoptie door de echtgenoot worden uitgebreid tot de stiefouderadoptie door de wettelijk samenwonende partner van het andere geslacht dan de oorspronkelijke ouder[64] maar niet naar de partner waarmee die een feitelijk gezin vormt.[65]

209. De wetgever van 2003 heeft de bevoorrechting van het huwelijk (beperkt) behouden, maar onder voorwaarden uitgebreid tot wettelijk en feitelijk samenwonende partners (art. 343, § 1, b).
Feitelijke of wettelijke samenwoners tussen wie een absoluut huwelijksbeletsel wegens (aan)verwantschap bestaat (over deze huwelijksbeletselen later meer), mogen ten eerste nooit samen of elkaars kind als stiefouder adopteren.
Bovendien moeten feitelijke samenwoners met het oog op een gezamenlijke of stiefouderadoptie op permanente en affectieve wijze samenwonen. Een goede vriendschap tussen hen volstaat niet. Wellicht is bedoeld dat de samenwoners een

---

61 Cass. 31 oktober 1996, *R.W.* 1997-98, 1019, noot S. Mosselmans.
62 Grondwettelijk Hof nr. 67/97, 6 november 1997, *R.W.* 1997-98, 1469.
63 Grondwettelijk Hof nr. 53/2000, 3 mei 2000, *R.W.* 2000-01, 687, noot; *J.T.* 2000, 536, noot Y.-H. Leleu.
64 Grondwettelijk Hof nr. 154/2001, 28 november 2001, *R.W.* 2001-02, 949, noot P. Schollen; *J.T.* 2002, 82, noot Y.-H. Leleu.
65 Grondwettelijk Hof nr. 49/2000, 3 mei 2000, *R.W.* 2000-01, 687, noot.

seksueel-affectieve verhouding moeten hebben zoals (die waartoe) echtgenoten (verplicht zijn). Deze voorwaarde is in overeenstemming met de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof die adoptie toelaat binnen het 'gezin' dat twee volwassenen vormen. Wel moet eraan worden herinnerd dat peiling naar seks en affectie niet altijd verantwoordbaar en mogelijk is.
De permanente en affectieve samenwoning moet gedurende minstens drie jaar bestaan op het ogenblik van de indiening van het verzoek tot adoptie. Dat is geen onredelijke vereiste: de geadopteerde moet in een stabiel gezin terechtkomen.[66]
Andere paren hoeven geen drie jaar gehuwd te zijn of wettelijk samen te wonen. Ook dat lijkt redelijk: gehuwden en wettelijke samenwoners hebben formeel hun voornemen tot gezinsleven kenbaar gemaakt. De wettelijke samenwoning kan op dit punt, ondanks de soepeler ontbindingsmogelijkheid, met het huwelijk worden gelijkgesteld.

210. Echtgenoten en samenwoners van gelijk geslacht mochten na de hervorming van 2003 niet samen adopteren of als stiefouder het kind van de partner adopteren. Daarmee bleef de wetgever binnen de in 1987 geformuleerde doelstelling van de adoptie om de geadopteerde in een milieu te brengen waarin verwantschapsbanden tot stand komen die vergelijkbaar zijn met de biologische – heteroseksuele – afstamming.
Nochtans was tijdens de parlementaire voorbereiding van de wet van 2003 benadrukt dat de adoptie niet (meer) mag worden gespiegeld aan de oorspronkelijke afstamming, maar als een maatregel van jeugdbescherming moet worden beschouwd. Bovendien onderscheidt de wetgever geen mannelijke van vrouwelijke opvoedingstaken. Ten slotte is er geen wetenschappelijk onderzoek waaruit blijkt dat de adoptie door of binnen gelijkslachtige paren schadelijk zou zijn voor het kind; wel is er onderzoek waaruit blijkt dat het niet schadelijk is.
Toch is een abstract adoptieverbod met een beroep op het voorzorgsbeginsel in deze stand van (gebrekkige) maatschappelijke en juridische erkenning van gelijkslachtige gezinnen aanvaard door het Hof Mensenrechten.[67]
De Belgische wetgever heeft die voorzorg niet nodig geoordeeld en heeft de adoptie in 2006 opengesteld voor paren van gelijk geslacht.

---

66 De gelijkstelling door het Grondwettelijk Hof, in verband met de volle stiefouderadoptie, van de feitelijke partner met een echtgenoot, belet de wetgever niet een toets van de stabiliteit van het feitelijke gezin in te voeren. Dat vloeit voort uit beide arresten in verband met de gewone stiefouderadoptie door de feitelijke of wettelijke samenwoner van de ouder.

67 Hof Mensenrechten (3de Kamer), nr. 36515/97, 26 februari 2002, Fretté t. Frankrijk, *R.W.* 2003-04 (weergave F. Vanneste), 677.

Een onmenselijke leugen – column Gerard Bodifée in *Knack*, 3 mei 2006, afl. 18, p. 50

Diep in het menselijk lichaam woelt het seksuele verlangen. Het is er door de natuur ingelegd om man en vrouw bij elkaar te brengen en uit de aanraking van de tegengestelden nieuw leven te doen ontstaan. In een nooit eindigend spel van geven en ontvangen, verlangen en vervullen, roepen de tegenstellingen elkaar op en trekken ze elkaar aan. De seksuele differentiatie van het leven ontstond vele miljoenen jaren geleden en werd de dominerende kracht in de evolutie van het leven, de garantie voor vruchtbaarheid en vitaliteit.

In de menselijke soort zijn alle oude biologische krachten onverzwakt aanwezig, aangevuld door culturele gebruiken die de krachten nog versterken en trachten te beheersen. Het stabiele, monogame huwelijk is een duizenden jaren oude instelling, gericht op een intensieve, gehumaniseerde beleving van de seksualiteit. Wat blijft primeren in het menselijke verband is de oude biologische bekommernis om het welzijn van het kroost. Ouders rekenen de zorg voor de kinderen tot hun belangrijkste taak. Het huwelijk legt de exclusieve band waarop het gezin steunt dat de noodzakelijke veiligheid en geborgenheid moet bieden. Tegelijk kan binnen het huwelijk een affectieve band tussen man en vrouw groeien die voorbij de seksuele aantrekkingskracht reikt en een vervulling biedt van het menselijke verlangen naar blijvende liefde en steun.

Uit het besef van de menselijke noden ontstond binnen de humane cultuur de erkenning van wat 'rechten van de mens' heet. Vooral mensen die zwak en weerloos zijn, moeten door deze rechten de onmisbare bescherming krijgen. Daarom zijn er geen belangrijker rechten dan die van het kind. De rechten van het kind primeren op die van de vrouw, op die van de man, en op die van alle minderheidsgroepen in de samenleving.

Omdat het opgroeien van een kind tot het stadium waarin het zelfstandig kan leven vijftien tot twintig jaar duurt, heeft elk kind recht op een gezin dat minstens zo lang de noodzakelijke geborgenheid kan bieden.

En omdat het menselijke leven de rijkdom van een geslachtelijke tweeledigheid kent, heeft het kind recht op een gezin waarin een moeder en een vader aanwezig is. Uit de onmiskenbare verschillen in de biologische functies van vader en moeder vloeien de diepgewortelde verschillen in affectieve banden en rollen binnen het gezin voort. Deze maken een wezenlijk deel uit van de menselijke natuur en kunnen niet door een modieuze gedachte worden afgeschaft. Een libertijnse tijdgeest die zich voorneemt de mens te bevrijden van zijn eigen natuur, handelt vanuit een onmenselijke leugen.

Daarom is de ontkenning van het feit dat een kind een moeder én een vader nodig heeft, een schandelijke schending van de rechten van de mens. Wat iedereen altijd geweten heeft en wat elk kind nog altijd weet, is dat de rol van de moeder niet die van de vader is, en die van de vader niet gelijk aan die van de moeder is. Beide zijn onmisbaar. De bewering dat homokoppels een kind alles kunnen bieden wat het voor zijn ontwikkeling en affectieve behoeften nodig heeft, is een flagrante miskenning van de menselijke natuur. Zij kan alleen het product zijn van een ideologie die gelijkheid oplegt aan wat verschillend is en die overal het monster van de discriminatie meent te moeten zien waar het geslachtelijk onderscheid zich toont.

De onwijze Belgische wet die homokoppels het recht geeft kinderen te adopteren, geeft andere landen de plicht geen adoptiekinderen meer aan België te leveren.

Geadopteerde

211. Een persoon kan worden geadopteerd ongeacht zijn relatierechtelijke staat. In voorkomend geval moet zijn partner toestemmen (hierover verder meer).
Echtgenoten kunnen niet samen door dezelfde adoptant worden geadopteerd wegens de huwelijksbeletselen die door adoptie ontstaan en dan niet meer nageleefd zouden zijn. Adoptiekinderen mogen immers niet (zonder koninklijke dispensatie) met elkaar huwen. Voor andere relatievormen bestaat dit probleem niet.

E. Geen adoptie tussen (aan)verwante adoptant en geadopteerde

Ouderadoptie

212. De wet bepaalt uitdrukkelijk dat tussen adoptant en geadopteerde niet zowel een oorspronkelijke als een adoptieve afstammingsband mag bestaan en dat de oorspronkelijke afstamming in dit geval voorrang krijgt. Dit resultaat wordt bereikt door drie regels.
Eerste regel: adoptie door een oorspronkelijke ouder is onmogelijk (art. 344-2). Een dergelijke adoptie berust doorgaans niet op een wettige reden. Zij heeft immers tot gevolg dat de oorspronkelijke afstamming met de andere ouder hoogstens nog rechtsgevolgen 'op waakvlam' heeft.[68] Adoptie door de biologische (na incest) of genetische (na draagmoederschap) ouder blijft, bij gebreke van vastgestelde afstammingsband, wel mogelijk. Ook volle adoptie van een gewoon geadopteerd kind is mogelijk (art. 347-3).
Tweede regel: de adoptie van een 'natuurlijk' kind vóór de inwerkingtreding van de Afstammingswet 1987 wordt als niet verkregen beschouwd (art. 18 Adoptiewet 2003).
Derde regel: de vaststelling van een oorspronkelijke afstammingsband tussen adoptant en geadopteerde maakt een einde aan de adoptie (art. 350, 1ste lid).

Andere (aan)verwanten

213. De wet verbiedt niet de adoptie door (aan)verwanten, bv. door een oom. Zo een adoptie moet wel een bestaande feitelijke (opvoedings)situatie bevestigen, omdat zij de familieverhoudingen wijzigt – bijvoorbeeld een ouder wordt een broer of zuster bij volle grootouderadoptie. Enkel in dat geval berust ze op wettige redenen.
De stiefouderadoptie is uitdrukkelijk geregeld en bevoorrecht.

---

68 Cf. Grondwettelijk Hof nr. 50/98, 20 mei 1998, *R.W.* 1998-99, 710.

Echtgenoten

214. Adoptie van één echtgenoot door de andere is niet toegelaten, onder meer wegens de huwelijksbeletselen die door adoptie ontstaan en dan niet meer nageleefd zouden zijn. Adoptant en geadopteerde mogen immers niet met elkaar huwen. Voor andere relatievormen bestaat dit probleem niet, al rijst de vraag of een dergelijke adoptie op wettige redenen zou berusten.
Vóór de juridische erkenning van relaties tussen personen van gelijk geslacht door de Wet Wettelijke Samenwoning en de Wet Openstelling Huwelijk werd wel eens een toevlucht gezocht tot de adoptie om een dergelijke relatie enigszins vorm te geven.

F. Leeftijds(verschil)vereisten

215. De leeftijds(verschil)vereisten (art. 345) worden beoordeeld op het ogenblik van de neerlegging van het verzoekschrift; de adoptie heeft immers vanaf dat tijdstip rechtsgevolgen (art. 349-1).[69]

Adoptant

216. De adoptant moet minstens vijfentwintig jaar oud zijn en minstens vijftien jaar ouder dan de geadopteerde. Er is geen maximumleeftijd.
Voor de adoptie van een kind van de partner volstaat het dat de adoptant meerderjarig is en minstens tien jaar ouder dan de geadopteerde. Dit voordeel blijft gelden in geval van adoptie van het kind van een overleden partner (art. 345).
Het vereiste leeftijdsverschil gaat terug op de regel *adoptio naturam imitatur*, maar valt ook zonder deze regel te verantwoorden door de inhoud van het ouderschap.

Geadopteerde

217. Voor de geadopteerde geldt geen minimumleeftijd. Hij moet op het ogenblik van het verzoek bestaan. De ouderlijke toestemming tot de adoptie kan echter pas worden gegeven twee maanden na de geboorte en kan tot zes maanden na neerlegging van het verzoekschrift worden ingetrokken (art. 348-4, 348-8, 3de lid en art. 1231-13, 1ste lid Ger.W.).
Een maximumleeftijd geldt enkel bij de volle adoptie: de geadopteerde mag niet meerderjarig zijn op het tijdstip van de neerlegging van het verzoekschrift (art. 355).

---

69 Vgl. Grondwettelijk Hof nr. 76/2003, 28 mei 2003, www.const-court.be.

G. Adoptiebekwaamheid en -geschiktheid voor adoptie van minderjarigen

218. De adoptant moet bekwaam en geschikt zijn als hij een minderjarige wil adopteren (art. 346).
De vereiste bekwaamheid verwijst naar een rechtsoordeel over de vervulling van alle grondvoorwaarden voor adoptie.
De vereiste geschiktheid verwijst naar een feitelijk oordeel over de sociaal-psychologische eigenschappen die de adoptant moet hebben. De adoptant moet een adoptievoorbereiding volgen – de organisatie daarvan is een gemeenschapsbevoegdheid. Nadien beoordeelt de rechter op grond van een maatschappelijk onderzoek zijn geschiktheid. Dat onderzoek – niet het oordeel – mag achterwege blijven bij endofamiliale adopties.
De voorwaarde van adoptiegeschiktheid is niet strijdig met art. 8 Verdrag Mensenrechten. Daaruit kan immers geen recht om te adopteren worden geput.[70]
De adoptiebekwaamheid en -geschiktheid worden voor een interne adoptie beoordeeld in de procedure naar aanleiding van een concreet adoptievoornemen en niet in een afzonderlijke procedure.
Het oordeel over de adoptiebekwaamheid en -geschiktheid komt toe aan de rechter, omdat deze voorwaarden de burgerlijke rechten en plichten betreffen – of men mag adopteren hangt er immers van af.

219. De vereiste voorbereiding sluit geen vrije (of 'wilde') interne adopties – zonder bemiddeling – uit; aspirant-adoptanten kunnen zelf nog op zoek gaan naar een geadopteerde.

H. In leven zijn

Adoptant

220. De adoptant moet minstens tot aan de neerlegging van het verzoekschrift in leven zijn. Overlijdt hij vóór de beëindiging van de procedure, dan kunnen de andere adoptant of de geadopteerde verzoeken deze verder te zetten (art. 1231-20 Ger.W.).

---

70 Hof Mensenrechten (3de Kamer), nr. 36515/97, 26 februari 2002, Fretté t. Frankrijk, *R.W.* 2003-04 (weergave F. Vanneste), 677 en Cass. 10 april 2003, *T. Not.* 2004, 568, noot F. Bouckaert.

Geadopteerde

221. De geadopteerde moet in leven zijn totdat de adoptiebeslissing in kracht van gewijsde treedt. Voorzetting van de procedure na het overlijden van de geadopteerde, bv. in het belang van de adoptant of de afstammelingen van de geadopteerde, is onterecht niet mogelijk.

I. Opeenvolgende adopties

Nieuwe adoptie

222. Een nieuwe adoptie is de adoptie die ertoe strekt de adoptieve afstammingsband met een adoptant, de adoptanten of een van hen, te vervangen door een adoptieve afstammingsband met een andere adoptant of met andere adoptanten.
Nieuwe adoptie is enkel mogelijk na overlijden van de vorige adoptant of adoptanten, na herziening of herroeping van de adoptie, of om zeer gewichtige reden, in het laatste geval op verzoek van het Openbaar Ministerie. Enkel de nieuwe adoptie van minderjarigen is mogelijk (art. 347-1).
Er zijn twee redenen aangevoerd om nieuwe adopties enkel in deze uitzonderingsgevallen toe te laten.[71] Enerzijds zou de ruimere toelating van nieuwe adopties aanleiding kunnen geven tot belangenconflicten of tot erfenisbejaging door geadopteerden. Anderzijds zou de nieuwe adoptie van meerderjarige geadopteerden altijd kunnen worden verboden, omdat zij het voordeel van de adoptie met het oog op hun volwassenwording in een gezin al hebben gehad. Zij hoeven dus niet voor een nieuwe adoptie in aanmerking te komen.
Er geldt een bijzondere toestemmingsregeling voor de nieuwe adoptie (art. 348-6, -7). De andere grond- en vormvoorwaarden gelden onverkort, behoudens de toegewezen vordering van het Openbaar Ministerie (art. 1231-24 Ger.W.).
Na een nieuwe adoptie blijven de huwelijksbeletselen van de vorige adoptie bestaan (art. 353-18, 356-3).

Stiefouderadoptie van een adoptiekind

223. Als één van de twee adoptanten overleden is, als de adoptie ten opzichte van één van hen herroepen is of als er een zeer gewichtige reden is, mag de nieuwe partner van een adoptant overgaan tot een stiefouderadoptie (art. 347-2).

---

71 Grondwettelijk Hof nr. 12/2003, 22 januari 2003, *NjW* 2003, 705, noot RdC.

Omzetting van de adoptie

224. Omzetting van adoptie strekt ertoe een gewone adoptie ten aanzien van dezelfde adoptant(en) te vervangen door een volle adoptie. Het gaat in dit geval niet om een nieuwe adoptie. De bijzondere toestemmingsregeling is niet van toepassing (art. 347-3, tweede zin). Aan de grondvoorwaarden voor de volle adoptie moet wel voldaan zijn.

J. Toestemmingen

Wie moet toestemmen en wanneer?

225. Vier (groepen van) personen moeten toestemmen in de adoptie (art. 348).

1/ De toestemming van de *adoptant(en)* is ten eerste vanzelfsprekend maar wordt door de wet niet anders vereist dan door de verplichte ondertekening van het verzoekschrift. Vertegenwoordiging als adoptant is nooit mogelijk.

2/ De *geadopteerde* moet als regel toestemmen als hij op het ogenblik van de uitspraak twaalf jaar is of ouder. Als hij ouder is, maar nog niet wilsgeschikt of gerechtelijk onbekwaam verklaard wat betreft zijn persoon, dan mag hij niet toestemmen. Hij mag dat evenmin als hij jonger is dan twaalf maar wel al wilsgeschikt.
De intrekking of weigering van de toestemming van de geadopteerde geldt steeds als veto; om dit veto te omzeilen moet de rechter hem als wilsongeschikt beoordelen.

3/ Ook de *partners* van de adoptant en geadopteerde moeten in voorkomend geval toestemmen.
Geen toestemming is nodig van de echtgenoot die van tafel en bed is gescheiden of van de partner die zich in de onmogelijkheid bevindt zijn wil te kennen te geven. Deze onmogelijkheid kan feitelijk zijn – bv. hij heeft geen bekende verblijfplaats of is geestesgestoord – of juridisch – bv. hij is vermoedelijk afwezig of gerechtelijk onbekwaam verklaard inzake zijn persoon.
Of er een toestemmingsgerechtigde partner is, wordt beoordeeld op het tijdstip van verschijning van de adoptant voor de rechtbank.

4/ De *oorspronkelijke vader en moeder* van de minderjarige, verlengd minderjarige of gerechtelijk onbekwaam verklaarde geadopteerde moeten toestemmen als zij in leven zijn, zich in de mogelijkheid bevinden hun wil te kennen te geven en

van het toestemmingsrecht niet uitdrukkelijk zijn ontzet (art. 33, 2de lid Jeugdbeschermingswet).
De ouderlijke toestemming moet geïnformeerd zijn en kan pas twee maanden na de geboorte worden gegeven.
Dit toestemmingsrecht betreft de staat van de persoon van het kind en niet de uitoefening van het ouderlijk gezag. Dit betekent dat ook de ouder die niet het gezag uitoefent, toestemmingsgerechtigd is.
Bij gebreke van bekende en beschikbare ouders geldt de regeling inzake voogdij of, in geval van ontzetting van de ouders, de provoogdij (art. 348-5).
Een ouder is onbekend als de oorspronkelijke afstamming niet behoorlijk is vastgesteld. De bekende biologische ouder mag dus niet toestemmen.[72] Het bestaan en de beschikbaarheid van toestemmingsgerechtigde ouders moet beoordeeld worden op het ogenblik van de uitspraak.[73]

Voorwerp

226. De toestemmingen moeten uitdrukkelijk op de volle of op de gewone adoptie betrekking hebben. De rechtbank beoordeelt of de keuze met kennis van zaken gebeurde (art. 1231-13 Ger.W.).

Vertegenwoordiging

227. Elk lid van de oorspronkelijke familie van de geadopteerde kan bepalen dat hij de identiteit van de adoptant niet wenst te kennen of in de procedure niet wenst te verschijnen. De betrokkene duidt in beide gevallen een vertegenwoordiger aan en doet keuze van woonplaats. De rechtbank kan beslissen deze persoon op te roepen om hem te horen (art. 1231-10, 5° Ger.W.).

Intrekking en weigering van toestemming

228. Iedereen van wie de toestemming in de adoptie vereist is, kan die weigeren of ze intrekken eens ze gegeven is. De intrekking dient te gebeuren binnen de zes maanden na de neerlegging van het verzoekschrift of – hoe dan ook – vóór de uitspraak zo die voordien valt (wat maar in één geval mogelijk is: art. 1231-13 Ger.W.).
De adoptant en de geadopteerde hebben een absoluut vetorecht.
Het vetorecht van de andere betrokkenen is relatief.
De weigering door de oorspronkelijke ouders verhindert de adoptie niet als de weigerende ouder zich niet meer om het kind heeft bekommerd of de gezondheid,

---

72 Cass. 29 januari 1993, *Arr. Cass.* 1993, 129.
73 Vgl. Cass. 22 februari 1979, *R.W.* 1979-80, 906.

veiligheid of zedelijkheid ervan in gevaar bracht. Zo kan een gedwongen adoptie gerechtvaardigd zijn onder art. 8, 2de lid Verdrag Mensenrechten, zowel wat betreft vaders[74] en moeders[75] die het ouderlijk gezag niet uitoefenen, als wat betreft ouders die het gezag wel uitoefenen.[76]
Over andere weigeringen kan heen worden gestapt als ze onverantwoord zijn. Of dat zo is, beoordeelt de rechter onaantastbaar in feite.[77]
De rechtbank spreekt de adoptie in de laatste twee gevallen uit op vordering van de adoptant, de geadopteerde of het Openbaar Ministerie. In geval van toestemmingsweigering – ook van personen zonder vetorecht – zal het Openbaar Ministerie doorgaans een negatief advies geven over de adoptie.

Vorm

229. De toestemmingen worden gegeven in een proces-verbaal voor de adoptierechter of bij notariële of vrederechterlijke akte. De intrekking of weigering van toestemming gebeurt in dezelfde vorm. Weigeren kan ook door niet-verschijning voor de rechtbank na oproeping daartoe.

III.4. INHOUD VAN DE ADOPTIE

4.1. GEMEENSCHAPPELIJKE INHOUD VAN DE GEWONE EN DE VOLLE ADOPTIE

Beginsel

230. De adoptie brengt nieuwe afstammings- en (aan)verwantschapsbanden tot stand en is daarom constitutief van staat. Eenmaal overgeschreven in de registers van de burgerlijke stand, heeft zij retroactief uitwerking vanaf het tijdstip van indiening van het verzoekschrift (art. 349-1).

---

74 Hof Mensenrechten (Kamer), nr. 16969/90, 26 mei 1994, Keegan t. Ierland, www.echr.coe.int; Hof Mensenrechten (Kamer), nr. 24484/94, 28 oktober 1998, Söderbäck t. Zweden, www.echr.coe.int.

75 Hof Mensenrechten 3 maart 2005, Kuijper t. Nederland, *NJB (Ned.)* 2005, nr. 308.

76 Hof Mensenrechten (Kamer), nr. 17383/90, 7 augustus 1996, Johansen t. Noorwegen, www.echr.coe.int. Hof Mensenrechten (2de Kamer), nr. 56547/00, 16 juli 2002, P., C. en S. t. Verenigd Koninkrijk, www.echr.coe.int.

77 Cass. 31 mei 1985, *R.W.* 1985-86, 1380.

Nationaliteit

231. In de regel worden de gewone en de volle adoptie in het nationaliteitsrecht gelijkgesteld met de oorspronkelijke afstamming wat betreft de verwerving en het verlies van de nationaliteit.
Voor de verkrijging van de Belgische nationaliteit geldt de gelijkstelling met de oorspronkelijke afstamming uitzonderlijk niet helemaal om misbruiken te vermijden (art. 12*bis*, § 1, 2° W.B.N.).

Namen[78]

232. Door adoptie verkrijgt de geadopteerde als regel de *familienaam* van de adoptant.
Bij stiefouderadoptie door een vrouw, behoudt de geadopteerde de naam van zijn (adoptie)vader.
Bij gelijktijdige adoptie door twee personen, verkrijgt de geadopteerde de naam van de mannelijke adoptant.
Met die regeling wilde de wetgever een parallel bereiken met art. 335. Uit de aard geldt een andere regeling voor adopties door of binnen paren van hetzelfde geslacht, waar altijd voor de familienaam van één van de partners moet worden gekozen. De familienaamkeuze bij adoptie door of binnen paren van hetzelfde geslacht geldt ook voor de volgende adoptiekinderen.

233. Bij de gewone adoptie bestaat er een uitzonderlijke mogelijkheid voor de meerderjarige geadopteerde om zijn oorspronkelijke familienaam zonder meer te behouden. Dat de minderjarige gewoon geadopteerde zijn familienaam niet zonder meer kan behouden, is niet discriminerend. Hij kan immers nog volledig worden geïntegreerd in de adoptiefamilie. Anders dan bij meerderjarigen zijn er ook geen dwingende sociale redenen op grond waarvan hij zijn familienaam zou moeten kunnen behouden.[79]
Alle gewoon geadopteerden kunnen hun oorspronkelijke familienaam behouden in combinatie met de familienaam van de adoptant. De volgorde kan worden gekozen. Beide familienamen worden verbonden door een streepje. De adoptant(en) en de (vertegenwoordiger van de niet toestemmingsgerechtigde) geadopteerde moeten hierin toestemmen.

234. De naamswijziging van de geadopteerde geldt ook voor zijn tegenwoordige en toekomstige afstammelingen.

---

78 Art. 349-2, 353-1 tot 353-6 en 356-2.
79 Grondwettelijk Hof nr. 183/2004, 16 november 2004, *NjW* 2005, 372, noot GV.

Meerderjarige afstammelingen in de eerste graad kunnen wel verklaren hun naam voor zichzelf en hun afstammelingen te behouden.

235. De adoptant of de adoptanten kunnen verzoeken dat de *voornamen* van de geadopteerde worden gewijzigd – meestal: worden *vervlaamst*. Die moet daarin toestemmen als zijn toestemming in de adoptie vereist is.

Adelrecht

236. De *gewone* adoptie heeft van rechtswege geen adelrechtelijk gevolg (art. 353-7).
De *volle* adoptie verleent aan het kind en zijn afstammelingen een statuut met dezelfde rechten en verplichtingen, als ware het kind geboren uit de adoptant of uit de adoptanten (art. 356-1), met inbegrip dus van adelrechtelijke gevolgen.

Latere vaststelling van de oorspronkelijke afstamming

237. De oorspronkelijke afstammingsbanden van de geadopteerde moeten na de adoptie nog kunnen worden vastgesteld.[80]
Gebeurt de vaststelling ten aanzien van een *andere persoon dan de adoptant*, dan mag ze geen afbreuk doen aan de rechtsgevolgen van de adoptie. De wetgever geeft voorrang aan de sociale en affectieve adoptiebanden (art. 350, 2de lid). De vaststelling van de oorspronkelijke afstamming doet daarom maar rechtsgevolgen ontstaan voor zover deze niet in strijd zijn met de gevolgen van de adoptie.
De latere vaststelling van de oorspronkelijke afstamming ten aanzien van de *adoptant* maakt *ex nunc* een einde aan de adoptie ten aanzien van die adoptant (art. 350, 1ste lid).

Kennis van herkomst

238. *Cf. supra* nr. 52.

4.2. BIJZONDERE INHOUD VAN DE GEWONE ADOPTIE

239. De bijzondere inhoud van de gewone adoptie is bij wet bepaald.
Het uitgangspunt hierbij is dat een afstammings- en verwantschapsband tot stand komt tussen de adoptant(en) enerzijds en de geadopteerde en zijn afstammelingen anderzijds.

---

80 Cf. Grondwettelijk Hof nr. 50/98, 20 mei 1998, *R.W.* 1998-99, 710.

De gevolgen van de oorspronkelijke afstamming en verwantschap blijven bestaan voor zover zij daar niet mee in strijd zijn.

Ouderlijk gezag

240. De adoptant oefent het ouderlijk gezag uit over de geadopteerde, met de meeste daartoe behorende attributen (art. 353-8 en 353-9).
Bij stiefouderadoptie of adoptie door twee personen geldt de gemeenrechtelijke regeling inzake gemeenschappelijk gezag.
Voor de oorspronkelijke (aan)verwanten blijft een recht op persoonlijk contact op grond van art. 375*bis* bestaan (hierover verder).

Huwelijksbeletselen

241. De huwelijksbeletselen (art. 161-164, zie verder Hoofdstuk X) in de *oorspronkelijke familie* blijven altijd bestaan, of ontstaan wanneer de oorspronkelijke afstamming pas later wordt vastgesteld (art. 350, 2de lid).

242. In de *gewoon adoptieve familie* ontstaat een aantal bijzondere huwelijksbeletselen. Op grond van art. 353-13 is het huwelijk verboden tussen:
- de adoptant en de geadopteerde of zijn afstammelingen;
- de geadopteerde en de vorige echtgenoot van de adoptant;
- de geadopteerde en de persoon met wie de adoptant heeft samengewoond of samenwoont;
- de adoptant en de vorige echtgenoot van de geadopteerde;
- de adoptant en de persoon met wie de geadopteerde heeft samengewoond of samenwoont;
- de adoptieve kinderen van eenzelfde adoptant;
- de geadopteerde en de kinderen van de adoptant.

In de laatste twee gevallen kan de Koning vrijstelling van het huwelijksverbod verlenen. Bij volle adoptie is zo een vrijstelling niet mogelijk. Dit is hierdoor verklaarbaar dat de betrokkenen bij volle adoptie verwanten worden en bij gewone adoptie niet. Het valt te betwijfelen of dit als rechtvaardiging voor de verschillende behandeling volstaat.
Bovendien valt bij de huwelijksverboden onder het 3de en 5de streepje op dat het verbod om te huwen met ex-echtgenoten, wordt uitgebreid tot andere partners. Er wordt met andere woorden een feitelijke invulling gegeven aan aanverwantschap (hierover verder Hoofdstuk VI). Dat deze invulling enkel voor de gewone adoptie geldt, is wellicht een schending van het gelijkheidsbeginsel.

Ten slotte zijn de huwelijksbeletselen onder het 2de en het 4de streepje (en bij uitbreiding het 3de en 5de streepje) absolute huwelijksbeletselen, terwijl de wetgever van dezelfde huwelijksbeletselen bij oorspronkelijke aanverwantschap *relatieve* huwelijksbeletselen heeft gemaakt (art. 164 – Wet 15 mei 2007). Ook deze vergetelheid levert zonder enige twijfel een schending op van het gelijkheidsbeginsel.

243. Wordt een verboden huwelijk toch aangegaan, dan is het absoluut nietig (art. 184).

Levensonderhoud

244. Tussen de adoptant enerzijds en de geadopteerde en diens afstammelingen anderzijds bestaat de wederzijdse gemeenrechtelijke onderhoudsrelatie (art. 353-12 en 353-14). Op de adoptant rust bovendien de bijzondere onderhoudsplicht van de ouders tegenover de geadopteerde (art. 203 en 353-14, 1ste lid). In geval van stiefouderadoptie is de adoptant samen met de oorspronkelijke ouder tot levensonderhoud verplicht (art. 353-14, laatste lid).
De adoptant heeft een vordering tot levensonderhoud tegen de nalatenschap van de geadopteerde die geen afstammelingen nalaat (art. 353-14, zie verder VII.6).
De onderhoudsrelatie met de oorspronkelijke (aan)verwanten blijft bestaan. De oorspronkelijke ouders zijn echter maar tot levensonderhoud van de geadopteerde verplicht als de adoptieouders dit niet kunnen verschaffen (art. 353-14, 3de lid).

Erfrecht

245. De geadopteerde en zijn afstammelingen worden wettelijke erfgenamen in rechte lijn van de adoptant – niet van diens verwanten. Zij behouden bovendien al hun erfrecht in hun oorspronkelijke familie (art. 353-15).

246. De nalatenschap van de geadopteerde die zonder nakomelingen of erfgerechtigde echtgenoot of wettelijke samenwoner sterft, wordt volgens bijzondere regels bij helften verdeeld tussen de adoptant en diens erfgenamen in nederdalende lijn enerzijds en de oorspronkelijke familie anderzijds. Eerst geldt een recht van terugkeer naar beide zijden (art. 353-16 en 353-17).

Wettelijke voogdij

247. In geval van adoptie van een gerechtelijk onbekwaam verklaarde wordt de adoptant de wettelijke voogd; bij adoptie door twee personen wordt de andere adoptant wettelijke toeziend voogd (art. 353-11).

4.3. BIJZONDERE INHOUD VAN DE VOLLE ADOPTIE

248. De volle adoptie creëert volwaardige afstammings- en verwantschapsbanden, *alsof* de geadopteerde in oorspronkelijke afstamming stond tot de adoptant (art. 356-1).
De adoptieve verwantschap vervangt de oorspronkelijke verwantschap als regel volledig.
De huwelijksbeletselen (art. 161-164, zie verder Hoofdstuk X) in de *oorspronkelijke familie* blijven wel bestaan, of ontstaan wanneer de oorspronkelijke afstamming pas later wordt vastgesteld (art. 350, 2de lid, 356-1, 2de lid).
De oorspronkelijke verwanten behouden ook een recht op persoonlijk contact, wat de grootouders betreft op grond van art. 375*bis*.[81]
Bij stiefouderadoptie behoudt de vol geadopteerde bovendien de verwantschapsbanden in de lijn van de ouder wiens partner vol adopteert (art. 356-1).[82]

III.5. EINDE VAN DE ADOPTIE

Nietigheid

249. Eenmaal de adoptie is uitgesproken, kan zij niet meer op grond van nietigheid worden betwist anders dan door de tijdige aanwending van rechtsmiddelen (art. 349-1).

Herroeping

250. De *gewone adoptie* kan om zeer gewichtige reden worden herroepen ten aanzien van de adoptant, de adoptanten of één van hen (art. 354).
De gewichtige reden is een objectieve situatie, niet noodzakelijk een fout van de adoptant of de geadopteerde.
De gevolgen van de adoptie eindigen *ex nunc* vanaf de overschrijving van de herroeping. De huwelijksbeletselen blijven bestaan; op verzoek van de geadopteerde kan ook zijn naam ongewijzigd blijven.

251. De *volle adoptie* is onherroepelijk (art. 356-4).
Rechtstreekse herroeping is verboden om adopties op proef te voorkomen en te verhinderen dat er 'niemandskinderen' zouden ontstaan.[83] De banden met de

---

81 Cass. 4 maart 1976, *R.W.* 1976-77, 288, noot H. Nuytinck.
82 Cf. Grondwettelijk Hof nr. 67/97, 6 november 1997, *R.W.* 1997-98, 1469 en Grondwettelijk Hof nr. 53/2000, 3 mei 2000, *R.W.* 2000-01, 687, noot.
83 Grondwettelijk Hof nr. 117/2001, 3 oktober 2001, *R.W.* 2001-02, 840.

oorspronkelijke familie blijven immers verbroken. Toch is wel de herziening van de volle adoptie mogelijk en zijn er ook 'niemandskinderen' in oorspronkelijke afstamming.
Onrechtstreekse herroeping is mogelijk door een nieuwe adoptie.

Herziening

252. De herziening van de adoptie moet worden uitgesproken wanneer wordt bewezen dat de adoptie tot stand is gekomen als gevolg van de ontvoering of verkoop van of handel in minderjarigen.
De herziening wordt verplicht gevorderd door het Openbaar Ministerie of facultatief door een lid tot de derde graad van de biologische familie van het kind (art. 351). Wellicht is met de biologische familie de oorspronkelijke familie bedoeld. Volgens de letter van de wet kan de herziening enkel worden gevorderd door de familie van de *minderjarige* geadopteerde.
Alle gevolgen van de adoptie eindigen *ex nunc* vanaf de overschrijving van de herziening; op verzoek van de geadopteerde kan wel diens naam ongewijzigd blijven.
De wetgever is hypocriet: het lot van de geadopteerde na herziening wordt niet geregeld, ook niet als hij minderjarig is. De regeling van deze gevolgen is overgelaten aan de rechter en aan de bevoegde openbare overheden. De adoptanten kunnen de geadopteerde opnieuw adopteren als zij te goeder trouw waren.

Overlijden

253. Net als bij de oorspronkelijke afstamming maakt het overlijden van de adoptant geen einde aan de adoptieve afstammingsband – uiteraard wel aan sommige rechtsgevolgen ervan, terwijl andere rechtsgevolgen, bv. erfrecht, pas door het overlijden ontstaan.

Voogdij en terugplaatsing onder het ouderlijk gezag

254. Na het overlijden van de adoptant of na de herroeping – wellicht ook na herziening – wordt als regel de voogdij georganiseerd bij gebreke van overblijvende adoptant of ouder die mee het gezag uitoefende.

255. Bij overlijden van de gewoon adoptant of na herroeping van de adoptie – wellicht ook na herziening van de gewone adoptie – kunnen de oorspronkelijke ouders de jeugdrechtbank vragen hun minderjarig kind terug onder hun ouderlijk gezag te plaatsen (art. 353-10, 354-2). Moeder en vader doen het verzoek gezamenlijk of alleen. Doen zij het alleen, dan herleeft enkel het ouderlijk gezag van de verzoeker.

Nieuwe adoptie

256. De uitzonderingsgevallen waarin een nieuwe adoptie mogelijk is, kwamen hierboven onder 3.1.I aan bod.

HOOFDSTUK IV.
AFGESPLITSTE AFSTAMMING

Inhoud

IV.1. Situering . . . 102
1.1. Afstamming zonder volwaardig ouderschap . . . 102
1.2. Ouderschap zonder volwaardige afstamming . . . 102
Onwenselijk ouderschap . . . 103
Sociaal ouderschap . . . 103

IV.2. Vordering tot uitkering voor levensonderhoud tegen de vermoedelijke verwekker . . . 106
2.1. Situering . . . 107
2.2. Grondvoorwaarden . . . 108
Kind van wie afstamming langs vaderszijde niet vaststaat . . . 108
De vermoedelijke verwekker . . . 109
De verwekking door geslachtsgemeenschap? . . . 109
De moederlijke afstamming . . . 110
2.3. Gevolgen . . . 110
Beginsel . . . 110
Uitkering tot levensonderhoud, opvoeding en passende opleiding . . . 111
Huwelijksbeletselen . . . 111

IV.3. Pleegvoogdij . . . 111
3.1. Situering . . . 111
3.2. Grondvoorwaarden . . . 111
3.3. Vormvoorwaarden . . . 112
3.4. Gevolgen . . . 112
3.5. Einde . . . 113

IV.1. SITUERING

257. De oorspronkelijke en adoptieve afstamming zijn als verhoudingen van staat 'monistische systemen'. Hiermee bedoel ik, zoals vermeld, dat een als regel ondeelbaar geheel van rechtsgevolgen enkel wordt vastgeknoopt aan de behoorlijk vastgestelde afstammingsband. Deze rechtsgevolgen vormen samen het ouderschap, dat de socialisering van onvolwassen personen betreft.
In toenemende mate brokkelt dit monistische systeem af en ontstaan er 'afgesplitste afstammingsrelaties'. Afgesplitste afstammingsrelaties zijn sociojuridische verhoudingen die op de afstamming gebaseerd zijn, maar waarbij hetzij de afstamming niet al haar rechtsgevolgen sorteert, hetzij rechtsgevolgen van de afstamming zich voordoen hoewel geen afstammingsband gevestigd is.

1.1. AFSTAMMING ZONDER VOLWAARDIG OUDERSCHAP

258. Enerzijds is er de toenemende overheidscontrole op de sociale functionering van de afstamming. Op grond daarvan kunnen bepaalde delen van het ouderschap van de afstammingsband worden 'afgesplitst' als ze niet goed functioneren of als het onwenselijk zou zijn dat ze functioneren. De ouder mag de betreffende rechten dan niet meer uitoefenen.
Er bestaat dan wel een afstammingsband, maar deze heeft geen of geen volwaardige rechtsgevolgen. Zo kan de uitoefening van het ouderlijk gezag of het recht op persoonlijk contact met een kind worden ontzegd aan één van de niet-samenlevende ouders (art. 374, § 1, 2de lid). Zo kan een ouder ook geheel of gedeeltelijk uit het ouderlijk gezag worden ontzet (art. 32 Jeugdbeschermingswet). In Hoofdstuk VIII wordt een overzicht gegeven van overheidscontrolemogelijkheden op het ouderschap.
Zoals vermeld, lijkt de afsplitsing van (delen van) het ouderschap mij een meer proportionele oplossing dan de vaststelling van de afstamming *überhaupt* onmogelijk te maken, bv. ten opzichte van de verkrachter van de moeder (Hoofdstuk II).

1.2. OUDERSCHAP ZONDER VOLWAARDIGE AFSTAMMING

259. Anderzijds is er een toenemend aantal gevallen waarin het ouderschap sociaal functioneert in hoofde van een persoon die met het kind geen oorspronkelijke of adoptieve afstammingsband heeft. Er doen zich dus 'afgesplitste' rechtsgevolgen van de afstamming voor zonder vastgestelde afstammingsband.

Onwenselijk ouderschap

260. Soms doen zich enkel dergelijke afgesplitste rechtsgevolgen voor als het niet mogelijk of wenselijk is een afstammingsband tot stand te laten komen. Het typevoorbeeld is de vordering tot uitkering voor levensonderhoud tegen de vermoedelijke verwekker van een kind (verder IV.2). Op grond daarvan kan bv. de verkrachte vrouw zich beperken tot de vordering tot uitkering tegen de verkrachter die haar kind verwekte, in plaats van een (af te splitsen) afstammingsband tot stand te laten komen. Zoals vermeld, lijkt het me juridisch beter een afstammingsband tot stand te laten komen en de ongewenste inhoud van het ouderschap daarvan af te splitsen.

Sociaal ouderschap

261. Belangrijker zijn de gevolgen van de teruggang van het huwelijk als familierechtelijk knooppunt waarin tussen een vrouw en één en dezelfde man zowel partnerschap, de verwekking van kinderen als het ouderschap over die kinderen wordt georganiseerd.
De emancipatie van de vrouw maakt haar voor eigen onderhoud en dat van haar kinderen minder afhankelijk van één partner die ook de verwekker en de ouder van haar kinderen moet zijn (zie Hoofdstuk II.1.4).
De tweede ouderrol – naast die van de barende moeder; *mater semper certa est* – wordt daardoor meer volatiel. In een toenemend aantal gevallen wordt de tweede ouderrol over kinderen van een vrouw in rechte of in feite opgenomen door een (soms wisselende) persoon die met die kinderen geen afstammingsband heeft of ruimer: niet de verwekker van die kinderen is. In vele gevallen gaat het om de nieuwe partner van de moeder; soms gaat het om andere personen zoals een moederlijke grootouder of andere verwant.
Voor de betreffende kinderen bestaan er dan twee aanknopingspunten voor de sociale functionering van het ouderschap, die in ons recht beide worden ondersteund.

262. Aan de ene kant is er in vele gevallen een verwekker die vaak met het kind een afstammingsband heeft, maar die niet (meer) de partner van de moeder is en er geen gezin (meer) mee vormt. In ons recht gaat bijzonder veel aandacht naar het behoud van het volwaardige ouderschap in hoofde van deze vader. In het bijzonder de Wetten van 13 juni 1995 betreffende het gezagsco-ouderschap en van

4 september 2006 betreffende het verblijfsco-ouderschap over het kind van niet-samenlevende ouders zijn hier van belang. De monistische opvatting van de afstamming impliceert inderdaad dat het ouderschap hier actief wordt ondersteund.

263. In ons recht gaat aan de andere kant evenzeer aandacht naar de juridische erkenning van het ouderschap dat sociaal in rechte of in feite functioneert met een persoon die met het kind geen afstammingsband heeft, meestal de (nieuwe) partner van een ouder. Dit ouderschap wordt sociaal ouderschap of zorgouderschap genoemd.
Hier en daar in het recht bestaan er al juridische verankeringspunten voor zorgouderschap.
Een *materiële* socialiseringsplicht bestaat bijvoorbeeld al voor de echtgenoot (art. 221) en de wettelijk samenwonende partner (art. 1477, § 4) van een ouder. Zij staan mee in voor de kosten van de kinderen die in het gezin opgroeien, ook al zijn het hun kinderen niet. Tussen stief- of zorgkind en elke stabiel samenwonende stief- of zorgouder organiseert art. 50 W.Succ. in Vlaanderen een goedkoop successierechtelijk tarief *alsof* het afstammelingen waren.
Meer en meer wordt nu ook aanspraak gemaakt op de *persoonsrechtelijke* inhoud van de afstamming. Op dit gebied bestaat al een recht op persoonlijk contact voor personen met een affectieve band met een kind (art. 375*bis*, zie verder) of nog de pleegvoogdij (art. 475*bis*, zie verder) en de provoogdij (art. 34-35 Jeugdbeschermingswet, zie verder). Het Grondwettelijk Hof bevestigde voorts het bestaan van een hoorrecht voor opvang- of pleegouders wanneer over de verblijfplaats van het minderjarige kind wordt beslist.[84] Pleegouders worden ook erkend in het Decreet Integrale Jeugdhulp en het Decreet Rechtspositie.[85]
Er is een stroomversnelling gekomen door arrest 134/2003 van het Grondwettelijk Hof, waarin het Hof oordeelde dat een kind met maar één ouder, dat duurzaam heeft geleefd binnen het gezin van die ouder en een derde (van hetzelfde geslacht als de ouder) die mee instaat voor het kind, onterecht verschillend wordt behandeld van kinderen met twee ouders, omdat aan die derde geen ouderlijk gezag kan toekomen.[86]
Met andere woorden moet de wetgever de globale juridische verankering mogelijk maken van het zorgouderschap. De Raad van State heeft deze situaties van zorgouderschap veel ruimer dan het Grondwettelijk Hof omschreven als *situaties waarin een bijzondere band ontstaat of in feite of rechte neigt te ontstaan tussen*

---

84 Grondwettelijk Hof nr. 47/96, 12 juli 1996, *Panopticon* 1997, 297, noot J. Smets; *Jaarboek Mensenrechten* 1996-97, noot P. Vansteenkiste; Grondwettelijk Hof nr. 122/98, 3 december 1998, *J. dr. jeun.* 1998, noot T. Moreau en nu art. 46 Jeugdbeschermingswet (2006).

85 J. Put, *Handboek Jeugdbeschermingsrecht*, Brugge, die Keure, 2006, nr. 189.

86 Grondwettelijk Hof nr. 134/2003, 8 oktober 2003, *R.W.* 2003-04, 1016, noot T. Robert en V. Verlinden.

een kind en de persoon die ofwel gehuwd is, ofwel wettelijk of feitelijk samenwoont met een van zijn ouders, of ook nog zich samen met een van de ouders werkelijk om een kind heeft bekommerd.[87]

Naar de invoering van een zorgouderschap?

264. De evenwichtige vormgeving van de twee beschreven, deels tegenstrijdige, aanknopingspunten voor ouderschap is een van de grootste uitdagingen van het actuele familierecht. De wetgever moet immers het aanknopingspunt voor de tweede ouderrol herdefiniëren in functie van de sociale functie ervan. Hij kan hiervoor verschillende wegen bewandelen. De plaats die hierin kan toekomen aan de genetische band wisselt sterk.

Een eerste weg zou zijn, de grondslag voor de oorspronkelijke afstamming zo te omschrijven dat er meer ruimte komt voor de socio-affectieve band of de wil als grondslag in plaats van de biologische band. Hierbij zou de wetgever echter niet uit het oog mogen verliezen dat de principiële grondslag voor de afstamming voor alle, minstens zo veel mogelijk, kinderen moet bestaan. De biologische band is in dat opzicht een rechtszekere grondslag, die door de Afstammingswet 2006 nog verstevigd is.

Een tweede optie is om de 'biologische' oorspronkelijke afstamming gemakkelijker terzijde te schuiven ten voordele van de 'sociale' adoptieve afstamming: het zorgouderschap zou dan via zogenaamde stiefouderadopties vorm kunnen worden gegeven. Zoals vermeld, lijkt de gewone adoptie mij daartoe de aangewezen weg. Als subsidiaire rechtsinstelling moeten er wel ernstige redenen zijn om de oorspronkelijke afstamming op te heffen (volle adoptie) dan wel 'op waakvlam' te zetten (gewone adoptie). Bovendien rijst de vraag of een volatiele tweede ouderrol met een definitieve oplossing vorm moet worden gegeven.

Een derde weg zou zijn om het zorgouderschap, zoals in het Nederlandse recht, naast de oorspronkelijke en de adoptieve afstamming, vorm te geven in een nieuwe 'monistische' rechtsinstelling. Een dergelijk systeem bestaat in ons recht al in de verouderde pleegvoogdij, die op het nieuwsoortige zorgouder-

87 Advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State van 7 oktober 2005 bij het wetsvoorstel tot aanvulling van het Burgerlijk Wetboek met bepalingen inzake het zorgouderschap, *Parl. St.* Kamer 2004-2005, nr. 51-393/002.
Vgl. met de definitie van 'opvoedingsverantwoordelijke' in art. 2, § 1, 3° Decreet Integrale Jeugdhulp en art. 2, 2° Decreet van 13 juli 2007 houdende de organisatie van de opvoedingsondersteuning, *B.S.* 14 augustus 2007: de titularis van het ouderlijk gezag of de natuurlijke persoon die het kind op duurzame wijze of op regelmatige basis onder zijn bewaring heeft.

schap niet toepasbaar is (zie verder IV.3). De wetgever lijkt deze weg verder te zullen gaan bewandelen. Het lijkt me aangewezen om (enkel) de 'doordeweekse' ouderschapsrechten en -plichten tot stand te laten komen in hoofde van de persoon die met de moeder en haar kinderen een stabiel gezin vormt. Als het zorgouderschap ruimer dan dat zou worden geformuleerd, dreigt het te overlappen met de gewone adoptie. Die overlapping moet worden vermeden. Enkel wanneer het zorgouderschap voldoende stabiel is om duurzaam te worden erkend en de ouderschapsrechten en -plichten van de 'afstammingsouder' terzijde te schuiven, is de vormgeving ervan via de adoptie aangewezen.

Ten slotte kan de wetgever afstappen van monistische systemen en de rechter het zorgouderschap, naar analogie van het Engelse recht, op maat laten uitwerken door de rechter. Aan de jeugdrechtbank zou de bevoegdheid kunnen worden gegeven om het ouderschap *à la carte* uit te werken volgens de concrete omstandigheden van de zaak. In het *personenrecht* bestaat iets vergelijkbaars met het voorlopig bewind. In het familierecht kennen we een dergelijk systeem nog niet. Er vallen ook de nodige bedenkingen bij te maken. Ons recht is een wettenrecht. De wettelijk verankerde rechten van afstammingsouders door de rechter op grond van een open norm laten inperken is dan ook gevaarlijk. Ten slotte dreigt de rechtszekerheid in gevaar te komen met *à la carte* oplossingen. Zij stroken ook niet met de principiële enkelvoudigheid en ondeelbaarheid van de staat van de persoon, toegelicht in *Personenrecht in kort bestek*. Deze weg bewandelen zou wel toelaten alle rechterlijke interventiemogelijkheden voor de rechter beter te structureren.

IV.2. VORDERING TOT UITKERING VOOR LEVENSONDERHOUD TEGEN DE VERMOEDELIJKE VERWEKKER

G. Genicot, "L'obligation naturelle du père biologique de fournir des aliments à son enfant", *T.B.B.R.* 1999, 305-313 – J. Gerlo, "De hybride vordering tegen de verwekker", *Not. Fisc. M.* 1998, 171-173 – J. Gerlo, "De onderhoudsvordering tegen de waarschijnlijke vader", in *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1987 203-223 – V. Pouleau, "Réflexions sur l'obligation alimentaire des parents à l'égard de leurs enfants", *Rev. trim. dr. fam.* 1988, 521-538 – A. Van Gysel, "L'obligation alimentaire non-déclarative de filiation : modalités surprenantes d'une institution quasi séculaire", *Div. Act.* 2001, 120-123.

2.1. SITUERING

265. De vordering tot uitkering voor levensonderhoud (art. 336 tot 341) laat toe, de man die een kind vermoedelijk verwekte, te doen bijdragen in het levensonderhoud (materiële socialisering) ervan, zonder dat een afstammingsband wordt vastgesteld en zonder dat andere socialiseringsrechten of -plichten ontstaan.

266. De vordering werd in beperktere versie ingevoerd door de Wet van 6 april 1908, en was daarmee de eerste barst in het slechte statuut van de onwettige kinderen.
De vordering was eerst opgevat als enige toegift ten voordele van het onwettige kind, dat daarbuiten geen aanspraken had ten opzichte van zijn verwekker. In dat opzicht is ze uiteraard achterhaald (art. 334).
Ook bood de vordering in de toenmalige wetenschappelijke stand van zaken een oplossing voor vrouwen die buitenhuwelijkse seks hadden. Voor gehuwde vrouwen was er een wettelijk aanknopingspunt naar de vader van het kind dat ze baarden: de echtgenoot. Voor ongehuwde vrouwen bestond er nog geen bloed- of ander wetenschappelijk onderzoek dat het vaderschap van een man kon bewijzen. Logischerwijze kon uit het bewijs van geslachtsgemeenschap ten tijde van de verwekking een vermoeden van verwekkerschap worden afgeleid.

267. Vandaag heeft de vordering vooral zin in drie hypothesen.
Eerst valt te denken aan de vrouw die niet juist weet welke seksuele partner het kind verwekte en die niet tot het bewijs van verwekkerschap met het oog op de vaststelling van de afstamming gehouden wil zijn.
Op de tweede plaats kan de verwekker wel bekend zijn, maar kan het onwenselijk zijn om de afstamming met hem vast te stellen. Wellicht kijkt de *one night stand* na een gescheurd condoom niet echt uit naar zijn vaderschap.
Ten slotte is deze vordering de oplossing als de vaststelling van de afstamming verboden is, bv. wegens verkrachting of wegens een absoluut huwelijksbeletsel tussen vader en moeder wegens nauwe verwantschap.

268. De ongewenste wensvader-verwekker kan de vordering tot uitkering wel beantwoorden met een poging tot vaststelling van de oorspronkelijke afstammingsband.

269. Het Hof van Cassatie heeft ontkend dat de vordering tot uitkering een *afstammings*vordering zou zijn.[88] Recenter heeft het Grondwettelijk Hof de vor-

[88] Cass. 17 mei 1984, *R.W.* 1985-86, 525.

dering echter voldoende vergelijkbaar geacht met de afstamming om tot een discriminatie te besluiten in verband met de termijn om de uitkering te vorderen.[89]
De mogelijkheid tot bewijsvoering met beproefde wetenschappelijke methodes – de DNA-test – brengt afstamming en de vordering tot uitkering, wat hun grondslag betreft, inderdaad dichter bij elkaar[90], waarover verder meer.
Naar mijn oordeel zou de vordering tot uitkering mede daarom kunnen worden afgeschaft ten voordele van de vaststelling van de afstamming ten opzichte van de (vermoedelijke: art. 331*septies*) verwekker. Als dat sociaal wenselijk is, kan de sociale functionering van de zo vastgestelde afstamming dan worden uitgeschakeld met uitzondering van de onderhoudsplicht en, waarom niet, erfrecht voor het kind.

2.2. GRONDVOORWAARDEN

Kind van wie afstamming langs vaderszijde niet vaststaat

270. De vordering komt, gezien de bedoeling van de wet, enkel toe aan het kind van wie de afstamming langs vaderszijde niet of niet meer vaststaat (art. 336).
Er moet echter op worden gewezen dat het Hof van Cassatie *para legem* heeft aanvaard dat een verwekker op grond van een natuurlijke verbintenis tot een onderhoudsbijdrage kan worden verplicht, ook al heeft het kind een andere man als juridische vader.[91] De natuurlijke verbintenis moet hiertoe wel eerst vrijwillig worden uitgevoerd, minstens moet er een belofte tot uitvoering zijn.

271. De uitkering is niet meer verschuldigd *vanaf* de vaststelling van de oorspronkelijke afstamming langs vaderszijde van een andere man of vanaf de (volle of gewone) adoptie van het kind, zelfs door een vrouw alleen (art. 340).
De vaststelling van de oorspronkelijke afstamming langs vaderszijde werkt declaratief, zodat nadien geen andere man nog op grond van art. 336 e.v. tot een uitkering kan worden verplicht voor de periode vóór de vaststelling van het vaderschap.[92] Het is betwist of dit ook geldt in geval van de – constitutieve – adoptie.
Nochtans doet de latere vaststelling van de oorspronkelijke afstamming niet af aan de eerdere vaststelling van het vermoedelijke verwekkerschap van een man. In dat opzicht blijft de afgesplitste afstammingsrelatie bestaan. Enerzijds kan de reeds betaalde uitkering niet worden teruggevorderd (cf. '*vanaf*' in art. 340), anderzijds blijven de huwelijksbeletselen bestaan (art. 341, zie verder).

---

89 Grondwettelijk Hof nr. 79/2004, 12 mei 2004, *R.W.* 2004-05, 256. Deze discriminatie is verholpen in de Afstammingswet 2006.
90 Artikel 331*octies* en Cass. 24 oktober 2002, *R.W.* 2004-05, 436.
91 Cass. 6 juni 1975, *Pas.* 1975, I, 963.
92 Cass. 28 januari 1988, *Arr. Cass.* 1987-88, 665.

De vermoedelijke verwekker

272. De vordering kan enkel worden gericht tegen *de* vermoedelijke *verwekker*.

273. Een vordering tegen de *vrouw* die het kind vermoedelijk baarde, is niet mogelijk. In de regel is de moeder immers bekend. Bovendien is de vordering ontworpen als ondersteuning van alleenstaande moeders. Een vordering tegen de vermoedelijke moeder zou nuttig zijn voor vondelingen of kinderen van vrouwen die anoniem in het buitenland bevielen.

274. Ook is de vordering enkel mogelijk tegen 'degene' en niet tegen 'degenen' die met de moeder geslachtsgemeenschap had(den).
Omdat de moeder soms niet weet welke van haar sekspartners de verwekker is, is tijdens de parlementaire voorbereiding van de Afstammingswet 1987 voorgesteld om de vordering gelijktijdig tegen verscheidene mannen mogelijk te maken, en elk van hen tot een gedeelte van de kosten van levensonderhoud te veroordelen. Om een kind zo een schande te besparen, is die mogelijkheid uiteindelijk niet aangehouden.
De moeder kan wel achtereenvolgens of gelijktijdig verscheidene mannen aanspreken, waarna enkel de vermoedelijke verwekker tot de kosten van levensonderhoud kan worden veroordeeld.

De verwekking door geslachtsgemeenschap?

275. De eiser moet enkel het bewijs leveren dat de verweerder gedurende de wettelijke bevruchtingsperiode (art. 326: tussen de 300ste en 180ste dag voor de geboorte) met de moeder van het kind (geslachts)gemeenschap heeft gehad (art. 336).
Uit het bewijs van die gemeenschap wordt een vermoeden afgeleid dat de verweerder de verwekker is. De bewijslast van het tegendeel rust dan op hem.

276. De vordering wordt afgewezen als de verweerder het bewijs levert dat hij de vader (lees: verwekker) niet is (art. 338*bis*).
Dit bewijs kan door alle wettelijke bewijsmiddelen worden geleverd, bijvoorbeeld door een DNA-test.[93]
Dat de moeder van het kind gedurende de wettelijke bevruchtingsperiode ook met andere mannen gemeenschap heeft gehad, de zgn. *exceptio plurium*, bewijst op zichzelf niet dat de verweerder niet de verwekker is.[94]

---

93 Cass. 24 oktober 2002, *R.W.* 2004-05, 436.
94 Cass. 22 juni 1990, *Arr. Cass.* 1989-90, 1369.

277. De beschreven regeling doet vragen rijzen over de grondslag van de vordering tot levensonderhoud.
Sommigen houden voor dat die grondslag is: de geslachtsgemeenschap. Geslachtsgemeenschap is de inwendige vereniging van de geslachtsdelen van een man en een vrouw; buitenlichamelijke seksuele handelingen – uiteraard ook niet-seksuele voortplantingshandelingen – beantwoorden niet aan dat begrip.[95] In dat opzicht zou de vordering niet kunnen worden ingesteld tegen de leverancier van sperma die geen geslachtsgemeenschap had met de moeder van het kind. Voor deze strekking wordt ook verwezen naar art. 338, § 2, 2de lid: "de gemeenschap die tot grondslag dient van de vordering".
Anderen stellen dat de biogenetische band de grondslag is. Artikel 338*bis* laat immers enkel als tegenbewijs toe dat de verweerder niet de verwekker is; de aard van de daad van verwekking blijft verder buiten beschouwing. Het tegenbewijs dat er geen geslachtsgemeenschap was, volstaat niet. Ook wordt voor deze strekking aangevoerd dat er geen vordering mogelijk is tegen meer dan één man met wie de vrouw geslachtsgemeenschap had. Ten slotte heeft ook het Grondwettelijk Hof geoordeeld dat de vordering gebaseerd is op een veronderstelling van afstamming; bedoeld wordt wellicht de biologische betekenis van dat woord.[96] Onder deze tweede strekking zou de vordering kunnen worden ingesteld tegen de spermadonor bedoeld in de Wet Medisch Begeleide Voortplanting, wat uiteraard niet de bedoeling kan zijn.

De moederlijke afstamming

278. Uiteraard moet voor de vordering tegen de vermoedelijke verwekker bekend zijn met welke vrouw hij geslachtsgemeenschap heeft gehad en daardoor het kind vermoedelijk verwekte.
Minder duidelijk is of het moederschap van deze vrouw juridisch moet zijn vastgesteld. De wet stelt deze vereiste niet uitdrukkelijk.

2.3. GEVOLGEN

Beginsel

279. Na de toewijzing van de vordering ontstaat er een afgesplitste afstammingsrelatie die enkel de rechtsgevolgen inhoudt die de wet bepaalt.

---

95 Cass. 12 april 1985, *R.W.* 1985-86, 374, noot J. Pauwels.
96 Grondwettelijk Hof nr. 79/2004, 12 mei 2004, *R.W.* 2004-05, 256.

De gemeenrechtelijke bepalingen blijven daarnaast van toepassing, zodat de vermoedelijke verwekker bijvoorbeeld een recht op persoonlijk contact kan vorderen op grond van art. 375*bis*, zo aan de voorwaarden daarvan voldaan is.

Uitkering tot levensonderhoud, opvoeding en passende opleiding

280. De vermoedelijke verwekker wordt veroordeeld tot een uitkering tot levensonderhoud, waarover verder in Hoofdstuk VII.3.3.A.

Huwelijksbeletselen

281. Op het vlak van de huwelijksbeletselen heeft de veroordeling tot levensonderhoud tussen kind en vermoedelijke verwekker dezelfde gevolgen als de vaststelling van het vaderschap (art. 341).
De huwelijksbeletselen zijn definitief. Ze blijven bestaan nadat de uitkering niet meer verschuldigd is.

IV.3. PLEEGVOOGDIJ

3.1. SITUERING

282. De pleegvoogdij is een afgesplitste afstammingsrelatie die sommige gevolgen van de afstamming tot stand brengt door een bekrachtigde overeenkomst. Het wezen van die overeenkomst is dat de pleegvoogd zich ertoe verbindt om een niet-ontvoogd minderjarig kind te onderhouden, op te voeden en in staat te stellen de kost te verdienen (art. 475*bis*).
Deze rechtsfiguur is opgevat als een soort van proefadoptie. Zij wordt maar zelden toegepast. De toekomst ervan ligt wellicht in haar afschaffing dan wel haar modernisering tot een vorm van zorgouderschap. Het voordeel van deze rechtsfiguur is immers dat enkel tijdelijke rechtsgevolgen ontstaan en geen definitieve zoals bij de oorspronkelijke en adoptieve afstamming.

3.2. GRONDVOORWAARDEN

283. De grondvoorwaarden voor de pleegvoogdij zijn de volgende (art. 475*bis*):

1/ De pleegvoogd moet minstens 25 jaar oud zijn.

2/ Het pleegkind moet minderjarig en mag niet ontvoogd zijn.

3/ De toestemming is vereist van de pleegvoogd, van zijn echtgenoot[97] en van degenen die moeten toestemmen in de adoptie van de minderjarige – dus als regel ook het kind vanaf twaalf jaar. Anders dan bij de adoptie is een gedwongen pleegvoogdij niet mogelijk.

4/ De rechtspraak aanvaardt dat ook twee echtgenoten samen pleegvoogd kunnen zijn.[98]

Het is duidelijk dat de grondvoorwaarden voor de pleegvoogdij geïnspireerd waren op het adoptierecht van 1969. De wetgever van 2003 is dat naar aanleiding van de hervorming van het adoptierecht kennelijk uit het oog verloren en heeft dus een kans op eenvormige modernisering gemist.

3.3. VORMVOORWAARDEN

284. Er moet een authentieke akte worden opgemaakt door de vrederechter of de notaris, die vervolgens voor bekrachtiging wordt voorgelegd aan de jeugdrechtbank.
Bij de regeling van de procedure is niet gedacht aan de gevolgen van de hervorming van het adoptierecht: het kind moet instemmen vanaf twaalf jaar; in art. 475*ter* wordt nog verwezen naar de leeftijd van vijftien jaar.

3.4. GEVOLGEN

285. De pleegvoogd verbindt zich ertoe om het pleegkind te onderhouden, op te voeden en in staat te stellen de kost te verdienen (art. 475*bis*).

286. De pleegvoogd oefent over *de persoon* van het pleegkind het recht van bewaring (zie daarover verder) uit, voor zover het zijn gewone verblijfplaats bij hem heeft (art. 475*quater*).
Hiernaast blijven de rechten en plichten die voortvloeien uit het ouderlijk gezag of de voogdij bestaan, bv. het recht om toe te stemmen in het huwelijk of de adoptie van de minderjarige en om zijn ontvoogding te vorderen (art. 475*quater*).

---

97 Niet van andere partners, zoals bij de adoptie het geval is.

98 Anders dan bij de adoptie geldt deze bepaling niet (uitdrukkelijk) voor andersoortige paren. De eventuele analogische toepassing of, bij gebreke daarvan, discriminerende aard van deze voorwaarde kwam nog niet aan bod in de gepubliceerde rechtspraak.

287. De pleegvoogd beheert de *goederen* van zijn pleegkind zonder de uitgaven voor onderhoud en opvoeding te mogen toerekenen op de inkomsten van de minderjarige. Hij legt hierover verantwoording af, zoals elke bewindvoerder (art. 475*septies*).

288. Noch de ouders noch de pleegvoogd hebben in geval van pleegvoogdij het genot van de goederen van het pleegkind (art. 475*quater*).

3.5. EINDE

289. Als regel eindigt de pleegvoogdij bij de *meerderjarigheid van het pleegkind*. Is het op dat ogenblik niet in staat om de kost te verdienen, dan kan de pleegvoogd worden veroordeeld tot een schadevergoeding bestaande in verschaffing van de hulpmiddelen die geschikt zijn om het pleegkind een beroep te verschaffen (art. 475*quinquies*).
Ook het *overlijden van de pleegvoogd* beëindigt de pleegvoogdij. Is het kind op dat ogenblik behoeftig, dan moet het uit de nalatenschap van de pleegvoogd middelen van bestaan verkrijgen (art. 475*quinquies*). Het gaat om een soort onderhoudsvordering tegen de nalatenschap (verder VII.6).
Artikel 475*quinquies* vermeldt als gronden tot beëindiging ook het overlijden, de adoptie of de ontvoogding van het pleegkind.
Ten slotte kan de jeugdrechtbank de pleegvoogdij gerechtelijk beëindigen (art. 475*sexies*). In dat geval kan de verplichting van de pleegvoogd om het kind te onderhouden en het de mogelijkheid te bieden in zijn levensonderhoud te voorzien, door de jeugdrechtbank beperkt of opgeheven worden.

HOOFDSTUK V.
VERWANTSCHAP

Inhoud

V.1. Situering . . . 115
Begrip . . . 115
Grondslag . . . 116

V.2. Verwantschapssystemen . . . 117

V.3. Verwantschapslijnen en -graden . . . 117
De lijnen . . . 117
De graden . . . 118

V.4. Gevolgen van de verwantschap . . . 118
Beginsel . . . 118
Levensonderhoud . . . 118
Erfrecht . . . 119
Huwelijksbeletselen . . . 119
Verbod tot tweezijdige vaststelling van de afstamming . . . 119
Familiale rechten en plichten . . . 119

L. Stone, *Kinship and Gender. An introduction*, Colorado & Oxford, Westview Press, 2000, 322 p.

V.1. SITUERING

Begrip

290. Verwantschap is de wederzijdse sociojuridische verhouding tussen personen die (van elkaar afstammen of die, zonder van elkaar af te stammen,) een gemeenschappelijke stamouder hebben. Verwantschap ontstaat dus op grond van de afstamming, bijvoorbeeld tussen kleinzoon en grootmoeder, of via de afstamming om, bijvoorbeeld tussen tante en neef.

Soms wordt het voorgaande omschreven als 'bloedverwantschap' – zie bijvoorbeeld art. 334.
Dat is nochtans onjuist: de verwantschap berust niet enkel op de oorspronkelijke afstamming, die op haar beurt niet noodzakelijk op biologische banden berust. Samen met de aanverwanten en de partner vormen de verwanten de familie.

291. Niet alle nakomelingen van een gemeenschappelijke stamouder zijn verwant met elkaar. Met een *verwantschapssysteem* wordt bepaald wie als verwant kan worden beschouwd (V.2). Vervolgens wordt de intensiteit van de sociojuridische verhouding verder bepaald via de *lijnen en graden* van verwantschap (V.3). Welke de *inhoud* is van de verwantschap, bespreek ik onder V.4.

Grondslag

292. Verwantschap ontstaat op de eerste plaats op grond van of via de behoorlijk vastgestelde oorspronkelijke afstamming.
Ook adoptie doet verwantschap ontstaan. Zoals vermeld, ontstaat uit de *gewone adoptie* een band van verwantschap tussen de adoptant enerzijds en de geadopteerde en diens kinderen anderzijds (art. 353-12). In de oorspronkelijke familie blijven (afgesplitste) verwantschapsbanden bestaan. De *vol geadopteerde* en zijn afstammelingen verwerven volwaardige verwantschapsbanden in de adoptiefamilie en verliezen de verwantschapsbanden met de oorspronkelijke familie – de huwelijksbeletselen en het geval van stiefouderadoptie daargelaten (art. 356-1).
Ten slotte heeft de opkomst van de 'afgesplitse' socio-affectieve afstamming ook uitlopers in de omschrijving van het begrip verwantschap, bijvoorbeeld wat betreft de huwelijksverboden van de geadopteerde met bepaalde verwanten van de gewoon adoptant, hoewel hij er zelf niet mee verwant is. Omgekeerd bestaat er een 'afgesplitste' band van verwantschap tussen de geadopteerde en zijn verwanten uit zijn oorspronkelijke familie.

293. De evoluties op het vlak van de 'afgesplitste' socio-affectieve afstamming zullen tot een heromschrijving van de begrippen verwantschap en aanverwantschap moeten leiden. Door de opkomst van de stiefverwantschap zal met name de afbakening tussen verwantschap en aanverwantschap niet altijd even makkelijk zijn. Valt bijvoorbeeld een stiefgrootouder, zoals een grootouder, als verwant te beschouwen of, zoals een stiefouder, als een aanverwant?

V.2. VERWANTSCHAPSSYSTEMEN

294. De samenstelling van de verwantengroep verschilt naargelang het verwantschapssysteem dat men hanteert.

1/ In een *patrilineair* verwantschapssysteem bestaat de verwantengroep enkel uit personen die afstammen van een gemeenschappelijke stamvader. Verwantschap ontstaat enkel in de vaderlijke lijn, zowel met de mannelijke als met de vrouwelijke nakomelingen van de stamvader. De moeder maakt in dit systeem geen deel uit van de verwantengroep.

2/ In een *matrilineair* verwantschapssysteem bestaat de verwantengroep enkel uit personen die afstammen van een gemeenschappelijke stammoeder. Verwantschap ontstaat enkel in de moederlijke lijn, zowel met de mannelijke als met de vrouwelijke nakomelingen van de stammoeder. De vader maakt in dit systeem geen deel uit van de verwantengroep; de broers van de moeder nemen zijn taken waar.

3/ Het *bilineair* systeem is een combinatie van de voorgaande twee systemen. De verwantengroep bestaat langs vaderszijde uit de personen die afstammen van de gemeenschappelijke stamvader en langs moederszijde uit de personen die afstammen van de gemeenschappelijke stammoeder.

4/ In een *cognatisch* systeem bestaat de verwantengroep uit alle personen met wie men een gemeenschappelijke stamouder heeft. De verwantschap ontstaat zowel aan vaderszijde als aan moederszijde, telkens in beide lijnen.

Het Belgische systeem is een cognatisch systeem.

V.3. VERWANTSCHAPSLIJNEN EN -GRADEN

De lijnen

295. De verwantschap tussen personen die de ene van de andere afstammen, noemt men verwantschap in de *rechte lijn* (art. 736).
Gezien van de stamouder spreekt men van verwantschap in de *neerdalende lijn*; die verwanten noemt men nakomelingen of *descendenten*.
Gezien vanuit het oogpunt van de nakomeling spreekt men van verwantschap in de *opgaande lijn*; de stamouders zijn de *ascendenten*.

De verwantschap tussen personen die niet van elkaar afstammen maar een gemeenschappelijke stamouder hebben, heet verwantschap *in de zijlijn* (art. 736); die verwanten noemt men *collateralen* of gewoon: verwanten in de zijlijn.
De groep van verwanten langs vaderszijde noemt men de *vaderlijke lijn of tak*; die langs moederszijde de *moederlijke lijn of tak* (art. 733).

De graden

296. Niet alle verwanten staan (juridisch) even dicht bij elkaar.
De (juridische) afstand tussen verwanten noemt men de (verwantschaps)*graden* (art. 735).
De opvolging van graden maakt een lijn (art. 736).
In de rechte lijn meet men het aantal graden door het aantal generaties te tellen. Met een ouder is men verwant in de eerste graad, met een grootouder in de tweede, enz. (art. 737). Het aantal graden is (juridisch) onbeperkt.
In de zijlijn meet men het aantal graden ook door het aantal generaties te tellen, over de gemeenschappelijke stamouder heen. Broers zijn verwant in de tweede graad, oom en neef in de derde, neef en nicht in de vierde (art. 738). Juridisch is de verwantschap in de zijlijn in principe slechts tot de vierde graad relevant (bv. art. 755), zij het dat de regels over plaatsvervulling in het erfrecht dat principe verzachten.

V.4. GEVOLGEN VAN DE VERWANTSCHAP

Beginsel

297. Zoals vermeld, wordt de familie niet als rechtspersoon erkend. De verwantschap is evenmin een algemeen geregelde rechtsinstelling. De wet schrijft enkel aan individuen tegenover andere individuen rechten en plichten toe.
Zoals beschreven in de inleiding, vermindert het belang van de verwantschap. De voornaamste rechtsgevolgen zijn de volgende.

Levensonderhoud

298. Tussen bepaalde verwanten ontstaat een wederzijdse onderhoudsrelatie. Deze gemeenrechtelijke onderhoudsrelatie komt aan bod in Hoofdstuk VII.

Erfrecht

299. Tussen bepaalde verwanten bestaat een erfrecht (art. 731 e.v.), waaraan in bepaalde gevallen door de erflater geen afbreuk kan worden gedaan via schenkingen of legaten. In die gevallen bestaat er een voorbehouden erfdeel of reserve (art. 913 e.v.).

Huwelijksbeletselen

300. Tussen verwanten in de rechte lijn, ongeacht de graad, en tussen verwanten in de zijlijn van de tweede graad (broers en zusters) bestaat een absoluut huwelijksverbod. Vrijstelling van dit verbod is niet mogelijk (art. 161 en 162).
Tussen verwanten in de zijlijn in de derde graad bestaat een huwelijksverbod waarvan wel vrijstelling kan worden verleend door de Koning (art. 163 en 164).
Verwanten in de zijlijn vanaf de vierde graad kunnen wel huwen.
De huwelijksbeletselen bij adoptieve verwantschap zijn eerder toegelicht onder Hoofdstuk III.4.1; de huwelijksbeletselen bij afgesplitste afstamming tussen kind en vermoedelijke verwekker kwamen aan bod onder Hoofdstuk IV.2.4.
De grondslag voor de huwelijksbeletselen komt aan bod in Hoofdstuk X.

Verbod tot tweezijdige vaststelling van de afstamming

301. De afstamming kan, zoals besproken, niet tegenover een tweede ouder worden vastgesteld als tussen hem en de eerste ouder een absoluut huwelijksverbod als verwanten zou blijken (art. 313, § 2, 314, 2de lid, 321, 325; hierover Hoofdstuk II.2.5.C).

Familiale rechten en plichten

302. Aan (bepaalde) verwanten komen soms rechten toe in verband met (de verzorging en bescherming van) de persoon van een verwant.

- Verwanten worden soms bevoorrecht bij de opstelling van akten van burgerlijke stand of de aflevering van uittreksels eruit (art. 45, 63, 78).
- Ouders, bij gebreke ervan de grootouders en bij gebreke daarvan de verwanten in de zijlijn tot de vierde graad, kunnen zich verzetten tegen het huwelijk (art. 173 en 174, zie verder). Soms kunnen kinderen en bloedverwanten in de zijlijn echter niet de nietigheid van het huwelijk vorderen (art. 187).
- Bloedverwanten in de rechte lijn kunnen de vordering tot ontkenning van het vaderschap van de (verwante) echtgenoot na diens overlijden instellen (art. 318, § 2, 2de lid).

- Verwanten tot de derde graad zijn vrijgesteld van het maatschappelijk onderzoek naar hun adoptiegeschiktheid (art. 346-2, 3de lid, 1°).
- Grootouders, ooms en tantes en meerderjarige broers en zusters worden gehoord vooraleer voogd en toeziend voogd worden aangewezen (art. 394).
- Bloedverwanten komen bij voorrang in aanmerking als (toeziend) voogd (art. 402, 2de lid). Bloedverwanten in de rechte lijn zijn langer dan anderen verplicht de voogdij te behouden (art. 508). Een nauwe band met ascendenten en descendenten wordt vermoed door sommige onbekwaamheden tot hen uit te breiden (bv. art. 398, 3°).
- Bloedverwanten tot de vierde graad kunnen subsidiair de ontvoogding vragen (art. 479, 1ste lid).
- Aan bloedverwanten is uitdrukkelijk de vordering tot (opheffing van de) verklaring in staat van verlengde minderjarigheid, tot gerechtelijke onbekwaamverklaring of tot toevoeging van een gerechtelijke raadsman toegewezen (art. 487*ter* en 487*septies* en art. 1238 Ger.W.).
- Bij voorkeur wordt een lid van de naaste familie als voorlopig bewindvoerder aangewezen (art. 488*bis,* c, § 1, 2de lid). Deze bewindvoerder kan ook een voorkeur over een opvolger uiten (art. 488*bis* b, § 3, 1ste lid).
- Een verwant mag niet de geneeskundige verklaring opstellen die leidt tot de dwangopneming (art. 5, § 2, 2de lid Wet Bescherming Persoon Geesteszieke) of de toevoeging van een voorlopig bewindvoerder (art. 488*bis,* b, § 6, 3de lid).

HOOFDSTUK VI.
AANVERWANTSCHAP

Inhoud

VI.1. Situering 121

VI.2. Gevolgen 123
Beginsel 123
Levensonderhoud 123
Huwelijksbeletselen 123
Verbod tot tweezijdige vaststelling van de afstamming 123
Familiale rechten en plichten 124

VI.1. SITUERING

303. Aanverwantschap is de wederzijdse sociojuridische verhouding die betstaat tussen een persoon en
– de verwanten van zijn echtgenoot (schoonmoeder, schoonbroer, stiefkind, ...)
– de echtgenoten van zijn verwanten (schoonzoon, stiefmoeder, ...).
Samen met de verwanten en de partner vormen de aanverwanten de familie.
Aanverwantschap in de zijlijn en aanverwantschap met de ouders van de echtgenoot of de echtgenoten van de kinderen noemt men *schoonverwantschap*.
Aanverwantschap met de (nieuwe) echtgenoot van zijn ouder of met de kinderen van zijn (nieuwe) echtgenoot noemt men *stiefverwantschap*.

304. Aanverwantschap ontstaat als regel enkel door combinatie van huwelijk en oorspronkelijke of adoptieve verwantschap.

1/ Er ontstaat geen aanverwantschap door de combinatie van *huwelijk en aanverwantschap*: men is geen aanverwant van de aanverwanten van zijn echtgenoot, bv. niet van de schoonzus van de echtgenoot.

2/ Ook de combinatie van *verwantschap en aanverwantschap* doet geen aanverwantschap ontstaan: men is bv. geen aanverwant van de kinderen van de nieuwe echtgenoot van een ouder (stiefbroers en -zusters).

3/ Aanverwantschap ontstaat als regel enkel door combinatie van *verwantschap met het huwelijk*, niet door combinatie van verwantschap met wettelijke of feitelijke samenwoning.
Doordat het huwelijk alsmaar aan belang inboet, zal de aanverwantschap ofwel moeten worden opgerekt tot combinatie van verwantschap met andere relaties ofwel zal ze langzaamaan verdwijnen: de familie boet in aan belang.
Hier en daar wordt duidelijk geopteerd voor een oprekking van het begrip aanverwantschap tot de combinatie van verwantschap met alle soorten relaties. Te denken valt aan de voorwaarden voor tweede ouder-adoptie (art. 343, zie hierboven), de huwelijksbeletselen na gewone adoptie (art. 353-12, zie hierboven) en de 'onderhoudsplicht' ten laste van de stiefouder-wettelijke samenwoner op grond van art. 1477, § 5 (zie hierna). Ook hieruit blijkt concretisering of verfeitelijking in het recht.

Zoals vermeld, zullen de evoluties op het vlak van de '*afgesplitste' socio-affectieve afstamming* meer in het algemeen moeten leiden tot een heromschrijving van de begrippen verwantschap en aanverwantschap. Op basis van de voorafgaande definities ontstaat bv. geen sociojuridische band tussen een stiefgrootouder en de stiefkleinkinderen: de stiefgrootouder is immers een aanverwant (stiefouder) van een verwant (ouder). Nochtans zal het duidelijk zijn dat de stiefgrootouder voor de stiefkleinkinderen dikwijls eenzelfde rol vervult, zodat onder omstandigheden de sociojuridische band ook dezelfde zou moeten zijn.[99]

305. De aanverwantschap volgt de lijnen en graden van de verwantschap.

306. Aanverwantschap eindigt niet altijd door de ontbinding van het huwelijk dat de aanverwantschap deed ontstaan; sommige rechtsgevolgen blijven van toepassing.

[99] Vgl. Grondwettelijk Hof, nr. 181/2005, 7 december 2005, www.const-court.be, waarin in de prejudiciële vraag onterecht niet de vergelijking met grootouders maar die met stiefouders aan de orde werd gesteld.

VI.2. GEVOLGEN

Beginsel

307. Net zomin als bij verwantschap wordt de groep van aanverwanten als rechtspersoon erkend. Evenmin gaat het om een georganiseerde rechtsinstelling. De rechtsgevolgen van de aanverwantschap zijn verspreid geregeld.

Levensonderhoud

308. Er bestaan twee soorten onderhoudsrelaties tussen aanverwanten: deze tussen stiefouder en stiefkind enerzijds en deze tussen schoonouders en schoonkinderen anderzijds. Ze komen aan bod bij de bespreking van het onderhoudsrecht.

Huwelijksbeletselen

309. Tussen oorspronkelijke aanverwanten in de rechte lijn (stief- en schoonouders en -kinderen) bestaat op grond van art. 161 en 164 een relatief huwelijksbeletsel na ontbinding van het huwelijk dat de aanverwantschap deed ontstaan. In geval van gewoon adoptieve aanverwantschap bestaat zelfs een absoluut huwelijksbeletsel (nr. 241). Ik kom later terug op de verenigbaarheid van deze huwelijksbeletselen met art. 12 Verdrag Mensenrechten en de art. 10 en 11 G.W.
Tot 2001 bestond ook een huwelijksverbod met vrijstellingsmogelijkheid tussen tweedegraads aanverwanten in de zijlijn (schoonbroers en -zusters).
Ook zij herinnerd aan de huwelijksbeletselen in de zijlijn na gewone adoptie (art. 353-13).

Verbod tot tweezijdige vaststelling van de afstamming

310. De afstamming kan naar de letter van de wet niet tegenover een tweede ouder worden vastgesteld als tussen hem en de eerste ouder een absoluut huwelijksverbod wegens gewoon adoptieve aanverwantschap zou bestaan en het huwelijk dat – of relatie die – de aanverwantschap deed ontstaan, nog niet is ontbonden of vernietigd. Zoals vermeld in nr. 94, gaat het zonder enige twijfel om een discriminatoire regeling die voortvloeit uit een wetgevende vergetelheid.

Familiale rechten en plichten

311. Ook in geval van aanverwantschap ontstaan er diverse familiale rechten en plichten:

- Aanverwanten komen bij voorrang in aanmerking als (toeziend) voogd (art. 402, 2de lid).
- Aanverwanten tot de vierde graad kunnen subsidiair de ontvoogding vragen (art. 479, 1ste lid).
- Bij voorkeur wordt een lid van de naaste familie als voorlopig bewindvoerder aangewezen (art. 488*bis,* c, § 1, 2de lid). Deze bewindvoerder kan ook een voorkeur over een opvolger uiten (art. 488*bis,* b, § 3, 1ste lid).
- Een aanverwant mag niet de geneeskundige verklaring opstellen die leidt tot de dwangopneming (art. 5, § 2, 2de lid Wet Bescherming Persoon Geesteszieke) of de toevoeging van een voorlopig bewindvoerder (art. 488*bis* b, § 6, 3de lid).

HOOFDSTUK VII. ONDERHOUDSRECHT

Inhoud

VII.1. Situering . . . 126

VII.2. Algemene beginselen . . . 128
2.1. Kenmerken . . . 128
Behoefte versus draagkracht . . . 128
Onwaardigheid versus onvrijwilligheid . . . 129
In geld of in natura . . . 129
Vaststelling *rebus sic stantibus* . . . 130
Wederkerig . . . 130
Persoonlijk . . . 130
Dwingend recht . . . 131
2.2. Pluraliteit van onderhoudsplichtigen of -gerechtigden . . . 131
2.3. Verhaal . . . 132
2.4. Verjaring . . . 132
2.5. Handhavingsrecht . . . 133

VII.3. Afstamming . . . 135
3.1. Oorspronkelijke afstamming . . . 135
A. Welke kinderen? . . . 135
B. Voorwerp van de verplichting . . . 136
C. *Obligatio* en *contributio* . . . 136
D. Handhaving . . . 138
3.2. Adoptieve afstamming . . . 139
3.3. Afgesplitste afstamming . . . 139
A. Vordering tot uitkering voor levensonderhoud tegen de vermoedelijke verwekker . . . 139
B. De pleegvoogd . . . 140
C. De biologische ouder . . . 140
D. De stiefouder . . . 140

VII.4. Verwantschap . . . 141

VII.5. Aanverwantschap 142

VII.6. Onderhoudsvorderingen tegen de nalatenschap 143

VII.7. Erfrecht 144

I. Anne, "De Wet van 3 februari 2003 tot oprichting van een Dienst voor Alimentatievorderingen bij de FOD Financiën: veel geblaat, weinig wol?", *E.J.* 2004, afl. 6, 90-108, err. *E.J.* 2004, afl. 8, 140 – S. Brouwers en M. Govaerts, *Alimentatievorderingen*, Mechelen, Kluwer, 2004 – S. Brouwers, "Actualia alimentatie", Syllabus CBR-Studieavond 6 november 2007, 69 p. (te verschijnen in *CBR Jaarboek 2007-2008*) – J. Gerlo, *Onderhoudsgelden*, Antwerpen, Kluwer, 1994 – P. Senaeve (ed.), *Onderhoudsgelden*, Leuven, Acco, 2001 – P. Senaeve, "Onderhoudsplicht en O.C.M.W.", *T.P.R.* 1987, 185-216 – X, *Onderhoudsgeld*, Brussel, Ced.Samsom, 1978.

VII.1. SITUERING

312. Het onderhoudsrecht omvat het materiële aspect van de verzorging en bescherming van familieleden. Er wordt in geregeld in welke gevallen draagkrachtige personen gehouden zijn (gedeeltelijk) in te staan voor het levensonderhoud van behoeftige familieleden en wat de modaliteiten zijn van die gehoudenheid.
De onderhoudsplicht is een voorbeeld van familiale solidariteit. Bij de totstandkoming van de *Code civil* in 1804 was het belang daarvan – en van de familie in het algemeen – groter dan nu. De sociale zekerheid wordt nu grotendeels waargenomen door de Staat en door (openbare) verzekeringssystemen.

313. Twee evoluties zijn vermeldenswaard.
Doordat vooral de Staat of verzekeringssystemen instaan voor de sociale zekerheid, wordt ten eerste het bestaan van onderhoudsplichten binnen de familie in vraag gesteld. Al jaren wordt in dit verband bijvoorbeeld gediscussieerd over de afschaffing van de onderhoudsplicht van meerderjarige kinderen ten opzichte van hun behoeftige ouders, minstens van de terugvordering van verleende hulp op die kinderen door het OCMW.
Ten tweede verfeitelijken de onderhoudsrelaties. Wie moet instaan voor het levensonderhoud van anderen, wordt niet zozeer meer bepaald aan de hand van een verhouding van staat, maar aan de hand van de feitelijke gezinsvorming. Dit komt vooral tot uiting bij de onderhoudsplicht tegenover onvolwassenen.

314. De grondslag voor een onderhoudsrelatie kan rechtstreeks in de wet liggen, in een natuurlijke verbintenis, in een overeenkomst en in de buitencontractuele aansprakelijkheid.
De meeste onderhoudsrelaties, bijvoorbeeld tussen ouders en kinderen, berusten op een uitdrukkelijke wettelijke bepaling.
Ook zonder wettelijke verplichting kan iemand zich moreel verplicht voelen levensonderhoud te verschaffen. Voert hij deze morele verplichting vrijwillig uit of belooft hij dat te doen in een geval waarin vrij algemeen wordt aanvaard dat er een morele verplichting bestaat, dan ontstaat een natuurlijke verbintenis tot levensonderhoud. Het gaat bijvoorbeeld om de verschaffing van een huwelijksuitzet door ouders aan hun kinderen (art. 204) of om het levensonderhoud dat de verwekker aan zijn kind verschaft, ook al heeft dat een andere man als juridische vader.[100]
Zelfs zonder aanvaarde morele verplichting kan iedereen bij contract het levensonderhoud van een ander op zich nemen, bijvoorbeeld van een ver familielid. Bij stopzetting moet een redelijke opzegtermijn in acht worden genomen. Volgens sommigen ontstaat tussen (meerderjarige) samenwonenden altijd een (stilzwijgende) overeenkomst in deze zin.
Ten slotte kan een feitelijke onderhoudsrelatie bestaan zonder dat aan één van de genoemde grondslagen is voldaan. Onttrekt de onderhoudsverschaffer zich hier op foutieve wijze aan, dan komt zijn aansprakelijkheid in het gedrang en kan hij tot een schadevergoeding veroordeeld worden.

315. Het onderhoudsrecht is geen rechtsinstelling met regels die op alle onderhoudsrelaties van toepassing zijn. Uit de regels over de algemene onderhoudsrelatie tussen verwanten en aanverwanten (art. 205-211) vallen wel een aantal beginselen af te leiden. Deze beginselen komen aan bod onder VII.2. In de bijzondere onderhoudsrelaties bestaan hierop wel vele uitzonderingen.
Vervolgens behandel ik de drie kringen van onderhoudsplichtigen, van de dichtste tot de verste. Het gaat achtereenvolgens om degene met wie een (afgesplitste) afstammingsband bestaat, om de verwanten en om de aanverwanten.
Ten slotte komen twee hypothesen aan bod van een voortgezette onderhoudsrelatie na overlijden van de onderhoudsplichtige. Het gaat om de onderhoudsvorderingen tegen de nalatenschap en het erfrecht.

316. Voorlopig blijft het horizontale onderhoudsrecht buiten beschouwing.
In het relatierecht bestaat een onderhoudsrelatie tussen (ex-)partners onderling, wegens de levensgemeenschap die zij vormen of hebben gevormd. Tussen gehuwde (ex-)partners gaat het om een wettelijke onderhoudsrelatie. Tussen andere partners gelden de andere grondslagen.

---

100 Cass. 6 juni 1975, *Pas.* 1975, I, 963.

Deze onderhoudsrelaties komen aan bod bij de bespreking van de betreffende relaties.
Hier is enkel van belang te vermelden dat de wettelijke solidariteit tussen de gehuwde partners voorgaat op de familiale solidariteit.[101] De (aan)verwantengroep is met andere woorden enkel onderhoudsplichtig als er geen draagkrachtige, onderhoudsplichtige (ex-)echtgenoot is. De onderhoudsrelatie die, op andere dan wettelijke grondslagen, voortvloeit uit andere dan huwelijkse relaties, gaat niet voor op de onderhoudsplicht van de (aan)verwantengroep. Toch mag met die onderhoudsrelaties rekening worden gehouden bij de beoordeling van een onderhoudsaanspraak tegen (aan)verwanten.

VII.2. ALGEMENE BEGINSELEN

2.1. KENMERKEN

Behoefte versus draagkracht

317. Of een (aan)verwant tot levensonderhoud is gehouden en, zo ja, tot beloop van welk bedrag, wordt beoordeeld op grond van de *behoefte* bij de onderhoudsgerechtigde en de *draagkracht* van de onderhoudsplichtige (art. 208).

1/ Eerst wordt bepaald hoeveel de onderhoudsgerechtigde in totaal nodig heeft om in zijn levensonderhoud te voorzien. Met levensonderhoud wordt niet alleen bedoeld wat strikt noodzakelijk is om te overleven. Bij de bepaling van de zogenaamde 'referentiestandaard' wordt rekening gehouden met de concrete omstandigheden van de zaak, zoals de gezinssituatie en de sociale stand.[102]

2/ Er ontstaat voor de onderhoudsgerechtigde pas een recht op onderhoud ten laste van een onderhoudsschuldenaar in geval van *behoefte*.
Behoefte is er wanneer hij niet in staat is te voorzien in zijn levensonderhoud, en slechts in de mate waarin hij daarin niet kan voorzien.
Er wordt rekening gehouden met zijn inkomsten en zijn mogelijkheden om inkomsten te verwerven (uit arbeid en uit of door tegeldemaking van kapitaal).

3/ De onderhoudsplichtige is slechts tot onderhoud gehouden naar de mate van zijn *draagkracht*. Voor de bepaling daarvan wordt rekening gehouden met zijn gezinssituatie en met zijn mogelijkheden om inkomsten te verwerven. Hij ont-

101 Cass. 7 april 1995, *E.J.* 1995, 85, noot J. Roodhooft; Cass. 20 april 2007, http://jure.juridat.just.fgov.be/.
102 Cass. 21 november 1997, *Arr. Cass.* 1997, 1186.

snapt bijgevolg niet aan zijn verplichtingen door zijn draagkracht vrijwillig te verminderen.[103]

Onwaardigheid versus onvrijwilligheid

318. De onderhoudsbehoefte moet *onvrijwillig* ontstaan zijn: wie zich vrijwillig in een staat van behoefte brengt, is niet onderhoudsgerechtigd (vgl. art. 301, § 5 wat betreft echtgenoten). In rechtsleer en rechtspraak is betwist hoe rechtstreeks het verband moet zijn tussen gedrag of nalaten van gedrag en behoefte.

319. Daarnaast wordt voorgehouden dat er in het onderhoudsrecht als regel geen gronden van *onwaardigheid* bestaan waardoor het recht op levensonderhoud zou vervallen. Wie zich, in het bijzonder tegenover een potentiële onderhoudsschuldenaar, slecht heeft gedragen of gedraagt, verliest daardoor als regel zijn onderhoudsaanspraak niet.

Naar een algemene exceptie van onwaardigheid

320. Het ontbreken van een exceptie van onwaardigheid komt soms in strijd met het rechtvaardigheidsgevoel. Om die reden is een dergelijke exceptie via de rechtspraak ontwikkeld.
Zo wordt uit de plicht tot wederzijds respect tussen ouders en kinderen (art. 371) afgeleid dat een, zelfs minderjarig, kind zijn bijzondere (art. 203) of algemene (art. 205 *jo.* art. 207) onderhoudsaanspraak kan verliezen als hij onvoldoende respect toont. Dat is zo als hij zijn ouders niet op de hoogte houdt van het studieverloop of plotseling verhuist.
Omgekeerd kan een ouder zijn onderhoudsaanspraken tegen het kind (art. 205) verliezen na ontzetting van het ouderlijk gezag (art. 33, 4° Jeugdbeschermingswet).
Ter vergelijking bestaat ook in de onderhoudsrelatie tussen ex-echtgenoten een exceptie van onwaardigheid in art. 301, § 2, 2de en 3de lid.
De rechtsopvatting evolueert met andere woorden in de richting van de algemene aanvaarding van een exceptie van onwaardigheid, die enkel bij *kennelijk* wangedrag wordt toegepast.

In geld of in natura

321. De wettelijke plicht tot verschaffing van levensonderhoud krijgt als regel vorm in een plicht tot betaling van een geldbedrag, alimentatie of onderhoudsgeld genoemd.

[103] Cass. 17 oktober 2005, http://jure.juridat.just.fgov.be/.

In ons recht bestaan er geen algemeen aanvaarde begrotingsmodellen om de hoegrootheid van dat bedrag te berekenen. Vooral bij de bijzondere onderhoudsplicht van ouders ten opzichte van kinderen levert dat problemen op bij de bepaling van de omvang van de onderhoudsbijdrage. De meest toegepaste begrotingsmodellen zijn de methode-Renard, ontwikkeld door de gelijknamige hoogleraar, en een model dat door de Gezinsbond is ontwikkeld. Vele rechters passen eigen bewerkingen van die of andere modellen toe. Rechters mogen ambtshalve een begrotingsmodel toepassen[104] bij gebreke van andersluidende overeenkomst tussen de partijen.[105]

322. In de algemene onderhoudsrelatie bestaan twee uitzonderingen op de regel dat levensonderhoud via alimentatie wordt verstrekt.
De rechter kan ten eerste bevelen dat de onderhoudsplichtige die bewijst niet tot betaling in staat te zijn, de onderhoudsgerechtigde in plaats hiervan kost en inwoon moet verschaffen (art. 210).
Ten tweede kunnen ouders, ook al zijn ze tot betaling in staat, altijd aanbieden hun (zelfstandig) kind kost en inwoon te verschaffen in plaats van geld. De rechter beoordeelt of het kind op dat aanbod moet ingaan, dan wel beter een onderhoudsgeld krijgt toegekend (art. 211).

Vaststelling *rebus sic stantibus*

323. De vaststelling van een onderhoudsrelatie geldt maar *rebus sic stantibus*: bij gewijzigde omstandigheden is herziening of opheffing mogelijk. Wijziging van omstandigheden komt in aanmerking zowel aan de behoeften- als aan de draagkrachtzijde (art. 209). Herleving van de onderhoudsrelatie is altijd mogelijk.

Wederkerig

324. Doorgaans is de onderhoudsrelatie tussen (aan)verwanten *wederkerig* (art. 207).

Persoonlijk

325. De onderhoudsrelatie is *persoonlijk,* zowel aan de zijde van de onderhoudsgerechtigde als aan de zijde van de onderhoudsplichtige. Dit impliceert dat:
- het recht niet kan worden overgedragen;
- geen zijdelingse vordering mogelijk is;
- noch het recht noch de plicht overerfbaar is.

---

104 Cass. 16 april 2004, *RABG* 2004, 1221, noot S. Brouwers.
105 Cass. 7 december 2006, *Rev. trim. dr. fam.* 2007, 238.

Dit kenmerk geldt onverminderd de onderhoudsvordering tegen de nalatenschap (zie verder); die doet geen afbreuk aan de persoonlijke aard van de onderhoudsrelatie.

Dwingend recht

326. Het onderhoudsrecht is geregeld in *dwingendrechtelijke* bepalingen.
Als regel kan van onderhoudsaanspraken voor de toekomst dan ook geen afstand worden gedaan.

2.2. PLURALITEIT VAN ONDERHOUDSPLICHTIGEN OF -GERECHTIGDEN

327. Uit de bespreking hierna zal blijken dat onderhoudsgerechtigden potentieel aanspraken kunnen laten gelden in de verschillende (aan)verwantenkringen.
De vraag rijst dan ook wat er staat te gebeuren als een onderhoudsplichtige door meer dan één onderhoudsgerechtigde wordt aangesproken, of als een onderhoudsgerechtigde tegen meer dan één onderhoudsplichtige (van eenzelfde categorie) een aanspraak kan doen gelden.

328. Onderhoudsplichtigen van verschillende kringen of categorieën van de (aan)verwantengroep moeten niet gezamenlijk maar achtereenvolgend worden aangesproken in functie van hiërarchie, dus van dicht naar ver.
Echtgenoten moeten voor verwanten worden aangesproken[106] en verwanten voor aanverwanten[107]; bijvoorbeeld eerst de echtgenoot, dan de ouder[108] en dan pas de schoonouder.
Van de verwanten moet eerst degene in de naaste graad worden aangesproken, bijvoorbeeld de ouder (1ste graad) boven de grootouder (2de graad). Bij de verwanten in dezelfde graad moet eerst die in neerdalende lijn worden aangesproken, bijvoorbeeld meerderjarig kind (1ste graad neerdalend) boven de ouder (1ste graad opgaand).
Zijn er verschillende verwanten in die graad en lijn, dan is elk van hen maar voor een deel gehouden in verhouding tot zijn draagkracht.[109] Zo kan een bejaarde vrouw met vijf kinderen niet één kind voor haar gehele behoefte aanspreken.

---

106 Cass. 7 april 1995, *E.J.* 1995, 85, noot J. Roodhooft.
107 Cass. 16 maart 1995, *R.W.* 1995-96, 743, noot J. Roodhooft.
108 Cass. 20 april 2007, http://jure.juridat.just.fgov.be/.
109 Cass. 16 maart 1995, *R.W.* 1995-96, 743, noot J. Roodhooft.

329. Eenzelfde hiërarchie is *mutatis mutandis* van toepassing als er verschillende onderhoudsgerechtigden zijn die één onderhoudsplichtige aanspreken.

2.3. VERHAAL

330. Levensonderhoud wordt toegekend wegens behoefte op een bepaald ogenblik en kan nadien in functie van behoefte en draagkracht worden aangepast of afgeschaft (art. 209).
Behalve in geval van bedrog van de onderhoudsgerechtigde, kan *de onderhoudsplichtige* daarom niet de uitgekeerde bedragen terugvorderen als het de onderhoudsgerechtigde nadien beter gaat.

331. Heeft *één van verscheidene onderhoudsplichtigen* zonder vrijgevig oogmerk ingestaan voor het gehele levensonderhoud van de onderhoudsgerechtigde, dan kan hij *pro rata* terugvorderen van de andere onderhoudsplichtigen. Als bijvoorbeeld een van de vijf kinderen van de net genoemde bejaarde vrouw het gehele levensonderhoud heeft verstrekt, kan het de verhoudingsgewijze bijdrage van de broers en zusters terugvorderen.

332. Een *derde* die zonder vrijgevig oogmerk of op grond van een plicht instond voor het levensonderhoud van een behoeftige persoon, kan dit terugvorderen van de onderhoudsplichtige(n).
De tussenkomst van de derde berust in dit geval op zaakwaarneming of vermogensverschuiving zonder oorzaak.

333. Het *OCMW* kan de kosten van het leefloon of van *in natura* verstrekte hulp terugvorderen van bepaalde onderhoudsplichtigen (art. 98, § 2 OCMW-wet; art. 26 Wet Maatschappelijke Integratie).
Het beleid hierover verschilde sterk van gemeente tot gemeente. Sommige gemeenten hadden bijvoorbeeld besloten om de kosten van opneming in een OCMW-bejaardentehuis niet of slechts beperkt terug te vorderen van de kinderen. De federale overheid heeft getracht de terug te vorderen bedragen meer te stroomlijnen (KB 9 mei 1984 en Omz. 4 november 2004).

2.4. VERJARING

334. Er is een weerlegbaar vermoeden dat de behoefte die een onderhoudsrecht doet ontstaan, pas bestaat op het ogenblik dat het onderhoudsgeld wordt gevorderd. Dit vermoeden gaat terug op de rechtsspreuk "Onderhoudsgeld laat geen achterstallen" ("*Aliments ne s'arréragent point*"), die door het Hof van Cassatie

evenwel niet als rechtsregel wordt aanvaard.[110] Het is weerlegbaar met het oog op de retroactieve toekenning, verhoging, vermindering of afschaffing van onderhoudsgeld.[111] De rechter is niet verplicht tot retroactieve inwilliging van de vordering als andere omstandigheden een later aanvangspunt rechtvaardigen.[112]
Eenmaal een onderhoudsgeld bij overeenkomst of rechterlijke uitspraak is toegekend, is de regel van art. 2277 van belang, op grond waarvan de 'termijnen' van onderhoudsgeld verjaren na vijf jaar. Die regel geldt ook voor niet-regelmatige periodieke betalingen.[113] Op de veroordeling tot betaling van de opgelopen achterstallen is niet de verkorte verjaring, maar de tienjarige verjaringstermijn van toepassing.[114]
Deze verjaring loopt niet tussen echtgenoten (art. 2253), noch wat betreft de persoonlijke onderhoudsuitkering, noch wat betreft de onderhoudsbijdrage voor de kinderen die de ene aan de andere echtgenoot verschuldigd is. Op die manier hoeven de echtgenoten niet tegen elkaar te procederen tijdens het huwelijk – al mogen ze dat wel – en wordt de huwelijkse stabiliteit gevrijwaard.[115] Of de bescherming ook moet toekomen aan andersoortige paren, moet de wetgever beslissen.[116]

2.5. HANDHAVINGSRECHT

335. Onderhoudsplichtigen stellen zich geregeld als doel zich met alle mogelijke middelen te onttrekken aan hun onderhoudsplicht. De onderhoudsgerechtigde is voor zijn levensonderhoud echter aangewezen op het onderhoudsgeld. De wetgever biedt daarom de volgende waarborgen voor betaling, eenmaal een uitvoerbare onderhoudsverplichting bestaat.

1/ In de meeste onderhoudsrelaties kan de gerechtigde een *ontvangstmachtiging* vragen. Op grond hiervan kan hij rechtstreeks bij de schuldenaren van de onderhoudsplichtige en in zijn plaats geldsommen ontvangen (art. 203*ter*, 221, 301, § 11), bijvoorbeeld bij de werkgever een deel van het loon. Van de ontvangstmachtiging wordt op verzoek van de eiser kennis gegeven aan de schuldenaren, die vanaf dan enkel nog bevrijdend kunnen betalen in handen van de eiser (*qui paie*

110 Cass. 2 juni 1978, *Arr. Cass.* 1978, II, 1173.
111 Cass. 2 september 1988, *Arr. Cass.* 1988-89, 4; Cass. 16 juni 1995, *R.W.* 2005-06, 1234.
112 Cass. 20 november 2003, *Arr. Cass.* 2003, 2160.
113 Cass. 31 mei 2002, *R.W.* 2004-05, 1219, noot.
114 Cass. 8 december 2000, *R.W.* 2000-01, 1172; Cass. 7 maart 2003, *R.W.* 2004-05, 225, noot; *RABG* 2005, II, noot E. Alofs.
115 De bescherming geldt ook als er tussen de echtgenoten al moeilijkheden zijn gerezen die aanleiding gaven tot dringende voorlopige maatregelen.
116 Grondwettelijk Hof, nr. 140/2006, 14 september 2006, *E.J.* 2006, 97, noot P. Senaeve; *Div. Act.* 2007, 8, noot J.-C. Brouwers; *Rev. trim. dr. fam.* 2007, 234.

mal, paie deux fois). De machtiging eindigt door het verstrijken van de bepaalde termijn dan wel na herziening door de vrederechter in geval van gewijzigde omstandigheden. Hiervan wordt kennis gegeven aan de schuldenaren.
De ontvangstmachtiging kan niet worden verleend in sommige 'zwakkere' onderhoudsrelaties, bijvoorbeeld tussen schoonouders en schoonkinderen. Hoe dan ook bestaat zij alleen voor de wettelijke onderhoudsplichten.

2/ De onderhoudsgerechtigde kan bij voorrang op andere schuldeisers *beslag doen leggen* bij de onderhoudsplichtige. De inkomsten van de onderhoudsplichtige zijn met dat doel onbeperkt beslagbaar (art. 1412 Ger.W.).
Bij de onderhoudsgerechtigde zijn onderhoudsgelden overigens slechts *beperkt beslagbaar* zoals loon (art. 1410, 1° Ger.W.). Hij moet er immers mee voorzien in zijn levensonderhoud.

3/ Doorgaans zijn veroordelingen tot betaling van onderhoudsgeld niet uitvoerbaar bij voorraad. Werd de voorlopige uitvoering evenwel op verzoek toegekend, dan mag de onderhoudsplichtige in afwachting van een beslissing over het verzet of hoger beroep het onderhoudsgeld niet in bewaring geven bij de Deposito- en Consignatiekas of een sekwester. Het zogenaamde *kantonnement* is niet toegelaten voor onderhoudsgelden (art. 1404 Ger.W.).

4/ *Schuldvergelijking* is inzake onderhoudsgelden slechts mogelijk tot beloop van het beslagbare gedeelte ervan (art. 1293, 3°).[117]

5/ Een *Dienst voor alimentatievorderingen* bij de FOD Financiën zal instaan voor de uitkering van voorschotten op onderhoudsgeld aan behoeftige onderhoudsgerechtigden en voor de invordering van die gelden bij de onderhoudsplichtige die in gebreke blijft (Wet 21 februari 2003 tot oprichting van een Dienst voor alimentatievorderingen bij de FOD Financiën). De regeling is op heden enkel van toepassing op onderhoudsbijdragen voor minderjarige kinderen.

6/ Ter aanvulling op de voorgaande waarborgen is nog voorzien in strafrechtelijke sancties voor wie zich vrijwillig onttrekt aan zijn onderhoudsplichten. Dit gebeurt via het misdrijf 'verlating van familie' (art. 391*bis* Sw.).

336. Naast de voorgaande maatregelen voorziet de wetgever ook in ondersteuning voor onderhoudsplichtigen. Zo is in de art. 68*quinquies* e.v. OCMW-wet

[117] Cass. 7 maart 2003, *R.W.* 2004-05, 225, noot.

voorzien in specifieke financiële hulp aan onderhoudsplichtigen die recht hebben op leefloon of op gelijkwaardige financiële hulp.[118]

VII.3. AFSTAMMING

N. Dandoy, "Vers une méthode de calcul des contributions alimentaires pour les enfants ?", *Rev. trim. dr. fam.* 2006, 455; Gezinsbond, *Mijn kind, duur kind*, Brochure 2005 – M. en J. Tremmery, *Onderhoudsgeld voor kinderen: normering met excel rekenblad*, Antwerpen, Maklu, 2005 – R. Vasseur, "'Buitengewone kosten'-clausules: een buitengewone bron van ergernis?", *T.J.K.* 2007, 161.

3.1. OORSPRONKELIJKE AFSTAMMING

337. Ouders hebben een *bijzondere eenzijdige onderhoudsplicht* tegenover hun minderjarige en hun studerende meerderjarige kinderen. Zij dienen naar evenredigheid van hun middelen te zorgen voor de huisvesting, het levensonderhoud, het toezicht, de opvoeding en de opleiding van hun kinderen (art. 203, § 1, 1ste lid).
Naast de beginselen uit VII.2 gelden de volgende bijzonderheden.

A. Welke kinderen?

338. De bijzondere onderhoudsplicht van de ouders bestaat als regel tegenover hun *minderjarige* kinderen.
Is de opleiding nog niet voltooid, dan loopt de verplichting door na de meerderjarigheid tot aan de voltooiing van de opleiding. Daarbij moet wel rekening worden gehouden met de concrete omstandigheden: er moet een normaal studieverloop zijn, er mag als regel slechts één basisopleiding worden gevolgd, enz. De rechtspraak aanvaardt wel dat ouders ook gehouden kunnen zijn een master na master of een doctoraatsopleiding te bekostigen. Is het meerderjarige studerende kind gehuwd, dan valt de onderhoudsplicht, zoals vermeld, op de eerste plaats ten laste van de echtgenoot. Is die niet draagkrachtig, dan zijn de ouders op grond van art. 203, § 1, 2de lid gehouden.[119]
Is de opleiding al vóór de meerderjarigheid voltooid, dan blijft de bijzondere onderhoudsplicht bestaan naar de mate van behoefte.
Is de opleiding bij de meerderjarigheid voltooid maar is er nog behoefte, dan is niet meer deze bijzondere onderhoudsplicht maar de algemene onderhoudsplicht tussen verwanten van toepassing (art. 205).

---

118 De regeling is gedeeltelijk vernietigd en geïnterpreteerd in Grondwettelijk Hof, nr. 123/2006, 28 juli 2006, www.const-court.be.

119 Cass. 20 april 2007, http://jure.juridat.just.fgov.be/.

B. Voorwerp van de verplichting

339. Het materiële element van de ouderlijke plicht is: instaan voor huisvesting, levensonderhoud en de kosten voor toezicht, opvoeding en opleiding. Anders dan de gemeenrechtelijke onderhoudsrelatie voeren de ouders deze plicht voornamelijk *in natura* uit (vgl. art. 211) en slechts ondergeschikt in geld.
Artikel 203, § 1 noemt als plichten van de ouders ook: zorgen voor toezicht, opvoeding en opleiding. Het gaat hier niet om morele of immateriële plichten, enkel om de plicht in te staan voor de *kosten* van toezicht, opvoeding en opleiding. De immateriële aspecten daarvan vallen onder het gezagsrecht.

340. De gemiddelde levensstandaard van beide ouders is de *levensstandaard* waarop de kinderen aanspraak kunnen maken. Hun behoefte bestaat in die levensstandaard; het striktere gemeenrechtelijke criterium is niet van toepassing.

341. "Het kind heeft tegen zijn ouders geen vordering tot het bekomen van een stand, hetzij als huwelijksuitzet, hetzij op andere wijze" (art. 204). Wel wordt aanvaard dat de verschaffing van een stand een natuurlijke verbintenis is van de ouders.

C. Obligatio en contributio

342. De plicht van art. 203 rust op *beide ouders* in oorspronkelijke afstamming. Of ze titularis zijn van het ouderlijk gezag, of dat gezag uitoefenen, doet niet ter zake.

343. Anders dan in het gemeenrechtelijke onderhoudsrecht zijn de beide ouders *tegenover het kind* elk gehouden voor de gehele onderhoudsaanspraak van het kind ('*in solidum*'). Deze gehoudenheid wordt benoemd als *obligatio*. De ouders kunnen daarvan niet met een contract afwijken.

344. In hun *interne verhouding* zijn ouders slechts naar evenredigheid van hun middelen – dus volgens draagkracht – gehouden voor de onderhoudsaanspraak.[120]
De bepaling van die *contributio* is voornamelijk van belang wanneer de ouders niet samenleven en de ene aan de andere een *onderhoudsbijdrage* – in geld – zal

[120] Bij de bepaling van de draagkracht van de ouders moet rekening worden gehouden met de medische en farmaceutische kosten van een ouder en met 'onreduceerbare' kosten zoals lasten van een hypothecaire lening. Zie Grondwettelijk Hof, nr. 108/2006, 28 juni 2006, www.const-court.be; *Div. Act.* 2007, 2, noot J.-C. Brouwers, onder verwijzing naar de relevante cassatierechtspraak.

betalen om zijn verhoudingsgewijze gehoudenheid in het levensonderhoud na te komen.
Doorgaans omvat deze bijdrage enerzijds een vast (te indexeren) bedrag dat de dagelijkse onderhoudskosten moet dekken. Anderzijds wordt een verdeelsleutel bepaald voor de *contributio* in de buitengewone kosten, dit zijn:
- de buitengewone medische kosten, bijvoorbeeld orthodontie en ziekenhuiskosten;
- de buitengewone schoolkosten, bijvoorbeeld inschrijvingsgeld, bos- of stadsklassen;
- de kosten van de vrijetijdsbesteding, bijvoorbeeld lidgelden en sportkledij, sport- of taalkampen.

De buitengewone kosten worden volgens de verdeelsleutel gedragen na periodieke afrekening of via een zgn. 'kinderrekening' waarop de ouders stortingen verrichten.
Bij de bepaling van het verhoudingsgewijze aandeel van de ouders wordt rekening gehouden met sociale en fiscale voordelen, meer bepaald kinderbijslag en fiscale aftrekbaarheid van de onderhoudsbijdrage. Het aandeel van elk van de ouders hangt ook af van de verblijfsregeling: wie het kind bij zich heeft, draagt immers *in natura* bij in het levensonderhoud. Dit doet er niet aan af dat de ouders naar verhouding van hun middelen moeten bijdragen in de gelijke levensstandaard die het kind bij elk van de ouders moeten kunnen aanhouden. Ook al is het verblijf van het kind dus gelijkmatig onder de ouders verdeeld, toch zal meestal nog een onderhoudsbijdrage verschuldigd zijn.
Over de *contributio* kunnen de ouders onderling contracten aangaan. Het is betwist of zij de bijdrage van één van hen op nul mogen vastleggen ('nulbeding'); soms staat daar als tegenprestatie tegenover dat de niet-bijdragende ouder slechts een heel beperkt secundair verblijfsrecht vraagt. Vaststaat dat de ouders aan de *obligatio* niet mogen raken, ook niet via een 'nulbeding' met vrijwaring van de ene door de andere ouder.
Bij gebreke van overeenkomst doet de rechter uitspraak.

345. De ouders zijn gehouden met *hun middelen*. Het gaat om
- kinderbijslag en andere sociale uitkeringen (arg. *ex* art. 29 Jeugdbeschermingswet);
- de opbrengst van hun genotsrecht op de goederen van het kind (art. 386, 2°);
- hun eigen middelen.

Meer bepaald mogen de eigen middelen van het kind als regel niet worden aangesproken.
Daarop kan maar een uitzondering worden aanvaard als het kind veel rijker is dan zijn ouders, zodat delen in hun levensstandaard beneden zijn levensstandaard zou liggen. Men denke aan kindsterren of kinderen aan wie een grote schenking

is gedaan met uitsluiting van het genotsrecht van de ouders (art. 387). In dit verband kan worden gewezen op art. 386, 2°, dat de ouders verplicht tot levensonderhoud van de kinderen overeenkomstig *hun* vermogen (dat van de kinderen).

D. Handhaving

346. De bijzondere onderhoudsplicht kan door vier (groepen van) personen gerechtelijk worden afgedwongen:

1/ Is het kind meerderjarig of ontvoogd, dan kan het (in geval van ontvoogding na machtiging) de vordering zelf instellen.

2/ Niet-ontvoogde minderjarigen zijn als regel handelings- en procesonbekwaam. De wettelijke vertegenwoordiger kan in dit geval de vordering instellen. Doorgaans is dat de ene ouder, die tegen de andere de vordering zal instellen in naam en voor rekening van het kind.
Er rijst dus een probleem als er nog maar één beschikbare ouder is die de onderhoudsplicht niet nakomt en uiteraard geen vordering tegen zichzelf zal instellen. De aanduiding van een voogd *ad hoc* moet in zo een geval worden uitgelokt.

3/ Bepaalde rechtspraak acht de niet-ontvoogde minderjarige uitzonderlijk procesbekwaam om zelf de vordering tot levensonderhoud in te stellen als hij hiertoe geschikt is. Deze procesbekwaamheid wordt gegrond hetzij op de persoonsrechtelijke aard van die vordering, hetzij op haar kwalificatie als daad van bewaring, nu zij ertoe strekt het levensnoodzakelijke te verschaffen.
Deze minderheidsopvatting is bijzonder nuttig als er slechts één ouder is die in gebreke blijft.

4/ Ten slotte beschikt elke ouder in eigen naam over een vordering tegen de andere ouder tot beloop van diens onderhoudsbijdrage (art. 203*bis*).

347. Op strafrechtelijk gebied is niet enkel het misdrijf van familieverlating van toepassing (art. 391*bis* Sw.), maar ook het misdrijf van verlaten of in behoeftige toestand achterlaten van minderjarigen (art. 423 en 424 Sw.) en het misdrijf van onthouden van voedsel of verzorging aan minderjarigen (art. 425 en 426 Sw.).
Op burgerlijk vlak zijn maatregelen mogelijk tegen ouders die de sociale uitkeringen voor hun kinderen niet in hun belang aanwenden (art. 29 Jeugdbeschermingswet, waarover verder).

3.2. ADOPTIEVE AFSTAMMING

348. Bij volle adoptie krijgt de geadopteerde een statuut als ware het uit de adoptant(en) geboren (art. 356-1). De bijzondere onderhoudsplicht van de ouders is dus rechtstreeks van toepassing.

349. Bij gewone adoptie bepaalt art. 353-14 uitdrukkelijk dat de plicht van art. 203 van toepassing is op de adoptant(en) en, als die niet beschikbaar of niet solvabel is (zijn), op de oorspronkelijke ouder(s).
In geval van stiefouderadoptie zijn zowel adoptant als de resterende oorspronkelijke ouder 'naar evenredigheid' gehouden op grond van art. 203 (zie ook hierboven Hoofdstuk III.4.2).

3.3. AFGESPLITSTE AFSTAMMING

350. In vier gevallen van afgesplitste afstamming bestaat tegenover het kind een eigenlijke resp. oneigenlijke onderhoudsplicht.
Een eigenlijke onderhoudsplicht bestaat ten laste van de vermoedelijke verwekker en ten laste van de pleegvoogd.
Een oneigenlijke onderhoudsplicht bestaat in een aantal gevallen van biologisch en stiefouderschap.

A. Vordering tot uitkering voor levensonderhoud tegen de vermoedelijke verwekker

351. De vermoedelijke verwekker (Hoofdstuk IV.2) wordt veroordeeld tot een uitkering tot levensonderhoud, opvoeding en passende opleiding. De inhoud ervan is vergelijkbaar met de ouderlijke plicht bedoeld in art. 203. De plicht wordt in geld en niet *in natura* nagekomen ('uitkering tot'). Socialisering *in natura* door de vermoedelijke verwekker is per hypothese immers onwenselijk.
Het bedrag van de uitkering wordt bepaald met inachtneming van de behoeften van het kind en de inkomsten, mogelijkheden en maatschappelijke toestand van de onderhoudsplichtige en van de moeder. De uitkering kan worden gewijzigd overeenkomstig art. 209 (art. 339).
Indien de opleiding niet voltooid is, loopt de verplichting tot na de meerderjarigheid van het kind (art. 336, 2de lid).
De last van de uitkering gaat automatisch over op de nalatenschap van de vermoedelijke verwekker die overlijdt nadat de vordering tegen hem is ingesteld of toegekend, volgens de regels van art. 205*bis*, §§ 3 en 4 (art. 339*bis*, 1ste lid).

Zoals vermeld, is de uitkering niet meer verschuldigd vanaf de vaststelling van de oorspronkelijke afstamming langs vaderszijde van een andere man of vanaf de adoptie van het kind (art. 340).[121] De betalingen van voordien kunnen niet van de vader worden teruggevorderd.

B. De pleegvoogd

352. De pleegvoogd verbindt er zich in een rechterlijk bekrachtigde overeenkomst toe een niet-ontvoogd minderjarig kind te onderhouden, op te voeden en in staat te stellen de kost te verdienen (art. 475*bis*).
In principe eindigt deze overeenkomst bij de meerderjarigheid van het kind. Is het dan nog niet in staat de kost te verdienen, dan krijgt het een schadeloosstelling die bestaat in de hulpmiddelen om het een beroep te verschaffen (art. 475*quinquies*, 1ste en 2de lid).
Als de pleegvoogdij (voor de meerderjarigheid) eindigt door overlijden van de pleegvoogd, dan krijgt het pleegkind uit de nalatenschap van de pleegvoogd de nodige middelen van bestaan (art. 475*quinquies*, 3de lid).

C. De biologische ouder

353. Ten laste van de biologische ouder bestaat een natuurlijke verbintenis tot levensonderhoud tegenover het kind. Deze kan worden omgezet in een burgerlijke verbintenis, ook al heeft het kind een andere man als juridische vader.[122]

D. De stiefouder

354. In een aantal gevallen bestaan aanspraken tegen een stiefouder, die neerkomen op een oneigenlijke onderhoudsplicht. Dat is zo omdat ze als resultaat hebben dat de stiefouder (mee) moet instaan voor het levensonderhoud van het stiefkind.

1/ De stiefouder die met de ouder *gehuwd* is, moet op grond van art. 221 bijdragen in de lasten van het huwelijk. Tot die lasten horen ook de opvoedingskosten van kinderen die van het gezin deel uitmaken, ook al zijn het geen eigen kinderen.
Iedere schuld die door een van de gehuwden wordt aangegaan ten behoeve van het huishouden en van de kinderen die door hen worden opgevoed, verbindt de andere hoofdelijk (art. 222).
De stiefouder-weduw(e)(naar) van de ouder is op grond van art. 203, § 2 beperkt eenzijdig gehouden tot levensonderhoud van de kinderen van de vooroverleden

121 Cass. 28 januari 1988, *Arr. Cass.* 1987-88, 665.
122 Cass. 6 juni 1975, *Pas.* 1975, I, 963.

echtgenoot. Hij is hiertoe slechts gehouden met hetgeen hij van de vooroverleden partner heeft verkregen
- uit nalatenschap;
- uit voordelen die de vooroverledene hem heeft verleend bij huwelijkscontract of door gift.

2/ Vergelijkbare plichten rusten op de persoon met wie de ouder *wettelijk samenwoont* (art. 1477, §§ 3-5). De wet maakt daarbij geen onderscheid naargelang de aard van de relatie die tussen de wettelijke samenwoners bestaat.

3/ De rechtspraak aanvaardt schoorvoetend op diverse andere gronden een onderhoudsplicht van de feitelijke partner van de ouder ten opzichte van de kinderen van de laatste.[123]
De vraag rijst of het geringe onderscheid in positie tussen de wettelijk samenwonende en feitelijke partner van de ouder de onderscheiden behandeling van de stiefkinderen rechtvaardigt.

VII.4. VERWANTSCHAP

355. Bij gebreke van beschikbare en solvabele ouders of na de meerderjarigheid en voltooiing van de opleiding, kan de kring van verwanten worden aangesproken voor levensonderhoud.
Op grond van de toepassing van de regels over pluraliteit van onderhoudsplichtigen, komt de jongvolwassene wellicht opnieuw uit bij de ouders; omgekeerd komt de bejaarde ouder uit bij de kinderen.

356. Oorspronkelijke verwanten in de opgaande en neerdalende rechte lijn zijn elkaar zonder beperking van graad levensonderhoud verschuldigd (art. 205 en 207).
In de zijlijn bestaat hoogstens een natuurlijke verbintenis.

357. De volle adoptie heeft dezelfde gevolgen in de adoptieve verwantengroep (art. 356-1), terwijl de aanspraken van de oorspronkelijke verwanten verdwijnen, behalve bij stiefouderadoptie wat betreft de lijn van de overblijvende oorspronkelijke ouder.
Tussen de gewoon adoptant(en) en de geadopteerde en diens afstammelingen ontstaan de gemeenrechtelijke onderhoudsrelaties (art. 353-14). De gemeenrechtelijke onderhoudsrelatie met de oorspronkelijke verwanten blijft bestaan.

---

123 Cf. Grondwettelijk Hof nr. 48/2002, 13 maart 2002, www.const-court.be.

VII.5. AANVERWANTSCHAP

358. Tussen aanverwanten bestaan twee soorten onderhoudsrelaties.
Belangrijkst is de onderhoudsrelatie tussen stiefouder en stiefkind. De stiefouder behoort tot de eerste kring rond het kind. De onderhoudsaanspraak tegen hem kwam daarom onder 3.3.D aan bod.

359. Daarnaast bestaat een wederkerige onderhoudsrelatie tussen schoonouders en schoonkinderen (art. 206).
Deze plicht betreft enkel de schoonverwantschap wegens huwelijk. Zij betreft noch de schoonverwanten in de zijlijn noch de stiefverwanten.
De plicht bestaat maar binnen de volgende grenzen.

1/ Zodra de verweduwde *schoonouder hertrouwt*, eindigt de onderhoudsplicht van het schoonkind. De wet bepaalde vóór 2003 enkel het verval van het onderhoudsrecht van de hertrouwde schoon*moeder*. Dat was discriminerend. In plaats van het verval, of de onderhoudsrelatie, voor alle schoonouders af te schaffen, heeft de wetgever het uitgebreid tot de schoonvader. Dat de regeling beperkt blijft tot een nieuw *huwelijk* kan – bijvoorbeeld in het licht van art. 301, § 10, 2de lid – in vraag worden gesteld.
Of andersom ook de onderhoudsplicht van de schoonouder eindigt na een nieuw huwelijk van het verweduwde schoonkind, is betwist. Dat schijnt niet de bedoeling van de wetgever te zijn.

2/ De onderhoudsrelatie vervalt wederzijds in geval van *overlijden van het kind* dat de aanverwantschap deed ontstaan, tenminste als er geen nakomelingen (meer) zijn (kinderen, kleinkinderen, ...) uit het huwelijk met het schoonkind. Anders blijft de onderhoudsrelatie bestaan, ook na een nieuw huwelijk van het schoonkind. In dat geval is wel de nieuwe echtgenoot op de eerste plaats onderhoudsplichtig.

3/ De onderhoudsrelatie vervalt wederzijds bij ontbinding van het huwelijk tussen kind en schoonkind door echtscheiding, zelfs al zijn er afstammelingen uit dat huwelijk.[124]
Er is geen verval bij ontbinding door echtscheiding van het huwelijk tussen de schoonouders.

De rechtspraak worstelt met de afbakening van de onderhoudsplicht van het kind, de daaraan slechts ondergeschikte onderhoudsplicht van het schoonkind en het

[124] Cass. 27 juni 1969, *Arr. Cass.* 1969, 1079.

huwelijksvermogensrechtelijke statuut van de onderhoudsplicht tussen kind en schoonkind, dat de zaken verder bemoeilijkt.[125]

VII.6. ONDERHOUDSVORDERINGEN TEGEN DE NALATENSCHAP

360. De onderhoudsrelatie is persoonlijk, en eindigt dus bij het overlijden van de onderhoudsplichtige of de onderhoudsgerechtigde.
Het verval na overlijden van de onderhoudsplichtige is onbillijk voor onderhoudsgerechtigden die niet beschikken over een (voorbehouden, dit is onaantastbaar) erfrecht in de nalatenschap van de onderhoudsplichtige.
In die gevallen bestaat meestal een vordering tot levensonderhoud tegen de nalatenschap. Deze vordering is een vordering *tegen de nalatenschap*; geen recht *in* de nalatenschap of erfrecht, noch een vordering tegen de erfgenamen persoonlijk.[126]

361. In de meeste gevallen gaat het om categorieën van personen die bij de inwerkingtreding van de *Code civil* geen (voorbehouden) erfrecht hadden. Dit is hun later via de oneigenlijke weg van de onderhoudsvordering tegen de nalatenschap toegekend.
In de andere gevallen gaat het om een vermindering van het 'erfrecht' van bepaalde verwanten na de erfrechtelijke vooruitgang van de langstlevende echtgenoot resp. de wettelijke samenwoner, die tot 1981 resp. 2007 geen erfgenaam was.

362. Een onderhoudsvordering tegen de nalatenschap komt in verticale onderhoudsrelaties toe aan:
- de ascendenten die ten tijde van het overlijden behoeftig zijn, tegen de nalatenschap van hun descendent die een echtgenoot of wettelijke samenwoner maar geen nakomelingen nalaat, tot beloop van de verloren erfrechten wegens giften aan de langstlevende echtgenoot resp. samenwoner (art. 205*bis*, § 2 resp. 1477, § 6). Zijn er nakomelingen, dan kunnen de ascendenten in de eerste plaats hen (art. 205) en ondergeschikt het schoonkind (art. 206) aanspreken. De regeling is in die zin niet sluitend, dat art. 206 enkel het *gehuwde* maar niet het *wettelijk samenwonende* schoonkind (be)treft;
- de gewoon adoptant(en) die ten tijde van het overlijden behoeftig zijn, tegen de nalatenschap van de geadopteerde die geen nakomelingen heeft (art. 353-14).

125 R. Barbaix, "Het verhaalsrecht van het O.C.M.W. op onderhoudsplichtigen", (noot onder Brussel 20 januari 2004), *R.W.* 2005-2006, 627.

126 W. Pintens, B. Van der Meersch en K. Vanwinckelen, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, Universitaire Pers Leuven, 2002, nr. 1880.

Slechts de helft van de nalatenschap komt hen immers toe (art. 353-16, 1ste lid, 3°) terwijl er geen afstammelingen kunnen worden aangesproken (art. 353-14, 2de lid);
- de toegekende uitkering kan verder worden uitgeoefend tegen de nalatenschap van de vermoedelijke verwekker (art. 339*bis*);
- het behoeftige pleegkind kan middelen van bestaan putten uit de nalatenschap van de pleegvoogd (475*quinquies*).

In de horizontale verhoudingen komt het toe aan:
- de langstlevende echtgenoot die ten tijde van het overlijden behoeftig is, tegen de nalatenschap van de vooroverleden echtgenoot (art. 205*bis*, § 1) – dit recht heeft eigenlijk maar bestaansrecht voor zover de overlevende echtgenoot geen (voorbehouden) erfdeel krijgt;
- de ex-echtgenoot echtgescheiden op grond van onherstelbare ontwrichting, tegen de nalatenschap van de onderhoudsplichtige ex-echtgenoot (art. 301, § 10, 1ste lid).

363. Het levensonderhoud wordt in deze gevallen verstrekt door alle erfgenamen en legatarissen naar evenredigheid van hetgeen zij uit de nalatenschap krijgen, tenzij de erflater heeft bepaald dat de legatarissen maar ondergeschikt zijn gehouden.
Ofwel wordt het levensonderhoud als kapitaal uitgekeerd, ofwel als periodieke uitkering. In dit laatste geval kan de onderhoudsgerechtigde waarborgen eisen.
In afwijking van de algemene regels over de verjaring van onderhoudsvorderingen moet het levensonderhoud binnen het jaar na het overlijden worden gevorderd.

VII.7. ERFRECHT

364. Onderhoudsrecht en erfrecht hangen nauw samen. Erfrecht is ten dele een soort voortgezet onderhoudsrecht: de erfgenamen met voorbehouden erfdeel zijn juist de onderhoudsgerechtigden.

365. De erfrechtelijke orden zijn (art. 731 e.v. en 913 e.v.):
- de kinderen – en hun afstammelingen via plaatsvervulling – tegenover hun ouders, met voorbehouden erfdeel;
- de echtgenoot, als regel met voorbehouden erfdeel, en de wettelijke samenwoner, zonder voorbehouden erfdeel;
- de vader en moeder, met voorbehouden erfdeel;

- de broers en zusters, en hun afstammelingen via plaatsvervulling, zonder voorbehouden erfdeel;
- de andere verwanten in de opgaande en zijlijnen, zonder voorbehouden erfdeel.

366. Bij de afgesplitste onderhoudsrelaties bestaat er geen erfrecht in de nalatenschap van de onderhoudsplichtige. In twee gevallen is er wel een onderhoudsvordering tegen de nalatenschap (art. 339*bis* en 475*quinquies*, 2de lid).
Daarnaast worden stief- en zorgkinderen op successierechtelijk vlak soms aan hetzelfde tarief belast als eigen kinderen, indien hen een legaat wordt vermaakt (art. 50 W.Succ.).

HOOFDSTUK VIII.
GEZAG EN CONTACT

Inhoud

VIII.1. Gezag 148
1.1. Situering en evoluties. Het Kinderrechtenverdrag 149
1.2. Inhoud van het gezag 152
A. Minderjarigen 152
B. Meerderjarigen 154
1.3. Over wie wordt gezag uitgeoefend? 154
A. Minderjarigen 154
B. Meerderjarigen 155
1.4. Door wie wordt gezag uitgeoefend? 155
A. Ouders 155
Regels 155
Bijzonderheden voor niet-samenlevende ouders 156
B. Voogdij 158
C. Pleegouderschap 159
D. Overdracht van de materiële bewaring 160
E. Wet Bescherming Persoon Geesteszieke 160
F. Feitelijk gezag 161

VIII.2. Contact 161
2.1. Situering 161
2.2. Wie? 162
2.3. Hoe? 164
2.4. Wat? 164

VIII.3 Handhaving van gezag en contact 164

VIII.4. Overheidstussenkomst in de opvoeding van minderjarigen 168
4.1. Situering 168
4.2. Algemene grondslagen voor rechterlijke tussenkomst 169
4.3. Maatregelen over de ouders 171
A. Voogdij over sociale uitkeringen 171

B. Ouderstage 172
C. Opvoedingsbijstand 172
D. Ontzetting van het ouderlijk gezag 173
4.4. Maatregelen over minderjarigen wegens een als misdrijf omschreven feit ('MOF') 174
4.5. Maatregelen in problematische opvoedingssituaties ('POS') . . 178
A. Begrip 178
B. Buitengerechtelijke fase 178
C. Gerechtelijke fase: de afdwingbare pedagogische maatregel 179

VIII.1. GEZAG

Achtergrondliteratuur: G. Steiner, *Het oog van de meester*, Amsterdam, De Bezige Bij, 2004.

F. Aps, "'Partnergezag' na echtscheiding. Enkele beschouwingen omtrent de juridische mogelijkheid voor de nieuwe partner om enig gezag uit te oefenen t.a.v. het kind van zijn (overleden) uit de echt gescheiden partner-ouder", *Not. Fisc. M.* 1997, 1-11 – P. Borghs, "Homoseksualiteit en ouderschap. Actuele stand van zaken", *NjW* 2004, afl. 63, 290-302 –A. De Wolf, "Ouderlijk gezag na echtscheiding: gezamenlijke gezagsuitoefening en gelijkverdeeld verblijf", *E.J.* 2005, afl. 5, 91-93 – A. De Wolf, "Over de modaliteiten en de duur van het grootouderlijke omgangsrecht", *E.J.* 2005, afl. 3, 39-41 – A. De Wolf, "De uitsluitende uitoefening van het ouderlijk gezag: uitgangspunt of uitzondering?", *E.J.* 2003, afl. 8, 118-129 – A. De Wolf en F. Aps, "Rechtsbescherming bij materiële bewaring van een kind door een derde", *E.J.* 2004, afl. 4, 54-64 – Y.-H. Leleu, "Le droit aux relations personnelles et l'entretien de l'enfant à l'épreuve de la rupture d'un couple homosexuel", *Rev. trim. dr. fam.* 1998, 689-692 – S. Mosselmans, "Een evolutie op het terrein van het ouderlijk gezag, het omgangsrecht, het hoorrecht van minderjarigen en het recht op informatie van ouders en hun minderjarige kinderen: het E.V.R.M. 'The recommendations on parental responsibilities' en het I.V.R.K. als leidraad?", *T.P.R.* 1997, 543-646 – K. Rimanque, *De levensbeschouwelijke opvoeding van de minderjarige – publiekrechtelijke en privaatrechtelijke beginselen*, Brussel, Bruylant, 1980, 2 delen – T. Robert, "Gezags- en omgangsrechten m.b.t. het kind van een (ex-)partner van hetzelfde geslacht: stand van zaken en perspectieven", *R.W.* 2002-03, afl. 30, 1190-1194 – P. Senaeve (ed.), *Co-ouderschap en omgangsrecht*, Antwerpen, Maklu, 1995 – X, "Hébergement alterné", *Rev. trim. dr. fam.* 2005, afl. 1, 9-101.

Over de wet van 18 juli 2006: F. Aps, "De wet van 18 juli 2006: promotie van het gelijkmatig verdeeld verblijf voor kinderen van gescheiden ouders (...)", *R.W.* 2006-07, 1422 – S. Brouwers, "Het alternerend verblijf voor kinderen wordt de norm", *RABG* 2006, 1241 – N. Dandoy & F. Reusens, "L'hébergement égalitaire", *J.T.* 2007, 177 – G. Hiernaux, "La loi du 18 juillet 2006 (...)", *Rev. trim. dr. fam.* 2007, 9 – P. Senaeve, F. Swennen en G. Verschelden (eds.), *Verblijfsco-ouderschap*, Antwerpen, Intersentia, 2007 – P. Senaeve en H. Vanbockrijck, "De Wet van 18 juli 2006 op het verblijfsco-ouderschap (...)", *E.J.* 2006, 117.

1.1. SITUERING EN EVOLUTIES. HET KINDERRECHTEN-VERDRAG

367. Gezag is de bevoegdheid om beslissingen te nemen over de persoon van anderen en deze beslissingen zonodig door machtsuitoefening te handhaven. Deze bevoegdheid is doelgebonden. De uitoefening ervan wordt door de overheid gecontroleerd.
In het familierecht is vooral het gezag over minderjarigen van belang. De gezagsuitoefening heeft als *doel* de minderjarige op te voeden tot een zelfstandige volwassene tegen de meerderjarigheid. In de wet is zij georganiseerd als recht en plicht voor de ouders van of voogd over het kind (art. 371-375 en 405).
In mindere mate is gezagsuitoefening ook mogelijk over meerderjarigen die niet in staat zijn om voor zichzelf te zorgen en om die reden onder een statuut van handelingsonbekwaamheid werden geplaatst.

368. Sinds 1965 is het gezagsrecht in volle evolutie; hierin valt voorlopig geen eindpunt te zien. Drie grote bewegingen zijn van belang.

369. 1/ Ten eerste zijn er de personen die bevoegd zijn tot gezagsuitoefening.
Op de eerste plaats gaat het uiteraard om de ouders.
Bij de invoering van de *Code civil* waren beide gehuwde ouders wel *titularis* van het ouderlijk gezag, maar was het enkel de vader die de *vaderlijke macht* daadwerkelijk *uitoefende* (oud art. 373).
Pas bij Wet van 8 april 1965 werd de *ouderlijke macht* ingevoerd. Beide gehuwde ouders oefenden de macht gezamenlijk (lees: samen optredend) uit, met een doorslaggevende stem van de man in geval van onenigheid. Voor de vrouw stond dan nog wel een verhaal bij de jeugdrechtbank open.
Door de Wet van 1 juli 1974 werd het systeem aangepast naar een concurrentiële bevoegdheid: elke ouder kon afzonderlijk de nodige beslissingen nemen.
Uit de Afstammingswet 1987 vloeide deels een loskoppeling voort van huwelijk en gezag als gevolg van de afstamming. Nochtans bleef de regel behouden dat na de echtscheiding het '*hoederecht*' aan één van de ouders werd toegekend, en dat deze ouder exclusief tot machtsuitoefening bevoegd was met uitsluiting van de andere ouder, die een '*bezoekrecht*' kreeg, dat doorgaans een weekend om de veertien dagen en de helft van de vakanties van meer dan een week omvatte.
Dit systeem werd grondig hervormd door de Wet van 13 april 1995. Op de eerste plaats werden gezag en huwelijk volledig losgekoppeld door de invoering van het zogenaamde *gezagsco-ouderschap*. Op grond hiervan oefenen de ouders als regel gezamenlijk het ouderlijk gezag uit, ook al zijn ze niet (meer) gehuwd en ook al wonen ze niet (meer) samen. Voor de gevallen waarin de ouders niet (meer) samenwonen wordt dan een *verblijfsregeling* uitgewerkt. Doorgaans werd deze

verdeeld in een hoofdverblijf bij de moeder en een secundair verblijf ('*omgangsrecht*') bij de vader, met de omvang van het vroegere bezoekrecht. Op de tweede plaats heeft de wet van 1995 de concurrentiële gezagsuitoefening weer vervangen door de gezamenlijke gezagsuitoefening, zij het met enige afzwakking (zie verder).
Ook onder de Wet van 13 april 1995 bleef het *in feite* de ouder bij wie de kinderen het meeste tijd doorbrachten (hoofdverblijf), die de meeste beslissingen alleen nam. De inzet van 'vechtouderschappen' was daarom niet meer het hoederecht, maar het hoofdverblijf van het kind. Om de betrokkenheid van beide ouders bij de opvoeding van hun kinderen beter te waarborgen, is door de Wet van 4 september 2006 daarom als uitgangspunt het gelijkmatig verdeeld verblijf, of het *verblijfsco-ouderschap*, vooropgesteld.

370. (vervolg) Al sinds 1804 bestaan naast het ouderlijk gezag systemen van gezagsuitoefening door anderen, zoals de voogd en de pleegvoogd. Die systemen volstaan niet meer om recente evoluties in gezinsvorming op te vangen. Mede door versoepeling in wetgeving worden relaties tussen volwassenen steeds minder stabiel. De beëindiging van relaties op vrij jonge leeftijd biedt de mogelijkheid om nieuwe relaties aan te gaan. Zo ontstaan dikwijls verhoudingen van stief- of zorgouderschap met de nieuwe partner (van hetzelfde geslacht) van de ouder. Aan stiefouders komen, zoals vermeld (*supra* nr. 262), nog geen gezagsrechten toe, behalve na stiefouderadoptie. Het Grondwettelijk Hof heeft de wetgever aangemaand dit te verhelpen.[127] Dat is nog niet gebeurd.

371. 2/ Een tweede evolutie betreft de controle door de overheid, die een verstatelijking van de gezagsuitoefening met zich meebrengt.
Bij de invoering van de *Code civil* in 1804 was de vaderlijke macht nog zuiver hiërarchisch (verticaal). Bij wijze van kastijding kon de vader het kind bijvoorbeeld doen opsluiten (oude art. 374-383).
Een ongecontroleerde macht geeft aanleiding tot misbruiken. Een eerste reeks wetsbepalingen heeft daarom controlemechanismen ingevoerd, die zowel de persoon als de goederen van de kinderen betreffen. Deze controle neemt alsmaar toe. Sommigen spreken in dit verband van een ondervoogdijstelling van de ouders.
In een tweede reeks wetsbepalingen is de Staat veel verder gegaan. Door de evolutie van Nachtwakerstaat naar Verzorgingsstaat, heeft de Staat delen van de voorziening van de sociale zekerheid van de kinderen overgenomen van de ouders. Dit maakte het de Staat ook mogelijk om in de plaats van de ouders te beslissen over de besteding van de betreffende budgetten, zowel op algemeen niveau – bijvoorbeeld door eindtermen voor het onderwijs te bepalen – als op gezinsniveau, bij-

[127] Grondwettelijk Hof nr. 134/2003, 8 oktober 2003, *R.W.* 2003-04, 1016, noot T. Robert en V. Verlinden.

voorbeeld door op te leggen dat de besteding van sociale bijslagen 'in het belang van het kind' dient te gebeuren.
Het ouderlijk gezag is daardoor steeds minder een 'middenveld', waarop ouders vrij van Staatsinmenging beslissen over de opvoeding van de kinderen. De Staat grijpt, zowel preventief als repressief, rechtstreeks in de opvoeding in. Het ouderlijk gezag blijft doelgebonden, maar de Staat legt vast welk doel bereikt dient te worden. Ouders moeten hun kinderen opvoeden volgens waarden en normen van de overheid, niet volgens eigen normen en waarden. Zoals vermeld (*supra* nr. 24), is dit niet in overeenstemming met art. 5 en 18 Kinderrechtenverdrag. In punt 5°, b van de voorafgaande titel van de Jeugdbeschermingswet wordt er daarom terecht aan herinnerd dat jongeren enkel volledig of gedeeltelijk aan het ouderlijk gezag mogen worden onttrokken wanneer voor de handhaving van dat gezag contra-indicaties bestaan.

372. 3/ Een derde evolutie is de evolutie van de gezagsrelatie tot een horizontale relatie.
Het ouderlijk gezag heeft tot doel kinderen op te voeden tot rechtssubjecten die bij hun meerderjarigheid, minstens bij voltooiing van de opleiding, zelfstandig in het maatschappelijke verkeer kunnen optreden. Het gezag heeft dus tot doel zich overbodig te maken. In die zin is het een 'uitdovend licht'. Het spreekt voor zich dat de mate van gezagsuitoefening zal afnemen naarmate het kind zelf onderscheidingsvermogen verwerft. Het gezag moet het kind daartoe bovendien aanzetten.
Deze evolutie is geïnstitutionaliseerd in het VN-Kinderrechtenverdrag van 20 november 1989 (geratificeerd door de Wet van 25 november 1991, *B.S.* 17 januari 1992). Sinds dit Verdrag is het kind geen 'object' meer van gezagsuitoefening door rechthebbende ouders, maar een subject dat tegen die ouders een recht kan doen gelden op een behoorlijke opvoeding. Heeft het die niet meer (feitelijk) nodig, dan moet het zo veel als mogelijk zelfstandig beslissingen kunnen nemen en in het rechtsverkeer optreden, ook al is het nog niet meerderjarig.
Artikel 371 spreekt in dit verband voor zich. Tot de Wet van 13 april 1995 luidde het: "Een kind, van welke leeftijd ook, is aan zijn ouders eerbied en ontzag verschuldigd". Nu luidt het: "Een kind en zijn ouders zijn op elke leeftijd aan elkaar respect verschuldigd".
De zelfstandige uitoefening van (persoonlijke) rechten door minderjarigen wanneer zij daartoe geschikt zijn, is een goede zaak. Toch houdt de opvatting van de gezagsrelatie als horizontaal overlegmodel ook gevaar in. Overleggen moet het kind eerst worden aangeleerd; dit aanleren gebeurt verticaal. Men mag kinderen niet aanleren 'voor hun beurt' te spreken. Hun onvolwassenheid mag niet worden ontkend maar moet hen worden gegund.

1.2. INHOUD VAN HET GEZAG

A. Minderjarigen

373. Het ouderlijk gezag over minderjarigen houdt in de brede zin in:
- een beslissingsrecht over de staat van het kind;
- een recht op contact met het kind;
- het gezag over de persoon van het kind. Met dit gezag hangen samen:
- het bewind over en
- het genot van het vermogen van het kind.

De eerste twee bestanddelen komen toe aan alle titularissen van het (ouderlijk) gezag, ongeacht of zij dit uitoefenen (zie verder). De laatste drie bestanddelen komen enkel toe aan de titularissen van gezag die dit daadwerkelijk uitoefenen.

374. Op grond van hun enkele hoedanigheid van ouder, komen aan de ouders ten eerste *beslissingsrechten* toe *over* (vaststelling van of wijziging in) *de staat* van de persoon van het kind.
Doordat deze rechten ook toekomen aan de ouder die het gezag niet uitoefent, moeten deze beslissingen altijd gezamenlijk worden genomen, op een aantal uitzonderingen na (bijvoorbeeld art. 173, art. 477). Er geldt geen vermoeden van instemming van de andere ouder.
De voornaamste bevoegdheden met betrekking tot de staat zijn:
- de vereiste toestemming in het huwelijk van het minderjarige kind (art. 148);
- het recht om zich tegen het huwelijk van het kind te verzetten (art. 173);
- de vordering tot nietigverklaring van het huwelijk (art. 191);
- de instemming met de erkenning door de andere ouder (art. 329*bis*, § 2) en het verzetrecht tegen de vaststelling van het ouderschap op gerechtelijk onderzoek (art. 332*quinquies*, § 2);
- het recht om toe te stemmen tot de adoptie (art. 348-3);
- het recht om toe te stemmen tot de pleegvoogdij (art. 475*bis*);
- het recht om de ontvoogding te vorderen (art. 477);
- het recht om de verklaring in staat van verlengde minderjarigheid te vorderen (art. 487*ter*);
- de verklaring waarbij om toekenning van de Belgische nationaliteit wordt verzocht (art. 8, § 1, 2°, b en 9, 2°, b W.B.N.);
- de keuze van de voornaam en de vorderingen tot verandering van de (voor)naam (Naamwet 1987).

De bevoegdheden zijn elk aan bijzondere regels onderworpen. Er is steeds een bijzondere overheidscontrole op de uitoefening van deze bevoegdheden.

375. Elke ouder heeft ten tweede het recht om *persoonlijk contact* met zijn kind te onderhouden – en andersom (art. 7.1 en 9.1 Kinderrechtenverdrag).
Voor de ouders die het ouderlijk gezag uitoefenen, wordt het contact bereikt via een verblijfsregeling. Wonen de ouders samen, dan verblijven de kinderen doorgaans bij hen. Wonen de ouders niet samen, dan wordt een verblijfsregeling of omgangsrecht uitgewerkt (zie verder).
Ouders die wel titularis zijn van het gezag, maar dit niet uitoefenen, krijgen een recht op persoonlijk contact. Persoonlijk contact kan enkel om bijzonder ernstige redenen geweigerd worden (art. 374, § 1, 4de lid; zie verder).

376. Met betrekking tot het *gezag over de persoon* van het kind moeten op de derde plaats drie zaken worden onderscheiden.
De *materiële bewaring* is *het feit* het kind bij zich te hebben en er daarom feitelijk de dagelijkse beslissingen over te nemen, zoals welke kleren het zal dragen.
Het *recht van materiële bewaring* is de juridische bevoegdheid tot opvoeding. Het omvat *het recht* om het kind bij zich te hebben en te houden en om alle dagelijkse beslissingen te treffen. Het gaat bijvoorbeeld om de beslissing over de sociale contacten van het kind, de vrijetijdsbesteding, de niet-verregaande medische ingrepen. Deze beslissingen zijn als het ware daden van beheer.
Verdergaand omvat het *recht van juridische bewaring* de bevoegdheid om meer fundamentele beslissingen over de opvoeding te nemen. Het gaat als het ware om daden van beschikking. De wet noemt de belangrijke beslissingen betreffende gezondheid, opvoeding, opleiding en ontspanning en over de godsdienstige of levensbeschouwelijke keuzes (art. 374, § 1, 2de lid). Het gaat bijvoorbeeld om de school(net)keuze, om de keuze het kind al dan niet godsdienstig op te voeden.

377. Het *bewind over de goederen* van het kind komt ten vierde toe aan de ouder(s) die het gezag uitoefent (uitoefenen). Het omvat het recht om de goederen van het kind te beheren en het kind te vertegenwoordigen (art. 376). Het bewind komt als ondersteunend aspect van de onbekwaamheid van minderjarigen aan bod in *Personenrecht in kort bestek*.

378. De ouders die het gezag uitoefenen, hebben ten slotte ook het *genot van de goederen* van hun kinderen. Het genot komt neer op een soort vruchtgebruik. Het hangt nauw samen met de andere ouderlijke rechten en plichten (cf. art. 384). Met de inkomsten van de goederen moeten de ouders op de eerste plaats hun onderhoudsplicht nakomen (zie art. 386, 2°).
Als regel bestaat het genot op alle goederen.
Er is geen genot van:
- de goederen die de kinderen door afzonderlijke arbeid en nijverheid verwerven (art. 387);

- de goederen die aan de kinderen geschonken of vermaakt worden onder de uitdrukkelijke voorwaarde dat de ouders daarvan het genot niet zullen hebben (art. 387);
- de goederen die de kinderen in eigen hoofde erven in geval van onwaardigheid van hun ouder;
- om de spaarzin te stimuleren: de gelden die als spaarverrichting op een spaarrekening zijn gestort door of namens het kind.

De lasten van het genot zijn (art. 386):
- de lasten waartoe vruchtgebruikers gehouden zijn;
- levensonderhoud, opvoeding en passende opleiding van de kinderen, overeenkomstig hun vermogen;
- de betaling van de rentetermijnen of interesten van de kapitalen;
- de begrafeniskosten en de kosten van de laatste ziekte.

Het genot eindigt:
- in de gevallen waarin het vruchtgebruik eindigt;
- bij het einde van het ouderlijk gezag;
- in geval van pleegvoogdij (art. 475*quater*, 3de lid);
- bij ontzetting van het ouderlijk gezag (art. 33 Jeugdbeschermingswet);
- bij de gerechtelijke vaststelling van de voortdurende onmogelijkheid om het ouderlijk gezag uit te oefenen (art. 1236*bis*, § 3, 1ste lid Ger.W.).

B. Meerderjarigen

379. Gezag over meerderjarigen is geen kwestie meer van opvoeden. Veeleer gaat het erom verzorging en bescherming te verstrekken aan personen die hiertoe zelf niet meer in staat zijn. Het gaat bijvoorbeeld om de keuze van een verblijfplaats (verzorgingstehuis, familielid, ...) en om medische behandelingen.
Dit moet, indien mogelijk, gebeuren in overeenstemming met de keuzes die de betrokkene zelf maakte in verband met zijn persoonlijkheid (bijvoorbeeld weigering van medische behandelingen, art. 8, § 4, 4de lid Wet Patiëntenrechten).

1.3. OVER WIE WORDT GEZAG UITGEOEFEND?

A. Minderjarigen

380. Minderjarigen staan onder gezag tot aan hun meerderjarigheid (art. 372), ontvoogding (art. 372) of overlijden.

B. Meerderjarigen

381. Meerderjarigen die onbekwaam zijn wat betreft hun persoon, staan onder gezag voor de duur van de onbekwaamheid. Het gaat om personen in staat van verlengde minderjarigheid en gerechtelijk onbekwaam verklaarden.
Soms 'zalft de wetgever ook zonder te slaan' (cf. *Personenrecht in kort bestek*). Over bekwame meerderjarigen die hun belangen niet zelf(standig) kunnen behartigen, is *informele gezagsuitoefening* mogelijk. Dit is soms de gang van zaken bij hoogbejaarden (die in een tehuis zijn opgenomen). Die gang van zaken komt de rechtszekerheid – van de bejaarde en van zijn omgeving – niet ten goede. Bovendien bestaat een grote kans op familietwisten, bijvoorbeeld over wie de bejaarde hoeveel nog mag (bij vrees voor erfenisbejaging) of moet bezoeken.

1.4. DOOR WIE WORDT GEZAG UITGEOEFEND?

A. Ouders

Regels

382. Bij de ouders moet op het gebied van ouderlijk gezag een onderscheid worden gemaakt tussen titulatuur van het gezag – het recht hebben – enerzijds en de uitoefening van gezag anderzijds.

383. Beide ouders in oorspronkelijke (art. 372) of adoptieve (art. 353-8 en 356-1) afstamming zijn *titularis* van het ouderlijk gezag.
Na éénouderadoptie vervalt als regel het gezagsrecht in hoofde van beide oorspronkelijke ouders. Dat is niet zo in geval van stiefouderadoptie. Bij volle stiefouderadoptie blijft de oorspronkelijke afstammingsband, dus ook het gezag, bestaan met de ouder wiens partner adopteert (art. 356-1). Bij gewone stiefouderadoptie behoudt de oorspronkelijke ouder wiens partner adopteert, mede het gezag (art. 353-9), zie daarover Hoofdstuk III.4.

384. Sinds de Wet van 13 april 1995 wordt het ouderlijk gezag als regel *gezamenlijk uitgeoefend* door beide ouders, ook al zijn ze niet (meer) gehuwd en ook al leven zij niet (meer) samen (art. 373, 1ste lid en 374, § 1, 1ste lid).

385. Vereisen dat de ouders samen optreden voor elke opvoedingsbeslissing, bijvoorbeeld bij inschrijving in een sportclub of voor de toelating van een niet-ingrijpende medische behandeling, zou nochtans onnodig en ook onwerkzaam zijn.

Zoals voor het bewind, voorziet de wet daarom in een *vermoeden van instemming* van de andere ouder zo de ene alleen optreedt (art. 373, 2de lid en 374, § 1, 1ste lid).
Dit vermoeden geldt enkel in het voordeel van derden te goeder trouw. De derde zal zich bijvoorbeeld niet op de goede trouw kunnen beroepen als hij weet dat er onenigheid bestaat tussen de ouders of als één ouder uit een godsdienstig gemengd paar alleen optredend een belangrijke beslissing neemt, zoals de besnijdenis van een jongen (art. 409 Sw. verbiedt de besnijdenis van meisjes).
Het vermoeden geldt evenmin als de wet het gezamenlijke optreden vereist. Dat is in de regel zo voor alle beslissingen in verband met de staat van het kind.

386. Bereiken de ouders *geen eensgezindheid* over een beslissing in verband met het gezag, dan kan één van hen de zaak bij de jeugdrechtbank aanhangig maken. De jeugdrechtbank kan in dit geval één van de ouders machtigen om één of meer bepaalde handelingen alleen te verrichten (art. 373, 3de en 4de lid). De jeugdrechtbank kan ook zelf een beslissing nemen in het belang van het kind.
De jeugdrechtbank kan niet de gezagsuitoefening in het algemeen uitsluitend opdragen aan één van de ouders; zij kan de gezamenlijke uitoefening enkel temperen zoals net omschreven.

387. Is één ouder wettelijk onbekend, overleden of verkeert hij in de onmogelijkheid om zijn wil te kennen te geven, dan oefent de andere het ouderlijk gezag alleen uit (art. 375). De onmogelijkheid om zijn wil te kennen te geven kan juridisch of feitelijk zijn (cf. art. 389 en art. 1236*bis* Ger.W.).

388. Blijft er geen beschikbare ouder over, dan ontstaat de voogdij (art. 375, 2de lid en 389).

Bijzonderheden voor niet-samenlevende ouders

389. Er gelden een aantal bijzonderheden voor het geval waarin de ouders niet samenleven.

390. In elk geval waarin de ouders niet samenleven maar het gezag gezamenlijk blijven uitoefenen, moet (door de rechter) worden bepaald welke *verblijfsregeling* op het kind van toepassing zal zijn en waar het in de bevolkingsregisters zal worden ingeschreven als hebbende daar zijn hoofdverblijf (art. 374, § 1, laatste lid). Deze beslissing is nodig omdat de ouders natuurlijk niet beiden het kind bij zich kunnen hebben op grond van het recht van materiële bewaring.

In principe spreken de ouders zelf *onderling* af welke regeling van toepassing zal zijn. Komen ze niet tot een akkoord, dan kunnen ze hun geschil voorleggen aan de rechter. De volgende regeling is dan van toepassing (art. 374, § 2).
Bereiken de ouders tijdens het geding toch nog een *akkoord*, dan moet dit door de rechter worden bekrachtigd tenzij het kennelijk strijdig is met het belang van het kind. Enkel een marginale toetsing is dus mogelijk; in de regel moet de overheid de ouderlijke beslissing respecteren.
Bereiken de ouders ook tijdens het geding geen akkoord, dan legt de rechter de *meest passende verblijfsregeling* op, rekening houdend met de concrete omstandigheden van de zaak en met het belang van het kind en van de ouders.
Als minstens één van de ouders erom verzoekt, onderzoekt hij prioritair de haalbaarheid van het gelijkmatig verdeelde verblijf, dit is het verblijfsco-ouderschap. De rechter kan het verblijfsco-ouderschap dus niet ambtshalve, uit eigen beweging, opleggen. Bovendien verplicht de wetgever hem evenmin het op te leggen als een van de ouders er wel om verzoekt. Is het verblijfsco-ouderschap namelijk niet de meest passende oplossing, dan legt de rechter een ongelijkmatig verdeeld verblijf op, verdeeld in een hoofdverblijf bij de ene ouder en een secundair verblijf bij de andere. Dit secundair verblijf hoeft enerzijds niet beperkt te blijven tot de klassieke regeling van een tweewekelijks weekend(, een woensdagnamiddag) en de helft van de schoolvakanties. Het kan ook uitgebreider worden geformuleerd. Anderzijds is het soms aangewezen het secundair verblijf abstract toe te kennen en de concrete invulling ervan over te laten aan de ouders of aan de mondige kinderen.
De rechter moet zijn beslissing in elk geval, dus ook bij toekenning van het verblijfsco-ouderschap, *bijzonder motiveren*. De wet bevat geen criteria aan de hand waarvan de rechter bijzonder gemotiveerd kan beslissen. Dergelijke criteria zijn wel ontwikkeld in de rechtspraak en rechtsleer. Over de verblijfsregeling wordt beslist met inachtneming van subjectieve of attitudevoorwaarden enerzijds en van objectieve of omkaderingsvoorwaarden anderzijds. Als subjectieve voorwaarden worden doorgaans de mogelijkheid tot overleg tussen de ouders en hun overeenstemmende opvoedingsvisie vooropgesteld. Zo zou een verblijfsco-ouderschap weinig zin hebben als elk overleg tussen de ouders onmogelijk is of als hun opvoedingsvisie te sterk verschilt. Als objectieve voorwaarden zijn gehanteerd: de beschikbaarheid van de ouders, hun betrokkenheid in het leven van het kind, de geschiktheid van hun woning, de mening, leeftijd en sociale aanknopingspunten van het kind en de gezinssituatie van de ouders, zoals de aanwezigheid van een stiefouder.
De rechter kan de verblijfsregeling koppelen aan *modaliteiten*, zoals de verplichte aanwezigheid van grootouders, de verplichte afwezigheid van de nieuwe partner, de verplichte begeleiding door een erkende dienst of het verbod om naar het buitenland te reizen bij vrees voor kinderontvoering.

391. Geraken de niet-samenlevende ouders het niet eens over een opvoedingsbeslissing, dan is de hierboven beschreven regeling van art. 373, 3de en 4de lid van toepassing.

392. Nochtans kan (enkel) bij niet-samenlevende ouders ook worden afgeweken van de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag.
De rechtbank kan de *exclusieve uitoefening* van het gezag aan één van de niet-samenlevende ouders opdragen als zij geen eensgezindheid bereiken over belangrijke opvoedingsbeslissingen of de verblijfsregeling, dan wel eensgezindheid bereiken, maar deze niet in het belang van het kind is.
De exclusiviteit kan ook worden getemperd. De jeugdrechtbank kan bepalen dat sommige opvoedingsbeslissingen uitzonderlijk toch nog samen door de ouders moeten worden genomen (art. 374, § 1, 3de lid). Dit is het spiegelbeeld van de regel van art. 373, 3de en 4de lid.
De ouder die het gezag niet mag uitoefenen, behoudt de volgende rechten:
- het beslissingsrecht over de staat van het kind blijft onaangetast;
- het contact met het kind wordt bereikt via een recht op persoonlijk contact, dat enkel om bijzonder ernstige redenen mag worden geweigerd (art. 374, § 1, 4de lid).[128] Wordt het niet geweigerd, dan bepaalt de rechter de omvang van het contact en de wijze waarop het wordt onderhouden, bijvoorbeeld in levende lijve, via communicatiemiddelen. Het contact in levende lijve omvat doorgaans de klassieke weekend- en vakantieregeling, maar het kan ook beperkter of uitgebreider worden geformuleerd. De rechter kan er dezelfde modaliteiten aan koppelen als bij de verblijfsregeling;
- een recht van toezicht op de opvoeding en op het bewind door de andere ouder. Met dit doel kan de ene ouder alle nuttige informatie inwinnen bij de andere ouder en bij derden. Hij kan zich in het belang van het kind tot de jeugdrechtbank wenden (art. 374, § 1, 4de lid).

B. Voogdij

393. Op grond van art. 405, § 1, 1ste lid draagt de *voogd* zorg over de persoon van de minderjarige en voedt hij de minderjarige op. Hij moet de beginselen naleven waarvoor de ouders kozen toen ze nog beschikbaar waren, in het bijzonder wat betreft de fundamentele beslissingen bedoeld in art. 374, § 1, 2de lid.
In *Personenrecht in kort bestek* werd uiteengezet waarom de bevoegdheid van de voogd ter zake te verregaand is.

---

128 Zie ook Hof Mensenrechten (3de Kamer), nr. 48542/99, 23 juni 2005, Zawadka t. Polen, www.echr.coe.int, §§ 61 en 67.

394. *Pleegvoogdij* is een afgesplitste afstammingsrelatie (IV.3). De pleegvoogd verkrijgt het recht van materiële bewaring en het bewind, niet de overige aspecten van het ouderlijk gezag (Hoofdstuk IV.3.4).

395. *Provoogdij* is de voogdij die door de jeugdrechtbank wordt georganiseerd na ontzetting van de ouder(s) uit het ouderlijk gezag. De provoogd is de persoon die door de jeugdrechtbank of de Sociale Dienst van de Vlaamse Gemeenschap wordt aangewezen om het gezag uit te oefenen (art. 34 e.v. Jeugdbeschermingswet, zie verder).

396. Minderjarigen over wie niemand het ouderlijk gezag, de voogdij of de materiële bewaring heeft, worden toevertrouwd aan het *OCMW* (art. 63 e.v. OCMW-wet). Het gaat bijvoorbeeld om vondelingen.
Kinderen kunnen ook aan het OCMW worden toevertrouwd na ontzetting van de ouders uit het ouderlijk gezag. Binnen de OCMW-raad worden een voogd en toeziend voogd aangesteld. De ontvanger van het OCMW beheert de goederen van het kind.
Deze voogdij eindigt eenmaal de gemeenrechtelijke voogdij georganiseerd is.

397. Er bestaat nog een soort van afgesplitste *voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen*.[129] Het gaat om minderjarigen van buiten de Europese Economische Ruimte die illegaal in België verblijven of er erkenning als vluchteling vragen en niet begeleid worden door hun ouders of voogd. Zij krijgen een voogd om de nodige procedures voor hen te voeren en om zorg over hen te dragen. Het toezicht op deze voogdij gebeurt deels door de Dienst Voogdij bij de FOD Justitie en deels door de vrederechter.

C. Pleegouderschap

S. Becq, "Het juridisch statuut van de pleegouders", *R.W.* 1980-81, 2035-2056 – J. Sosson, "Les aspects juridiques du droit belge en matière de formes alternatives d'accueil", in *Adoption et formes alternatives d'accueil,* Brussel, Story-Scientia, 1990, 153-176.

398. Pleegouders zijn de natuurlijke personen bij wie een kind wordt geplaatst, hetzij vrijwillig door de ouders (al dan niet in het raam van de buitengerechtelijke jeugdbijstand), hetzij op rechterlijk bevel in het raam van de gerechtelijke jeugdbijstand of -bescherming.[130]

---

129 Programmawet 24 december 2002 (art. 479); KB 22 december 2003 tot uitvoering van Titel XIII, Hoofdstuk 6 'Voogdij over niet-begeleide minderjarige vreemdelingen' van de programmawet van 24 december 2002, *B.S.* 29 januari 2004.

130 Vgl. de definitie van 'opvoedingsverantwoordelijke' in art. 2, § 1, 3° Decreet Integrale Jeugdhulp en art. 2, 2° Decreet van 13 juli 2007 houdende de organisatie van de opvoedingsonder-

Pleegouderschap is geen georganiseerde rechtsinstelling. In wezen komt aan de pleegouders in beginsel niets anders toe dan de materiële bewaring (dus niet: het recht van materiële bewaring).
Druppelsgewijs worden de aanspraken van of tegen pleegouders op verspreide plaatsen geregeld.
Zo moeten pleegouders worden gehoord vooraleer een beslissing wordt genomen over de terugplaatsing van het kind bij zijn ouders of plaatsing bij een ander pleeggezin.[131]
In het Decreet Integrale Jeugdhulp en het Decreet houdende organisatie van de opvoedingsondersteuning worden pleegouders als opvoedingsverantwoordelijken beschouwd; in het Decreet Rechtspositie als jeugdhulpaanbieders.

D. Overdracht van de materiële bewaring

399. De overdracht van de materiële bewaring is een paralegale constructie die is uitgedacht door het Hof van Cassatie. Het Hof oordeelde dat de materiële bewaring in het belang van een kind aan derden, *i.c.* de grootouders, kan worden toegekend op grond van algemene bevoegdheden waarover de gevatte rechtbank beschikt – zie verder over deze bevoegdheidsgronden.[132] Verdere rechten dan de materiële bewaring biedt deze constructie niet.
Zo is de overdracht van de materiële bewaring denkbaar aan grootouders als de enige overblijvende ouder de kinderen in gevaar dreigt te brengen door naar een sekte in het buitenland te verhuizen. Zo kan via deze constructie de materiële bewaring worden toevertrouwd aan een stiefouder als het niet aangewezen zou zijn de kinderen van stiefbroers of -zusters te scheiden als een hersamengesteld gezin uit elkaar valt.
De toepassing van de constructie van overdracht van de materiële bewaring is in de rechtsleer wel terecht bekritiseerd in de mate dat de rechter over wettelijk georganiseerde controlemogelijkheden over het ouderlijk gezag beschikt[133], waarover verder meer.

E. Wet Bescherming Persoon Geesteszieke

400. Na de beëindiging van het gedwongen verblijf in een psychiatrische dienst, kan de vrederechter de minderjarige of onbekwaam verklaarde geesteszieke in

---

steuning, *B.S.* 14 augustus 2007 en de definitie van 'opvangouders' in de Memorie van Toelichting bij de nieuwe Jeugdbeschermingswet, *Parl. St.* Kamer 2004-2005, nr. 51-1467/1, p. 46.

131 Grondwettelijk Hof nr. 47/96, 12 juli 1996, *Panopticon* 1997, 297, noot J. Smets; *Jaarboek Mensenrechten* 1996-97, noot P. Vansteenkiste; Grondwettelijk Hof nr. 122/98, 3 december 1998, *J. dr. jeun.* 1998, noot T. Moreau en art. 46 Jeugdbeschermingswet (2006).

132 Cass. 19 december 1975, *Arr. Cass.* 1976, 492.

133 A. De Wolf en F. Aps, "Rechtsbescherming bij materiële bewaring van een kind door een derde", *E.J.* 2004, 54-64.

diens belang toevertrouwen aan een andere persoon dan de ouder of voogd. Deze beslissing blijft van kracht totdat ze door de vrederechter wordt ingetrokken (art. 21 Wet Bescherming Persoon Geesteszieke).
Welke rechten het 'toevertrouwen' inhoudt, is onduidelijk. Wellicht gaat het om de enkele materiële bewaring.

F. Feitelijk gezag

401. In vele opvoedingssituaties wordt feitelijk gezag uitgeoefend door personen die van het gezagsrecht geen titularis zijn. Te denken valt vooral aan hersamengestelde gezinnen of nog aan gevallen van meemoederschap van de lesbische partner.
Naast de onvolledige constructies die ik besprak onder de letters B tot E, bestaat er in België geen mogelijkheid om aan niet-ouders de titulatuur – en uitoefening – van het ouderlijk gezag toe te kennen. Er bestaat ter zake een verschillende behandeling zonder toelaatbare verantwoording. Het komt toe aan de wetgever en niet aan de rechter om dit te verhelpen.[134]
Met de feitelijke gezagsuitoefening wordt hier en daar in het recht wel rekening gehouden, bijvoorbeeld voor de bepaling van verzwarende omstandigheden bij zedenmisdrijven (bijvoorbeeld art. 372 Sw.) of bij de omschrijving van het bijzondere successierechtelijke tarief op legaten van zorgouders aan zorgkinderen (art. 50 W. Succ.).

402. Sommige meerderjarigen zijn ongeschikt om hun belangen zelf(standig) te behartigen terwijl geen maatregel van onbekwaamheid is getroffen. Zoals vermeld, is in dit geval (informele) verzorging en bescherming mogelijk door zogenaamde 'natuurlijke beschermers' (cf. de opsomming in art. 14 Wet Patiëntenrechten).

VIII.2. CONTACT

Zie de bibliografische verwijzingen onder VIII.1.

2.1. SITUERING

403. Het recht op persoonlijk contact is een recht dat voor bepaalde categorieën van personen bestaat om contact te houden met een minderjarige.

---

134 Grondwettelijk Hof nr. 134/2003, 8 oktober 2003, *R.W.* 2003-04, 1016, noot T. Robert en V. Verlinden.

Anders dan bijvoorbeeld het geval is in art. 9.1 Kinderrechtenverdrag, wordt niet aan minderjarigen een recht toegekend om contact te houden met anderen. Dit zou moeilijk organiseerbaar zijn in ons rechtsstelsel. Tegenover meerderjarigen zou de minderjarige dit recht niet kunnen afdwingen, wegens het verbod van lijfsdwang.
Het recht op persoonlijk contact is geregeld in art. 373-375, in art. 375*bis* en in bepaalde rechtspraak.

2.2. WIE?

404. Er zijn drie categorieën van gerechtigden op persoonlijk contact met een minderjarige in ons recht. Ouders en grootouders zijn principieel gerechtigd op contact. Aan andere personen met een bijzondere affectieve band met het kind kan een recht op persoonlijk contact worden toegekend.

405. Het contact dat *ouders* met hun minderjarige kinderen mogen onderhouden, wordt in hoofdzaak geregeld in art. 373-375. In die bepalingen is enkel het recht op persoonlijk contact van juridische ouders in oorspronkelijke of adoptieve afstamming geregeld. Andere 'ouders' (in afgesplitste afstamming), zoals biologische ouders, kunnen zich beroepen op art. 375*bis* en op het zogenaamde natuurrecht (zie verder).
Oefent de betreffende ouder het gezag uit, dan komt zijn recht op persoonlijk contact tot uiting in de uitgewerkte verblijfsregeling.
Oefent de betreffende ouder het gezag niet uit, dan krijgt hij een recht op persoonlijk contact op grond van art. 374, § 1, 4de lid.
Is de ouder geen titularis (meer) van het ouderlijk gezag, bijvoorbeeld na volle adoptie, dan wordt zijn recht op persoonlijk contact gegrond op het natuurrecht (zie verder).

406. Aan *grootouders* komt principieel een recht op persoonlijk contact toe met de minderjarige kleinkinderen (art. 375*bis*).
Met grootouders zijn zowel de grootouders in oorspronkelijke als die in vol adoptieve afstamming bedoeld.
Dit recht vindt zijn grondslag in het natuurrecht, meer bepaald in de betrekkingen van genegenheid, eerbied en toewijding die ten gevolge van bloedverwantschap ontstaan.[135]
Het houdt onder meer in dat de oorspronkelijke grootouders contact kunnen houden met hun kleinkind na de volle adoptie ervan.[136]

---

135 Cass. 22 september 1966, *Arr.Cass.* 1967, 83.
136 Cass. 4 maart 1976, *R.W.* 1976-77, 288, noot H. Nuytinck.

Het recht op persoonlijk contact van de grootouders *bestaat* van rechtswege; over de *uitoefening* ervan moet worden beslist in het belang van het kind (zie verder).

407. Er is op grond van art. 375*bis* een 'virtueel' recht op persoonlijk contact voor *iedere andere persoon* die aantoont dat hij met het kind een bijzondere affectieve band heeft (art. 375*bis*).
Die band moet bestaan vóór het verzoek tot toekenning van een recht op persoonlijk contact en moet wederzijds zijn.
Het gaat bijvoorbeeld om zusters[137], een lesbische meemoeder[138] of nog de pleegouders.
Het recht op persoonlijk contact *bestaat* dus niet van rechtswege, maar slechts voor zover de jeugdrechtbank vaststelt dat aan voornoemde voorwaarden is voldaan. Het kan maar worden *uitgeoefend* voor zover en in de mate dit in het belang van het kind is (zie verder).

408. Bijzonder problematisch is de positie van de biologische ouder, meestal de vader, met wie (nog) geen juridische afstammingsband is vastgesteld.
Heeft deze ook een recht op persoonlijk contact met het kind vanaf de geboorte, als hij op dat ogenblik geen gezin (meer) vormt met de moeder?
Op grond van art. 373-375 heeft hij dit in elk geval niet.
Wellicht biedt art. 375*bis* evenmin een uitweg. De biologische ouder moet een bijzondere affectieve band aantonen met het kind. De loutere bloedband volstaat daartoe niet. Van een affectieve band kan daarnaast maar sprake zijn als de ouder die al met het kind heeft opgebouwd, of toch minstens met de andere ouder voor de geboorte van het kind. De andere ouder heeft wellicht verhinderd dat deze band tot stand kwam. Die andere ouder kan immers op grond van het ouderlijk gezag beslissen dat het kind met de biologische ouder geen contact mocht houden. Bij gebreke van werkelijk gezinsleven (in de zin van art. 8 Verdrag Mensenrechten) is een beroep op art. 375*bis* daarom niet mogelijk voor de biologische ouder.
Bepaalde rechtspraak kent de biologische ouder een recht op persoonlijk contact toe op grond van het 'natuurrecht', meer bepaald op grond van de bloedbanden. Dit is onterecht. Zowel uit de geciteerde rechtspraak van het Hof van Cassatie als uit die van het Hof Mensenrechten blijkt dat het niet de bloedband *op zichzelf* is die een recht op persoonlijk contact rechtvaardigt, maar wel de feitelijke banden van genegenheid die daaruit voortvloeien.

---

137 Zie de opmerkelijke ontvankelijkheidsbeslissing van Hof Mensenrechten (3de Kamer), nr. 75531/01, 21 oktober 2004, I. en U. t. Noorwegen, www.echr.coe.int, waar het contactrecht van de zusters in samenhang met dat van de ouders werd beoordeeld. Voorts Jeugdrb. Namen 22 oktober 2002, *J. dr. jeun.* 2004, 43 in verband met halfbroers en -zusters.

138 Grondwettelijk Hof nr. 134/2003, 8 oktober 2003, *R.W.* 2003-04, 1016, noot T. Robert en V. Verlinden.

2.3. HOE?

409. Bereiken de gezaghebbers over het persoonlijk contact geen overeenkomst met degenen die er aanspraak op maken, dan doet de jeugdrechtbank uitspraak over de uitoefening van het recht (art. 375*bis*, 2de lid en 387*bis*).

2.4. WAT?

410. Over de *uitoefening* van het recht op persoonlijk contact moet (door gezaghebbers of rechtbank) worden beslist in het belang van het kind. Het gaat hierbij zowel om de vorm waarin het contact wordt gehouden als om de omvang ervan.
Meestal wordt 'in levenden lijve' contact gehouden, door een bezoekrecht. Ook andere vormen kunnen worden afgesproken of opgelegd, zoals briefwisseling, telefoon of sms, e-mail of chatten.
Aan de gezaghebber kan worden opgelegd aan de uitoefening van het recht op persoonlijk contact mee te werken, bijvoorbeeld door een gsm ter beschikking te stellen of een eigen account voor het kind op de computer aan te maken. Ook zijn afspraken nodig over de verdere modaliteiten en kosten, zoals: wie het kind haalt, wie het trein- of vliegtuigticket betaalt, enzovoort.
De titularis van het recht op persoonlijk contact krijgt hoogstens de materiële bewaring van het kind tijdens de bezoeken. Op geen enkele wijze kan hij aanspraak maken op eigenlijke (ouderlijke) gezagsrechten. Dit wordt wel eens uit het oog verloren als aan lesbische meemoeders een recht op persoonlijk contact wordt toegekend na beëindiging van de relatie met de ouder.

VIII.3 HANDHAVING VAN GEZAG EN CONTACT

411. Vele ouders begrijpen niet dat – zeker sinds de Wet van 13 april 1995 – hun onderling relationeel conflict of hun conflict met gerechtigden op contact – bijvoorbeeld de grootouders van de andere familielijn – losstaat van de kinderen. Zij dwarsbomen elkaar of andere gerechtigden op contact door rechterlijke beslissingen te saboteren of de kinderen tegen de andere ouder of gerechtigde op te zetten. Vaders beklagen zich bijvoorbeeld dikwijls over moeders die 'vergeten' om propere kleren, noodzakelijke documenten en dergelijke mee te geven bij de tweewekelijkse contacten, die hun kinderen in allerhande sportclubs inschrijven, zodat van het weekeinde niet veel overblijft voor contact met de vader, of die de kinderen hoe dan ook niet laten vertrekken. Ouders met gezagsrecht hebben nochtans een verplichting om hun kinderen (psychologisch) voor te bereiden op en zelf mee te werken aan serene contacten met de andere ouder of gerechtigde; bij

gebreke daarvan kunnen ze zelfs strafbaar zijn wegens niet-afgifte van het kind (zie verder).
De juridische mogelijkheden tot handhaving van afspraken over gezag en contact zijn lang ontoereikend geweest om diverse redenen. Nochtans rust op de overheid een positieve verplichting onder art. 8 Verdrag Mensenrechten om de uitoefening van gezags- en contactrechten, binnen redelijke grenzen, mogelijk te maken.[139] In de Wet van 18 juli 2006 over het verblijfsco-ouderschap is het handhavingsrecht daarom aangepast.

412. Er is een rechterlijke *fast track* procedure bij weigering door (één van) de ouders tot uitvoering van de afspraken over gezag en contact die bij rechterlijke beslissing werden vastgesteld of die in de familierechtelijke overeenkomst voorafgaand aan de echtscheiding door onderlinge toestemming werden gemaakt (art. 387*ter*, § 1 en 2).
Niet-uitvoering van andere – notariële – afspraken kan helaas niet via deze procedure worden opgelost.
Ten gronde kan de rechtbank de volgende handhavingsmaatregelen treffen. In geval van absolute noodzaak en op bewijs van niet-uitvoering door een ouder na daartoe te zijn aangemaand, kan zij die handhavingsmaatregelen ook op eenzijdig verzoekschrift – in een 'verrassingsprocedure' – opleggen.
De handhavingsmaatregelen zijn uitvoerbaar bij voorraad; dit wil zeggen dat ze ten uitvoer kunnen worden gelegd niettegenstaande hoger beroep.

413. Op de eerste plaats kan de rechter een *nieuwe beslissing* nemen over het ouderlijk gezag, over de verblijfsregeling en over het persoonlijk contact.
Meest voor de hand ligt een aanpassing van de modaliteiten waaronder gezag en contact worden uitgeoefend, bijvoorbeeld door een nauwkeuriger omschrijving van tijdstip en plaats van de wisselmomenten of door de begeleiding in een neutrale ontmoetingsruimte op te leggen.
Verdergaand zou de rechter ook de gezags-, verblijfs- of contactregeling zelf kunnen wijzigen in het voordeel van het slachtoffer van de niet-uitvoering. Het hoofdverblijf van het kind kan aldus worden gewisseld. De rechter moet zich bij dit soort beslissingen terughoudend opstellen. Gezag, verblijf en contact moeten worden georganiseerd in het belang van het kind en niet als sanctie van een onwillige ouder.[140]

---

139 Bv. Hof Mensenrechten (3de Kamer), nr. 48542/99, 23 juni 2005, Zawadka t. Polen, www.echr.coe.int, §§ 53, 55-56 en 67; Hof Mensenrechten (3de Kamer), nr. 37284/02, 13 juli 2006, Lafargue t. Roemenië, www.echr.coe.int, §§ 82-104. Over de problematiek G. Maes, "Jeugd(beschermings)recht in internationaal perspectief: invloeden van het EVRM", in *De procesbekwaamheid van minderjarigen*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 297, nr. 42 e.v.

140 Vgl. Hof Mensenrechten (2de Kamer), nr. 46572/99, 28 september 2004, Sabou en Pircalab t. Roemenië, www.echr.coe.int, §§ 44-49: beperkingen aan het ouderlijk gezag moeten in ver-

414. Op de tweede plaats kan de rechter de tenuitvoerlegging via *dwangmaatregelen* toestaan, waarvan hij de aard en de modaliteiten van uitoefening in het belang van het kind moet omschrijven.
In het algemeen kan voor de gedwongen tenuitvoerlegging van uitvoerbare (rechterlijke of notariële) akten – soms door bemiddeling van het Openbaar Ministerie (art. 139 Ger.W.) – een beroep worden gedaan op een gerechtsdeurwaarder en de 'sterke arm'.
Lijfsdwang mag daarbij zonder wettelijke grondslag niet worden uitgeoefend: *nemo praecise ad factum cogi potest*. In de lijn van dit algemene rechtsbeginsel aanvaardde het Hof van Cassatie dat de rechter het gebruik van uitvoerings- of dwangmaatregelen tegen kinderen kon verbieden.[141] Dit arrest betrof kinderen die voldoende matuur waren om zich tegen omgang met hun vader te verzetten. Hun belang en rechten wogen daarom op tegen het recht op eerbiediging van het recht op gezinsleven van de vader.[142] Nochtans weigerden de gerechtsdeurwaarders en politiediensten na het arrest hun medewerking aan dwanguitvoering tegen om het even welk, ook onmondig, kind. Die situatie was niet bevredigend wegens de straffeloosheid voor de ouder-dader die eruit voortvloeide. Bovendien kan het bij jonge, onmondige kinderen minder schadelijk zijn om het verzet (van de ouder-dader) via dwanguitvoering te breken dan de band tussen de ouder-slachtoffer en het kind te laten teloorgaan.
Sinds de Wet van 18 juli 2006 kan de rechter de dwanguitvoering daarom, na een afweging van belangen, toestaan. Zonder een dergelijke toelating is dwanguitvoering niet toegelaten. Doorgaans zal de dwanguitvoering door de bemiddeling van een gerechtsdeurwaarder gebeuren. De rechter kan ook bepalen dat deze gerechtsdeurwaarder mag worden vergezeld door een familielid, een maatschappelijk werker of een psycholoog, om trauma's bij het kind zo veel als mogelijk te vermijden.

415. Een derde, onrechtstreeks, middel van tenuitvoerlegging is de toewijzing van een *dwangsom* aan het slachtoffer van de niet-naleving van afspraken over gezag en contact door de ouder-dader (art. 1385*bis* e.v. Ger.W.).[143] De rechter kan, zelfs in een afzonderlijke beslissing, bepalen dat de ouder-dader per tijdvak of per niet-naleving een bepaalde som verschuldigd zal zijn aan het slachtoffer.
Tenuitvoerlegging van de dwangsom is in afwijking van een algemene regel mogelijk op alle inkomsten van de ouder-dader (art. 1412 Ger.W.).
Toekenning van een dwangsom is uiteraard niet aangewezen in gevallen waarin de rechtstreekse tenuitvoerlegging ook niet zou worden toegestaan, bijvoorbeeld

band staan met het belang van het kind.

141 Cass. 11 maart 1994, *R.W.* 1994-95, 671.

142 Zie ook Hof Mensenrechten (4de Kamer), nr. 182/49/02, 9 mei 2006, C. t. Finland, www.echr.coe.int, § 61.

143 Benelux Hof 11 mei 1982 (Ladan t. De Bruin), *R.W.* 1982-83, 289, concl. F. Dumon, noot M. Storme.

indien het mondige kind zich verzet tegen de afspraken. In een dergelijk geval zou de ouder-dader overigens kunnen vragen van de dwangsom te worden bevrijd wegens de onmogelijkheid tot uitvoering van de afspraken.

416. Het voorgaande geldt onverminderd de *strafrechtelijke vervolging* van de ouder-dader wegens het misdrijf niet-afgifte van een kind aan degene die er 'recht' op heeft (art. 432 Sw.). Niet alleen mag een ouder niet zelf verhinderen dat het kind desgewenst contact zou houden met de andere ouder. Hij kan ook strafbaar zijn als hij niet zijn opvoedingsplicht nakomt om het rebellerende kind ertoe aan te zetten zich toch te schikken naar de verblijfs- of contactrechten van de andere ouder en die rechten aldus dwarsboomt.[144] Noch noodzakelijk[145] noch voldoende[146] voor strafbaarstelling is dat een ouder het kind er niet toe aanzet genegenheid voor de andere ouder te blijven voelen.
De vrees of het verzet van een (mondig) kind voor resp. tegen contacten met de andere ouder kan voor de ene ouder wel een noodtoestand uitmaken die de niet-afgifte van het kind zou rechtvaardigen.[147]

417. Door de toenemende internationale mobiliteit gaat er op internationaal, Europees en nationaal niveau ook veel aandacht naar de handhaving van afspraken over gezag en contact in *internationale gezinnen*, meer in het bijzonder na internationale kinderontvoering (art. 1322*bis* e.v. Ger.W.).[148] Op Staten rusten ook in dit verband positieve verplichtingen onder art. 8 Verdrag Mensenrechten om internationale kinderontvoeringen te voorkomen[149] en ertegen op te treden.[150]

418. In geval van (informeel) gezag over *meerderjarigen* kunnen de beschreven maatregelen niet worden toegepast. Familiale conflicten over bezoekrechten en -plichten blijven daar dikwijls onopgelost of worden opgelost met te vérgaande maatregelen zoals de dwangopneming.

---

144 Cass. 2 december 1997, *Div. Act.* 1998, 102; Cass. 11 oktober 2006, http://jure.juridat.just.fgov.be/; Cass. 5 september 2007, http://jure.juridat.just.fgov.be/.

145 Cass. 5 september 2007, http://jure.juridat.just.fgov.be/.

146 Cass. 22 oktober 1980, *Arr. Cass.* 1980-81, 198.

147 Cass. 19 oktober 2005, *R.W.* 2006-07, 1605, waar dit verweer niet werd aanvaard omdat de moeder haar kind zelf de angst had ingelepeld.

148 Over deze problematiek M. Pertegás Sender, "La responsabilité parentale, l'enlèvement des enfants et les obligations alimentaires", in P. Wautelet (coord.), *Actualités du contentieux familial international*, Bruxelles, Larcier, 2005, 183, 37.

149 Bv. Hof Mensenrechten (3de Kamer), nr. 48542/99, 23 juni 2005, Zawadka t. Polen, www.echr.coe.int, §§ 64-65.

150 Bv. Hof Mensenrechten (1ste Kamer), nr. 35030/04, 15 december 2005, Karadzic t. Kroatië, www.echr.coe.int, §§ 51-54 en 63.

VIII.4. OVERHEIDSTUSSENKOMST IN DE OPVOEDING VAN MINDERJARIGEN

B. De Smet, *Jeugdbeschermingsrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Intersentia, 2007 – J. Put, *Handboek jeugdbeschermingsrecht*, Brugge, die Keure, 2006 – J. Put en M. Rom (eds.), *Het nieuwe jeugdrecht*, Brussel, Larcier, 2007 – J. Smets, *Jeugdbeschermingsrecht*, in *A.P.R.*, Antwerpen, Kluwer, 1996 – E. Verhellen, *Jeugdbeschermingsrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1996.

4.1. SITUERING

419. In beginsel beslissen de ouders samen over de opvoeding van hun minderjarige kinderen. Deze beslissingen dienen door de overheid te worden gerespecteerd. In de voorgaande paragrafen is echter al veelvuldig gewezen op de rechterlijke tussenkomst ingeval de ouders geen overeenstemming bereiken of deze overeenstemming niet in het belang is van het kind. De rechter duidt dan aan welke ouder beslissingsbevoegd wordt of, verdergaand, welke beslissing moet worden genomen. In deze paragraaf bied ik eerst een overzicht van de verschillende contexten waarbinnen een dergelijke rechterlijke tussenkomst mogelijk is.

420. Ruimer bekeken, strekt het ouderlijk gezag ertoe kinderen op te voeden tot rechtssubjecten die zich zelfstandig in het rechtsverkeer kunnen handhaven. Ouders moeten hun kinderen dan ook de spelregels van de samenleving aanleren. Doen zij dat niet, maar enkel dan[151], zal die samenleving rechtstreeks in de opvoedingsrelatie tussenkomen. Deze tussenkomst heet, in de ruime zin van het woord, jeugdbescherming. Een van de aspecten daarvan is dat de Staat de 'maatschappij-integrerende' werking van de opvoeding controleert en zonodig bijstuurt. Zo handhaaft de Staat zichzelf: hij zorgt ervoor dat in de samenleving geen rechtssubjecten komen die hem zouden ondermijnen. In punt 5°, d van de voorafgaande titel bij de Jeugdbeschermingswet wordt aldus uitdrukkelijk bepaald dat de jeugdbescherming tot doel heeft de minderjarige aan te moedigen zich de maatschappelijke normen eigen te maken. In art. 3, § 1, 1ste lid Decreet Integrale Jeugdhulp wordt als doelstelling vermeld: de zo volledig mogelijke integratie van minderjarigen in de maatschappij.

421. In een tweede onderdeel van deze paragraaf ga ik dan ook in op de gestructureerde organisatie van de jeugdbescherming in drie soorten bijzondere maatregelen:

– de maatregelen over de ouders, wanneer zij tekortschieten aan hun verplichtingen;

151 Punt 5°, b voorafgaande titel Jeugdbeschermingswet.

- de maatregelen over de minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit pleegden en
- de (verplichte) bijstand in situaties die problematisch zijn voor de opvoeding, ongeacht de oorzaak.

De eerste twee maatregelen betreffen het burgerlijk en strafrecht en zijn daardoor federale bevoegdheden. Ze worden geregeld in de Jeugdbeschermingswet.
De derde maatregel betreft bijstand aan personen en is daardoor een bevoegdheid van de Gemeenschappen. Ze is geregeld in de Gecoördineerde Decreten Bijzondere Jeugdbijstand. Alle bijstand aan de jeugd wordt overkoepelend geregeld in het Decreet Integrale Jeugdhulp en het Decreet Rechtspositie.[152]
Hierna komen enkel de essentialia aan bod.

4.2. ALGEMENE GRONDSLAGEN VOOR RECHTERLIJKE TUSSENKOMST

422. In beginsel maken de ouders onderling de nodige afspraken als ze samen het gezag uitoefenen. Dergelijke onderhandse afspraken kunnen echter niet (gedwongen) ten uitvoer worden gelegd in geval van niet-naleving ervan door één van hen. Enkel notariële akten en gerechtelijke beslissingen zijn immers uitvoerbaar. Een eerste mogelijkheid voor de ouders om bindende afspraken op papier te zetten, is dan ook deze in een *notariële akte* op te nemen. Buiten de (notariële) afspraken in het raam van de echtscheiding door onderlinge toestemming is de *fast track* procedure voor tenuitvoerlegging hierop echter niet van toepassing.
Daarnaast kunnen afspraken over gezag over en contact met kinderen in het raam van de volgende gerechtelijke procedures tot stand komen. In elk van die procedures wordt getracht het akkoord van de ouders onderling of met gerechtigden op contact als uitgangspunt te nemen, tenzij het *kennelijk* strijdig zou zijn met het belang van het kind.
Los van de hierna te bespreken bijzonderheden, kan elke rechtbank het akkoord van de partijen bekrachtigen in een akkoordvonnis (art. 1043 Ger.W.).

423. De ouders kunnen met elkaar of met gerechtigden op contact door middel van *vrijwillige bemiddeling* (art. 1730 e.v. Ger.W.) tot een akkoord trachten te komen. Dit akkoord kan vervolgens worden gehomologeerd in een *akkoordvonnis*, waardoor het de kracht van een rechterlijke beslissing krijgt. De homologatie wordt geweigerd als het akkoord strijdig is met de openbare orde of met de belangen van de minderjarige kinderen (art. 1733 Ger.W.).

---

152 Daarover J. Put en I. Van der Straete, "Integrale Jeugdhulp en Rechtspositie Minderjarige", *T.J.K.* 2004, 230.

424. Betwistingen in verband met gezag en contact (art. 373, 374, 375*bis*) worden op grond van art. 387*bis* als regel voorgelegd aan de jeugdrechtbank, op verzoek van de ouder(s), van de gerechtigde op contact (art. 375*bis*) of van het Openbaar Ministerie.
Naar de letter van de wet heeft het *kind zelf* geen vorderingsrecht. Vanaf de leeftijd van twaalf jaar moet het wel door de jeugdrechtbank worden gehoord in geschillen over contact en gezag (art. 56*bis* Jeugdbeschermingswet). Vóór die leeftijd en voor andere rechtscolleges kan het op eigen initiatief of op initiatief van de rechter worden gehoord als het voldoende matuur is (onderscheidingsvermogen heeft: art. 931 Ger.W.). Aan de mening van het kind mag evenwel niet een zodanig gewicht worden gehecht dat het een vetorecht zou krijgen[153]; de mening van het (zelfs mature) kind dient niet altijd zijn belang.
De jeugdrechtbank zal de partijen op de eerste plaats trachten te *verzoenen* of hen trachten door te verwijzen naar de *gerechtelijke bemiddeling* (art. 1734 e.v. Ger.W.). Wordt in het raam van de bemiddeling een akkoord bereikt, dat wordt dit door de jeugdrechtbank gehomologeerd, tenzij het strijdig is met de openbare orde of met de belangen van de minderjarige kinderen (art. 1736 Ger.W.). Zoals vermeld, dient de jeugdrechtbank in de regel ook het akkoord te homologeren dat de partijen tijdens het geding bereiken over de verblijfsregeling, tenzij dit akkoord *kennelijk* strijdig is met het belang van het kind (art. 374, § 2, 1ste lid).
Bij gebreke van verzoening of bemiddeling beslist de rechtbank.
Nieuwe elementen kunnen laagdrempelig aan de jeugdrechtbank worden voorgelegd nadat een beslissing is genomen. Het dossier blijft ingeschreven op de rol tot aan de meerderjarigheid of ontvoogding van het minderjarige kind ('permanente saisine', art. 387*bis*, voorlaatste lid). Deze soepele wijze om de jeugdrechtbank te vatten, vergroot wel de kans op *legal stalking*.

425. Zijn de ouders met elkaar gehuwd, dan kan de huwelijks- of echtscheidingsrechter zich ook uitspreken over de afspraken met betrekking tot de kinderen. Op die wijze wordt vermeden dat de echtgenoten zich tot verschillende rechtbanken moeten richten. De relevante mogelijkheden worden hierna vermeld; ze komen aan bod in de volgende hoofdstukken.
De *dringende voorlopige maatregelen* die de vrederechter op grond van art. 223 tussen gehuwden kan bevelen, kunnen ook de persoon en de goederen van de kinderen betreffen. Deze maatregelen blijven ook na de inleiding van de echtscheidingsvordering en na de ontbinding van het huwelijk gelden, tot aan de herziening door de bevoegde rechtbank.
Tijdens de procedure tot *echtscheiding op grond van de onherstelbare ontwrichting van het huwelijk* kan de rechtbank van eerste aanleg ten eerste het akkoord homo-

153 Hof Mensenrechten (4de Kamer), nr. 182/49/02, 9 mei 2006, C. t. Finland, www.echr.coe.int, § 58.

logeren dat de echtgenoten over de persoon en de goederen van de kinderen bereikten, tenzij dit duidelijk in strijd is met hun belang (art. 1256, 1ste en 2de lid Ger.W.). Bij gebreke daarvan beveelt de voorzitter van de rechtbank de nodige voorlopige maatregelen (art. 1280, 1ste lid Ger.W.). Deze maatregelen blijven na de echtscheiding gelden tot de herziening ervan door de bevoegde rechter (art. 302).
Voorafgaand aan hun verzoek tot *echtscheiding door onderlinge toestemming* dienen de echtgenoten in een familierechtelijke overeenkomst de nodige afspraken te maken over de persoon en de goederen van de minderjarige kinderen (art. 1288, 1ste lid, 2° Ger.W.). In de regel worden deze afspraken gehomologeerd in het echtscheidingsvonnis (art. 1298 Ger.W.). De rechter kan echter een wijziging voorstellen van de afspraken die hem strijdig lijken met de belangen van de kinderen. Geven de echtgenoten daaraan geen gevolg, dan kan hij schrapping of wijziging bevelen van de afspraken die kennelijk strijdig zijn met de belangen van de minderjarige kinderen (art. 1290 Ger.W.).

426. Bij *wettelijk samenwonende* ouders kan de vrederechter in het raam van art. 1479 dringende voorlopige maatregelen bevelen over de persoon en de goederen van de kinderen. Deze maatregelen vervallen bij de ontbinding van de wettelijke samenwoning. Na die ontbinding kan de vrederechter binnen de drie maanden nog maatregelen bevelen met een maximale duur van 1 jaar.

4.3. MAATREGELEN OVER DE OUDERS

A. Voogdij over sociale uitkeringen

427. De Staat voorziet voor de opvoedingskosten van kinderen in kinderbijslag en andere sociale uitkeringen. Deze bedragen moeten worden gebruikt in het belang van de kinderen. Gebeurt dat niet en worden de kinderen grootgebracht in omstandigheden die kennelijk en doorgaans niet voldoen op het vlak van voeding, huisvesting en hygiëne, dan kan een *voogd over de sociale uitkeringen* worden aangesteld.
De aanstelling gebeurt op vordering van het Openbaar Ministerie.
De jeugdrechtbank wijst een (rechts)persoon aan, bijvoorbeeld de Sociale Dienst van de Vlaamse Gemeenschap bij de jeugdrechtbank, om de uitkeringen te innen en te besteden voor de behoeften van de kinderen en de gezinsuitgaven die hen betreffen (art. 29 Jeugdbeschermingswet).

B. Ouderstage

428. Jeugddelinquentie – het plegen van als misdrijf omschreven feiten door minderjarigen – ontstaat soms (mede) door de onverschilligheid die hun ouders aan de dag leggen. De wetgever voorziet daarom in een maatregel waarmee (enkel) de ouders van jeugddelinquenten (opnieuw) worden gemobiliseerd om zich om het lot van de minderjarige te bekommeren en hem een goede opvoeding te geven. Ouders kunnen namelijk worden verplicht een *ouderstage* te volgen (art. 29*bis* Jeugdbeschermingswet; vgl. art. 45*bis* Jeugdbeschermingswet voor de vrijwillige ouderstage op voorstel van het Openbaar Ministerie).
De ouderstage kan maar worden opgelegd als cumulatief aan drie voorwaarden is voldaan:
- de jeugdrechtbank heeft een als misdrijf omschreven feit waarvoor de minderjarige werd vervolgd, bewezen verklaard én de minderjarige een maatregel opgelegd;
- de ouders zijn duidelijk onverschillig voor de delinquentie van hun kind en deze onverschilligheid draagt bij tot de problemen van de minderjarige;
- het volgen van de ouderstage kan de minderjarige zelf ten goede komen.

De stage wordt ambtshalve of op vordering van het Openbaar Ministerie opgelegd door de jeugdrechtbank. Het gaat om een sanctie; niet-naleving ervan leidt tot bestraffing (art. 85 Jeugdbeschermingswet).
De doelstellingen en inhoud van de ouderstage worden omschreven in een samenwerkingsakkoord dat tussen de federale overheid en de Gemeenschappen wordt gesloten. De Gemeenschappen organiseren de ouderstage.
Wellicht zou het zinvol zijn het toepassingsgebied van de ouderstage uit te breiden tot ouders van niet-delinquente minderjarigen ('POS'-situaties, waarover verder).

C. Opvoedingsbijstand

429. Jongeren zijn in de regel leerplichtig van hun 6 tot hun 18 jaar. Behalve bij huisonderwijs moeten de ouders van de minderjarige, of de persoon die hem onder zijn bewaring heeft, zorgen voor inschrijving in een school en voor regelmatig schoolbezoek. Doen ze dat niet, dan zijn ze strafbaar (art. 1, § 1, 3, § 1 en 5, § 1 Leerplichtwet). Het Openbaar Ministerie kan de jeugdrechtbank bovendien verzoeken om maatregelen van opvoedingsbijstand bedoeld in art. 31 (federale tekst) Jeugdbeschermingswet op te leggen (art. 5, § 4 Leerplichtwet).

D. Ontzetting van het ouderlijk gezag

430. De ontzetting van het ouderlijk gezag is de ontneming aan de ouders van de titulatuur (en bijgevolg de uitoefening) van rechten die met betrekking tot hun kinderen voortvloeien uit de afstamming.

431. De mogelijkheid tot ontzetting bestaat enkel voor het *ouderlijk gezag*, dus voor ouders. In andere gezagssituaties bestaan bijzondere regels over de controle op de gezaghebber, bijvoorbeeld de ontzetting van de voogd (art. 398).
De ontzetting is gemaakt op maat van de ouders van een *minderjarige*.
In de rechtspraak is betwist of de ontzetting van het gezag ook mogelijk is van ouders over een kalendermeerderjarige *verlengd minderjarige*. Het antwoord hangt hiervan af of men de ontzetting in verband brengt met de persoon en goederen van de minderjarige dan wel met die van zijn ouders. Hoe dan ook is de open norm van art. 475*quater*, 1ste lid van toepassing: het ouderlijk gezag kan altijd vervangen worden door de voogdij.
Ontzetting van het gezag is ook nog mogelijk *na de meerderjarigheid* van het kind.[154] Daarmee wordt bereikt dat de ouders hun recht op levensonderhoud (art. 205) en erfrecht tegenover hun kinderen verliezen.

432. Ontzetting is *mogelijk* – niet verplicht – in drie gevallen (art. 32 Jeugdbeschermingswet):

1/ de ouder heeft een criminele of correctionele veroordeling opgelopen wegens feiten gepleegd op of met hulp van een van de kinderen of afstammelingen;

2/ de ouder brengt door slechte behandeling, misbruik van gezag, kennelijk slecht gedrag of erge nalatigheid de gezondheid, veiligheid of zedelijkheid van het kind in gevaar.
Dit gedrag hoeft niet toerekenbaar te zijn aan de schuld van de ouder; deze kan voor de feiten ontoerekeningsvatbaar zijn.
De meeste ontzettingen gebeuren onder deze tweede noemer. Te denken valt aan druggebruik, prostitutie, pedoseksualiteit, de moord door de ene op de andere ouder;

3/ de ouder huwt met iemand die van het ouderlijk gezag is ontzet.
Wellicht schendt deze bepaling het gelijkheidsbeginsel nu zij enkel geldt voor het huwelijk en hoe dan ook onevenredige gevolgen sorteert. Wegens de inbreuk op het gezinsleven die uit deze bepaling voortvloeit, moet ze restrictief worden toegepast. Er zijn trouwens nog geen gepubliceerde toepassingen van.

---

154 Cass. 6 mei 1987, *Arr. Cass.* 1986-87, 1170.

433. De ontzetting wordt uitgesproken door de jeugdrechtbank, op vordering van het Openbaar Ministerie (art. 32, 3de lid Jeugdbeschermingswet).

434. De ontzetting kan algemeen zijn of bijzonder.
Zij is algemeen als zij betrekking heeft op alle kinderen, en bijzonder als zij enkel (een) bepaald(e) kind(eren) betreft.

435. De ontzetting is geheel of gedeeltelijk.
Zij is geheel als zij alle ouderlijke rechten en plichten betreft. In dit geval omvat zij ten aanzien van het kind *en* van diens afstammelingen (art. 33 Jeugdbeschermingswet):
- uitsluiting van het recht van bewaring en opvoeding;
- onbekwaamheid om de kinderen te vertegenwoordigen, tot hun handelingen toestemming te verlenen en hun goederen te beheren;
- uitsluiting van het recht van genot bedoeld in art. 384;
- uitsluiting van het recht om levensonderhoud te vorderen;
- uitsluiting van het recht om hun nalatenschap geheel of ten dele te verkrijgen overeenkomstig art. 746;
- algemene onbekwaamheid om voogd, pleegvoogd, toeziend voogd of curator te zijn (bijvoorbeeld over de kleinkinderen);
- uitsluiting van het recht om toe te stemmen in de adoptie van het kind wanneer het vonnis dit uitdrukkelijk bepaalt.

Gedeeltelijke ontzetting slaat enkel op de rechten die de jeugdrechtbank uitdrukkelijk bepaalt.

436. De ontzetting is hoe dan ook tijdelijk, in die zin dat de jeugdrechtbank ze altijd kan intrekken (art. 60 Jeugdbeschermingswet).

437. Zoals vermeld, duidt de jeugdrechtbank in geval van ontzetting een provoogd aan die de rechten zal uitoefenen waarvan de ouder is ontzet. In principe wordt de niet-ontzette ouder provoogd (art. 34-35 Jeugdbeschermingswet).

4.4. MAATREGELEN OVER MINDERJARIGEN WEGENS EEN ALS MISDRIJF OMSCHREVEN FEIT ('MOF')

Zie, naast de algemene bibliografische verwijzingen, B. De Smet, "De strafprocedure voor minderjarigen na de wetten van 15 mei 2006 en 13 juni 2006: Jeugdbeschermingsrecht met een vleugje jeugdsanctierecht", *R.W.* 2006-07, 342 – X, "Dossier: Het jeugdbeschermingsrecht hervormd", Themanummer *T.J.K.* 2006, nr. 4, 269 e.v. (met bijdragen G. Decock, E. Dumortier & J. Christiaens, A. Nuytiens, S. Van Rumst en S. Vandromme).

Ministeriële Omzendbrief nr. 1/2006 van 28 september 2006 betreffende de wetten van 15 mei en 13 juni 2006 tot wijziging van de wetgeving betreffende de jeugdbescherming en het ten laste nemen van minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd, *B.S.* 29 september 2006; Ministeriële Omzendbrieven nrs. 1 en 2/2007 van 7 maart 2007 betreffende de wetten van 15 mei 2006 en 13 juni 2006 tot wijziging van de wetgeving betreffende de jeugdbescherming en het ten laste nemen van minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd, *B.S.* 8 maart 2007.

438. Bepaald gedrag of nalaten van gedrag is in het strafrecht als misdrijf omschreven. Het is strafbaar als de dader van het misdrijf schuldbesef had – of toerekeningsvatbaar was. De strafrechtelijke meerderjarigheid ligt in België in de regel op achttien jaar. Minderjarigen worden wegens een vermoed gebrek aan schuldbesef als regel niet vervolgd.
Uiteraard kunnen minderjarigen wel feiten plegen die als misdrijf omschreven zijn (art. 36, 4° Jeugdbeschermingswet). Een dergelijk gedrag legt soms een opvoedingsprobleem bloot waarvoor de minderjarige zelf niet verantwoordelijk is.
Het uitgangspunt van de Jeugdbeschermingswet is dan ook dat de minderjarige in *bescherming* moet worden genomen tegen zijn sociale omgeving en dat zijn opvoeding beter moet worden gewaarborgd.

439. Een dergelijk zuiver *beschermingsmodel* is voor discussie vatbaar. De juridische evolutie waarbij aan minderjarigen steeds meer vrijheid wordt toegekend, vereist dat zij ook verantwoordelijkheid opnemen voor het gebruik van die vrijheid. Misbruik van de vrijheid moet, zoals bij meerderjarigen, worden bestraft. Niet alleen de minderjarige maar ook de maatschappij moet immers worden beschermd. Het model van jeugdbescherming van 1965 is in 2006 dan ook aangelengd met een smaak van *jeugdsanctie. Jeugd*sanctierecht is geen onverkorte toepassing van het volwassenensanctierecht: het is afgestemd op de doelgroep.[155]

440. Er is nog een derde betrokkene bij de jeugddelinquentie: het slachtoffer. Onder het jeugdbeschermingsmodel van 1965 bleef ook hij te veel in de kou staan. In de hervorming van 2006 is de positie van het slachtoffer verbeterd, door een duidelijk accent te leggen op het herstel van de schade die de minderjarige aanricht. Het slachtoffer wordt actief bij het *herstelmodel* betrokken.

441. De wijzigingen aan de Jeugdbeschermingswet treden gefaseerd in werking met als uiterste datum van inwerkingtreding 1 januari 2009. Hieronder wordt de stand van zaken bij het ter perse gaan van dit boek weergegeven.

442. Het beschermingsmodel, aangelengd met smaken van sanctie en herstel, is als volgt vertaald in de gevolgen die de jeugdrechtbank, op vordering van het

155 Punt 4° voorafgaande titel Jeugdbeschermingswet.

Openbaar Ministerie, kan hechten aan jeugddelinquentie. De volgende subsidiariteitsregel moet daarbij in acht worden genomen (art. 37, § 2, 3de lid Jeugdbeschermingswet).

1/ Op de eerste plaats moet de jeugdrechtbank trachten tot een *herstelrechtelijke oplossing* te komen.[156]
Enerzijds kan via *bemiddeling* tussen de minderjarige, zijn ouders en het slachtoffer een oplossing worden gezocht voor de relationele en materiële gevolgen van de delinquentie.
Anderzijds kan via *herstelgericht groepsoverleg* samen met de ruimere omgeving van de minderjarige naar een oplossing worden gezocht (art. 37*bis* e.v. Jeugdbeschermingswet).

2/ Op de tweede plaats heeft de jeugddelinquent de mogelijkheid om zelf een *project* aan de jeugdrechtbank voor te leggen waarin hij een oplossing voorstelt voor het herstel van de aangerichte schade – bijvoorbeeld verontschuldigingen – en voor de bijsturing van zijn opvoeding – bijvoorbeeld een behandeling volgen voor zijn verslaving (art. 37, § 2*ter* Jeugdbeschermingswet).

3/ Ondergeschikt aan de voorgaande oplossingen kan de jeugdrechtbank al dan niet cumulatief *maatregelen van bewaring, behoeding of opvoeding* opleggen (art. 37, § 2 Jeugdbeschermingswet).
- In eerste instantie moet de voorkeur gaan naar maatregelen waarbij de minderjarige in zijn leefomgeving kan blijven (art. 37, § 2, 1ste lid, 1°-5° Jeugdbeschermingswet). Aan minderjarigen boven de twaalf jaar kunnen in dit verband voorwaarden worden opgelegd zoals een prestatie van opvoedkundige aard en algemeen nut of een huisarrest (art. 37, § 2*bis* Jeugdbeschermingswet).
- De plaatsing van de minderjarige in een open instelling is in tweede instantie maar mogelijk als andere oplossingen niet volstaan.
- De plaatsing in een gesloten instelling is de laatste optie, die aan bijkomende voorwaarden onderworpen is.

Bij de hervorming van 2006 is veel aandacht gegaan naar de mogelijkheid om een oplossing op maat te ontwerpen, in het bijzonder bij een drugproblematiek, bij seksuele delinquentie en voor geestesgestoorde jeugddelinquenten, voor wie in een koppeling naar de Wet Bescherming Persoon Geesteszieke is voorzien.

4/ Ten slotte kan de minderjarige van ouder dan zestien op grond van het sanctiemodel ook strafrechtelijk worden vervolgd als bescherming niet meer baat (zie verder).

---

156 Punt 5°, e voorafgaande titel Jeugdbeschermingswet.

443. De voorgaande regeling geldt als regel voor alle *minderjarigen* die geen militair zijn.
De minderjarige *beneden de zestien* komt altijd voor de jeugdrechtbank. Sommige maatregelen kunnen maar vanaf de leeftijd van twaalf resp. veertien jaar worden toegepast (art. 37, § 2, 2de lid en § 2*quater*, 2de lid Jeugdbeschermingswet).
Voor minderjarigen *boven de zestien* bestaan er twee bijzonderheden.
Is de dader op het ogenblik van het feit ouder dan zestien en acht de jeugdrechtbank een maatregel van bewaring, behoeding of opvoeding niet geschikt, dan kan zij de zaak uit handen geven. Het Openbaar Ministerie zal de zaak dan overeenkomstig het strafrecht voor meerderjarigen vervolgen als daartoe grond bestaat. De vervolging gebeurt als regel voor een bijzondere (straf)kamer van de jeugdrechtbank; zware misdadigers komen voor het Hof van Assisen (art. 57*bis* Jeugdbeschermingswet).
Verkeersmisdrijven door minderjarigen boven de zestien en andere misdrijven die daarmee samenhangen, komen automatisch voor de (gemeenrechtelijk bevoegde) politierechtbank. Als die oordeelt dat een maatregel van bewaring, behoeding of opvoeding meer geschikt is dan een straf, kan ze de zaak uit handen geven aan de jeugdrechtbank (art. 36*bis* Jeugdbeschermingswet).

444. De maatregelen worden uitgesproken door de jeugdrechtbank, op vordering van het Openbaar Ministerie (art. 36, 4° Jeugdbeschermingswet).
Tijdens de rechtspleging kunnen de nodige maatregelen van bewaring worden bevolen (art. 52 Jeugdbeschermingswet).

445. De maatregelen eindigen:
- bij het verstrijken van hun bepaalde duur (art. 37 Jeugdbeschermingswet),
- door een beslissing tot beëindiging van de jeugdrechtbank (art. 60, 1ste lid Jeugdbeschermingswet) of
- bij de meerderjarigheid (art. 37, § 3, 1ste lid Jeugdbeschermingswet).

Uitzonderlijk kunnen maatregelen worden bevolen (of verlengd) met gelding tot aan de leeftijd van twintig jaar (art. 37, § 3, 2de lid Jeugdbeschermingswet).

446. *Pro memorie* kan nog worden gewezen op de mogelijkheid om minderjarigen boven de zestien administratieve sancties op te leggen in geval van administratieve overlast, zoals nachtlawaai, en op de mogelijkheid om minderjarigen boven de veertien administratieve sancties op te leggen in geval van voetbalgeweld.[157]

[157] Art. 36, 5°-6° en 38*bis* Jeugdbeschermingswet, art. 119*bis*, § 2, 6de lid Nieuwe Gemeentewet; art. 24*quater* Voetbalwet.

4.5. MAATREGELEN IN PROBLEMATISCHE OPVOEDINGSSITUATIES ('POS')

A. Begrip

447. Bijstand aan personen is op het niveau van de Gemeenschappen georganiseerd. De Vlaamse Gecoördineerde Decreten van 4 april 1990 inzake de bijzondere jeugdbijstand voorzien in bijstand in problematische opvoedingssituaties.
Een problematische opvoedingssituatie (POS) is een toestand "waarin de fysieke integriteit, de affectieve, morele, intellectuele of sociale ontplooiingskansen van minderjarigen in het gedrang komen, door bijzondere gebeurtenissen, door relationele conflicten, of door de omstandigheden waarin zij leven" (art. 2, a) Gec. Decreten).
Het gaat om objectieve beschermwaardige situaties: er hoeft geen 'schuldige' te worden aangeduid.

448. Per bestuurlijk arrondissement in Vlaanderen is er een Comité voor bijzondere jeugdzorg opgericht waarbinnen een Bureau voor bijzondere jeugdbijstand (Bureau BJB) en een Bemiddelingscommissie functioneren. De sociale dienst van het Bureau BJB tracht de POS buitengerechtelijk af te handelen. Vindt de sociale dienst geen oplossing, dan kan de Bemiddelingscommissie BJB een minnelijke regeling trachten te bereiken (B). Lukt dit ook niet of is er hoogdringendheid, dan kan de zaak gerechtelijk worden verholpen (C).

B. Buitengerechtelijke fase

449. De *sociale dienst* van het Bureau BJB neemt kennis van de POS die hem ter kennis wordt gebracht, door de minderjarige, door degenen die over hem het ouderlijk gezag uitoefenen of hem onder hun (materiële) bewaring hebben, of door derden (art. 9, § 2, 1° Gec. Decreten).
De sociale dienst tracht de POS dan te verhelpen. Hij geeft advies, verwijst desgevallend door, overlegt met de betrokkenen, werkt een hulpverleningsprogramma uit of doet een concreet hulpaanbod (art. 9, § 2, 2° Gec. Decreten).
Deze bijstand gebeurt op basis van vrijwilligheid. Alle maatregelen die de rechten van de betrokkenen raken, kunnen slechts worden getroffen met de toestemming van de ouders en van de minderjarige boven de veertien jaar. De minderjarige beneden de veertien jaar wordt gehoord (art. 9, § 2, 3° en 4° Gec. Decreten).

450. De *Bemiddelingscommissie* BJB tracht een minnelijke regeling te bereiken in de POS waarvoor geen oplossing werd gevonden door de sociale dienst Bureau

BJB of in de POS die rechtstreeks voor haar wordt gebracht (art. 13 e.v. Gec. Decreten).
Een rechtstreeks beroep op de commissie is mogelijk door de betrokkenen zelf in ernstige gevallen, door het Openbaar Ministerie of door hulpverleners in erkende voorzieningen (art. 13, 3°-5° Gec. Decreten).
Indien een *minnelijke regeling* tot stand komt, wordt dit vastgelegd in een geschrift, behoorlijk ondertekend door de betrokken partijen (art. 17, § 1, 2de lid Gec. Decreten).
Wordt geen minnelijke regeling bereikt, dan kan de Bemiddelingscommissie de zaak *uit handen geven*, dit wil hier zeggen: zonder gevolg klasseren (art. 17, § 2, 1ste lid Gec. Decreten).
De Bemiddelingscommissie kan de zaak ook *doorverwijzen* naar het Openbaar Ministerie wanneer zij van oordeel is dat het in het belang van de minderjarige ernstig aangewezen is dat er een afdwingbare pedagogische maatregel wordt genomen (art. 17, § 2, 3de lid Gec. Decreten).

C. Gerechtelijke fase: de afdwingbare pedagogische maatregel

451. De jeugdrechtbank neemt kennis van een POS op vordering van het Openbaar Ministerie. Dat treedt op na doorverwijzing door de Bemiddelingscommissie of rechtstreeks ingeval er cumulatief dringende noodzaak en onmiddellijke beschermingsnood is en een vrijwillige oplossing niet meteen mogelijk is (art. 22 Gec. Decreten).

452. De jeugdrechtbank kan in een dergelijk geval een *afdwingbare pedagogische maatregel* nemen. De mogelijke maatregelen zijn (art. 23, § 1 Gec. Decreten):
- de personen die over de minderjarige het ouderlijk gezag uitoefenen of hem onder hun bewaring hebben, een pedagogische richtlijn verstrekken;
- voor ten hoogste één jaar de minderjarige onder toezicht stellen van de sociale dienst;
- voor ten hoogste één jaar gezinsbegeleiding bevelen;
- voor ten hoogste zes maanden de minderjarige een opvoedend project opleggen of de minderjarige, desgevallend samen met de personen die over hem het ouderlijk gezag uitoefenen of hem onder hun bewaring hebben, toevertrouwen aan een project;
- voor ten hoogste één jaar de minderjarige een semiresidentiële voorziening doen bezoeken;
- voor ten hoogste één jaar de minderjarige die de leeftijd van zeventien jaar heeft bereikt en over voldoende inkomsten zal beschikken, zelfstandig laten wonen;

- voor ten hoogste één jaar de minderjarige die de leeftijd van zeventien jaar heeft bereikt, onder permanent toezicht op kamer laten wonen;
- voor ten hoogste dertig dagen de minderjarige onder de begeleiding stellen van een onthaal- en oriëntatiecentrum;
- voor ten hoogste zestig dagen de minderjarige onder de begeleiding stellen van een observatiecentrum;
- de minderjarige toevertrouwen aan een betrouwbaar persoon of gezin voor ten hoogste één jaar, als hij twaalf is of tot zijn dertien als hij jonger is. Dit is het pleegouderschap;
- uitzonderlijk en voor ten hoogste één jaar de minderjarige toevertrouwen aan een geschikte open inrichting;
- uitzonderlijk en voor ten hoogste drie maanden de minderjarige die de leeftijd van veertien jaar heeft bereikt, toevertrouwen aan een geschikte gesloten gemeenschapsinstelling, wanneer wordt aangetoond dat de minderjarige zich onttrekt aan het pleegouderschap of de plaatsing in een open inrichting;
- voor ten hoogste één jaar de minderjarige toevertrouwen aan een psychiatrische inrichting, wanneer dit na een psychiatrische expertise noodzakelijk blijkt. Hiernaast blijft de Wet Bescherming Persoon Geesteszieke wel van toepassing.

De afdwingbare pedagogische maatregelen kunnen ook *voorlopig* worden bevolen (art. 26, § 1 Gec. Decreten).

453. De maatregelen *eindigen* bij het verstrijken van hun bepaalde duur, na herziening door de jeugdrechtbank, bij de meerderjarigheid of uitzonderlijk ten laatste op de leeftijd van eenentwintig jaar (art. 26 en 29-30 Gec. Decreten).

454. Voor de jeugdrechtbank gelden de *bijzondere procedures* zoals geregeld in de Jeugdbeschermingswet en de Gecoördineerde Decreten.
Er kan bijvoorbeeld worden herinnerd aan het bijzondere hoorrecht van de minderjarige vanaf de leeftijd van twaalf jaar in familierechtelijke aangelegenheden, zoals bepaald in art. 56*bis* Jeugdbeschermingswet.

HOOFDSTUK IX.
INLEIDING TOT HET HORIZONTALE FAMILIERECHT – PLAN

Inhoud

A. Begrip 181
B. Vormen. 182
C. Mensenrechten 183

C. Forder en A. Verbeke (eds.), *Gehuwd of niet: maakt het iets uit?*, Antwerpen, Intersentia, 2005 – J. Hauser en J.-L. Renchon (eds.), *Différenciation ou convergence des statuts juridiques du couple marié et du couple non marié ? Droit belge et français*, Brussel, Bruylant, 2005 – X, *Familie op maat*, Mechelen, Kluwer, 2005.

A. Begrip

455. De tweede pijler van het familierecht is het horizontale familierecht of het (partner)relatierecht. Het relatierecht regelt de voorwaarden om een levensgemeenschap te vormen of te beëindigen, alsook de materiële en immateriële inhoud van die levensgemeenschap tussen de partijen en ten opzichte van derden. Het betreft met andere woorden de verzorging en bescherming die partners elkaar (moeten) bieden omdat tussen hen een levensgemeenschap zal bestaan, bestaat of heeft bestaan.

456. Het is van belang eerst af te spreken wat verder onder 'relatierecht' wordt verstaan.
Algemeen taalkundig is een relatie, voor zover hier relevant, de betrekking van een persoon tot een ander. In dat opzicht is afstammingsrecht ook relatierecht. Vanaf dit hoofdstuk gaat het echter om relatierecht dat niet geldt wegens afstamming of via afstamming om.
Bestudeert men de regels daarover, dan valt moeilijk een eenduidig aanknopingspunt voor dit recht te formuleren. Het betreft 'persoonlijke' relaties, dit zijn relaties die niet (enkel) het vermogen maar ook de persoon van de betrokkenen betreffen. Daarmee bedoel ik dat als aanknopingspunt voor regels gevoelsbanden

(van vriendschap, affectie, liefde, ...) worden genomen of nog de uiting daarvan (bijvoorbeeld door seksuele betrekkingen, door samenwoning). Die banden en betrekkingen moeten hiertoe enige duurzaamheid vertonen. Aldus is in mindere of meerdere mate sprake van een levensgemeenschap, al dan niet met samenwoning maar niet (meer) noodzakelijk met seks. Doordat die wordt gevormd tussen (minstens) twee personen die hiervoor op basis van gelijkwaardigheid kiezen, noem ik het relatierecht ook 'horizontaal familierecht'.

B. Vormen

457. In ons recht bestaan drie reeksen van regels over horizontale relaties: het huwelijk, de wettelijke samenwoning en de feitelijke samenwoning. De intensiteit waarmee de levensgemeenschap tussen de betrokkenen met dwingende bepalingen, dus zonder contractvrijheid, wordt geregeld, is het grootst bij het huwelijk en het laagst bij de feitelijke samenwoning.
Op vele vlakken zijn wettelijke en feitelijke samenwoning gedeeltelijke doorslagen van het huwelijk. Om overbodige herhalingen te vermijden, wordt daarom hierna eerst het huwelijk besproken, dan de wettelijke samenwoning en ten slotte de feitelijke samenwoning.
Achtereenvolgens komen telkens aan bod: de regels over het aangaan, de inhoud en de beëindiging van de relatie.

458. Zoals vermeld, tracht de wetgever (de rechtsgevolgen van) het verticale en het horizontale familierecht uit elkaar te houden. Daarmee wil hij verwarring tussen die verschillende rechtsinstellingen vermijden. Bijvoorbeeld verhindert hij door een huwelijksverbod tussen verwanten dat tussen dezelfde personen een onderhoudsplicht zou bestaan wegens verwantschap én wegens huwelijk. In dit licht bleef het relatierecht beperkt tot (affectieve, seksuele) partners.

459. Sinds 2000 is dit niet meer het geval. Eén van de wijzen om een horizontale levensgemeenschap met samenwoning vorm te geven, is de wettelijke samenwoning tussen twee personen. Dit instituut staat ook open voor nauwe verwanten, zoals een ouder en een kind of een broer en een zus, zonder dat tussen hen een affectieve, laat staan seksuele, relatie moet (mag) bestaan. In de wettelijke samenwoning bestaat dan wel geen formele onderhoudsplicht, verwarring van rechtsgevolgen kan toch anderszins plaatsvinden.
Uit de parlementaire voorbereiding blijkt duidelijk dat de 'openstelling van de wettelijke samenwoning' voor verwanten ondoordacht is gebeurd en dat de wettelijke samenwoning in werkelijkheid was opgevat als een (seksuele, affectieve) partnerrelatie. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de latere toevoeging van art. 1479, 5de lid door de Wet *Partner*geweld II.

460. De reden waarom de wetgever verklaarde van de wettelijke samenwoning een affectief-seksueel neutraal instituut te willen maken, was de wens te vermijden dat gegevens uit het privéleven, zoals affectie en seks, door de overheid als aanknopingspunt voor regelgeving zouden worden genomen. De peiling naar dergelijk aanknopingspunt moet als inbreuk op het privéleven immers verantwoordbaar zijn onder art. 8 Verdrag Mensenrechten. Het aanknopingspunt voor de wettelijke samenwoning is daarom, zoals voor het huwelijk, een verklaring die de betrokkenen afleggen voor de ambtenaar van de burgerlijke stand. Een dergelijk objectief aanknopingspunt heeft tot voordeel dat de moeilijke peiling naar gevoelens of gedrag in de privésfeer – dus niet zichtbaar voor derden – vermeden kan worden.

461. In verband met de feitelijke samenwoning bestaat die moeilijkheid wel.[158] Of bepaalde rechtsgevolgen zich voordoen, hangt dan af van onduidelijke gegevens. Dit komt de rechtszekerheid niet ten goede.
Zoals vermeld, is de herleiding van het aanknopingspunt voor regelgeving tot de samenwoning (ongeacht van welke aard) onvoldoende rechtszeker. Een beter aanknopingspunt voor regelgeving is de registratie, hetzij van een verklaring hetzij van een feit.

C. Mensenrechten

462. Personen die daarvoor kiezen, hebben het recht hun levensgemeenschap vorm te geven door een huwelijk, volgens de inhoudelijke en procedurele voorwaarden die de wet bepaalt (bijvoorbeeld art. 12 Verdrag Mensenrechten en art. 9 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie). Deze voorwaarden mogen het recht om te huwen echter niet in die mate beperken dat de kern ervan wordt aangetast.[159]

463. Het recht om te huwen waarborgt evenwel inhoudelijk geen voor het huwelijk voorbehouden relatierecht. De geboden bescherming mag in zekere mate ook gelden voor andersoortige relaties.
Betrokkenen in die andersoortige relaties kunnen op grond van bijvoorbeeld art. 8 Verdrag Mensenrechten een aanspraak laten gelden op de bescherming van hun buitenhuwelijkse levensgemeenschap ('gezinsleven').

---

158 Vgl. Grondwettelijk Hof, nr. 116/2007, 19 september 2007, www.const-court.be, B.4.2.

159 Hof Mensenrechten (4de Kamer), nr. 36536/02, 13 september 2005, B. en L. t. Verenigd Koninkrijk, www.echr.coe.int, § 34; 65 *Cambridge Law Journal* 2006, 32, noot J.M. Scherpe; Grondwettelijk Hof nr. 157/2006, 18 oktober 2006, www.const-court.be; *Div. Act.* 2007, 10, *J.L.M.B.* 2007, 504, *J.T.* 2007, 277, *Rev. trim. dr. fam.* 2007, 682, *T. Fam.* 2007, 2007, 43, noot W. Verrijdt, r.o. B.3.2.

Die aanspraak gaat niet zover dat alle huwelijksregels zouden moeten gelden voor niet-huwelijkse levensgemeenschappen die met het huwelijk maar gedeeltelijk vergelijkbaar zijn.[160]
Bevoorrechting van het huwelijk enerzijds ten opzichte van de wettelijke en de feitelijke samenwoning anderzijds, maar ook van het huwelijk en de wettelijke samenwoning enerzijds ten opzichte van de feitelijke samenwoning anderzijds, is toelaatbaar omdat, en in de mate dat, de partners door het aangaan van een geïnstitutionaliseerde vorm van (duurzaam) samenwonen het voornemen tot gemeenschappelijk gezinsleven te kennen geven. Dat gezinsleven impliceert dwingende rechten en verplichtingen.[161] Ook al kiezen steeds meer mensen voor een andere samenlevingsvorm, toch mag de wetgever de stabiliteit van de huwelijksbanden blijven nastreven door voordeliger regels dan voor andere samenlevingsvormen uit te vaardigen.[162]

464. Personen die daarvoor kiezen, hebben dus een recht op bescherming van hun gezinsleven zonder te moeten huwen.[163]
Op grond van het recht op bescherming van hun privéleven zouden partners er ook aanspraak op kunnen maken in hun gezinsleven *niet* dwingendrechtelijk te worden beschermd als ze niet voor het huwelijk of de wettelijke samenwoning kiezen. De mate van solidariteit tijdens en na de levensgemeenschap bepalen ze dan volledig zelf. Wetgeving en rechtspraak wijken hiervan in toenemende mate af, bijvoorbeeld door 'onderhoudsuitkeringen' op te leggen na (foutieve) beëindiging van de feitelijke samenwoning. Dergelijke inbreuken op het privéleven moeten verantwoordbaar zijn onder art. 8 Verdrag Mensenrechten. Als verantwoording zou kunnen worden aangevoerd: de bescherming van de economisch zwakkere partner.[164]

465. In verband met de dwingendrechtelijke bescherming van het gezinsleven valt op dat in historisch opzicht een pendelbeweging plaatsvindt. Vóór 1563 (decreet-Tametsi van het Concilie van Trento) gold in wisselende mate dat de loutere samenwoning aanleiding gaf tot de toepassing van huwelijkswetgeving: *nup-*

---

160 Hof Mensenrechten (Plen.), nr. 6833/74, 13 juni 1979, Marckx t. België, www.echr.coe.int; Hof Mensenrechten (Plen.), nr. 9697/82, 18 december 1986, Johnston t. Ierland, www.echr.coe.int.

161 Recentelijk nog Hof Mensenrechten (4de Kamer), nr. 6638/03, 19 juli 2005, P.M. t./ Verenigd Koninkrijk, www.echr.coe.int, § 28. Voor België bijvoorbeeld Grondwettelijk Hof, nr. 116/2007, 19 september 2007, www.const-court.be; Cass. 17 november 2003, *R.W.* 2004-05, 386, noot, *RABG* 2004, 859, noot G. Maes.

162 Grondwettelijk Hof, nr. 140/2006, 14 september 2006, *E.J.* 2006, 97, noot P. Senaeve; *Div. Act.* 2007, 8, noot J.-C. Brouwers; *Rev. trim. dr. fam.* 2007, 234.

163 Hof Mensenrechten (Kamer), nr. 18535/91, 27 oktober 1994, Kroon t. Nederland, www.echr.coe.int, § 38.

164 Vgl. Hof Mensenrechten nr. 37784/97, 26 januari 1999, Saucedo Gomez t. Spanje (ontvankelijkheid), *onuitgeg.*

tias concubitus facit. Sindsdien gold de toestemming als formele en inhoudelijke voorwaarde om een huwelijk tot stand te brengen: *nuptias consensus, non concubitus, facit.* Daarop komt de Europese en nationale regelgever in toenemende mate terug.

HOOFDSTUK X.
HUWELIJK

Inhoud

X.1. Situering en historiek 190

X.2. Aangaan 193
2.1. Grondvoorwaarden 194
A. Leven 194
B. (Functioneel) geslacht(sleven) 194
C. Toestemming 196
Algemeen 196
Afwezigheid van toestemming gericht op een levensgemeenschap 197
Wilsgebreken 198
D. Bekwaamheid 202
Minderjarigen 202
Meerderjarige onbekwamen 203
E. Huwelijksgeschiktheid? 204
F. Geen huwelijk tussen meer dan twee personen 204
G. Geen nauwe (aan)verwantschap tussen de echtgenoten . . 206
2.2. Vormvoorwaarden en preventieve controle 210
2.3. Nietigheid van het huwelijk 212
2.4. Bewijs 214

X.3. Inhoud 215
3.1. Algemeen 215
Situering 215
Bekwaamheid van de echtgenoten 216
Beroepskeuze 216
Gebruik van de naam van de andere echtgenoot 217
Ontvangst, besteding en bestuur van inkomsten 217
Opening van rekeningen en huur brandkast 218
Schenkingen en persoonlijke borgstellingen 218

Lastgeving tussen echtgenoten 218
Machtiging en indeplaatsstelling 218
3.2. Persoonsrechtelijke inhoud van het huwelijk 219
A. Samenwoning 220
B. Bijstand 221
C. Getrouwheid 221
D. Normale seksuele betrekkingen onderhouden 222
E. Voortplanting 223
3.3. Vermogensrechtelijke inhoud van het huwelijk 224
A. De bescherming van de voornaamste gezinswoning en het huisraad 224
Op de voornaamste gezinswoning rust een zakelijk recht 225
De voornaamste gezinswoning wordt gehuurd. 225
De bescherming van het huisraad. 227
B. De hulp- en bijdrageplichten 227
De hulpplicht 227
De bijdrageplicht 227
Verband en onderscheid tussen de hulp- en bijdrageplichten 229
Handhaving 229
C. De hoofdelijke gehoudenheid. 231
3.4. Dringende voorlopige maatregelen. 231
A. Situering. 231
B. Toepassingsvoorwaarden 232
Grof plichtsverzuim of ernstige verstoring van de verstandhouding. 232
Dringende voorlopige maatregelen. 233
C. De maatregelen. 234
Verboden maatregelen. 235
Persoon en goederen van de echtgenoten 235
Persoon en goederen van de kinderen 236
Persoon en goederen van derden. 236
Buitengewone maatregelen in geval van absolute hoogdringendheid 237
D. Geldingsduur 238
3.5. Nietigverklaring van handelingen 239
3.6. De feitelijke scheiding. 240
Situering 240
Soorten. 240
Gevolgen 241

X.4. Ontbinding 242
4.1. Ontbinding door overlijden 243
4.2. Ontbinding door echtscheiding: inleiding 244
A. Situering 244
Begrip 244
Ontbinding door de rechter 244
Volgens een wettelijke procedure en op wettelijke gronden 245
De gevolgen van de echtscheiding 247
Mensenrechten 248
B. Het Belgische echtscheidingsrecht 249
De echtscheiding zonder onderlinge toestemming . . . 249
De echtscheiding met onderlinge toestemming 252
Verhouding tussen EOO en EOT 252
4.3. De echtscheiding op grond van de onherstelbare ontwrichting van het huwelijk (EOO) 253
A. De gronden 253
Algemene opmerkingen 253
De dadelijke EOO 254
De feitelijke scheiding en het herhaalde verzoek tot echtscheiding 257
Algemeen 257
EOO op grond van feitelijke scheiding 257
EOO op grond van een herhaald verzoek 258
B. Voorlopige maatregelen 259
Situering 259
Geldingsduur 261
C. De gevolgen van de EOO 262
De ontbinding ex nunc van het huwelijk 262
Wederzijds verval van voordelen (art. 299) 263
De onderhoudsuitkering na echtscheiding (art. 301) . . 263
Situering 263
Onderhoudsovereenkomst 264
Gerechtigheid 265
Begroting 266
Modaliteiten 267
Beëindiging 268
Handhaving 270
De kinderen 270
4.4. Echtscheiding door onderlinge toestemming 270
A. Algemene opmerkingen 270

B. Voorwaarden. 272
Een voorafgaande overeenkomst. 272
Waarover tijdens de procedure overeenstemming blijft bestaan 273
Wijzigingen aan de voorafgaande overeenkomst tijdens de procedure 274
Op het initiatief van de rechtbank 274
Op het initiatief van de echtgenoten. 276
C. Gevolgen 276
De ontbinding *ex nunc* van het huwelijk 276
Wijzigingen aan de voorafgaande overeenkomst 277
4.5. Scheiding van tafel en bed 278

J. Gerlo, *Het huwelijk bevoorrecht?*, Gandaius, Gent, Story, 1983 – A. Heyvaert, "Het wezen van de instituten afstamming en huwelijk", *R.W.* 1979-80, 737 – J.-P. Masson, P. De Page en G. Hiernaux, *Démarriage et coparentalité : le droit belge en mutation*, Diegem, Story, 1997 – W. Pintens en B. Van der Meersch, *De wederzijdse rechten en verplichtingen van echtgenoten en de huwelijksvermogensstelsels. De wet van 14 juli 1976. Een evaluatie*, Antwerpen, Maklu, 1997 – P. Senaeve (ed.), *Voorlopige maatregelen tussen echtgenoten (art. 223 B.W. en art. 1280 Ger.W.)*, Leuven, Acco, 1989 – F. Swennen, *Het huwelijk afschaffen?*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 38 p. – F. Swennen, "Het 'homohuwelijk' bestaat niet anno 2005", *EJ* 2005, 66-68 – W. Van der Burg, "Het huwelijk, een omstreden instituut", *N.J.B.* (Ned.) 1997, 1321 – A.Verbeke, "Weg met huwelijk en echtscheiding", *T.P.R.* 2004, afl. 1, 969-982 – X, [Thema's inzake huwelijk, echtscheiding en relaties], *E.J.* 2005, afl. 5, 65-119.

X.1. SITUERING EN HISTORIEK

466. Het huwelijk is de gehele levensgemeenschap (*consortium omnis vitae*) tussen twee natuurlijke personen[165] (de echtgenoten) die bij plechtige overeenkomst wordt aangegaan en waarvan de interne en externe werking als instituut is georganiseerd.

De organisatie als instituut impliceert dat de invulling van de levensgemeenschap in zekere (afnemende) mate aan de contractvrijheid van de echtgenoten onttrokken is. In die zin bepaalt het op abstracte wijze hun rechtstoestand, zodat het huwelijk een verhouding van staat is.

Deze organisatie betreft de persoonlijke zowel als de goederenrechtelijke solidariteit – of verzorging en bescherming – tussen de echtgenoten. In dat opzicht is het huwelijk een instituut van sociale zekerheid.

[165] Het huwelijk is vooralsnog niet mogelijk tussen of met rechtspersonen s.s. of rechtsobjecten, zoals dieren.

Wegens de sociale functie die het huwelijk aldus vervult, is het geen zuivere privé-aangelegenheid. De familie (art. 66 e.v.; art. 172 e.v.; zie ook art. 75) en de Staat (art. 63 e.v.; art. 165 e.v.) zijn bij de huwelijksvoltrekking betrokken; de Staat ook bij de inhoud (art. 212 e.v.) en de beëindiging (art. 229 en 230) ervan.

467. Het huwelijk is in de regel een levenslange gemeenschap ("tot de dood ons scheidt": art. 227, 1°); ontbinding door echtscheiding is slechts mogelijk binnen de voorwaarden die de wet bepaalt.

468. De periode voorafgaand aan het huwelijk, waarin men zich door trouwbelofte heeft verbonden, heet verloving. Er ontstaan geen bijzondere rechten en plichten uit, in het bijzonder geen plicht om te huwen. Wie op foutieve wijze de verloving verbreekt, is wel aansprakelijk voor de schade die hij daardoor veroorzaakt.

469. Het huwelijksrecht heeft grondige evoluties doorgemaakt wat betreft het aangaan (verder X.2), de inhoud (verder X.3) en de beëindiging (verder X.4) ervan.

1/ Wat betreft het *aangaan*, valt een voortdurende versoepeling op van de materiele en formele toetredingsvoorwaarden tot het huwelijk: iedereen gehuwd! De eenvoudiger toegang tot het huwelijk houdt verband met de afnemende inhoudelijke betekenis ervan.
Dat de *grondvoorwaarden* voor het huwelijk versoepelen, is duidelijk. Eerst was er de verlaging van de huwbare meerderjarigheid (zie verder) tot de algemene meerderjarigheid (Wet 30 april 1896), gevolgd door de verlaging daarvan tot 18 jaar (Wet 19 januari 1990). Dan was er de opheffing van de huwelijksbeletselen tussen schoonbroer en schoonzus (Wet 27 maart 2001). Vervolgens is het huwelijk opengesteld voor personen van hetzelfde geslacht (Wet 13 februari 2003). Ten slotte zijn de absolute huwelijksbeletselen tussen aanverwanten afgezwakt tot relatieve huwelijksbeletselen (Wet 15 mei 2007). Wellicht volgen er nog verdere aanspraken tot versoepeling van de toetredingsvoorwaarden, bijvoorbeeld in verband met polygamie en huwelijken tussen nauwe (aan)verwanten.
Ook de *vormvoorwaarden* voor het huwelijk verwateren. Familieleden van meerderjarigen, in het bijzonder de ouders, zijn bijvoorbeeld sinds 1983 uitgesloten van formele betrokkenheid bij de huwelijkssluiting, via de akten van eerbied (Wet 15 januari 1983). Zij kunnen enkel nog verzet doen of de nietigverklaring vorderen. Recenter is ook de voorafgaande bekendmaking van het huwelijk afgeschaft (Wet 4 mei 1999) en zijn de formaliteiten bij de aangifte van het huwelijk vereenvoudigd (Wet 3 december 2005).

2/ Op *inhoudelijk vlak* vallen drie grote evoluties te melden.
Op de eerste plaats is er de verhouding *tussen de echtgenoten* onderling. Deze evolueerde van een verticale, hiërarchische, verhouding tussen man en vrouw tot een horizontale verhouding tussen gelijkwaardige echtgenoten, die sinds 2003, mede door deze evolutie, ook van gelijk geslacht mogen zijn. De volledige huwelijksrechtelijke gelijkheid tussen de echtgenoten kwam er pas bij Wet van 14 juli 1976, na aanzetten ertoe bij Wetten van 20 juli 1932 en 30 april 1958. Voordien oefende de man over de vrouw de zogenaamde maritale macht uit. Dit hield, zoals vermeld, verband met de afstammingsrechtelijke functie van het huwelijk, en meer algemeen met de economische organisatie van de samenleving.
Op de tweede plaats is er de *afstammingsrechtelijke functie* van het huwelijk. Zoals vermeld, was tot 1987 enkel de afstamming binnen het huwelijk een wettige afstamming. De Afstammingswet 1987 heeft principieel komaf gemaakt met de koppeling tussen huwelijk en afstamming. Enkele restanten ervan zijn gebleven, zoals de regel van het vaderschap van de echtgenoot van de moeder (art. 315-317). Deze regel berust veeleer op het *quod plerumque fit*.
De twee genoemde evoluties brachten mee dat het huwelijk geen verticaal instituut meer was, gericht op voortplanting, maar een horizontaal instituut dat op de eerste plaats de verhouding tussen de echtgenoten betreft.[166] Deze echtgenoten vormen geen 'twee-eenheid' meer, maar worden meer en meer benaderd als twee individuen met wederzijdse aanspraken. Dit is één van de voorbeelden van *individualisering* in ons recht. Deze evolutie impliceert dat het huwelijk als instituut inboet aan belang. Ons recht wordt *op de eerste plaats* meer relatieneutraal. Dit betekent dat voor toepassing van een rechtsregel het steeds minder relevant is of de betrokkene een (geïnstitutionaliseerde) relatie aanging. Waar dit *ten tweede* nog wel relevant is, wordt de regelgeving steeds minder huwelijksspecifiek. Met het huwelijk worden gelijkgesteld: andere levensgemeenschappen of andere relaties.

3/ Het verminderde inhoudelijke belang van het huwelijk heeft uiteraard ook gevolgen voor de *ontbinding* ervan, die daardoor ook kan worden vergemakkelijkt. Zowel de gronden tot echtscheiding als de procedures die hiertoe leiden, zijn sinds 1804 systematisch versoepeld, om met de Echtscheidingswet 2007 te resulteren in een waarlijk recht op echtscheiding. Een en ander komt verder ter sprake bij de bespreking van de ontbinding van het huwelijk.

470. De beschreven evoluties houden verband met een verminderde interesse voor het huwelijk. Zowel het absolute aantal huwelijken als het huwelijksquotiënt (aantal huwelijken per 1000 inwoners) vermindert min of meer gestaag. De redenen hiervoor zijn deels economisch van aard: doordat vrouwen economisch zelf-

166 Grondwettelijk Hof nr. 159/2004, 20 oktober 2004, *E.J.* 2005, 22, noot P. Senaeve.

standiger zijn geworden, zijn ze niet meer aangewezen op het huwelijk als bron van sociale zekerheid. Hierdoor kunnen aanstaande echtgenotes kieskeuriger zijn. Is men op het huwelijk niet aangewezen, dan zal men ook minder snel water bij de wijn doen over de wenselijke eigenschappen van de partner.
De verminderde interesse voor het huwelijk betekent niet noodzakelijk een verminderde interesse voor relaties. Doordat ook andersoortige relaties (dwingendrechtelijk) worden beschermd en men om het even welke relatierechtelijke bescherming minder nodig heeft, is de keuze voor andere (wisselende, minder stabiele) relatievormen gemakkelijker. Over feitelijke relatievorming bestaan geen statistische gegevens.

Jaar	Huwelijken	
	Absolute aantallen	Aantal huwelijken per 1.000 inwoners
2006	44.850	4,27
2005	43.182	4,13
1995	51.402	5,07
1985	57.559	5,85
1975	71.736	7,31
1955	68.881	7,74
1947	83.665	9,83
1930	71.624	8,86
1920	106.514	14,38
1910	58.776	7,92
1900	57.711	8,62
1866	37.783	7,83

Bron: FOD Economie – Algemene Directie Statistiek en Economische Informatie, Bevolkingsstatistieken.

X.2. AANGAAN

471. De geldigheid van het huwelijk hangt af van de naleving van een aantal grond- (2.1) en vormvoorwaarden (2.2).

Met de toegangsvoorwaarden gebruikt de overheid het huwelijk als beleidsinstrument: aan de hand ervan wordt bepaald wie de overheid geschikt en gewenst acht tot (geïnstitutionaliseerde) relatievorming.
De nietigheid wegens miskenning van de toegangsvoorwaarden (2.3) en het bewijs (2.4) van het huwelijk zijn bijzonder geregeld.

2.1. GRONDVOORWAARDEN

472. De meeste grondvoorwaarden (2.1.A-F) zijn absoluut, in de zin dat ze gelden tegenover alle mogelijke huwelijkspartners. Eén grondvoorwaarde (2.1.G) is relatief: ze betreft enkel bepaalde huwelijkspartners, nl. (aan)verwanten.

A. Leven

473. Op het ogenblik van de huwelijkssluiting moeten beide echtgenoten in leven zijn. Anders dan bijvoorbeeld in Frankrijk is geen huwelijk *post mortem* mogelijk.
Wel kan een huwelijk *in extremis* ('op het sterfbed') worden aangegaan, terwijl het dan toch zeker is dat van een levensgemeenschap geen sprake meer zal zijn. Ik kom hierop terug.

B. (Functioneel) geslacht(sleven)

474. Sinds de Wet Openstelling Huwelijk van 2003 mag een huwelijk worden aangegaan tussen twee *personen van verschillend of van hetzelfde geslacht* (art. 143).
Voordien moesten echtgenoten van verschillend geslacht zijn. Die voorwaarde stond niet uitdrukkelijk in de wet, maar werd vrij algemeen aangevoeld als behorend tot de essentie van het huwelijk, wegens de afstammingsrechtelijke functie daarvan. Daarom ook is in art. 12 Verdrag Mensenrechten, over het recht om te huwen en een gezin te stichten, enkel sprake van mannen en vrouwen (lees: één man met één vrouw) van huwbare leeftijd en is het recht om te huwen en een (verticaal) gezin te stichten als één recht geformuleerd. Homoseksueel horizontaal gezinsleven komt onder het Verdrag wel via andere wegen voor bescherming in aanmerking, bijvoorbeeld via art. 8 (bescherming van het privéleven) en 14 (verbod van discriminatie).[167]
Sinds de Afstammingswet 1987 is het huwelijk, zoals vermeld, een horizontale instelling geworden waardoor een duurzame levensgemeenschap tussen twee

[167] Hof Mensenrechten (1ste Kamer), nr. 40016/98, 24 juli 2003, Karner t. Oostenrijk, *R.W.* 2004-05, 477.

personen wordt geregeld. Of die twee personen van verschillend dan wel gelijk geslacht zijn, is daarvoor niet relevant. De openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht in 2003 impliceert daarom geen discriminatoire gelijke behandeling van ongelijke situaties.[168] Overigens genieten heteroseksuele partners die via het huwelijk een gezin stichten na 2003 dezelfde bescherming als ze voordien genoten.

Die nieuwe opvatting van het huwelijk is ook terug te vinden in art. 9 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie. Daarin is geen sprake meer van mannen en vrouwen en wordt het recht om te huwen los gezien van het (daarvan onderscheiden) recht om een gezin te stichten. Nochtans is de Europese rechtspraak veeleer terughoudend geweest in de erkenning van homoseksueel horizontaal gezinsleven.[169]

Er bestaat discussie over de vraag of in 2003 nu een 'homohuwelijk' is ingevoerd naast het 'heterohuwelijk', dan wel of er maar één huwelijk bestaat in ons recht. Aanleiding voor die discussie is het feit dat het huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht geen gevolgen heeft in de oorspronkelijke afstamming; in die zin is het een 'gecastreerd huwelijk' genoemd. Ook is enkel op het huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht een bijzonder IPR-regel van toepassing (art. 46, 2de lid Wetboek IPR). Aangezien deze bijzonderheden niet de essentie van het huwelijk betreffen, mag het 'homohuwelijk' niet als een bijzonder soort huwelijk worden benoemd. Het is een huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht.

Huwelijken tussen personen van hetzelfde geslacht

	Huwelijken tussen mannen	Huwelijken tussen vrouwen	Totaal
2006	596	529	1.124
2005	580	447	1.027
2004	1.267	940	2.207
2003	1.018	690	1.708

FOD Economie, K.M.O., Middenstand en Energie – Statistiek en economische informatie.

475. Ook voor inter- en transseksuelen heeft de Wet Openstelling Huwelijk gevolgen. Het Hof Mensenrechten had eerst geoordeeld dat transseksuelen na een geslachtsoperatie biologisch bleven behoren tot hun oude geslacht, zodat zij niet

168 Grondwettelijk Hof nr. 159/2004, 20 oktober 2004, *E.J.* 2005, 22, noot P. Senaeve.

169 Bv. H.v.J. 17 februari 1998, C-249/96, Grant t. South-West Trains Ltd., *R.W.* 1998-99, 1085.

konden huwen met iemand van datzelfde geslacht – dus van hun tegenwoordige tegenovergestelde geslacht.[170]
Nadien oordeelde het Hof[171] dat het verschil in geslacht moest worden beoordeeld aan de hand van het nieuwe en niet aan de hand van het oude biologische geslacht. Transseksuelen hebben op grond van art. 8 en 12 een recht om te huwen met een persoon van hetzelfde geslacht als hun oorspronkelijke geslacht.
In België was dit vóór de Wet Openstelling Huwelijk en vóór die rechtspraak van het Hof Mensenrechten al het geval. Het nieuwe geslacht van de transseksueel werd via een vordering van staat *sui generis* erkend, zodat hij reeds kon huwen met iemand van het andere dan zijn nieuwe geslacht.
Sinds de Wet Openstelling Huwelijk kan hij ook huwen met iemand van hetzelfde als zijn nieuwe geslacht. Hij kan dus gehuwd blijven met degene met wie hij vóór de geslachtswijziging gehuwd was. Een bestaand huwelijk wordt om die reden niet ontbonden na geslachtswijziging.
De situatie is ongewijzigd gebleven na de Transseksualiteitswet 2007.

476. Het geslacht van de echtgenoten moet wel vastgesteld zijn, om te kunnen beoordelen of art. 62*bis*, § 8, 2de lid, art. 143, 2de lid en art. 46, 2de lid Wetboek IPR erop moeten worden toegepast.

477. Echtgenoten moeten niet in staat zijn een (*vruchtbaar) geslachtsleven* te onderhouden.
Zich voortplanten is geen huwelijksplicht (zie verder).
Ook al zou het onderhouden van een geslachtsleven dit wel kunnen zijn (zie verder), toch hangt de geldigheid van het huwelijk in België niet af van de geschiktheid tot nakoming van de huwelijksplichten.

C. Toestemming

Algemeen

478. *Nuptias consensus, non concubitus facit*. In ons recht – zoals in internationale instrumenten – is het essentieel dat het huwelijk niet door bezit van staat tot stand komt (*concubitus*, of samenwoning), maar enkel door een vrije en bewuste toestemming met dat doel (*consensus*). Er is geen huwelijk als er geen toestem-

170 Hof Mensenrechten (Plen.), nr. 3592/81, 17 oktober 1986, Rees t. Verenigd Koninkrijk, www.echr.coe.int; Hof Mensenrechten (Plen.), nr. 10843/84, 27 september 1990, Cossey t. Verenigd Koninkrijk, www.echr.coe.int.

171 Hof Mensenrechten (Grote Kamer), nr. 28957/95, 11 juli 2002, Goodwin t. Verenigd Konkrijk, www.echr.coe.int; Hof Mensenrechten (Grote Kamer), nr. 25680/94, 11 juli 2002, I. t. Verenigd Koninkrijk, www.echr.coe.int.

ming is (art. 146). Van deze toestemming moet de ambtenaar van de burgerlijke stand akte nemen (art. 75).
Het *voorwerp* van de toestemming tot het huwelijk is de levensgemeenschap op intellectueel, affectief, fysiek, patrimoniaal, ... vlak (*consortium omnis vitae*) die men met één bepaalde persoon zal vormen en waarvan de interne en externe werking op dwingende wijze wordt geregeld door de wetgever. De toestemming betreft de *aard* van het huwelijk en zijn *essentiële draagwijdte* en *gevolgen*.

Afwezigheid van toestemming gericht op een levensgemeenschap

479. De algemene regels over *wilsongeschiktheid* zijn van toepassing. In geval van afwezigheid van toestemming wegens geestesstoornis of een andere oorzaak is het huwelijk nietig.
Over de aard van de nietigheid bestaat wel discussie. In een arrest van 21 oktober 1971 oordeelde het Hof van Cassatie dat de afwezigheid van toestemming de relatieve nietigheid van een overeenkomst tot gevolg heeft.[172] In een arrest van 28 mei 1958 oordeelde het Hof dat de afwezigheid van toestemming tot het huwelijk leidt tot *absolute nietigheid* daarvan.[173] Dat wordt afgeleid uit de tekst van art. 146: "er *is geen* huwelijk". Het niet-bestaan van overeenkomsten wordt naar Belgisch recht niet aanvaard; in de plaats zou er een absolute nietigheid zijn. In de rechtsleer is betwist of de leer van het arrest van 28 mei 1958 nog wel opgaat, zeker sinds het arrest van 21 oktober 1971. Tijdens de parlementaire voorbereiding van de Wet Gedwongen Huwelijken 2007 scheen de wetgever aan te nemen van wel. Een negatief antwoord ligt meer voor de hand.

480. De huwelijkstoestemming is maar geldig als ze 'abstract' is *gericht op een duurzame levensgemeenschap* – ook al is die niet meer mogelijk, bijvoorbeeld wegens een ziekte in terminale fase.
Wordt met het huwelijk een ander doel beoogd, zoals de verkrijging van de nationaliteit (art. 16 W.B.N.), dan is het nietig als schijnhuwelijk. Eén *species* van het *genus* schijnhuwelijk is geregeld in art. 146*bis* (zie verder). Artikel 146*bis* doet niet af aan de vordering tot nietigverklaring van een huwelijk als schijnhuwelijk op andere gronden.
Schijnhuwelijken zijn *absoluut nietig*. Wat betreft art. 146*bis* is dat bepaald in art. 184. Ook andere schijnhuwelijken worden in strijd geacht met de openbare orde.

---

172 Cass. 21 oktober 1971, *R.W.* 1971-72, 1145.
173 Cass. 28 mei 1958, *R.W.* 1957-58, 2105, advies Dumon.

Wilsgebreken

Genesis 29, 16-25 (Oud Testament)

[16] Nu had Laban twee dochters; de oudste heette Lea, de jongste Rachel. [17] Lea's ogen hadden geen glans, maar Rachel was mooi en aantrekkelijk. [18] Jakob was verliefd op Rachel, daarom zei hij tegen Laban: 'Ik zal zeven jaar voor u werken om Rachel, uw jongste dochter.'[1] [19] Laban antwoordde: 'Ik kan haar beter aan jou geven dan aan een ander. Je kunt dus blijven.' [20] Zo werkte Jakob zeven jaar om Rachel, maar voor zijn gevoel waren het maar een paar dagen, zoveel hield hij van haar.

[21] Toen zei Jakob tegen Laban: 'De termijn is om. Geef me nu mijn vrouw, ik wil met haar slapen.' [22] Laban nodigde alle inwoners van de stad uit en gaf een feest. [23] Toen de avond was gevallen bracht hij zijn dochter Lea bij Jakob, en Jakob sliep met haar. [24] Ook gaf Laban haar een van zijn slavinnen mee, Zilpa. [25] 's Morgens ontdekte Jakob dat het Lea was met wie hij had geslapen. 'Hoe hebt u mij dit kunnen aandoen!' wierp hij Laban voor. 'Ik heb toch om Rachel bij u gewerkt? Waarom hebt u me zo bedrogen!'

481. De gemeenrechtelijke regels over de *wilsgebreken* zijn niet onverkort van toepassing op de huwelijkssluiting.

482. *Dwaling* komt enkel in aanmerking als de ene echtgenoot *in de persoon* (art. 180) van de andere dwaalt. Hiermee is bedoeld dat de dwaling de fysieke of burgerlijke identiteit van de andere echtgenoot moet betreffen, bijvoorbeeld als men huwt met de tweelingbroer van de verloofde (fysieke identiteit) of bij identiteitsfraude door vluchtelingen (burgerlijke identiteit).
Meer bepaald zou niet als wilsgebrek in aanmerking komen, de dwaling over substantiële eigenschappen, bijvoorbeeld vruchtbaarheid, geaardheid, hiv-status. Bepaalde rechtspraak aanvaardt die laatste soort dwaling (terecht) wel, als de eigenschap waarover men dwaalde een doorslaggevende beweegreden was voor het huwelijk en niet met de aard van het huwelijk in strijd is. Zo volstaat de dwaling over de vermogenstoestand van de andere echtgenoot niet, ook al vormde deze een doorslaggevende beweegreden. Men trouwt immers niet voor het geld...
De dwaling leidt tot een *relatieve nietigheid* van het huwelijk. De algemene regels (zie *Personenrecht in kort bestek*) zijn op deze nietigheid van toepassing, met uitzondering van de verjaringstermijn. De vordering tot nietigverklaring is niet meer ontvankelijk wanneer de samenwoning is voortgezet gedurende zes maanden nadat de echtgenoot zijn dwaling heeft ontdekt (art. 181). Die voortgezette samenwoning wordt beschouwd als een bevestiging van de vernietigbare rechtshandeling.

483. *En fait de mariage, trompe qui peut !* Het Hof van Cassatie heeft geoordeeld dat *bedrog* geen nietigheidsgrond van het huwelijk is.[174] Van het verleidingsspel maakt deel uit dat men zich beter voorstelt dan men werkelijk is; de aanstaande echtgenoot heeft wat dat betreft een onderzoeksplicht. Omdat het onderscheid tussen gewone verleidingstechnieken ('goedwillig bedrog') en kwaadwillig bedrog moeilijk te maken zou zijn, kan het nooit worden aangevoerd.
Dat valt in die zin te nuanceren dat bedrog wél een nietigheidsgrond is wanneer het een aanvaarde vorm van dwaling tot gevolg heeft.
Bovendien wordt door een kleine minderheid in rechtsleer en rechtspraak het onderscheid tussen goedwillig en kwaadwillig bedrog wel gemaakt, waarbij het tweede wel als wilsgebrek in aanmerking wordt genomen. Het gaat bijvoorbeeld om de bewuste verzwijging van de impotentie, onvruchtbaarheid of geestestoestand.
Een functioneel equivalente oplossing is mogelijk via art. 229, § 1, op grond waarvan de dadelijke ontbinding van het huwelijk via echtscheiding mogelijk is na bewijs van de onherstelbare ontwrichting van het huwelijk. Deze constructie heeft wel de (nadelige) ontbinding *ex nunc* tot gevolg, terwijl de vernietiging *ex tunc* werkt. Dit heeft zo zijn gevolgen voor de vereffening en verdeling van het huwelijksvermogen en voor de onderhoudsuitkering na echtscheiding.

484. Het zou ingaan tegen de aard van het huwelijk te trouwen voor het geld; daarom maakt *benadeling* geen wilsgebrek uit dat kan leiden tot nietigverklaring van het huwelijk.
De rechtstechnische grondslag voor dit besluit ligt in art. 1118: er is geen wetsbepaling die van benadeling een nietigheidsgrond van het huwelijk maakt.

485. Ten slotte is er het wilsgebrek *geweld*.
Tot de Wet Gedwongen Huwelijken 2007 leidde geweld, overeenkomstig de gemeenrechtelijke regels, tot de relatieve nietigheid van het huwelijk. Anders dan bij rechtshandelingen in het algemeen kon bovendien een louter externe omstandigheid, zoals een oorlog, geweld uitmaken zonder dat van een geweldpleging door de medecontractant of een derde sprake is. Ook deze nietigheid kon worden bevestigd door voortzetting van de samenwoning gedurende zes maanden nadat de echtgenoot zijn vrijheid had herkregen.
In het raam van de strijd tegen gedwongen huwelijken is het wilsgebrek geweld in 2007 dan verheven tot absolute nietigheidsgrond van het huwelijk (art. 146*ter* en 184). Ik kom daar meteen op terug.

---

174 Cass. 17 juli 1925, *Pas.* 1925, I, 370.

Geregelde, gedwongen en schijnhuwelijken

A. Huygens, "Oneigenlijke huwelijksmigratie. Schijnhuwelijken: stand van zaken anno 2006", *T. Vreemd.* 2006, 238-277.

486. Huwelijksmigratie en huwelijksgebruiken in onze multiculturele samenleving staan soms op gespannen voet met de aandacht die in internationale mensenrechteninstrumenten gaat naar de vereiste vrije en bewuste toestemming van elk van de echtgenoten in het huwelijk.
De wetgever heeft hieraan de laatste jaren, in het raam van de strijd tegen geweld tegen vrouwen, bijzondere aandacht besteed. Onderzoek had immers uitgewezen dat voornamelijk allochtone en sociaal achtergestelde vrouwen het slachtoffer zijn van misbruik van het huwelijksinstituut.
Door aanpassing van een aantal bepalingen is nu een betere preventieve en repressieve aanpak van die misbruiken mogelijk.

Vooreerst aanvaardt de wetgever het bestaan van zogenaamde geregelde of 'gearrangeerde' huwelijken. In sommige culturen en godsdiensten speelt de familie een rol bij de zoektocht naar een geschikte echtgenoot. Op het huwbare familielid rust dan een zekere maatschappelijke druk om de geselecteerde echtgenoot te aanvaarden. Voor zover de geselecteerde echtgenoot vrij en bewust wordt aanvaard, is het geregelde huwelijk geldig. Dat ligt uiteraard anders als de aanvaarding niet vrij en bewust gebeurde.

Op de eerste plaats kan misbruik worden gemaakt van de mogelijkheid voor minderjarigen om na rechterlijke dispensatie in het huwelijk te treden (zie verder). Regelmatig wordt voor Belgische meisjes verwezen naar hun allochtone culturele achtergrond waarbinnen een huwelijk vóór de achttiende verjaardag mogelijk of gebruikelijk is. Wanneer de aanstaande echtgenoot evenwel een vreemdeling is die door het huwelijk een verblijfsrechtelijk voordeel zou verkrijgen, worden dergelijke dispensatieaanvragen met het vergrootglas onderzocht. Dit onderzoek laat preventie van mogelijke schijnhuwelijken toe.

Op de tweede plaats is één *species* van het *genus schijnhuwelijk* in 1999 uitdrukkelijk in art. 146*bis* gereguleerd. Er is met name sprake van een schijnhuwelijk "als uit een geheel van omstandigheden blijkt dat de intentie van minstens één van de echtgenoten kennelijk niet is gericht op een duurzame levensgemeenschap, maar *enkel* (cursivering F.S.) op het bekomen van een verblijfsrechtelijk voordeel dat is verbonden aan de staat van gehuwde".
De afwezigheid van toestemming gericht op een levensgemeenschap leidt in dat geval tot een absolute nietigheid van het huwelijk (art. 184).

Verdergaand is het (commerciële of gedwongen) schijnhuwelijk in 2006 strafbaar gesteld (art. 79*bis* Vreemdelingenwet).

Op de derde plaats heeft de wetgever de praktijk van de *gedwongen huwelijken* aangepakt. Er is een gedwongen huwelijk wanneer een echtgenoot zijn toestemming onder geweld of bedreiging geeft. Gebruikelijke praktijken hierbij zijn emotionele chantage, fysieke dwang, opsluiting en afneming van identiteitspapieren.
Het wilsgebrek geweld leidde tot 2007 tot een relatieve nietigheid van het huwelijk: enkel het slachtoffer kon de nietigheid opwerpen en het nietige huwelijk werd bevestigd door de samenwoning gedurende zes maanden verder te zetten na de stopzetting van het geweld. De wetgever was van oordeel dat slachtoffers van geweld hiermee onvoldoende werden geholpen en heeft van het wilsgebrek een absolute nietigheidsgrond gemaakt (art. 146*ter* en 184). Het gedwongen huwelijk maakt tenslotte een inbreuk uit op een mensenrecht.
Mede om die reden is het gebruik van geweld of bedreiging om iemand tot een gedwongen huwelijk aan te zetten, als bijzonder misdrijf strafbaar gesteld (art. 391*sexies* Sw.). De meeste praktijken om iemand tot een gedwongen huwelijk aan te zetten, vallen ook onder algemene strafbaarstellingen zoals onrechtmatige vrijheidsberoving of slagen en verwondingen. Om de praktijk van de gedwongen huwelijken beter zichtbaar te maken en aan te pakken, heeft de wetgever daarnaast voor een bijzondere strafbaarstelling geopteerd. Dit neemt niet weg dat andere misdrijven die naar aanleiding van een gedwongen huwelijk worden begaan – zoals mensenhandel (art. 433*quinquies* e.v. Sw.) – ook worden bestraft.

De beschreven bijzondere aanpak, via absolute nietigheid en strafbaarstelling, van schijnhuwelijken en gedwongen huwelijken laat de ambtenaar van de burgerlijke stand en het Openbaar Ministerie enerzijds toe dergelijke huwelijken te voorkomen (zie verder). Doordat de betreffende bepalingen tot onze internationale openbare orde behoren, zijn ze via de omweg van art. 21 Wetboek IPR ook van toepassing op vreemde echtgenoten.
Anderzijds kan het Openbaar Ministerie een aangegaan schijnhuwelijk of gedwongen huwelijk ook repressief aanpakken, via nietigverklaring of strafrechtelijke vervolging. Doordat dergelijke huwelijken behoren tot de 'familiale openbare orde', zijn ze onttrokken aan het beslissingsrecht van de echtgenoten. Ook al komen zij uiteindelijk tot een echte levensgemeenschap, toch kunnen zij het nietige huwelijk niet bevestigen.

D. Bekwaamheid

Minderjarigen

487. De *huwbare leeftijd* ligt in België op achttien jaar, zij het met een mogelijkheid tot afwijking ervan naar beneden (art. 144 en 145). De huwbare leeftijd is de leeftijd waarop de wetgever een persoon feitelijk geschikt of rijp acht voor de rechten en plichten van het huwelijk ('het vlees'). Bij de invoering van de *Code civil* was die leeftijd 15 jaar voor meisjes en 18 voor jongens, hoewel eerst veel lagere leeftijden waren voorgesteld. De huwbare leeftijd is cultureel bepaald: elders ligt zij bijvoorbeeld op 12 jaar.
Ook de *huwbare meerderjarigheid* ligt in België op achttien jaar (art. 144 en 148). De huwbare meerderjarigheid is de leeftijd waarop de wet een persoon (abstract) bekwaam acht om zelf en zelfstandig het huwelijk aan te gaan ('de wil').
De huwbare leeftijd, huwbare meerderjarigheid en algemene meerderjarigheid vallen dus alle samen. Dat is niet noodzakelijkerwijze zo. In samenlevingen waar aan de familie nog een groot (economisch) belang toekomt, zal de huwbare meerderjarigheid veel hoger zijn dan de huwbare leeftijd (en de algemene meerderjarigheid). Op die manier kan tussen families aan vermogensplanning worden gedaan.

488. Het kan gebeuren dat iemand al vóór de huwbare leeftijd geschikt is voor de huwelijkse rechten en plichten. In dat geval kan de jeugdrechtbank het verbod te huwen vóór zijn achttiende, opheffen (art. 145). *Dispensatie* is enkel mogelijk om gewichtige redenen. Vroeger werd doorgaans de zwangerschap van het minderjarige meisje aangevoerd (zie nochtans art. 334). De laatste jaren wordt dispensatie dikwijls onder verwijzing naar verblijfsrechtelijke problemen gevraagd (zie hierboven).

De vordering wordt ingeleid bij verzoekschrift, ofwel door (een van) de ouders, ofwel door de voogd, ofwel door de minderjarige indien de ouders of de voogd niet in het huwelijk toestemmen. De wettekst is misleidend: de voogd heeft helemaal niet toe te stemmen in het huwelijk (zie hierna).

William Shakespeare, *Romeo and Juliet*

Act 1, Scene II

CAPULET
But sayin o'er what I have said before:
My child is yet a stranger in the world;
She hath not seen the change of fourteen years,
Let two more summer wither in their pride,
Ere whe may think her ripe to be a bride.

PARIS
Younger than she are happy mothers made.

Act 1, Scene III

LADY CAPULET
Well, think of marriage now; younger than you
Here in Verona, ladies of esteem
Are made already mothers: by my count,
I was your mother much upon these years
That you are now a maid. Thus then in brief:
The valiant Paris seeks you for his love.

489. Wordt in verband met de huwbare leeftijd dispensatie verleend, dan nog heeft de aanstaande echtgenoot niet de huwbare meerderjarigheid bereikt, zodat hij het huwelijk niet zelfstandig mag aangaan. Hij heeft de *toestemming* nodig van de ouders (art. 148). Juister zou men deze ouderlijke tussenkomst benoemen als instemming, nu de ouders door hun 'toestemming' uiteraard geen partij worden bij het huwelijk van hun kind.
Door de vereiste instemming kunnen de ouders de keuze van de minderjarige toetsen aan zijn belang: hun bevoegdheid is doelgebonden. De ouderlijke instemming wordt vastgesteld door de rechtbank waarbij de vordering tot ontheffing van het leeftijdvereiste aanhangig is gemaakt.
Het instemmingsrecht van de ouders houdt verband met de staat van persoon van hun kind, niet met de uitoefening van het ouderlijk gezag (zie hierboven Hoofdstuk VIII.1.2.A).
Weigeren de beschikbare ouders hun instemming onterecht of zijn ze niet beschikbaar, dan kan de jeugdrechtbank de instemming tot het huwelijk geven. De voogd over de minderjarige heeft hier dus geen bevoegdheid.

490. Wordt een en ander niet nageleefd, dan is het huwelijk absoluut nietig (art. 184). Nochtans kan de nietigheid niet meer op deze grond worden gevorderd na het verstrijken van zes maanden sinds de minderjarige echtgeno(o)t(en) achttien werd(en) (art. 185).

Meerderjarige onbekwamen

491. Alle handelingen van de *gerechtelijk onbekwaam verklaarde*, waaronder de huwelijkssluiting, zijn rechtens vernietigbaar (art. 502). De vernietigbaarheid op grond van art. 502 is in de regel relatief. Het Hof van Cassatie heeft echter geoor-

deeld dat het huwelijk van een gerechtelijk onbekwaam verklaarde absoluut nietig is, naar analogie van het in art. 184 bepaalde over de minderjarige.[175]

492. De persoon aan wie een *gerechtelijk raadsman* is toegevoegd, is bijzonder en beperkt handelingsonbekwaam. Deze onbekwaamheid heeft geen betrekking op persoonlijke rechtshandelingen, zoals de huwelijkssluiting. De persoon mag dus zelf en zelfstandig een huwelijk aangaan.

493. De *verlengd minderjarige* wordt gelijkgesteld met een minderjarige beneden de vijftien jaar (art. 487*bis*, laatste lid). Het is weinig waarschijnlijk dat hem dispensatie van het leeftijdsvereiste zou worden verleend (art. 145). Bij gebreke hiervan is het huwelijk met toepassing van art. 144 en 184 absoluut nietig.

494. De onbekwaamheid van de beschermde persoon onder *voorlopig bewind* heeft geen betrekking op persoonlijke rechtshandelingen, zoals de huwelijkssluiting. Hij mag dus zelf en zelfstandig huwen. Sommige rechtsgeleerden zijn wel van oordeel dat de beschermde persoon, in geval van een algemeen bewind, algemeen en volledig handelingsonbekwaam wordt.

495. De principiële onbekwaamheid om te huwen van sommige categorieën van handelingsonbekwamen wordt soms aangevoeld als een te verregaande beperking van het grondrecht om te huwen (art. 12 Verdrag Mensenrechten). Als oplossing wordt voorgesteld, te voorzien in de mogelijkheid voor de rechter om het huwelijk, na onderzoek van de wilsgeschiktheid, te machtigen, naar analogie van wat in het voorlopig bewind voor giften is voorzien (art. 488*bis*, h, § 2).

E. Huwelijksgeschiktheid?

496. Anders dan in sommige andere rechtsstelsels bestaat er in België geen voorwaarde van concrete huwelijksgeschiktheid. De echtgenoten moeten enkel abstract in staat zijn een levensgemeenschap aan te gaan. Het huwelijk is enkel nietig als ze die niet beogen – in geval van een schijnhuwelijk. Het is niet nietig als de echtgenoten er niet toe in staat zijn, bijvoorbeeld omdat één van hen stervende is (huwelijk *in extremis*) of niet in staat is seksuele betrekkingen te onderhouden.

F. Geen huwelijk tussen meer dan twee personen

497. Geen van de echtgenoten mag een tweede huwelijk aangaan vóór de ontbinding van het eerste (art. 147).

---

175 Cass. 21 februari 1895, *Pas.* 1895, I, 109, conclusie Mesdach ter Kiele.

Dit verbod tot simultane polygamie (huwelijk met verschillende vrouwen) of polyandrie (huwelijk met verschillende mannen) is vanuit antropologisch oogpunt logisch vanuit het natuurlijke evenwicht in aantal mannen en vrouwen.[176] Doorgaans worden echter twee andere redenen voor het polygamieverbod aangevoerd.
Polygamie wordt in de Westerse wereld afgewezen omdat de gelijkheid en waardigheid van vrouwen erdoor zou worden aangetast.
Een sociobiologische verklaring is relevanter. Polygame huwelijken zouden, door de gevoelens van jaloezie en haat die tussen de partners zouden ontstaan, de stabiliteit van het huwelijk in gevaar brengen. Die stabiliteit moet nochtans worden gewaarborgd in het belang van de partners en van hun eventuele kinderen.

498. De miskenning van het bigamieverbod wordt naar huidig Belgisch recht bestraft met een *absolute nietigheid* van de huwelijken die op het eerste huwelijk volgen (art. 184 en 188).
In art. 189 wordt die sanctie genuanceerd. Het nieuwe huwelijk dat in strijd met art. 147 is aangegaan, is toch geldig als het eerste huwelijk nadien wordt vernietigd. Of dat eerste huwelijk nietig is, moet worden nagegaan vóór de beoordeling van de geldigheid van het tweede huwelijk (art. 189).[177]

Polygamie: een kwestie van tijd?

499. De vraag rijst hoelang het verbod tot polygamie of polyandrie nog stand zal houden.
Naarmate de partners en de kinderen minder op (de stabiliteit van) het huwelijk zijn aangewezen, is een polygamieverbod minder nodig. Bovendien wijzen een aantal auteurs ook op de voordelen van polygame huwelijken. Ten slotte worden polygame relaties in ons recht feitelijk wel aanvaard.
De verplichte wachtperiodes tussen opeenvolgende huwelijken zijn al enige tijd afgeschaft: onmiddellijk opeenvolgende polygamie wordt dus erkend.
Ook wordt al gedeeltelijk de simultane polygamie erkend. Schoorvoetend is dat zo met geldige buitenlandse polygame huwelijken. Internrechtelijk kunnen vorige huwelijken, via de onderhoudsplicht na echtscheiding, doorwerken in het huidige. Door loskoppeling van huwelijk en afstamming kan een wettige afstamming ook bestaan bij verschillende partners. Ten slotte is er erkenning van de andere samenlevingsverbanden, zoals het overspelige concubinaat, die onmiskenbaar feitelijk op polygamie neerkomen.

176 In dat opzicht is een huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht dus niet logisch.
177 Cass. 20 april 2001, *Arr. Cass.* 2001, 667, concl. D. Thijs.

500. Het verbod op polygamie of polyandrie hangt niet noodzakelijk samen met een wettelijke getrouwheidsplicht. Monogamie veronderstelt niet noodzakelijk getrouwheid, terwijl polygamie met een strenge getrouwheidsplicht gepaard kan gaan.

G. Geen nauwe (aan)verwantschap tussen de echtgenoten

Y.-H. Leleu en E. Langenaken, "Inceste, mariage et filiation : les cours supérieures ouvrent une voie libérale", *J.T.* 2007, 269.

501. Het huwelijk is verboden tussen te nauwe verwanten en aanverwanten (art. 161-164, 184, (341,) 353-13 en 356-1).

Leviticus 18, 6-18 (Oud Testament)

[6] Niemand van u mag een bloedverwant naderen om zijn schaamte te ontbloten. [7] De schaamte van uw vader en de schaamte van uw moeder mag u niet ontbloten: omdat zij uw moeder is, mag u haar schaamte niet ontbloten. [8] Ook de schaamte van een andere vrouw van uw vader mag u niet ontbloten; het is de schaamte van uw vader. [9] De schaamte van uw zuster, een dochter van uw vader of van uw moeder, in uw familie of daarbuiten geboren, mag u niet ontbloten. [10] De schaamte van een dochter van uw zoon of dochter mag u niet ontbloten; het is immers uw eigen schaamte. [11] De schaamte van de dochter van een andere vrouw van uw vader, door uw vader verwekt, mag u niet ontbloten; omdat zij uw zuster is, mag u haar schaamte niet ontbloten. [12] De schaamte van de zuster van uw vader mag u niet ontbloten; zij is de naaste bloedverwant van uw vader. [13] De schaamte van een zuster van uw moeder mag u niet ontbloten; zij is een bloedverwant van uw moeder. [14] De schaamte van een broer van uw vader mag u niet ontbloten en zijn vrouw mag u niet benaderen; zij is uw tante. [12] De schaamte van de zuster van uw vader mag u niet ontbloten; zij is de naaste bloedverwant van uw vader. [13] De schaamte van een zuster van uw moeder mag u niet ontbloten; zij is een bloedverwant van uw moeder. [14] De schaamte van een broer van uw vader mag u niet ontbloten en zijn vrouw mag u niet benaderen; zij is uw tante.

De Vrouwen (An-Nisa), 22-23 (Hoofdstuk 4 van de Koran)

22. En huwt niet de vrouwen, die uw vaders huwden, met uitzondering van wat reeds gebeurd is. Het is een slecht en afschuwelijk iets en een verkeerde weg. 23. Verboden zijn u uw moeders en uw dochters en uw dochters en uw zusters dochters en uw minnen en uw zoogzusters en de moeders uwer vrouwen en uw stiefdochters, die uw beschermelingen zijn door uw vrouwen tot wie gij zijt ingegaan, maar als gij niet tot haar zijt ingegaan zal er geen zonde op u rusten en de vrouwen uwer eigen zonen (zijn ook verboden) alsmede twee zusters tezamen te hebben, met uitzondering van wat reeds voorbij is; gewis, Allah is Vergevensgezind, Genadevol.

502. Voor deze verboden kunnen vier grondslagen worden aangevoerd.

1/ Uiteindelijk is de antropologische verklaring voor huwelijksverboden dat families met het oog op paarvorming van elkaar afhankelijk moeten zijn opdat een samenleving zou kunnen ontstaan waarin vooruitgang wordt gemaakt. In endogame systemen – waar binnen de familie mag worden gehuwd – raken families

geïsoleerd en vermindert het gebrek aan communicatie hun overlevingskansen. Deze grondslag gaat in onze samenleving uiteraard minder op.

2/ Volgens een meerderheidsopvatting gaat dit huwelijksverbod terug op het *incestverbod*, dat op zijn beurt wordt verklaard met eugenetische redenen. 'Inteelt' moet worden vermeden om genetische afwijkingen te vermijden. Eugenetische redenen liggen ook duidelijk aan de grondslag van de huwelijksverboden binnen de oorspronkelijke familie na adoptie en tussen de vermoedelijke verwekker en het kind.
Nochtans heeft onderzoek aangetoond dat de kans op genetische afwijkingen net toeneemt in (dieren)groepen waar als regel een incestverbod bestaat. Bovendien is een huwelijksverbod om eugenetische redenen niet doelmatig in systemen – zoals het onze – waar huwelijk en afstamming losgekoppeld zijn. Ten slotte wordt met deze reden niet verklaard waarom ook huwelijken tussen verwanten van gelijk geslacht verboden zijn, waarom aanverwanten niet met elkaar mogen huwen en waarom er huwelijksverboden bestaan binnen de adoptiefamilie.

3/ Met huwelijksverboden tussen (aan)verwanten wordt op de derde plaats vermeden dat rechtsgevolgen uit het verticale familierecht (verwantschap en aanverwantschap) verward zouden geraken met rechtsgevolgen uit het horizontale familierecht (huwelijk).
Zo wordt een schoonvader na een huwelijk met zijn schoondochter stiefvader van zijn kleinkind; zo wordt een stiefvader schoonzoon van zijn ex-echtgenote na huwelijk met zijn stiefdochter.
In dit opzicht is het opmerkelijk dat er een huwelijksverbod bestaat tussen diegenen tussen wie de gemeenrechtelijke onderhoudsrelatie, een erfrecht of een onderhoudsvordering tegen de nalatenschap bestaat.
Nochtans kan dit bezwaar worden verholpen door een hiërarchie van rechtsgevolgen in de wet op te nemen.

4/ De belangrijkste reden voor de huwelijksbeletselen zijn wellicht overwegingen van morele en sociale aard. De huwelijksverboden laten immers toe de orde binnen de families, waarbinnen elke generatie zijn plaats heeft, te bewaren. Dit is niet enkel van belang voor de rechtsgevolgen binnen de verschillende familiale orden. De familie is ook een leerschool voor het functioneren in om het even welke groepsstructuur met geboden en verboden, zoals de samenleving in het algemeen.
Via huwelijksverboden wordt ten eerste de noodzakelijke scheiding bewaard tussen opvoedkundige en seksuele rollen. Zo behoort een ouder of stiefouder niet te huwen met het kind of stiefkind dat hij opvoedt.

Ten tweede wordt met huwelijksverboden de seksuele concurrentie vermeden. In de zijlijn – tussen schoonbroers en -zusters – wordt die concurrentie al aanvaard. Tussen generaties ligt het nog moeilijker dat een vader zijn schoondochter zou inpikken op zijn zoon of dat een stiefvader een moeder inwisselt voor haar dochter.

Een recht op incest?

503. De maatschappelijke opvattingen over 'verboden relaties' zijn volop in evolutie.

De beschreven overwegingen wegen steeds minder door ten opzichte van de vrijheid om te huwen met wie men wil (art. 12 Verdrag Mensenrechten). Huwelijksbeletselen worden daarom systematisch verzwakt en vervolgens opgeheven.
De laatste wetgevende evolutie ter zake is de gedeeltelijke afzwakking van de huwelijksbeletselen tussen aanverwanten in de rechte lijn in 2007.
Het Hof Mensenrechten had in 2005 geoordeeld dat een *relatief huwelijksverbod* tussen ex-*schoonvader en schoondochter* (cf. ons art. 161, waarover verder meer), na ontbinding door *echtscheiding* van het huwelijk dat de aanverwantschap deed ontstaan, strijdig is met art. 12 Verdrag Mensenrechten. Een dergelijk huwelijksverbod is volgens het Hof ondoelmatig als het niet overeenstemt met de maatschappelijke opvattingen. Bovendien heeft een dergelijk verbod geen zin als in andere wettelijke bepalingen de gezinsvorming tussen de betrokkenen niet wordt ontraden.[178]
Het Grondwettelijk Hof heeft dan in 2006 minder verregaand over art. 161 geoordeeld dat een *absoluut huwelijksverbod* tussen een ex-*stiefvader en stiefdochter*, na *overlijden* van de moeder, strijdig is met het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel samen gelezen met art. 12 Verdrag Mensenrechten.[179] Een huwelijk na overlijden wordt sociaal als minder storend beschouwd dan een huwelijk na echtscheiding. Volgens het Grondwettelijk Hof volstaat tussen stiefvader en stiefdochter, na overlijden van de moeder, een relatief huwelijksverbod.
De wetgever heeft art. 164 in 2007 dienovereenkomstig aangepast. Deze aanpassing heeft onterecht enkel betrekking op aanverwanten in oorspronkelijke afstamming (art. 161) en niet op aanverwanten in gewoon adoptieve afstamming (art. 353-13).

178 Hof Mensenrechten (4de Kamer), nr. 36536/02, 13 september 2005, B. en L. t. Verenigd Koninkrijk, www.echr.coe.int, §§ 37-39; 65 *Cambridge Law Journal* 2006, 32, noot J.M. Scherpe.

179 Grondwettelijk Hof nr. 157/2006, 18 oktober 2006, www.const-court.be; *Div. Act.* 2007, 10, *J.L.M.B.* 2007, 504, *J.T.* 2007, 277, *Rev. trim. dr. fam.* 2007, 682, *T. Fam.* 2007, 2007, 43, noot W. Verrijdt.

In het licht van de Europese rechtspraak had de wetgever beter meteen de huwelijksverboden tussen alle aanverwanten geheel kunnen afschaffen: ook een relatief huwelijksbeletsel is immers strijdig met art. 12 Verdrag Mensenrechten bevonden.

Haaks op de algemene evolutie staat dat de wetgever in 2003 de huwelijksverboden tussen gewoon adoptieve aanverwanten net heeft verstrengd, door ze uit te breiden tot ex-wettelijke en ex-feitelijke partners. Het verdient aanbeveling geen tegenstrijdige wetgeving uit te vaardigen.

504. Er zijn *absolute en relatieve huwelijksverboden*. Van de absolute huwelijksverboden kan nooit een afwijking worden toegestaan. Van de relatieve huwelijksverboden kan de Koning wel dispensatie verlenen op basis van een concrete beoordeling van de omstandigheden.
Miskenning van een huwelijksverbod leidt tot absolute vernietigbaarheid van het huwelijk, ook al kon dispensatie worden verleend (art. 184).

505. Een absoluut huwelijksverbod bestaat tussen
- oorspronkelijke of vol adoptieve verwanten in de rechte lijn, ongeacht de graad (art. 161 en 356-1);
- oorspronkelijke of vol adoptieve verwanten in de zijlijn van de tweede graad (broers/zusters) (art. 162 en 356-1);

Richard Wagner, *Die Walküre* (*Der Ring des Nibelungen,* deel II), eerste bedrijf, derde tafereel

SIEGLINDE
(reißt sich in höchster Trunkenheit von ihm los und stellt sich ihm gegenüber)

Bist du Siegmund,
den ich hier sehe,
Sieglinde bin ich,
die dich ersehnt:
die eigne Schwester
gewannst du zu eins mit dem Schwert!

SIEGMUND
Braut und Schwester
bist du dem Bruder -
so blühe denn, Wälsungen-Blut!

(Er zieht sie mit wütender Glut an sich;
sie sinkt mit einem Schrei an seine Brust.
Der Vorhang fällt schnell)

- de gewoon adoptant en de geadopteerde of zijn afstammelingen (art. 353-13);
- de gewoon geadopteerde en de vorige echtgenoot, wettelijk samenwonende of feitelijk samenwonende partner van de adoptant (art. 353-13);
- de adoptant en de vorige echtgenoot, wettelijk samenwonende of feitelijk samenwonende partner van de geadopteerde (art. 353-13).

De absolute aard van de laatste twee huwelijksbeletselen levert wellicht een discriminatoire ongelijke behandeling op in vergelijking met oorspronkelijke aanverwanten, tussen wie slechts een relatief huwelijksverbod bestaat.

506. Een relatief huwelijksverbod bestaat tussen
- oorspronkelijke of vol adoptieve aanverwanten in de rechte lijn, ongeacht de graad (art. 161 en 356-1).
  Zoals vermeld, is ook een relatief huwelijksbeletsel tussen deze personen wellicht in strijd met art. 12 Verdrag Mensenrechten;
- oorspronkelijke of vol adoptieve verwanten in de zijlijn in de derde graad (oom-tante / neef-nicht) (art. 163 en 356-1);
- gewoon adoptieve kinderen van eenzelfde adoptant (art. 353-13);
- de gewoon geadopteerde en de kinderen in oorspronkelijke afstamming van de adoptant (art. 353-13).

507. Op grond van art. 341 heeft de veroordeling tot een uitkering voor levensonderhoud dezelfde gevolgen op de huwelijksverboden als de vaststelling van het vaderschap. Hieruit blijkt de eugenetische grondslag van de huwelijksverboden.

2.2. VORMVOORWAARDEN EN PREVENTIEVE CONTROLE

508. Formeel verloopt het huwelijk in drie fasen.
Eerst is er een *aangifte* van het huwelijksvoornemen bij de ambtenaar van de burgerlijke stand (art. 63-64).
Dan volgt een wachttermijn, tijdens welke de ambtenaar de geldigheidvoorwaarden controleert en derden *verzet* tegen het huwelijk kunnen aantekenen (art. 66-68 en 172-179).
Ten slotte wordt het huwelijk *voltrokken* (art. 75-76 en 165-170*bis*).

509. Aanstaande echtgenoten doen eerst *aangifte* van hun voornemen om te huwen. Zij leggen bij die gelegenheid een aantal documenten over; andere documenten worden verzameld door de ambtenaar van de burgerlijke stand. Aan de hand van deze documenten wordt een akte van aangifte van huwelijk opgesteld.
Bij gebreke van de vereiste documenten weigert de ambtenaar van de burgerlijke stand de akte van aangifte van huwelijk op te stellen. Van die weigering wordt kennis gegeven aan de echtgenoten. Er kan binnen de maand verhaal tegen worden aangetekend bij de rechtbank van eerste aanleg, die met volle rechtsmacht over de weigering oordeelt.[180]
In de regel wordt het huwelijk voltrokken door de ambtenaar die de akte van aangifte heeft opgemaakt (art. 166). Voltrekt hij het zonder dat eerst aangifte werd gedaan, dan is het huwelijk absoluut nietig en worden de ambtenaar en de echtge-

[180] Vgl. Cass. 13 april 2007, http://jure.juridat.just.fgov.be/.

noten beboet (art. 191-192). Dit laatste gebeurt ook als de aangifte anderszins niet regulier verliep.

510. Het *verzet* tegen het huwelijk is een akte die bij gerechtsdeurwaardersexploot wordt betekend aan de aanstaande echtgenoten en de ambtenaar van de burgerlijke stand en waarin bepaalde personen opkomen tegen een voorgenomen aangegeven huwelijk om reden dat aan een grondvoorwaarde ervan niet is voldaan (art. 172-175 en art. 138 Ger.W.).
Verzet is mogelijk door de *echtgenoot* op grond van het polygamieverbod (art. 172).
Ascendenten kunnen wegens om het even welk huwelijksbeletsel verzet aantekenen (art. 173). Voor ouders gaat het om een bevoegdheid betreffende de staat van de persoon van hun kind, die ze concurrent (dus niet noodzakelijk gezamenlijk) kunnen uitoefenen.
Bij gebreke van ascendenten, kunnen de meerderjarige *verwanten tot de vierde graad* en ook de *voogd* zich tegen het huwelijk verzetten op grond van de krankzinnigheid of geestelijke achterlijkheid van de aanstaande echtgenoot van de eigen familie. Wie verzet doet, heeft dan de verplichting om de gerechtelijke onbekwaamverklaring of de verklaring in staat van verlengde minderjarigheid van de aanstaande echtgenoot aan te vragen (art. 174, 175 en 176, 2de lid).
Het *Openbaar Ministerie* kan op grond van art. 138 Ger.W. verzet aantekenen indien de openbare orde zijn tussenkomst vergt, bijvoorbeeld wanneer een schijnhuwelijk of gedwongen huwelijk zou worden aangegaan.
De ambtenaar mag het huwelijk op straffe van boete en van schadevergoeding niet voltrekken zolang het verzet niet is opgeheven (art. 67-68 en 76, 7°).
Degene die verzet deed, kan het vrijwillig terug opheffen.
Bij gebreke daarvan doet de rechtbank van eerste aanleg op vordering van de echtgenoten uitspraak over de opheffing (art. 177-178).
Als het verzet een misbruik wordt geacht te zijn, kan degene die het deed tot een schadevergoeding worden veroordeeld (art. 179).
Sinds 1999 wordt de aangifte van het huwelijk niet meer openbaar gemaakt door publicatie aan het gemeentehuis. Het aantal gevallen van verzet zal daardoor logischerwijze afgenomen zijn.

511. Het huwelijk mag pas worden *voltrokken* na een wachttijd van minimaal veertien dagen en maximaal zes maanden. De procureur des Konings kan uitzonderingen op die termijnen toekennen en ook vrijstelling van aangifte verlenen (art. 165).

De wachttermijn voor het huwelijk laat de ambtenaar van de burgerlijke stand onder meer toe de hoedanigheden en voorwaarden vereist voor het huwelijk te toetsen.
Is daaraan niet voldaan of is het huwelijk in strijd met de openbare orde, dan weigert hij het huwelijk te voltrekken. De ambtenaar heeft hierbij geen discretionaire beoordelingsbevoegdheid; zijn bevoegdheid is gebonden nu deze tenslotte het recht om te huwen betreft.[181]
Hij kan de voltrekking ook twee maanden uitstellen voor verder onderzoek.
Tegen de weigering om het huwelijk te voltrekken bestaat een verhaalsrecht bij de rechtbank van eerste aanleg (art. 167). De rechtbank beoordeelt niet enkel de wettigheid van de weigeringsbeslissing van de ambtenaar van de burgerlijke stand, maar heeft volle rechtsmacht over die beslissing. Zo kan de rechtbank rekening houden met gegevens die pas na de weigeringsbeslissing van de ambtenaar bekend werden. [182]
De voltrekking gebeurt openbaar, door de ambtenaar die de akte van aangifte opmaakte en voor twee getuigen (art. 166). Van de huwelijksvoltrekking wordt een akte van huwelijk opgemaakt (art. 75-76).
Het huwelijk dat niet volgens de beschreven regels is aangegaan, is absoluut nietig. Bovendien wordt aan de ambtenaar van de burgerlijke stand en aan de echtgenoten (of degene onder wiens gezag zij handelden) een boete opgelegd (art. 191-192).

2.3. NIETIGHEID VAN HET HUWELIJK

S. Valckenborgh, "De nietigverklaring van het huwelijk. Overzicht van rechtspraak 1994-2001", *E.J.* 2002, 53.

512. Op het gebied van de inhoudelijke en vormelijke huwelijksvoorwaarden wordt een onderscheid gemaakt tussen verbiedende en vernietigende voorschriften.
De *verbiedende voorschriften* zijn degene die een huwelijk moeten verhinderen, maar waarvan de niet-naleving later niet kan leiden tot de nietigverklaring ervan. Zo kan de voltrekking van het huwelijk ondanks verzet niet tot de nietigheid van het huwelijk leiden.
De *vernietigende voorschriften* zijn deze op grond waarvan het huwelijk (relatief of absoluut) nietig is.

181 Cass. 13 april 2007, http://jure.juridat.just.fgov.be/.
182 Cass. 13 april 2007, http://jure.juridat.just.fgov.be/.

513. De gevallen waarin het huwelijk *absoluut nietig* is, staan opgesomd in art. 184 en 191. Deze gevallen zijn hierboven aangehaald. Het is, zoals vermeld, betwist of de afwezigheid van toestemming leidt tot een absolute of een relatieve nietigheid.
Tegen het huwelijk kan wegens niet-naleving van *grondvoorwaarden* worden opgekomen door de volgende personen:
- de echtgenoten (art. 184);
- bloedverwanten in de zijlijn en kinderen die niet uit het huwelijk zijn geboren, als ze een reeds verkregen en dadelijk vermogensrechtelijk belang hebben. Als regel hebben ze dit pas na overlijden van de echtgenoten (art. 187);
- elke andere (vermogensrechtelijke) belanghebbende (art. 184);
- het Openbaar Ministerie (art. 184), dat daartoe verplicht is als de beide echtgenoten nog in leven zijn (art. 190).

Tegen het huwelijk kan wegens niet-naleving van *vormvoorwaarden* worden opgekomen door de volgende personen:
- de echtgenoten (art. 191), behalve als zij bezit van staat als echtgenoot hebben (art. 196);
- de ouders en de grootouders (art. 191);
- elke andere (vermogensrechtelijke) belanghebbende (art. 191);
- het Openbaar Ministerie (art. 191).

Als regel is de vordering tot nietigverklaring *onverjaarbaar*, omdat ze de openbare orde raakt. Hierop bestaat een uitzondering in art. 185. Tegen het huwelijk kan op grond van miskenning van de regels over huwbare leeftijd en huwbare meerderjarigheid maar worden opgekomen tot zes maanden nadat de echtgenoten achttien werden.
De rechter is *verplicht* tot nietigverklaring in geval van miskenning van de *grond*voorwaarden. Bij niet-naleving van de *vorm*voorwaarden kan hij de nietigverklaring weigeren, onverminderd de boete waartoe hij de ambtenaar of de echtgenoten kan veroordelen (art. 193).

514. Het huwelijk is *relatief nietig* wegens dwaling. Deze regel wordt soms uitgebreid tot de afwezigheid van toestemming.
In geval van dwaling kan enkel het slachtoffer ervan opkomen tegen het huwelijk op deze grond (art. 180). Het vernietigbare huwelijk is in dit geval vatbaar voor bevestiging. Bevestiging wordt afgeleid uit de voortzetting van de samenwoning gedurende zes maanden nadat de dwaling werd ontdekt (art. 181).

515. De nietigverklaring van het huwelijk heeft de ontbinding ervan tot gevolg *ex tunc*. Er wordt geacht nooit een huwelijk te zijn geweest, zodat alle rechtsgevolgen ervan terugwerkend moeten worden uitgewist.

Die nietigheid is uiteraard een juridische fictie. In veel gevallen van nietigverklaring van huwelijken is er – minstens voor één van de echtgenoten – wél een huwelijk(sbeleving) geweest.
Daarom wordt de fictie van de nietigheid verzacht door de fictie van het putatief huwelijk, waardoor de gevolgen van het huwelijk in stand worden gehouden, met ontbinding *ex nunc*.
Op de eerste plaats worden voor de echtgenoten die te goeder trouw waren, de burgerrechtelijke gevolgen van het huwelijk behouden tot aan de datum van uitvoerbaarheid van de beslissing tot nietigverklaring (art. 201). Naast de goede trouw mogen geen andere voorwaarden worden gesteld.[183]
Ook al was geen van de echtgenoten te goeder trouw, toch blijven de huwelijksgevolgen ten voordele van de kinderen wel behouden (art. 202). Het gaat bijvoorbeeld om de toepassing van de vaderschapsregel van art. 315.

2.4. BEWIJS

516. Als regel wordt het huwelijk bewezen door overlegging van de akte van huwelijksvoltrekking. Het bezit van staat als gehuwde heeft geen rechtscreërende werking: het doet in de regel niet af aan de vereiste overlegging van een akte (art. 194-195).
Tussen echtgenoten kan het huwelijk ook zonder overlegging van de akte worden bewezen:
- als er geen registers van de burgerlijke stand (meer) bestaan (art. 46);
- als de voltrekking van het huwelijk blijkt uit een strafvonnis naar aanleiding van een vervolging tegen de ambtenaar van de burgerlijke stand (art. 199-200);
- als de voltrekking van het huwelijk blijkt uit een burgerlijk vonnis in geval van overlijden van de ambtenaar van de burgerlijke stand (art. 200).

Naast de voorgaande gevallen is voor de kinderen art. 197 van belang. Is er bezit van staat als kind tegenover twee personen die openlijk als man en vrouw hebben samengeleefd en die overleden zijn, en wordt dit bezit van staat niet tegengesproken door een akte van geboorte, dan kan de afstamming van de kinderen niet meer worden betwist op grond alleen van het ontbreken van de huwelijksakte. Dit is vooral voor de vaderschapsregel van belang.

183 Cass. 12 december 2003, *J.L.M.B.* 2004, 631.

X.3. INHOUD

517. Nu bekend is wie op welke wijze met wie in het huwelijk mag treden, kan de inhoud van het huwelijk worden ontleed.
Eerst komen een aantal algemene bepalingen in verband met de rechten van de echtgenoten aan bod (3.1).
Vervolgens behandel ik achtereenvolgens de (dwingende) persoonlijke (3.2) en vermogensrechtelijke (3.3) huwelijkse plichten.
Daarna ga ik in op de regeling van conflicten binnen het huwelijk via dringende voorlopige maatregelen (3.4) en via de nietigverklaring van gezinsonvriendelijke handelingen die één van de echtgenoten stelt (3.5). Om huwelijksconflicten laagdrempelig te kunnen oplossen, bestaat tussen echtgenoten een bijzondere rechtspleging.
Bestaan er conflicten, dan gaan echtgenoten dikwijls feitelijk gescheiden leven. Hun huwelijk wordt daardoor niet ontbonden; het krijgt er wel een andere inhoud door (3.6).

3.1. ALGEMEEN

Situering

518. Het huwelijk is, naar inhoud, een instituut.
Dat betekent, zoals vermeld, dat er door het huwelijk een aantal rechten en plichten ontstaan waarover geen (voor de toekomst bindende) andersluidende wilsovereenstemming door de echtgenoten mogelijk is.
Die rechten en plichten bepalen (abstract) de rechtstoestand van de echtgenoten, zowel in hun onderlinge verhouding als ten opzichte van derden. Daarom raakt het huwelijk de staat van de persoon.
Door de organisatie van het huwelijk als instituut en niet als contract verloopt de uitvoering van de huwelijkse rechten en plichten niet volgens het algemene contractenrecht maar volgens eigen regels.

519. De belangrijkste component van het instituut huwelijk is de organisatie van de gehele levensgemeenschap tussen de echtgenoten in art. 212 e.v.
In andere rechtstakken wordt het huwelijk ook (in afnemende mate) als aanknopingspunt gebruikt voor de vantoepassingverklaring van allerhande regels.

520. Op het vlak van de organisatie van de levensgemeenschap tussen de echtgenoten moet een onderscheid worden gemaakt tussen het zogenaamde primair huwelijksrecht en het secundair huwelijksrecht of huwelijksvermogensrecht.

1/ Het *primair huwelijksrecht* omvat de wederzijdse rechten en plichten over de persoon en de goederen van de echtgenoten, die door het enkele feit van het huwelijk verplicht van toepassing zijn (art. 212, 1ste lid).
Het is betwist of deze huwelijkse rechten en plichten de openbare orde raken. Eén strekking in rechtsleer en rechtspraak is die opvatting toegedaan. Een andere strekking is van oordeel dat de rechten en plichten enkel van dwingend recht zijn. De echtgenoten mogen dus (enkel) op voorhand geen afstand doen van de bescherming ervan. In de praktijk lijkt deze tweede opvatting te overheersen.

2/ Het *secundair huwelijksrecht* of huwelijksvermogensrecht omvat een ruimere vermogensrechtelijke regeling voor het huwelijk, met een grotere keuzemogelijkheid. Bij gebreke van keuze is het wettelijke stelsel van toepassing. Er is dan tussen de echtgenoten scheiding van goederen met een gemeenschap van de aanwinsten van tijdens het huwelijk. Echtgenoten kunnen ook kiezen voor een algehele gemeenschap van goederen, een algehele scheiding van goederen, of tussensystemen tussen de drie genoemde stelsels. Het secundair huwelijksrecht blijft verder buiten beschouwing.

Bekwaamheid van de echtgenoten

521. In de regel wijzigt het huwelijk de *handelingsbekwaamheid* van de echtgenoten niet (art. 212, 3de lid). Sinds 1976 doet een dergelijke overbodige bepaling vreemd aan; in 1976 gaf ze de essentie weer van de hervorming van het huwelijksrecht, doordat het huwelijk pas sindsdien niet meer de onbekwaamheid van de vrouw met zich meebrengt.
In art. 212, 3de lid wordt meteen verwezen naar de uitzondering op de regel: het huwelijk van de minderjarige heeft, zoals bekend, zijn wettelijke *ontvoogding* tot gevolg (art. 476).
Daarnaast heeft het huwelijk vooral uitzonderlijke *rechtsverkeerbeperkingen* tot gevolg, zowel in de verhouding tussen de echtgenoten onderling als tegenover derden. Deze beperkingen dienen doorgaans het gezinsbelang. Ik behandel er meteen een aantal.

Beroepskeuze

522. Iedere echtgenoot heeft in de regel het recht een beroep uit te oefenen zonder de instemming van de andere echtgenoot (art. 216, § 1, 1ste lid).
Is de andere echtgenoot van oordeel dat hieraan een ernstig nadeel verbonden is voor zijn zedelijke of stoffelijke belangen of voor die van de minderjarige kinderen die van het gezin deel uitmaken, dan kan hij de rechter vatten. Deze mogelijkheid bestaat niet voor de uitoefening van openbare mandaten (minister, gemeen-

teraadslid, ...), wel voor de openbare ambten (magistraat, politiebeambte) (art. 216, § 1, 2de en 4de lid).
De rechtbank kan de uitoefening van het beroep dan verbieden (arg. *ex* art. 1407 en 1411) of afhankelijk stellen van een voorafgaande wijziging van het huwelijksvermogensstelsel van de echtgenoten (art. 216, § 1, 3de lid).
Houdt de echtgenoot zich hier niet aan, dan draagt hij alleen de schulden die uit de beroepsuitoefening voortvloeien (art. 1407 en 1411). Bovendien kan de niet-naleving van de rechterlijke beslissing als plichtsverzuim of verstoorde verstandhouding leiden tot dringende voorlopige maatregelen; er kan ook een eis tot dadelijke echtscheiding (art. 229, § 1) op gebaseerd worden.

Gebruik van de naam van de andere echtgenoot

523. Tijdens het huwelijk mogen echtgenoten elkaars naam, of een combinatie van hun twee namen met een verbindingsstreepje ertussen, vrij *in het burgerlijke leven* gebruiken.
In principe vervalt dit gebruiksrecht na ontbinding van het huwelijk door echtscheiding.
Het verdere gebruik kan wel worden toegelaten door de andere echtgenoot. Er is ook rechtspraak die, bij gebreke van toelating, het verdere gebruik machtigt.

524. In hun *beroepsbetrekkingen* mogen de echtgenoten elkaars naam enkel gebruiken met de instemming van de andere (art. 216, § 2, 1ste lid).
De gegeven instemming kan alleen om gewichtige redenen worden ingetrokken. Tegen deze intrekking kan de echtgenoot opkomen (art. 216, § 2, 2de lid).
Na ontbinding van het huwelijk door echtscheiding is het verdere gebruik van de naam enkel na machtiging door de ex-echtgenoot mogelijk. Maakt de naam deel uit van een handelszaak of is hij als merknaam gedeponeerd, dan mag hij wel verder worden gebruikt.

Ontvangst, besteding en bestuur van inkomsten

525. Elke echtgenoot *ontvangt* in de regel zijn inkomsten alleen (art. 217).
Ongeacht het aangenomen huwelijksvermogensstelsel, *besteedt* hij deze inkomsten bij voorrang aan zijn bijdrage in de lasten van het huwelijk (zie verder over de bijdrageplicht). Het overschot mag hij besteden aan beroepsgoederen die onder zijn uitsluitend bestuur staan.
Voor het overige hangen *besteding en bestuur* van de inkomsten af van het huwelijksvermogensstelsel.

Op de regel dat de echtgenoot zijn inkomsten alleen ontvangt, bestaan *uitzonderingen* (bijvoorbeeld art. 220, § 3, 221 en 223). Deze komen in de loop van de verdere bespreking aan bod.

Opening van rekeningen en huur brandkast

526. Elke echtgenoot kan zonder instemming van de andere een depositorekening voor geld of effecten openen en een brandkast huren. Tegenover de bankinstelling heeft enkel hij bestuurs- en toegangsrechten (art. 218, 1ste en 2de lid).
De bank moet in principe de andere echtgenoot op de hoogte brengen van het feit van de opening van de rekening of huur van de kluis door de ene (art. 218, 3de lid). De wijze van kennisgeving is in de wet niet bepaald. Ze betreft niet de verrichtingen die op de rekening of met betrekking tot de kluis gebeuren.
In de praktijk gebeurt de kennisgeving omzeggens nooit. Voor banken weegt het risico van vorderingen tot schadevergoeding niet op tegen het commerciële voordeel dat zij doen bij bankverrichtingen zonder medeweten van één echtgenoot.

Schenkingen en persoonlijke borgstellingen

527. Elk van de echtgenoten blijft in principe bekwaam om schenkingen aan derden te doen of zich persoonlijk borg te stellen voor schulden van derden.
Ongeacht het huwelijksvermogensstelsel kan de andere echtgenoot daarvan wel de nietigverklaring vorderen als ze de belangen van het gezin in gevaar brengen (art. 224, § 1, 3 en 4, waarover verder).

Lastgeving tussen echtgenoten

528. Echtgenoten kunnen elkaar tijdens het huwelijk last geven voor vertegenwoordiging in de uitoefening van de huwelijkse bevoegdheden (art. 219, 1ste lid).
De lastgeving kan pas na de huwelijkssluiting gebeuren. Daarmee trachtte de wetgever van 1976 te vermijden dat echtgenoten het oude systeem van handelingsonbekwaamheid van de vrouw bij huwelijkscontract zouden vastleggen. Om dezelfde reden mag de onherroepelijkheid van de lastgeving tussen de echtgenoten niet worden bedongen (art. 219, 2de lid).
De lastgeving tussen echtgenoten, wat betreft de huwelijkse bevoegdheden, kan algemeen zijn of bijzonder.

Machtiging en indeplaatsstelling

529. Het primaire huwelijksrecht bevat een bijzondere regeling in verband met de uitoefening van de huwelijkse bevoegdheden van een *onbeschikbare echtgenoot* (hierover ook meer in *Personenrecht in kort bestek*).

530. Oplossingen worden in de eerste plaats bereikt via een systeem van *rechterlijke machtigingen* om welbepaalde handelingen alleen of plaatsvervangend te verrichten.
Dit systeem is van toepassing als één van de echtgenoten vermoedelijk afwezig is, onbekwaam is verklaard of in de onmogelijkheid verkeert zijn wil te kennen te geven.
De rechtbank van eerste aanleg kan de beschikbare echtgenoot in dit geval machtigen om alleen de voornaamste gezinswoning of het huisraad te vervreemden, terwijl voor deze handelingen doorgaans de instemming van beide echtgenoten nodig is (art. 220, § 1).
In dezelfde omstandigheden kan de vrederechter aan de beschikbare echtgenoot een ontvangstmachtiging verlenen over de inkomsten van de onbeschikbare (art. 220, § 3 – zie verder over de ontvangstmachtiging).

531. De rechtbank van eerste aanleg kan de beschikbare echtgenoot ook *in de plaats stellen* voor de bestendige uitoefening van alle of sommige huwelijkse bevoegdheden van de onbeschikbare echtgenoot.
Dit systeem is van toepassing als één echtgenoot in de (juridische of feitelijke) onmogelijkheid verkeert zijn wil te kennen te geven en geen wettelijke of conventionele vertegenwoordiger heeft (art. 220, § 2).
Het gaat om een systeem van zalven zonder slaan (hierover meer in *Personenrecht in kort bestek*): de onbeschikbare echtgenoot wordt niet onbekwaam, terwijl de beschikbare echtgenoot heel wat bevoegdheden verwerft.
De uitoefening van de beschreven bevoegdheden wordt noch preventief noch repressief gecontroleerd. Er gelden geen machtigingsvereisten, geen plichten tot rekenschap, ...
Daarom stellen sommigen dat bij voorrang een statuut van onbekwaamheid moet worden toegepast.
Anderen stellen dat de echtgenoot zich bij voorrang op art. 220, § 2 mag beroepen. Deze beschermingsregeling zou op grond van het recht op bescherming van het gezinsleven (art. 8 Verdrag Mensenrechten) voorgaan op de statuten van onbekwaamheid.

3.2. PERSOONSRECHTELIJKE INHOUD VAN HET HUWELIJK

532. Door het enkele feit van het huwelijk ontstaan tussen de echtgenoten een aantal persoonlijke plichten (en corresponderende rechten). Ik bespreek achtereenvolgens de samenwoning, de bijstand, de getrouwheid, de seksuele betrekkingen en de voortplanting. Met de vermogensrechtelijke rechten en plichten vormen

ze samen de algehele levensgemeenschap (*consortium omnis vitae*) die tussen de echtgenoten moet bestaan.
De verenigbaarheid van de persoonlijke rechten en plichten met het recht op bescherming van het privéleven, het verbod van vernederende behandeling en het verbod van slavernij en dwangarbeid (art. 8, 3 en 4 Verdrag Mensenrechten) wordt soms in vraag gesteld.
Wegens het verbod tot lijfsdwang kunnen de persoonlijke plichten tussen echtgenoten hoe dan ook nooit rechtstreeks worden afgedwongen. Er is enkel een onrechtstreekse handhaving mogelijk via dringende voorlopige maatregelen en de echtscheiding.
Om die reden wordt ook wel in twijfel getrokken of de formulering van persoonlijke rechten en plichten in de wet wel zinvol is.

A. Samenwoning

533. Echtgenoten zijn jegens elkaar tot samenwoning verplicht (art. 213). Ze moeten beiden op één plaats hun huwelijkse plichten nakomen en hun huwelijkse rechten uitoefenen, zodat op die plaats een levensgemeenschap kan ontstaan. Die plaats heet de echtelijke verblijfplaats.
Dit neemt niet weg dat de echtgenoten een eigen (verschillende) woonplaats kunnen hebben.

534. De echtgenoten leggen de echtelijke verblijfplaats in onderlinge overeenstemming vast (art. 214).
Bij gebreke van overeenstemming doet de vrederechter uitspraak in het belang van het gezin. In dit geval mag de vrederechter geen echtelijke verblijfplaats kiezen die door geen van de echtgenoten is voorgesteld. Hij mag wel kiezen uit één van beide voorstellen of oordelen dat geen van de voorstellen in aanmerking komt als echtelijke verblijfplaats.
Is er maar één echtgenoot beschikbaar, dan beslist die alleen waar de echtelijke verblijfplaats wordt gevestigd.

535. De wet bevat geen bijzondere sanctie in geval van niet-naleving van de samenwoningsplicht. Er kunnen wel dringende voorlopige maatregelen worden bevolen of de echtscheiding kan worden gevorderd, met name op grond van de ontstane feitelijke scheiding.

536. De samenwoningsplicht wordt in een aantal gevallen geschorst.
Dat is automatisch zo na de inleiding van een vordering tot echtscheiding.
De rechter kan de samenwoning ook opschorten bij wijze van dringende voorlopige maatregel.

Uiteraard bestaat er geen samenwoningsplicht in geval van overmacht, bijvoorbeeld na hospitalisatie of wegens een gevangenisstraf van een echtgenoot.
Ook als de beroepsuitoefening uithuizigheid vereist, bijvoorbeeld bij militairen op vredesmissie, is de samenwoningsplicht geschorst.
Ten slotte zijn echtgenoten niet tot samenwoning verplicht als de samenwoning de veiligheid of waardigheid in het gedrang zou brengen, bijvoorbeeld omdat een echtgenoot dikwijls dronken is of slagen en verwondingen toebrengt.

B. Bijstand

537. De bijstandsplicht is de intellectuele plicht van de echtgenoten om elkaar waardering te tonen en de morele plicht om elkaar genegenheid te tonen. Ze verplicht de echtgenoten tot bezorgdheid om en verzorging van elkaar.
Positief bestaat die plicht in het tonen van genegenheid, bijvoorbeeld door de zieke echtgenoot te verzorgen of door zich als zieke echtgenoot te laten verzorgen.
Negatief bestaat de plicht erin zich te onthouden van kwetsende gedragingen of opmerkingen en zich geduldig op te stellen.
Deze plicht is geen plicht tot liefde, maar een plicht om liefde te tonen.[184]
Deze plicht wordt op dezelfde wijze als de samenwoningsplicht gehandhaafd en geschorst.

C. Getrouwheid

538. De getrouwheidsplicht is de plicht tot seksuele exclusiviteit.
Zij verbiedt de echtgenoten op negatieve wijze seksuele relaties te hebben met iemand anders dan de echtgenoot.
Zij verplicht de echtgenoten er op positieve wijze toe met de echtgenoot desgevraagd seksuele relaties te onderhouden of deze minstens te dulden (hierover verder).
Zoals vermeld, hangt de getrouwheidsplicht niet noodzakelijk samen met het polygamieverbod.

539. De getrouwheidsplicht hield duidelijk verband met de afstammingsrechtelijke functie van het huwelijk. Nu die functie is afgeschaft, rijst de vraag of morele opvattingen over getrouwheid nog de wettelijke formulering ervan als plicht rechtvaardigen.

540. Niet-naleving van de getrouwheidsplicht wordt bestraft via het echtscheidingsrecht.

---

184 Cass. fr. (2e civ.), 2 februari 1972, *D.* (F.) 1972, *Jur.*, 295.

Ten eerste levert overspel – onrechtstreeks – een grond tot dadelijke echtscheiding op (art. 229, § 1 en art. 1016*bis* Ger.W.). Overspel is het onderhouden van seksuele betrekkingen met een andere persoon dan de echtgenoot. Ik ga er later verder op in. Het verzoek tot dadelijke echtscheiding zou overigens ook op minder verregaande gedragingen met een seksuele inslag kunnen worden gebaseerd.
Ten tweede kan de overspelige echtgenoot van het recht op onderhoudsuitkering worden uitgesloten wegens de zware fout die hij heeft gepleegd (art. 301, § 2, 2de lid en art. 1016*bis* Ger.W., waarover verder meer).

541. De negatieve getrouwheidsplicht kan tijdens het huwelijk nooit worden geschorst, ook niet na schorsing van de samenwoningsplicht.
Hieruit vloeit voort dat ook een contractuele schorsing niet mogelijk is. Echtgenoten kunnen met andere woorden geen partnerruil, bezoek aan seksclubs en dergelijke meer overeenkomen. Afspraken in die zin kunnen wel relevant zijn bij de beoordeling of het overspel de dadelijke echtscheiding rechtvaardigt of een zware fout uitmaakt (hierover verder). De echtgenoten kunnen er echter geen toekomstige aanspraken uit putten.

D. Normale seksuele betrekkingen onderhouden

542. Uit de samenwoningsplicht en uit de getrouwheidsplicht wordt een positieve persoonlijke plicht van de echtgenoten afgeleid om desgevraagd door de echtgenoot (enkel) met elkaar (normale) seksuele betrekkingen te onderhouden of deze minstens te dulden.
Over frequentie en aard van die betrekkingen bestaat uiteenlopende rechtspraak.

543. Deze plicht wordt op dezelfde wijze als de samenwoningsplicht gehandhaafd en geschorst.
Onder meer vervalt de plicht tot het onderhouden van seksuele betrekkingen dus als men er buiten zijn wil niet (meer) toe in staat is. De bijstandsplicht verplicht de betrokken echtgenoten er wel toe de nodige medische behandelingen te ondergaan. Een aspirine of Viagra nemen kan dus tot de huwelijksplichten behoren.
Ook mag de veiligheid of waardigheid van de echtgenoot uiteraard niet in het gedrang worden gebracht door naleving van deze plicht. Dat zou bijvoorbeeld zo zijn als de andere echtgenoot drager is van een SOA en toch (onbeschermde) seks wil hebben.

544. Bepaalde rechtspraak heeft (onterecht) aanvaard dat de echtgenoten kunnen overeenkomen om geen seksuele betrekkingen te zullen onderhouden. De plicht om seksuele betrekkingen te onderhouden is, zoals vermeld, minstens

dwingendrechtelijk van aard, zodat men voor de toekomst geen afstand kan doen van de aanspraak erop.

E. Voortplanting

M. Kempen, "Zelfbeschikking en procreatie binnen het huwelijk" in X, *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, 221.

545. Zeker sinds de verdwijning van de afstammingsrechtelijke functie van het huwelijk wordt betwist of voortplanting een normaal gevolg is van een huwelijk en of echtgenoten van elkaar medewerking aan de voortplanting mogen verwachten.
De kwestie is uiteraard van belang voor de natuurlijke voortplanting in huwelijken tussen personen van ongelijk geslacht die tot (gezonde) voortplanting in staat zijn.
Ook in andere huwelijken rijst de vraag of echtgenoten van elkaar medewerking mogen verwachten aan de aanwending van kunstmatige voortplantingstechnieken of aan de adoptie. Deze vraag is onder meer aan de orde voor paren die samen geen kinderen kunnen of willen krijgen (zonder gezondheidsrisico's).

546. Het Hof van Cassatie heeft, onder het oude echtscheidingsrecht, geoordeeld dat de *ongegronde weigering* van een echtgenoot om kinderen te hebben, spijts de aandrang van de andere echtgenoot, een grove belediging kan uitmaken (nu: de dadelijke echtscheiding zou rechtvaardigen).[185] De weigering zou gegrond kunnen zijn als bijvoorbeeld valt te vrezen dat de ouders een genetische afwijking zouden doorgeven aan het kind.
In het genoemde cassatiearrest liet het Hof uitdrukkelijk in het midden, "het geval dat de echtgenoten bij het aangaan van het huwelijk *overeengekomen* waren dat hun huwelijk kinderloos zou blijven". Impliciet heeft het Hof de geldigheid van zulke overeenkomsten erkend.[186] De Belgische rechtspraak is nog niet geconfronteerd met de vraag wat er moet gebeuren als één van de echtgenoten op die afspraak terugkomt of ze niet naleeft, bijvoorbeeld door zonder waarschuwing met contraceptiva te stoppen.
Was er *geen overeenkomst* over het al dan niet kinderloos blijven van het huwelijk, dan kunnen problemen ontstaan als een beslissing hierover tijdens het huwelijk moet worden genomen. De bijstandsplicht verplicht de echtgenoten ertoe dergelijke beslissingen in onderling overleg te nemen.

---

185 Cass. 6 oktober 1988, *Arr. Cass.* 1988-89, 151.

186 In die zin de conclusie van proc.-gen. du Jardin onder Cass. 14 december 2001, *Arr. Cass.* 2001, 2200, *J.L.M.B.* 2002, 532, noot Y.-H. Leleu.

Bij medische tussenkomsten in verband met de voortplanting of het voortplantingsvermogen is het duidelijk dat de arts enkel handelt met de betrokken echtgenoot en dat aan de andere echtgenoot geen toestemmings- of weigeringsrechten toekomen.[187]
Maar de beslissing van een vrouw om een contraceptieve sterilisatie te ondergaan zonder toestemming of medeweten van haar man, kan een tekortkoming uitmaken aan de respectieve plichten van de echtgenoten, ja zelfs een echtscheidingsgrond.[188] Hetzelfde moet gelden voor de beslissing over de abortus op contraceptieve gronden, dit is voor de 12de week van de zwangerschap.
Echtgenoten hebben op grond van de huwelijksplichten geen plicht tot medewerking aan de aanwending van kunstmatige voortplantingstechnieken of adoptie, zo zij niet of niet zonder medische risico's tot natuurlijke voortplanting in staat zijn.

3.3. VERMOGENSRECHTELIJKE INHOUD VAN HET HUWELIJK

A. De bescherming van de voornaamste gezinswoning en het huisraad

547. Volgens art. 23, 3° G.W. behoort het recht op huisvesting tot de essentie van het recht op een menswaardig leven. Die huisvesting moet daarom, onder meer als bestanddeel van de sociale zekerheid, worden beschermd.

548. Het huwelijk is, zoals vermeld, een instituut dat voorziet in de sociale zekerheid van de echtgenoten. Binnen dit instituut wordt (het recht op) de huisvesting beschermd door een bijzondere en beperkte handelingsonbekwaamheid van de echtgenoten. Geen van de echtgenoten mag zonder de instemming van de andere beschikken over zijn rechten op de voornaamste gezinswoning, ook al heeft die andere er geen (zakelijke of persoonlijke) rechten op.

1/ Slechts één woning komt voor bescherming in aanmerking, nl. die welke het gezin tot *voornaamste* woning dient. Buitenverblijven en dergelijke zijn niet beschermd.

---

187 Grondwettelijk Hof nr. 39/91, 19 december 1991, *J.T.* 1992, 362, noot J. Coenraets over abortus en Cass. 14 december 2001, *J.L.M.B.* 2002, 532, noot Y. Leleu over de contraceptieve sterilisatie.

188 Cass. 14 december 2001, *Arr. Cass.* 2001, 2200.

2/ De wettekst beschermt enkel het *onroerend* goed dat het gezin tot voornaamste woning dient. Gezien de *ratio legis* van de wet moet de bescherming ook roerende goederen betreffen, zoals een caravan.

3/ De handelingsonbekwaamheid van de echtgenoten is *beperkt*: zij kunnen enkel niet *alleen* over de rechten op de voornaamste gezinswoning beschikken. Met de instemming van de andere echtgenoot kunnen zij dat wel. De instemming komt neer op een voorafgaande machtiging van de ene echtgenoot door de andere. Het gaat niet om een contractuele toestemming; de andere echtgenoot wordt geen partij bij de handeling als hij geen rechten op de woning heeft.

Op de voornaamste gezinswoning rust een zakelijk recht

549. De ene echtgenoot mag zonder de instemming van de andere op de eerste plaats niet om baat of om niet beschikken over de zakelijke rechten die hij op de voornaamste gezinswoning heeft (art. 215, § 1).
Met beschikken is bedoeld, elke rechtshandeling waardoor het recht op bewoning van de echtgenoten verloren gaat. Er mag dus bijvoorbeeld geen huurcontract worden aangegaan.
Beschikt de ene echtgenoot toch over zijn rechten zonder de instemming van de andere, dan kan deze rechtshandeling nietig worden verklaard en kan schadevergoeding worden gevorderd op grond van art. 224, § 1, 1, waarover verder meer.
De vereiste instemming van de andere echtgenoot vormt desgevallend een verregaande beperking op het zakelijk recht en de contractvrijheid van de ene echtgenoot. Bestaat er voor de weigering van de instemming geen gewichtige reden, dan kan de ene echtgenoot zich laten machtigen om de handeling toch alleen te verrichten (art. 215, § 1, 3de lid).

De voornaamste gezinswoning wordt gehuurd

K. Vanhove en C. Castelein, "Tijd om te verhuizen? (...)", *T.P.R.* 2003, 1563-1637.

550. Heeft één van de echtgenoten, zelfs vóór het huwelijk, als enige huurder een woning gehuurd, dan wordt door het huwelijk het recht op de huur gemeenschappelijk (art. 215, § 2, 1ste lid).
Enkel het *recht op* de huur wordt gemeenschappelijk, niet het gehele huurcontract.
De andere echtgenoot wordt met andere woorden geen medehuurder. Zijn recht heeft enkel tot gevolg dat niet door of tegen de echtgenoot-huurder alleen over het

recht op de huur kan worden beschikt, door bijvoorbeeld het contract op te zeggen.
Hoewel hij geen contractpartij is, zal de andere echtgenoot wel op andere – huwelijkse – gronden mee gehouden zijn tot de huurlasten, zie hierover verder.
Meestal zullen echtgenoten *gezamenlijk huren*. In dat geval zijn zij medehuurders en wordt de bescherming van art. 215, § 2 grotendeels overbodig. Zij moeten dan immers gezamenlijk optreden.
De bescherming van art. 215, § 2, 1ste lid geldt enkel in geval van *woninghuur* van een (deel van een) onroerend goed.
De bescherming geldt bovendien slechts zo de *verhuurder* weet heeft van het huwelijk.[189] De wijze waarop hij hier kennis van krijgt, doet niet ter zake.

551. Voor *handelingen die uitgaan van de verhuurder* impliceert de bescherming van art. 215, § 2, 2de lid als regel dat aan de twee echtgenoten twee afzonderlijke opzeggingen, kennisgevingen of exploten moeten worden gezonden of betekend; één aangetekende zending met ontvangstkaart die door beide echtgenoten afzonderlijk wordt afgetekend met werkelijke kennisname van de opzegging door beide echtgenoten, kan evenwel volstaan.[190]
Doet de verhuurder dat niet, dan heeft de (ongeldige) opzegging 'geen uitwerking'.[191] De nietigheid ervan hoeft volgens een meerderheidsopvatting niet te worden gevorderd. Vorderingen die de verhuurder instelt tegen slechts één echtgenoot, zijn niet-ontvankelijk.[192] Het is betwist of regularisatie tijdens de procedure mogelijk is.

552. Voor *handelingen die uitgaan van de ene echtgenoot-huurder* heeft art. 215, § 2, 2de lid tot gevolg dat de opzeggingen, kennisgevingen of exploten moeten uitgaan van de twee echtgenoten gezamenlijk. Eén geschrift volstaat, waaruit de toestemming van de twee echtgenoten blijkt.
Gaat een opzegging toch uit van één van de echtgenoten, dan kan de andere de nietigverklaring ervan vorderen op grond van art. 224, § 1, 1, waarover verder meer. Hij kan de niet-ontvankelijkheid opwerpen van de vordering die de andere alleen instelde. De kennisgevingen van een alleen optredende echtgenoot blijven zonder uitwerking.
Geraken de echtgenoten het niet eens over de uitoefening van hun rechten, dan kunnen hun geschillen worden voorgelegd aan de vrederechter.

189 Cass. 7 april 1994, *R.W.* 1994-95, 256.
190 Cass. 22 maart 1991, *R.W.* 191-92, 846, noot.
191 Cass. 6 oktober 1978, *R.W.* 1978-79, 1779, noot J.P.
192 Cass. 6 oktober 1978, *R.W.* 1978-79, 1779, noot J.P.

De bescherming van het huisraad

553. Het huisraad is, volgens Van Dale, al wat voor de inrichting van een huis nodig is.
Geen van de echtgenoten mag alleen beschikken over zijn rechten op het huisraad dat aanwezig is in *het goed* dat het gezin tot voornaamste gezinswoning dient, of dit huisraad in pand geven. Het goed dat het gezin tot voornaamste woning dient, mag hier kennelijk wel een roerend goed zijn.
Deze rechten worden gehandhaafd op dezelfde wijze als de rechten op de voornaamste gezinswoning zelf.
De bescherming van het huisraad wordt enkel uitdrukkelijk vermeld in art. 215, § 1, dus als er een zakelijk recht op rust. Ook als het huisraad wordt gehuurd, moet de bescherming van art. 215, § 2 van overeenkomstige toepassing worden geacht.

B. De hulp- en bijdrageplichten

De hulpplicht

554. De hulpplicht (art. 213) verplicht elk van de echtgenoten tot vermogensrechtelijke solidariteit, door zijn eventuele hogere levensstandaard met de andere te delen, zodat een gelijke levensstandaard ontstaat.[193] De hulpplicht is een bijzondere onderhoudsplicht, die wordt begroot volgens relatieve behoefte. Op grond van de hulpplicht heeft elk van de echtgenoten recht op een *levensstandaard* tot beloop van de helft van de samengevoegde inkomsten van de twee echtgenoten, ook al zijn deze inkomsten ongelijk.
Dit betekent nochtans niet dat de inkomsten van beide echtgenoten gelijk onder elkaar zouden moeten worden verdeeld opdat ze over exact hetzelfde bedrag zouden beschikken. Er moet immers rekening worden gehouden met de verhoudingsgewijze bijdrage van elk – in verhouding tot de eigen inkomsten – in de lasten van het huwelijk, met de beroepsinvesteringen en met het huwelijksvermogensstelsel.[194]

De bijdrageplicht

555. Daarnaast is elke echtgenoot verplicht bij te dragen in de lasten van het huwelijk naar zijn vermogen (art. 221, 1ste lid).
De lasten van het huwelijk omvatten alle materiële lasten waartoe de huwelijkse levensgemeenschap aanleiding geeft, zoals voeding, kleding, huishuur, onderhoud van de gezinswoning, vrijetijdsbesteding, gezondheidszorg enz. Ook beho-

---

193 Cass. 18 oktober 1963, *R.W.* 1963-64, 1862.

194 Cass. 25 november 2005, *R.W.* 2006-07, 1521; Cass. 25 januari 2007, *Div. Act.* 2007, 74, noot N. Gallus; *Rev. trim. dr. fam.* 2007, 454, noot N. Dandoy.

ren hiertoe de kosten voor de opvoeding van kinderen die van het gezin deel uitmaken – ook al zijn het geen gemeenschappelijke kinderen.[195] Zoals vermeld, vormt art. 221 daardoor een grondslag voor een (onrechtstreekse) eenzijdige 'onderhoudsplicht' van stiefouders tegenover hun stiefkinderen (Hoofdstuk VII.3.3.D).

556. De toegelaten totale omvang van de lasten van het huwelijk wordt bepaald in functie van de huwelijkse levensstandaard, dus met verrekening van de hulpplicht tussen de echtgenoten.
Elk van de echtgenoten draagt in die lasten bij naar zijn vermogen (*ses facultés*), dit wil zeggen verhoudingsgewijs volgens zijn mogelijkheden en niet noodzakelijk bij helften. Opnieuw ligt de hulpplicht vervat in de regel van de evenredige bijdrage. De verschillende evenredige bijdrage heeft, zoals vermeld, tot gevolg dat de inkomsten op basis van de hulpplicht niet exact gelijk onder de echtgenoten zullen worden verdeeld.[196]

557. De verhoudingsgewijze bijdrage in de lasten van het huwelijk wordt berekend aan de hand van de (redelijkerwijze mogelijke) inkomsten uit arbeid of kapitaal en aan de hand van de bijdragen *in natura* door elk van de echtgenoten, bijvoorbeeld door verrichting van huishoudelijke taken of door de terbeschikkingstelling van een eigen woning als voornaamste gezinswoning.
Pas wanneer aan beide zijden de inkomsten volledig zijn aangesproken, mag van een echtgenoot worden verwacht dat hij zijn kapitaal te gelde maakt.

558. De echtgenoten bepalen zelf in onderlinge overeenstemming de *modaliteiten* van de uitvoering van deze plichten. Zo maken ze zelf uit wie (uit huis) gaat werken om voor inkomsten te zorgen en wie welke huishoudelijke taken en kosten op zich neemt.

559. Artikel 221 betreft de lasten van het huwelijk, niet enkel die van de huwelijkse samenleving. Of de echtgenoten nog samenleven, is als regel irrelevant. Ook als ze hun samenleving beëindigden, blijft het huwelijk bestaan. De echtgenoten blijven in geval van feitelijke scheiding bijdrageplichtig in de vermelde huwelijkse kosten.

---

195 Cass. 27 maart 1980, *Arr. Cass.* 1979-80, 950, noot.

196 Cass. 25 november 2005, *R.W.* 2006-07, 1521; Cass. 25 januari 2007, *Div. Act.* 2007, 74, noot N. Gallus, *Rev. trim. dr. fam.* 2007, 454, noot N. Dandoy.

Verband en onderscheid tussen de hulp- en bijdrageplichten

560. Echtgenoten kunnen niet in een juridisch bindende overeenkomst afwijken van de beginselen van de hulp- en bijdrageplichten, zoals de principiële verschuldigdheid, de afhankelijkheid van de mogelijkheden van beide echtgenoten en de veranderlijkheid. Deze plichten zijn, zoals vermeld, minstens van dwingend recht, zodat van de bescherming ervan voor de toekomst geen afstand kan worden gedaan.

561. Het *onderscheid* tussen de hulpplicht en de bijdrageplicht is volgens sommigen niet altijd duidelijk.
Zo valt enerzijds het levensonderhoud van de echtgenoten als last van het huwelijk onder de bijdrageplicht, zodat de hulpplicht daarin vervat zou liggen.
Zo kan anderzijds de last van niet-gemeenschappelijke kinderen impliceren dat een echtgenoot niet meer in staat is op eigen kracht de huwelijkse levensstandaard te bereiken, wat de andere tot uitvoering van zijn hulpplicht verplicht. Aldus maakt de bijdrageplicht deel uit van de hulpplicht.

562. Naar mijn oordeel is het onderscheid tussen beide plichten wel duidelijk.
De bijdrageplicht maakt enkel duidelijk welke de *verdeelsleutel* is van de huwelijkse kosten. Die kosten worden naar draagkracht verdeeld. De bijdrageplicht betreft niet de vraag *hoeveel* kosten er in totaal mogen worden gemaakt; welke met andere woorden de levensstandaard is die de echtgenoten voeren. De hulpplicht biedt het antwoord daarop: de echtgenoten hebben recht op een gelijke levensstandaard waarvoor de maatstaf de helft van de gezamenlijke inkomsten is en niet lager.
De hulpplicht laat de minst verdienende echtgenoot met andere woorden toe geen genoegen te nemen met een hamburger als de huwelijkse levensstandaard biefstuk zou toelaten. De bijdrageplicht laat de minst verdienende echtgenoot toe ook in die biefstuk enkel naar draagkracht bij te dragen.

Handhaving

563. De hulp- en bijdrageplichten bestaan het huwelijk lang; schorsing ervan is in beginsel niet mogelijk.
Komt een van de echtgenoten zijn hulp- en bijdrageplicht niet na, dan kan de andere uitvoering *in natura* of bij equivalent (in geld, via een onderhoudsuitkering) daarvan vorderen door zich rechtstreeks op de betreffende art. 213 en 221, 1ste lid te beroepen voor de vrederechter, dan wel door dringende voorlopige maatregelen te vorderen op grond van art. 223 (zie verder).
In het raam van art. 221, 2de tot 6de lid en art. 223 kan bovendien een *ontvangstmachtiging* worden gevorderd. De ontvangstmachtiging is een machtiging door

de vrederechter aan een van de echtgenoten verleend om met uitsluiting van de andere (een deel van) diens inkomsten of andere verschuldigde sommen rechtstreeks bij diens schuldenaren te ontvangen. De machtiging eindigt niet automatisch doordat een vordering tot echtscheiding wordt ingeleid (art. 221, laatste lid). Anders zou men de echtgenoot die in gebreke blijft, stimuleren om een vordering tot echtscheiding in te stellen. De machtiging blijft daarom uitvoerbaar tot aan de beslissing van de rechtbank (art. 1256 Ger.W.) of van de voorzitter van de rechtbank (art. 1280 Ger.W.) over de voorlopige maatregelen tijdens de procedure tot echtscheiding.

564. De hulp- en bijdrageplichten worden in beginsel *in natura* nagekomen in de echtelijke verblijfplaats.
Leven de echtgenoten zonder wettelijke of rechterlijke toelating feitelijk gescheiden, dan vervalt het recht op onderhoud of bijdrage, ook bij equivalent, in hoofde van de echtgenoot die schuld heeft aan het ontstaan en het voortduren van de feitelijke scheiding. Hij verhindert immers dat die plichten *in natura* worden nagekomen. Hij moet daarom aantonen dat de andere echtgenoot schuld heeft aan het ontstaan en het voortduren van de feitelijke scheiding. Hij kan dit bewijs ook leveren via een vordering dringende voorlopige maatregelen op grond van art. 223, *1ste lid* (zie verder 3.6).
Maar soms mogen echtgenoten zonder schuldoordeel op grond van de wet of een rechterlijke beslissing feitelijk gescheiden leven, bijvoorbeeld na de inleiding van de vordering tot echtscheiding resp. na dringende voorlopige maatregelen op grond van art. 223, *2de lid* (zie verder 3.6). In dat geval hoeft de eiser van een onderhoudsgeld niet de schuld van de verweerder aan te tonen: de feitelijke scheiding is immers objectief bij wet of rechterlijke uitspraak toegelaten. Op die manier zou echter de echtgenoot die 'schuldig' is aan de feitelijke scheiding en om die reden geen onderhoudsgeld zou kunnen verkrijgen, dus een vordering tot echtscheiding resp. dringende voorlopige maatregelen kunnen inleiden om alsnog onderhoudsgeld te vorderen. Het Hof van Cassatie aanvaardt daarom dat de verweerder in dat geval de vaststaande schuld van de eiser als exceptie kan aanvoeren om geen onderhoudsgeld te hoeven betalen. Hij moet hiertoe bewijzen dat de feitelijke scheiding minstens ten dele aan de eiser te wijten is, ook al heeft ze een wettelijke of gerechtelijke grond (vgl. art. 301, § 2, 2de en 3de lid in verband met de situatie na de echtscheiding, waarover verder meer).[197]

[197] In het raam van dringende voorlopige maatregelen: Cass. 21 januari 1999, *R.W.* 2000-01, 1180. In het raam van voorlopige maatregelen tijdens de echtscheidingsprocedure: Cass. 22 december 2006, *R.W.* 2006-07, 1153, noot S. Mosselmans, *Rev. trim. dr. fam.* 2007, 452, noot N. Dandoy, *T. Fam.* 2007, 2, noot C. Aerts; Cass. 13 april 2007, *Rev. trim. dr. fam.* 2007, 696.

C. De hoofdelijke gehoudenheid

565. De echtgenoten zijn tegenover derden hoofdelijk, dus elk voor het geheel, gehouden voor schulden die door een van hen worden aangegaan ten behoeve van de huishouding en de opvoeding van de kinderen en die niet buitensporig zijn. Met kinderen zijn opnieuw bedoeld, alle kinderen die van het gezin deel uitmaken.
Het gaat bijvoorbeeld om kosten voor medische verzorging van één van de echtgenoten, zelfs als die (wegens de medische toestand) in onmin leeft met de andere.[198] De schuld moet zijn "aangegaan", zodat art. 222 Wet van toepassing is op de verplichting tot terugbetaling van onverschuldigde kinderbijslag.[199]

566. Of een schuld *buitensporig* is, wordt beoordeeld in functie van de bestaansmiddelen van het gezin (art. 222, 2de lid). De hulpplicht is in dit verband relevant.

567. De hoofdelijke gehoudenheid betreft schulden ten behoeve van de huishouding. Of er nog een huishouding is, is een feitelijk oordeel. Als regel eindigt de hoofdelijke gehoudenheid, anders dan de bijdrageplicht, als de echtgenoten, wegens een samenlevingsbeëindiging, geen huishouden meer vormen.
Derden te goeder trouw die van de feitelijke scheiding niet op de hoogte waren, kunnen zich echter nog op art. 222 beroepen.[200]

3.4. DRINGENDE VOORLOPIGE MAATREGELEN

A. Situering

568. In elk huwelijk zijn er minder goede periodes. Wanneer een huwelijk in crisis verkeert en de echtgenoten slagen er niet in de situatie zelf te ontmijnen, kan de vrederechter met dat doel ingrijpen op verzoek van één van de echtgenoten. Hij kan dan dringende voorlopige maatregelen bevelen over de patrimoniale en extrapatrimoniale belangen van de echtgenoten en die van de kinderen.
De tussenkomst van de vrederechter is er in eerste instantie op gericht de verstandhouding tussen de echtgenoten te herstellen met het oog op de herneming

---

198 Cass. 14 mei 2004, *Rev. trim. dr. fam.* 2005, 579, noot F. Tainmont, *R.W.* 2006-07, 1778; Cass. 20 maart 1997, *R.W.* 1997-98, 913, noot F. Aps.

199 Cass. 19 maart 2007, http://jure.juridat.just.fgov.be/.

200 Cass. 28 november 2003, *Rev. trim. dr. fam.* 2004, 447, noot F. Tainmont; Cass. 15 oktober 1999, *R.W.* 2000-01, 836, noot F. Aps.

van het huwelijksleven.[201] Daarom mag hij de crisissituatie tussen de echtgenoten niet beëindigen door hun rechten en plichten definitief te regelen of door de feitelijke scheiding tussen hen op bestendige wijze te organiseren.
De voorlopige regeling waarvoor hij wel bevoegd is, laat de echtgenoten toe te beoordelen of zij zich zullen verzoenen dan wel uit de echt zullen scheiden.

569. Artikel 223 wordt vooral beschouwd als een (bijzondere) procedurele *bevoegdheidsbepaling*, die de vrederechter toelaat in geval van echtelijke moeilijkheden maatregelen te bevelen die gegrond moeten zijn op andere materieelrechtelijke bepalingen die gelden voor minder dringende situaties. Gaandeweg 'verzelfstandigt' art. 223, doordat andere maatregelen er rechtstreeks op gegrond worden.

B. Toepassingsvoorwaarden

570. Op de eerste plaats kan de vrederechter slechts dringende voorlopige maatregelen bevelen als een van echtgenoten zijn plicht op grove wijze verzuimt of als tussen de echtgenoten de verstandhouding ernstig verstoord is.
Op de tweede plaats moeten de bevolen maatregelen dringend en voorlopig zijn.

Grof plichtsverzuim of ernstige verstoring van de verstandhouding

571. *Grof plichtsverzuim* (art. 223, 1ste lid) is er wanneer een grove, objectieve (dreigende) tekortkoming aan plichten toerekenbaar is aan de schuld van een echtgenoot.
Het *plichtsverzuim*, objectief bestanddeel, kan rechtstreeks betrekking hebben op de hiervóór beschreven huwelijksplichten, zoals de getrouwheid, maar kan ook de huwelijksplichten uit het secundaire huwelijksrecht of ook plichten op andere gronden jegens echtgenoot, kinderen of derden betreffen. Een *dreigend* plichtsverzuim volstaat. Het (dreigende) plichtsverzuim moet *grof* zijn. Of het grof is, wordt beoordeeld in functie van de plichten die worden verzuimd dan wel van de gevolgen die het verzuim heeft.
Het plichtsverzuim moet, subjectief, *toerekenbaar* zijn aan de schuld van de echtgenoot. Een bijzonder opzet is niet vereist.
Grof plichtsverzuim valt in die optiek min of meer gelijk te stellen met een fout. Zeker na de invoering van de foutloze en snelle echtscheiding in 2007 zou het beter zijn deze grond voor rechterlijke tussenkomst op te heffen ten voordele van een schuldloze, objectieve benadering van huwelijksmoeilijkheden. Dit zou meteen heel wat complicaties bij de vormgeving van de dringende voorlopige maatre-

[201] Grondwettelijk Hof, nr. 140/2006, 14 september 2006, *E.J.* 2006, 97, noot P. Senaeve, *Div. Act.* 2007, 8, noot J.-C. Brouwers, *Rev. trim. dr. fam.* 2007, 234.

gelen voorkomen. Overigens bestaat ook bij de wettelijke samenwoners enkel de volgende objectieve grond voor rechterlijke tussenkomst.

572. Er is een *ernstige verstoring van de verstandhouding* wanneer de onderlinge betrekkingen tussen de echtgenoten objectief gezien zodanig slecht zijn dat dringende voorlopige maatregelen moeten worden getroffen. Veel echtgenoten weten zich als echtpaar geen raad in geval van professionele moeilijkheden, medische, schoolse of andere tegenslagen met de kinderen, bemoeizieke schoonouders of andere familieleden e.d.m. Zij beginnen dan te ruziën, zonder concreet aantoonbare redenen. Voor deze huwelijksperikelen is art. 223, 2de lid bedoeld.
De wet vermeldt enkel de verstoring van de verstandhouding tussen de echtgenoten. Uit toepassingen in de rechtspraak blijkt wel – terecht – dat ook de verstoring tussen de ouders en de kinderen of deze tussen (stief)kinderen onderling en die tot een verstoorde verstandhouding *binnen het gezin* leidt, in aanmerking komt. Te denken valt aan hersamengestelde gezinnen waar stiefkinderen de komst van de stiefouder niet verteren.
De verstoring in de verstandhouding moet ernstig zijn.
Het belangrijkste verschil met het grove plichtsverzuim is dat de verstoring van de verstandhouding niet toerekenbaar hoeft te zijn aan (de schuld van) de echtgenoten. Het gaat om een objectief beschermwaardige situatie, bijvoorbeeld vergelijkbaar met de POS (Hoofdstuk VIII.3.4).
De rechter hoeft dus geen schuldoordeel te maken en zijn maatregelen in functie daarvan uit te werken. Hij mag nochtans wel een schuldoordeel maken. Ten eerste kan het aangewezen zijn bepaalde verantwoordelijkheden op te sporen om er met doeltreffende maatregelen tegen te kunnen reageren. Ten tweede kan de schuld van de verzoekende echtgenoot, zoals vermeld, als verweermiddel door de andere echtgenoot worden aangevoerd tegen een vordering tot nakoming van de hulp- en bijdrageplicht (*supra* nr. 563). Op die wijze kan de rechter weigeren maatregelen te nemen in het voordeel van een kennelijk schuldige echtgenoot. Nu de echtscheiding sinds 2007 op erg korte termijn kan worden gevorderd, zodat dringende voorlopige maatregelen slechts gedurende een korte overgangsperiode zullen gelden, zal er minder nood zijn aan de detectie van de schuld.

Dringende voorlopige maatregelen

573. *Dringende* maatregelen zijn maatregelen die moeten worden genomen om de morele en materiële belangen van de echtgenoten, de kinderen en het gezin te beschermen tegen schade of tegen bijkomende schade. Deze schade hoeft niet onherstelbaar te zijn.

574. *Voorlopige* maatregelen zijn maatregelen die de toestand tussen de echtgenoten als regel voor onbepaalde duur ten gronde regelen op een wijze die steeds voor wijziging of intrekking vatbaar is.
Deze voorlopige regeling gebeurt wel in een *eindbeslissing ten gronde* en niet in een beslissing alvorens recht te doen. 'Voorlopig' heeft hier dus niet de gewoonlijke procesrechtelijke betekenis van vonnis in afwachting van een beslissing ten gronde zonder nadeel toe te brengen aan de zaak zelf (art. 1039 Ger.W.).
De dringende voorlopige maatregelen gelden *rebus sic stantibus*. Zij zijn dus vatbaar voor wijziging of intrekking. De wet vereist hiervoor niet uitdrukkelijk gewijzigde omstandigheden (art. 1253*quater*, e Ger.W.), maar men kan bezwaarlijk toelaten dat de echtgenoten een procedure zonder meer zouden overdoen omdat ze het niet eens zijn met de uitkomst. Gewijzigde omstandigheden zijn daarom vereist, zij het dat deze voldoende ruim moeten worden geïnterpreteerd.
Dat de maatregelen vatbaar moeten zijn voor wijziging of intrekking impliceert dat ze *nooit op definitieve wijze* de rechten en plichten tussen de echtgenoten mogen vastleggen.
Voorlopig betekent *niet: tijdelijk*, laat staan: voor een korte termijn. De vrederechter is er met andere woorden als regel niet toe gehouden zijn maatregelen aan een bepaalde termijn te koppelen.[202] Uitzonderlijk verplicht de wet de rechter wel een geldingsduur te bepalen. Daarnaast kan de vrederechter (sommige van) de maatregelen uiteraard wel aan een (verschillende) geldingsduur onderwerpen (en andere niet).
Toch mogen de dringende voorlopige maatregelen er niet toe leiden de feitelijke scheiding van de echtgenoten op bestendige wijze te organiseren; art. 223 is immers bedoeld voor *crisissituaties*.[203] Dat de rechter geen termijn voor de maatregelen bepaalt, betekent nog niet dat hij meewerkt aan een verboden bestendige organisatie van de feitelijke scheiding. Andersom kunnen opeenvolgende vonnissen waarin dringende voorlopige maatregelen met een beperkte geldingsduur worden opgelegd, wel een verboden bestendige organisatie van de feitelijke scheiding uitmaken.[204]

C. De maatregelen

575. Sommige maatregelen mag de vrederechter nooit bevelen.
De maatregelen die hij wel mag bevelen, betreffen de persoon en de goederen van de echtgenoten en deze van de kinderen. Maatregelen over de persoon en de goederen van derden zijn als regel niet mogelijk.

---

202 Cass. 30 november 1995, *R.W.* 1996-97, 254, noot F.A.
203 Grondwettelijk Hof, nr. 140/2006, 14 september 2006, *E.J.* 2006, 97, noot P. Senaeve, *Div. Act.* 2007, 8, noot J.-C. Brouwers, *Rev. trim. dr. fam.* 2007, 234; Cass. 30 november 1995, *R.W.* 1996-97, 254, noot F.A.
204 Cass. 29 mei 2006, *E.J.* 2006, 111, noot P. Senaeve.

Bijzonder zijn ten slotte de buitengewone maatregelen in geval van absolute hoogdringendheid.

Verboden maatregelen

576. Ten eerste mag de vrederechter uiteraard geen maatregelen bevelen die strijdig zijn met het recht. Vrederechters met goede, maar veeleer relatietherapeutische bedoelingen maken zich hier soms wel eens schuldig aan. Zo kan wegens de persoonlijke vrijheid niet (met mogelijkheid tot dwanguitvoering) aan een echtgenoot worden opgelegd terug in de echtelijke woning te gaan wonen.

577. Ten tweede mag de vrederechter geen maatregelen nemen waarover de bevoegdheid uitdrukkelijk (dit is niet enkel: exclusief) aan een andere rechter is toegekend. Het gaat bijvoorbeeld om de oplossing van een opvoedingsconflict tussen beide ouders met toepassing van art. 373, 2de lid. Deze bevoegdheid komt toe aan de jeugdrechtbank.

578. Ten slotte mag de vrederechter, wegens het beschikkingsbeginsel van art. 1138, 2° Ger.W., niet ongevraagd dringende voorlopige maatregelen opleggen, verlengen of wijzigen.

Persoon en goederen van de echtgenoten

579. De meest voorkomende dringende voorlopige maatregel in verband met de *persoon* van de echtgenoten is de organisatie van hun verblijfplaats. De vrederechter kan de echtgenoten, met schorsing van de samenwoningsplicht, machtigen afzonderlijk verblijf te houden. Meestal mag één van de echtgenoten (met de kinderen) dan in de echtelijke verblijfplaats blijven wonen met verbod aan de andere om hem daar te komen storen. De andere moet dan verhuizen, desnoods na gedwongen tenuitvoerlegging.
Met toepassing van de zogenaamde Wet Partnergeweld II moet de vrederechter het genot van de woning, behoudens uitzonderlijke omstandigheden, voorlopig toewijzen aan de echtgenoot van wie er aanwijzingen zijn dat hij het slachtoffer werd van fysieke geweldplegingen door de andere (art. 223, 3de lid). Deze toewijzing gebeurt niet gratis: de huurwaarde van de woning wordt als vermogensvoordeel verrekend. De mogelijkheid tot toewijzing is daarom dikwijls een slag in het water.
De feitelijke scheiding van de echtgenoten impliceert, zoals vermeld, meteen een schorsing van de andere persoonlijke rechten en plichten, behalve de negatieve getrouwheidsplicht.

580. Met betrekking tot de *goederen* van de echtgenoten beschikt de vrederechter over de meest uitgebreide bevoegdheden.
Op grond van art. 223, 4de lid kan een verbod worden opgelegd om eigen, gemeenschappelijke of onverdeelde goederen te vervreemden, te hypothekeren, te verpanden of te verplaatsen zonder de instemming van de andere echtgenoot of onder andere voorwaarden. Zo kan de vrederechter verbieden om gelden van de spaarrekening te halen of bevelen dat een bankkluis wordt geblokkeerd.
De vrederechter kan ook het gebruik regelen van deze goederen, bijvoorbeeld de hond toewijzen aan één van de echtgenoten, met een 'recht op persoonlijk contact' door de andere of nog de teruggave bevelen van persoonlijke goederen.
Ook verzegeling, boedelbeschrijving en aanstelling van een sekwester behoren tot de mogelijkheden.

581. In de praktijk rijzen er dikwijls problemen over de regeling, in het raam van art. 223, van de *hulp- en bijdrageplichten*, die als regel het huwelijk lang blijven bestaan. Ik besprak deze regeling hierboven onder nrs. 562-563.

Persoon en goederen van de kinderen

582. De vrederechter kan alle noodzakelijke dringende voorlopige maatregelen opleggen in verband met de kinderen. Het gaat om maatregelen in verband met het bewind, het gezag over de persoon en de onderhoudsbijdrage. Al deze maatregelen kwamen eerder al aan bod. Ze worden steeds 'schuldloos' toegekend.

583. In de rechtsleer, minder in de rechtspraak, bestaat betwisting over de draagwijdte van het begrip 'kinderen' in art. 223. Worden hiermee alle kinderen bedoeld die in het gezin opgroeien (cf. art. 221 en 222 en art. 1254, § 1, 2de lid Ger.W.) of enkel de gemeenschappelijke kinderen van de echtgenoten (cf. art. 1254, § 1, 4de lid Ger.W.)? Een meerderheid in rechtsleer en rechtspraak is de tweede mening toegedaan. Ik zie niet in waarom een ander begrip van 'kinderen' zou moeten worden gehanteerd dan in art. 221 en 222. Bedoeld zijn alle kinderen die in het gezin opgroeien. Dit is met name van belang voor hersamengestelde gezinnen, waarvan stiefkinderen deel uitmaken. Uiteraard mag de vrederechter geen onwettelijke maatregelen opleggen. Zo kan hij niet de exclusieve gezagsuitoefening toekennen aan de stiefouder; wel kan hij de kinderen onder diens materiële bewaring plaatsen.

Persoon en goederen van derden

584. In verband met de dringende voorlopige maatregelen die tussen echtgenoten worden bevolen, kan aan derden een verbod of gebod worden opgelegd om

iets te geven of te doen. Te denken valt aan de plicht opgelegd aan de bank om een rekening te blokkeren of de plicht opgelegd aan de partner van de ene echtgenoot om persoonlijke goederen aan de andere echtgenoot terug te geven.
Voor het overige kan de vrederechter als regel niet rechtstreeks dringende voorlopige maatregelen over de persoon en goederen van derden bevelen. Dit is bijzonder van belang als de echtgenoten hun vermogen in een vennootschap onderbrachten. In een dergelijk geval zou de vrederechter enkel maatregelen mogen bevelen over de aandelen van de vennootschap[205], bijvoorbeeld door er een sekwester (gerechtelijke bewaarnemer) over aan te stellen. Met de werking van de vennootschap zou de vrederechter zich niet mogen bemoeien, bijvoorbeeld door het gebruiksrecht van een wagen of gsm-toestel behorend aan de vennootschap aan één van de echtgenoten toe te wijzen.[206] Met behulp van algemene rechtsfiguren, zoals rechtsmisbruik, kunnen vrederechters frauduleuze vennootschapsconstructies wel doorprikken en het genot van vennootschapsgoederen toch voor één van de echtgenoten verzekeren.

Buitengewone maatregelen in geval van absolute hoogdringendheid

585. De procedure om dringende voorlopige maatregelen te verkrijgen is tegensprekelijk. Dit wil zeggen dat de andere echtgenoot kennis krijgt van het verzoekschrift van de ene en dus op voorhand weet wat er gevorderd wordt. Hij kan dan nog vóór de zitting de nodige voorzorgen nemen, bijvoorbeeld de bankrekening of kluis leeghalen.

Bestaat daarvoor vrees, dan is er absolute hoogdringendheid. In dit geval kan de vrederechter buitengewone maatregelen opleggen in een 'verrassingsprocedure', vooraleer hij uitspraak doet ten gronde over de dringende voorlopige maatregelen (art. 1253*septies* Ger.W.).

586. Buitengewone maatregelen zijn mogelijk in twee gebieden.
Enerzijds is mogelijk, de inschrijving in het hypotheekkantoor van het verzoek van het verbod tot vervreemden of hypothekeren van voor hypotheek vatbare goederen. Deze inschrijving geldt als verbod daartoe.
Anderzijds kan bij gerechtsdeurwaardersexploot verzet worden gedaan in handen van de andere echtgenoot of een derde. Dit verzet geldt als verbod tot vervreemden, verpanden of verplaatsen van roerende goederen, in afwachting van de uitspraak ten gronde over de gevorderde dringende voorlopige maatregelen.

587. De eiser gaat als volgt tewerk.

---

205 Cass. 25 april 1985, *Rev. Prat. Soc.* 1986, nr. 6382, noot D. Mougenot.
206 Cass. 19 februari 1999, *E.J.* 2000, noot B. Waûters.

Hij dient eerst zijn 'tegensprekelijk verzoekschrift' dringende en voorlopige maatregelen in.
Vóór de kennisgeving daarvan aan de andere echtgenoot, vraagt hij aan de vrederechter eenzijdig de machtiging om het verzoekschrift te laten inschrijven op het hypotheekkantoor of om bij gerechtsdeurwaardersexploot verzet te doen bij de andere echtgenoot of een derde.
De vrederechter beslist op zicht van het 'tegensprekelijke verzoekschrift'.
Het genoemde verbod geldt tot aan de uitspraak door de vrederechter over de ontvankelijkheid en gegrondheid van het tegensprekelijke verzoekschrift. Wijst hij dat af, dan vervallen de buitengewone maatregelen. In het andere geval beveelt hij eigenlijke dringende voorlopige maatregelen.

D. Geldingsduur

588. Alle maatregelen die de vrederechter beveelt, gelden *rebus sic stantibus*; ze zijn, bij gewijzigde omstandigheden, steeds voor herziening vatbaar. Zonder gewijzigde omstandigheden geldt het volgende.

1/ De vrederechter kan een geldingsduur bepalen voor alle of sommige maatregelen of een verschillende geldingsduur bepalen voor verschillende maatregelen. Hij is hiertoe in de regel niet verplicht. Uitzonderlijk verplicht de wet hem er wel toe een geldingsduur op te leggen. Dit is het geval bij de beperkingen aan het eigendomsrecht (art. 223, 4de lid en art. 1253*octies* Ger.W., dat op de twee voorgaande bepalingen betrekking heeft).

2/ De maatregelen blijven gewoon gelden na de inleiding van een vordering tot echtscheiding op grond van bepaalde feiten, totdat de rechtbank (art. 1256 Ger.W.) of de voorzitter ervan (art. 1280 Ger.W.) in het raam daarvan nieuwe maatregelen treft.
Deze regel ligt enkel uitdrukkelijk vervat in art. 221, 6de lid, maar is door het Hof van Cassatie tot art. 223 uitgebreid.[207]
De nieuwe maatregelen mogen ingaan vanaf het verzoek tot echtscheiding en mogen de maatregelen op grond van art. 223 wijzigen zonder dat gewijzigde omstandigheden moeten worden aangetoond. De vordering heeft immers een andere grondslag.[208]

3/ De dringende voorlopige maatregelen zijn gegrond op het huwelijk en vervallen dus wanneer het huwelijk is ontbonden doordat de uitspraak van de echtscheiding in kracht van gewijsde gaat. Maatregelen die de vrederechter met betrekking

[207] Cass. 22 oktober 1981, *R.W.* 1982-83, 2457.
[208] Cass. 20 februari 2006, *E.J.* 2006, 35 noot P. Senaeve.

tot de kinderen beval, hebben (meestal) niet het huwelijk tot grondslag. Het Hof van Cassatie heeft, in verband met de onderhoudsbijdrage, dan ook geoordeeld dat deze maatregelen ook na de echtscheiding blijven gelden tot aan de herziening door de bevoegde rechter.[209]

3.5. NIETIGVERKLARING VAN HANDELINGEN

589. De ene echtgenoot kan de nietigverklaring vorderen van sommige handelingen die de andere in strijd met de regels van het primair huwelijksrecht stelt (art. 224).
Het gaat om (art. 224, § 1):

1. de handelingen door een der echtgenoten verricht met overtreding van de bepalingen van art. 215, dit is de bescherming van de voornaamste gezinswoning en het huisraad;
2. de handelingen door een der echtgenoten verricht met overtreding van een gevraagd of verkregen verbod tot vervreemding of hypothekering op grond van art. 223, verricht na de overschrijving van het desbetreffende verzoekschrift of vonnis;
3. de schenkingen door een der echtgenoten, die de belangen van het gezin in gevaar brengen;
4. de persoonlijke zekerheden door een der echtgenoten gesteld, die de belangen van het gezin in gevaar brengen.

590. De vordering tot nietigverklaring moet worden ingesteld binnen de *vervaltermijn* van een jaar nadat de echtgenoot van de handeling kennis kreeg. Bij overlijden vóór het verstrijken van die termijn, loopt hij opnieuw voor de erfgenamen.
Dat het om een vervaltermijn gaat, betekent dat noch schorsing noch stuiting ervan mogelijk is.

591. De vernietigbaarheid is relatief en facultatief (zie art. 224, § 1, 1ste lid: *kunnen* worden nietig verklaard). Er wordt over beslist, onder meer in functie van de goede of kwade trouw van de derde-verkrijger.
De eisende echtgenoot kan ook een schadevergoeding eisen, die naast of in de plaats van de nietigverklaring kan worden toegekend.

---

209 Cass. 12 november 2002, *R.W.* 2003-04, 622, noot F. Aps.

3.6. DE FEITELIJKE SCHEIDING

C. De Busschere, *De feitelijke scheiding der echtgenoten. De echtscheiding op grond van feitelijke scheiding*, Antwerpen, Kluwer, 1985.

Situering

592. De feitelijke scheiding is de toestand van de echtgenoten die gewild op meer dan toevallige wijze niet samenleven in de echtelijke verblijfplaats.
Er moet voldaan zijn aan een materieel en een moreel element.
Enerzijds mogen de echtgenoten niet meer samenleven.
Anderzijds moet de wil van minstens één van de echtgenoten op de feitelijke scheiding zijn gericht. De feitelijke scheiding wegens overmacht, bijvoorbeeld de gevangenisstraf of ziekenhuisopneming, komt dus op zich niet in aanmerking. Ze komt wel in aanmerking als toch aan het morele element is voldaan, als er m.a.w. zonder overmacht ook geen samenwoning zou zijn geweest.

Soorten

593. Naargelang oorzaak en gevolg kunnen vijf soorten feitelijke scheiding worden onderscheiden.

1/ Bij de *eenzijdige feitelijke scheiding* neemt één van de echtgenoten het initiatief voor de stopzetting van de samenwoning.

2/ In geval van een *conventionele feitelijke scheiding* komen de echtgenoten in onderling overleg een feitelijke scheiding overeen. Gezien de dwingendrechtelijke aard van het primair huwelijksrecht, meer bepaald van de samenwoningsplicht, zijn overeenkomsten die de feitelijke scheiding organiseren en bestendigen, nietig. Wel zouden de echtgenoten de *gevolgen* van de (ontstane) feitelijke scheiding mogen regelen. Het gaat uiteraard om een academisch onderscheid.
Eén geval van conventionele feitelijke scheiding is wettelijk wel toegelaten. Het gaat om de familierechtelijke overeenkomst voorafgaand aan een echtscheiding door onderlinge toestemming (zie verder).

3/ De rechter kan met toepassing van art. 223 of van art. 584 Ger.W. de samenwoningsplicht tussen de echtgenoten schorsen. In dit geval is er een *gerechtelijke feitelijke scheiding*, waaraan bijzondere rechtsgevolgen gehecht zijn.

4/ Rechtsleer en rechtspraak nemen aan dat de samenwoningsplicht automatisch wordt geschorst in geval van inleiding van een vordering tot echtscheiding. In dit geval is er een *wettelijke feitelijke scheiding*.

5/ Ten slotte is er nog de *scheiding van tafel en bed*. Het gaat om een tussenvorm tussen huwelijk en echtscheiding, die ik later bespreek.

Gevolgen

A. Heyvaert, "Gehuwd? Och ja, die wonen samen. De vervanging van het huwelijk door de samenwoning als scharnier van het gezinsrecht", in *Liber Amicorum R. Dillemans*, I, Antwerpen, Story-Scientia, 1997, 157.

594. De feitelijke scheiding van de echtgenoten wijzigt de inhoud van hun huwelijk wezenlijk.
Wat betreft het primair huwelijksrecht, vallen de volgende rechtsgevolgen te melden.

1/ Zoals vermeld (*supra* nr. 563), blijven de hulp- en bijdrageplichten enkel bestaan ten nadele van de echtgenoot aan wiens schuld het ontstaan en het voortbestaan van de feitelijke scheiding te wijten zijn.
De plichten kunnen, behoudens tegenbewijs van schuld, wederzijds 'schuldloos' voortbestaan ingeval de feitelijke scheiding is toegelaten door de vrederechter op grond van art. 223, 2de lid en bij de regeling van de gevolgen van de wettelijke feitelijke scheiding op grond van art. 1280 Ger.W., tijdens de procedure tot echtscheiding.

2/ De hoofdelijke gehoudenheid voor schulden op grond van art. 222 vervalt, bij gebreke van (feitelijke) huishouding. De gehoudenheid blijft enkel bestaan ten voordele van derden te goeder trouw.

3/ Het is betwist of de bescherming van art. 215 – en bij uitbreiding art. 223 en 224 – nog geldt bij gebreke van gezin(swoning). Voorstanders van die bescherming beperken ze meestal tot de *voormalige* gezinswoning (waarin één van de echtgenoten nog moet wonen) of tot de onschuldige echtgenoot.

595. De werking van de *vaderschapsregel* (art. 315 e.v.) wordt fel afgezwakt als het kind wordt geboren meer dan 300 dagen na het ontstaan van de feitelijke scheiding. De vaderschapsregel geldt in dat geval niet voor de verdwenen echtgenoot die later vermoedelijk afwezig wordt verklaard (art. 316). In geval van een gerechtelijke of administratieve feitelijke scheiding geldt de vaderschapsregel niet meer of kan hij op eenzijdige verklaring worden betwist (art. 316*bis* en 318, § 3, 2de lid).

596. Een verzoek tot echtscheiding op grond van de onherstelbare ontwrichting van het huwelijk (EOO) kan worden gebaseerd op het bestaan van een feitelijke

scheiding van meer dan zes maanden (gezamenlijk of aanvaard verzoek) dan wel meer dan een jaar (eenzijdig verzoek) (art. 229, §§ 2-3).

597. In de procedure EOO valt de regel van art. 1278, 4de lid Ger.W. op. In de vermogensrechtelijke verhouding tussen de echtgenoten kunnen handelingen van na het ontstaan van de feitelijke scheiding buiten de *vereffening-verdeling* van hun huwelijksvermogen worden gelaten.

598. Aan de overlevende echtgenoot komt in de regel een *versterferfrecht* toe tot beloop van minstens het vruchtgebruik op de ganse nalatenschap (art. 745*bis*); daarvan is minstens het vruchtgebruik op de helft van de nalatenschap of op de voornaamste gezinswoning die de waarde daarvan overschrijdt, een voorbehouden erfdeel (art. 915*bis*). In geval van een rechterlijk toegelaten feitelijke scheiding van meer dan zes maanden *kan* dat erfrecht bij testament van de andere echtgenoot worden afgenomen (art. 915*bis*, § 3).

599. Ook in *andere rechtstakken* vervalt het huwelijk soms als hefboom als er een feitelijke scheiding is. Zo wordt in art. 14, § 2, 1ste lid Wet Patiëntenrechten enkel de samenwonende echtgenoot in aanmerking genomen als informele vertegenwoordiger van een wilsongeschikte gehuwde patiënt.

600. Uit de besproken rechtsgevolgen moet worden afgeleid dat het huwelijk een bepaalde vorm van samenwoning(sorganisatie) is, nu het bij gebreke van samenwoning een geheel andere inhoud krijgt.
Dit besluit valt ook rechtstreeks af te leiden uit de verwijzing naar de vereiste levensgemeenschap in art. 146*bis* en het verval van de mogelijkheid om de relatieve nietigheid van het huwelijk te vorderen als de samenwoning is voortgezet gedurende zes maanden na de ontdekking van de dwaling (art. 181).

X.4. ONTBINDING

601. Het huwelijk wordt ontbonden door de *dood* van één van de echtgenoten en door de *echtscheiding* (art. 227). De *scheiding van tafel en bed* houdt het midden tussen het voortbestaan van het huwelijk, op waakvlam, en de ontbinding ervan (art. 308 e.v.).
De ontbinding van het huwelijk is een *constitutieve gebeurtenis* (overlijden) of vordering (echtscheiding en scheiding van tafel en bed) van staat. Zij heeft gevolgen *ex nunc*. In beide gevallen blijft de huwelijkse solidariteit in mindere of meerdere mate behouden in gewijzigde vorm.

Van de ontbinding moet duidelijk de *nietigverklaring* van het huwelijk worden onderscheiden. De nietigverklaring stelt de staat vast. De vordering die ertoe strekt, is dus een declaratieve vordering tot betwisting van de staat, in de regel met gevolgen *ex tunc* (hierover en over het putatief huwelijk onder X.2.3).

4.1. ONTBINDING DOOR OVERLIJDEN

602. Door ontbinding van het huwelijk door overlijden van één van de echtgenoten, verkrijgt de overlevende echtgenoot de staat van weduwe of weduwnaar. In het personen- en familierecht zijn de gevolgen hiervan op de rechtstoestand vrijwel neutraal, bijvoorbeeld de vermelding van de staat op de identiteitskaart. Er zijn verdergaande gevolgen in andere rechtstakken, bijvoorbeeld het WIGW-tarief en het overlevingspensioen in het socialezekerheidsrecht.

603. Naar zijn persoon is de overlevende echtgenoot een ongehuwde, met alle vrijheden van dien.

604. De voornaamste vermogensrechtelijke gevolgen van de ontbinding van het huwelijk door overlijden zijn de volgende.

1/ Zo de echtgenoten onder een (beperkt) gemeenschapsstelsel gehuwd waren, vindt ten eerste de *vereffening en verdeling* plaats van het huwelijksvermogen, tussen de overlevende echtgenoot en de nalatenschap van de overledene (art. 1427, 1°). De overlevende echtgenoot kan zich bij voorrang één van de gezinswoningen met het huisraad doen toewijzen (art. 1446).

2/ Aan de overlevende echtgenoot komt, zoals vermeld, een *wettelijk erfrecht* toe tot beloop van minstens het vruchtgebruik op de ganse nalatenschap (art. 745*bis*); daarvan is minstens het vruchtgebruik op de helft van de nalatenschap of op de voornaamste gezinswoning die de waarde daarvan overschrijdt, een voorbehouden erfdeel (art. 915*bis*).
Wordt de gezinswoning gehuurd, dan komt aan de langstlevende als enige het recht op de huur toe (art. 745*bis*, § 3).

3/ De nalatenschap van de overleden echtgenoot, al was hij gescheiden van tafel en bed, is levensonderhoud verschuldigd aan de langstlevende, als deze ten tijde van het overlijden behoeftig is (art. 205*bis*, § 1 en Hoofdstuk VII.6).

4/ Ten slotte weze herinnerd aan de beperkte verplichting tot levensonderhoud van de nalatenschap aan de behoeftige bloedverwanten in de opgaande lijn (art. 205*bis*, § 2 waarover Hoofdstuk VII, 6) en aan de beperkte verplichting tot

levensonderhoud die op de overlevende stiefouder rust (art. 203, § 2, waarover Hoofdstuk VII.3.3.C).

4.2. ONTBINDING DOOR ECHTSCHEIDING: INLEIDING

J.-C. Brouwers, "La réforme du divorce", *Rev. not. b.* 2007, 582 – J.-C. Brouwers, "Le nouvel article 301 du Code civil et le droit transitoire", *Div. Act.* 2007, 110 – J. Fierens, "Le divorce pour cause de désunion irrémédiable", *Div. Act.* 2007, 103 – Y.-H. Leleu en D. Pire (eds.), *La réforme du divorce. Première analyse de la loi du 27 avril 2007,* Brussel, Larcier, 2007 – J.-P. Masson, "La loi du 27 avril 2007 réformant le divorce", *J.T.* 2007, 537 – P. Senaeve, F. Swennen en G. Verschelden (eds.), *De hervorming van het echtscheidingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008 – P. Senaeve, "De Wet van 27 april 2007 tot hervorming van het echtscheidingsrecht, Deel I. De echtscheiding op grond van de onherstelbare ontwrichting", *T. Fam.* 2007, 103 – F. Swennen en F. Aps, "De Echtscheidingswet 2007", *R.W.* 2007-08, 554 – G. Verschelden, "De Wet van 27 april 2007 tot hervorming van het echtscheidingsrecht. Deel II. De echtscheiding door onderlinge toestemming – De scheiding van tafel en bed – De huwelijksvoordelen", *T. Fam.* 2007, 138 – K. Verstraete, "Hervorming echtscheidingsrecht. Wet van 27 april 2007 betreffende de hervorming van de echtscheiding", *NjW* 2007, 626.

A. Situering

Begrip

605. De echtscheiding is de ontbinding van het huwelijk door de rechter volgens een wettelijke procedure en op wettelijke gronden, andere dan het overlijden, die verband houden met de huwelijksbeleving.
Ook de sociojuridische verhouding die tussen de ex-echtgenoten bestaat na die ontbinding noemt men de echtscheiding. Elk huwelijk werkt immers in mindere of meerdere mate na.

Ontbinding door de rechter

606. Een goed echtscheidingsrecht veronderstelt niet noodzakelijk voor alle gevallen een rechterlijke tussenkomst die betrekking heeft zowel op de gronden als op de gevolgen van de echtscheiding.
De tussenkomst zou beperkt kunnen blijven tot die aspecten waarover de echtgenoten het niet eens geraken.
Verdergaand kan ook de piste van de buitengerechtelijke echtscheiding overwogen worden. Als de echtgenoten het geheel eens zijn over gronden en gevolgen van de echtscheiding, zou een verklaring bij de ambtenaar van de burgerlijke stand kunnen volstaan. Ter bescherming van de (economisch) zwakkere echtgenoot zou voorafgaand aan deze verklaring juridische bijstand door bijvoorbeeld een

notaris of een advocaat, of niet-juridische bijstand door een relatiebemiddelaar, verplicht kunnen worden.

Volgens een wettelijke procedure en op wettelijke gronden

607. Naar vormen en gronden voor echtscheiding gezien, zijn er verschillende systemen denkbaar.

1/ *Divorce-sanction* is het systeem waarin een fout van een echtgenoot leidt tot de echtscheiding in zijn nadeel en in het voordeel van de echtgenoot-slachtoffer van de fout. Voor- en nadeel betreffen in hoofdzaak de onderhoudsuitkering na echtscheiding die tégen de schuldige in het voordeel van de onschuldige, en deels als schadevergoeding[210], wordt toegekend.

2/ *Divorce-remède* is het systeem waarin de rechter, zonder aanduiding van schuldige(n), beoordeelt of het huwelijk mislukt is en er in bevestigend geval de nawerking van regelt.

3/ *Divorce-faillite* is het systeem waarin de rechter, zonder aanduiding van schuldige(n), akte neemt van de verklaring van de echtgenoten of één van hen dat het huwelijk mislukt is en er de nawerking van regelt.

4/ *Divorce-contrat* is het systeem waarin de gehuwden, na hun vaststelling dat hun huwelijk mislukt is, (delen van) de nawerking ervan bij contract bepalen. De rechter formaliseert die overeenkomst zonder inhoudelijke beoordelingsbevoegdheid wat betreft de verhouding tussen de echtgenoten.

608. Er bestaan ook mengvormen van voornoemde systemen. Bij samen bestaan van verschillende gronden tot echtscheiding spreekt men van een pluralistisch systeem van echtscheiding. In een monistisch systeem wordt slechts één grond tot echtscheiding gehanteerd.
Ons echtscheidingsrecht is een pluralistisch systeem. Verschillende gronden en vormen van echtscheiding bestaan naast elkaar, met hun verschillende nawerking.

609. In sommige rechtssystemen komt aan de echtgenoten enige contractuele zeggenschap toe over de toepasbaarheid van bepaalde gronden tot echtscheiding

---

210 Grondwettelijk Hof nr. 105/2002, 26 juni 2002, *E.J.* 2002, 114, noot P. Senaeve en Grondwettelijk Hof nr. 171/2002, 27 november 2002, *E.J.* 2003, 19; Cass. 22 juni 1967, *R.W.* 1967-68, 243.

op hun huwelijk. Zo kunnen zij overeenkomen dat het huwelijk enkel wegens fout kan worden ontbonden.
Naar Belgisch recht wordt zeggenschap over de echtscheidingsgronden (nog) niet aanvaard (art. 6).

610. De wetgever mag als wettige doelstelling de stabiliteit van de huwelijksbanden nastreven en mag aldus materiële en procedurele voorwaarden voor de echtscheiding bepalen.[211]
Nochtans worden de grond- en vormvoorwaarden voor de echtscheiding steeds verder versoepeld, wat resulteert in een groeiend aantal echtscheidingen (zie tabel).
De versoepeling van de mogelijkheden om uit het huwelijk te treden houdt verband met het beschreven functieverlies van het huwelijk en de versoepelde toegang ertoe die hiervan ook het gevolg was.
Met de Echtscheidingswet 2007 heeft de wetgever uiteindelijk een waarlijk recht op echtscheiding ingevoerd. Hij was van oordeel dat het de overheid niet (meer) toekomt de echtscheiding te ontraden door een 'hindernissenparcours' op te werpen op materieel en op procedureel vlak. Op beide vlakken werd de beoordelingsbevoegdheid van de rechters zo veel als mogelijk ingeperkt. Die zakelijke aanpak zou de kans op een '*clean break*' tussen de echtgenoten moeten verhogen.
De invoering van een recht op echtscheiding stemt overeen met de opvatting van het huwelijk als een loutere liefdesrelatie die '*no strings attached*' moet kunnen worden ontbonden. Wellicht is de wetgever hierbij te gemakkelijk uitgegaan van de economische zelfredzaamheid van alle echtgenoten en heeft hij te weinig oog gehad voor de socio-economische functie die het huwelijk voor velen – in het bijzonder vrouwen met jonge kinderen – nog vervult.
Meer algemeen had de wetgever kunnen onderzoeken waarom het aantal echtscheidingen zo hoog ligt; zo nodig had hij de oorzaken daarvan kunnen verhelpen met gezinsondersteunende maatregelen, veeleer dan te volstaan met een versoepeling van het recht om te scheiden.

---

211 Grondwettelijk Hof, nr. 140/2006, 14 september 2006, *E.J.* 2006, 97, noot P. Senaeve, *Div. Act.* 2007, 8, noot J.-C. Brouwers, *Rev. trim. dr. fam.* 2007, 234.

Jaar	Echtscheidingen	
	Absolute aantallen	Aantal echtscheidingen per 1.000 inwoners
2006	29.183	2,78
2005	30.844	2,95
1995	34.983	3,45
1985	18.440	1,88
1975	10.977	1,12
1955	4.416	0,5
1947	6.825	0,8
1930	2.491	0,31
1920	2.195	0,3
1910	1.089	0,15
1900	690	0,1
1866	70	0,01

In 2002 en 2003 waren er voor elke vier huwelijken drie echtscheidingen – wat niet betekent dat van elke vier (nieuwe) huwelijken er drie werden ontbonden. In het Brussels Hoofdstedelijk Gewest zijn er de laatste jaren meer echtscheidingen dan huwelijken.
Het hoge aantal echtscheidingen in 1995 is een gevolg van een versoepeling van de echtscheidingsprocedure in 1994.

Bron: FOD Economie – Algemene Directie Statistiek en Economische Informatie, Bevolkingsstatistieken. Zie over het aantal echtscheidingen ook M. Corijn, "De evolutie van het aantal echtscheidingen in België in de periode 1970-2003", E.J. 2005, 154.

De gevolgen van de echtscheiding

611. De ontbinding van het huwelijk door echtscheiding heeft een aantal *gevolgen*, die bij wet dienen te worden geregeld.

Enerzijds hebben de gevolgen van de echtscheiding betrekking op de *persoon en de goederen van de echtgenoten*. In beginsel nemen alle huwelijkse persoonlijke en vermogensrechtelijke rechten en plichten tussen echtgenoten een einde.
Naar hun *persoon* herkrijgen de echtgenoten de staat van ongehuwde vanaf de ontbinding van het huwelijk. Er hoeft bijvoorbeeld geen wachttermijn (meer) in acht te worden genomen vooraleer een nieuw huwelijk mag worden aangegaan.

Wat de *goederen* betreft, leidt de ontbinding van het huwelijk tot vereffening en verdeling van het huwelijksvermogen dat eventueel tussen de echtgenoten bestond (art. 1427, 2° en 1430). Anders dan in sommige andere rechtssystemen wordt de vereffening-verdeling naar Belgisch recht niet in het raam van de echtscheidingsprocedure verricht.
Ten slotte bestaat tussen echtgenoten een vermogensrechtelijke solidariteit op basis van de hulp- en bijdrageplicht. In een aantal gevallen zou het onbillijk zijn die huwelijkse verstrekking van sociale zekerheid van de ene dag op de andere stop te zetten. De belangrijkste nawerking van het huwelijk is dan ook de voortgezette plicht tot solidariteit via de *uitkering voor levensonderhoud* of onderhoudsuitkering na echtscheiding (art. 301 en art. 1288, 1ste lid, 4° Ger.W.). Deze alimentatieplicht kan wel in het raam van de echtscheidingsprocedure worden omschreven.

Anderzijds wordt, omwille van de procedurele eenvoud, tijdens de echtscheidingsprocedure doorgaans ook het lot van de *persoon en de goederen van de gemeenschappelijke kinderen* tijdens en na de echtscheiding geregeld (art. 302, art. 1256, 1280, 1ste lid, 1288, 1ste lid, 2° en 3° en 1298 Ger.W.). Doordat de echtgescheiden ouders niet meer zullen samenwonen, moet minstens een verblijfsregeling en een regeling voor de onderhoudsbijdrage worden getroffen. Zoals vermeld, heeft de Belgische wetgever in 1995 elke koppeling tussen echtscheiding en ouderschap verlaten wat de inhoud van het ouderschap betreft: de algemene regels betreffende ouderschap zijn van toepassing.

Mensenrechten

612. Onder het recht om te huwen en een gezin te stichten, bedoeld in art. 12 Verdrag Mensenrechten, ligt niet het recht vervat om uit de echt te scheiden (om opnieuw te kunnen huwen).[212]
Dit neemt niet weg dat Staten een recht op echtscheiding kunnen invoeren. Artikel 12 Verdrag Mensenrechten impliceert inderdaad evenmin het recht om gehuwd te blijven tegen de wil in van de andere echtgenoot, in landen waar echtscheiding op eenzijdig verzoek bestaat.[213]

---

212 Hof Mensenrechten (Plen.), nr. 9697/82, 18 december 1986, Johnston t. Ierland, www.echr.coe.int.

213 Cass. 9 december 1994, *E.J.* 1995, 11, noot B. Poelemans, *R.W.* 1995-96, 14.

B. Het Belgische echtscheidingsrecht

613. Sinds de invoering van de *Code civil* heeft in (het latere) België steeds een pluralistisch systeem van echtscheiding bestaan, waaronder in grote lijnen twee soorten van echtscheiding bestonden.

De echtscheiding zonder onderlinge toestemming

614. De eerste soort echtscheiding was tot aan de Echtscheidingswet 2007 bekend als echtscheiding *op grond van bepaalde feiten*. Deze kon op verzoek van één van de echtgenoten worden uitgesproken.
Op de eerste plaats kon de verzoekende echtgenoot een *fout* van de verwerende echtgenoot bewijzen (*divorce-sanction*). Als fouten kwamen in aanmerking: overspel, gewelddaden, mishandelingen en grove beledigingen.
Op de tweede plaats is in 1974 de echtscheiding ingevoerd op grond van de *feitelijke scheiding* van de echtgenoten, die eerst tien, vervolgens vijf (1982) en ten slotte slechts twee (2000) jaar moest hebben geduurd (*divorce-remède*). Deze echtscheiding kon ook worden gevorderd wanneer de feitelijke scheiding het gevolg was van de toestand van krankzinnigheid of diepe geestesgestoordheid van de verwerende echtgenoot.

615. Behalve in het laatste geval van krankzinnigheid of diepe geestesgestoordheid, waren bepaalde *gevolgen* van de echtscheiding op grond van bepaalde feiten, en in het bijzonder de alimentatie na echtscheiding, georganiseerd volgens het schuld-en-boetebeginsel.
De echtgenoot die schuldig was (fout) of vermoed werd te zijn (verzoeker tot echtscheiding op grond van feitelijke scheiding) aan de huwelijksbreuk, moest daarvoor boeten. Enkel deze echtgenoot was er met name toe gehouden de andere echtgenoot via een onderhoudsuitkering na echtscheiding in staat te stellen ook na de echtscheiding de huwelijkse levensstandaard te blijven voeren. Deze alimentatieplicht bestond enkel zo de andere echtgenoot die levensstandaard niet met eigen middelen en mogelijkheden kon aanhouden ('behoefte').
De onderhoudsplicht was in dat opzicht niet enkel alimentair (verstrekking van levensonderhoud) maar ook indemnitair (schadevergoedend) van aard.[214] Een schuldige of schuldig geachte echtgenoot kon zelf nooit aanspraak maken op alimentatie.
Op die wijze werd de vrijheid om te scheiden toegekend onder de verantwoordelijkheid om ondergeschikt, desnoods levenslang, te blijven instaan voor het

[214] Grondwettelijk Hof nr. 105/2002, 26 juni 2002, *E.J.* 2002, 114, noot P. Senaeve en Grondwettelijk Hof nr. 171/2002, 27 november 2002, *E.J.* 2003, 19; Cass. 22 juni 1967, *R.W.* 1967-68, 243.

levensonderhoud van de echtgenoot aan wie de huwelijksbreuk niet kon worden toegerekend. Een dergelijk systeem wordt als schuldechtscheiding benoemd.

616. Deze eerste soort van echtscheiding is door de Echtscheidingswet 2007 omgevormd tot de echtscheiding *op grond van de onherstelbare ontwrichting van het huwelijk* (EOO). De EOO herbergt een pluralistisch systeem van gronden waarmee de onherstelbare ontwrichting kan worden aangetoond.
Van de EOO is in de mate van het mogelijke een schuldloze echtscheiding gemaakt.
Enerzijds wordt de echtscheiding *ten gronde* niet meer 'tegen' (één van) de echtgenoten uitgesproken. De uitspraak is niet meer dan de rechterlijke vaststelling dat het huwelijk mislukt is, zonder dat daarvoor een schuldige wordt aangeduid. Het gaat om een mengvorm tussen *divorce-remède* en *divorce-faillite*.
Anderzijds wordt de *onderhoudsuitkering na echtscheiding* – logischerwijze – niet meer op het schuld-en-boetebeginsel gegrond. Zij wordt voortaan toegekend volgens een economische maatstaf. Elke 'behoeftige' echtgenoot kan een onderhoudsuitkering vorderen, zonder dat hij de huwelijksbreuk moet kunnen toerekenen aan de draagkrachtige echtgenoot. De fout speelt dus niet meer op positieve wijze mee. De fout kan wel nog negatief, als exceptie, worden aangevoerd tegen de echtgenoot die alimentatie vordert. Doordat de onderhoudsuitkering na echtscheiding zuiver alimentair is geworden van aard, is zij ook in omvang en tijd beperkt. Zij wordt veeleer opgevat als een tijdelijke en beperkte 'reclasseringsvergoeding' dan als een voortgezette solidariteitsplicht.
De EOO wordt uitgewerkt onder punt 4.3.

De pot en de ketel

617. Met de invoering van de EOO is getracht de schadelijke gevolgen te neutraliseren van de juridische strijd over de gronden tot of gevolgen van de echtscheiding waartoe de foutechtscheiding dikwijls aanleiding gaf. Deze situatie werd benoemd met het neologisme *vechtscheiding*. Vechtscheidingen sloegen diepe wonden in de verhouding tussen de ex-echtgenoten onderling en in de verhouding van hen beiden tot de kinderen ('vechtouderschappen'). Dit uit(te) zich in een toenemend aantal gezinsdrama's.

Tégen de schuldloze echtscheiding zijn twee argumenten aangevoerd.
Op de eerste plaats is de toepassing van het algemene verbintenisrechtelijke beginsel voorgestaan op basis waarvan een overeenkomst moet kunnen worden ontbonden ten laste van de partij die zijn verbintenissen op foutieve wijze niet nakomt. Het zou weinig zinvol zijn huwelijksplichten in de wet in te schrij-

ven zonder bijbehorende sanctionering wegens niet-naleving ervan. In dat opzicht is de fout een basisconcept van onze rechtscultuur.
Ten tweede is ook verwezen naar de algemeen culturele betekenis van schuld in verband met boete en verantwoording. Tijdens de echtscheidingsprocedure zou aandacht moeten kunnen gaan naar "het lijden van het slachtoffer". In diens rouwproces over de scheiding is het psychologisch belangrijk dat in de echtscheidingsprocedure zichtbaar kan worden gemaakt in welke mate de echtgenoten hun verantwoordelijkheid over elkaar hebben opgenomen. Zij moeten letterlijk ter verantwoording kunnen worden geroepen. Daarzonder zou de kans op betwistingen achteraf, met name in een vechtouderschap, toenemen.
Ten slotte zou het in strijd komen met het rechtvaardigheidsgevoel dat een kennelijk 'schuldige' echtgenoot aanspraak zou kunnen maken op alimentatie.

De wetgever is op die bekommernissen niet of beperkt ingegaan.
De foutaansprakelijkheid kan als juridisch concept niet rechtlijnig worden toegepast op de huwelijkse rechten en plichten, waarin de gevoelsmatige component erg doorweegt.
Voorts vond de wetgever de echtscheidingsprocedure niet het gepaste forum voor een psychologisch verwerkingsproces.
Ten slotte heeft sterk doorgewogen dat de bewezen fout op basis waarvan de schuldechtscheiding werd uitgesproken, wellicht niet representatief was voor het gehele huwelijksverloop. Tijdens de parlementaire voorbereiding is het voorbeeld aangehaald van een vrouw die jarenlang emotioneel werd verwaarloosd en éénmaal troost zocht in de armen van een andere man. Het zou niet billijk zijn de echtscheiding in dat geval tegen haar uit te spreken wegens overspel.

Aan de schuld is op grond van die overwegingen nog een beperkte plaats toegemeten:
- foutieve gedragingen kunnen de dadelijke echtscheiding rechtvaardigen op grond van art. 229, § 1, zij het dat de fout formeel geen echtscheidingsgrond blijft;
- de gerechtskosten kunnen ten laste worden gelegd van de 'schuldige' echtgenoot;
- de echtgenoot die een zware fout beging, kan zijn onderhoudsaanspraken verliezen.

618. De invoering van de EOO per 1 september 2007 doet niets af aan een overgangsrechtelijke maatregel volgens welke niet-beslechte procedures ingeleid vóór 1 september 2007, met inbegrip van de meeste alimentatierechtelijke gevolgen, beheerst blijven door het oude recht (art. 42, § 2 Echtscheidingswet 2007).
Er bestaan een tiental interpretaties van deze overgangsmaatregel: de wettekst is bepaald niet in overeenstemming met de *ratio legis*.
De wetgever behoort duidelijkheid te scheppen.

De echtscheiding met onderlinge toestemming

619. De tweede soort echtscheiding is de *echtscheiding door onderlinge toestemming* (EOT). De *grond* voor deze echtscheiding is, naar de naam laat vermoeden, de onderlinge toestemming van de echtgenoten. Zij kan maar worden uitgesproken als de echtgenoten een volledige overeenstemming hebben bereikt over *alle gevolgen*, zowel wat de kinderen als henzelf betreft. Het gaat dus om een *divorce-accord*.
In Vlaanderen maken de EOT's meer dan driekwart uit van het totale aantal echtscheidingen.
De EOT komt aan bod onder 4.4.

Verhouding tussen EOO en EOT

620. In de bepaling van de grondvoorwaarden voor de echtscheiding moet de wetgever een juist evenwicht trachten te zoeken tussen beide soorten van echtscheiding.
Aan de ene kant moeten de echtgenoten voor een EOT een volledig akkoord hebben bereikt over alle gevolgen van de echtscheiding. De voorwaarden voor de EOO mogen daarom niet te strikt worden omschreven voor echtgenoten die een dergelijk akkoord niet bereiken.
Aan de andere kant mogen de voorwaarden voor de EOO niet te soepel zijn. Echtgenoten zouden in dat geval immers niet geneigd zijn de moeilijke onderhandelingen met het oog op een EOT te voeren. Dit zou nadelig zijn, omdat een onderhandelde echtscheiding tot minder discussies achteraf leidt.

621. Binnen de EOO bestaan min of meer uitgewerkte mogelijkheden om (deel)akkoorden te laten homologeren die echtgenoten voor of tijdens de procedure bereiken. Dit systeem maakt het mogelijk om snel en eenvoudig uit de echt te scheiden wanneer de echtgenoten het wel eens zijn over de mislukking van het huwelijk maar niet vooraf over alle gevolgen van de echtscheiding een akkoord bereikten, zoals voor een EOT vereist blijft.

Aldus is met de diverse verschijningsvormen van de EOO en met de EOT een continuüm uitgewerkt met diverse instapmogelijkheden naargelang de akkoorden die de echtgenoten bereikten.
In de loop van de procedure kunnen de echtgenoten vlot de overstap maken van de procedure EOT naar de procedure EOO; een overstap in de andere richting is onterecht niet (meer) mogelijk.

4.3. DE ECHTSCHEIDING OP GROND VAN DE ONHERSTELBARE ONTWRICHTING VAN HET HUWELIJK (EOO)

A. De gronden

Algemene opmerkingen

622. Artikel 229 laat de echtscheiding toe op grond van de onherstelbare ontwrichting van het huwelijk, die door de rechter wordt vastgesteld.

623. De onherstelbare ontwrichting van het huwelijk is geen 'ondeelbare' grond tot echtscheiding. In werkelijkheid herbergt deze ene grond tot echtscheiding een (nodeloos ingewikkeld) pluralistisch systeem van drie (onrechtstreekse) gronden tot echtscheiding waarmee de onherstelbare ontwrichting kan worden aangetoond.
Aldus kan de echtscheiding worden uitgesproken op grond van (de onherstelbare ontwrichting van het huwelijk die voortvloeit uit):
- de onherstelbare ontwrichting waarvan het bewijs met alle wettelijke bewijsmiddelen wordt geleverd – de dadelijke echtscheiding is dan mogelijk;
- de feitelijke scheiding;
- het herhaalde verzoek, nl. de wil tot scheiden die na een reflectieperiode wordt herhaald.

In de drie genoemde 'subgronden' wordt de echtscheiding formeel uitgesproken op grond van de onherstelbare ontwrichting van het huwelijk. De onherstelbare ontwrichting is in al die gevallen de ene schuldloze echtscheidingsgrond, ook al vloeit het bewijs ervan (onrechtstreeks) voort uit een schuldige gedraging.

624. De EOO kan steeds worden gevorderd door één van de echtgenoten.
Wat betreft de EOO op basis van feitelijke scheiding of op verklaring, zijn er twee bijzonderheden.
Enerzijds heeft de verwerende echtgenoot de mogelijkheid om zich in de loop van de procedure met die vordering akkoord te verklaren ('aanvaarde EOO') (art. 1255, § 3 Ger.W.).

Anderzijds kan die vordering ook door de echtgenoten gezamenlijk worden ingesteld ('gezamenlijke EOO').
De vereiste periode van feitelijke scheiding of de vereiste reflectieperiode wordt ingekort in geval van een aanvaarde of gezamenlijke EOO. Met die soepeler voorwaarden wilde de wetgever een tegemoetkoming doen aan echtgenoten die het wel eens zijn over de mislukking van hun huwelijk, maar geen volledig akkoord bereiken met het oog op een EOT.

De dadelijke EOO

625. De EOO *moet* op de eerste plaats dadelijk (*de plano*) worden uitgesproken wanneer de rechter de onherstelbare ontwrichting vaststelt op basis van het bewijs ervan met alle wettelijke middelen door de eisende partij.
Het huwelijk is *onherstelbaar* ontwricht wanneer de voortzetting of de hervatting van het samenleven tussen de echtgenoten redelijkerwijze onmogelijk is geworden. Het gaat om een objectief vast te stellen toestand die een diagnose inhoudt over het verleden en een prognose voor de toekomst.

626. De dadelijke EOO laat op het eerste gezicht een erg ruime beoordelingsmarge aan de rechter, die niet spoort met de beschreven bedoeling van de wetgever om een recht op echtscheiding in te voeren dat met een zo miniem mogelijke rol voor de rechter zou kunnen worden uitgeoefend. Om die reden moet de bepaling als volgt beperkend worden geïnterpreteerd.
In art. 229, §§ 2-3 wordt voorzien in twee gronden tot echtscheiding die van de uitspraak van de echtscheiding min of meer een automatisme maken voor zover een minimale periode van feitelijke scheiding wordt bewezen resp. een minimale reflectieperiode wordt doorlopen tussen de twee verzoeken tot echtscheiding. De beoordelingsmarge van de rechter is hier onbestaande. De voorwaarden van art. 229, §§ 2-3 zijn bewust zo soepel gehouden dat een beroep op de bewijsmogelijkheid van art. 229, § 1 slechts uitzonderlijk nodig zal zijn.
Omgekeerd geformuleerd, betekent dit dat art. 229, § 1 enkel bedoeld is voor situaties waarin de naleving van de 'opzegperiodes' bedoeld in art. 229, §§ 2-3 *kennelijk* onverantwoord zou zijn; zoals bij een ontslag om dringende reden in het arbeidsrecht. Artikel 229, § 1 moet daarom worden gelezen als een 'hardheidsclausule', op basis waarvan de echtscheiding dadelijk kan worden uitgesproken als van (één van) de echtgenoten redelijkerwijze niet kan worden verwacht een periode van feitelijke scheiding of een reflectieperiode te doorlopen. In het licht van het recht op echtscheiding mag deze voorwaarde echter ook niet te strikt beoordeeld worden.

Een dergelijke 'hardheidsclausule' bestaat niet (meer) in de omgekeerde richting: de rechter kan de minimale periodes niet *verlengen* wanneer de korte wettelijke 'opzegtermijn' onredelijke gevolgen zou hebben.

627. Het bewijs van het bestaan van de onherstelbare ontwrichting kan met alle wettelijke middelen worden geleverd. Hierbij mag de *ratio legis* van de bepaling echter niet uit het oog worden verloren. De wetgever vereist dat ernstige bewijzen worden aangebracht.
Het bewijs van de onherstelbare ontwrichting kan op de eerste plaats worden geleverd aan de hand van een fout. Als fout komt in aanmerking, elke vrije en bewuste ernstige tekortkoming aan de huwelijksplichten die dateert van tijdens het huwelijk en die beledigend is voor de andere echtgenoot. Het volstaat dat de dader van de fout moet weten dat de gevolgen van zijn handeling krenkend zijn voor de andere echtgenoot en dat die krenking zwaar is.[215] Dit krenkende karakter wordt steeds concreet beoordeeld.[216] Het kan gaan om een fout van de verwerende echtgenoot, dan wel van de eisende echtgenoot zelf. Beroept de eiser zich op een eigen fout, dan dient de rechter er uiteraard op toe te zien dat er geen collusie is.

Betrapt!

628. Overspel kan een fout uitmaken als niet-naleving van de getrouwheidsplicht (waarover eerder). Het bewijs van overspel kan onder meer worden geleverd via een zogenaamde 'betrapping' door een gerechtsdeurwaarder (art. 1016*bis* Ger.W.). Die stelt van al zijn zintuiglijke waarnemingen een verslag op.

Een eerste probleem was dat als overspel tot 1998 enkel werd aanvaard: geslachtsgemeenschap met iemand van het andere geslacht, die niet de echtgenoot is. Het Hof van Cassatie had geslachtsgemeenschap gedefinieerd als de gemeenschap van man en vrouw door inwendige vereniging van beider geslachtsdelen, terwijl buitenlichamelijke seksuele handelingen aan dat begrip niet zouden beantwoorden.[217] Dit impliceerde dat homoseksueel 'overspel' juridisch niet bestond. Een arrest van 17 december 1998 heeft dat verholpen. Voor overspel, in de zin van art. 1016*bis* Ger.W., is niet noodzakelijk vereist dat een gehuwde persoon geslachtsgemeenschap heeft met iemand van het andere

215 Cass. 26 februari 1990, *R.W.* 1989-90, 1223, advies H. Lenaerts.
216 Cass. 6 oktober 1978, *R.W.* 1978-79, 1779, noot J.P.
217 Cass. 12 april 1985, *R.W.* 1985-86, 374, noot J. Pauwels.

geslacht, die niet zijn echtgenoot is. Seksuele betrekkingen met een andere persoon dan de echtgenoot, zelfs van hetzelfde geslacht, volstaan.[218]

Een tweede probleem is dat de bijzondere bewijsregeling van art. 1016*bis* Ger.W. mogelijkerwijze in strijd komt met het recht op bescherming van het privéleven van de betrapte echtgenoot. Het Hof van Cassatie heeft vóór de Echtscheidingwet 2007 geoordeeld dat dat niet het geval was, omdat het belang van de andere echtgenoot ertegen opweegt.[219] Nu overspel onder de Echtscheidingswet 2007 geen zelfstandige grond tot echtscheiding meer is, valt te betwijfelen of de leer van het genoemde cassatiearrest nog opgaat. Dat is des te meer zo nu het bewijs van overspel, als feit, ook door andere bewijsmiddelen kan worden geleverd.

De fout die voor de toepassing van art. 229, § 1 vereist is, valt niet noodzakelijk samen met de zware fout bedoeld in art. 301, § 2, 2de lid. Een echtgenoot kan er wel belang bij hebben om, eventueel via de omweg van art. 18, 2de lid Ger.W., door de rechter voor recht te laten vaststellen dat de aangevoerde gedraging een zware fout uitmaakt. Zo vermijdt hij met een onmogelijke bewijslast te worden geconfronteerd als de vordering tot uitkering na echtscheiding pakweg tien jaar na de echtscheiding voor het eerst wordt ingesteld. Uiteraard kan een dergelijk verzoek zich ook tegen de eisende echtgenoot keren: de rechter kan voor recht verklaren dat er géén zware fout is.
Ook *niet-foutief gedrag* of een objectieve toestand komt voor de toepassing van art. 229, § 1 in aanmerking. Het gaat bijvoorbeeld om de situatie waarin beide echtgenoten al een hersamengesteld gezin hebben gevormd of nog om de geestesstoornis van de verwerende echtgenoot.

629. Een echtgenoot kan van een derde schadevergoeding vorderen op grond van diens foutief gedrag waardoor het huwelijk onherstelbaar ontwrichtte, zoals de aanwending van kunstgrepen om zijn echtgenoot van hem af te nemen.[220] In sommige buitenlandse rechtsstelsels bestaan er voor die gevallen zelfs bijzondere rechtsvorderingen.

---

218 Cass. 17 december 1998, *R.W.* 1998-99, 1075, noot F. Aps, *T.B.B.R.* 1999, 245, noot Y. Leleu; Cass. 21 mei 2007, http://jure.juridat.just.fgov.be/.

219 Cass. 29 januari 1999, *Arr. Cass.* 1999, 107.

220 Cass. fr. (Civ.) 5 juli 2001, *R.G.A.R.* 2002, nr. 13.546, noot.

De feitelijke scheiding en het herhaalde verzoek tot echtscheiding

Algemeen

630. De feitelijke scheiding en het herhaalde verzoek na een reflectieperiode kunnen, naast het feitelijke bewijs, als zelfstandige gronden tot echtscheiding worden gekwalificeerd omdat aan de rechter bewust geen andere beoordelingsbevoegdheid is gelaten dan na te gaan of de vereiste periodes verstreken zijn. Het komt hem niet toe concreet na te gaan of het huwelijk daardoor ook onherstelbaar ontwricht is. Een dergelijk lineair beslissingsproces waarborgt het recht op echtscheiding aan iedereen op gelijke wijze.
De wetgever heeft gemeend de huwelijkse stabiliteit en solidariteit met minimale wachttermijnen voor de echtscheiding toch enigszins te moeten beschermen.
Minimale periodes moeten de echtgenoten of de verzoekende echtgenoot enerzijds toelaten zich te beraden of het huwelijk werkelijk onherstelbaar ontwricht is. Zo zouden ze de destabiliserende invloed van de geboorte van een kind alvast kunnen doorkomen. Anderzijds gelden de periodes als opzegtermijn tijdens welke de echtgenoten de beslissing tot echtscheiding psychologisch kunnen verwerken en zich ook praktisch kunnen organiseren, bijvoorbeeld op het vlak van sociale uitkeringen, kinderopvang. Bij andere duurovereenkomsten, zoals huur- en arbeidsovereenkomsten, bestaat een dergelijke vooropzeg ook. Deze bekommernis heeft – met langere periodes tot gevolg – in hoofdzaak gespeeld ten voordele van de echtgenoot die de echtscheiding niet wenst.

EOO op grond van feitelijke scheiding

631. De feitelijke scheiding veronderstelt, zoals vermeld, *een materieel en een moreel element*: de echtgenoten moeten op meer dan toevallige wijze feitelijk van elkaar gescheiden leven en die toestand moet door minstens één van hen gewild zijn. Ontbreekt het intentionele element, dan kan er geen sprake zijn van een feitelijke scheiding. Is één van de echtgenoten krankzinnig of diep geestesgestoord, dan volstaat het dat het morele element bij de andere, eisende, echtgenoot bestaat.
De feitelijke scheiding moet in die zin *voortdurend* zijn dat de echtgenoten geen levensgemeenschap meer mogen hebben gevormd. Sporadische (seksuele) contacten tussen de echtgenoten of contacten om over de kinderen te overleggen, verhinderen niet dat de feitelijke scheiding voortdurend is.

632. In geval van een gezamenlijk of aanvaard verzoek tot echtscheiding moeten de echtgenoten meer dan zes maanden feitelijk gescheiden leven opdat de echtscheiding zou kunnen worden uitgesproken. De feitelijke scheiding van meer

dan zes maanden toont, in combinatie met het gezamenlijke verzoek, de onherstelbare ontwrichting van het huwelijk aan.
Leven de echtgenoten meer dan zes maanden feitelijk gescheiden op het ogenblik van de verschijning voor de rechter, dan spreekt de rechter de echtscheiding dadelijk uit.
Leven de echtgenoten op het ogenblik van de verschijning voor de rechter wel feitelijk gescheiden, maar nog niet meer dan zes maanden, dan wordt een nieuwe zitting vastgesteld op een datum die onmiddellijk volgt op het verstrijken van de vereiste termijn van zes maanden. De echtscheiding wordt op die zitting uitgesproken als de echtgenoten hun wil daartoe bevestigen. Zouden de echtgenoten evenwel sneller af zijn met een EOO op grond van een herhaald verzoek, dan moet de rechter hen op dat spoor zetten na de eerste zitting; zie verder.

633. Gaat de vordering tot EOO uit van één van de echtgenoten en verklaart de andere zich er niet akkoord mee, dan is een feitelijke scheiding van meer dan één jaar vereist. De vereiste termijn van een jaar – in plaats van zes maanden bij een gezamenlijk of aanvaard verzoek – moet de onherstelbare ontwrichting op meer objectieve wijze aantonen, nu de diagnose van de onherstelbare ontwrichting slechts door één van de echtgenoten wordt gemaakt.
Leven de echtgenoten op het ogenblik van de verschijning voor de rechter al meer dan een jaar feitelijk gescheiden, dan spreekt hij de echtscheiding dadelijk uit.
Is de vereiste termijn van feitelijke scheiding nog niet verstreken bij de eerste verschijning, dan wordt ook hier een tweede zitting vastgesteld op een datum die onmiddellijk volgt op het verstrijken van de termijn van een jaar. Op die zitting kan het verzoek tot echtscheiding dan worden gedaan door een van de partijen, dus ook enkel door de verweerder.

EOO op grond van een herhaald verzoek

634. Een nieuwe, ook de meest omstreden, 'subgrond' tot EOO is het verzoek tot echtscheiding dat, met inachtneming van een reflectieperiode, tweemaal wordt gedaan. Daarmee is de mogelijkheid ingevoerd om uit de echt te scheiden zonder vooraf een minimale periode feitelijk gescheiden te moeten leven. Wellicht kan de 'subgrond' ook nuttig worden gebruikt wanneer de (duur van de) bestaande feitelijke scheiding moeilijk kan worden bewezen. Misbruiken vallen in dit verband niet uit te sluiten.

635. In geval van een gezamenlijk of aanvaard verzoek tot echtscheiding moeten de echtgenoten een reflectietermijn van drie maanden in acht nemen vooraleer de echtscheiding kan worden uitgesproken.

Op de eerste zitting stelt de rechter vast dat de echtgenoten nog geen zes maanden feitelijk gescheiden leven en stelt hij een nieuwe zitting vast. Deze zitting vindt plaats "drie maanden na de eerste verschijning van de partijen". Op die zitting spreekt de rechter de echtscheiding uit indien de echtgenoten hun wil daartoe bevestigen.
De rechter moet de kortste weg naar de echtscheiding volgen. Leven de echtgenoten op de eerste zitting al meer dan drie maanden feitelijk gescheiden, dan zal de rechter met toepassing van de tweede 'subgrond' een zitting vastleggen onmiddellijk na het verstrijken van de vereiste termijn van zes maanden feitelijke scheiding. Leven de echtgenoten op de eerste zitting nog geen drie maanden feitelijk gescheiden, dan zijn ze beter – althans sneller – af met de EOO op herhaald verzoek.

636. Gaat de vordering tot EOO uit van één van de echtgenoten en verklaart de andere echtgenoot zich er niet akkoord mee, dan moet een reflectieperiode van één jaar worden nageleefd.
Op de eerste zitting stelt de rechter vast dat de echtgenoten nog geen jaar feitelijk gescheiden leven en stelt hij een nieuwe zitting vast. Deze zitting vindt plaats "een jaar na de eerste zitting". Op die zitting spreekt de rechter de echtscheiding uit indien één van de partijen – dus eventueel de verweerder – daarom verzoekt. Leven de echtgenoten al enige tijd feitelijk gescheiden bij de eerste verschijning, dan is de eiser dus in elk geval beter af met een EOO op basis van de feitelijke scheiding.

B. Voorlopige maatregelen

Situering

637. Tijdens de procedure tot echtscheiding zal van een levensgemeenschap tussen de echtgenoten bezwaarlijk nog sprake zijn. De inleiding van de vordering schort de samenwoningsplicht tenslotte op. Voor de periode van de procedure kunnen daarom voorlopige maatregelen worden bevolen in verband met het huwelijk. Het gaat om voorlopige maatregelen in de eigenlijke procesrechtelijke betekenis van het woord: ze gelden in de regel tot aan de uitspraak ten gronde over de vordering tot echtscheiding (art. 1257, 1ste lid Ger.W.).
De inhoud van de maatregelen is vergelijkbaar met die van de dringende voorlopige maatregelen *ex* art. 223.

638. De voorlopige maatregelen kunnen op *twee wijzen* worden uitgewerkt.
Op de eerste plaats kan de rechtbank de overeenstemming tussen de echtgenoten op ieder ogenblik in de echtscheidingsprocedure homologeren in een akkoord-

vonnis. De rechtbank kan weigeren het akkoord over de kinderen te homologeren als dit kennelijk strijdig is met het belang van de kinderen (art. 1256, 1ste en 2de lid Ger.W.).
Bij gebreke van akkoord of van volledig akkoord, kan de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg maatregelen treffen met toepassing van art. 1280 Ger.W.
Er bestaat tussen die twee systemen een verwijzingsmechanisme.

639. De eventueel toegekende onderhoudsuitkering heeft de hulpplicht van art. 213 als grondslag; het huwelijk is immers nog niet ontbonden. De onderhoudsgerechtigde heeft daarom recht op de huwelijkse levensstandaard, alsof er geen (feitelijke) scheiding zou zijn geweest. De rechter mag bij de begroting ervan bijgevolg rekening houden met evoluties in verband met de levensstandaard van na het onstaan van de feitelijke scheiding.[221] Daarbij mag hij naast de *actuele* inkomsten ook de actuele *mogelijkheden* verrekenen om inkomsten te verwerven. Bestond de taak- en rolverdeling tijdens de huwelijkse samenwoning erin dat de eiser niet of deeltijds werkte om voor de kinderen te zorgen, dan mag de rechter deze taak- en rolverdeling herbekijken. Hij mag op basis van een onderzoek van de actuele omstandigheden nagaan of van de eiser al dan niet kan worden verwacht dat hij (meer) gaat werken. De bestaande taak- en rolverdeling kan dus ook behouden blijven.[222]
Als regel is deze onderhoudsuitkering definitief verworven. Soms wordt ze (deels) als voorschot beschouwd op het aandeel van de gerechtigde in de opbrengst van de postcommunautaire onverdeeldheid die vanaf de inleiding van de vordering tot echtscheiding wordt gevormd door het ontbonden gemeenschappelijk vermogen.
Als regel mag de rechter bij de toekenning van een onderhoudsuitkering geen rekening houden met de schuld van de echtgenoten. Aangezien de samenwoningsplicht wettelijk geschorst is, kan geen uitspraak worden gedaan over de schuld aan het ontstaan en voortduren ervan. Bovendien mag de rechter naar aanleiding van de voorlopige maatregelen niet vooruitlopen op de beoordeling van de grond tot echtscheiding (art. 1039 Ger.W.). Niettemin zou de rechter rekening mogen houden met de vaststaande schuld van één van de echtgenoten om hem een onderhoudsuitkering te weigeren (*supra* nr. 563). Een dergelijke schuldexceptie wordt best zo veel mogelijk in overeenstemming gebracht met de schuldexceptie bij de onderhoudsuitkering na echtscheiding (zie verder).

640. Zoals vermeld, vervallen de maatregelen op grond van art. 223 niet door de instelling van de vordering tot echtscheiding. In de regel is er dus geen noodzaak om een beroep te doen op art. 1256 of 1280 Ger.W. Er mag wel een beroep op

---

221 Cass. 9 september 2004, *J.T.* 2005, 290, noot; Cass. 25 november 2005, *R.W.* 2006-07, 1521.
222 Cass. 29 november 2007, http://jure.juridat.just.fgov.be/.

worden gedaan, ook zonder gewijzigde omstandigheden. Voorlopige maatregelen hebben immers een andere grondslag dan de dringende voorlopige maatregelen.[223]

Geldingsduur

641. De voorlopige maatregelen hebben gezag van gewijsde *rebus sic stantibus* en zijn dus altijd vatbaar voor herziening of intrekking bij gewijzigde omstandigheden. Mede om deze reden blijft de zaak heel de echtscheidingsprocedure lang aanhangig bij de voorzitter.

642. De maatregelen eindigen ook bij het verstrijken van de *termijn* die de voorzitter eventueel heeft bepaald.

643. Hoe dan ook vervallen de maatregelen als regel wanneer het *huwelijk is ontbonden* door een beslissing die in kracht van gewijsde is gegaan. De voorlopige maatregelen hebben immers het huwelijk tot grondslag.
Deze regel lijdt twee uitzonderingen.
Op de eerste plaats kunnen de echtgenoten de rechter verzoeken de voorlopige maatregelen te bekrachtigen als definitieve regeling, ook volgend op de uitspraak van de echtscheiding. Dit verzoek kan pas drie maanden na de aanvang van de voorlopige maatregelen worden gedaan. Op de vereffening-verdeling van het huwelijksvermogen kan via deze weg niet worden vooruitgelopen (art. 1257, 2de en 3de lid Ger.W.).
Op de tweede plaats blijven de voorlopige maatregelen die betrekking hebben op het gezag en het bewind over de gezamenlijke kinderen na de echtscheiding gelden tot wijziging ervan door de jeugdrechtbank. Het Hof van Cassatie heeft deze regel uitgebreid tot de voorlopige maatregelen over de onderhoudsbijdrage ten behoeve van de gezamenlijke kinderen die één van de ouders aan de andere is verschuldigd, uiteraard tot wijziging ervan door de vrederechter.[224] De maatregelen over de kinderen kunnen met andere woorden ook niet als 'definitieve' regeling onder de eerste uitzondering worden bekrachtigd.

644. Ook een andersoortig *einde van de procedure ten gronde*, bijvoorbeeld afwijzing van de vordering of afstand van geding, maakt een einde aan de voorlopige maatregelen.

---

223 Cass. 20 februari 2006, *E.J.* 2006, 35 noot P. Senaeve.
224 Cass. 28 juni 1971, *Arr. Cass.* 1971, 1120.

C. *De gevolgen van de EOO*

De ontbinding *ex nunc* van het huwelijk

645. De EOO heeft de ontbinding *ex nunc* van het huwelijk tot gevolg.
De echtscheiding is definitief als de uitspraak ervan in kracht van gewijsde gaat; vanaf dat ogenblik is het huwelijk ontbonden wat de persoon van de echtgenoten betreft (art. 1278, 1ste lid Ger.W.).
De voornaamste gevolgen hiervan zijn het einde van de rechten en plichten uit het primair stelsel (art. 212 e.v.) en het verval van de vaderschapsregel 300 dagen later (art. 315).
De echtgenoten kunnen onmiddellijk hertrouwen, ook met elkaar.

646. Wat betreft gevolgen van de echtscheiding op de (huwelijks)goederen van de echtgenoten, is een andere datum van belang.
De ontbinding van het huwelijksvermogen, gevolg van de echtscheiding (art. 1427, 3°), gebeurt terugwerkend tot op de dag van de inleiding van de eerste echtscheidingseis, ook als er verscheidene eisen werden ingesteld en ook als de eerste eis niet werd ingewilligd (art. 1278, 2de lid Ger.W.). Het volstaat dat er een ononderbroken ketting van aanhangige (tegen-, aanvullende of wijzigende) vorderingen was, ook al hebben de echtgenoten intussen jarenlang met elkaar opnieuw een levensgemeenschap gevormd.[225] Of er omgekeerd, in geval van blijvende afwezigheid van levensgemeenschap, over een periode zonder aanhangige vordering heen kan worden gestapt, is onduidelijk.[226]
Uitzonderlijk kan de terugwerking tot nog een eerder tijdstip worden aanvaard. De rechtbank kan namelijk bepalen dat met bepaalde activa of passiva sinds de aanvang van de feitelijke scheiding geen rekening meer wordt gehouden. Dit kan ook nog tijdens de procedure van vereffening en verdeling worden gevraagd (art. 1278, 4de en 5de lid Ger.W.).
De terugwerkende ontbinding van het huwelijksvermogen creëert tussen de echtgenoten tot aan de vereffening-verdeling een onverdeeldheid van gemeen recht. Deze 'postcommunautaire onverdeeldheid' kan niet met nieuwe goederen worden uitgebreid; er kunnen er ook geen uit verdwijnen.

647. Ten aanzien van derden heeft de echtscheiding pas gevolgen vanaf de dag van de overschrijving van het vonnis in de registers van de burgerlijke stand (art. 1278, 1ste lid en 1275, § 2, 1ste en 3de lid Ger.W.). Pas door die overschrijving

---

225 Cass. 24 februari 2005, *E.J.* 2006, 82, noot H. Vanbockrijck, *R.W.* 2005-06, 1101, noot J. du Mongh en C. Declerck, *T. Not.* 2007, 30, noot F. Bouckaert.

226 Conclusie adv.-gen. met opdracht Thijs onder Cass. 5 februari 2004, http://jure.juridat.just.fgov.be/; *E.J.* 2006, 80, noot H. Vanbockrijck.

krijgen derden immers kennis van de ontbinding van het huwelijk, zodat deze pas van dan af aan hen tegenstelbaar is.
Overlijdt één van de ex-echtgenoten nadat de beslissing in kracht van gewijsde ging maar vóór de overschrijving, dan worden zij tegenover derden als echtgescheiden beschouwd onder de opschortende voorwaarde van overschrijving (art. 1278, 3de lid Ger.W.).

Wederzijds verval van voordelen (art. 299)

648. Door de echtscheiding verliezen de echtgenoten wederzijds de voordelen die zij elkaar toekenden (art. 299), meer bepaald:
- de huwelijksvoordelen die zij elkaar als overlevingsrecht toekenden;
- de schenkingen die zij elkaar in het huwelijkscontract deden;
- de contractuele erfstelling.

Schenkingen die de echtgenoten elkaar buiten huwelijkscontract deden, zijn hoe dan ook herroepbaar (art. 1096).
Huwelijksvoordelen die geen overlevingsrechten zijn, zoals de inbreng van een goed in het huwelijksvermogen, vervallen niet.
De echtgenoten kunnen hierover wel een andersluidende overeenkomst sluiten.

De onderhoudsuitkering na echtscheiding (art. 301)

Situering

649. Zoals vermeld, heeft het huwelijk een zekere sociojuridische nawerking. In mindere of meerdere mate blijft de huwelijkse solidariteit na het huwelijk voortbestaan, al is het uitgangspunt dat de ex-echtgenoten zo snel als mogelijk economisch zelfredzaam moeten zijn.

650. De reden voor de voortgezette solidariteit ligt *enerzijds* in de afspraken die de echtgenoten maakten over de huishouding toen zij een levensgemeenschap vormden. Die afspraken impliceren dikwijls dat één van de echtgenoten zijn economische activiteiten terugschroeft ten voordele van economisch waardeerbare activiteiten binnen het huwelijk (opvoeding kinderen, huishouding, verzorging (aan)verwanten, hulp bij beroepsuitoefening door andere echtgenoot, ...). Bij een echtscheiding heeft de betrokken echtgenoot dan een economische *achterstand* opgelopen of de andere mee een economische *voorsprong* bezorgd.[227]
Hiervoor moet hij worden gecompenseerd.

[227] Zie over het onderscheid tussen achterstand (onderhoudsuitkering) en voorsprong (vereffening-verdeling) H.v.J. 27 februari 1997, C 220/95, van den Boogaard t. Laumen, www.curia.europa.eu.

Wat de *achterstand* betreft, moet met name het verschil worden bijgepast tussen de aanzienlijke terugval in de economische situatie door de echtscheiding en de mate waarin de uitkeringsgerechtigde die terugval op eigen krachten kan compenseren. De uitkering dient dan als tijdelijke reclasseringsvergoeding, tot een nieuwe bron van sociale zekerheid (werk, nieuwe partner) is gevonden, dan wel als (beperkte) definitieve pensioenregeling als dat laatste van de behoeftige echtgenoot niet kan worden verwacht.
De *voorsprong* wordt doorgaans gecompenseerd via de vereffening-verdeling van het huwelijksvermogen. Zijn de echtgenoten met scheiding van goederen gehuwd, dan is die compensatie soms niet mogelijk ('koude uitsluiting').

651. *Anderzijds* hoeft de behoefte niet noodzakelijk in oorzakelijk verband te staan met de afspraken die de echtgenoten over de huishouding maakten. De huwelijkse solidariteit wordt in die mate voortgezet dat ook de behoefte wegens andere oorzaken wordt gedekt. Te denken valt aan een ziekte of handicap waardoor de onderhoudsgerechtigde niet economisch zelfredzaam is. De onderhoudsuitkering zal in deze gevallen eerder beperkt worden tot de dekking van de staat van behoefte, al kan de rechter ook rekening houden met de hogere middelen en mogelijkheden van de uitkeringsplichtige.

Onderhoudsovereenkomst

652. Het uitgangspunt van de wetgever is dat de echtgenoten de eventuele aanspraken op uitkering tot levensonderhoud na echtscheiding, en de modaliteiten ervan, *contractueel* vastleggen (art. 301, § 1).
Contractuele afspraken vóór de ontbinding van het huwelijk zijn aan een bijzondere rechterlijke controle onderworpen (art. 1257 Ger.W., zie hierboven).
Pas ná de ontbinding van het huwelijk staat het de ex-echtgenoten volledig vrij over de onderhoudsuitkering te contracteren. Pas dan kunnen ze ook afstand doen van hun rechten (art. 301, § 9). Op de eerste plaats kunnen zij over de uitkering een *dading* aangaan. Daarin kan de onderhoudsgerechtigde definitief afstand doen van zijn recht of kan het bedrag van de uitkering definitief worden vastgelegd.[228] Het Hof van Cassatie heeft geoordeeld dat de rechtbank deze dading niet hoeft te homologeren.[229] Dit oordeel is onlogisch, nu homologatie van de minder verregaande kapitalisering wél nodig is. Op de tweede plaats kunnen de partijen ook buiten de dading een alimentatieovereenkomst sluiten die hen tot wet

228 Dit bedrag mag de 1/3-grens overschrijden, nu die grens de openbare orde niet raakt: Cass. 23 juni 2006, http://jure.juridat.just.fgov.be/. Vgl. in verband met de 1/3-grens onder oud art. 307*bis*: Cass. 30 juni 2006, *E.J.* 2006, 149, noot C. Aerts, *RABG* 2007, 148, *Rev. trim. dr. fam.* 2006, 1134.

229 Cass. 9 september 1994, *E.J.* 1995, 25, noot J. Roodhooft.

strekt.[230] Deze overeenkomst is even (on)wijzigbaar als de conventionele onderhoudsuitkering na echtscheiding door onderlinge toestemming, waarover verder meer.
Anders dan in sommige andere rechtsstelsels kunnen echtgenoten de onderhoudsaanspraken niet bij de aanvang van het huwelijk, in een huwelijkscontract, vastleggen.
Zonder (andersluidende) contractuele afspraken geldt de volgende regeling.

Gerechtigdheid

653. Elke – maar ook enkel de – 'behoeftige' ex-echtgenoot mag ten laste van de draagkrachtige ex-echtgenoot een onderhoudsuitkering na echtscheiding vorderen. Onder 'behoeftigheid' moet worden begrepen: elk onevenwicht in de globale inkomsten of mogelijkheden om inkomsten te verwerven van beide echtgenoten. Aangezien de onderhoudsuitkering niet tot herverdeling van kapitaal strekt, blijft de kapitaaltoestand daarnaast buiten beschouwing. De vereffening-verdeling van het huwelijksvermogen biedt in voorkomend geval soelaas.
Het beginsel inzake de gerechtigdheid impliceert dat de initieel onderhoudsgerechtigde echtgenoot later onderhoudsplichtig kan worden en *vice versa*.

654. In drie gevallen bestaat er geen (volwaardige) gerechtigdheid op een onderhoudsuitkering, omdat het rechtvaardigheidsgevoel anders zou worden gekwetst. De navolgende excepties bevatten duidelijk een smaak van foutechtscheiding:

- de rechter *moet* de onderhoudsuitkering na echtscheiding *weigeren* toe te kennen aan de behoeftige echtgenoot die zich schuldig heeft gemaakt aan bepaalde vormen van (fysiek) partnergeweld (art. 301, § 2, 3de en 4de lid). Wanneer het geweld plaatsvond – eventueel pas na de onherstelbare ontwrichting van het huwelijk – doet niet ter zake; uit de wettekst valt niet duidelijk af te leiden of het geweld 'als echtgenoot', dus vóór de formele ontbinding van het huwelijk, moet zijn begaan. De rechter kan een provisionele uitkering toekennen – onder de waarborgen die hij bepaalt – in afwachting van de strafrechterlijke beslissing over het partnergeweld.
- de rechter *kan* de onderhoudsuitkering *weigeren* toe te kennen aan de behoeftige echtgenoot die een zware fout heeft begaan die de voortzetting van de samenleving onmogelijk heeft gemaakt (art. 301, § 2, 2de lid). Het gaat bijvoorbeeld om overspel. Als voorwaarde voor uitsluiting geldt wel dat de zware fout de voortzetting – of hervatting, cf. art. 229, § 1 B.W.? – van de samenleving onmogelijk moet hebben gemaakt, dus voordien moet hebben plaatsgevonden. Enkel een volledige uitsluiting van onderhoudsuitkering is mogelijk.

[230] Cass. 30 juni 2006, *E.J.* 2006, 149, noot C. Aerts, *RABG* 2007, 148, *Rev. Trim. Dr. Fam.* 2006, 1134.

Om die reden heeft de rechter een beoordelingsbevoegdheid om de 'schuldige' de onderhoudsuitkering al dan niet te ontzeggen. Het ligt voor de hand dat hij zal besluiten dat er geen zware fout is wanneer hij hem niet van de onderhoudsuitkering wil uitsluiten. De interpretatie van het begrip 'zware fout' als zogenaamde hardheidsclausule verdient de voorkeur.

– de rechter *kan* de onderhoudsuitkering ten voordele van een behoeftige echtgenoot *weigeren of verminderen* als diens staat van behoefte het gevolg is van een eenzijdige beslissing die niet was – of is – ingegeven door de noden van de familie (art. 301, § 5, dat in de wet op de begroting van de alimentatie wordt betrokken). Wat onder de 'noden van de familie' moet worden verstaan, dreigt wel afhankelijk te zijn van de overtuiging van de rechter. Deze exceptie sluit duidelijk aan bij de algemene exceptie van onwaardigheid die in Hoofdstuk VII.2.1 ter sprake kwam.

Begroting

655. De onderhoudsuitkering na echtscheiding wordt begroot in drie stappen. Eerst wordt de referentiestandaard bepaald. Vervolgens wordt met verrekening van de inkomsten en mogelijkheden van de partijen (art. 301, § 3, 2de lid) beoordeeld in welke mate de onderhoudsgerechtigde de referentiestandaard op eigen kracht kan bereiken ('behoefte') en ten slotte in welke mate de onderhoudsplichtige in het saldo moet bijspringen ('draagkracht').
Samengevat moet de onderhoudsuitkering de onderhoudsgerechtigde *minstens* in staat stellen zijn staat van behoefte te lenigen en mag zij *maximaal* een derde van de inkomsten van de onderhoudsplichtige bedragen. Meestal zal het bedrag ergens tussenin liggen.

656. Eerst wordt de referentiestandaard bepaald. Aangezien de onderhoudsuitkering na echtscheiding een zuiver alimentaire aard heeft, geldt als uitgangspunt dat zij minstens de staat van behoefte van de onderhoudsgerechtigde moet dekken, behalve in geval van toepassing van art. 301, § 5 (art. 301, § 3, 1ste lid). Met staat van behoefte is de behoeftigheid uit het algemene onderhoudsrecht bedoeld (art. 205).
Doorgaans zal de onderhoudsuitkering echter hoger liggen. De rechter moet bij de berekening van de onderhoudsuitkering immers rekening houden met de aanzienlijke terugval in de economische situatie van de uitkeringsgerechtigde wegens de echtscheiding. Daarmee wordt bedoeld: de achterstand in verdienvermogen die de echtgenoot tijdens het huwelijk heeft opgelopen. Deze terugval wordt beoordeeld in functie van de concrete omstandigheden van de zaak. Zo moet de

rechter rekening houden met de duur van het huwelijk, de leeftijd van de partijen en de organisatie van de huishouding met inbegrip van kinderopvang. Ook de achterstand die *tijdens*, maar niet *wegens* het huwelijk is opgelopen – bijvoorbeeld door ziekte – komt voor 'vergoeding' in aanmerking.

657. In een tweede stap wordt de *behoefte* van de uitkeringsgerechtigde gemeten. Meer bepaald wordt nagegaan welke middelen en mogelijkheden hij heeft om de referentiestandaard op eigen krachten te bereiken[231], bijvoorbeeld door een belegging van het vermogen, door uit werken te gaan[232] of nog door niet-toevallige steun door de ouders.[233] Enkel in de mate waarin hij de levensstandaard niet op eigen krachten kan bereiken, volgt een bijpassing.

658. Ten slotte wordt de *draagkracht* van de uitkeringsplichtige in acht genomen. Hij is enkel in de mate van zijn draagkracht tot bijpassing gehouden. Ook die draagkracht wordt beoordeeld in functie van inkomsten en mogelijkheid tot verwerving daarvan of nog in functie van nieuwe gezinslasten. Het bedrag van de uitkering mag in geen geval hoger zijn dan een derde van de inkomsten van de tot uitkering gehouden echtgenoot (art. 301, § 3, 3de lid).

Modaliteiten

659. De onderhoudsuitkering na echtscheiding wordt toegekend onder de vorm van een geldbedrag uit de goederen en de inkomsten van de andere echtgenoot. Een prestatie *in natura*, zoals het gebruik van een woning van de andere echtgenoot, is niet mogelijk.

660. In de regel wordt een vast geldbedrag per maand toegekend. De rechtbank moet in dit geval van rechtswege bepalen op welke wijze de uitkering wordt aangepast aan de kosten van levensonderhoud, bijvoorbeeld door *indexering* (art. 301, § 6).

661. De onderhoudsuitkering kan echter ook worden omgezet in een kapitaal (art. 301, § 8), wat de ex-echtgenoten moet toelaten een '*clean break*' te maken zonder verder aan elkaar gebonden te blijven. Zij kunnen over de kapitalisering een overeenkomst sluiten, die moet worden gehomologeerd door de rechtbank. De rechtbank kan hiernaast de kapitalisering toestaan op vraag van de onderhoudsplichtige. De onderhoudsgerechtigde kan de kapitalisering niet vragen

231 Op datum van de uitspraak over de onderhoudsuitkering, ook al zijn er wijzigingen opgetreden sinds de uitspraak van de echtscheiding. Cass. 26 mei 2006, http://jure.juridat.just.fgov.be.

232 Vgl. Cass. 29 november 2007, http://jure.juridat.just.fgov.be.

233 Cass. 15 september 2006, http://jure.juridat.just.fgov.be.

omdat hij daardoor onmiddellijk een financieel overdreven zware last – de uitkering van een kapitaal – op de onderhoudsplichtige zou kunnen leggen.[234]

662. De toegekende onderhoudsuitkering kan ten slotte door de rechter worden *verhoogd, verminderd of afgeschaft* als het bedrag ervan niet meer aangepast is ten gevolge van nieuwe omstandigheden onafhankelijk van de wil van de partijen. Dit is met name het geval als de financiële toestand van de echtgenoten wijzigt als gevolg van de vereffening-verdeling van hun huwelijksvermogen (art. 301, § 7).
Men moet aannemen dat verhoging ook mogelijk is als de onderhoudsuitkering wegens de genoemde 1/3-grens initieel te laag was om de levensstandaard te waarborgen, maar de inkomsten van de onderhoudsplichtige nadien stegen. Andersom kan de uitkering worden verminderd als de inkomsten van de uitkeringsplichtige dalen, zodat de uitkering de 1/3-grens komt te overschrijden.[235]

Beëindiging

663. Naast de besproken mogelijkheden tot ontheffing resp. afschaffing van de onderhoudsuitkering met toepassing van art. 301, §§ 5 en 7, eindigt de onderhoudsuitkering in de volgende gevallen.

664. Op de eerste plaats eindigt de onderhoudsuitkering door het verstrijken van de *maximale termijn* waarvoor ze werd of kan worden toegekend.
Hoewel hij daartoe niet verplicht is, zal de rechter doorgaans een onderhoudsuitkering opleggen voor een bepaalde termijn, waarna de onderhoudsgerechtigde economisch zelfredzaam moet kunnen worden, bijvoorbeeld na bijscholing. Om de uitkeringsgerechtigde hiertoe te stimuleren, kan een jaarlijks of maandelijks afnemend bedrag worden toegekend (art. 301, § 3, 2de lid, laatste zin).
Om te vermijden dat de echtscheiding een "*Win for Life*" zou zijn, heeft de wetgever daarnaast bepaald dat "de duur van de uitkering niet langer mag zijn" dan de duur van het huwelijk (art. 301, § 4). De duur van de voorhuwelijkse samenwoning wordt er niet bijgeteld, de duur van de feitelijke scheiding er niet van afgetrokken. Wel is omstreden wanneer de maximale duur van de uitkering aanvangt: bij de ontbinding van het huwelijk dan wel bij de eerste toekenning van de onderhoudsuitkering, eventueel pas vele jaren na ontbinding van het huwelijk (en langer dan het huwelijk heeft geduurd). De *ratio legis* houdt m.i. in dat de solidariteit tussen ex-echtgenoten niet langer mag duren dan het huwelijk duurde, zodat de maximale duur van de gerechtigdheid op een onderhoudsuitkering steeds ingaat

234 Grondwettelijk Hof, nr.136/2006, 14 september 2006, www.const-court.be; *Div. Act.* 2007, 6, noot J.-C. Brouwers: art. 301, § 8, tweede zin is niet discriminerend.
235 Cass. 15 september 2006, http://jure.juridat.just.fgov.be/.

bij de ontbinding van het huwelijk. De wettekst wijst evenwel in de richting van de andere opvatting.
De onderhoudsuitkering kan, pas bij het verstrijken van de theoretisch maximale termijn, worden verlengd wegens uitzonderlijke omstandigheden. De uitkeringsgerechtigde moet hiertoe aantonen dat hij om redenen onafhankelijk van zijn wil nog steeds in staat van behoefte verkeert. De onderhoudsuitkering bedraagt in dit geval *maximaal* – en niet meer minstens – het bedrag om de staat van behoefte te dekken. Dat de duur van de onderhoudsuitkering van rechtswege beperkt is en dat de omvang ervan bij uitzonderlijke verlenging beperkt moet blijven tot het noodzakelijke, kan soms onbillijk zijn.

665. Op de tweede plaats eindigt de onderhoudsuitkering in de volgende gevallen waarin de uitkeringsgerechtigde een nieuwe relatie aangaat (art. 301, § 10, 2de en 3de lid B.W.).
De onderhoudsuitkering eindigt, behoudens andersluidende afspraak, automatisch en definitief ingeval de uitkeringsgerechtigde hertrouwt. Dit lijkt logisch in het licht van de onderhoudsplicht (art. 213) van de nieuwe echtgenoot. Men kan zich evenwel afvragen of de ex-echtgenoot niet ondergeschikt gehouden moet blijven als de nieuwe echtgenoot niet draagkrachtig is.[236]
Veel minder logisch is de automatische en definitieve beëindiging, behoudens andersluidende afspraak, ingeval de uitkeringsgerechtigde wettelijk gaat samenwonen. Tussen wettelijk samenwonenden bestaat immers enkel een bijdrageplicht (art. 1477, § 3) en geen onderhoudsplicht. Bovendien staat de wettelijke samenwoning niet enkel open voor seksueel-affectieve partners.
Met dat laatste gegeven heeft de wetgever wel rekening gehouden bij de feitelijke samenwoning. De rechter *kan* de onderhoudsuitkering immers – voorlopig – beëindigen ingeval de uitkeringsgerechtigde samenleeft met een andere persoon "als waren zij gehuwd". Enkel de seksueel-affectieve samenleving is bedoeld. Er is geen automatische beëindiging nu tussen feitelijke samenwoners geen onderhoudsplicht bestaat. Het is duidelijk dat de wetgever de wettelijke samenwoning veeleer met de feitelijke samenwoning had moeten gelijkstellen dan met het huwelijk.

666. Dat de uitkeringsplichtige een nieuwe relatie aangaat, is niet als grond tot automatische beëindiging van de onderhoudsuitkering aangehouden.

667. Ten slotte vervalt de – persoonlijke – onderhoudsplicht bij overlijden van de onderhoudsplichtige. Bij gebreke van wettelijk erfrecht, beschikt de uitkeringsgerechtigde in dit geval wel over een onderhoudsvordering tegen de nalatenschap van de uitkeringsplichtige (art. 301, § 10, 1ste lid).

---

236 Vgl. Cass. 20 april 2007, http://jure.juridat.just.fgov.be/.

Handhaving

668. De gemeenrechtelijke regels zijn van toepassing op de *handhaving*.
De mogelijkheid tot toekenning van een ontvangstmachtiging is uitdrukkelijk opgenomen in art. 301, § 11.
Omdat de onderhoudsuitkering het levensnoodzakelijke moet verschaffen, is ook in de uitvoerbaarheid bij voorraad voorzien, niettegenstaande hoger beroep (art. 301, § 12).

De kinderen

669. Huwelijk en afstamming zijn bijna volledig losgekoppeld. In de regel blijft de echtscheiding daarom op zichzelf vreemd aan de verhouding van de echtgescheiden ouders met hun kinderen.
In voorkomend geval zijn tijdens de procedure tot echtscheiding op grond van art. 1258 of 1280 Ger.W. maatregelen bevolen in verband met de persoon en de goederen van de kinderen. Zoals vermeld, blijven deze maatregelen op grond van art. 302, zoals ruim uitgelegd door het Hof van Cassatie[237], verder gelden na de echtscheiding, tot aan de wijziging ervan door de bevoegde rechter.
Hetzelfde geldt, zoals vermeld, voor de dringende voorlopige maatregelen *ex* art. 223, die tijdens de procedure tot echtscheiding bleven doorlopen.[238]
Hiernaast bepaalt art. 304 dat de echtscheiding zonder invloed blijft op voordelen die aan de kinderen door de wetten of door de huwelijksvoorwaarden van hun ouders waren verzekerd. Deze rechten komen aan hen toe alsof er geen echtscheiding was geweest.

4.4. ECHTSCHEIDING DOOR ONDERLINGE TOESTEMMING

S. Brouwers, *Echtscheiding door onderlinge toestemming*, Gent, Larcier, 2006.

A. Algemene opmerkingen

670. De echtscheiding door onderlinge toestemming (EOT) is een *divorce-contrat*. Het is de echtscheiding waarbij de twee echtgenoten het eens moeten zijn over het feit dat het huwelijk mislukt is en over alle gevolgen van de ontbinding van het huwelijk. In België wordt deze echtscheiding nog formeel uitgesproken door de rechtbank. De materie is geregeld in art. 230 en art. 569, 1° en 1287 tot 1304 Ger.W.

---

237 Cass. 28 juni 1971, *Arr. Cass.* 1971, 1120.
238 Cass. 12 december 2002, *E.J.* 2003, 22, noot T. Robert, *R.W.* 2003-04, noot F. Aps.

De wetgever tracht de echtgenoten tot verantwoordelijkheid aan te zetten door hen te verplichten tot een *volledig* akkoord te komen. Is dat niet mogelijk, dan biedt de EOO een oplossing. Ingeval het bereikte akkoord tijdens de procedure EOT vervalt, kan ook naar de EOO worden overgestapt (art. 1294*bis*, § 1 Ger.W.). Tijdens de parlementaire voorbereiding van de Echtscheidingswet 2007 is veel aandacht gegaan naar de vraag of de EOT niet ook mogelijk zou moeten zijn wanneer de echtgenoten slechts een deelakkoord hebben bereikt. Vóór die mogelijkheid is aangevoerd dat de verplichting om tot een volledig akkoord te komen, kan leiden tot onevenwichtige overeenkomsten of tot patstellingen als de echtgenoten het slechts over één punt niet eens geraken. Tegen die mogelijkheid is aangevoerd dat de punten waarover de echtgenoten geen overeenstemming bereiken, tot conflicten aanleiding zullen geven, waardoor de EOT tot een vechtscheiding dreigt te verwateren. Een evenwichtig totaalakkoord zou de toekomstige verhoudingen tussen de echtgenoten bovendien minder belasten dan verscheidene deelakkoorden. Daarom is gekozen voor het behoud van de huidige succesformule. Echtgenoten kunnen eventuele deelakkoorden, zoals vermeld, wel in het raam van de EOO laten bekrachtigen.

671. De EOT bestaat al sinds de invoering van de *Code civil*. Toch stond de wetgever van vóór 1994 er vrij negatief tegenover. De persoonlijke en vermogensrechtelijke gevolgen van deze echtscheidingsvorm waren bijzonder zwaar. De echtgenoten kregen een wachtperiode van drie jaar opgelegd voor een nieuw huwelijk; de helft van hun vermogen ging door de echtscheiding over op hun kinderen. Ook de procedure was ontradend geregeld. Oorspronkelijk waren vijf en later drie verschijningen vereist over een termijn van 13 maanden.
Door de hervorming van 1994 zijn de zwaarste procedurele hinderpalen en ook de genoemde gevolgen van de EOT weggewerkt. Nu maken EOT's drie vierden uit van alle echtscheidingen.

672. De EOT berust op een contractuele afspraak tussen de echtgenoten over alle gevolgen van de echtscheiding (zie verder). Zij kunnen die afspraak zonder verplichte professionele begeleiding in een onderhandse akte vastleggen. Enkel in verband met goederen die vatbaar zijn voor hypotheek, zijn een notariële tussenkomst en de authentieke vorm van de akte verplicht (art. 1287, 4de lid Ger.W.).
Het verdient aanbeveling dat de (economisch zwakkere) echtgenoten zich voor alle aspecten laten bijstaan (door een jurist). Hun contract geldt immers in bepaalde gevallen als wet waarvan de rechter niet kan afwijken.
Bijstand door een notaris biedt als voordeel dat de voorafgaande overeenkomsten die in een notariële akte zijn opgenomen, uitvoerbaar zijn.

673. In de Echtscheidingswet 2007 zijn de voorwaarden afgeschaft dat de echtgenoten met het oog op een EOT minstens twintig jaar oud moesten zijn en minstens twee jaar gehuwd. Op deze afschaffing is kritiek gekomen omdat de voorwaarden de echtgenoten tot reflectie zouden aanzetten. Nochtans blijven in de EOT analoge reflectieperiodes gelden als bij de gezamenlijke of aanvaarde EOO (zie verder). Strengere voorwaarden hanteren dan bij de EOO zou de succesformule van de EOT ondergraven.

B. Voorwaarden

Een voorafgaande overeenkomst

674. Om door onderlinge toestemming uit de echt te kunnen scheiden moeten de echtgenoten niet alleen overeenstemming bereiken over de mislukking van hun huwelijk, maar ook over de gevolgen van de ontbinding ervan.
Daarom is het essentieel dat de echtgenoten *alle* gevolgen van de echtscheiding regelen in twee overeenkomsten waarover ze het in de regel de hele procedure lang eens moeten blijven (art. 1287, 1288 en 1293 Ger.W.).

675. Op de eerste plaats moeten de echtgenoten een vermogensrechtelijke overeenkomst sluiten. De echtgenoten kunnen, maar moeten niet, deze laten voorafgaan door een notariële boedelbeschrijving (art. 1287 Ger.W.).
Deze vermogensrechtelijke overeenkomst of regelingsakte betreft enerzijds de vereffening-verdeling van het huwelijksvermogen, als er een is. De echtgenoten zijn hierbij niet gebonden door de inhoud van hun huwelijkscontract. Het staat hun geheel vrij een dading uit te werken die van het huwelijkscontract afwijkt. De overeenkomst moet volledig en definitief zijn. De partijen mogen geen beslissingen uitstellen of aan de rechter voorleggen. Is een bestanddeel van het gemeenschappelijk vermogen niet in de overeenkomst vermeld, dan blijft dit in onverdeeldheid tussen de echtgenoten.
Anderzijds moeten de echtgenoten bepalen of het (reservataire) erfrecht tussen hen blijft bestaan, mocht een van hen tijdens de procedure overlijden (art. 745*bis* en 915*bis*, waarover eerder 4.1). Meestal wordt bepaald dat dit erfrecht wederzijds vervalt. Willen de echtgenoten het behouden, dan moeten ze dat ook uitdrukkelijk bepalen.

676. Op de tweede plaats moet een familierechtelijke overeenkomst worden gesloten die betrekking heeft op vier punten (art. 1288 Ger.W.):

1° de verblijfplaats van de echtgenoten tijdens de procedure. Naar de letter van de wet zijn de echtgenoten niet verplicht afzonderlijk verblijf te houden;

2° een regeling over gezag en bewind over de gezamenlijke kinderen (over de inhoud van de regeling zie Hoofdstuk VIII.1), zowel tijdens de procedure als na de echtscheiding. Wordt gezamenlijk gezag overeengekomen, dan wordt een verblijfsregeling uitgewerkt; wordt exclusief gezag overeengekomen, dan wordt het recht op persoonlijk contact bepaald;

3° de onderhoudsbijdrage (*contributio*) van elk van de echtgenoten in het levensonderhoud van de gezamenlijke kinderen, zowel tijdens de procedure als na echtscheiding. Daarbij mogen zij de gemeenrechtelijke regels niet miskennen, bijvoorbeeld door overeen te komen dat één van de ouders niet onderhoudsplichtig (*obligatio*) zal zijn (zie verder VII.3.1.C);

4° het bedrag van de eventuele onderhoudsuitkering tussen de echtgenoten, zowel tijdens de procedure als na echtscheiding. Als ze een uitkering overeenkomen, kunnen ze daarover ook nadere bepalingen opnemen, zoals de indexering en de omstandigheden waarin ze kan worden herzien. De overeengekomen onderhoudsuitkering is geen wettelijke onderhoudsschuld, maar is zuiver contractueel.[239]

Waarover tijdens de procedure overeenstemming blijft bestaan

677. De echtgenoten moeten als regel in een tijdsbestek van vier maanden tweemaal voor de rechtbank van eerste aanleg naar hun keuze (art. 1288*bis*, 2de lid Ger.W.) verschijnen om er hun wil tot echtscheiding te kennen te geven (art. 1289 en 1294 Ger.W.).
Dit betekent dat *forum shopping* mogelijk is, bijvoorbeeld bij de rechtbank waar het parket een minder strikte controle uitvoert op de overeenkomsten.
Een tweede verschijning is niet nodig als de echtgenoten op het ogenblik van de inleiding van de vordering al meer dan zes maanden feitelijk gescheiden leven. In dat geval wordt de procedure na de eerste verschijning meteen verder afgehandeld (art. 1291*bis* Ger.W.).

678. Elk van de echtgenoten kan in de loop van de procedure afstand van geding doen. De afstand is vormeloos en dient niet door de andere echtgenoot te worden aanvaard.
De vraag rijst tot wanneer één van de echtgenoten afstand van geding kan doen. Er vallen twee strekkingen te onderscheiden. Eén strekking gaat ervan uit dat herroeping mogelijk moet zijn tot op het ogenblik van de uitspraak van de echtscheiding. Een andere strekking neemt een eerder tijdstip, nl. de tweede verschijning. Dit is het laatste ogenblik waarop de echtgenoten hun wil moeten ken-

239 Cass. 20 april 2006 (verbeterend arrest van 29 juni 2006), *E.J.* 2006, 100, noot C. Aerts, *RABG* 2007, 141.

baar maken. Nadien heeft de rechtbank de aanwezigheid van de wil niet meer te beoordelen. De tekst van art. 1294*bis*, § 1 Ger.W. wijst in de richting van de tweede strekking.
Doet een echtgenoot uitdrukkelijk afstand van de procedure of verschijnt hij niet (vertegenwoordigd) op de tweede verschijning, dan kan elk van de echtgenoten van de EOT overstappen naar de EOO (art. 1294*bis*, § 1 Ger.W.).
De gesloten voorafgaande overeenkomst EOT gaat in dit geval niet geheel verloren. Gaat het om een notariële voorafgaande overeenkomst, dan blijft de voorafgaande overeenkomst bij wijze van voorlopige maatregelen gelden tot aan de eventuele toepassing van art. 1257 dan wel 1280 Ger.W. in de procedure EOO. Gaat het niet om een (uitvoerbare) notariële overeenkomst, dan kan de verzoeker voorlopige maatregelen EOO uitlokken conform de inhoud van de voorafgaande overeenkomst (art. 1294*bis*, § 2 Ger.W.).
De voorafgaande overeenkomsten houden hoe dan ook hun uitwerking wat betreft de afspraken voor tijdens de proeftijd. De uitvoering van deze afspraken is verworven. Ook bepaalde eenzijdige beschikkingen blijven behouden, tenzij bijvoorbeeld de herroeping van een testament of een schenking afhankelijk is gemaakt van de echtscheiding.

679. De rechtbank spreekt de echtscheiding uit – of verklaart dat daarvoor geen grond is (art. 1298 Ger.W.).
De rechtbank homologeert ook de overeenkomst over de minderjarige kinderen. Enkel deze overeenkomst maakt daardoor deel uit van het vonnis en wordt erdoor uitvoerbaar.

Wijzigingen aan de voorafgaande overeenkomst tijdens de procedure

Op het initiatief van de rechtbank

680. De EOT blijft in wezen een overeenkomst tussen de echtgenoten, waarin de rechter niet behoort tussen te komen.
De rechtbank zou enkel de vorm- en grondvoorwaarden van de EOT mogen nagaan.
Toch kan een beslissing in verband met de staat van de personen nog niet geheel aan de wilsautonomie worden overgelaten. De rechtbank heeft daarom bepaalde bevoegdheden in verband met de voorafgaande overeenkomsten. Die bevoegdheden zijn uit de aard verdergaand wat betreft de overeenkomst over de gezamenlijke kinderen. Hun belangen moeten – eventueel tegen die van de ouders in – worden gevrijwaard.

681. De rechtbank mag, bij de eerste verschijning, aan de echtgenoten de nodige *bedenkingen en vermaningen* voorhouden en hen de gevolgen van hun stap onder het oog brengen (art. 1290, 1ste lid, Ger.W.). Wellicht brengt dit weinig aarde aan de dijk. Er zijn geen cijfergegevens over het aantal echtgenoten dat na de bedenkingen en aanmaningen besluit het verzoek tot echtscheiding in te trekken.

682. De rechter kan ambtshalve, en uiteraard ook op hun verzoek, beslissen om de *minderjarige kinderen* te *horen* met toepassing van art. 931, 3de tot 7de lid Ger.W. De echtgenoten dienen in elk geval, na het onderhoud van de rechter of een derde met de kinderen, opnieuw te verschijnen (art. 1290, 3de en 4de lid Ger.W.).

683. Wanneer de voorzitter van oordeel is dat de *overeenkomst over de kinderen* strijdig is met hun belangen, kan hij aan de partijen voorstellen die te *wijzigen* (art. 1290, 2de lid Ger.W.)
Op een nieuwe verschijning van de echtgenoten kan worden overlegd in verband met de punten waarvan de rechtbank van oordeel was dat ze strijdig waren met de belangen van de kinderen. Indien de partijen, anders dan de voorzitter, geen aanleiding zien om de overeenkomst m.b.t. de kinderen te wijzigen, kan de voorzitter 'de beschikkingen die kennelijk strijdig zijn met de belangen van de minderjarige kinderen laten *schrappen of wijzigen*'.
Schrapping of wijziging is enkel mogelijk in geval van kennelijke strijdigheid: de toetsing door de rechter is marginaal.
De rechter kan de overeenkomst niet zelf wijzigen. Hij kan de partijen enkel uitnodigen dit te doen. De partijen wijzigen de overeenkomst of weigeren dat te doen. In geval van weigering zal de rechtbank eventueel de echtscheiding niet uitspreken.
Gaan de partijen in op de uitnodiging van de rechter, dan dienen zij de nieuwe overeenkomst ter griffie neer te leggen.

684. Over de *overeenkomst tussen de echtgenoten* dient de voorzitter zich van elke commentaar te onthouden. Het is betreurenswaardig dat aan de (economisch of anderszins) zwakkere echtgenoot op die manier elke (verplichte) juridische bescherming wordt ontzegd. Eventueel zou hier een rol weggelegd zijn voor het Openbaar Ministerie.
Bedingen uit de overeenkomst tussen de echtgenoten, die strijdig zijn met de openbare orde of de goede zeden, zullen wel aanleiding geven tot de weigering om de echtscheiding uit te spreken.

Op het initiatief van de echtgenoten

685. Artikel 1293 Ger.W. voorziet in een mogelijkheid om de voorafgaande overeenkomsten tijdens de procedure tot echtscheiding te wijzigen op het initiatief van de echtgenoten. Deze wijziging is aan strikte voorwaarden gebonden.
Wijziging is ten eerste maar mogelijk in geval van *nieuwe en onvoorzienbare omstandigheden*. Onvoorzienbaar is niet: onvoorzien. Onzorgvuldigheid van de partijen mag niet worden geregulariseerd tijdens de procedure. Een nieuwe procedure moet in dat geval worden opgestart. Deze voorwaarde strekt er onder meer toe chantage tijdens de procedure te voorkomen.
Ten tweede moet er een *ingrijpende wijziging* zijn in de toestand van één van de echtgenoten of de kinderen. Een lichte wijziging volstaat niet.
Op de derde plaats moeten de echtgenoten het *bewijs* leveren van de twee voorgaande punten.
Ten slotte wordt een voorstel tot wijziging maar in overweging genomen indien het uitgaat van de *beide echtgenoten samen*.
De wet vermeldt geen vormvoorwaarden.

686. Wijzigingen die de echtgenoten buiten de voorwaarden van die bepaling aan de voorafgaande overeenkomst aanbrengen, noemt men *tegenbrieven*. Dergelijke tegenbrieven zijn absoluut nietig omdat de art. 1287, 1288 en 1293 de openbare orde raken. De inhoud van een tegenbrief kan dus niet als geldige overeenkomst worden bevestigd, ook niet nadat de echtscheiding definitief is geworden.[240]

C. Gevolgen

De ontbinding *ex nunc* van het huwelijk

687. Artikel 1304 Ger.W. regelt vanaf wanneer de echtscheiding gevolgen heeft. De regeling is vergelijkbaar met die over de EOO.
Wat betreft de persoon van de echtgenoten heeft de echtscheiding gevolgen vanaf de dag waarop de beslissing in kracht van gewijsde gaat.
Wat betreft de goederen van de echtgenoten, werkt de beslissing terug tot op de datum van het proces-verbaal van de eerste verschijning (art. 1304 Ger.W.). De echtgenoten kunnen met toepassing van art. 1287 Ger.W. wel overeenkomen dat de beslissing terugwerkt tot een eerdere datum, bijvoorbeeld die van de regelingsakte.
Tegenover derden heeft de echtscheiding gevolgen vanaf de overschrijving.

---

240 Cass. 15 mei 2006, *Div. Act.* 2007, 65, noot S. Mosselmans, *T.B.B.R.* 2007, 24, noot S. Mosselmans.

Wijzigingen aan de voorafgaande overeenkomst

688. Het principe van de *divorce-contrat* houdt in dat aan de voorafgaande, eventueel tijdens de procedure gewijzigde, overeenkomsten achteraf niet meer kan worden getornd, behalve door onderlinge toestemming. Dat principe wordt deels verzacht.

689. Wat betreft de *kinderen*, kunnen de *echtgenoten zelf* achteraf in onderling akkoord wijzigingen aanbrengen in de overeenkomst. In rechtspraak en rechtsleer bestaat veel discussie over het antwoord op de vraag of die overeenkomsten al dan niet opnieuw moeten worden gehomologeerd door de bevoegde rechter.
In drie gevallen kan de *rechter* de overeenkomst over de *kinderen* ook op eenzijdig verzoek van de echtgenoten wijzigen. De wijziging moet gebeuren door de bevoegde rechter: de jeugdrechtbank wat betreft gezag en beheer, de vrederechter wat betreft uitkering tot onderhoud, de jeugdrechtbank indien het verzoek op beide punten betrekking heeft.

1/ Herziening van de onderhoudsbijdrage is ten eerste mogelijk als de ouder die de bewaring heeft van het kind, niet meer in staat is om, gelet op zijn vermogen en de bijdrage, te zorgen voor het levensonderhoud, de opvoeding en de opleiding waarop de kinderen recht hebben. De oorzaak daarvan doet niet ter zake.[241]

2/ Ten tweede is wijziging mogelijk als er nieuwe – geen onvoorzienbare – omstandigheden zijn buiten de wil van de partijen, die hun toestand of die van de kinderen ingrijpend wijzigen (art. 1288, 2de lid). Nieuwe omstandigheden zijn omstandigheden die zich voordoen na de uitspraak van de echtscheiding en waarmee in de overeenkomst geen rekening werd gehouden.[242] Zo rechtvaardigt een inkomstenstijging van de ene ouder een vermindering van de onderhoudsbijdrage van de andere ouder.[243]

3/ Ten slotte kan de rechter de overeenkomst ook buiten die strikte voorwaarden wijzigen als de echtgenoten de voorwaarden hiertoe zelf ruimer hebben omschreven in de familierechtelijke overeenkomst, bijvoorbeeld door geen *ingrijpende* wijziging te vereisen.[244]

---

241 Cass. 9 december 2004, *E.J.* 2006, 42, noot F. Buyssens.

242 Cass. 15 november 2007, http://jure.juridat.just.fgov.be. *In casu* was geen rekening gehouden met de meerkost van de kinderen na aanvatting van middelbare studies.

243 Cass. 14 mei 2007, http://jure.juridat.just.fgov.be/.

244 Cass. 30 april 2004, *Rev. trim. dr. fam.* 2004, 592. Vgl. Cass. 7 december 2006, *Rev. trim. dr. fam.* 2007, 238.

690. Wat betreft de overeenkomst tussen de *echtgenoten*, kan de rechter het bedrag van de eventueel overeengekomen onderhoudsuitkering na echtscheiding op eenzijdig verzoek wijzigen met toepassing van art. 301, § 7. De echtgenoten kunnen deze bevoegdheid evenwel uitdrukkelijk uitsluiten. Bovendien kan de rechter hoe dan ook niet de gerechtigdheid op of de duurtijd van de onderhoudsuitkering wijzigen.
Daarbuiten is wijziging van de overeenkomst enkel mogelijk in onderlinge overeenstemming of op eenzijdig verzoek als en in de mate waarin de overeenkomst daarin voorziet. Deze regeling is vergelijkbaar met de situatie waarin de echtgenoten na EOO een dading of alimentatieovereenkomst sluiten.

691. Op de uitvoering van de overeenkomst EOT zijn daarnaast de algemene regels van het verbintenissenrecht van toepassing. Zo moet de overeenkomst te goeder trouw en zonder misbruik van recht worden uitgeoefend. De rechter mag de overeenkomst niet uit billijkheidsoverwegingen wijzigen.[245]
De toepassing van de regels van het verbintenissenrecht impliceert bovendien dat delen van de overeenkomst kunnen worden nietig verklaard wegens wilsgebreken. Die nietigverklaring laat de echtscheiding zelf onverlet.[246] Zij biedt wel een uitweg om de overeengekomen onderhoudsuitkering tussen echtgenoten te laten vernietigen, bijvoorbeeld wanneer de onderhoudsgerechtigde een bron van inkomsten verzweeg.

4.5. SCHEIDING VAN TAFEL EN BED

692. De scheiding van tafel en bed is de sociojuridische verhouding die bestaat tussen echtgenoten wier huwelijk door de rechter volgens een wettelijke procedure en op wettelijke gronden op waakvlam wordt gezet, maar niet wordt ontbonden (art. 227 *a contrario*).
De scheiding van tafel en bed biedt vooral een oplossing voor echtgenoten die om religieuze of vermogensrechtelijke redenen geen formele ontbinding van hun huwelijk wensen.
De benaming van deze sociojuridische verhouding is verwarrend. Er is wel een scheiding van tafel, maar niet van bed. De rechtsleer neemt immers aan dat de negatieve getrouwheidsplicht tussen de echtgenoten blijft bestaan.

---

245 Cass. 14 april 1994, *R.W.* 1994-95, 434; Cass. 20 april 2006 (verbeterend arrest van 29 juni 2006), *E.J.* 2006, 100, noot C. Aerts, *RABG* 2007, 141.

246 Cass. 16 juni 2000, *R.W.* 2000-01, 238, noot W. Pintens, *T.B.B.R.* 2000, 652, noot F. Buyssens en Y.-H. Leleu.

693. De vordering tot scheiding van tafel en bed wordt behandeld en gevonnist in dezelfde vormen als de vordering tot echtscheiding (art. 1305 Ger.W.). Men moet aannemen dat zowel de EOO als de EOT *mutatis mutandis* van toepassing is op de scheiding van tafel en bed. De Echtscheidingswet 2007 doet ten onrechte de indruk ontstaan dat enkel nog de scheiding van tafel en bed wegens onherstelbare ontwrichting van het huwelijk mogelijk is (art. 311*bis*). Een reparatiewet is aangewezen.

694. Na de scheiding van tafel en bed op grond van onherstelbare ontwrichting blijft van het huwelijk volgens art. 308 enkel de *hulpplicht* bestaan, volgens de beginselen van art. 213 in geval van feitelijke scheiding. De behoefte wordt berekend met als referentiestandaard de levensstandaard die er zonder scheiding zou zijn geweest, dus met verrekeningen met evoluties na de scheiding.[247]
In geval van scheiding van tafel en bed door onderlinge toestemming regelen de echtgenoten de vormgeving van de hulpplicht in de voorafgaande overeenkomst. De rechtsleer neemt, zoals vermeld, aan dat de negatieve plicht tot getrouwheid blijft bestaan.
De overige huwelijkse rechten en plichten vervallen. Als er een huwelijksvermogen is, wordt dat ontbonden (art. 1427, 2° en vgl. art. 311).

695. Gebeurt er na de scheiding van tafel en bed verder niets, dan wordt het huwelijk in de regel ontbonden door het overlijden. De echtgenoot die van tafel en bed gescheiden is, heeft geen erfrecht in de nalatenschap van de andere echtgenoot (art. 731 en X.4.1). Hij kan tegen die nalatenschap wel een onderhoudsvordering instellen (art. 205*bis* en VII.6).
De rechtsleer neemt aan dat aan de scheiding van tafel en bed een einde komt door verzoening. Deze hangt niet af van de naleving van bepaalde vormvoorwaarden.
Ten slotte doet de scheiding van tafel en bed niets af aan de mogelijkheid om de echtscheiding te vorderen, eventueel op andere gronden dan die op grond waarvan de scheiding gevorderd was.

[247] Cass. 30 januari 1998, *R.W.* 1998-99, 1188; *T.B.B.R.* 1999, 398, noot J. Gerlo.

HOOFDSTUK XI.
WETTELIJKE SAMENWONING

Inhoud

XI.1. Situering en historiek 282

XI.2. Aangaan 284
2.1. Grondvoorwaarden 284
2.2. Vormvoorwaarden 285

XI.3. Inhoud 285
3.1. Primair wettelijk samenwoningsrecht 286
A. Persoonsrechtelijke gevolgen 286
B. Vermogensrechtelijke gevolgen 286
3.2. Secundair wettelijk samenwoningsrecht 287
A. Wettelijk stelsel 287
B. Samenwoningsvermogenscontracten 288
3.3. Dringende voorlopige maatregelen 288

XI.4. Ontbinding 289
4.1. Gronden en procedure 289
4.2. De gevolgen 289
A. Algemeen 289
B. Ontbinding door overlijden 290

H. Casman, "Wettelijke samenwoning. Hoe gaat dat nu verder?", *NjW* 2004, 182 – H. Casman, "Wet van 28 maart 2007 tot regeling van het erfrecht van de langstlevende wettelijk samenwonende. Een eerste commentaar", *Not. Fisc. M.* 2007, 126 – A. Heyvaert, *Het statuut van de samenwoners*, I en II, Antwerpen, Kluwer, 2001 – S. Mosselmans, "De Wet van 23 november 1998 tot invoering van de wettelijke samenwoning en het gelijkheidsbeginsel. Creëert deze wet een discriminatie tegenover de gehuwde personen?", *R.W.* 2000-01, 1041-1048 – W. Pintens en C. Declerck, "Statistieken over wettelijke samenwoning en opengesteld huwelijk, *R.W.* 2003-04, 1556 – W. Pintens en V. Allaerts, "Het erfrecht van de langstlevende wettelijke samenwoner. Een commentaar op de wet van 28 maart 2007", *R.W.* 2007-08, 258 – J.-L. Renchon en F. Tainmont (eds.), *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale*, Brussel, Bruylant, 2000 – P. Senaeve, "De wettelijke samenwoning, een vooral Vlaamse, heteroseksuele en tijdelijke aangelegenheid", *E.J.* 2004, 73.

XI.1. SITUERING EN HISTORIEK

696. De wettelijke samenwoning is bij wet van 23 november 1998 ingevoerd in art. 1475 tot 1479.
Zij is de (rechts)toestand van samenleven van twee personen die een verklaring hebben afgelegd op grond van art. 1476 (art. 1475, § 1).
Die rechtstoestand betreft de (juridisch) aseksuele, louter vermogensrechtelijke levensgemeenschap tussen twee ongehuwde personen, ook al zijn het nauwe (aan)verwanten.
De organisatie als instituut impliceert dat de invulling van de levensgemeenschap in beperkte mate aan de contractuele vrijheid van de samenwoners onttrokken is.
Deze organisatie heeft zowel gevolgen tussen de samenwoners onderling als tegenover derden. Van het primair wettelijk samenwoningsrecht kan niet worden betwist dat het tegenstelbaar is aan derden; hetzelfde moet men aannemen van het secundair wettelijk samenwoningsrecht, voor zover dat niet met bedrieglijke benadeling van de rechten van derden is aangegaan (art. 1167, 1ste lid *a contrario*).
Om die redenen bepaalt de wettelijke samenwoning abstract de rechtstoestand van de wettelijke samenwoners, zodat het een verhouding van staat is.

Aantal personen betrokken bij een wettelijke samenwoning			
	Samenwoners van verschillend geslacht	**Samenwoners van gelijk geslacht**	**Totaal**
2006	33.055	1.238	34.293
2005	29.579	1.170	30.749
2004	17.461	954	18.595
2003	10.470	793	11.263
2002	8.239	719	8.958
2001	20.380	1.047	21.427
2000	4.397	747	5.144

Bron: FOD Economie – Algemene Directie Statistiek en Economische Informatie op basis van het Rijksregister.

Opgelet:
- De cijfers geven het totale aantal betrokkenen weer, niet het totale aantal samenwoningen.
- Via het Rijksregister kan niet de (aan)verwantschap tussen de betrokkenen worden nagegaan, zodat de wettelijke samenwoningen tussen betrokkenen van gelijk geslacht niet noodzakelijk homoseksuele partnerrelaties zijn.

De wettelijke samenwoning afschaffen?

697. De wettelijke samenwoning is geen voorbeeld van goede wetgeving.
Op de eerste plaats ging het er bij de invoering van de wettelijke samenwoning om, een soort 'mini-huwelijk' te creëren voor homoseksuele paren, voor wie het huwelijk toen nog niet openstond. In de navolgende tabel valt echter het geringe succes op van de wettelijke samenwoning bij personen van hetzelfde geslacht. Sinds de Wet Openstelling Huwelijk hebben partners van hetzelfde geslacht bovendien toegang tot het huwelijk.
Ten tweede is tijdens de parlementaire voorbereiding benadrukt dat de aard van de betrekkingen tussen de wettelijke samenwoners (seksueel-affectieve relatie, vriendschap, verwantschap, ...) niet relevant is. De wettelijke samenwoning is met andere woorden niet opgevat als 'relatierecht'. In dat opzicht is de beperking van de wettelijke samenwoning tot twee personen (zie verder) onterecht. Als twee bejaarde broers wettelijk kunnen samenwonen, moeten bijvoorbeeld drie bejaarde broers dat ook kunnen. Als twee kotstudenten wettelijk kunnen samenwonen, moeten dat er bijvoorbeeld ook tien kunnen zijn.
Meer algemeen valt op de derde plaats op dat de wetgever, bij navolgende wetswijzigingen, de wettelijke samenwoning toch als relatierecht opvatte. Doordat de wettelijke samenwoning echter tussen nauwe (aan)verwanten kan worden aangegaan, ontstaan soms overlappende rechtsgevolgen: een onderhoudsplicht als stiefouder en als verwant, een erfrecht als samenwoner en als verwant, ...
Ten slotte slaagt de wetgever er niet in een duidelijke maatstaf te vinden voor de situaties waarin wettelijke samenwoners met gehuwden dan wel met feitelijke samenwoners dienen te worden gelijkgesteld. Soms geldt een onvoorwaardelijke gelijkstelling met gehuwden, dan weer een voorwaardelijke gelijkstelling.
De wetgever zou zich dienen te beraden over een goede afbakening van de wettelijke samenwoning ten opzichte van andere regelgehelen. Daarbij dient hij oog te hebben voor de toegangsvoorwaarden enerzijds en de inhoud anderzijds, die complementair aan en niet overlappend met andere regelgehelen kan zijn.

698. Er valt wat voor te zeggen om de wettelijke samenwoning om te vormen tot een minimale dwingendrechtelijke bescherming voor alle gezinsvormen of zelfs huishoudens zonder huwelijk, zonder vereiste van voorafgaande registratie.
Dat is alvast niet de weg die de wetgever de laatste jaren bewandelt, dit is de weg van een zo groot mogelijke en overlappende gelijkschakeling met het huwelijk.

Aantal personen betrokken bij de stopzetting van een wettelijke samenwoning			
	Samenwoners van verschillend geslacht	**Samenwoners van gelijk geslacht**	**Totaal**
2006	8.931	521	9.452
2005	6.002	437	6.439
2004	4.338	425	4.763
2003	3.648	548	4.196
2002	3.802	120	3.922
2001	1.529	56	1.585
2000	192	28	220

Bron: FOD Economie – Algemene Directie Statistiek en Economische Informatie op basis van het Rijksregister.

Opgelet:
- De cijfers geven het totale aantal betrokkenen weer, niet het totale aantal samenwoningen.
- Via het Rijksregister kan niet de (aan)verwantschap tussen de betrokkenen worden nagegaan, zodat de wettelijke samenwoningen tussen betrokkenen van gelijk geslacht niet noodzakelijk homoseksuele partnerrelaties zijn.
- Stopzetting omvat alle gronden tot ontbinding van de wettelijke samenwoning, dus ook een opeenvolgend huwelijk of een overlijden.

XI.2. AANGAAN

2.1. GRONDVOORWAARDEN

699. De wettelijke samenwoning kan worden aangegaan tussen maximaal *twee personen*. Zoals vermeld, valt deze beperking moeilijk te verantwoorden in het licht van de oorspronkelijke *ratio legis*.

700. De wettelijke samenwoners moeten, door hun verklaring, uiteraard *toestemmen* in de wettelijke samenwoning. De algemene verbintenisrechtelijke regels over toestemming en wilsgebreken zijn van toepassing.

701. De wettelijke samenwoners moeten *bekwaam zijn* om contracten aan te gaan overeenkomstig art. 1123 en 1124 (art. 1475, § 2, 2°).
Het is betwist of de wettelijke samenwoning, als verhouding van staat, tot de persoonsrechtelijke rechtshandelingen moet worden gerekend dan wel, als zuiver patrimoniale verhouding, tot de vermogensrechtelijke. Naargelang het antwoord

op die vraag zijn personen aan wie een gerechtelijk raadsman of voorlopige bewindvoerder werd toegevoegd, wel resp. niet bekwaam om een verklaring van wettelijke samenwoning te doen.
De beslissing om wettelijk te gaan samenwonen is hoogstpersoonlijk. Deze beslissing is daarom niet vatbaar voor vertegenwoordiging. Of de wilsgeschikte beslissing van een onbekwame om wettelijk te gaan samenwonen, door een vertegenwoordiger kan worden uitgevoerd, is betwist. De oplossing *de lege ferenda* ligt wellicht in de machtiging aan de onbekwame wettelijke samenwoner zelf om de verklaring van samenwoning te doen, naar analogie van wat ik voor de huwelijkssluiting heb voorgesteld.

702. Op het ogenblik van de verklaring moet de partijen blijkbaar al *samenleven* (art. 1475, § 1 en 1476, § 1, 2de lid, 3°).

703. Wie wettelijk wil gaan samenwonen, mag niet door een andere wettelijke samenwoning of door een huwelijk verbonden zijn (art. 1475, § 2, 1°).

704. Anders dan in het huwelijksrecht bestaan er bij de wettelijke samenwoning geen (aan)verwantschapsbeletselen. Een moeder kan bijvoorbeeld wettelijk gaan samenwonen met een zoon of dochter.

2.2. VORMVOORWAARDEN

705. De verklaring van wettelijke samenwoning gebeurt door een geschrift dat aan de ambtenaar van de burgerlijke stand wordt overhandigd. Er wordt melding van gemaakt in het bevolkingsregister, niet in een bijzonder register van de burgerlijke stand (art. 1476, § 1). Naar de letter van de wet is niet vereist dat de wettelijke samenwoners zich persoonlijk naar de ambtenaar begeven. Dit wordt doorgaans wel vereist.

XI.3. INHOUD

706. De wet bevat een regeling over het primair wettelijk samenwoningsrecht en een bepaling over het secundair wettelijk samenwoners(vermogens)recht.
De regeling van het primair wettelijk samenwoningsrecht is vooral opgevat als verwijswetgeving naar het primair huwelijksrecht.

3.1. PRIMAIR WETTELIJK SAMENWONINGSRECHT

707. Zoals het primair huwelijksrecht, is het primair wettelijk samenwoningsrecht van toepassing door het enkele feit van de wettelijke samenwoning (art. 1477, § 1). De samenwoners kunnen er (vooraf) niet van afwijken.

A. Persoonsrechtelijke gevolgen

708. De wettelijke samenwoning omvat geen persoonlijke rechten en plichten tussen de wettelijke samenwoners. De (huwelijkse) plichten tot samenwoning, getrouwheid en bijstand zijn niet van overeenkomstige toepassing.

B. Vermogensrechtelijke gevolgen

709. Op vermogensrechtelijk vlak worden drie regels uit het primair huwelijksrecht via verwijswetgeving van toepassing verklaard.

1/ Op de bescherming van *de voornaamste gezinswoning en het huisraad* zijn art. 215, 220, § 1 en 224, § 1, 1 van overeenkomstige toepassing (art. 1477, § 2). Zie hierover eerder Hoofdstuk X.

2/ Wat betreft de *bijdrageplicht*, wordt art. 221, 1ste lid geparafraseerd in art. 1477, § 3.
De overige leden van art. 221 zijn niet overgenomen; dit heeft tot gevolg dat buiten dringende voorlopige maatregelen om (zie verder) geen ontvangstmachtiging kan worden verleend.
Waar in art. 221 sprake is van de lasten van 'het huwelijk', verwijst art. 1477, § 3 bovendien naar de lasten van 'het samenleven' en niet, naar analogie van art. 221, de lasten van 'de wettelijke samenwoning'. Sommigen beweren daarom dat, anders dan bij het huwelijk, de bijdrageplicht vervalt zodra de samenleving feitelijk wordt stopgezet, ook al is de wettelijke samenwoning nog niet ontbonden. Zij putten hiervoor ook een argument uit art. 1477, § 4, waarin evenzeer sprake is van 'het samenleven', naar analogie van de (feitelijke) huishouding bedoeld in art. 222.
In deze opvatting zouden wettelijke samenwoners zich al te gemakkelijk aan hun plichten kunnen onttrekken. Men moet daarom aannemen dat de bijdrageplicht (bij equivalent) blijft bestaan zolang de wettelijke samenwoning niet ontbonden is.

3/ Voor de *hoofdelijke gehoudenheid* voor schulden ten behoeve van het samenleven en de kinderen die door de samenwoners worden opgevoed, parafraseert

art. 1477, § 4 art. 222. Met 'het samenleven' is hier wel de feitelijke toestand van samenleven bedoeld, zoals bij het huwelijk.

710. De *hulpplicht* is bij de wettelijke samenwoning niet aangehouden. Wegens de beweerde samenhang ervan met de bijdrageplicht, nemen sommigen aan dat de hulpplicht bij de wettelijke samenwoning volledig vervat ligt in de geregelde bijdrageplicht. Ik lichtte eerder toe dat hulp- en bijdrageplichten verschillende plichten zijn (Hoofdstuk X). Bij gebreke van wetsbepaling in die zin bestaat daarom tussen wettelijk samenwonenden geen hulpplicht.

3.2. SECUNDAIR WETTELIJK SAMENWONINGSRECHT

A. Wettelijk stelsel

711. Naar luid van art. 1478 is het 'wettelijk samenwoningsvermogensstelsel' dat van een *scheiding van goederen*. Anders dan in het secundair huwelijks(vermogens)recht is er geen gemeenschap van aanwinsten. Elk van de samenwoners behoudt eigen goederen en inkomsten (art. 1478, 1ste lid).

712. Kan geen van de samenwoners de eigendom van goederen of inkomsten bewijzen, dan ontstaat daarover een *onverdeeldheid* van gemeen recht (art. 1478, 2de lid).
Zijn of worden de samenwoners elkaars erfgenaam, dan moeten ze bovendien kunnen bewijzen hun aandeel in die onverdeeldheid met eigen gelden te hebben verworven. Anders wordt hun onverdeeld aandeel vermoed een *schenking* te zijn door de ander. Dit vermoeden speelt enkel in het voordeel van erfgenamen met een voorbehouden erfdeel (art. 1478, 3de lid), met het oog op de verdeling van de nalatenschap.
Een voorbeeld kan de werking van dit wettelijk stelsel verduidelijken. Een weduwe woont wettelijk samen met één van haar kinderen. Samen leggen zij een kunstverzameling aan, door aankopen zonder factuur met baar geld. Noch moeder noch kind kan de eigendom van de kunstwerken bewijzen. Deze zijn daarom in onverdeeldheid. Overlijdt de moeder, dan valt enkel haar onverdeelde helft van de (waarde van de) kunstwerken in haar nalatenschap – waarin de wettelijk samenwonende dochter mee gerechtigd is. De andere kinderen kunnen aanvoeren dat de onverdeelde helft van de wettelijk samenwonende dochter een schenking van de moeder is, die moet worden ingebracht en eventueel ingekort. De dochter moet het bewijs leveren dat het niet gaat om een schenking.
Het is duidelijk dat de beschreven regeling fel bekritiseerbaar is.

B. Samenwoningsvermogenscontracten

713. De wettelijke samenwoners kunnen hun vermogensverhouding ook regelen in een samenwoningsvermogenscontract, naar analogie van de huwelijksvermogenscontracten.
De samenwoningsvermogenscontracten mogen geen beding bevatten dat strijdig is met het primair wettelijk samenwoningsrecht, met de openbare orde of de goede zeden, met de regels over het ouderlijk gezag en de voogdij, of met de regels van het wettelijk erfrecht (art. 1478, 4de lid, vgl. art. 1387-88).
In een dergelijk contract zouden de wettelijke samenwoners het lot van de goederen kunnen regelen ingeval de wettelijke samenwoning eindigt door overlijden. Dit lot kunnen zij formuleren als overeenkomst te bezwarenden titel, bijvoorbeeld als kanscontract. De erfgenamen mogen wel aantonen dat het in werkelijkheid niet om een kanscontract gaat maar om voordelen om niet (schenkingen).
Het contract wordt in authentieke vorm verleden voor de notaris en wordt vermeld in het bevolkingsregister.

3.3. DRINGENDE VOORLOPIGE MAATREGELEN

714. De vrederechter kan dringende voorlopige maatregelen bevelen als de verstandhouding tussen de wettelijke samenwoners ernstig verstoord is (art. 1479). Het schuldbepaalde criterium 'grof plichtsverzuim' van art. 223, 1ste lid is hier achterwege gelaten.

715. De maatregelen kunnen betrekking hebben op de gemeenschappelijke verblijfplaats, de persoon en de goederen van de samenwonenden en van de kinderen en op de wettelijke en contractuele verplichtingen van beide samenwonenden.
De regeling is vergelijkbaar met die van art. 223.
De bescherming van de Wet *Partner*geweld II, in verband met de gemeenschappelijke verblijfplaats (Hoofdstuk X), is uitgebreid tot wettelijke samenwoners. Dat de wettelijke samenwoners als 'partners' worden beschouwd, strookt bepaald niet met de relatieneutrale opvatting van de wettelijke samenwoning van 1998.
Met 'kinderen' is bedoeld: de kinderen die door de wettelijk samenwonenden worden opgevoed (art. 1477, § 4), ook al zijn het geen gemeenschappelijke kinderen.

716. Anders dan het geval is onder art. 223, is de vrederechter in geval van wettelijke samenwoning altijd verplicht om de geldingsduur te bepalen van de maatregelen die hij oplegt. Hoe dan ook vervallen die maatregelen op de dag dat de

wettelijke samenwoning wordt beëindigd (hierover verder meer). De 'benadeelde' kan zich er dus gemakkelijk aan onttrekken.

XI.4. ONTBINDING

4.1. GRONDEN EN PROCEDURE

717. De wettelijke samenwoning kan op vier manieren eindigen (art. 1476, § 2).

1/ De wettelijke samenwoning eindigt van rechtswege door het huwelijk van (een van) de wettelijk samenwonenden (met elkaar).

2/ De wettelijke samenwoning eindigt ook van rechtswege door het overlijden.

3/ De wettelijke samenwoners kunnen hun samenwoning in onderlinge overeenstemming beëindigen. Dit gebeurt door een schriftelijke verklaring bij de ambtenaar van de burgerlijke stand (art. 1476, § 2, 2de en 3de lid). De samenwonenden hoeven het enkel eens te zijn over de beëindiging, niet over de organisatie van de nawerking. Het gaat dus om een soort (administratieve) '*divorce-faillite*'.

4/ Ten slotte kan elk van de wettelijke samenwoners de samenwoning eenzijdig beëindigen door een verklaring voor de ambtenaar van de burgerlijke stand. Deze verklaring wordt dan door de ambtenaar, maar op kosten van de samenwoner die ze aflegt, bij gerechtsdeurwaardersexploot betekend aan de andere samenwoner (art. 1476, § 2, 2de en 4de tot 6de lid).

4.2. DE GEVOLGEN

A. Algemeen

718. In de wet is de wettelijke samenwoning opgevat als organisatie van een samenleving van twee personen. Tussen de samenwoners zelf bestaat geen georganiseerde solidariteit anders dan wat betreft de kosten van de samenleving. Zoals vermeld, is geen hulpplicht aangehouden.
Om die redenen organiseert de wet evenmin een voortgezette solidariteit na beëindiging van de wettelijke samenwoning anders dan door overlijden (zie daarover verder onder B).

719. De wet organiseert wel dringende voorlopige maatregelen, die de gevolgen van de beëindiging van de wettelijke samenwoning kunnen verzachten (art. 1479, 3de lid).
Dringende voorlopige maatregelen kunnen worden bevolen na elke wijze van beëindiging van de wettelijke samenwoning. In geval van beëindiging door overlijden worden de maatregelen gevorderd tegen de erfgenamen van de vooroverledene.
De vordering moet worden ingesteld *binnen de drie maanden* na de beëindiging van de wettelijke samenwoning.
De vrederechter kan *alle maatregelen* bevelen die door de beëindiging gerechtvaardigd zijn. Het gaat om dezelfde soort maatregelen als bedoeld in art. 1479, 1ste lid.
Opnieuw moet de vrederechter de *geldingsduur* bepalen van de maatregelen die hij oplegt. Die geldingsduur mag niet langer zijn dan een jaar.

720. Tussen de (ex-)wettelijke samenwoners kunnen daarnaast betwistingen rijzen die niet via dringende voorlopige maatregelen op te lossen vallen. Het gaat bijvoorbeeld om betwistingen over de eigendom van het huisraad. Deze geschillen worden volgens de gemeenrechtelijke regels beslecht. Er is geen bijzondere rechtspleging op van toepassing.

721. Ten slotte kan het aangewezen zijn de nawerking van de wettelijke samenwoning ruimer te bepalen dan voorzien is in art. 1479. Zo zou het na een samenwoning van tientallen jaren waarbij één samenwonende zich (economisch) ten dienste stelde van de andere, onbillijk zijn dat maar voor één jaar een maandelijkse 'reclasseringsvergoeding' kan worden toegekend. Een ruimere nawerking kan daarom worden gevorderd op andere, gemeenrechtelijke gronden. Ik kom hierop terug in het volgende hoofdstuk.

B. Ontbinding door overlijden

722. In geval van ontbinding door overlijden komt aan de overlevende wettelijke samenwoner een wettelijk, maar geen voorbehouden, erfrecht toe met betrekking tot de voornaamste gezinswoning (art. 745*octies*, § 1):
- had de vooroverledene een eigendomsrecht op die woning, dan komt aan de langstlevende het vruchtgebruik erop toe, alsook het vruchtgebruik op het daarin aanwezige huisraad;
- werd die woning gehuurd, dan komt het recht op de huur toe aan de langstlevende, die ook een vruchtgebruik op het huisraad krijgt.

Geen erfrecht komt toe aan de langstlevende wettelijke samenwoner die een afstammeling is van de vooroverledene: de gelijkheid tussen de kinderen mocht

niet in gevaar worden gebracht. Dit bezwaar gold niet ten opzichte van andere wettelijke erfgenamen zonder voorbehouden erfdeel.
Bij gebreke van erfrechten met betrekking tot de voornaamste gezinswoning kan de langstlevende uiteraard wel dringende voorlopige maatregelen vorderen die hem moeten toelaten nog een jaar in die woning te verblijven (hierboven onder A).

723. Daarnaast kan de overlevende wettelijke samenwoner ook bevoordeeld zijn via schenking, testament of 'samenwoningsvermogenscontract'.

724. Aan de behoeftige overlevende wettelijke samenwoner is geen onderhoudsvordering ten laste van de nalatenschap van de vooroverledene toegekend; dit is logisch bij gebreke van hulpplicht bij leven.

725. Er weze herinnerd aan de beperkte verplichting tot levensonderhoud van de nalatenschap aan de behoeftige bloedverwanten in de opgaande lijn (art. 205*bis*, § 2 waarover Hoofdstuk VII, 6) en aan de beperkte verplichting tot levensonderhoud die op de overlevende stiefouder rust (art. 203, § 2, waarover Hoofdstuk VII.3.3.C).

HOOFDSTUK XII.
FEITELIJKE SAMENWONING

Inhoud

XII.1. Situering en historiek 293

XII.2. Inhoud van het bestaan van de feitelijke samenwoning 296
2.1. Persoonsrechtelijke inhoud 297
2.2. Vermogensrechtelijke inhoud 297
2.3. Tegenstelbaarheid 298
2.4. Dringende voorlopige maatregelen 298

XII.3. Gevolgen van het einde van de feitelijke samenwoning 298

C. Castelein en A. Maelfait, *Ongehuwd samenwonen*, Mechelen, Kluwer, 2003 – J. Gerlo, "Een, twee of drie tweerelaties?", *E.J.* 2005, 68-69 – A. Heyvaert, "Gehuwd? Och ja, inderdaad die wonen samen. De vervanging van het huwelijk door de samenwoning als scharnier van het gezinsrecht", in W. Pintens (ed.), *Liber amicorum Roger Dillemans*, Antwerpen, Story, 1997, I, 157 – A. Heyvaert, "Civielrechtelijke aspecten van gezinnen zonder huwelijk", *T.P.R.* 1985, 21-88 – W.M. Schrama, De niet-huwelijkse samenleving in het Nederlandse en Duitse recht (Proefschrift Universiteit Utrecht), *Ars Notariatus* nr. 122, Deventer, Kluwer, 2004 – N. Verheyden-Jeanmart, "Le ménage de fait", in *R.P.D.B.*, Complément VIII – X, *Des concubinages. Droit interne, droit international, droit comparé*, Parijs, Litec, 2002 – X, *Ongehuwd samenwonen*, Antwerpen, Kluwer, 1996.

XII.1. SITUERING EN HISTORIEK

726. De feitelijke samenwoning is, ruim gezien, de sociojuridische verhouding die bestaat tussen personen die samenleven en een gezamenlijke huishouding voeren buiten het kader van het huwelijk of de wettelijke samenwoning. De inhoud van die verhouding wordt deels door of krachtens de wet en deels door de samenwoners zelf bepaald.

727. Heel lang is in ons recht geen aandacht besteed aan de feitelijke samenwoning die het huwelijk als voorgeschreven relatievorm niet in gevaar bracht, bij-

voorbeeld die tussen partners van hetzelfde geslacht of tussen meer dan twee personen zonder partnerrelatie zoals kloostergemeenschappen en communes. Het recht negeerde deze huishoudens door er voordelen noch nadelen aan te verbinden.

728. Veel meer aandacht is gegaan naar de feitelijke samenwoning die het huwelijk wel in gevaar bracht. Ongehuwde partners van ongelijk geslacht behoorden niet feitelijk te gaan samenwonen maar in het huwelijk te treden. Nog erger was het gesteld in geval van het zogenaamde overspelige concubinaat, waar één of beide feitelijk samenwonende partners gehuwd was met een ander dan de samenwonende partner.
Het recht negeerde deze huishoudens niet maar bejegende ze negatief. Het Hof van Cassatie is heel lang van oordeel geweest dat de partners binnen een feitelijke samenwoning hieruit geen wettig belang kon putten om er jegens elkaar of tegenover derden aanspraken op te baseren.[248]
Wat betreft het *niet-overspelige concubinaat* is het Hof van Cassatie op die *a priori*-stelling teruggekomen in een arrest van 26 juni 1967, hoewel rechters nog wel *a posteriori* (seksuele) betrekkingen tussen ongehuwde partners als ongeoorloofd konden beoordelen.[249]
Na de Afstammingswet 1987 en het verlies hierdoor van de monopoliepositie van het huwelijk als gezinsvorm is hierin ook een kentering gekomen wat betreft het *overspelige concubinaat*. De derde die aansprakelijk is voor het overlijden van een overspelige concubant, kan zich bijvoorbeeld tegenover diens feitelijk samenwonende partner niet beroepen op het ongeoorloofde karakter van het overspel.[250] Het beroep daarop komt enkel toe aan de echtgenoot. De derde kan dus gehouden zijn een schadevergoeding te betalen aan de overlevende samenwoner.

729. In het algemeen wordt de feitelijke samenwoning, ongeacht van welke aard of van welke omvang, nu niet meer als ongeoorloofd aangevoeld. Integendeel, de verschillende behandeling van geïnstitutionaliseerde samenwoningsvormen (huwelijk en wettelijke samenwoning) en de feitelijke samenwoning wordt steeds meer in vraag gesteld.
Enerzijds maken feitelijke samenwoners aanspraak op beschermingsmaatregelen die enkel toekomen aan die geïnstitutionaliseerde samenwoningsvormen.[251]

---

248 Cass. 21 april 1958, *Pas.* 1958, I, 921.

249 Cass. 26 juni 1967, *Arr.Cass.* 1966-67, 1299.

250 Cass. 1 februari 1989, *Pas.* 1989, I, 582, advies R. Declercq en Cass. 15 februari 1990, *R.W.* 1990-91, 339, noot.

251 Grondwettelijk Hof nr. 54/2004, 24 maart 2004, *R.W.* 2003-04, 1685 in verband met het recht op bewoning en Cass. 17 november 2003, *R.W.* 2004-05, 386, noot, *RABG* 2004, 859, noot G. Maes in verband met de lijfrente voor de overlevende echtgenote na overlijden door arbeidsongeval.

Anderzijds willen de betrokkenen in die laatste samenwoningsvormen af van beperkingen die gelden voor hen maar niet voor feitelijke samenwoners.[252]

730. Bestaat er tussen feitelijke samenwoners een levensgemeenschap die voldoende lijkt op deze tussen 'geïnstitutionaliseerde samenwoners', dan moet hun feitelijke samenwoning op grond van art. 8 Verdrag Mensenrechten als gezinsleven beschermd worden.
Deze beschermwaardigheid gaat niet zover dat er op alle vlakken dezelfde bescherming aan moet toekomen als aan het huwelijk en de wettelijke samenwoning.[253]
Er mag geen onderscheid worden gemaakt tussen heteroseksuele en homoseksuele levensgemeenschappen.

731. Of een bepaalde bescherming van huwelijk (en wettelijke samenwoning) moet worden uitgebreid tot de feitelijke samenwoning, hangt af van de mate van vergelijkbaarheid en van het normdoel.
Heeft de betrokken regeling tot doel een *instituut* te regelen, heeft zij tot doel de *samenwoning* te regelen of richt zij zich tot *relaties* (typologie van W. Schrama)?
Afhankelijk van het antwoord op die vraag kunnen de verschillende relatierechtelijke situaties op elkaar worden afgestemd.
Naargelang het normdoel zal meer resp. minder doorslaggevend zijn hoe sterk het engagement is dat 'gezinsleden' jegens elkaar opnamen – en ook hoe gemakkelijk ze daaraan kunnen ontsnappen.

732. Huwelijk en wettelijke samenwoning zijn 'meetbaar' aan de hand van een verklaring die de echtgenoten resp. samenwoners aflegden bij de ambtenaar van de burgerlijke stand. De feitelijke samenwoning is minder goed 'meetbaar'[254], zeker als voor de toepassing van een regel relevant is of de samenwoners samen een huishouden voeren, een levensgemeenschap vormen of een partnerrelatie met elkaar hebben. De wetgeving bevat ter zake heel uiteenlopende aanknopingspunten, bijvoorbeeld:
- partner (art. 9, § 4 Wet Patiëntenrechten);
- feitelijk samenwonende partner (art. 14, § 2 Wet Patiëntenrechten);
- persoon met wie iemand een feitelijk gezin vormt (art. 488*bis*, b), § 3 en 909);
- personen die geen verwanten zijn van elkaar en die op een permanente en affectieve wijze samenwonen sedert ten minste drie jaar op het tijdstip van de indiening van het verzoek (art. 343, § 1, b);

252 Bijvoorbeeld Grondwettelijk Hof nr. 185/2002, 11 december 2002, www.const-court.be, r.o. B7-9 in verband met de fiscale discriminatie van gehuwden.
253 Hof Mensenrechten (Plen.), nr. 6833/74, 13 juni 1979, Marckx t. België, www.echr.coe.int, § 67; Cass. 17 november 2003, *R.W.* 2004-05, 386, noot, *RABG* 2004, 859, noot G. Maes.
254 Zie ook Grondwettelijk Hof, nr. 116/2007, 19 september 2007, www.const-court.be, B.4.2.

– persoon met wie iemand samenleeft of samengeleefd heeft en een duurzame affectieve en seksuele relatie heeft of gehad heeft (Wet Partnergeweld I – art. 410 Sw.).

Een bijzonder probleem bij de uitwerking van een algemene wettelijke (*a priori*-) bescherming van de feitelijke samenwoning is daarom hoe het aanknopingspunt daarvan zou moeten worden geformuleerd.

Neemt men aan dat de genoemde bescherming, als verhouding van staat, tegenstelbaar is aan de andere deelnemers aan het rechtsverkeer, dan mag de rechtszekerheid niet vergeten worden. Doorgaans wordt rechtszekerheid immers bereikt door registratie en publiciteit.

733. Ten slotte is in verband met de bejegening van de feitelijke samenwoning nog van belang dat er een recht is om niet gehuwd te zijn[255], en bij uitbreiding: vrij te zijn van dwingende relatierechtelijke regels. Die regels moeten daarom tot een minimum worden beperkt en er moet een afdoende rechtvaardiging voor bestaan.

In recente rechtsleer wordt doorgaans als enige rechtvaardiging aangevoerd, de aanwezigheid van kinderen in de feitelijke relatie. Naar mijn oordeel komen ook 'horizontale' redenen in aanmerking, bijvoorbeeld als één van de partners zijn beroepsactiviteiten stopzet of vermindert ten behoeve van de (onderneming of familie van de) andere.

734. De (on)wenselijkheid van een dwingende gezinsrechtelijke regeling doet er niet aan af dat in vele belendende rechtstakken de feitelijke samenwoning al als aanknopingspunt wordt gebruikt, naast en soms in plaats van de huwelijkse of de wettelijke samenwoning. In Vlaanderen worden feitelijke samenwoners bijvoorbeeld voor de tarieven van de successierechten voordelig als gehuwden behandeld (art. 48 W.Succ.).

XII.2. INHOUD VAN HET BESTAAN VAN DE FEITELIJKE SAMENWONING

735. Er bestaan geen wettelijke grond- of vormvoorwaarden om een feitelijke samenwoning aan te gaan. Wellicht moet men geschikt en bekwaam zijn om zijn woon- of verblijfplaats te bepalen.

---

255 Cf. Hof Mensenrechten (Kamer), nr. 18535/91, 27 oktober 1994, Kroon t. Nederland, www.echr.coe.int, § 38.

736. Of aan de feitelijke samenwoning ook (bepaalde) rechtsgevolgen worden gehecht, hangt met name af van de wil om een levensgemeenschap aan te gaan met degene(n) met wie men een huishouden vormt.

2.1. PERSOONSRECHTELIJKE INHOUD

737. Uit de feitelijke samenwoning ontstaan geen persoonlijke rechten en plichten door of krachtens de wet.

De samenwoners kunnen in de regel over persoonlijke rechten en plichten ook niet contracteren, minstens niet onbeperkt in tijd en omvang. Zo kunnen zij zich niet contractueel tot getrouwheid verplichten of schadevergoeding bij overspel bedingen. De menselijke persoon is buiten de handel. Uiteraard kunnen samenwoners wel de vermogensrechtelijke gevolgen van hun persoonlijke levensgemeenschap organiseren.

2.2. VERMOGENSRECHTELIJKE INHOUD

738. De samenwoners kunnen bij overeenkomst de nodige goederen- en verbintenisrechtelijke aspecten van hun samenwoning regelen.

In verband met hun goederen kan het bijvoorbeeld zinvol zijn om een burgerlijke vennootschap op te richten, de verdelingsregels van hun onverdeeldheden vast te leggen, elkaar de nodige rechten (bij testament) toe te kennen enzovoort.

Hiernaast kunnen zij naar wens de vermogensrechtelijke rechten en plichten uit het primair of secundair huwelijks- of wettelijk samenwoningsrecht overnemen. Zo kunnen zij contractueel overeenkomen dat de hulp- en bijdrageplichten van toepassing zullen zijn.

739. Bij gebreke van overeenkomst is het gemene recht van toepassing.

Wat de goederen betreft, geeft art. 1478 dit recht in grote lijnen weer, behalve dan wat betreft het vermoeden van schenking.

Hiernaast neemt een overwegend deel van rechtspraak en rechtsleer aan dat de bijdrageplicht en hoofdelijke gehoudenheid tijdens de samenwoning gelden, op grond van een stilzwijgende overeenkomst of nog op grond van een natuurlijke verbintenis hiertoe. Een hulpplicht tussen feitelijke samenwoners wordt, zonder overeenkomst in die zin, maar zelden aanvaard.

2.3. TEGENSTELBAARHEID

740. De feitelijke samenwoning is geen instituut of wettelijke regeling die abstract de rechtstoestand van de samenwoners bepaalt. De inhoud ervan, zoals mee vormgegeven door de samenwoners zelf, is maar binnen de grenzen van art. 1165-1167 tegenstelbaar aan derden. De feitelijke samenwoning is, vooralsnog, geen verhouding van staat (*nuptias consensus, non concubitus facit*).

741. Andersom wordt soms wel aanvaard dat derden zich tegen de samenwoners op bepalingen uit het geïnstitutionaliseerde relatierecht kunnen beroepen, zoals de hoofdelijke gehoudenheid voor huishoudelijke schulden. Wat maakt het bijvoorbeeld de bakker uit of de verjaardagstaart nu wordt besteld voor de echtgenoot, de wettelijk samenwonende partner of de feitelijk samenwonende partner. De bestelling gebeurt voor een huishouden. Op grond van de vertrouwensleer mag hij de partner aanspreken als hij hem gehuwd of wettelijk samenwonend dacht te zijn.

2.4. DRINGENDE VOORLOPIGE MAATREGELEN

742. Er is geen bijzondere regeling voor dringende voorlopige maatregelen tussen feitelijk samenwonenden. Het Grondwettelijk Hof vindt het gebrek daaraan ten opzichte van wettelijk samenwonenden alvast niet discriminatoir. Het merkt de feitelijke samenwoning daartoe aan als een verschillende situatie van de wettelijke samenwoning. De verschillende behandeling die daaruit voortvloeit, heeft geen onevenredige gevolgen. Ook voor feitelijk samenwonenden bestaat in geval van moeilijkheden toegang tot een rechter, zij het de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg op grond van de gemeenrechtelijke kortgedingprocedure.[256]

XII.3. GEVOLGEN VAN HET EINDE VAN DE FEITELIJKE SAMENWONING

743. De feitelijke samenwoning eindigt door overlijden, door een beslissing in onderlinge overeenstemming of door een eenzijdige beslissing.

744. De wet regelt niet de eventuele nawerking van de feitelijke samenwoning. De gemeenrechtelijke regels zijn hierop van toepassing.

---

256 Grondwettelijk Hof nr. 24/2002, 23 januari 2002, www.const-court.be.

745. In geval van behoefte als gevolg van afspraken die tussen de samenwoners werden gemaakt over de organisatie van hun huishouden, wordt soms op verschillende gronden wel een (quasi-)onderhoudsuitkering voor beperkte duur opgelegd. Die moet de onderhoudsplichtige toelaten een nieuwe bron van sociale zekerheid te vinden.

746. *Rechterlijke toekenning* van een uitkering wordt in hoofdzaak op drie gronden gebaseerd.

1/ Soms wordt een uitkering toegekend op grond van het aansprakelijkheidsrecht, tenminste als de beëindiging van de samenwoning op foutieve wijze gebeurt en hieruit schade voortvloeit voor de onderhoudsgerechtigde.

2/ Een tweede grondslag is de natuurlijke verbintenis. Gedurende een feitelijke samenwoning ontstaat tussen de samenwoners een zekere lotsverbondenheid. Die betreft ten eerste de respectieve bijdragen in de lasten van de samenwoning, waarvoor elk van de samenwoners op de andere rekent. Ten tweede kan de afspraak van de samenwoners over de bijdrage hierop neerkomen dat één samenwoner alle kosten betaalt terwijl de ander zijn professionele loopbaan laat schieten ten voordele van het huishouden, de kinderen of de professionele loopbaan van de andere. In zo een geval bestaat in feite een hulpplicht. De rechtspraak neemt aan dat de juist beschreven verschaffing van bestaanszekerheid de vorm aanneemt van een natuurlijke verbintenis als de samenwoning voldoende stabiel is naar duur gemeten. Deze verbintenis blijft na de beëindiging van de samenwoning bestaan voor een overbruggingsperiode waarvan de duur afhangt van de stabiliteit van de samenwoning en de reclasseringsmogelijkheden.

3/ Nog anderen verwijzen rechtstreeks naar de (stilzwijgende) samenlevingsovereenkomst, voor de beëindiging waarvan een redelijke opzegtermijn in acht moet worden genomen.

747. Toekenning van een uitkering is ook mogelijk bij *overeenkomst*, die vóór of na de beëindiging van de samenwoning kan worden aangegaan.