ALGEMENE PRAKTISCHE RECHTSVERZAMELING

AFSTAMMING

G. VERSCHELDEN

Assistent Vakgroep Burgerlijk Recht
Universiteit Gent

2004

story scientia

E. Story-Scientia

In deze verhandeling is de stof bijgehouden tot 1 januari 2004.

10382552

ISBN 90 5928 548 4
D 2004 2664 314

© 2004, Kluwer uitgevers
Ragheno Business Park
Motstraat 30
B-2800 Mechelen
Tel.: 0800/14500 (gratis oproepnummer)
www.kluwer.be

Behoudens de uitdrukkelijk bij Wet bepaalde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvuldigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, op welke wijze ook, zonder de uitdrukkelijke voorafgaande en schriftelijke toestemming van de uitgever.

Inhoud

		Blz.
INHOUD		V
AFKORTINGEN EN CITEERWIJZEN		XXVII
LIJST VAN VERKORT GECITEERDE LITERATUUR		XXIX
LITERATUURLIJST		XXXI
		Nrs.
DEEL I	**ALGEMENE INLEIDING**	1-84
TITEL I	**INLEIDENDE BESCHOUWINGEN**	1-24
Hfdst. I	**POSITIONERING VAN DIT WERK IN DE DOCTRINE – VERDUIDELIJKING VAN HET OPZET**	1-5
Hfdst. II	**TERMINOLOGIE**	6-18
Afd. I	HET BEGRIP "AFSTAMMING"	7-9
Afd. II	BLOEDVERWANTSCHAP EN AANVERWANTSCHAP	10-12
Afd. III	OUDERSCHAP EN KINDEREN	13-18
Hfdst. III	**BELANG VAN EEN JURIDISCH VASTGESTELDE AFSTAMMINGSBAND**	19-22
Hfdst. IV	**AFSTAMMINGSRECHT ALS PRIVAATRECHT VAN OPENBARE ORDE**	23-24
TITEL II	**HISTORIEK VAN HET BELGISCH AFSTAMMINGSRECHT**	25-30
TITEL III	**AFSTAMMINGSRECHT VANUIT HET PERSPECTIEF VAN HET INTERNATIONAAL (VERDRAGS)RECHT**	31-59
Hfdst. I	**MENSENRECHTEN: HET EUROPEES VERDRAG TOT BESCHERMING VAN DE RECHTEN VAN DE MENS (E.V.R.M.)**	33-52
Afd. I	BELGISCH AFSTAMMINGS- EN ERFRECHT BEOORDEELD DOOR HET EUROPEES HOF VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS	35-38
	§ 1. Arrest Marckx	35-36
	§ 2. Arrest Vermeire	37
	§ 3. Zaak Verryt	38
Afd. II	HET HOF VAN CASSATIE EN DE ARTIKELEN 8 EN 14 E.V.R.M.	39-52

§ 1. Directe werking inzake erfrecht als gevolg van de afstamming 42-44
§ 2. Geen directe werking van positieve verplichtingen inzake de vaststelling van de afstamming 45-49
A. Wettelijk vereiste machtiging tot erkenning van een overspelig kind 45
B. (Oude) vervaltermijn voor het instellen van een vordering tot inroeping van staat 46-49
1. Onderzoek naar het moederschap 46
2. Onderzoek naar het vaderschap 47-49
§ 3. Analyse en conclusie 50-52

Hfdst. II KINDERRECHTEN: HET INTERNATIONAAL VERDRAG INZAKE DE RECHTEN VAN HET KIND (I.V.R.K.) 53-56

Hfdst. III ANDERE VERDRAGEN 57-59

TITEL IV AFSTAMMINGSRECHT IN HET LICHT VAN HET BELGISCH GRONDWETTELIJK GELIJKHEIDS- EN NON-DISCRIMINATIEBEGINSEL (ART. 10-11 G.W.) 60-80

Hfdst. I SITUERING 60-63

Hfdst. II GEVOLGEN VAN EEN ARREST VAN HET ARBITRAGEHOF GEWEZEN OP PREJUDICIËLE VRAAG 64-68

Hfdst. III ARRESTEN VAN HET ARBITRAGEHOF IN AFSTAMMINGSZAKEN 69-80

Afd. I OVERZICHT 69-70

Afd. II BEPERKTE DOORWERKING VAN HET OUDE ERFRECHT BIJ WIJZE VAN OVERGANGSMAATREGEL 71-80
§ 1. Erfrecht van een niet-erkend buitenhuwelijks kind 73-74
§ 2. Erfrecht van een overspelig kind *a patre* 75-76
§ 3. Synthese 77-80
A. De nalatenschap is opengevallen vóór 13 juni 1979 78
B. De nalatenschap is opengevallen in de periode vanaf 13 juni 1979, maar vóór 6 juni 1987 79
C. De nalatenschap is opengevallen na 6 juni 1987 80

TITEL V NAAR EEN GLOBALE HERVORMING VAN HET AFSTAMMINGSRECHT 81-84

DEEL II VASTSTELLING VAN DE AFSTAMMING 85-770

INLEIDING 85-87

TITEL I VASTSTELLING VAN DE AFSTAMMING LANGS MOEDERSZIJDE 88-236

ALGEMEEN: DRIE VASTSTELLINGSWIJZEN 88

PLAN 89-90

Hfdst. I **VERMELDING VAN DE NAAM VAN DE MOEDER IN DE GEBOORTEAKTE** 91-115

Afd. I MATER SEMPER CERTA EST 91-105
§ 1. De vaststaande afstamming langs moederszijde 91-98
A. Verplichting tot vermelding van de naam van de moeder in de geboorteakte 91-93
B. Opmaak van een geboorteakte voor een levend geboren kind 94-98
1. Wettelijke regeling 94-95
2. Lacune in de wetgeving i.v.m. niet levensvatbaar geboren kinderen 96-98
§ 2. Geen afstammingsband voor doodgeboren kinderen 99-100
§ 3. Anonieme bevalling 101-105
A. Mogelijkheden in het buitenland – Verbod in België 102
B. Rechtsgevolgen in België van een anonieme bevalling in het buitenland 103-105

Afd. II OVERGANGSRECHT 106-115
§ 1. Algemeen 106-108
§ 2. Statuut van het buitenhuwelijks kind dat vóór de inwerkingtreding van de Afstammingswet door zijn moeder werd geadopteerd ("regulariserende adoptie") 109-111
§ 3. Gewettigde kinderen 112
§ 4. Bevallingskosten 113-115

Hfdst. II **ERKENNING DOOR EEN VROUW** 116-144

Afd. I BEGRIPSBEPALING 116

Afd. II GRONDVOORWAARDEN 117-126
§ 1. De naam van de moeder is niet in de geboorteakte vermeld 117-122
A. Toepassingsgevallen 118-119
B. Overgangsrecht 120-122
§ 2. Afwezigheid van toestemmingsvereisten 123-126
A. Wettelijke regeling 123
B. Strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel 124-126

Afd. III VORMVEREISTEN 127-129
§ 1. Een authentieke akte, maar geen testament 127
§ 2. Vermeldingen in de akte en formaliteiten nadien 128-129
A. Vermeldingen in de erkenningsakte 128
B. Kantmelding in de geboorteakte 129

Afd. IV MODALITEITEN 130-140
§ 1. Erkenning door een vrouw die het kind niet heeft gebaard 130
§ 2. Erkenning door een onbekwame vrouw (art. 328 eerste lid B.W.) 131
§ 3. Erkenning van een verwekt kind vóór de geboorte: prenatale erkenning (art. 328 tweede lid B.W.) 132-134
§ 4. Erkenning van een overleden kind: postmortale (postume) erkenning (art. 328 tweede lid B.W.) 135
§ 5. Erkenning van een reeds erkend kind – Opeenvolgende erkenningen (art. 329 B.W.) 136
§ 6. Erkenning van een kind waarvan het moederschap reeds gerechtelijk is vastgesteld 137-138
§ 7. Erkenning van een geadopteerd of te adopteren kind 139-140

Afd. V VERTEGENWOORDIGING VAN DE ERKENNENDE VROUW 141

Afd. VI KOSTEN I.V.M. DE OPMAAK VAN DE ERKENNINGSAKTE 142

Afd. VII UITWERKING – PUBLICITEIT 143-144

Hfdst. III GERECHTELIJKE VASTSTELLING VAN HET MOEDERSCHAP 145-209

Afd. I BEGRIPSOMSCHRIJVING 145

Afd. II GRONDVOORWAARDEN 146-148
§ 1. Juridische grondslag: artikel 314 eerste lid B.W. 146-147
§ 2. Overgangsrecht 148

Afd. III BEWIJSREGELING 149-159
§ 1. Bewijs door bezit van staat 150-153
A. De notie "bezit van staat" 150
B. Vereisten 151-152
C. Draagwijdte 153
§ 2. Bewijs en tegenbewijs door alle wettelijke middelen 154-156
A. Bewijs van de bevalling 154-155
B. Bewijsmiddelen 156
§ 3. Overgangsrecht 157-159
A. Er was op 6 juni 1987 een vordering tot gerechtelijke vaststelling van het moederschap hangende 157
B. Er bestond op 6 juni 1987 al een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke beslissing die de vordering tot onderzoek naar het moederschap heeft afgewezen 158
C. Er was op 6 juni 1987 nog geen vordering ingesteld 159

Afd. IV PROCEDURE 160-209
§ 1. Titularissen van de vordering 160-168
A. Het kind of diens afstammelingen 162-164
B. De ouders van het kind 165-167
C. Overgangsrecht 168
§ 2. Termijn om de vordering in te stellen (art. 331*ter* B.W.) 169-179
A. Dertigjarige verjaringstermijn 170-171
B. Overgangsrecht 172-179
1. Onderzoek naar het moederschap binnen het huwelijk 175-176
a. Het vroegere recht 175
b. Overgangsregeling 176
2. Onderzoek naar het moederschap buiten het huwelijk 177-179
a. Het vroegere recht 177
b. Overgangsregeling 178-179
(i) Onderscheid naargelang de toelaatbaarheid van de vordering onder het vroegere recht 178
(ii) Verschil in behandeling tussen huwelijkse en buitenhuwelijkse kinderen 179
§ 3. Partijen in het geding 180-183
§ 4. Vertegenwoordiging van de procespartijen (art. 331*sexies* B.W.) 184-188
§ 5. Bevoegde rechtbank 189-192
A. Ratione materiae 190
B. Ratione loci 191-192
§ 6. Wijze waarop het geding wordt ingeleid 193-195
§ 7. Gerechtskosten 196
§ 8. Rechtsmiddelen 197-199

§ 9. Uitwerking van de beslissing 200-208
A. Principes 200-202
B. Overgangsrecht 203-208
1. Er was op 6 juni 1987 nog geen vordering tot gerechtelijke vaststelling van moederschap ingeleid of de rechterlijke beslissing, gewezen krachtens het vroegere recht, was op die datum nog niet in kracht van gewijsde getreden 203-204
2. Er bestond op 6 juni 1987 een in kracht van gewijsde getreden rechterlijke beslissing, gewezen krachtens het vroegere recht 205-208
§ 10. Bekendmaking van de rechterlijke beslissing in de registers van de burgerlijke stand 209

Hfdst. IV VASTSTELLING VAN DE AFSTAMMING TEN AANZIEN VAN EEN OVERSPELIGE VROUW 210-229

INLEIDING 210-211

Afd. I MATER SEMPER CERTA EST 212

Afd. II ERKENNING 213-227
§ 1. Mededelingsverplichting (art. 313 § 3 B.W.) 213-222
A. Toepassingsgebied van de beschermingsregeling 213-216
B. Wijze waarop de mededeling geschiedt 217-221
1. Kennisgeving 218
2. Betekening 219-220
3. Overgangsrecht 221
C. Tegenwerpelijkheid van de erkenning na de mededeling 222
§ 2. Sanctie bij niet-mededeling 223-225
A. Relatieve niet-tegenwerpelijkheid van de erkenning 223
B. Erfrechtelijke consequenties 224-225
§ 3. Overgangsrecht 226-227

Afd. III GERECHTELIJKE VASTSTELLING VAN HET MOEDERSCHAP 228-229

Hfdst. V VASTSTELLING VAN DE AFSTAMMING LANGS MOEDERSZIJDE WAARUIT EEN HUWELIJKSBELETSEL BLIJKT 230-236

INLEIDING 230

Afd. I MATER SEMPER CERTA EST 231

Afd. II ERKENNING DOOR EEN VROUW 232-234

Afd. III GERECHTELIJKE VASTSTELLING VAN HET MOEDERSCHAP 235-236

TITEL II VASTSTELLING VAN DE AFSTAMMING LANGS VADERSZIJDE 237-770

ALGEMEEN: DRIE VASTSTELLINGSWIJZEN 237

Hfdst. I AFSTAMMING LANGS VADERSZIJDE BINNEN HET HUWELIJK 238-281

Afd. I DE VADERSCHAPSREGEL (ART. 315 B.W.) 238-270
§ 1. Grondslag 239-240

§ 2. Actuele draagwijdte 241-243
§ 3. Juridische kwalificatie 244-245
§ 4. Toepassingsgebied 246-255
A. Algemeen 246-248
B. Berekening en aanvangsdag van de termijn van 300 dagen 249-253
1. Berekening 249
2. Aanvangsdag 250-253
a. Het huwelijk is ontbonden door overlijden of nietigverklaard 250
b. Het huwelijk is ontbonden door echtscheiding 251-253
C. Ontoelaatbaarheid van de prenatale erkenning door de echtgenoot van de moeder 254
D. Overgangsrecht 255
§ 5. Confrontatie met het gelijkheidsbeginsel 256
§ 6. Vermoedens (art. 326 B.W.) 257-270
A. Tijdvak van de verwekking 258-261
B. Meest gunstige tijdstip: *Omni meliore momento* 262-266
C. Toepassingsgebied van art. 326 B.W. 267-269
D. Overgangsrecht 270

Afd. II UITZONDERING OP DE TOEPASSELIJKHEID VAN DE VADERSCHAPSREGEL: AFWEZIGHEID (ART. 316 B.W.) 271-275

Afd. III VADERSCHAPSCONFLICTEN 276-281
§ 1. Opeenvolgende huwelijken van de moeder (art. 317 B.W.) 277-279
§ 2. Bigamie in hoofde van de moeder 280-281

Hfdst. II AFSTAMMING LANGS VADERSZIJDE BUITEN HET HUWELIJK 282-770

ALGEMEEN: TWEE VASTSTELLINGSWIJZEN 282-285

PLAN 286

Afd. I ERKENNING DOOR EEN MAN 287-456
§ 1. Begripsbepaling 287
§ 2. Grondvoorwaarden 288-313
A. Een juridische grondslag: artikel 319 § 1 B.W. of artikel 320 B.W. 291-292
B. Wettelijk vereiste toestemming van kind en/of moeder 293-313
1. Ontstaansgeschiedenis – Ratio – Draagwijdte 293-295
2. Wettelijke regeling 296-312
a. Het kind is meerderjarig of ontvoogd (art. 319 § 2 B.W.) 297-302
b. Het kind is een niet-ontvoogde minderjarige wiens moeder bekend en in leven is en in de mogelijkheid verkeert haar wil te uiten (art. 319 § 3 eerste en tweede lid B.W.) 303-307
c. Het kind is een niet-ontvoogde minderjarige wiens moeder onbekend is, overleden is of in de onmogelijkheid verkeert haar wil te uiten (art. 319 § 4 B.W.) 308-312
3. Overgangsrecht 313
§ 3. Verhaal bij de rechter na toestemmingsweigering van de moeder of het niet-ontvoogd minderjarig kind dat de volle leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt 314-323
A. Rechtspleging voor de vrederechter (art. 319 § 3 derde lid B.W.) 316-318

B. Rechtspleging voor de rechtbank van eerste aanleg (art. 319 § 3 vierde lid B.W.) 319-323
§ 4. Artikel 319 B.W. in het licht van het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel 324-342
A. Verenigbaarheid van artikel 319 § 2 B.W. met het gelijkheidsbeginsel (Arbitragehof nr. 112/2002, 26 juni 2002) 324-327
B. (On)verenigbaarheid van artikel 319 § 3 B.W. met het gelijkheidsbeginsel 328-341
1. Ongrondwettigheid van de door artikel 319 § 3 eerste lid B.W. vereiste toestemming van de moeder (Arbitragehof nr. 39/90, 21 december 1990) 329-331
2. Verduidelijking van de draagwijdte van de ongrondwettigheid en koppeling aan de rol van de rechtbank (Arbitragehof nr. 63/92, 8 oktober 1992) 332-335
3. Grondwettigheid van de door artikel 319 § 3 tweede lid B.W. vereiste toestemming van het kind dat de volle leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt en het opportuniteitsoordeel van de rechtbank (Arbitragehof nr. 36/96, 6 juni 1996) 336-338
4. Ongrondwettigheid van de in artikel 319 § 3 eerste lid B.W. voorziene beperking van de mogelijkheid te weigeren in te stemmen met de erkenning van een kind jonger dan vijftien jaar tot de moeder – Grondwettigheid van het in artikel 319 § 3 [vierde] lid B.W. voorziene opportuniteitsoordeel van de rechtbank na een verzoek tot erkenning van een kind jonger dan vijftien jaar (Arbitragehof nr. 66/2003, 14 mei 2003) 339-341
C. Ongrondwettigheid van het opportuniteitsoordeel van de rechtbank voorzien in artikel 319 § 4 vijfde lid B.W. (Arbitragehof nr. 62/94, 14 juli 1994) 342
§ 5. Gevolgen van de rechtspraak van het Arbitragehof 343-369
A. Voor de ambtenaar van de burgerlijke stand en voor de notaris 344-346
B. Voor de vrederechter 347-350
1. De moeder betwist het biologisch vaderschap van de aspirant-erkenner 348
2. De moeder betwist het biologisch vaderschap van de aspirant-erkenner niet, maar verzet zich tegen de erkenning om opportuniteitsredenen 349-350
C. Voor de rechtbank van eerste aanleg en het hof van beroep 351-369
1. Situatie na de arresten van 21 december 1990, 8 oktober 1992 en 6 juni 1996 352-358
a. Verduidelijking van de gevolgen 352-353
b. Illustraties in de rechtspraak 354-357
c. Synthese 358
2. Ommekeer ingevolge het arrest van het Arbitragehof d.d. 14 mei 2003 359-369
a. Verduidelijking van de gevolgen 359-362
b. Herleving van de rechtspraak uit de periode 1987-1990 363-368
c. Algemene synthese 368-369
§ 6. Vormvereisten 370-387
A. Een authentieke akte, maar geen testament 370-384
1. Erkenning in de geboorteakte 375-377
2. Erkenning in een afzonderlijke akte, opgemaakt door de ambtenaar van de burgerlijke stand 378-379
3. Erkenning bij notariële akte, met uitsluiting van het testament 380-384
B. Personen die een erkenningsakte kunnen opmaken 385-387

§ 7. Modaliteiten 388-411
A. Erkenning door een man die niet de biologische vader van het kind is 388
B. Erkenning door een onbekwame man (art. 328 eerste lid B.W.) 389
C. Erkenning van een verwekt kind vóór de geboorte: prenatale erkenning (art. 328 tweede lid B.W.) 390-397
1. Toelaatbaarheid 390-394
2. Overgangsrecht 395
3. Gevolgen 396-397
D. Erkenning van een overleden kind: postmortale (postume) erkenning (art. 328 tweede lid B.W.) 398-402
1. Toelaatbaarheid 398-401
a. Erkenning van een levend en levensvatbaar geboren, maar nadien overleden kind is mogelijk 398-400
b. Erkenning van een dood of niet-levensvatbaar geboren kind is niet mogelijk 401
2. Overgangsrecht 402
E. Erkenning van een reeds erkend kind – Opeenvolgende erkenningen (art. 329 B.W.) 403-408
1. Toelaatbaarheid 403-407
2. Overgangsrecht 408
F. Erkenning van een kind waarvan het vaderschap reeds gerechtelijk is vastgesteld 409
G. Erkenning van een geadopteerd of te adopteren kind 410-411
§ 8. Procedure 412-436
A. Erkenning met de door de wet vereiste toestemmingen 412-413
B. Erkenning zonder een door de wet vereiste toestemming 414-436
1. Procedure voor de vrederechter 415-422
a. Gedinginleidend stuk: een verzoekschrift op tegenspraak 415
b. Geen rolrecht 416
c. Procedureverloop 417-422
2. Procedure voor de rechtbank van eerste aanleg 423-435
a. Procedureverloop 423-428
b. Gerechtskosten – Rechtsmiddelen 429-433
c. Uitwerking van de beslissing – Formaliteiten nadien 434-435
3. Erkenning voor een bevoegd ambtenaar 436
§ 9. Vertegenwoordiging 437-446
A. Vertegenwoordiging van de erkenner 437-439
B. Vertegenwoordiging van de moeder 440-441
C. Vertegenwoordiging van het te erkennen kind 442-446
1. Bij de opmaak van een erkenningsakte door de ambtenaar van de burgerlijke stand of de notaris 442-443
2. In het geding voor de vrederechter en de rechtbank van eerste aanleg 444-446
a. Het kind is jonger dan vijftien jaar 445
b. Het kind heeft de volle leeftijd van vijftien jaar bereikt 446
§ 10. Kosten 447-448
A. Kosten verbonden aan de opmaak van een erkenningsakte 447
B. Kosten van het geding o.g.v. artikel 319 § 3 derde en vierde lid B.W. 448
§ 11. Uitwerking van een erkenning 449-452
A. Declaratief karakter 449-450
B. Beperkte uitwerking van een erkenning zonder voorafgaande toestemming(en) (art. 319 § 4 B.W.) 451-452
§ 12. Publiciteit 453-456

Afd. II GERECHTELIJKE VASTSTELLING VAN HET VADERSCHAP 457-600
§ 1. Begripsomschrijving 457
§ 2. Grondvoorwaarde 458-462
A. Een juridische grondslag: artikel 322 eerste lid of artikel 323 B.W. 458-461
B. Overgangsrecht 462
§ 3. Recht van verzet 463-472
A. Titularissen 464
B. Uitwerking: absolute of relatieve grond van ontoelaatbaarheid 465-471
1. De vordering is ingesteld door de moeder 467-468
2. De vordering is ingesteld door het kind 469-470
3. De vordering is ingesteld door de echtgenoot-vader 471
C. (On)verenigbaarheid met het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel 472
§ 4. Bewijsregeling (art. 324 B.W.) 473-514
A. Bewijs door bezit van staat t.a.v. de vermeende vader 474-477
1. Vereisten voor deugdelijk bezit van staat 475-476
2. Draagwijdte 477
B. Bewijs door alle wettelijke middelen 478-505
1. Overzicht van de toegelaten wettelijke bewijsmiddelen 479-481
2. Het meest waarheidsgetrouwe bewijsmiddel: een deskundigenonderzoek bevolen o.g.v. artikel 331*octies* B.W. 482-505
a. Toestemming tot een deskundigenonderzoek 484-491
(i) Minderjarigen 484-485
(ii) Andere onbekwamen 486-489
(iii) Comateuze patiënten 490
(iv) Overledenen 491
b. Rechtsgevolgen van de weigering om een deskundigenonderzoek te ondergaan 492-501
(i) Het verbod van dwanguitvoering tegen de persoon 496
(ii) Een feitelijk vermoeden (van vaderschap) 497-501
c. Dwangsom 502-505
C. Bewijs door een vermoeden van vaderschap wegens geslachtsgemeenschap met de moeder gedurende het wettelijk tijdperk van de verwekking 506-511
1. Gemeenschap gedurende het wettelijk tijdperk van de verwekking 507
2. Draagwijdte: een vermoeden *juris tantum* 508
3. Twijfel 509-511
D. Overgangsrecht 512-514
1. Er was op 6 juni 1987 een vordering tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap hangende 512
2. Er bestond op 6 juni 1987 al een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke beslissing die de vordering tot onderzoek naar het vaderschap heeft afgewezen 513
3. Er was op 6 juni 1987 nog geen vordering ingesteld 514
§ 5. Procedureregels 515-575
A. Titularissen van de vordering (art. 332*ter* eerste en tweede lid B.W.) 515-530
1. Het kind of diens afstammelingen 517-522
a. Het kind is nog in leven 517
b. Het kind is overleden 518-522
(i) Inleiding van de vordering door zijn afstammelingen 518
(ii) Voortzetting van de vordering door erfgenamen 519-522
2. De ouders van het kind 523-528

a. De moeder 524
b. De (ex-)echtgenoot van de moeder 525
c. De beweerde vader 526-528
3. Overgangsrecht 529-530
B. Termijn (art. 331*ter* B.W.) 531-544
1. Juridische aard 532-534
2. Vertrekpunt 535-538
a. De dag waarop het kind de staat die hij inroept is ontzegd 536-537
b. Nooit vóór de geboorte 538
3. Overgangsrecht 539-544
a. Verschillend regime naargelang de toelaatbaarheid van de vordering onder het oude recht 540-543
(i) Toelaatbare vorderingen 540
(ii) Ontoelaatbare vorderingen 541-543
b. (On)verenigbaarheid van artikel 341*b* tweede en derde lid (oud) B.W. met het E.V.R.M. en de Grondwet 544
C. Partijen in het geding (art. 332*ter* derde lid B.W.) 545-549
D. Vertegenwoordiging van de procespartijen 550-561
1. Toepassingsgebied van artikel 331*sexies* B.W. 551-556
a. Wat dient begrepen te worden onder "de geesteszieke"? 552-553
b. Wat wordt bedoeld met "gedingen betreffende hun afstamming"? 554-556
2. Aanwijzing van een voogd *ad hoc* 557-561
a. Tegenstrijdigheid van belangen: appreciatie *in concreto* 557-560
b. Procedurele aspecten van de aanwijzing 561
E. Bevoegde rechtbank 562-565
1. *Ratione materiae* 563
2. *Ratione loci* 564-565
F. Wijze waarop het geding wordt ingeleid 566-569
G. Gerechtskosten 570-571
H. Rechtsmiddelen 572-575
§ 6. Uitwerking van het vonnis 576-592
A. Declaratief karakter 577-578
B. Schorsende kracht van de voorziening in cassatie 579
C. Patrimoniale gevolgen 580-586
1. Onderhoudsplicht 581
2. Erfrecht 582-586
D. Overgangsrecht 587-592
1. Er was op 6 juni 1987 nog geen vordering tot gerechtelijke vaststelling van vaderschap ingeleid of de rechterlijke beslissing, gewezen krachtens het vroegere recht, was op die datum nog niet in kracht van gewijsde getreden 588-589
2. Er bestond op 6 juni 1987 een in kracht van gewijsde getreden rechterlijke beslissing, gewezen krachtens het vroegere recht 590-592
§ 7. Publiciteit 593-600
A. Mededeling aan het Openbaar Ministerie 594-597
B. Toezending aan de ambtenaar van de burgerlijke stand 598-599
C. Overschrijving in de registers en kantmelding 600

Afd. III VASTSTELLING VAN DE AFSTAMMING LANGS VADERSZIJDE VAN EEN IN OVERSPEL VERWEKT KIND 601-757
§ 1. Erkenning door een man 601-740
A. Overzicht 601

B. Machtiging tot erkenning van een kind verwekt door een andere man dan de echtgenoot van de moeder (overspelig kind *a matre*) 602-677
1. Ratio – Ontstaansgeschiedenis – Draagwijdte 602-604
2. Toepassingsgebied: artikel 320 B.W. 605-634
a. Grond van ontoelaatbaarheid: bezit van staat t.a.v. de echtgenoot van de moeder 607-608
b. Vier gevallen waarin de rechtbank machtiging tot erkenning kan verlenen 609-631
(i) Het kind is geboren ten minste 180 dagen na de ontbinding of de nietigverklaring van het huwelijk van de moeder (art. 320, 1° B.W.) 613-614
(ii) Het kind is verwekt nadat een vordering tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed is ingeleid (art. 320, 2° B.W.) 615-617
(iii) Het kind is verwekt nadat de vrederechter de echtgenoten gemachtigd heeft om afzonderlijk te verblijven (art. 320, 3° B.W.) 618-622
(iv) Het kind is verwekt na de feitelijke scheiding van de echtgenoten die gevolgd werd door een echtscheiding (art. 320, 4° B.W.) 623-631
c. Overgangsrecht 632-634
(i) Het verzoek tot machtiging is bij de rechtbank ingediend vóór 6 juni 1987 633
(ii) Het verzoek tot machtiging is op 6 juni 1987 of op latere datum ingediend 634
3. Taak van de rechtbank 635-637
4. Modaliteiten 638-644
a. Machtiging tot erkenning van een verwekt, maar nog niet geboren kind 638-642
b. Machtiging tot erkenning van een overleden kind 643-644
5. Procedureregels 645-674
a. Personen die om machtiging kunnen verzoeken 645
b. Afwezigheid van termijn 646
c. Partijen in de procedure tot het bekomen van machtiging 647-649
d. Vertegenwoordiging van de procespartijen 650-651
e. Bevoegde rechtbank 652-654
f. Wijze waarop het verzoek tot machtiging wordt ingeleid 655-662
(i) Controverse i.v.m. de toelaatbaarheid van het eenzijdig verzoekschrift 657-660
(ii) Conclusie 661-662
g. Procedureverloop 663-666
(i) Inleiding bij eenzijdig verzoekschrift 664-665
(ii) Inleiding bij dagvaarding of vrijwillige verschijning 666
h. Gerechtskosten 667-668
i. Rechtsmiddelen 669-674
(i) Na inleiding bij eenzijdig verzoekschrift 669-671
(ii) Na inleiding bij dagvaarding of vrijwillige verschijning 672-674
6. Uitwerking van de beslissing die de machtiging verleent – Formaliteiten nadien 675-676
7. Geen overschrijving in de registers van de burgerlijke stand 677
C. Kennisgeving van de erkenning door de ambtenaar van de burgerlijke stand aan de echtgeno(o)t(e) van de erkenner (overspelig kind *a patre*) 678-680

D. Homologatie van de erkenning door een gehuwd man van een kind dat verwekt is bij een andere vrouw dan zijn echtgenote (overspelig kind *a patre*) 681-726
1. Ontstaansgeschiedenis – Ratio – Draagwijdte 681-684
2. Toepassingsgebied: artikel 319*bis* B.W. 685-687
3. Taak van de rechtbank 688-690
4. Modaliteiten 691-695
a. Homologatie van de erkenningsakte m.b.t. een verwekt, maar nog niet geboren kind 691-694
(i) Toelaatbaarheid 691-692
(ii) Gevolgen 693-694
b. Homologatie van de erkenningsakte m.b.t. een overleden kind 695
5. Procedureregels 696-713
a. Personen die het homologatieverzoek kunnen indienen 696-697
b. Afwezigheid van termijn 698
c. Partijen in het geding 699-700
d. Vertegenwoordiging van de procespartijen 701-703
e. Bevoegde rechtbank 704-706
f. Wijze waarop het homologatieverzoek wordt ingeleid 707
g. Procedureverloop 708-709
h. Gerechtskosten 710
i. Rechtsmiddelen 711-713
6. Formaliteiten na de homologatie 714-720
a. Betekening van het homologatievonnis 714-715
b. Randmelding van het homologatievonnis in de erkenningsakte 716-719
c. Geen toepassing van artikel 333 B.W. 720
7. Gevolgen van de gehomologeerde erkenning (art. 319*bis* vierde lid B.W.) 721-723
a. Definitief karakter na randmelding van het homologatievonnis in de erkenningsakte 721-722
b. Uitwerking vanaf de geboorte van het kind 723
8. Overgangsrecht 724-726
E. Cumul van procedures m.b.t. de erkenning van overspelige kinderen (art. 319 § 2 of 3, art. 319*bis* en art. 320 B.W.) 727-740
1. Erkenning met de door de wet vereiste toestemmingen 728-734
a. Samenloop van machtiging en toestemming (art. 320 en art. 319 §§ 2-3 B.W.) 729
b. Samenloop van toestemming en homologatie (art. 319 §§ 2-3 en art. 319*bis* B.W.): probleem van intrekking van de gegeven toestemming tijdens de homologatieprocedure 730
c. Samenloop van machtiging en homologatie (art. 320 en 319*bis* B.W.) 731-734
2. Erkenning na toestemmingsweigering 735-740
a. Samenloop van machtiging en toestemmingsweigering tot erkenning (art. 320 en art. 319 § 3 derde-vierde lid B.W.) 737-738
b. Samenloop van toestemmingsweigering tot erkenning en homologatie (art. 319 § 3 derde-vierde lid en art. 319*bis* B.W.) 739
c. Samenloop van machtiging, toestemmingsweigering en homologatie (art. 320, art. 319 § 3 derde-vierde lid en art. 319*bis* B.W.) 740
§ 2. Gerechtelijke vaststelling van het vaderschap 741-757
Overzicht 741

A. Het kind is verwekt door een andere man dan de echtgenoot van de moeder (overspelig kind *a matre*) 742-747
1. Juridische grondslag: artikel 323 *juncto* artikel 320 B.W. 742-744
2. Recht van verzet tegen de gerechtelijke vaststelling (Arbitragehof nr. 104/98, 21 oktober 1998) 745-747
B. Het kind is verwekt door een gehuwd man (overspelig kind *a patre*) 748-752
1. Verplichting tot betekening van het vonnis (art. 322 tweede lid B.W.) 748-749
2. Sanctie bij gebrek aan (vereiste) betekening: relatieve niet-tegenwerpelijkheid van het vonnis 750-752
C. Termijn voor het instellen van de vordering – Overgangsrecht 753-757
1. Situering van de problematiek 753-754
2. Oplossing in de rechtspraak (Cass. 19 september 1997) 755-757

Afd. IV VASTSTELLING VAN DE AFSTAMMING LANGS VADERSZIJDE WAARUIT EEN HUWELIJKSBELETSEL BLIJKT 758-770
§ 1. Erkenning door een man 758-768
A. Wettelijke regeling: verbod tot erkenning van een bloedschennig kind (art. 321 B.W.) 758-763
1. Ratio 761
2. Concrete gevolgen 762-763
B. (On)verenigbaarheid met het verdragsrecht (art. 8-14 E.V.R.M. en art. 7.1 I.V.R.K.) 764-765
C. (On)verenigbaarheid met het gelijkheidsbeginsel (Arbitragehof nr. 169/2003, 17 december 2003) 766-768
§ 2. Gerechtelijke vaststelling van het vaderschap 769-770

DEEL III BETWISTING VAN DE AFSTAMMING 771-1166

ALGEMEEN 771-775

TITEL I BETWISTING VAN DE AFSTAMMING LANGS MOEDERSZIJDE 776-824

INLEIDING 776-777

Hfdst. I BETWISTING VAN HET MOEDERSCHAP DAT BLIJKT UIT DE GEBOORTEAKTE 778-793

Afd. I BEWIJS 779-780
§ 1. Bewijs dat de moeder niet van het kind bevallen is 779
§ 2. Bewijslevering door alle wettelijke middelen 780

Afd. II GROND VAN NIET-ONTVANKELIJKHEID: BEZIT VAN STAAT 781-783

Afd. III PROCEDUREREGELS 784-790
§ 1. Titularissen van de vordering 784-785
§ 2. Partijen in het geding 786-787
§ 3. Bevoegde rechtbank en wijze van gedinginleiding 788-789
§ 4. Gerechtskosten 790

Afd. IV TOEPASSINGSGEVALLEN 791-792

Afd. V OVERGANGSRECHT 793

Hfdst. II BETWISTING VAN EEN MOEDERLIJKE ERKENNING 794-816

Afd. I ONTVANKELIJKHEIDSVOORWAARDEN 794-804
§ 1. Algemeen: afwezigheid van bezit van staat t.a.v. de erkennende vrouw 794-800
§ 2. Bijzondere voorwaarde voor een betwisting door de erkennende vrouw zelf: een wilsgebrek 801-804
A. Het bewezen wilsgebrek als ontvankelijkheidsvoorwaarde, losstaand van de gegrondheid van de vordering 802
B. Wilsgebreken en hun mogelijke toepassingsgevallen 803-804

Afd. II VOORWAARDE VOOR DE GEGRONDHEID VAN DE VORDERING 805-808
§ 1. Het bewijs dat de erkennende vrouw niet van het kind bevallen is 805-806
§ 2. Bewijslevering door alle wettelijke middelen 807
§ 3. Geen toetsing van het belang van het kind 808

Afd. III BIJZONDERE PROCEDUREREGELS 809-812
§ 1. Titularissen van de vordering 809
§ 2. Termijn 810
§ 3. Partijen in het geding 811-812

Afd. IV OVERGANGSRECHT 813-816
§ 1. De betwistingsvordering werd ingesteld vóór 6 juni 1987 815
§ 2. De betwistingsvordering was op 6 juni 1987 nog niet ingesteld 816

Hfdst. III BETWISTING VAN HET GERECHTELIJK VASTGESTELD MOEDERSCHAP 817-824

Afd. I GEEN WETTELIJKE ONONTVANKELIJKHEIDSGROND 818

Afd. II BIJZONDERE PROCEDUREREGELS 819-823
§ 1. Titularissen van de vordering 819
§ 2. Termijn 820
§ 3. Partijen in het geding 821
§ 4. Bevoegde rechter en wijze van gedinginleiding 822-823

Afd. III GEVOLGEN VAN EEN SUCCESVOLLE BETWISTING VAN HET GERECHTELIJK VASTGESTELD MOEDERSCHAP NA DERDENVERZET 824

TITEL II BETWISTING VAN DE AFSTAMMING LANGS VADERSZIJDE 825-1166

Hfdst. I BETWISTING VAN HET VADERSCHAP VAN DE ECHTGENOOT 825-1016

Afd. I TWEE RECHTSTREEKSE WIJZEN VAN BETWISTING (ART. 318 B.W.) 827-876
§ 1. Betwisting door tegenbewijs (art. 318 §§ 1 en 2 B.W.) 828-834
A. Rechtstreeks bewijs van niet-vaderschap d.m.v. een deskundigenonderzoek 829-830
B. Onrechtstreeks bewijs van niet-vaderschap 831-832
C. Hiërarchie onder de bewijsmiddelen: het door de rechter bevolen deskundigenonderzoek primeert 833-834
§ 2. Betwisting door eenvoudige verklaring (art. 318 §§ 1 en 3 B.W.) 835-870
A. Twee bijzondere gronden van ontoelaatbaarheid 837-844

1. Bezit van staat ten aanzien van beide echtgenoten 839-841
2. Feitelijke hereniging van de echtgenoten ten tijde van de verwekking 842-844
B. Vijf gevallen waarin het vaderschap van de echtgenoot op eenvoudige verklaring kan worden betwist 845-866
1. Het kind is verwekt nadat een vordering tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed is ingeleid (art. 318 § 3 eerste lid, 1° B.W.) 846-850
a. Drie subhypotheses 846-847
b. Gronden van verval van de betwistingsmogelijkheid 848-849
c. Overgangsrecht 850
2. Het kind is verwekt na de feitelijke scheiding van de echtgenoten die gevolgd werd door een echtscheiding (art. 318 § 3 eerste lid 2° B.W.) 851-857
a. Situering en bewijs 851-853
b. Discriminatoir karakter van art. 318 § 3 eerste lid 2° B.W. 854-857
3. Het kind is verwekt nadat de vrederechter de echtgenoten gemachtigd heeft afzonderlijk te verblijven (art. 318 § 3 eerste lid 3° B.W.) 858-861
4. Het kind is door de echtgenote erkend of haar moederschap is gerechtelijk vastgesteld (art. 318 § 3 eerste lid 4° B.W.) 862-863
5. De echtgenoot betwist zijn vaderschap alvorens de afstamming langs moederszijde vaststaat (art. 318 § 3 eerste lid 5° B.W.) 864-866
C. Het verweer tegen de betwisting op eenvoudige verklaring: bewijs van het vaderschap (art. 318 § 3 tweede lid B.W.) 867-868
D. Consequenties van de afwijzing van de betwistingsvordering op eenvoudige verklaring 869-870
§ 3. Ontvankelijkheidsvereisten 871-872
A. Een levensvatbaar geboren kind (art. 331*bis* B.W.) 871
B. Geen toestemming van de echtgenoot tot kunstmatige inseminatie of tot een andere daad die de voortplanting tot doel had (art. 318 § 4 B.W.) 872
§ 4. Overgangsrecht 873-876
A. De vordering is op 6 juni 1987 nog niet afgedaan door een in kracht van gewijsde gegane beslissing 874-875
B. De vordering is vóór 6 juni 1987 afgedaan door een in kracht van gewijsde gegane beslissing 876

Afd. II PROCEDUREREGELS VOOR DE VORDERING TOT BETWISTING VAN HET VADERSCHAP 877-1005
§ 1. Titularissen van het betwistingsrecht (art. 332 eerste-derde lid B.W.) 878-907
A. Opsomming 878-894
1. De echtgenoot 881
2. Ascendenten en descendenten van de echtgenoot (na diens overlijden) 882-885
3. De vorige echtgenoot 886
4. De moeder 887
5. Het meerderjarig kind 888-894
a. Uitsluiting van het minderjarig (vertegenwoordigd) kind 889-890
b. Bijzondere onontvankelijkheidsgrond: de echtgenoot heeft het kind altijd als het zijne opgevoed 891-894
B. Uitsluiting van de biologische vader: verenigbaarheid met het gelijkheidsbeginsel 895-900

C. Geen andere titularissen inzake de betwisting van het vaderschap van de gewezen echtgenoot na ontbinding van het huwelijk door echtscheiding of nietigverklaring van het huwelijk 901-902
D. Overgangsrecht 903-907
1. De vordering tot ontkenning van het vaderschap werd definitief beslecht vóór 6 juni 1987 904
2. De vordering tot ontkenning van vaderschap werd ingesteld vóór 6 juni 1987 en is nog hangende 905
3. Er is nog geen rechtsvordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot ingesteld 906-907
§ 2. Termijnen (art. 332 vierde en vijfde lid B.W.) 908-946
A. Juridische aard 909-916
1. Vervaltermijnen 910-912
2. Openbare orde-karakter 913-916
B. Duur en vertrekpunt 917-940
1. Vordering van de echtgenoot of de vorige echtgenoot 917-931
a. Inleiding binnen het jaar na de geboorte of de ontdekking ervan 917-920
b. Toetsing aan het gelijkheidsbeginsel, het non-discriminatiebeginsel en de bescherming van het privé- en gezinsleven 921-924
c. Mogelijkheden tot verlenging van de vervaltermijn voor de (gewezen) echtgenoot 925-929
d. Jurisprudentiële invulling van het tijdstip van de ontdekking van de geboorte 930-931
2. Vordering van de ascendenten of descendenten van de echtgenoot (na diens overlijden) 932
3. Vordering van de moeder 933
4. Vordering van het kind 934-935
5. Schematisch overzicht 936
6. Verenigbaarheid met het gelijkheidsbeginsel 937-940
a. Geen discriminatie van de echtgenoot t.o.v. het kind 937
b. Geen discriminatie van de moeder t.o.v. kind 938
c. Discriminatie van de echtgenoot t.o.v. de moeder? 939-940
C. Berekeningswijze 941-942
D. Overgangsrecht 943-946
§ 3. Partijen in het geding 947-952
A. Personen die in het geding moeten worden geroepen (art. 332 zesde lid B.W.) 947-950
B. Personen die door de rechtbank in het geding kunnen worden geroepen (art. 331*decies* tweede lid B.W.) 951
C. Vrijwillige tussenkomst van derden 952
§ 4. Vertegenwoordiging van de procespartijen (art. 331*sexies* B.W.) 953-972
A. Draagwijdte van art. 331*sexies* B.W. 954-955
B. Vertegenwoording van de verweerder 956-962
1. Eerste hypothese: de betwistingsvordering wordt ingeleid door de echtgenoot-vader 957-958
2. Tweede hypothese: de betwistingsvordering wordt ingeleid door de moeder 959-962
C. Vertegenwoordiging van de eiser 963-964
D. Aanwijzing van een voogd *ad hoc* 965-970
1. Procedure 965-969
2. Rol 970
E. Procedureproblemen wanneer een vertegenwoordiger niet verschijnt 971-972
§ 5. Bevoegde rechtbank 973-986
A. *Ratione materiae* 973-978

1. Bevoegdheid van de rechtbank van eerste aanleg 973
2. Prejudiciële geschillen 974-978
a. Toepassingsgevallen 975-976
b. Procedure 977-978
B. *Ratione loci* 979-986
1. Juridisch karakter van de territoriale bevoegdheidsregel 980-982
2. Begrip "woonplaats van het kind" 983-986
§ 6. Wijze waarop het geding wordt ingeleid 987-992
§ 7. Gerechtskosten 993-996
§ 8. Rechtsmiddelen 997-999
§ 9. Uitwerking van de beslissing 1000-1002
§ 10. Bekendmaking van de beslissing in de registers van de burgerlijke stand 1003-1005

Afd. III DRIE ONRECHTSTREEKSE WIJZEN VAN BETWISTING 1006-1016
§ 1. Betwisting van het moederschap 1006
§ 2. Erkenning via artikel 320 B.W. 1007-1015
A. Verduidelijking van de techniek 1007
B. Toelaatbaarheid 1008-1010
C. Overgangsrecht 1011-1015
1. Het kind is erkend vóór 6 juni 1987 1012
2. Het kind is op 6 juni 1987 nog niet erkend 1013-1014
3. Het kind is erkend na 6 juni 1987 1015
§ 3. Gerechtelijke vaststelling van het vaderschap o.g.v. artikel 323 B.W. 1016

Hfdst. II BETWISTING VAN EEN VADERLIJKE ERKENNING 1017-1158

INLEIDING 1017-1020

Afd. I GEMEENRECHTELIJKE BETWISTING VAN DE ERKENNING (ART. 330 B.W.) 1021-1128
§ 1. Ontvankelijkheidsvoorwaarden 1022-1056
A. Algemene ontvankelijkheidsvoorwaarden 1023-1037
1. Afwezigheid van bezit van staat t.a.v. de erkennende man (art. 330 § 2 tweede lid B.W.) 1023-1036
a. Bezit van staat overeenkomstig artikel 331*nonies* B.W. 1025-1033
(i) Voldoende betekenisvolle elementen 1028
(ii) Voortdurend karakter 1029
(iii) Convergerende elementen – Ondubbelzinnig karakter 1030-1033
b. Ontoelaatbaarheidsgrond voor elke vordering tot betwisting van een erkenning 1034-1036
2. Een levensvatbaar geboren kind (art. 331*bis* B.W.) 1037
B. Bijzondere ontvankelijkheidsvoorwaarde voor de erkennende man zelf en degenen die tot de erkenning hebben toegestemd: een wilsgebrek (art. 330 § 1 tweede lid B.W.) 1038-1056
1. Betwisting door de erkenner zelf 1038-1054
a. Een bewezen wilsgebrek is een ontvankelijkheidsvoorwaarde 1039-1041
b. Een bewezen wilsgebrek leidt niet automatisch tot het tenietdoen van de erkenning 1042-1046
(i) Controverse 1043-1044
(ii) Relativering van de discussie: correlatie tussen het bewijs van dwaling en bedrog en het bewijs van niet-vaderschap 1045-1046

c. Wilsgebreken en hun toepassingsgevallen in de rechtspraak 1047-1053
(i) Totale afwezigheid van toestemming 1048
(ii) Dwaling 1049-1050
(iii) Bedrog 1051
(iv) Geweld 1052-1053
d. Synthese 1054
2. Betwisting door degenen die tot de erkenning hebben toegestemd 1055-1056
§ 2. Voorwaarde voor de gegrondheid van de vordering: het bewijs van niet-vaderschap 1057-1064
A. Bewijs door alle wettelijke middelen 1057-1058
B. Invulling door de rechtspraak 1059-1064
1. Rechtstreeks bewijs van niet-vaderschap d.m.v. een deskundigenonderzoek 1060-1062
2. Onrechtstreeks bewijs van niet-vaderschap 1063-1064
§ 3. Geen toetsing van het belang van het kind 1065-1068
§ 4. Procedureregels 1069-1120
A. Titularissen van de vordering 1069-1086
1. Wettelijke regeling (art. 330 § 1 eerste en derde lid B.W.) 1069-1074
a. "Iedere belanghebbende": een louter vermogensrechtelijk belang volstaat 1069-1071
b. Uitsluiting van bepaalde categorieën personen 1072-1074
2. Invulling van het begrip "belanghebbende" door de rechtspraak 1075-1086
a. Grootouders 1077
b. Ooms en tantes 1078
c. Andere bloedverwanten van het kind 1079
d. De beweerde biologische vader 1080
e. Het meerderjarig kind zelf 1081
f. Het Openbaar Ministerie 1082-1086
B. Termijn 1087-1088
1. Principe: dertig jaar vanaf de opmaak van de erkenningsakte 1087
2. Overgangsrecht 1088
C. Partijen in het geding 1089-1093
D. Vertegenwoordiging van de procespartijen 1094-1105
1. Vertegenwoording van de verweerder 1097-1102
a. Eerste hypothese: de betwistingsvordering wordt ingeleid door de erkenner 1098
b. Tweede hypothese: de betwistinsgvordering wordt ingeleid door de moeder 1099
c. Derde hypothese: de betwistingsvordering wordt door een andere persoon dan een ouder van het kind ingeleid 1100-1102
2. Vertegenwoordiging van de eiser 1103-1105
E. Bevoegde rechtbank 1106
F. Wijze van gedinginleiding 1107-1109
G. Gerechtskosten 1110-1113
H. Rechtsmiddelen 1114-1116
I. Uitwerking van de beslissing 1117-1119
J. Bekendmaking in de registers van de burgerlijke stand 1120
§ 5. Overgangsrecht 1121-1128
A. De vordering tot betwisting van de erkenning was reeds ingeleid vóór 6 juni 1987 1124
B. De betwistingsvordering was op 6 juni 1987 nog niet ingeleid 1125-1128
1. De vordering werd minder dan een jaar te rekenen vanaf 6 juni 1987 ingesteld 1126
2. De vordering werd ingesteld na 5 juni 1988 1127-1128

Afd. II NIETIGVERKLARING VAN DE ERKENNING IN DE BIJZONDERE HYPOTHESE VAN ARTIKEL 319 § 4 B.W. 1129-1155
§ 1. Toepassingsgebied 1129-1132
A. Erkenning door een man o.g.v. artikel 319 § 4 B.W. zonder toestemming(en) 1129
B. Kennisgeving of betekening 1130-1132
§ 2. Bezit van staat t.a.v. de erkenner is geen onontvankelijkheidsgrond 1133
§ 3. Procedureregels 1134-1146
A. Titularissen van de vordering 1134-1137
B. Termijn 1138-1139
C. Partijen in het geding 1140-1141
D. Vertegenwoordiging 1142
E. Bevoegde rechtbank 1143
F. Wijze van gedinginleiding en procedureverloop 1144-1146
§ 4. Voorwaarde voor de gegrondheid van de vordering: het bewijs van niet-vaderschap 1147-1149
§ 5. Geen toetsing aan het belang van het kind 1150-1153
A. Wettelijke regeling: artikel 319 § 4 vijfde lid B.W. 1150
B. Strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel (Arbitragehof nr. 62/94, 14 juli 1994) 1151
C. Conclusie 1152-1153
§ 6. Gerechtskosten – Rechtsmiddelen – Uitwerking van de beslissing 1154
§ 7. Bekendmaking in de registers van de burgerlijke stand 1155

Afd. III NIETIGVERKLARING VAN EEN (SCHIJN)ERKENNING WEGENS WETSONTDUIKING 1156-1158
§ 1. Situering van de problematiek 1156-1157
A. Het fenomeen "schijnerkenning" 1156
B. Het concept "wetsontduiking" 1157
§ 2. Toepassing in de rechtspraak 1158

Hfdst. III BETWISTING VAN HET GERECHTELIJK VASTGESTELD VADERSCHAP 1159-1166

Afd. I GEEN WETTELIJKE ONONTVANKELIJKHEIDSGROND 1160

Afd. II BIJZONDERE PROCEDUREREGELS 1161-1165
§ 1. Titularissen van de vordering 1161
§ 2. Termijn 1162
§ 3. Partijen in het geding 1163
§ 4. Bevoegde rechter en wijze van gedinginleiding 1164-1165

Afd. III GEVOLGEN VAN EEN SUCCESVOLLE BETWISTING VAN HET GERECHTELIJK VASTGESTELD VADERSCHAP NA DERDENVERZET 1166

DEEL IV VASTSTELLING EN BETWISTING VAN DE AFSTAMMING NA ARTIFICIËLE PROCREATIE 1167-1334

INLEIDING 1167-1183
§ 1. Artificiële procreatie en afstamming 1167-1170
§ 2. Het geoorloofd karakter van medisch begeleide voortplanting: enkel als remedie of ook als alternatief? 1171-1172
§ 3. Gebruik van donorgameten – Beschikking over embryo's 1173-1178
A. Algemeen 1173-1174

B. Anonimaat van de donor *versus* het recht van het kind op genetische informatie 1175-1178
§ 4. Fragmentair wettelijk kader 1179-1183

PLAN 1184-1185

TITEL I KUNSTMATIGE INSEMINATIE 1186-1242

Hfdst. I BEGRIPSOMSCHRIJVING 1186-1187

Hfdst. II AFSTAMMING VAN MOEDERSZIJDE 1188-1193

Afd. I VASTSTELLING VAN DE AFSTAMMING 1188-1190

Afd. II BETWISTING VAN DE AFSTAMMING 1191-1193

Hfdst. III AFSTAMMING VAN VADERSZIJDE 1194-1242

Afd. I VASTSTELLING VAN DE AFSTAMMING 1194-1222
§ 1. Binnen het huwelijk: kunstmatige inseminatie van een gehuwde vrouw 1194-1208
A. Homologe kunstmatige inseminatie (K.I.E.) 1194-1195
B. Heterologe kunstmatige inseminatie (K.I.D.) 1196-1197
C. Kunstmatige inseminatie na het overlijden van de echtgenoot 1198-1208
1. Het kind wordt geboren binnen de 300 dagen na het overlijden van de echtgenoot 1200
2. Het kind wordt geboren meer dan 300 dagen na het overlijden van de echtgenoot 1201-1208
a. Geen toepassing van de vaderschapsregel 1202-1203
b. Erkenning of gerechtelijke vaststelling van het vaderschap 1204-1208
(i) K.I.E. *post mortem* 1205-1206
(ii) K.I.D. *post mortem* 1207-1208
§ 2. Buiten het huwelijk: kunstmatige inseminatie van een vrouw die niet gehuwd is (met de biologische vader) 1209-1222
A. Homologe kunstmatige inseminatie (K.I.P.) 1210-1213
1. Erkenning door een man 1210-1212
2. Gerechtelijke vaststelling van vaderschap 1213
B. Heterologe kunstmatige inseminatie (K.I.D.) 1214-1221
1. Erkenning door een man 1215-1217
a. Erkenning door de donor 1215
b. Erkenning door een andere man 1216-1217
2. Gerechtelijke vaststelling van vaderschap 1218-1221
a. Onderzoek naar het vaderschap van de donor 1218-1220
b. Onderzoek naar het vaderschap van een andere man 1221
C. Kunstmatige inseminatie *post mortem* 1222

Afd. II BETWISTING VAN DE AFSTAMMING 1223-1242
§ 1. Betwisting van het vaderschap van de echtgenoot 1223-1238
A. Ontvankelijkheidsvereisten 1223-1238
1. Een levensvatbaar geboren kind (art. 331*bis* B.W.) 1223
2. Geen toestemming van de echtgenoot tot kunstmatige inseminatie of tot een andere daad die de voortplanting tot doel had (art. 318 § 4 B.W.) 1224-1238
a. Toepassingsvoorwaarden voor artikel 318 § 4 B.W. 1225-1237

(i) Huwelijk van de moeder 1226-1227
(ii) Kunstmatige inseminatie of een andere daad die de voortplanting tot doel had 1228-1229
(iii) Bewezen toestemming van de echtgenoot 1230-1234
(iv) Uitzondering 1235-1237
b. Gevolgen van de toepassing van artikel 318 § 4 B.W. 1238
§ 2. Betwisting van een vaderlijke erkenning 1239-1241
§ 3. Betwisting van het gerechtelijk vastgesteld vaderschap 1242

TITEL II IN-VITROFERTILISATIE EN EMBRYOTRANSFER 1243-1265

Hfdst. I OMSCHRIJVING VAN DE BEGRIPPEN 1243-1246

Hfdst. II AFSTAMMING VAN MOEDERSZIJDE 1247-1253

Afd. I VASTSTELLING VAN DE AFSTAMMING 1247-1249

Afd. II BETWISTING VAN DE AFSTAMMING 1250-1253
§ 1. Homologe I.V.F. en heterologe I.V.F. met spermadonatie 1251
§ 2. Heterologe I.V.F. met eicel- of embryodonatie 1252-1253

Hfdst. III AFSTAMMING VAN VADERSZIJDE 1254-1265

Afd. I VASTSTELLING VAN DE AFSTAMMING 1254-1263
§ 1. Binnen het huwelijk: toepassing van I.V.F. bij een gehuwde vrouw 1254-1262
A. Homologe I.V.F. met E.T. 1254
B. Heterologe I.V.F. met E.T. 1255-1257
1. I.V.F. met spermadonatie en I.V.F. met embryodonatie 1256
2. I.V.F. met (enkel) eiceldonatie 1257
C. I.V.F. vóór en E.T. na het overlijden van de echtgenoot 1258-1262
§ 2. Buiten het huwelijk: toepassing van I.V.F. bij een vrouw die niet gehuwd is (met de biologische vader) 1263

Afd. II BETWISTING VAN DE AFSTAMMING 1264-1265

TITEL III JURIDISCHE ASPECTEN VAN DRAAGMOEDERSCHAP 1266-1329

Hfdst. I DRAAGMOEDERSCHAP ALS FENOMEEN 1266-1269

Afd. I OMSCHRIJVING 1266-1267

Afd. II TERMINOLOGIE 1268-1269

Hfdst. II HET DRAAGMOEDERSCHAPSCONTRACT 1270-1282

Afd. I GELDIGHEIDSVOORWAARDEN 1270-1275
§ 1. Toestemming 1271
§ 2. Bekwaamheid 1272
§ 3. Voorwerp 1273
§ 4. Oorzaak 1274-1275

Afd. II UITWERKING – GEVOLGEN 1276-1282
§ 1. Bescherming van de draagmoeder 1278
§ 2. Onzekere positie van de wensouders 1279

§ 3. Risico's voor de arts 1280
§ 4. Noodzaak tot regulering? 1281-1282

Hfdst. III AFSTAMMING VAN MOEDERSZIJDE 1283-1308

Afd. I VASTSTELLING VAN DE AFSTAMMING 1283-1301
§ 1. Vermelding van de naam van de moeder in de geboorteakte 1283-1296
A. Toepassing van de regel *Mater semper certa est* 1284-1286
B. Aanvulling of vervanging d.m.v. een adoptieve afstammingsband 1287-1296
1. Voorwaarden voor adoptie van het draagkind 1289-1293
2. Gevolgen van de adoptie door de wensmoeder of wensouders 1294-1296
a. Gewone adoptie 1295
b. Volle adoptie 1296
§ 2. Erkenning door een vrouw 1297
§ 3. Gerechtelijke vaststelling van het moederschap 1298-1301
A. Moederschap van de wensmoeder 1299-1300
B. Moederschap van de draagmoeder 1301

Afd. II BETWISTING VAN DE AFSTAMMING 1302-1308
§ 1. Betwisting van het moederschap dat blijkt uit de geboorteakte 1303-1305
A. Moederschap van de draagmoeder 1304
B. Moederschap van een andere vrouw 1305
§ 2. Betwisting van een erkenning door een vrouw 1306-1307
A. Erkenning door de wensmoeder 1306
B. Erkenning door de draagmoeder 1307
§ 3. Betwisting van het gerechtelijk vastgesteld moederschap 1308

Hfdst. IV AFSTAMMING VAN VADERSZIJDE 1309-1329

Afd. I VASTSTELLING VAN DE AFSTAMMING 1309-1322
§ 1. Het kind is geboren uit een gehuwde draagmoeder 1310-1316
A. De afstammingsband met de draagmoeder is juridisch vastgesteld 1310-1311
B. De afstammingsband met de draagmoeder is niet vastgesteld 1312-1316
1. Erkenning door de wensmoeder of gerechtelijke vaststelling van haar moederschap 1313
2. Totale afwezigheid van vaststelling van de afstamming langs moederszijde 1314-1316
§ 2. Het kind is geboren uit een ongehuwde draagmoeder 1317-1322
A. Erkenning door een man 1318-1320
B. Gerechtelijke vaststelling van het vaderschap 1321-1322

Afd. II BETWISTING VAN DE AFSTAMMING 1323-1329
§ 1. Betwisting van het vaderschap van de echtgenoot 1323-1327
A. Rechtstreekse betwisting o.g.v. artikel 318 B.W. 1323-1326
B. Onrechtstreekse betwisting door een erkenning o.g.v. artikel 320 B.W. of door de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap o.g.v. artikel 323 B.W. 1327
§ 2. Betwisting van een vaderlijke erkenning 1328
§ 3. Betwisting van het gerechtelijk vastgesteld vaderschap 1329

TITEL IV KLONERING 1330-1334

Blz.

ZAAKREGISTER 735

AFKORTINGEN EN CITEERWIJZEN

Er werd afgekort en geciteerd volgens de aanbevelingen van de Interuniversitaire Commissie Juridische Verwijzingen en Afkortingen (zie X, *Juridische verwijzingen en afkortingen*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1997, 3de uitgave, 203 p.).

Andere afkortingen

AA: Ars Aequi (Ned.)
C.c.: Code civil (Fr.)
C.pén.: Code pénal (Fr.)
D.: Dalloz (Fr.)
FJR: Tijdschrift voor familie- en jeugdrecht (Ned.)
J.D.I.: Journal de droit international
NJB: Nederlands juristenblad (Ned.)
NjW: Nieuw juridisch weekblad
Rev. dr. fam.: Revue de droit familial (voorloper van Revue trimestrielle de droit familial)
Rev. jur. pol.: Revue juridique et politique: indépendance et coopération
Rev. trim. dr. civ.: Revue trimestrielle de droit civil (Fr.)

LIJST VAN VERKORT GECITEERDE LITERATUUR

BAETEMAN, G., *Overzicht van het personen- en gezinsrecht*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1993 (vierde druk), afgekort: BAETEMAN, G., *Overzicht*.

DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, *Introduction. Théorie générale des droits et des lois. Les personnes – La famille*, Brussel, Bruylant, 1962, afgekort: DE PAGE, H., *Traité*, I.

DE PAGE, H. en MASSON, J.-P., *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, *Les personnes*, vol. 2, Brussel, Bruylant, 1990, afgekort: DE PAGE, H. en MASSON, J.-P., *Traité*, II/2.

GERLO, J., *Handboek voor familierecht*, I, *Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, afgekort: GERLO, J., *Handboek Personen- en familierecht*.

GERLO, J., HEYVAERT, A., PAUWELS, J. en SENAEVE, P. (red.), *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, z.d., losbl., afgekort: *Comm. Pers.*

SENAEVE, P., *Compendium van het Personen- en familierecht*, Leuven/Leusden, Acco, 2000 (vijfde druk), afgekort: SENAEVE, P., *Compendium*.

Memorie van Toelichting bij ontwerp van wet tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming en de adoptie (afgekort: M.v.T. bij wetsontwerp-VAN ELSLANDE), *Parl. St.* Senaat 1977-78, nr. 305/1.

Verslag namens de commissie voor de Justitie uitgebracht door mevr. STAELS-DOMPAS inzake wetsontwerp tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming en de adoptie (afgekort: Verslag senaatscommissie I), *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2.

Verslag namens de commissie voor de Justitie uitgebracht door mevr. STAELS-DOMPAS inzake wetsontwerp tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming (afgekort: Verslag senaatscommissie II), *Parl. St.* Senaat 1986-87, nr. 338/2.

LITERATUURLIJST

I. DOCTRINE

A. AFSTAMMINGSRECHT VÓÓR DE AFSTAMMINGSWET VAN 31 MAART 1987

1. Boeken

ALLARD, A., *Des preuves de la filiation hors mariage*, Doornik, Ritte, 1858, 142 p.

BALLON, G.-L., *Dwangsom*, in *A.P.R.*, Gent, E. Story-Scientia, 1980, 110 p.

DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, *Introduction. Théorie générale des droits et de lois. Les personnes – La famille*, Brussel, Bruylant, 1962, 1103-1293, nrs. 1027-1245.

DE WILDE, L., *Het onderzoek naar het vaderschap. Voordracht uitgesproken ter openingszitting van de Vlaamsche Conferentie der Balie van Gent den 4 November 1893*, Gent, z. uitg., 1894, 26 p.

DELVA, W., *Personen- en familierecht*, Gent, E. Story-Scientia, 1982, 95-106 en 348-419.

DELVA, W., *Personen- en familierecht*, II, *Staat van de persoon*, vol. B, Gent, E. Story-Scientia, 1978, 261-331.

DOUXCHAMPS, C., *Des enfants naturels. Histoire, coutume et législation depuis les temps les plus reculés. Code belge et français. Commentaire et droit comparé, avec une préface*, Brussel, Larcier, 1901, 288 p.

DUPONT, L., *La condition des enfants nés hors mariage en droit liégeois*, Luik, Ed. Commission communale de l'histoire de l'ancien pays de Liège, 1960, 167 p.

GALOPIN, G., *Etat et capacité des personnes*, Luik, H. Vaillant-Carmanne, 1904, 435 p.

GALOPIN, G., *La filiation illégitime et la vraisemblance de paternité naturelle. Commentaire de la loi du 6 avril 1908 sur la recherche de la paternité et de la maternité de l'enfant naturel*, Luik/Brussel, H. Vaillant-Carmanne/Van Fleteren, 1909, 57 p.

GERLO, J., *Personen- en familierecht*, III, Gent, E. Story-Scientia, 1986, 308-335.

HEIRBAUT, D., *Europese juristen en oud recht*, Gent, Academia Press, 2000, 208 p.

HEYVAERT, A. en WILLEKENS, H., *Beginselen van het gezins- en familierecht na het Marckxarrest*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1981, 142 p.

JACOBS, R., *Beschermingsstatuut der natuurlijke kinderen*, Antwerpen, De Sikkel, 1941, 111 p.

KLUYSKENS, A., *Personen- en familierecht*, in *Beginselen van burgerlijk recht*, VII, Antwerpen, Standaard, 1950, 488-542, nrs. 523-597.

LECLERCQ, P., *Loi du 6 avril 1908 sur la recherche de la paternité et de la maternité de l'enfant naturel. Travaux parlementaires. Extraits de la Pasinomie précédés d'un commentaire*, Brussel, Bruylant, 1908, 257 p.

NYSSEN, H. (ed.), *Génétique, procréation et droit*, Arles, Actes Sud, 1985, 570 p.

PAUWELS, J.M. (ed.), *La réforme du droit de la filiation. Perspectives européennes*, Brussel, Bruylant, 1981, 358 p.

PAUWELS, J.M., *Personen- en familierecht*, III, *Jeugdrecht - Verwantschapsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1986, 2-82, nrs. 15.01 tot 15.159.

PAUWELS, J.M., *Personen- en familierecht*, III, Leuven, Acco, 1973, V.1-V.81.

PAUWELS, J.M., *Recht inzake seksualiteit. De hoofdlijnen van het Belgisch recht voor niet-juristen*, Leuven, Acco, 1982, 138 p.

PINTENS, W., *Naam*, in *A.P.R.*, Gent, Story-Scientia, 1981, 198 p.

RIGAUX, F., *Les personnes*, I, *Les relations familiales*, Brussel, Larcier, 1978, 207 p.

SENAEVE, P., *Handboek van familieprocesrecht*, Leuven, Acco, 1986 (eerste druk), 361-446, nrs. 806-1039.

SENAEVE, P., *Het vaderschap van de echtgenoot. Vaststelling en betwisting van de op het huwelijk gebaseerde afstamming langs vaderszijde*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1982, 448 p.

SERESIA, A., *De l'acte de naissance de l'enfant naturel*, Brussel, Lesigne, 1869, 187 p.

ULRIX, L., *L'action alimentaire des enfants naturels. Commentaire de la loi du 6 avril 1908*, Brussel, Bruylant, 1930, 149 p.

VAN KERSCHAVER, T., *Erkenning en wettiging van natuurlijke kinderen*, Nazareth, Schaubroeck, 1959, 51 p.

VELU, J., *Les effets directs des instruments internationaux en matière de droits de l'homme*, Brussel, Swinnen, 1981, 190 p.

WATELET, P. en RENARD-DECLAIRFAYT, M., *La rédaction des actes notariés*, Brussel, Larcier, 1980, 781 p.

X (ed.), *Le statut juridique de l'enfant naturel. Travaux de la première journée d'études juridiques Jean Dabin*, Brussel, Bruylant, 1965, 169 p.

X (ed.), *Pour une réforme du droit de la filiation (Journée d'études à Bruxelles, le 31 mars 1973)*, Brussel, Association belge des femmes juristes, 1973, 91 p.

2. Bijdragen in verzamelwerken

COLLARD-DE SLOOVERE, Ch., "De la paternité et de la filiation", in *Novelles*, Droit Civil, II, Brussel, Larcier, 1938, 497-620.

DABIN, J., "Le statut juridique de l'enfant naturel", in X (ed.), *Le statut juridique de l'enfant naturel. Travaux de la première journée d'études juridiques Jean Dabin*, Brussel, Bruylant, 1965, 83-95.

DELVA, W., "De ontkenning van vaderschap", in X (ed.), *Gezinsrecht. Postuniversitaire lessenreeks ingericht door het seminarie voor burgerlijk recht R.U.G. (11 oktober-20 december 1974)*, Gent, z. uitg., 1975, 289-308.

DELVA, W., "De wettige afstamming", in X (ed.), *Gezinsrecht. Postuniversitaire lessenreeks ingericht door het seminarie voor burgerlijk recht R.U.G. (11 oktober-20 december 1974)*, Gent, z. uitg., 1975, 259-267.

DIERKENS, R., "Artificiële filiatie", in X (ed.), *Gezinsrecht. Postuniversitaire lessenreeks ingericht door het seminarie voor burgerlijk recht R.U.G. (11 oktober-20 december 1974)*, Gent, z. uitg., 1975, 367-394.

GOBERT, M., "Les incidences juridiques des progrès des sciences biologique et médicale sur les droits des personnes", in NYSSEN, H. (ed.), *Génétique, procréation et droit*, Arles, Actes Sud, 1985, 161-200.

GRAULICH, P., *Essai sur les éléments constitutifs de la filiation légitime*, Luik, Thône, 1951, 262 p.

JEANMART, N., "La situation des enfants naturels d'après le livre premier du Code de 1804", in X (ed.), *Le statut juridique de l'enfant naturel. Travaux de la première journée d'études juridiques Jean Dabin*, Brussel, Bruylant, 1965, 99-109.

JEANMART, N., "Les lois postérieures au Code civil", in X (ed.), *Le statut juridique de l'enfant naturel. Travaux de la première journée d'études juridiques Jean Dabin*, Brussel, Bruylant, 1965, 119-140.

MEULDERS-KLEIN, M.-Th., "Le statut juridique des enfants adultérins et incestueux", in PAUWELS, J.M. (ed.), *La réforme du droit de la filiation. Perspectives européennes*, Brussel, Bruylant, 1981, 237-254.

Pand. b., tw. *Désaveu d'enfant ou de paternité*, t. 30, Brussel, Larcier, 1889, 63-136, nrs. 1-296.

Pand. b., tw. *Filiation (en général)*, t. 44, nr. 3788, Brussel, Larcier, 1893, 156-242, nrs. 1-348.

Pand. b., tw. *Filiation adultérine ou incestueuze*, t. 44, nr. 3790, Brussel, Larcier, 1893, 248-265, nrs. 1-74.

Pand. b., tw. *Filiation légitime*, t. 44, nr. 3791, Brussel, Larcier, 1893, 265-346, nrs. 1-407.

Pand. b., tw. *Filiation naturelle*, t. 44, nr. 3792, Brussel, Larcier, 1893, 346-406, nrs. 1-261.

Pand. b., tw. *Enfant adultérin et incestueux*, t. 35, nr. 3335, Brussel, Larcier, 1890, 919-929, nrs. 1-39.

Pand. b., tw. *Enfant légitime*, t. 35, nr. 3340, Brussel, Larcier, 1890, 931-933, nrs. 1-18.

Pand. b., tw. *Enfant légitimé*, t. 35, nr. 3341, Brussel, Larcier, 1890, 933-934, nrs. 1-6.

Pand. b., tw. *Enfant naturel*, t. 35, nr. 3342, Brussel, Larcier, 1890, 934-987, nrs. 1-213.

PAULUS, C., "Oprechtheid of stabiliteit. Betwisting van een leugenachtige erkenning", in X (ed.), *Recht in beweging: opstellen aangeboden aan Prof. Mr. Ridder R. Victor*, II, Deurne/Antwerpen, Kluwer, 1973, 735-743.

PHILIPPART, F. en STROOBANTS, M., *Burgerlijke stand. Geboorte. Afstamming. Adoptie. Wettiging door adoptie*, in *Oranjeboek*, nr. 3, Brugge, Vanden Broele, 1984, 160 p.

RIGAUX, F., "Aperçu de l'évolution de droit belge de 1803 à 1958", in X (ed.), *Le statut juridique de l'enfant naturel. Travaux de la première journée d'études juridiques Jean Dabin*, Brussel, Bruylant, 1965, 9-35.

RIGAUX, F., "Le droit de la filiation", in X (ed.), *Gezinsrecht. Postuniversitaire lessenreeks ingericht door het seminarie voor burgerlijk recht R.U.G. (11 oktober-20 december 1974)*, Gent, z. uitg., 1975, 309-326.

ROBERT, J., "La biologie et la génétique face aux incertitudes du droit", in NYSSEN, H. (ed.), *Génétique, procréation et droit*, Arles, Actes Sud, 1985, 363-402.

R.P.D.B., tw. *Paternité et filiation*, IX, Brussel, Bruylant, 1938, 338-380.

RUBELLIN-DEVICHI, J., "Congélation d'embryons. Fécondation *in vitro*. Mère de substitution. Point de vue d'un juriste", in NYSSEN, H. (ed.), *Génétique, procréation et droit*, Arles, Actes Sud, 1985, 307-328.

SENAEVE, P., "Aperçu des réformes récentes de droit de la filiation dans quelques pays européens", in PAUWELS, J.M. (ed.), *La réforme du droit de la filiation. Perspectives européennes*, Brussel, Bruylant, 1981, 11-33.

SENAEVE, P., "L'établissement de la filiation paternelle dans le mariage", in PAUWELS, J.M. (ed.), *La réforme du droit de la filiation. Perspectives européennes*, Brussel, Bruylant, 1981, 183-199.

VIEUJEAN, E., "L'établissement de la paternité hors mariage", in PAUWELS, J.M. (ed.), *La réforme du droit de la filiation. Perspectives européennes*, Brussel, Bruylant, 1981, 209-231.

3. Overzichten van rechtspraak

BAETEMAN, G., DELVA, W. en BAX, M., "Overzicht van rechtspraak. Personen- en familierecht (1964-1974)", *T.P.R.* 1976, (329) 448-478, nrs. 93-125.

BAETEMAN, G. en GERLO, J., "Overzicht van rechtspraak. Personen- en familierecht (1975-1980)", *T.P.R.* 1981, (749) 881-899, nrs. 174-192.

BAETEMAN, G., GERLO, J., GULDIX, E., DE MULDER, W. en DE WIT, R., "Overzicht van de rechtspraak. Personen- en familierecht (1981-1987)", *T.P.R.* 1988, (415) 552-562, nrs. 234-247.

BAX, M., "Kroniek van het personen- en familierecht (1975-1976)", *R.W.* 1976-77, (1665) 1682-1684, nrs. 102-113.

BAX, M., "Kroniek van het personen- en familierecht (1976-1977)", *R.W.* 1977-78, (2471) 2484-2486, nr. 19.

BAX, M., "Kroniek van het personen- en familierecht (1977-1979)", *R.W.* 1979-80, (1737) 1748-1753, nrs. 54-59.

BAX, M. en WILLEKENS, H., "Kroniek van het personen- en familierecht (1979-1980)", *R.W.* 1981-82, (159) 170-182, nrs. 52-62.

BRUYNEEL, A., "Chronique de jurisprudence – Chronique des personnes (1963-1966)", *J.T.* 1967, (197) 201-202, nrs. 36-44.

DELVA, W. en BAERT, G., "Overzicht van rechtspraak. Personen- en familierecht (1960-1963)", *T.P.R.* 1964, (351) 430-452, nrs. 95-117.

GALLUS, N., "Les personnes. Chronique de jurisprudence (1982-1984)", *J.T.* 1986, (185) 197-199, nrs. 62-74.

MASSON, J.-P., "Chronique de jurisprudence – Les personnes (1967-1969)", *J.T.* 1970, (233) 237-238, nrs. 35-46.

MASSON, J.-P., "Chronique de jurisprudence – Les personnes (1970-1972)", *J.T.* 1973, (301) 306-308, nrs. 42-54.

MASSON, J.-P., "Chronique de jurisprudence – Les personnes (1963-1975)", *J.T.* 1976, (197) 197-198, nrs. 62-73.

MASSON, J.-P., "Chronique de jurisprudence – Les personnes (1976-1978)", *J.T.* 1979, (601) 601-603, nrs. 81-97.

MASSON, J.-P., "Chronique de jurisprudence – Les personnes (1979-1981)", *J.T.* 1982, (453) 464-467, nrs. 87-104.

RENARD, C., "Examen de jurisprudence (1939-1948) – Personnes et biens", *R.C.J.B.* 1950, (229) 243-250, nrs. 43-54.

RENARD, C., "Examen de jurisprudence (1949-1951) – Personnes et biens", *R.C.J.B.* 1953, (213) 213-223, nrs. 29-34.

RENARD, C., "Examen de jurisprudence (1952-1955) – Personnes et biens", *R.C.J.B.* 1957, (133) 136-140, nrs. 37-46.

RENARD, C. en VIEUJEAN, E., "Examen de jurisprudence (1956-1960) – Personnes et biens", *R.C.J.B.* 1962, (77) 105-138, nrs. 52-76.

VIEUJEAN, E., "Examen de jurisprudence (1960-1964) – Personnes et biens", *R.C.J.B.* 1966, (181) 198-209, nrs. 38-42.

VIEUJEAN, E., "Examen de jurisprudence (1965-1969) – Personnes", *R.C.J.B.* 1971, (261) 261-306, nrs. 66-86.

VIEUJEAN, E., "Examen de jurisprudence (1970-1975) – Personnes", *R.C.J.B.* 1977, (281) 382-401, nrs. 142-162.

4. Tijdschriftartikels en noten

AROUETÉ, R., "De la parenté naturelle et de son étendue", *Ann. not.* 1965, 105-156.

BAERT, G., "De familieraad voor en na de procedure van ontkenning van vaderschap", *T. Vred.* 1962, 241-243.

BAX, M., "Kroniek Personen- en familierecht", *R.W.* 1979-80, 1737-1764.

BOSSUYT, M., "L'arrêt Marckx de la Cour Européenne des Droits de l'Homme", *B.T.I.R.* 1980, 53-81.

BOSSUYT, M., "Publiekrechtelijke aspecten van het arrest Marckx", *R.W.* 1979-80, 929-947.

BOUCKAERT, F., [Artikel 8 E.V.R.M. en het erfrecht van natuurlijke kinderen o.g.v. art. 756 B.W.], (noot onder Cass. 6 maart 1986), *T. Not.* 1986, 144-146.

BOURQUIN, M.-T. en FAGNART, J.-L., "Pour une réforme du droit de la filiation (Compte-rendu de la journée d'études sur la réforme du droit de la filiation)", *J.T.* 1973, 295-296.

CANIVET, J., "L'article 315 du Code civil", *J.T.* 1954, 17-20.

CHOMÉ, M., "L'abrogation de l'article 315 du Code civil", *Ann. not.* 1954, 255-260.

COLLIGNON, T., "Le problème moral, juridique et seocial de l'insémination artificielle", *J.T.* 1952, 65-68.

DAUGE, E., "Reconnaissance d'enfant naturel. Preuve de l'identité du père. Recherche de paternité", *B.J.* 1894, 769-776.

DE COOMAN-VAN KAN, A.-M., "L'insémination artificielle: Recommendation du Conseil de l'Europe et perspectives de réglementation belge", *J.T.* 1981, 369-381.

DE KOEKELAERE, A., "Geneeskunde, Bio-ethiek en Recht", *R.W.* 1993-94, 481-505.

DELCORDE, P., "L'article 312 du Code civil et l'insémination artificielle", *Ann. dr. sc. pol.* 1951, 331-340.

DELNOY, P., "Paternité de fait et paternité de droit", *Ann. Fac. dr. Liège* 1976, 5-29.

DELVA, W., "De ontkenning van vaderschap", *T.P.R.* 1975, 289-308.

DELVA, W., "De wettige afstamming", *T.P.R.* 1975, 259-267.

DELVA, W. en DIERKENS, R., "Enkele civielrechtelijke aspecten van contraceptie, sterilisatie en kunstmatige inseminatie", *T.P.R.* 1974, 473-493.

DEROUAUX, B., "Autorité de la règle 'Pater is est...' et preuve de l'adultère dans une instance en divorce" (noot onder Luik 10 mei 1972), *R.C.J.B.* 1977, 66-81.

DIERKENS, R., "Artificiële filiatie", *T.P.R.* 1975, 367-394.

DETIENNE, P., "La légitimation post nuptias et la pratique notariale", *La Basoche* 1981, 110-118 en *R.R.D.* 1981, 141-149.

DODINVAL, P., "L'examen hérédo-biologique", *J.T.* 1965, 257-259, err. 414.

FAIDER, E., "La loi du 10 février 1958, modifiant les articles 331, 331*bis* du Code civil. La légitimation des enfants adultérins", *J.T.* 1963, 184-185.

FRANZEN, M., "De la possibilité et de l'opportunité d'établir une correlation entre les obligations et les droits du 'père de fait' à l'égard de son enfant", (noot onder Rb. Brussel 1 maart 1977), *Rev. trim. dr. fam.* 1980, 71-80.

FRISON, A., "Enfants naturels. Puissance paternelle. Tutelle", *J.J.P.* 1895, 254-272.

GERLO, J., "Het kind ten aanzien van hetwelk het vaderschap ontkend werd", *R.W.* 1974-75, 2513-2522.

GERLO, J., "Hiërarchie der afstammingen of gelijkheid van statuten", *R.W.* 1972-73, 1889-1914.

GERLO, J., "De gelijkheid van man en vrouw en het burgerlijk wetboek", *T.P.R.* 1976, 207-288.

GERLO, J., "De ontwerpen Vranckx, Vanderpoorten en Van Elslande betreffende de afstamming", *R.W.* 1978-79, 193-204.

GERLO, J., "Tegenstrijdige belangen van ouder en kind", (noot onder Rb. Antwerpen 18 december 1975), *R.W.* 1976-77, 554-560.

GIET, L., "La fécondation in vitro et le transfert embryonnaire", *J.T.* 1986, 69-74.

GOBLET, N., "De la recherche de la paternité. Discours prononcé à la séance de rentrée de la Conférence du Jeune Barreau de Liège, le 15 novembre 1879", *B.J.* 1880, 401-422.

GOEMANS, P., "De betwisting omtrent de interpretatie van art. 315 B.W.", *R.W.* 1939-40, 929-940.

GULDIX, E., "Artificiële afstamming of het recht in gebreke", *Vl. T. Gez.* 1980-81, 2-32.

HANOTIAU, M., "La notion de recel de la naissance en matière de désaveu de paternité", *J.T.* 1963, 721-726.

HENRARD, M., "Paternité et filiation dans les récentes modifications législatives", *Ann. dr. sc. pol.* 1961, 43-73.

HEYVAERT, A., "Het wezen van de instituten afstamming en huwelijk", *R.W.* 1979-80, 737-770.

JACOBS, R., "De Wet van 14 november 1947 tot bepaling van de voorwaarden waaronder de kinderen, wier ouders tengevolge van de oorlog geen huwelijk konden aangaan, kunnen gewettigd worden", *R.W.* 1948-49, 689-700.

KEBERS, A., "La réforme du droit de la filiation. Journée d'études organisée à Namur, le 4 octobre 1979", *J.T.* 1980, 12-14.

LAMPE, M.-F., "Procréation assistée - Problèmes éthiques et juridiques liés au sort de l'embryon - Statut de l'enfant à naître", *Rev. trim. dr. fam.* 1986, 129-173.

LEFÈVRE, Ch., "La procréation médicalement assistée – Ethique et philosophie du droit", *J.T.* 1986, 485-495.

MAHILLON, P., "A propos du nom de famille", *J.T.* 1985, 313-315.

MAHILLON, P., "Filiation – Désaveu de paternité (Loi du 14 décembre 1970 modifiant les articles 314, 316, 317 et 318 du Code civil organisant la procédure de désaveu de paternité)", *Rev. not. b.* 1971, 174-178.

MAHILLON, P. en TOLLEBEECK, R., "Paternité et filiation. Légitimes, naturelles simples, adultérines, incestueuses et adoptives", *Ann. not.* 1958, 149-179.

MARCOTTY, G., "Loi sur la recherche de la paternité et de la maternité de l'enfant naturel", *Rev. dr. b.* 1923, 219-229.

MARGRÈVE, C., "L'enfant adultère depuis la loi du 10 février 1958", *Ann. Fac. dr. Liège* 1962, 295-349.

MASSON, J.-P., "La proposition de loi modifiant l'article 318 du Code civil", *J.T.* 1976, 64.

MASSON, J.-P., "La régime juridique des actions relatives à la filiation", *Ann. dr. Louvain* 1979, 199-214.

MEULDERS-KLEIN, M.-Th., "Fondements nouveaux du concept de la filiation", *Ann. dr. Louvain* 1973, 285-323.

MEULDERS-KLEIN, M.-Th., "La réforme du droit de filiation en Belgique", *Rev. trim. dr. fam.* 1979, 5-72.

MEULDERS-KLEIN, M.-Th., "Le contexte et les lignes de force du projet n° 305. Rapport introductif", *Ann. dr. Louvain* 1979, 155-172.

MEULDERS-KLEIN, M.-Th., "Le secret de la maternité", *J.T.* 1976, 417-423 en 433-443.

MEULDERS-KLEIN, M.-Th., "L'intérêt de l'enfant et la vérité comme critère de rattachement en droit belge de la filiation et de l'adoption. Vérité biologique et (ou) vérité sociologique?", *Rev. jur. pol.* 1977, 599-620.

MOREELS, J.M., "Termijnen voor ontkenning van vaderschap en hertrouw", *R.W.* 1956-57, 2066-2068.

MOUREAU, P., "L'insémination artificielle. Aperçus biologiques et médicaux", *Rev. dr. pén.* 1951-52, 991-996.

OSCHINSKY, S. en GEVAERT-DELATTE, D., "Un nouveau pas en avant vers l'égalité entre femmes et hommes", *J.T.* 1979, 173-177.

PANIER, C., [Filiation illégitime et CEDH], (noot onder Rb. Aarlen 31 oktober 1986), *J.L.* 1987, 98.

PAUWELS, J., "De Marckx-interpretatie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens: België geen koploper", *R.W.* 1983-84, 2795-2806.

PAUWELS, J.M., "Het wetsontwerp-Van Elslande betreffende afstamming en adoptie", *R.W.* 1978-79, 1201-1212.

PAUWELS, J.M., "Machtiging tot erkenning/wettiging van overspelige kinderen sinds het Marckx-arrest", (noot onder Rb. Turnhout 14 oktober 1982), *R.W.* 1982-83, 2772-2773.

PAUWELS, J.M., "Ontkenning van vaderschap aan hervorming toe", (noot onder Cass. 15 september 1977), *R.W.* 1978-79, 40-41.

PAUWELS, J.M., "Overspelige kinderen en de directe werking van het Marckx-arrest", (noot onder Rb. Turnhout 29 april 1982), *R.W.* 1982-83, 1592-1595.

PAUWELS, J.M., "Samenloop van 'natuurlijk' vaderschap en 'vermoed' vaderschap", (noot onder Gent 12 april 1979), *R.W.* 1979-80, 985-988.

PAUWELS, J.M., "Vertegenwoordiging van de gecolloceerde geesteszieke in ontkenning van vaderschap", (noot onder Rb. Brussel 21 juni 1978), *R.W.* 1979-80, 2188-2189.

PAUWELS, J.M., "Welke vereisten van de art. 331 en 335 B.W. zijn strijdig of kunnen strijdig zijn met het E.V.R.M.?", (noot onder Rb. Gent 14 mei 1984), *R.W.* 1984-85, 1507-1509.

PAUWELS, J.M., "Wettige kinderen kunnen erkend worden", (noot onder Rb. Antwerpen 22 september 1982), *R.W.* 1982-83, 1320-1321.

RÉMON-DEFAYS, C., "L'influence de l'arrêt Marckx sur la jurisprudence belge", (noot onder Cass. 10 mei 1985), *Rev. not. b.* 1986, 51-62.

RENCHON, J.-L., "Deux aspects du désaveu de paternité: l'action en désaveu préventif et la preuve de l'adultère dans l'article 313 al. 1 du Code civil", *Rev. trim. dr. fam.* 1978, 117-136.

RENARD, C., "Les lois temporaires du 14 novembre et 20 octobre 1947 sur la légitimation des enfants naturels", *J.T.* 1948, 373-376.

RIGAUX, F., "La loi condamnée. A propos de l'arrêt du 13 juin 1979 de la Cour Européenne des droits de l'homme", *J.T.* 1979, 513-524.

RIGAUX, F., "La jurisprudence belge après l'arrêt Marckx", (noot onder Cass. 3 oktober 1983), *R.C.J.B.* 1984, 616-635.

RIGAUX, F., "Le droit belge de la filiation après l'arrêt Marckx. Rapport de synthèse", *Ann. dr. Louvain* 1979, 369-383.

RIGAUX, F., "Le droit de la filiation", *T.P.R.* 1975, 309-326.

RIGAUX, F., "Le droit en face de certains progrès de la biologie", *J.T.* 1973, 669-674 en *Rev. dr. pén.* 1973-74, 549-572.

RIGAUX, F., "Le partage d'attribution entre le législateur et le juge", (noot onder Cass. 10 mei 1985 en Cass. 6 maart 1986), *R.C.J.B.* 1987, 11-29.

SALMON, CH. en SALMON, D., "La preuve scientifique de la paternité. Expertises sanguines et calcul de probabilité", *Ann. dr. Louvain* 1979, 173-198.

SALVAGE, Ph., "La viabilité de l'enfant nouveau-né", *Rev. trim. dr. civ.* (Fr.) 1976, 725-749.

SCHEID, L., "Du bon et du mauvais usage du foetus et de la frénésie procréative", *J.T.* 1987, 377-381.

SCHOTSMANS, P., "Donorinseminatie: ook voor alleenstaanden? Een bijzonder ethisch debat", *A. Hosp.* 1987, afl. 3, 85-88.

SENAEVE, P., "De aanvangsdatum van de termijn van 300 dagen in artikel 313, 2de lid B.W.", (noot onder Rb. Brugge 12 november 1979), *R.W.* 1979-80, 2596-2600.

SENAEVE, P., "De ontkenning van vaderschap op grond van art. 313, eerste lid B.W.", (noot onder Cass. 8 januari 1982), *R.W.* 1981-82, 2893-2895.

SENAEVE, P., "De procedure tot ontkenning van vaderschap na het overlijden van de echtgenoot", (noot onder Rb. Oudenaarde 27 september 1984), *R.W.* 1985-86, 2289-2295.

SENAEVE, P., "De wettiging post nuptias en het belang van het kind", (noot onder Cass. 14 maart 1985), *R.W.* 1985-86, 2823-2827.

SENAEVE, P., "Enige bijzondere aspecten van de ontkenning van vaderschap", (noot onder Rb. Dendermonde 27 maart 1980), *R.W.* 1980-81, 461-463.

SENAEVE, P., "Enige implicaties van bevallingen in het buitenland op het gebied van het afstammingsrecht", (noot onder Brussel 25 mei 1977), *R.W.* 1979-80, 2766-2772.

SENAEVE, P., "Erkenning van in overspel verwekte kinderen. Voorwaarden", (noot onder Rb. Leuven 5 januari 1981), *R.W.* 1981-82, 2698-2701.

SENAEVE, P., "Het begrip 'verborgen houden van de geboorte' inzake ontkenning van vaderschap", (noot onder Rb. Mechelen 7 april 1981), *R.W.* 1981-82, 754-755.

SENAEVE, P., "Het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en het afstammingsrecht: een stand van zaken", *De Burg. St.* 1986, 3-8 en 23-29.

SENAEVE, P., "Het E.V.R.M., de directe werking en het Marckx-arrest", (noot onder Brussel 31 januari 1983), *R.W.* 1982-83, 2684-2691.

SENAEVE, P., "Het juridisch statuut van het na buitenlichamelijke bevruchting en/of na embryotransplantie geboren kind", *Vl. T. Gez.* 1983, 59-67.

SENAEVE, P., "Het Marckxarrest, de directe werking en het Hof van Cassatie", *R.W.* 1985-86, 1824-1838.

SENAEVE, P., "Het vermoeden 'Pater is est quam nuptiae demonstrant' en de echtscheiding op grond van tien jaar feitelijke scheiding", *R.W.* 1978-79, 2273-2288.

SENAEVE, P., "Impotentie en steriliteit als grond tot ontkenning van vaderschap", (noot onder Rb. Antwerpen 13 januari 1983), *R.W.* 1982-83, 2356-2358.

SENAEVE, P., "Juridische implicaties van nieuwe ontstaansvormen van menselijk leven", *R.W.* 1985-86, 625-652.

SENAEVE, P., "Over de interpretatie van de bepalingen aangaande de ontkenning van vaderschap", (noot onder Rb. Dendemonde 26 november 1981), *R.W.* 1981-82, 2424-2426.

SENAEVE, P., "Over de personen die dienen op te treden in de procedures inzake de erkenning en wettiging van overspelige kinderen", (noot onder Rb. Hasselt 10 april 1979), *R.W.* 1978-79, 2745-2748.

STEENNOT, H., "Het belang van het kind", *R.W.* 1974-75, 1729-1752.

STICHELBAUDT, L., "L'abrogation de l'article 315 du Code civil – Loi du 15 mars 1954", *Rev. adm.* 1955, 14-17 en 29-33.

STICHELBAUDT, L., "Commentaires de la loi du 10 février 1958 modifiant certaines dispositions du code civil relatives à la paternité, à la filiation et à l'adoption", *Rev. adm.* 1958, 77-81.

STICHELBAUDT, L., "L'illégitimité de l'enfant né trois cents jours ou plus après la dissolution du mariage de sa mère", *Rev. adm.* 1960, 125-130.

TRAEST, G., "De afstamming in het nieuwe ontwerp van wet", *R.W.* 1981-82, 2329-2344.

VAN BALBERGHE, M., "Erkenning en wettiging van overspelige kinderen (Wet van 10 februari 1958)", *R.W.* 1957-58, 1929-1962.

VAN BERCHEM, A., "Révision du code civil. Projet de loi et rapport sur le titre VII: de la filiation", *J.T.* 1888, 609-620, 625-636, 641-652 en 657-670.

VAN COMPERNOLLE, J., "Les actions relatives à la filiation. Aspects de droit judiciaire", *Ann. dr. Louvain* 1979, 215-238.

VANDER ZWALMEN, G., "L'article 318 modifié du Code civil et le désaveu du mineur non émancipé", *Rev. not. b.* 1976, 558-565.

VAN DE VORST, J., "De la procédure à suivre pour les actions résultant de la vraisemblance de paternité naturelle", *Rev. prat. not. b.* 1933, 129-137.

VAN HOOREBEKE, F., "L'évolution du problème de la recherche de la paternité", *Rev. dr. pén.* 1947-48, 639-653.

VAN LENNEP, R., "Procédures particulières non réglées dans le Code de procédure civile – Désaveu de paternité", *Rechtsk. T.* 1953, 137-140.

VIEUJEAN, E., "Impossibilité morale de cohabitation et délai de viduité", *J.T.* 1965, 701-703.

VLIES, M., "La reconnaissance et la légitimation des enfants adultérins", *Rev. not. b.* 1986, 70-110.

WOLFCARIUS, M., "De l'indisponibilité de l'état et de la filiation", *Rev. trim. dr. fam.* 1978, 313-319.

B. AFSTAMMINGSRECHT NA DE AFSTAMMINGSWET VAN 31 MAART 1987

1. Boeken

BAETEMAN, G., *Overzicht van het personen- en gezinsrecht*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1993 (vierde druk), 574-656, nrs. 920-1064.

BORGHS, P., *Juridische aspecten van homoseksueel ouderschap. Het recht om lief te hebben*, Gent, Mys & Breesch, 1998, 167 p.

BOURG, Cl. (ed.), *L'infertilité: procréation médicalement assistée. Adoption, filiation: questions éthiques, psychologiques, juridiques et scientifiques*, in *Sciences, éthiques, sociétés*, Brussel, De Boeck, 1992, 151 p.

CASMAN, H., *Notarieel familierecht*, Gent, Mys & Breesch, 1991, 189-210, nrs. 536-590.

DE PAGE, H. en MASSON, J.-P., *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, *Les personnes*, vol. 2, Brussel, Bruylant, 1990, 865-945, nrs. 861-993.

DE GROOTE, E., MELLAERTS, J. en POELEMANS, B., *Naar een humaner familieprocesrecht. Voorstellen tot uniformisering van bevoegdheids- en procedureregels. Deel 2*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1994, 280 p.

DE WULF, C. en DE DECKER, H., *Het opstellen van notariële akten*, I, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 682 p.

GALLUS, N., *La filiation*, in *Pratique du droit*, nr. 12, Brussel, Kluwer, 2000, 138 p.

GERLO, J., *Handboek voor familierecht*, I, *Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2003, 1-67, nrs. 1-156.

GERLO, J., *Personen- en familierecht*, III, Gent, E. Story-Scientia, 1988, 308-365.

HENNAU-HUBLET, C. en KNOPPERS, B. (ed.), *L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'homme. Aspects médico-scientifique, éthique et juridique*, in *Travaux de la Faculté de droit de l'Université Catholique de Louvain*, nr. 7, Brussel, Bruylant, 1997, 509 p.

HEYVAERT, A., *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed: theorieën over personen- en gezinsrecht rond een syllabus van de Belgische techniek*, Gent, Mys & Breesch, 2001, 475 p.

MAHIEU, G. en PIRE, D., *Droit des personnes. La filiation*, in *Rép. not.*, Brussel, Larcier, 1999, 230 p.

MASSAGER, N., *Les droits de l'enfant à naître*, Brussel, Bruylant, 1997, 1013 p.

MEULDERS-KLEIN, M.-Th., *La personne, la famille et le droit. Trois décennies de mutations en occident (1968-1998)*, Brussel, Bruylant, 1999, 589 p.

MINISTERIE VAN JUSTITIE. INTERUNIVERSITAIR CENTRUM VOOR VERGELIJKEND RECHT (ed.), *Verslagboek Internationaal colloquium over de juridische aspecten van medisch begeleide voortplantingstechnieken*, Brussel, *Belgisch Staatsblad*, 1988, 209 p.

NICOLAU, G., *L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation*, Talence, Presses universitaires de Bordeaux, 1989, 644 p.

SENAEVE, P., *Compendium van het Personen- en familierecht*, Leuven/Leusden, Acco, 2000 (vijfde druk), 291-343, nrs. 714-884.

SENAEVE, P. (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, 473 p.

SENAEVE, P. (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1993, 284 p.

SENAEVE, P. en LEMMENS, P. (eds.), *De betekenis van de mensenrechten voor het personen- en familierecht*, Antwerpen-Groningen-Oxford, Intersentia, 2003, 201 p.

VAN GRUNDERBEECK, D., *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, Antwerpen-Groningen-Oxford, Intersentia, 2003, 313-486, nrs. 418-666.

VAN ONSEM, C., *Betwisting van vaderschap*, in *AdvocatenPraktijk – Burgerlijk Recht*, nr. 9, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1999, 74 p.

X (ed.), *Les problèmes juridiques concernant le lien de filiation. Actes du XXVIIe Colloque de droit européen de la Fondation pour les études internationales (La Valette (Malte), 15-17 septembre 1997)*, Straatsburg, Editions du Conseil de l'Europe, 1999, 160 p. (eveneens verschenen in het Engels als *Legal problems related to parentage*).

X, *Studies on the socio-economic impact of biotechnology: genetic fingerprints: scientific truth and filiation law*, in *Science research development*, Luxemburg, Office for official publications of the European Communities, 1996, 261 p.

X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, II dln., 530 p.

2. Bijdragen in verzamelwerken

ALEN, A. en PAS, W., "De directe werking van het VN-verdrag inzake de rechten van het kind", in X (ed.), *KINDERRECHTENGIDS*, Gent, Mys & Breesch, z.d., Deel I, 1.1, 1-25.

BAETEMAN, G., *De nieuwe afstammings- en adoptiewetgeving*, in X (ed.), *Academiae analecta*, Brussel, Paleis der Academiën, 1988, 55-84.

CASMAN, H., "Enkele beschouwingen over ouderschap, afstamming en adoptie", in DEBEUCKELAERE, W., MEEUSEN, J. en WILLEKENS, H. (ed.), *Liber amicorum Fons Heyvaert. Met rede ontleed. De rede ontkleed*, Gent, Mys & Breesch, 2002, 117-124.

DALCQ, J., "La filiation", in X (ed.), *La filiation et l'adoption*, in *Tout savoir sur*, nr. 8, Brussel, Story-Scientia, 1988, 1-75.

DALCQ-DEPOORTER, J., "L'enfant de qui?", in X (ed.), *Droit comparé des personnes et de la famille. Liber amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein*, Brussel, Bruylant, 1998, 115-142.

DE WOLF, A., "Draagmoederschap in België en Frankrijk: een stand van zaken", in BOELE-WOELKI, K. en ODERKERK, M. (red.), *(On)geoorloofdheid van het draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Antwerpen/Groningen, Intersentia, 1999, 89-126.

FRANK, R., "L'établissement et les conséquences de la filiation maternelle et paternelle", in X (ed.), *Les problèmes juridiques concernant le lien de filiation. Actes du XXVIIe Colloque de droit européen de la Fondation pour les études internationales (La Valette (Malte), 15-17 septembre 1997)*, Straatsburg, Editions du Conseil de l'Europe, 1999, 89-114.

GALLUS, N., "La filiation et ses implications en matière de divorce", in BOLIAU, G. (red)., *Divorce. Commentaire pratique*, Titre 2: Cause déterminée, Diegem, Kluwer Editions Juridiques Belgique, 1998, losbl.

GALLUS, N., MASSAGER, N. en LELEU Y.-H., "Les effets personnels de l'union libre à l'égard des enfants", in X (ed.), *Union libre. Commentaire pratique*, Brussel, Kluwer, 2001, losbl., II.2.1 (38 p.) en II.2.1*bis* (45 p.).

GERLO, J., "De afstamming langs moederszijde en vaderszijde", in BAETEMAN, G. (ed.), *Afstamming en adoptie*, Brussel, E. Story-Scientia, 1987, 77-120.

GERLO, J., "De onderhoudsvordering tegen de waarschijnlijke vader", in SENAEVE, P. (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, 203-223.

GERLO, J., "De persoonsrechtelijke gevolgen van het nieuwe afstammingsrecht", in SENAEVE, P. (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, 225-255.

GERLO, J., "Het gelijkheidsbeginsel en het familierecht", in X (ed.), *Gandaius Actueel IV*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 35-57.

GERLO, J., "Het statuut van het overspelig kind na de wet van 31 maart 1987", in X (ed.), *Liber memorialis 60 jaar V.R.G. Gent*, Gent, Vlaams Rechtsgenootschap, 1987, 183-208.

GERLO, J., "Het verdrag inzake de rechten van het kind en het Belgische personen- en familierecht", in X (ed.), *KINDERRECHTENGIDS*, I, Gent, Mys & Breesch, 1998, 1.2, p. 23-27, nrs. 43-50.

GERLO, J., "Ons afstammingsrecht moet (meer) aansluiten bij biologische afstamming. Bedenkingen rond afstamming, adoptie en ouderlijk gezag", in DEBEUCKELAERE, W., MEEUSEN, J. en WILLEKENS, H. (ed.), *Met rede ontleed. De rede ontkleed. Opstellen aangeboden aan Fons Heyvaert*, Gent, Mys & Breesch, 2002, 101-115.

GERLO, J., "Personen- en familierecht", in X (ed.), *Rechtskroniek voor het Notariaat*, Deel 1, Brugge, die Keure, 2002, 1-33.

GRANET, F., "Liens de filiation et questions relatives à l'état civil dans les états de la Commission Internationale de l'Etat Civil", in X (ed.), *Les problèmes juridiques concernant le lien de filiation. Actes du XXVIIe Colloque de droit européen de la Fondation pour les études internationales (La Valette (Malte), 15-17 septembre 1997)*, Straatsburg, Editions du Conseil de l'Europe, 1999, 65-88.

GULDIX, E., "De gevolgen van de afstamming andere dan het erfrecht", in BAETEMAN, G. (ed.), *Afstamming en adoptie*, Brussel, E. Story-Scientia, 1987, 121-175.

GULDIX, E., "Juridische aspecten van medisch begeleide voortplanting. Het recht op een kind", in MINISTERIE VAN JUSTITIE. INTERUNIVERSITAIR CENTRUM VOOR VERGELIJKEND RECHT (ed.), *Verslagboek Internationaal colloquium over de juridische aspecten van medisch begeleide voortplantingstechnieken*, Brussel, *Belgisch Staatsblad*, 1988, 93-144.

HADERKA, J.F., "Filiation et bioéthique", in X (ed.), *Les problèmes juridiques concernant le lien de filiation. Actes du XXVIIe Colloque de droit européen de la Fondation pour les études internationales (La Valette (Malte), 15-17 septembre 1997)*, Straatsburg, Editions du Conseil de l'Europe, 1999, 39-63.

HALLEUX-PETIT, L., "Geboorte en afstamming", in *Oranjeboek. Burgerlijke Stand 2*, Brugge, Vanden Broele, 2000, losbl., 3-70, nrs. 1-292.

HERBOTS, J., "Het overgangsrecht", in SENAEVE, P. (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, 321-347.

HEYVAERT, A. en VANCRAENENBROECK, R., "B.W. Titel VII Afstamming", in GERLO, J., HEYVAERT, A., PAUWELS, J. en SENAEVE, P. (red.), *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze com-*

mentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, z.d., losbl.

HEYVAERT, A. en VANCRAENENBROECK, R., "Het overgangsrecht van de Wet van 31 maart 1987 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming", in GERLO, J., HEYVAERT, A., PAUWELS, J. en SENAEVE, P. (red.), *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1997, 1-17.

HEYVAERT, A., "De afstamming langs vaderszijde buiten het huwelijk", in SENAEVE, P. (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1987, 125-201.

HEYVAERT, A., "De zakenrechtelijke inhoud/werking van verhoudingen van staat", in X (ed.), *Liber amicorum Jacques Herbots*, Deurne, Kluwer, 2002, 155-168.

HUSTIN-DENIES, N., "La preuve par les empreintes génétiques en droit belge de la filiation", in X (ed.), *L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'homme: aspects médico-scientifique, éthique et juridique*, in *Travaux de la Faculté de droit de l'Université Catholique de Louvain*, nr. 7, Brussel, Bruylant, 1997, 289-352.

KEMPEN, M., "Zelfbeschikking en procreatie binnen het huwelijk", in X (ed.), *Over zichzelf beschikken. Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1996, 221-241.

LAMPE, M.-F., "Le droit à l'enfant", in MINISTERIE VAN JUSTITIE. INTERUNIVERSITAIR CENTRUM VOOR VERGELIJKEND RECHT (ed.), *Verslagboek Internationaal colloquium over de juridische aspecten van medisch begeleide voortplantingstechnieken*, Brussel, *Belgisch Staatsblad*, 1988, 49-89.

LAMPE, M.-F., "Les effets personnels de la filiation", in X (ed.), *La filiation et l'adoption*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 1988, 131-204.

LELEU, Y.-H., "Le nom et les prénoms de l'enfant. Attribution, choix et changement", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, II, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, 273-329.

LEMMENS, P., "Het verbod van onderwerping van een persoon aan een lichamelijk of geestesonderzoek", in X (ed.), *Liber amicorum Prof. Em. E. Krings*, Brussel, E. Story-Scientia, 1991, 659-669.

MASSAGER, N., "L'influence des techniques de procréation médicalement assistée sur la filiation de l'enfant à naître", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, 135-263.

MASSON, J.-P., "La prescription", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, 35-51.

MELLAERTS, J., "Procesrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in SENAEVE, P., (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 125-174.

MEULDERS-KLEIN, M.-Th., "La réforme du droit de la filiation. Les lignes de force de la loi et l'établissement de la maternité", in X (ed.), *La filiation et l'adoption*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 1988, 9-43.

MEULDERS-KLEIN, M.-Th., "Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées", in MINISTERIE VAN JUSTITIE. INTERUNIVERSITAIR CENTRUM VOOR VERGELIJKEND RECHT (ed.), *Verslagboek Internationaal colloquium over de juridische aspecten van medisch begeleide voortplantingstechnieken*, Brussel, *Belgisch Staatsblad*, 1988, 147-178.

MEULDERS-KLEIN, M.-Th., "Les empreintes génétiques et la filiation: la fin d'une énigme ou la fin des dilemmes?", in X (ed.), *L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'homme: aspects médico-scientifique, éthique et juridique*, in *Travaux de la Faculté de droit de l'Université Catholique de Louvain*, nr. 7, Brussel, Bruylant, 1997, 397-424.

MEULDERS-KLEIN, M.-Th., "Les lignes de force de la loi et l'établissement de la maternité", in X (ed.), *La filiation et l'adoption*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 1988, 9-43.

MUNDELEER, G., "Inleiding", in BAETEMAN, G. (ed.), *Afstamming en adoptie*, Brussel, E. Story-Scientia, 1987, 1-21.

PANIER, C., "Problèmes de droit judiciaire relatifs à la filiation", in X (ed.), *La filiation et l'adoption*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 1988, 75-129.

PIRE, D., "Aspects de droit judiciaire relatifs à la filiation", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, 53-84.

POULEAU, V., "Les preuves", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, 85-134.

RIGAUX, F., "Une politique de la filiation", in X (ed.), *La filiation et l'adoption*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 1988, 303-344.

SENAEVE, P., "Actuele ontwikkelingen inzake het afstammingsrecht", in SENAEVE, P. (ed.), *Personen- en familierecht (Themis-cahier nr. 7)*, Brugge, die Keure, 2001-02, 7-31.

SENAEVE, P., "Capita selecta inzake afstammingsrecht", in X (ed.), *Notariële actualiteit*, 12, *Familiaal vermogensrecht*, Brugge, die Keure, 2002, 63-87.

SENAEVE, P., "De afstamming langs moederszijde", in SENAEVE, P. (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, 23-55.

SENAEVE, P., "De afstamming langs vaderszijde binnen het huwelijk", in SENAEVE, P. (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, 57-124.

SENAEVE, P., "De dwangsom in het personen- en familierecht", in X (ed.), *De dwangsom: referatenbundel van de studiedag Jura Falconis 8 maart 1998*, in *Algemene reeks*, nr. 5 , Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 83-115.

SENAEVE, P., "De vaderschapsregel in het spanningsveld van de mensenrechtenbescherming en van het gelijkheidsbeginsel", in X (ed.), *Liber amicorum Roger Blanpain*, Brugge, die Keure, 1998, 799-821.

SENAEVE, P., "De weerslag van het nieuwe afstammingsrecht op de adoptie", in SENAEVE, P. (ed.), *Adoptie. Verlatenverklaring van minderjarigen*, Leuven, Acco, 1990, 35-53.

SENAEVE, P., "Het personen- en familierecht, de Grondwet en het E.V.R.M.", in STORME, M. (red.), *Personen- en familierecht. Gezin en recht in een postmoderne samenleving. Twintig jaar Post-universitaire Cyclus Willy Delva (1973-1993)*, Gent, Mys & Breesch, 1994, 331-375.

SENAEVE, P., "Le lien de filiation et les droits de l'homme", in X (ed.), *Les problèmes juridiques concernant le lien de filiation. Actes du XXVIIe Colloque de droit européen de la Fondation pour les études internationales (La Valette (Malte), 15-17 septembre 1997)*, Straatsburg, Editions du Conseil de l'Europe, 1999, 11-37.

SENAEVE, P., "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in SENAEVE, P. (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 19-123.

SENAEVE, P., "Naar een nieuwe, partiële hervorming van het afstammingsrecht", in SENAEVE, P. (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 257-272.

SENAEVE, P., "Werking van de voogdij inzake de persoon – Wijzigingen in Boek I B.W. inzake huwelijk, adoptie, pleegvoogdij en ontvoogding", in SENAEVE, P., GERLO, J. en LIEVENS, F. (ed.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2002, 63-99.

SENAEVE, P. m.m.v. ARNOEYTS, S., "Tien jaar Belgische rechtspraak inzake de aanwending van het IVRK", in SENAEVE, P. en LEMMENS, P. (eds.) *De betekenis van de mensenrechten voor het personen- en familierecht*, Antwerpen-Groningen-Oxford, Intersentia, 2003, 103-170.

SOSSON, J., "L'établissement de la filiation: principes généraux et conditions de fond", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, 9-34.

SOSSON, J., "L'obligation alimentaire naturelle", in X (ed.), *L'argent pour vivre: vers une réforme de l'obligation alimentaire*, Brussel, Kluwer, 2000, 125-153.

STORME, M., "Nemo praecise potest cogi ad factum. Het adagium herbezocht", in STORME, M. (red.), *Personen- en familierecht. Gezin en recht in een postmoderne samenleving. Twintig jaar Post-universitaire Cyclus Willy Delva (1973-1993)*, Gent, Mys & Breesch, 1994, 3-25.

TOBBACK, K., "De onderhoudsvordering tegen de verwekker", in SENAEVE, P. (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1993, 197-246.

VAN GYSEL, A.-Ch., "La jurisprudence de la Cour d'arbitrage en matière de la filiation", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, II, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, 377-410.

VAN GYSEL, A.-Ch., "Le pouvoir de l'enfant sur sa propre filiation", in JADOUL, P., SAMBON, J. en VAN KEIRSBILCK, B. (ed.), *L'autonomie du mineur*, in *Travaux et Recherches*, nr. 37, Brussel, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1998, 9-23.

VAN GYSEL, A.-Ch., "L'intérêt de l'enfant, mythe et réalité", in LELEU, Y.-H. (coörd.), *Actualités de droit familial. Le point en 2001*, Luik, Formation Permanente CUP, 2001, 169-206.

VANCRAENENBROECK, R., "Overgangsbepalingen", in BAETEMAN, G. (ed.), *Afstamming en adoptie*, Brussel, E. Story-Scientia, 1987, 367-462.

VANDAELE, A., "De directe werking van het VN-Verdrag inzake de rechten van het kind: een stand van zaken", in X (ed.), *KINDERRECHTENGIDS*, Gent, Mys & Breesch, 1998, Deel 1, 1.1, 1-47.

VAN LEUVEN, N., "Art. 8 en 14 EVRM in de Belgische rechtspraak inzake personen- en familierecht", in SENAEVE, P. en LEMMENS, P. (eds.), *De betekenis van de mensenrechten voor het personen- en familierecht*, Antwerpen-Groningen-Oxford, Intersentia, 2003, 47-102.

VERSCHELDEN, G., Redactionele toelichting "Het afstammingsrecht in de confrontatie met het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel", in X (ed.), *KINDERRECHTENGIDS*, Deel 3: Rechtspraak, rubriek 3.2.3: Burgerlijk Recht: Afstamming, Gent, Mys & Breesch, 2000, I-XVIII.

VIEUJEAN, E., "Conclusion", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, II, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, 469-530.

VIEUJEAN, E., "Le nouveau droit de la filiation", in X (ed.), *Chronique de droit à l'usage du Palais*, IV, Brussel, E. Story-Scientia, 1987, 175-230.

VIEUJEAN, E., "L'établissement de la paternité", in X (ed.), *La filiation et l'adoption*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 1988, 45-73.

VIEUJEAN, E., "Les dispositions transitoires", in X (ed.), *La filiation et l'adoption*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 1988, 253-269.

VLAARDINGERBROEK, P., "Titel 11. Vaderschap en afstamming van kinderen", in WORTMANN, S.F.M. (red.), *Personen- en familierecht*, z.pl., Kluwer, 1999, losbl.

VLIETINCK, R. en VAN DEN BERGHE, H., "Genetisch ouderschapsonderzoek. Principes en wetenschappelijk bewijs", in SENAEVE, P. (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, 349-398.

WIDMER, M., "Les travaux du Conseil de l'Europe en matière de procréation artificielle", in MINISTERIE VAN JUSTITIE. INTERUNIVERSITAIR CENTRUM VOOR VERGELIJKEND RECHT (ed.), *Verslagboek Internationaal colloquium over de juridische aspecten van medisch begeleide voortplantingstechnieken*, Brussel, *Belgisch Staatsblad*, 1988, 35-46.

WILLEKENS, H., "Toepasselijkheid en toepassing van het beginsel van de gelijkheid van man en vrouw in het afstammingsrecht", in VAN HOECKE, M. (ed.), *Algemene Rechtsbeginselen*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1991, 341-387.

3. Overzichten van rechtspraak

BAETEMAN, G., GERLO, J., GULDIX, E., WYLLEMAN, A., DE SAEDELEER, V. en JACOBS, K., "Overzicht van rechtspraak. Personen- en familierecht (1988-1994)", *T.P.R.* 1994, (2073) 2216-2263, nrs. 301-383.

MASSAGER, N., "Droit de la filiation. Chronique de jurisprudence (1999-2001)", *Rev. dr. U.L.B.* 2003, 161-283.

MASSON, J.-P. en MASSAGÉ, N., "Chronique de jurisprudence. Les Personnes (1991-1993)", *J.T.* 1994, (745) 746-749.

MASSON, J.-P., "Examen de jurisprudence (1984-1990). Les Personnes. Deuxième partie. Relations familiales", *R.C.J.B.* 1993, (487) 490-524, nrs. 127-146.

MASSON, J.-P., "Chronique de jurisprudence – Les personnes (1985-1990)", *J.T.* 1991, (417) 428-431, nrs. 94-104.

MASSON, J.-P. en MASSAGER, N., "Droit des personnes. Chronique de jurisprudence (1994-1998)", *Les dossiers du Journal des tribunaux*, nr. 25, Brussel, Larcier, 2000, 103-151, nrs. 118-142.

PANIER, C., "Inédits de droit de la famille (II). Le nouveau droit de filiation et de l'adoption", *J.L.M.B.* 1987, (1549) 1549-1555.

PANIER, C., "Inédits de droit de la famille (II-2). Le nouveau droit de la filiation (loi du 31 mars 1987)", *J.L.M.B.* 1988, 685-696.

PIRE, D., "Inédits de droit de la famille (V-3). Filiation", *J.L.M.B.* 1991, 1082-1102.

SAROLÉA, S., "Chronique de jurisprudence. Les conflits de lois relatifs à la personne et aux relations familiales (1988-1996)", *Rev. trim. dr. fam.* 1997, 5-79.

VAN GYSEL, A.-Ch., "Les personnes – Examen de jurisprudence (1991-1996)", *R.C.J.B.* 1998, (435) 451-468, nrs. 14-24.

VERSCHELDEN, G., "Hoofdstuk III. Afdeling 1: De afstamming", in BAETEMAN, G., GERLO, J., GULDIX, E., WYLLEMAN, A., VERSCHELDEN, G. en BROUWERS, S., "Overzicht van rechtspraak. Personen- en familierecht (1995-2000)", *T.P.R.* 2001, (1551) 1848-1910.

VERSCHELDEN, G., "Titel VII. Afstamming", in GERLO, J. (hoofdred.), *Burgerlijk Recht - Jurisprudentie*, "Personen- en familierecht", Brugge, die Keure, 2002, 199 p.

4. Tijdschriftartikels en noten

APS, F., "Het Arbitragehof en het afstammingsrecht. Een beknopt overzicht. Enkele beschouwingen bij het arrest van 28 november 1995", (noot onder Arbitragehof nr. 79/95, 28 november 1995), *R.W.* 1995-96, 1305-1308.

APS, F., "Het Arbitragehof en het afstammingsrecht: opnieuw een stap achteruit?", (noot onder Arbitragehof nr. 36/96, 6 juni 1996), *R.W.* 1996-97, 979-981.

BAETEMAN, G., "De vaststelling van de afstamming van vaderszijde en moederszijde", *T.B.B.R.* 1987, 10-26.

BAETEMAN, G., "Het afstammingsrecht in België", *T.P.R.* 1989, 1539-1578.

BARTHOLOMÉE, V. en SOSSON, J., "La Cour d'arbitrage et le droit de la filiation: les effets de l'arrêt du 21 décembre 1990", (noot onder Arbitragehof nr. 39/90, 21 december 1990), *J.T.* 1991, 709-716.

BLONTROCK, F., [Het Arbitragehof en de erkenning van een minderjarig niet-ontvoogd kind door een man wiens vaderschap wordt betwist], noot onder Arbitragehof nr. 63/92, 8 oktober 1992, *T. Not.* 1993, 43-45.

BOUCAUD, P., "Les recours de l'enfant fondés sur la CEDH et sur la CIDE", *Journ. dr. jeun.* 1998, afl. 174, 17-23.

BRIJS, S., "DNA-onderzoek in afstammingsgeschillen: wie weigert, heeft (meestal) ongelijk", (noot onder Cass. C. 96.182.N en C. 97.294.N, 17 december 1998), *R. Cass.* 1999, 175-198.

CAPPELINI, L., "La loi sur la filiation du 31 mars 1987: l'égalité n'est pas encore complete", *J.J.D.* 1987, deel 1: afl. 50, 2-4, deel 2: afl. 51, 2-3.

CASTELEIN, C., "De naam van het perinataal overleden kind", *NjW* 2002, 408-413.

COENE, M., "Het nieuwe afstammingsrecht en de notariële praktijk", *T. Not.* 1987, 266-288.

CORDIER, Th., "Divers problèmes de procédure suscités par la reconnaissance des enfants 'adultérins privilégiés'", (noot onder Rb. Bergen 13 april 1988) *J.L.M.B.* 1988, 942-944.

COUQUELET, C., "L'établissement de la filiation paternelle par la possession d'état est-il concevable à l'égard d'un prêtre?", (noot onder Rb. Gent 18 december 1997), *T.B.B.R.* 1999, 511-516.

CREVITS, H., "Partijen in de vaderschapsbetwisting", (noot onder Rb. Veurne 28 oktober 1993), *T.W.V.R.* 1997, 163-164.

CUYPERS, J., noot onder Rb. Turnhout 28 april 1988, *Turnh. Rechtsl.* 1989, 65-66.

DALCQ, J., "La réforme du droit de la filiation", *J.T.* 1987, 393-407.

DANDOY, N., "La portée des dispositions de la Convention [européenne des droits de l'homme] en droit interne belge", (noot onder Hof Mensrenrechten, arrest Vermeire / België van 29 november 1991), *T. Vred.* 2002, 241-244.

DE BUSSCHERE, C., "Oud artikel 315 van het B.W. en de huidige notariële praktijk", (noot onder Antwerpen 14 oktober 1992 en Rb. Tongeren 25 april 1990), *Not. Fisc. M.* 1992, 299-301.

DE GAVRE, J., "Le principe d'égalité dans le droit de la filiation: limites, exceptions et controle", *Rev. dr. U.L.B.* 1990, 11-36.

DE GAVRE, J., "Réflexions sur la prescription des actions en matière de la filiation", *Rev. trim. dr. fam.* 1991, 465-474.

DE KEZEL, E., "Bescherming van de familierust vs. erkenning van de biologische realiteit: een moeizame afweging van belangen – Oproep tot meer rechtlijnigheid in het Belgische afstammingsrecht", (noot onder Hoge Raad der Nederlanden 31 mei 2002), *T.J.K.* 2003, 183-186.

DE KOEKELAERE, A., "Geneeskunde, bio-ethiek en recht", *R.W.* 1993-94, 481-505.

DELGRANGE, X., "Dialogue des juges sur la paternité", (noot onder Arbitragehof nr. 63/92, 8 oktober 1992), *R.R.D.* 1992, 543-545.

DEMARET, M., "L'accouchement sous X en France: perspectives d'avenir", *Act. dr.* 2002, 500-504.

DE MEUTER, S., "Het kind en zijn moeder(s). Het moederschap na medisch begeleide voortplanting inzonderheid draagmoederschap", *T.P.R.* 1990, 645-677.

DENIES, N., "L'action en contestation de reconnaissance: entre recevabilité et fondement de la demande", (noot onder Rb. Neufchâteau 2 juni 1999), *R.R.D.* 2000, 69-73.

DENIES, N., [Reconnaissance par le père et représentation de l'enfant], (noot onder Cass. 29 april 1993), *T.B.B.R.* 1994, 224-237.

DENIES, N., "Réflexions sur l'établissement de paternité post mortem", (noot onder Parijs 6 november 1997), *J.T.* 1998, 813-817.

DEVICHI, J., "Le droit, les pères et la paternité", *Rev. trim. dr. fam.* 1988, 247-269.

DE WOLF, A., "De rechtspositie van het doodgeboren kind en zijn ouder(s)", *R.W.* 1998-99, 209-219.

DE WOLF, A., "Verklaring tot naamswijziging van een buitenhuwelijks kind: ook na de meerderjarigheid?", (noot onder Arbitragehof nr. 65/94, 14 juli 1994), *T.B.B.R.* 1996, 214-224.

DIJON, X., "La filiation paternelle de l'enfant né par insémination artificielle avec donneur", *T.B.B.R.* 1990, 95-112.

ERNST-HENRION, L., "Notre droit de la filiation à l'épreuve de la Cour d'arbitrage", *Journ. proc.* 1992, afl. 208, 10-13.

ERNST-HENRION, L., "Notre droit de la filiation face à l'impossible égalité", *Journ. proc.* 1991, afl. 186, 10-12.

ERNST-HENRION, L., "Quelques réflexions sur la reconnaissance de paternité et l'intérêt de l'enfant", *Journ. proc.* 1991, afl. 194, 11-13.

FIERENS, J., [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 sa paternité?], (noot onder Kort Ged. Rb. Brussel 29 oktober 1991 en Brussel 31 oktober 1991), *J.T.* 1993, 51-52.

GENICOT, G., "L'obligation naturelle du père biologique de fournir des aliments à son enfant", (noot onder Luik 15 juni 1998), *T.B.B.R.* 1999, 305-313.

GERLO, J. en TRAEST, G., "De vaststelling van de afstamming", *T.P.R.* 1987, 1051-1136.

GERLO, J., "De erkenning, door een man, van een buitenhuwelijks kind", (noot onder Rb. Brugge 7 november 1989, Rb. Brugge 13 maart 1990, Rb. Brugge 10 april 1990 en Rb. Brugge 26 juni 1990), *R.W.* 1990-91, 1241-1243.

GERLO, J., "De hybride vordering tegen de verwekker", (noot onder Rb. Kortrijk 28 februari 1997), *Not. Fisc. M.* 1998, 170-173.

GERLO, J., "De persoonlijke gevolgen van de afstamming", *T.P.R.* 1987, 1143-1174.

GERLO, J., "Het Arbitragehof en het afstammingsrecht", (noot onder Arbitragehof 6 juni 1996), in X (ed.), *Jaarboek 1996/97 van het Interuniversitair Centrum Mensenrechten*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1997, 334-338.

GERLO, J., "Naamwijziging van adoptief buitenhuwelijks kind bij erkenning door de latere echtgenoot", (noot onder Rb. Gent 27 juli 1989), *R.W.* 1990-91, 25-26.

GULDIX, E., "De impact van de medische wetenschap en techniek op het personen- en gezinsrecht", *R.W.* 1993-94, 1104-1128.

HANOTIAU, M., "Les dispositions transitoires de la loi modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation", *Ann. dr. Louvain* 1987, 363-378.

HERBOTS, K., "Het post-mortem DNA-onderzoek inzake afstammingsgeschillen", (noot onder Rb. Brugge 9 oktober 1995), *T.B.B.R.* 1998, 211-217.

HEYVAERT, A., "De nieuwe procreatietechnieken en de Afstammingswet van 31 maart 1987", *Vl. T. Gez.* 1988, 227-246.

HEYVAERT, A., "Het gelijkheidsbeginsel in het Belgisch internationaal huwelijks-, echtscheidings- en afstammingsrecht", *R.W.* 1991-92, 1194-1202.

JACOBS, K., "De betwisting van een erkenning door de erkenner", (noot onder Gent 9 juni 1995), *A.J.T.* 1995-96, 320-321.

JAKHIAN, E., [Les nouvelles compétences de la Cour d'arbitrage], (noot onder Arbitragehof nr. 39/90, 21 december 1990), *J.T.* 1991, 252-253.

JEGER, N., "Genetische vingerafdruk ter vaststelling van vaderschap bij een persoon in de coma", (noot onder Kort Ged. Rb. Gent 8 mei 1996), *T. Gez.* 1997-98, 209-214.

JONCKHEERE, A., "La cellule familiale sous la protection de la Cour d'Arbitrage", *J. dr. jeun.* 1998, afl. 177, 4.

JONCKHEERE, A., [Les articles 322 et 323 du Code civil à la lumière des principes d'égalité et de non-discrimination], (noot onder Arbitragehof nr. 104/98, 21 oktober 1998), *J. dr. jeun.* 1999, afl. 182, 58.

KOHL, A., "Le juge civil des référés est-il compétent pour statuer à titre incident sur une contestation relative à la filiation?", (noot onder Cass. 21 mei 1987), *Ann. dr. Liège* 1988, 18-20.

KOWALSKI, K., "Filiation et reconnaissance paternelle", *J. dr. jeun.* 1992, afl. 118, 14.

LAMPE, M.-F., "À propos du deuil périnatal. La norme à l'écoute de son modèle. Du droit des personnes au droit de la famille", *Rev. trim. dr. fam.* 1990, 199-219.

LECLERCQ, C., "L'application de l'article 320 du Code civil", (noot onder Rb. Charleroi 8 mei 1989), *J.L.M.B.* 1989, 871-873.

LELEU, Y.-H., "Les actions en recherche de paternité tardives", (noot onder Cass. 19 september 1997), *T.B.B.R.* 1999, 49-59.

LELEU, Y.-H., "L'Etat responsable pour inertie législative en matière de filiation?", (noot onder Rb. Luik 17 november 2000), *J.T.* 2001, 302-303.

LELEU, Y.-H., "Le droit transitoire de la prescription des actions relatives à la recherche de filiation adultérine", (noot onder Rb. Brussel 12 januari 1993 en onder Rb. Brussel 20 februari 1990), *J.T.* 1993, 845-850.

LELEU, Y.-H. en LANGENAKEN, E., "Quel statut pour l'embryon et le fœtus dans le champ juridique belge?", *J.T.* 2002, 657-666.

LOOSVELDT, F., "De dwangsom: reikwijdte, toepassingsgebied en enkele betwistingen ter zake", *A.J.T.-Dossier* 1994-95, 93-111.

MAHIEU, G., "Nouvelle loi sur la filiation" en "Nieuwe wet op de afstamming", *Notarius* 1987, 135-144 en 145-154.

MAHIEUX, G., "La loi sur la filiation déjà condamnée par la Cour d'arbitrage", *Notarius* 1991, 96-97.

MAHILLON, P., "L'enfant adultérin: de la marginalité extrême à l'égalité tempérée", in X (ed.), *J.L. – J.L.M.B. Centenaire*, Brussel, Story-Scientia, 1988, 223-240.

MANAI, D., "Le déclin des pères par le droit", *R.I.E.J.* 1994, afl. 33, 85-105.

MARTENS, P., "L'égalité et le droit privé", *Rev. dr. U.L.B.* 2002, 315-332.

MASSAGÉ, N., "La prescription de l'action en recherche de paternité", (noot onder Rb. Brussel 12 januari 1993), *Rev. not. b.* 1994, 59-96.

MASSAGER, N., "L'insémination artificielle avec donneur au profit des femmes formant un couple homosexuel", (noot onder Jeugdrb. Kortrijk 18 maart 1997), *J.T.* 1998, 731-733.

MASSIN, I., "L'établissement de la paternité du père biologique par la contestation indirecte de paternité du père légal – Article 320, 3° du Code civil", (noot onder Bergen 4 mei 1999 en Luik 12 mei 1999), *T.B.B.R.* 2001, 589-599.

MASSIN, I., "Quelques réflexions relatives à la preuve de la séparation de fait aux fins de contestation indirecte de la paternité du mari de la mère", (noot Luik 16 oktober 2000), *J.L.M.B.* 2002, 142-144.

MELLAERTS, J., "Afstammingsgeschillen: een procesrechtelijke benadering", *T.P.R.* 1991, 1139-1221.

MELLAERTS, J., "De machtiging tot erkenning van een kind verwekt in overspel a matre en het vereiste van toestemming in de erkenning", (noot onder Antwerpen 28 juni 1989), *R.W.* 1991-92, 508-509.

MELLAERTS, J., "Dienen de procedures van de artikelen 319*bis* en 320 B.W. inzake de vaderlijke erkenning achtereenvolgens te worden toegepast?", (noot onder Rb. Gent 25 juni 1992 en Rb. Gent 12 november 1992), *R.W.* 1992-93, 1204-1205.

MELLAERTS, J., ROODHOOFT, J. en WYNANT, L. (ed.), "Recente evoluties in het burgerlijk recht 1987-1992, I, Personen- en familierecht. Familiaal vermogensrecht", *T.B.B.R.-dossier* 1993, 27-40, nrs. 96-153.

MEULDERS, E., "Erkenning – De (fysische) bekwaamheid van de erkenner", *De Burg. St.* 1989, 165-168.

MEULDERS, E., "Erkenning – Wie kan ze opmaken?", *De Burg. St.* 1988, 98.

MEULDERS, E., "Erkenning van een kind verwekt in overspel t.o.v. zowel de moeder als de vader", *De Burg. St.* 1996, 253-255.

MEULDERS, E., "Nieuwe afstammings- en adoptiewetgeving – De rechtsonzekerheid groeit", *De Burg. St.* 1989, 111-114.

MEULDERS, E., "Postume erkenning. Vonnis Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent d.d. 13.02.92", *De Burg. St.* 1993, 489.

MEULDERS, E., "Voorziening in cassatie bij art. 319, 319*bis*, 320 B.W. – opschortend of niet?", *De Burg. St.* 1997, 391.

MEULDERS-KLEIN, M.-Th., "L'établissement et les effets personnels de la filiation selon la loi belge du 31 mars 1987", *Ann. dr. Louvain* 1987, 213-317.

MOSSELMANS, S., "Vóór 6 juni 1987 geboren overspelige kinderen en hun onderzoek naar het overspelig vaderschap", (noot onder Cass. 19 september 1997), *R.W.* 1998-99, 436-440.

NUDELHOLE, S., "Les dispositions transitoires de la loi du 31 mars 1987 confrontées au principe d'égalité et aux droits de l'homme", (noot onder Luik 7 februari 1992), *J.L.M.B.* 1993, 378-380.

NUNES CORREIA, P., "La présomption de paternité: comparaison entre le droit belge et le droit portugais", *Rev. dr. intern. comp.* 2003, 43-91.

NYS, H., "Het recht op medisch begeleide bevruchting?", *A. Hosp.* 1987, afl. 3, 83-85.

OVERLAET, Th., "Erkenning van een kind door een gehuwd man: art. 319*bis* B.W.", *De Burg. St.* 1990, 208-211.

PANIER, C., "De la recevabilité des actions relatives à la filiation d'un enfant à naître", (noot onder Luik 15 maart 1988, Rb. Doornik 18 april 1988, Rb. Dinant 27 april 1988 en Rb. Dinant 27 oktober 1988), *J.L.M.B.* 1989, 125-126.

PANIER, C., [La compétence exclusive du tribunal de première instance en matière de l'état des personnes], (noot onder Cass. 21 mei 1987), *Rev. trim. dr. fam.* 1987, 357-359.

PANIER, C., "L'expertise génétique post mortem", (noot onder Rb. Namen 2 december 1992), *J.L.M.B.* 1993, 595.

PANIER, C., "La loi sur la filiation devant la Cour d'arbitrage", (noot onder Rb. Bergen 4 april 1990), *J.L.M.B.* 1990, 897-899.

PANIER, C., "La notion de 'justes motifs' dans l'article 337, paragraphe premier, nouveau, du Code civil", (noot onder Cass. 13 september 1990), *J.L.M.B.* 1990, 1239-1242 en *J. dr. jeun.* 1990, afl. 10, 41-42.

PANIER, C., "Le moment de la transcription d'une reconnaissance autorisée", (noot onder Luik 10 oktober 1989), *J.L.M.B.* 1989, 1450.

PAYE, O., "L'élaboration de la loi sur la filiation de 1987. Un modèle de processus législatif du droit belge de la famille?", *R.I.E.J.* 1993, afl. 10, 31-82.

PIRE, D., "A propos des arrêts de la Cour d'arbitrage en matière de filiation et de leurs effets, lorsqu'ils sont rendus sur questions préjudicielles", (noot onder Arbitragehof nr. 65/94, 14 juli 1994 en Arbitragehof nr. 62/94, 14 juli 1994), *J.L.M.B.* 1995, 174-179.

PIRE, D., "Cour d'arbitrage et filiation: du neuf?", (noot onder Arbitragehof nr. 36/96, 6 juni 1996), *J.L.M.B.* 1996, 1689-1691.

PIRE, D., "Droit judiciaire de la filiation", *Act. dr.* 1991, 689-728.

PIRE, D., "Droit judiciaire et filiation: un arrêt important", (noot onder Luik 19 mei 1998), *J.L.M.B.* 1999, 1526-1529.

PIRE, D., "Encore un *couac* législatif en matière de filiation sanctionné par la Cour d'Arbitrage", (noot onder Arbitragehof nr. 61/2000, 25 mei 2000), *J.L.M.B.* 2000, 1073-1075.

PIRE, D., "La connexité entre les demandes de recherche de paternité et de condamnation à des aliments", (noot onder Rb. Brussel 18 mei 1994), *J.L.M.B.* 1995, 195-196.

PIRE, D., "La Cour d'arbitrage au secours des pères non-mariés", (noot onder Arbitragehof nr. 39/90, 21 december 1990), *J.L.M.B.* 1991, 114-116.

PIRE, D., "Le caractère réservé des actions en homologation de reconnaissance", (noot onder Rb. Luik 17 mei 1991 en Rb. Doornik 1 april 1993), *J.L.M.B.* 1993, 922-923.

PIRE, D., "L'enfant 'incestueux' et la Convention européenne des droits de l'Homme", (noot onder Luik 27 februari 1990), *J.L.M.B.* 1990, 1169-1170.

PIRE, D., [Les effets des arrêts de la Cour d'arbitrage rendus sur question préjudicielle et la désignation d'un tuteur *ad hoc* lorsque l'enfant n'est pas partie à la cause], (noot onder Luik 10 december 1992), *J.L.M.B.* 1992, 952-954.

PIRE, D., "Filiation et Cour d'arbitrage: les prêtres d'Apollon de la place royale", (noot onder Arbitragehof nr. 66/2003, 14 mei 2003), *J.L.M.B.* 2003, 1123-1135.

PIRE, D., "Filiation et divorce: une modification législative importante qui pourrait passer inaperçue", *Div. Act.* 1995, 89-90.

PIRE, D., "Requiem pour la présomption de paternité", (noot onder Rb. Luik 27 oktober 1989), *Ann. dr. Liège* 1990, 390-396.

POULEAU, V., "Propos sur les modes de preuve retenus en matière d'établissement et de contestation de la filiation en droit belge", *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 613-646.

RASSON, G., "Reconnaissance d'un enfant dès sa conception et reconnaissance d'un enfant par acte notarié", *Rev. not. b.* 2002, 783-787.

RENAULD, B., "La Cour d'arbitrage et l'égalité des père et mère en matière de filiation", (noot onder Arbitragehof nr. 63/92, 8 oktober 1992), *J.T.* 1993, 308-312.

RENCHON, J., "La réforme du droit de la filiation. Loi du 31 mars 1987 modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation", *Rev. trim. dr. fam.* 1987, 5-108.

RENS, J., "Vaststelling en betwisting van de afstamming", *T. Not.* 1987, 346-375.

RIGAUX, F., "Le nouveau droit de la filiation à l'épreuve des droits de l'homme", *Ann. dr. Louvain* 1987, 379-404.

RIGAUX, M.-F., [Les décisions de la Cour d'arbitrage comme précédent dans le cadre du contentieux préjudiciel en matière de reconnaissance], (noot onder Luik 15 januari 2001), *R.R.D.* 2001, 144-146.

ROUVROY, A., "Quelques questions relatives aux procréations médicalement assistées", *J.T.* 1997, 769-777.

SENAEVE, P., "De vaderlijke erkenning van een buitenhuwelijks kind en het gelijkheidsbeginsel", *R.W.* 1990-91, 1211-1218.

SENAEVE, P., "De 'Reparatiewet' van 27 december 1994 betreffende de echtscheidingsprocedure", *E.J.* 1995, afl. 1, 2-5.

SENAEVE, P., "De bevoegde rechter bij wijziging van een onderhoudsuitkering en art. 336 B.W.", (noot onder Arrondrb. Brugge 11 oktober 1991), *R.W.* 1991-92, 1127-1129.

SENAEVE, P., "De dwangsom in conflict met het persoonlijkheidsrecht op eerbiediging van de integriteit van het lichaam", (noot onder Rb. Gent 21 september 1995), *R.W.* 1998-99, 98-99.

SENAEVE, P., "De grondwettigheid van de regeling omtrent de vaderlijke erkenning andermaal getoetst", *R.W.* 1992-93, 773-778.

SENAEVE, P., "Juridische aspecten van het draagmoederschap", *Vl. T. Gez.* 1988, 247-258.

SENAEVE, P., "Juridische implicaties van nieuwe ontstaansvormen van menselijk leven", *R.W.* 1985-86, 625-651.

SENAEVE, P., "Krachtlijnen van het nieuwe afstammingsrecht", *Onze Alma Mater* 1988, 179-199.

SENAEVE, P., "Recente hervormingen in het Belgische familierecht. Deel I. Afstammingsrecht", *F.J.R. (Ned.)*. 1987, 179-188.

SMET, F., "Erkenning van kinderen in het Belgische recht", *De Burg. St.* 1989, 126-143.

SMET, F., "Recapitulatie van het nieuwe afstammingsrecht", *De Burg. St.* 1987, 27-32.

SOSSON, J. "L'action en recherche de paternité: une voie simple et efficace", (noot onder Rb. Bergen 26 september 1990), *J.L.M.B.* 1992, 553-555.

SOSSON, J., [La désignation d'un tuteur *ad hoc* dans les actions en contestation de paternité], noot onder Rb. Brussel 22 april 1991, *T.B.B.R.* 1992, 57-59.

SOSSON, J., "La filiation dans les pays membres de la Communauté européenne. Etude de droit interne comparé", *Rev. trim. dr. fam.* 1992, 5-34.

SOSSON, J., "L'art. 335, par. 3 du Code civil: une disposition légale problématique ...", (noot onder Rb. Antwerpen 8 april 1992), *J.T.* 1993, 189-192.

SOSSON, J., "Quelques problèmes judiciaires d'application de la loi du 31 mars 1987 réformant le droit de la filiation", *J.T.* 1990, 301-308.

SWENNEN, F., "Art. 331*octies* B.W. en de 'rechtsvormende' taak van het Hof van Cassatie", (noot onder Cass. C.97.294.N, 17 december 1998), *R.W.* 1998-99, 1145-1148.

SWENNEN, F., "Volle adoptie na draagmoederschap: nihil obstat?", (noot onder Jeugdrb. Turnhout 4 oktober 2000), *R.W.* 2001-02, 206-207.

THIELEN, S., [L'action en contestation de paternité de l'enfant et de l'obligation alimentaire], (noot onder Luik 19 juni 2001), *J.L.M.B.* 2002, 153-155.

VAN ACKER, R., "Erkenning", *De Burg. St.* 1991, 292-310.

VAN COMPERNOLLE, J., "Aspects judiciaires des actions relatives à la filiation", *Ann. dr. Louvain* 1987, 319-343.

VAN COMPERNOLLE, J. en VERDUSSEN, M., "La guerre des juges aura-t-elle lieu? A propos de l'autorité des arrêts préjudiciels de la Cour d'arbitrage", *J.T.* 2000, 297-304.

VAN DEN BERGHEN, A., "De rechtspleging bij de procedure inzake machtiging tot erkenning van een overspelig kind a matre", (noot onder Rb. Turnhout 28 april 1988), *R.W.* 1990-91, 335-337.

VAN DEN EYNDE, P., "Le réforme du droit de la filiation en droit belge", *R.R.D.* 1987, 345-372.

VANDENSTEEN, H., "Praktijk: Procedure voor het aanbrengen van de randmelding aan een geboorteakte, na een erkenning onder voorbehoud van homologatie, gedaan bij een notaris", *De Burg. St.* 1989, 161.

VAN DER LINDEN, C., "Le droit à l'oubli et l'accouchement 'sous X'", *R.I.E.J.* 2000, afl. 45, 127-165.

VAN GYSEL, A.-Ch., "Désaveu de paternité et de maternité: de la supposition d'enfant au triomphe de la vérité biologique et affective", (noot onder Rb. Brussel 7 januari 1998), *T.B.B.R.* 2002, 214-217.

VAN GYSEL, A.-Ch., "La procédure en attribution d'une pension alimentaire non-déclarative de filiation", (noot onder Cass. 30 oktober 1997), *Div. Act.* 1999, 25-27.

VAN GYSEL, A.-Ch., "L'intérêt de l'enfant, principe générale de droit", *T.B.B.R.* 1988, 186-205.

VAN GYSEL, A.-Ch., "Le droit belge de la filiation décomposé", (noot onder Arbitragehof nr. 65/94, 14 juli 1994), *J.T.* 1995, 701-704.

VAN GYSEL, A.-Ch., "Les nouvelles lois concernant la filiation et l'adoption", *Rev. not. b.* 1987, 506-540.

VAN GYSEL, A.-Ch., "Le raisonnement de la Cour d'arbitrage en droit de la filiation: cohérences et argumentations", *Rev. dr. U.L.B.* 2002, 129-145.

VAN GYSEL, A.-Ch., "L'obligation alimentaire non-declarative de filiation: modalités surprenantes d'une institution quasi séculaire", (noot onder Luik 13 december 2000 en Brussel 22 mei 2001), *Div. Act.* 2001, 120-123.

VAN GYSEL, A.-Ch., "Notre droit de la filiation face aux inacceptables discriminations", *Journ. proc.* 1991, afl. 194, 9-11.

VAN GYSEL, A.-Ch., "Tous les enfants sur le même pied?", *Journ. proc.* 1987, afl. 105, 6-9.

VAN NESTE, F., "Afstamming anno 1987", *T.P.R.* 1987, 1029-1050.

VAN SLYCKEN, L., "Het nieuwe afstammings- en adoptierecht: een evolutie of revolutie", *R.W.* 1987-88, 345-356.

VANDAELE, A., "Een vergiftigd verjaardagsgeschenk van het Hof van Cassatie bij de tiende verjaardag van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind", (noot onder Cass. C.99.0048.N en C.99.0111.N, 4 november 1999), *R.W.* 2000-01, 233-238.

VANDENBERGHE, A., VAN BROECKHOVEN, Chr. en HEYVAERT, A., "De genetische vingerafdruk en zijn betekenis in het nieuwe afstammingsrecht", *R.W.* 1986-87, 2553-2568.

VERSCHELDEN, G., "De betwisting van het vaderschap van de echtgenoot na kunstmatige inseminatie", (noot onder Rb. Gent 31 mei 2001), *T.B.B.R.* 2002, 29-37.

VERSCHELDEN, G., "De erkenning van een overspelig kind *a matre* na echtscheiding door onderlinge toestemming", (noot onder Rb. Dendermonde 2 juni 1999), *A.J.T.* 1999-2000, 610-615.

VERSCHELDEN, G., "De wettelijke termijnregeling voor de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot geconfronteerd met het gelijkheidsbeginsel", (noot onder Arbitragehof nr. 138/2000, 21 december 2000), *T.B.B.R.* 2001, 362-379.

VERSCHELDEN, G., "Het Arbitragehof en de erkenning: het gelijkheidsbeginsel andermaal geschonden", (noot onder Arbitragehof nr. 61/2000, 25 mei 2000), *A.J.T.* 2000-01, 291-297.

VERSCHELDEN, G., "Het Belgisch afstammingsrecht in het licht van het gelijkheidsbeginsel", *T.B.B.R.* 2000, 126-154.

VERSCHELDEN, G., "Proactieve rechtspraak inzake de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot na echtscheiding door onderlinge toestemming: een stap te ver?", (noot onder Rb. Gent 31 januari 2002), *R.W.* 2001-02, 1578-1582.

VERSCHELDEN, G., "Wilsgebrek en wetsontduiking bij de betwisting van een erkenning door de erkenner zelf", (noot onder Rb. Gent 25 oktober 2001 en 31 januari 2002), *T.B.B.R.* 2003, 94-101.

VIEUJEAN, E., "Le nouveau droit de la filiation", *Ann. dr. Liège* 1987, 97-158.

VIEUJEAN, E., "Paternité du mari contestée au nom d'un incapable", (noot onder Brussel 14 september 2000 en Rb. Verviers 30 oktober 2000), *T.B.B.R.* 2001, 534-538.

VRANKEN, J.B.M., "Contractualisering en draagmoederschap", *T.P.R.* 1997, 1751-1761.

WILS, W., "Draagmoederschap: een vergelijkende studie vanuit het recht van de Verenigde Staten van Amerika", *Jur. Falc.* 1988-89, 9-33.

X., "Aangifte van de geboorte van een in overspel verwekt en erkend kind door een gehuwde man", *De Burg. St.* 1988, 84-85.

X., "Afstamming – Erkenning van een kind", *De Burg. St.* 1988, 27-29.

X., "Akte van erkenning van een ongeboren kind. Publiciteitsmaatregelen", *De Burg. St.* 1988, 62.
X., "Erkenning op voorhand van een meerling", *De Burg. St.* 1996, 320-321.

C. INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT INZAKE AFSTAMMING

1. Boeken

D'HAEYER, I., *Belgisch internationaal privaatrecht (I.P.R.), in A.J.T.-Memo's*, nr. 1, 1998, 39-40, nrs. 112-117.

ERAUW, J., *Beginselen van internationaal privaatrecht, http://www.ipr.be/data/E261a.pdf* (31 december 2003).

HEYVAERT, A., *Belgisch internationaal privaatrecht. Een inleiding*, Gent, Mys & Breesch, 2001, 166-170, nrs. 364-372.

RIGAUX, F. en FALLON, M., *Droit international privé*, II, *Droit positif belge*, Brussel, Larcier, 1993, 366-383, nrs. 1067-1089.

VAN HECKE, G. en LENAERTS, K., *Internationaal privaatrecht*, in *A.P.R.*, Brussel, Story-Scientia, 1989, 238-246, nrs. 511-531.

2. Bijdragen in verzamelwerken

FALLON, M., "La filiation internationale: problèmes nouveaux, solutions nouvelles?", in VERWILGHEN, M. en DE VALKENEER, R. (ed.), *Relations familiales internationales*, Brussel, Bruylant, 1993, 87-131.

GANSHOF, L., "La règle alternative de conflit en matière de filiation", in X (ed.), *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, Brussel, Nemesis, 1987, 324-332.

GULDIX, E., "Internationaal privaatrecht en bio-ethiek: de casus van het leenmoederschap", in STORME, M. (red.), *Personen- en familierecht. Gezin en recht in een postmoderne samenleving. Twintig jaar Post-universitaire Cyclus Willy Delva (1973-1993)*, Gent, Mys & Breesch, 1994, 121-140.

LENAERTS, K., "Hoofdstuk V. Afstamming" van Deel IV: Internationaal privaatrecht, in GERLO, J., HEYVAERT, A., PAUWELS, J. en SENAEVE, P. (red.), *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1989, losbl.

NUYTS, A., "Filiation internationale: l'incidence de la loi du 31 mars 1987 sur la pratique des cours et tribunaux", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, II, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, 411-467.

Pand. b., tw. *Enfant naturel, adultérin ou incestueux (droit international privé)*, t. 35, nr. 3343, Brussel, Larcier, 1890, 987-998, nrs. 1-48.

Pand. b., tw. *Filiation (Droit international)*, t. 44, nr. 3793, Brussel, Larcier, 1893, 406-413, nrs. 1-33.

VAN HOUTTE, H. en JUSTÉ, C., "Internationaal privaatrechtelijke aspecten van de onderhoudsvordering tegen de verwekker", in SENAEVE, P. (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1993, 247-255.

VAN HOUTTE, H. en JUSTÉ, C., "Internationaal privaatrechtelijke aspecten van het afstammingsrecht", in SENAEVE, P. (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1993, 175-196.

3. Overzichten van rechtspraak

FALLON, M., "Chronique de jurisprudence. Les conflits de lois relatifs à la personne et aux relations familiales (1980-1987)", *Rev. trim. dr. fam.* 1988, 193-246.

HANOTIAU, B., "Examen de jurisprudence. Droit international privé. Les personnes er les relations familiales (1974-1979)", *Rev. trim. dr. fam.* 1980, (237) 257-258, nrs. 38-42.

LAMBEIN, K., "Hoofdstuk VI. De oorspronkelijke en de adoptieve afstamming", in "Overzicht van rechtspraak. Internationaal privaatrecht en nationaliteitsrecht (1993-1998)", *T.P.R.* 1998, (1445) 1445-1452, nrs. 130-148.

LAMBEIN, K. en ERAUW, J., "Hoofdstuk VII. De afstamming", in "Internationaal privaatrecht en nationaliteitsrecht. Overzicht van rechtspraak. (1985-1992)", *T.P.R.* 1993, 570-577, nrs. 87-107.

LIÉNARD-LIGNY, M., "La filiation" in "Jurisprudence belge de droit international privé. Nationalité et relations familiales (1990-1994)", *B.T.I.R.* 1995, (694) 723-725, nr. 15.

NUYTS, A., "Filiation", in WATTÉ, N., BARNICH, L., INGBER, J., MARQUETTE, V., NUYTS, A. en PRIOUX, R., "Chronique de jurisprudence belge (1988-1994)", *J.D.I.* 1996, (151) 165-172.

VAN HECKE, G. en RIGAUX, F., "La filiation", in "Examen de jurisprudence (1981-1991). Droit international privé (conflits de lois)", *R.C.J.B.* 1991, (143) 174-177, nrs. 44-45.

4. Tijdschriftartikels en noten

BATTIFOL, H. en LAGARDE, P., "L'improvisation de nouvelles règles de conflit de lois en matière de filiation", *Rev. crit. dr. intern. privé* 1972, 1-26.

CHRISTIANS, L.-L., "Le nom de l'enfant en droit international privé et en droit matériel", (noot onder Luik 8 september 1992), *J.L.M.B.* 1994, 880-885.

DE FOER, L., "De vrijwillige erkenning van vaderschap in het I.P.R.; doelgerichte dubbele aanknoping en de renvoi", (noot onder Rb. Brugge 27 januari 1985), *R.W.* 1986-87, 878-885.

ERAUW, J., "De betwisting van een natuurlijke afstamming tegenover een Algerijnse vader", *T. Vreemd.* 1984, 137-145.

FALLON, M., "La contestation de paternité: quelle loi appliquer?", (noot onder Bergen 28 november 2000), *Rev. trim. dr. fam.* 2002, 481-483.

FALLON, M., [L'application correcte de la loi étrangère désignée par la règle de conflit et l'évocation de l'exception d'ordre public dans la procédure de contestation de paternité], (noot onder Rb. Brussel 22 november 1988), *Rev. trim. dr. fam.* 1990, 256-259.

LAMBEIN, K. en WYLLEMAN, B., "Het Belgisch internationaal afstammingsrecht na 31 maart 1987", *R.W.* 1993-94, 664-674.

LAMBEIN, K., "De receptie van een erkenningsakte geacteerd in het buitenland", (noot onder Brussel 15 oktober 1996), *A.J.T.* 1997-98, 352-354.

LENAERTS, K., "Le rôle joué par l'exception de l'ordre public lors de la solution des conflits de lois en matière de filiation", *Rev. trim. dr. fam.* 1983, 109-132.

LIÉNARD-LIGNY, M., "Quelques problèmes posés par la reconnaissance de paternité en droit international privé", (noot onder Cass. 21 mei 1987), *Ann. dr. Liège* 1988, 20-24.

MARTIN-BOSLY, B., "Les règles de conflit de lois relatives au consentement lors d'une reconnaissance de l'enfant naturel", *J.T.* 1982, 37-41.

MOSSELMANS, S., "De toepasselijke wet inzake de betwisting van vaderschap", (noot onder Rb. Dendermonde 15 februari 2001), *A.J.T.* 2001-02, 97-100.

NUYTS, A., "L'action en contestation de paternité en droit international privé: recherche du contenu de la loi étrangère et ordre public national", (noot onder Rb. Brussel 15 december 1992 en Rb. Brussel 16 juni 1992), *J.L.M.B.* 1993, 1211-1217.

PIRON, C.G.J., "Erkenning van Belgische en Nederlandse kinderen in België en Nederland", *De Burg. St.* 1988, 57-61 (deel 1), 70-81, (slot).

RIGAUX, F., "Les effets de la vraisemblance de paternité en droit international privé", (noot onder Cass. 24 maart 1960), *R.C.J.B.* 1961, 339-355.

SAROLÉA, S., "La filiation internationale. Compétence des tribunaux belges et droit applicable", *Rev. dr. étr.* 1997, 691-703.

SAROLÉA, S., "L'ordre publique international et la Convention européenne des droits de l'homme en matière de filiation", *Rev. trim. dr. fam.* 1996, 141-163.

SWERTS, K., "In het spanningsveld van de Belgische internationale openbare orde en het Marokkaans afstammingsrecht", (noot onder Rb. Antwerpen 30 juni 1998), *R.W.* 2000-01, 311-314.

TRAEST, M., "Internationaal privaatrecht inzake vorderingen tot betwisting van het vaderschap", (noot onder Rb. Gent 25 oktober 2001), *A.J.T.* 2001-02, 858-862.

VAN DEN EECKHOUT, V., "Navigeren doorheen Belgische, internationaal privaatrechtelijke en Marokkaanse kanalen: sturing van huwelijkse vaderlijke afstamming", *T. Vreemd.* 1995, 339-388 en *T. Vred.* 1997, 16-49.

VAN DEN EECKHOUT, V., "Tussen vaderschapsvermoeden en biologische werkelijkheid: komen opgelegde Marokkaanse afstammingswetten gelegen voor de ontrouwe echtgenote van een Marokkaanse man?", (noot onder Rb. Brussel 27 oktober 1993), *T. Vreemd.* 1994, 108-115.

VANDENSTEEN, H., "Erkenning van Belgisch kind in Frankrijk", *De Burg. St.* 1994, 123.

VANDENSTEEN, H., "Kind geboren uit een Turkse vrouw van een gehuwde Turkse man", *De Burg. St.* 1989, 160.

VRANCKEN-ARAUJO, P., "Désaveu et contestation de paternité, droit international privé et ordre public international belge", (noot onder Rb. Brussel 4 november 1986), *T.B.B.R.* 1988, 460-466.

WATTÉ, N., "Détermination de la loi applicable à la reconnaissance volontaire des enfants nés hors mariage et l'ordre public international belge", (noot onder Brussel 30 juni 1981), *J.T.* 1984, 724-726.

WATTÉ, N. en VAN GYSEL, A.-Ch., "La filiation et la vocation successorale en droit international privé", *Rev. dr. U.L.B.* 1990, afl. 1, 121-152.

WATTÉ, N. en VAN GYSEL, A.-Ch., "La loi applicable à l'établissement de la filiation biologique", *Rev. trim. dr. fam.* 1991, 293-325.

II. WETGEVINGSDOCUMENTATIE

A. PARLEMENTAIRE VRAGEN NA DE INWERKINGTREDING VAN DE AFSTAMMINGSWET

Vr. en Antw. Kamer 1986-87, 20 oktober 1987, 4368-4369 (Vr. nr. 213 GOOR d.d. 17 juli 1987).

Vr. en Antw. Senaat B.Z. 1987-88, z.d., 303-304 (Vr. nr. 9 VAN ROMPAEY d.d. 6 november 1987).

Vr. en Antw. Senaat 1990-91, 30 juli 1991, 1794 (Vr. nr. 117 DE LOOR d.d. 23 mei 1991).

Vr. en Antw. Kamer 1990-91, 2 september 1991, 14659 (Vr. nr. 667 CHEVALIER d.d. 18 maart 1991).

Vr. en Antw. Senaat 1997-98, 17 februari 1998, 3428-3429 (Vr. nr. 355 VERRYCKEN d.d. 3 oktober 1997).

Vr. en Antw. Kamer 2001-02, 18 juni 2002, 15668-15669 (Vr. nr. 401 GENOT d.d. 1 augustus 2001).

Hand. Senaat 2002-03, 7 november 2002, nr. 2-239, 25-30 (vraag om uitleg van mevr. SABINE DE BETHUNE aan de Minister van Justitie over "de erkenning van een levenloos geboren kind door de ongehuwde vader").

B. WETSVOORSTELLEN INGEDIEND NA DE INWERKINGTREDING VAN DE AFSTAMMINGSWET

Wetsvoorstel-BATAILLE en WECKX betreffende de kunstmatige voortplantingstechnieken en bepaalde daarmee verband houdende praktijken, *Parl. St.* Senaat 1987-88, nr. 672/1 (6 november 1987).

Wetsvoorstel-PETITJEAN tot regeling van de kunstmatige inseminatie bij de mens, *Parl. St.* Senaat B.Z. 1988, nr. 9/1 (10 maart 1988).

Wetsvoorstel-HANQUET ter bevordering van een doorzichtig beleid in de centra voor kunstmatige inseminatie en in-vitro-bevruchting, *Parl. St.* Senaat B.Z. 1988, nr. 147-1 (24 maart 1988).

Wetsvoorstel-MOUREAUX tot wijziging van artikel 319 § 3 van het Burgerlijk Wetboek, wat de erkenning van een minderjarig en niet-ontvoogd kind betreft, *Parl. St.* Senaat 1990-91, nr. 1184/1 (9 januari 1991).

Wetsvoorstel-HENRION tot wijziging van sommige bepalingen van het Burgerlijk Wetboek betreffende de erkenning door de vader of door de moeder, *Parl. St.* Senaat 1990-91, nr. 1197/1 (14 januari 1991).

Wetsvoorstel-DE DONNÉA en FORET tot wijziging van sommige bepalingen van het Burgerlijk Wetboek betreffende de erkenning door de vader of door de moeder, *Parl. St.* Senaat B.Z. 1991-92, nr. 101/1 (15 januari 1992).

Wetsvoorstel-ERDMAN tot wijziging van de artikelen 318 en 320 van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* Senaat 1993-94, nr. 1185/1 (26 september 1994).

Wetsvoorstel-MONFILS inzake sommige aspecten van de bio-ethiek, *Parl. St.* Senaat B.Z. 1995, nr. 1-37/1 (29 juni 1995).

Wetsvoorstel-MILQUET houdende wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek betreffende de afstamming, *Parl. St.* Senaat 1995-96, nr. 1-219/1 (4 januari 1996).
Een identiek voorstel werd reeds in de Senaat ingediend op 29 april 1992, zie *Parl. St.* Senaat B.Z. 1991-92, nr. 324/1.

Wetsvoorstel-NYSSENS tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek inzake adoptie en tot aanvulling van de Wet van 31 maart 1987 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming met een artikel 121, *Parl. St.* Senaat B.Z. 1999, nr. 2-66/1 (20 september 1999).
Een identiek voorstel werd reeds ingediend door mevr. MILQUET, op 15 maart 1999 in de Senaat en op 19 november 1999 in de Kamer, zie resp. *Parl. St.* Senaat 1998-99, nr. 1-1320/1 en *Parl. St.* Kamer 1999-2000, nr. 0268/001.

Wetsvoorstel-VAN KESSEL houdende regeling inzake het verzamelen, het bewaren en het verstrekken van gegevens bij de donatie van gameten, *Parl. St.* Senaat 1999-2000, nr. 2-540/1 (31 juli 2000).

Wetsvoorstel-BOURGEOIS en VAN HOOREBEKE tot wijziging van artikel 320 van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* Kamer 2000-01, nr. 1064/001 (25 januari 2001).

Wetsvoorstel-LALOY en MAHOUX tot wijziging van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het vaststellen van de afstamming en de gevolgen ervan, *Parl. St.* Senaat B.Z. 2003, nr. 3-29/1 (8 juli 2003).
Identieke voorstellen werden reeds ingediend in de Kamer en in de Senaat, zie Wetsvoorstel-GIET en LALIEUX, *Parl. St.* Kamer 2002-03, nr. 2415/001 (1 april 2003) en Wetsvoorstel-LALOY tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek teneinde het afstammingsrecht in overeenstemming te brengen met de principes van gelijkheid en non-discriminatie, *Parl. St.* Senaat 2002-03, nr. 2-1599 (9 april 2003).

Wetsvoorstel-MAHOUX tot wijziging van artikel 331*octies* van het Burgerlijk Wetboek ten einde perken te stellen aan genetisch onderzoek bij overledenen met het oog op het vaststellen van de afstamming, *Parl. St.* Senaat B.Z. 2003, nr. 3-30/1 (8 juli 2003).
Identieke voorstellen werd reeds in de Senaat ingediend op 23 april 1998 en 14 juli 1999, zie resp. *Parl. St.* Senaat 1998-99, nr. 1-960/1 en *Parl. St.* Senaat B.Z. 1999, nr. 2-19/1.

Wetsvoorstel-DURANT tot invoeging van een artikelen [3]42*bis* in het Burgerlijk Wetboek inzake het ouderschapsboekje, *Parl. St.* Senaat B.Z. 2003, nr. 3-80/1 (17 juli 2003).
Een identiek voorstel werd reeds op 6 februari 2002 ingediend door de heer GALAND en mevr. KAÇAR, zie *Parl. St.* Senaat 2001-02, nr. 2-1042/1.

Wetsvoorstel-NYSSENS c.s. tot reglementering van het gebruik van genetische analyses voor identificatiedoeleinden inzake afstamming, *Parl. St.* Senaat B.Z. 2003, nr. 3-97/1 (22 juli 2003).
Identieke voorstellen werden reeds door dezelfde indienster in Senaat ingediend op 13 maart 2002 en 9 juli 2003, zie resp. *Parl. St.* Senaat 2002-03, nr. 2-1528/1 en *Parl. St.* Senaat B.Z. 2003, nr. 3-64 en in de Kamer door mevr. MILQUET op 17 februari 2003 en 11 juli 2003, zie resp. *Parl. St.* Kamer 2002-03, nr. 2307/001 en *Parl. St.* Kamer B.Z. 2003, nr. 066/001.

Wetsvoorstel-MONFILS tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en de op 14 juli 1994 gecoördineerde wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen ten einde de mogelijkheid in te voeren om naamloos te bevallen, *Parl. St.* Kamer B.Z. 2003, nr. 0155/001 (4 augustus 2003).
Een identiek wetsvoorstel werd reeds in de Senaat ingediend op 30 september 1999, zie *Parl. St.* Senaat B.Z. 1999, nr. 2-89/1.

Wetsvoorstel-MAINGAIN, LIBERT en PAYFA tot wijziging van artikel 319 § 3 en § 4 van het Burgerlijk Wetboek, teneinde het door het Arbitragehof vastgestelde discriminerende karakter ervan weg te werken, *Parl. St.* Kamer B.Z. 2003, nr. 0209/001 (19 september 2003).
Een identiek voorstel werd reeds op 21 juni 2002 in de Kamer ingediend door de heer MAINGAIN, zie *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1883/001.

Wetsvoorstel-DE BETHUNE c.s. tot wijziging van de regelgeving betreffende levenloos geboren kinderen, *Parl. St.* Senaat 2003-04, nr. 3-268/1 (20 oktober 2003).
Een identiek wetsvoorstel werd reeds op 8 mei 2002 in de Senaat ingediend, zie *Parl. St.* Senaat 2001-02, nr. 2-1145/1.

Wetsvoorstel-SWENNEN tot wijziging van artikel 332 van het Burgerlijk Wetboek om de termijn waarbinnen de echtgenoot het vaderschap kan betwisten, te verlengen, *Parl. St.* Kamer 2003-04, nr. 0495/001 (26 november 2003).

Wetsvoorstel-GENOT tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de erkenning van de afstamming betreft, *Parl. St.* Kamer 2003-04, nr. 3-303/1 (1 december 2003).
Een identiek wetsvoorstel werd reeds op 9 oktober 2001 in de Kamer ingediend door dezelfde indienster en mevr. GRAUWELS en op 5 november 2003 in de Senaat door de heer GUILBERT, zie resp. *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 1433/001 en *Parl. St.* Senaat 2003-04, nr. 3-303/1.

Wetsvoorstel-GIET, LALIEUX, DÉOM, PERPÈTE en SAUDOYER tot wijziging van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het vaststellen van de afstamming en de gevolgen ervan, *Parl. St.* Kamer 2003-04, nr. 0597/001 (17 december 2003).

C. OMZENDBRIEVEN

Omz. nr. 139 d.d. 13 december 1848 van de Minister van Binnenlandse Zaken betreffende de bevolkingsstatistiek en doodgeborenen, *Bulletin du Ministère de l'Interieur* 1848, 592-593.

Omz. nr. 42 d.d. 22 maart 1849 van de Minister van Binnenlandse Zaken betreffende de begraving van doodgeborenen, *Bulletin du Ministère de l'Interieur* 1849, 135.

Omz. nr. 17 d.d. 16 april 1890 van de Minister van Binnenlandse Zaken betreffende de speciale statistiek van doodgeborenen, *Bulletin du Ministère de l'Interieur* 1890, 155-156.

Ministeriële circulaire 22 mei 1987 betreffende de toepassing van de Wet van 31 maart 1987 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming, *B.S.* 27 mei 1987, 8323-8328.

Omz. 14 oktober 1987 met ref. R. nr. 50/87 betreffende Burgerlijke stand – Akten van de burgerlijke stand – Wet van 31 maart 1987, *onuitg.*

Omz. 10 maart 1988 met ref. 7/Litt.EC/Fil. betreffende de Wet van 31 maart 1987 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming, *onuitg.*

Omz. 4 juni 1991 met ref. Litt. EC 91/3L LB14/PG.1 betreffende artikel 319 § 3 van het Burgerlijk Wetboek – Arrest van 21 december 1990 van het Arbitragehof, *onuitg.*

Omz. 9 september 1991 betreffende de begraving van foetussen van minder dan zes maanden, *B.S.* 25 september 1991, 21111-21112.

Omz. 21 juni 1995 met ref. EC 95/7 Pr. betreffende de problemen die de nieuwe bepalingen inzake de echtscheidingsprocedure stellen op het vlak van de burgerlijke stand, *onuitg.*

Omz. 8 mei 2003 betreffende de Wet van 13 februari 2003 tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht en tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek, *B.S.* 16 mei 2003, 27139-27142.

D. VARIA

COMMITTEE *AD HOC* OF EXPERTS ON PROGRESS IN THE BIOMEDICAL SCIENCES (CAHBI), *Report on human artificial procreation. Principles set out in the report of the ad hoc committee of experts on progress in the biomedical sciences* (afgekort: ontwerp-aanbeveling CAHBI, 1989), in het Frans en het Engels beschikbaar op het internet, *http://www.coe.int/T/E/Legal_affairs/Legal_co-operation/Bioethics* (31 december 2003).

COMMITTEE OF EXPERTS ON FAMILY LAW (CJ-FA), "*White Paper" on Principles concerning the Establishment and Legal Consequences of Parentage* (afgekort: "Witboek" CJ-FA (2002)), in het Frans en het Engels beschikbaar op het internet, *http://www.legal.coe.int/family* (31 december 2003).

COUNCIL OF EUROPE, *Medically assisted procreation and the protection of the human embryo. Comparative study on the situation in 39 states. Cloning. Comparative study on the situation in 44 states*, in het Frans en het Engels in pdf-formaat beschikbaar op het internet, *http://www.coe.int/T/E/Legal_Affairs/Legal_co-operation/Bioethics/Texts_and_documents/CDBI-INF(98)8PMA.pdf* (31 december 2003).

Verslag van de staatscommissie voor de ethische problemen, *Parl. St.* Senaat 1976-77, nr. 954.

DEEL I

ALGEMENE INLEIDING

TITEL I

INLEIDENDE BESCHOUWINGEN

HOOFDSTUK I

POSITIONERING VAN DIT WERK IN DE DOCTRINE – VERDUIDELIJKING VAN HET OPZET

1 De verhandeling "Afstamming" in de reeks *Algemene Praktische Rechtsverzameling* is qua opzet beperkt tot de vaststelling en de betwisting van de afstamming in juridische zin.

Zowel het materieel recht inzake de vaststelling en de betwisting van een afstammingsband als het – formele – afstammingsprocesrecht is opgenomen in het Burgerlijk Wetboek en wordt daar geregeld door de artikelen 312 t.e.m. 333 B.W. Globaal gezien vormen deze bepalingen de eerste vier hoofdstukken van Titel VII "Afstamming" van Boek I.

Deze titel omvat nog een vijfde en zesde hoofdstuk, waarin resp. (een aantal) gevolgen van de afstamming worden geregeld (art. 334, 334*bis*, 334*ter* en 335 B.W.) en bepalingen zijn opgenomen m.b.t. een specifieke alimentatievordering, nl. de vordering tot een uitkering voor levensonderhoud, opvoeding en passende opleiding (art. 336, 337, 338, 338*bis*, 339, 339*bis*, 340 en 341 B.W.). Deze twee laatste hoofdstukken van Titel VII "Afstamming" blijven in deze verhandeling buiten beschouwing.

2 Om diverse redenen leek het ons niet aangewezen de structuur van het recht i.v.m. de vaststelling en de betwisting van de afstamming, zoals opgenomen in het Burgerlijk Wetboek, in deze verhandeling over te nemen.

Het B.W. maakt in zijn hoofdstukkenstructuur op geen enkele wijze melding van de betwisting van de afstamming; een aantal van de wettelijke bepalingen i.v.m. de betwisting van een juridisch vastgestelde afstammingsband werden integendeel opgenomen onder hoofdstukken waarvan de benaming doet vermoeden dat enkel de vaststelling van de afstamming erin wordt besproken (hoofdstukken I en II van Titel VII Boek I B.W., resp. van moederszijde en vaderszijde).
Hoofdstuk III van Titel VII "Afstamming" bevat bijna uitsluitend bepalingen i.v.m. de erkenning, waaronder de basis voor de betwisting van de erkenning (art. 330 B.W.), zodat de benaming van het hoofdstuk "Gemeenschappelijke bepalingen nopens de wijze waarop de afstamming wordt vastgesteld" de lading helemaal niet dekt.
Hoofdstuk IV "Vorderingen met betrekking tot de afstamming" is qua afdelingen onevenwichtig gestructureerd en maakt in zijn tweede afdeling artikelsgewijs een onduidelijk onderscheid tussen de vorderingen tot betwisting van staat en deze tot inroeping van staat (zie de art. 332 tot 332*quater* B.W.).

3 Het voorliggende werk bestaat – in een *summa divisio* – uit vier grote delen:
- deel I: Algemene inleiding;
- deel II: Vaststelling van de afstamming;
- deel III: Betwisting van de afstamming;
- deel IV: Vaststelling en betwisting van de afstamming na artificiële procreatie.

In deel I zal bij wijze van algemene inleiding in een eerste titel worden gefocust op de terminologie uit het afstammingsrecht. Vervolgens zal het belang van een juridisch vastgestelde afstammingsband worden geïllustreerd via het aanstippen van de zeer diverse rechtsgevolgen die de vaststelling van de

afstamming met zich meebrengt. Ten slotte zal worden gewezen op het bijzonder karakter van het afstammingsrecht als privaatrecht van openbare orde. In een volgende titel wordt de historiek van het Belgisch afstammingsrecht geschetst (Titel II), waarna ons afstammingsrecht wordt bekeken in internationaal verdragsrechtelijk en Belgisch grondwettelijk perspectief (resp. Titel III en IV). Dit eerste deel wordt afgesloten met een prognose i.v.m. de hervorming van het Belgisch afstammingsrecht (Titel V).

De delen II en III, resp. i.v.m. de vaststelling en de betwisting van de afstamming, vormen het *corpus* van voorliggende verhandeling. Structuurmatig is binnen deze beide delen uitgegaan van het natuurlijk evidente onderscheid tussen de afstamming van moederszijde en de afstamming langs vaderszijde, een onderscheid dat de wet enkel maakt m.b.t. de vaststelling van de afstamming (resp. hoofdstuk I en hoofdstuk II van Titel VII van Boek I van het B.W.). Hoewel de afstamming binnen en buiten het huwelijk *idealiter* samen zouden moeten worden behandeld, was het omwille van de beoogde overzichtelijkheid noodzakelijk om de bijzondere regels inzake de overspelige afstamming, evenals de bijzondere bepalingen inzake de bloedschennige afstamming, in afzonderlijke hoofdstukken en/of afdelingen weer te geven. In deze twee delen zal het overgangsrecht inzake de vaststelling en de betwisting niet op globale wijze worden behandeld, maar integendeel zo gedifferentieerd mogelijk en onmiddellijk aansluitend op de geldende regels, teneinde de lezer een pasklaar antwoord te kunnen bieden op een afgebakend probleem dat in een bepaalde procedure is gerezen.

In deel IV wordt aandacht besteed aan de kunstmatige voortplantingstechnieken die ook in ons land meer en meer toepassing vinden om tegemoet te komen aan de kinderwens van steriele koppels of alleenstaande aspirantouders. Nu het Belgische recht de medisch begeleide voortplanting nagenoeg totaal heeft geïgnoreerd, rijzen vragen naar het afstammingsrechtelijk statuut van het kind dat na de aanwending van artificiële procreatietechnieken ter wereld is gekomen. Aangezien deze vragen niet via specifieke wettelijke bepalingen kunnen worden opgelost, worden in dit laatste deel de bestaande regels inzake vaststelling en betwisting van de afstamming – die eerder in dit werk zullen zijn uiteengezet – toegepast op kinderen die op een andere manier dan via geslachtsgemeenschap werden verwekt.

4 In tegenstelling tot wat het geval is voor verschillende bestaande werken i.v.m. afstamming, zal de lezer in deze verhandeling geen afzonderlijk deel aantreffen met een algemeen overzicht van de procedureregels die gelden in afstammingszaken. Omdat dit boek deel uitmaakt van een reeks die zich hoofdzakelijk richt tot de advocatuur en de magistratuur leek het vanuit praktisch oogpunt meer opportuun de verschillende proceduretypes m.b.t. de vaststelling en de betwisting van de afstamming afzonderlijk te behandelen en per type, op de daartoe geëigende plaats, de rechtspraak te bespreken die in

die bepaalde specifieke context is gewezen. Deze werkwijze zal de lezer toelaten de verwerkte referenties op een accuratere wijze aan te wenden.
Los van het grote aantal kruisverwijzingen zullen de belangrijkste principes uit het afstammingsrecht meermaals in herinnering worden gebracht. Voornamelijk in deel IV – dat een toepassing is van de vorige delen – worden de vroeger uiteengezette principes herhaald en genuanceerd naargelang de context. Deze herhalingen werden doelbewust niet vermeden, voor het goede begrip en om didactische redenen (*Repetitio est mater studiorum*).

5 Het internationaal privaatrecht komt in dit werk slechts zeer summier aan bod. Deze rechtstak vormt reeds een trefwoord in de *A.P.R.*-reeks (zie G. VAN HECKE en K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, in *A.P.R.*, Brussel, Story-Scientia, 1989, 435 p.). Verder in deze algemene inleiding wordt wel een kort overzicht gegeven van de bronnen van het Belgisch internationaal privaatrecht op het vlak van afstamming (zie verder, nrs. 57-59).

Het Belgisch i.p.r. inzake afstamming heeft tot nog toe hoofdzakelijk vorm gekregen via de doctrine en de rechtspraak. Doctrinebijdragen, waaronder overzichten van rechtspraak, zijn opgenomen in een afzonderlijk onderdeel (internationaal privaatrecht inzake afstamming) van de bibliografie, terug te vinden vooraan in deze verhandeling.

Het komende Belgische Wetboek Internationaal Privaatrecht voorziet m.b.t. de afstamming in een keuze voor het rechtsstelsel van het vaderland van de ouder ten aanzien van wie de afstammingsband moet worden onderzocht (J. ERAUW, "De codificatie van het Belgisch internationaal privaatrecht met het ontwerp van wetboek I.P.R.", *R.W.* 2001-02, (1557) 1563).

HOOFDSTUK II
TERMINOLOGIE

6 Het afstammingsrecht kan niet worden begrepen en toegepast zonder een preliminaire verduidelijking van de terminologie die erin wordt gehanteerd. Hieronder zal eerst dieper worden ingegaan op de betekenis van het begrip "afstamming". Daarna komen achtereenvolgens de concepten "bloedverwantschap" (geplaatst t.o.v. "aanverwantschap") en "ouderschap" aan bod; bij de behandeling van dit laatste concept zal worden ingegaan op de verschillende benamingen die worden gehanteerd voor de diverse categorieën "kinderen", naargelang de situatie waarin hun ouders verkeren.

AFDELING I

HET BEGRIP "AFSTAMMING"

7 Het is niet mogelijk om het begrip "afstamming" (in het Frans: "filiation") te omschrijven d.m.v. één allesomvattende definitie, aangezien het verschillende betekenissen kan hebben.

Een begrip definiëren is het nauwkeurig weergeven van de exacte betekenis ervan. Een adequate definitie houdt enerzijds steeds een begrenzing in (vgl. het Latijnse *de-finire* : begrenzen), maar noodzaakt anderzijds ook vaak tot nuancering. Dit is het geval met het begrip "afstamming", waaraan in essentie twee verschillende betekenissen kunnen worden toegedicht, naargelang men het begrip ruim of eng beschouwt. Beide hieronder besproken betekenissen leiden elk naar een verschillend basisconcept, resp. "bloedverwantschap" en "ouderschap"; dit laatste kan op zijn beurt worden opgesplitst in twee congruente deelconcepten die anders worden omschreven naargelang het geslacht van de betrokken ouder, m.n. "moederschap" en "vaderschap".

– In zijn a l g e m e n e b e t e k e n i s, vanuit het oogpunt van de familiebanden *in globo* bekeken, drukt het begrip "afstamming" de relatie uit tussen de persoon die verwekt en degene die verwekt wordt; aldus leidt het tot een vorm van het concept b l o e d v e r w a n t s c h a p, meer bepaald deze in rechte lijn. De omgangstaal sluit bij deze ruime betekenis aan: afstamming wordt in Van Dales Groot Woordenboek der Nederlandse taal omschreven als bloedverwantschap in dalende lijn.

Het Franse woord "filiation" is etymologisch terug te brengen tot het Latijnse *filius* (m.), *filia* (v.) en wijst dus op de relatie tussen vader (moeder) en zoon (dochter). Deze band – die zich over de generaties heen manifesteert en zich steeds herhaalt – kan worden aangeduid als bloedverwantschap in de rechte nederdalende lijn (zie verder, nr. 11).

– In zijn b i j z o n d e r e b e t e k e n i s, vanuit een individuele invalshoek, is de afstamming de directe band tussen vader of moeder en het kind, wat leidt tot het concept o u d e r s c h a p.

8 Juridisch is er slechts sprake van afstamming wanneer de band van een ouder t.o.v. een kind is vastgesteld overeenkomstig de door de wet bepaalde regels. De juridische afstamming is niet noodzakelijk in overeenstemming met de biologische afstamming. Ook al speelt in het vigerende afstammingsrecht de genetische band tussen ouder en kind een zeer belangrijke rol, toch is het mogelijk dat een juridische afstamming wordt vastgesteld die niet overeenstemt met de biologische werkelijkheid. Eveneens is het mogelijk dat een juridische afstamming niet kan worden betwist, ook al is ze in strijd met de biologische werkelijkheid. Wat de juridische afstamming betreft, neemt het socio-affectieve ouderschap soms de bovenhand op het biologische ouderschap, bv. via de notie "bezit van staat".

Bezit van staat kan worden omschreven als het houden van of genieten van (*i.e.* "bezit") een stand of toestand waarin iemand zich bevindt (*i.e.* een "staat") alsof die staat hem toebehoorde. Bezit impliceert steeds een schijntoestand. De afstammingswetgeving voorziet enerzijds in mechanismen waardoor deze schijntoestand juridische werkelijkheid kan worden (zie bv. art. 314 vierde lid en art. 324 eerste lid B.W., resp. inzake de gerechtelijke vaststelling van het moederschap en het vaderschap); anderzijds kan deze schijntoestand ook verhinderen dat een afstammingsband die ermee confligeert wordt vastgesteld (zie de aanhef van art. 320 en art. 323 B.W., resp. inzake erkenning en gerechtelijke vaststelling van vaderschap).

9 Afstamming en adoptie worden dikwijls in één adem genoemd. Adoptie is een instelling waarbij tussen twee individuen ten gevolge van een rechterlijke beslissing een band geschapen wordt die rechtsgevolgen teweegbrengt welke gelijk zijn aan of sterk gelijken op die van de afstamming.
Het essentiële onderscheid tussen beide wettelijk geregelde instellingen bestaat erin dat adoptie niet gebaseerd is op de biologische werkelijkheid die blijkt uit een bloedband, maar haar oorsprong vindt in genegenheidsbanden. Mede daarom wordt adoptie een "louter juridische" (P. SENAEVE, *Compendium*, 346, nr. 886) of "zuiver wettelijke" (G. BAETEMAN, *Overzicht*, 577, nr. 921) afstamming genoemd. Wij zien adoptie als een vorm van "socio-affectieve" afstamming, tegenover de "biologische" afstamming.
Adoptie vormt een afzonderlijk trefwoord in de *A.P.R.*-reeks (zie G. VAN MALDEREN, *Adoptie en wettiging door adoptie*, in *A.P.R* ., Brussel, Larcier, 1970, 367 p.).

AFDELING II

BLOEDVERWANTSCHAP EN AANVERWANTSCHAP

10 Omdat met het begrip "afstamming" in de Nederlandse omgangstaal een vorm van bloedverwantschap – nl. deze in dalende lijn – wordt bedoeld, wordt hieronder kort verduidelijkt wat moet worden verstaan onder bloedverwantschap en wat het verschil is tussen bloedverwantschap en aanverwantschap.

11 Bloedverwantschap verbindt personen op grond van afstamming. De bloedverwantschap is de band die bestaat tussen personen die van elkaar afstammen of een gemeenschappelijke stamouder hebben. Een bloedverwant is iemand met dezelfde familie, telg van het zelfde geslacht.

– Personen die van elkaar afstammen zijn bloedverwanten in rechte lijn (kind, ouder, grootouder, overgrootouder, betovergrootouder, ...).
Ascendenten zijn de bloedverwanten van een persoon in de rechte opgaande lijn.
Descendenten zijn bloedverwanten in de rechte nederdalende lijn (vgl. art. 736 tweede en derde lid B.W.).

– Personen die niet de ene van de andere afstammen, doch wel een gemeenschappelijke voorouder hebben zijn bloedverwanten in de zijlijn (syn. collateralen: broer, zuster, oom, tante, neef, nicht, achterneef, achternicht, grootoom (of oudoom), groottante (of oudtante), ...).
De bloedverwanten in de rechte lijn en in de zijlijn worden door de wet onderverdeeld in bloedverwanten van de vaderlijke lijn en bloedverwanten van de moederlijke lijn (art. 733 eerste lid B.W.).

Bloedverwanten van de vaderlijke lijn van een persoon zijn in de eerste plaats de vader en langs hem alle bloedverwanten van de vaderlijke en de moederlijke lijn van de vader.
Bloedverwanten van de moederlijke lijn zijn de moeder en langs haar alle bloedverwanten van de moederlijke en de vaderlijke lijn van de moeder.

In de zijlijn hebben volle broers en zusters twee gezamenlijke ouders (dezelfde vader en moeder); halve broers en zusters slechts één (eenzelfde vader en een verschillende moeder of eenzelfde moeder en een verschillende vader).

De begrippen halfbroer (halfzus) en stiefbroer (stiefzus) worden dikwijls met elkaar verward.
Een halfbroer of halfzus van een persoon is geboren uit dezelfde vader en een verschillende moeder of uit dezelfde moeder en een verschillende vader. Halfbroers en halfzussen zijn dus bloedverwanten, want zij hebben één gemeenschappelijke ouder.
Een stiefbroer of stiefzus van een persoon is geboren uit een ander huwelijk van de echtgenoot van één der ouders. Stiefbroers en stiefzussen hebben geen gemeenschappelijke vader of moeder en zijn dus geen bloedverwanten.

De afstand in bloedverwantschap wordt bepaald door het getal van de generaties; elke generatie wordt een graad genoemd (art. 735 B.W.).
In de rechte lijn zijn er zoveel graden als er generaties zijn (art. 737 B.W.).
In de zijlijn wordt de graad bepaald door het aantal generaties, opklimmend van de ene bloedverwant naar de gemeenschappelijke ouder (zonder deze mee te tellen) en vervolgens neerdalend van deze laatste tot aan de andere bloedverwant. Zo staan broers (zusters) in de tweede graad, oom (tante) en neef (nicht) in de derde graad, neven (en nichten) in de vierde graad (art. 738 B.W.).

12 Aanverwantschap verbindt een persoon met de bloedverwanten van zijn echtgenoot (schoonouders, nl. schoonmoeder en schoonvader; schoonbroer (syn. zwager), schoonzuster, maar ook stiefkinderen, nl. stief-

zoon en stiefdochter) en met de echtgenoten van zijn bloedverwanten (schoonkinderen, nl. schoonzoon en schoondochter; schoonbroer, schoonzuster). Een aanverwant (syn. aangehuwde) is een aangetrouwd familielid.

Aanverwantschap volgt alleen uit het huwelijk, niet uit (wettelijk of feitelijk) samenwonen: de man en een kind van de vrouw met wie hij ongehuwd samenleeft, zijn geen aanverwanten.

Evenmin bestaat aanverwantschap tussen de respectieve bloedverwanten van twee echtgenoten of de respectieve echtgenoten van twee bloedverwanten.

De lijnen en graden bij de aanverwantschap zijn dezelfde als bij de bloedverwantschap; er wordt geen graad meer geteld voor het huwelijk waardoor de aanverwantschap ontstond. Schoonvader en schoondochter zijn bv. aanverwant in de eerste graad, schoonbroer en schoonzuster in de tweede graad.

AFDELING III

OUDERSCHAP EN KINDEREN

13 Hoger werd al vermeld dat het begrip afstamming in zijn bijzondere betekenis vanuit individueel perspectief de directe band weergeeft tussen een ouder en zijn kind en op die manier leidt tot het concept "ouderschap". Hieronder wordt de diversiteit aan termen m.b.t. ouders en kinderen verduidelijkt.

14 Ouderschap wordt in de Nederlandse omgangstaal omschreven als het ouder-zijn. Ouders zijn vader en moeder. Met het begrip "vader" (syn. verwekker) bedoelt men de man in betrekking tot het kind of de kinderen die hij verwekt heeft; "moeder" is de vrouw in relatie tot het kind dat of de kinderen die zij gebaard heeft. Onder een "kind" verstaat Van Dale een mens in onvolwassen staat; een klein, nog jong mens van het ene of het andere geslacht.

Voor de toepassing van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (I.V.R.K., zie verder, nrs. 53-56) wordt onder een kind verstaan ieder mens jonger dan achttien jaar, tenzij volgens het op het kind van toepassing zijnde recht de meerderjarigheid eerder wordt bereikt (art. 1 I.V.R.K.).
In het Belgisch afstammingsrecht kan een kind zowel minderjarig als meerderjarig zijn (zie bv. art. 319 § 2 B.W.).

15 Hoewel de afstammingsband tussen ouder en kind wederkerig is, wordt hij toch anders benoemd naargelang de richting van waaruit hij wordt benaderd. Bekijkt men de band vanuit het perspectief van de verwekkers (vader en moeder), dan spreekt men resp. over "vaderschap" en "moederschap". Opmerkelijk is dat er noch in het Nederlands, noch in het Frans, een gangbare term bestaat die dezelfde band weergeeft vanuit het perspectief van het kind.

Het Duits biedt wel een term die de band met de directe ouder weergeeft vanuit het oogpunt van het kind, nl. "Kindschaft".

"Kindschap" bestaat weliswaar in het Nederlands en drukt de verhouding van het kind tot de ouders uit, maar wordt in de omgangstaal niet gehanteerd: het kind onderzoekt zijn "afstamming" (sa "filiation"), terwijl men de onderzochte afstammingsband juridisch-technisch "moederschap" ("maternité") of "vaderschap" ("paternité") noemt.

Bij nader inzien wordt in de afstammingswetgeving niet consequent hetzelfde perspectief gehanteerd; beide invalshoeken worden door elkaar gebruikt (illustratief is bv. art. 324 B.W. i.v.m. het onderzoek naar het vaderschap, waarin achtereenvolgens wordt gesproken over "de afstamming", "de afstamming van vaderszijde" en "het vaderschap").

16 Lange tijd is terminologisch een onderscheid gemaakt tussen kinderen, naargelang hun – verschillend – statuut.

Zo sprak men o.m. over het wettig kind, het gewettigd kind, het erkend natuurlijk kind, het natuurlijk kind waarvan de afstamming bij vonnis is vastgesteld, het gewoon natuurlijk kind, het overspelig kind (*a patre* of *a matre*), het bloedschennig kind en het bloedschennig kind waarvan de afstamming bij vonnis is vastgesteld (zie J. GERLO, "Hiërarchie der afstammingen of gelijkheid van statuten", *R.W.* 1972-73, (1889) 1889, nr. 2).

– Een kind had de staat van w e t t i g k i n d als zijn ouders met elkaar gehuwd waren op de dag dat het werd verwekt of geboren.
– Een kind had de staat van n a t u u r l i j k k i n d wanneer de ouders niet gehuwd waren op het ogenblik van de verwekking of op het ogenblik van de geboorte.
– Buiten het huwelijk geboren kinderen konden de staat van g e w e t t i g d k i n d verkrijgen na een wettiging door het opvolgend huwelijk van één van hun ouders (*legitimatio per subsequens matrimonium*), nadat deze hen wettelijk hadden erkend vóór het huwelijk, of hen erkenden in de akte van huwelijksvoltrekking. Wanneer de ouders of één van hen na de voltrekking van hun huwelijk een kind hadden erkend, kon de wettiging door de rechtbank van eerste aanleg worden uitgesproken (*legitimatio post nuptias*). Na incest verwekte kinderen konden gewettigd worden nadat hun ouders opheffing hadden verkregen van het verbod met elkaar te trouwen; overspelige kinderen konden worden gewettigd als zij konden worden erkend, maar alleen met machtiging van de rechtbank.

17 De wettiging werd door de Afstammingswet van 31 maart 1987 afgeschaft. Nergens in de wet is nog sprake van "wettige" of "natuurlijke" kinderen; ze worden resp. omschreven als "het kind dat geboren is tijdens het huwelijk" (zie art. 315 B.W.) en "het kind wiens afstamming alleen van vaderszijde of alleen van moederszijde vaststaat" (zie art. 335 B.W.).
In het Burgerlijk Wetboek wordt ook niet meer gesproken over "overspelige" of "bloedschennige" kinderen, maar enerzijds over het kind erkend door een gehuwde vader "dat verwekt is bij een vrouw waarvan hij niet de echtgenoot is" (art. 319*bis* B.W.) of "erkend door een andere man dan de echtgenoot" (art. 320 B.W.) en anderzijds over het kind "tussen [wiens] moeder en [...] vader een huwelijksbeletsel bestaat waarvan de Koning geen ontheffing kan verlenen" (art. 314 tweede lid B.W.; vgl. art. 321 en 325 B.W.).

18 Wat vroeger een "wettig" kind werd genoemd, zal in dit werk als een "h u w e l i j k s" kind worden omschreven; wat vroeger als een "natuurlijk" kind werd bestempeld, zal een "b u i t e n h u w e l i j k s" kind worden ge-

noemd. De oude terminologie zal enkel nog worden gehanteerd bij de omschrijving van de toestand onder het vroegere afstammingsrecht.

Teneinde binnen de categorie buitenhuwelijkse kinderen een noodzakelijke differentiëring te kunnen doorvoeren, zal in deze verhandeling wel nog worden gesproken over "overspelige" en "bloedschennige" kinderen.

– De term "overspelig" heeft een dubbele betekenis en kan zowel betrekking hebben op een kind als op een ouder. Een overspelige ouder is "schuldig aan overspel"; een overspelig kind is "uit overspel – van (minstens) één van zijn verwekkers – geboren". Het is in die tweevoudige betekenis dat de begrippen "overspelig kind *a patre*" en "overspelig kind *a matre*" moeten worden begrepen.

Een overspelig kind *a patre* is geboren nadat zijn vader zich schuldig heeft gemaakt aan overspel. Een overspelig kind *a matre* is geboren na overspel vanwege zijn moeder. Een overspelig kind *a matre en a patre* is verwekt op een moment dat zijn moeder en zijn vader elk met een ander persoon waren gehuwd.

Ook al wordt overspel in Van Dales Groot Woordenboek der Nederlandse taal omschreven als "geslachtsgemeenschap van iemand met een vaste relatie, met een ander dan zijn vaste partner", in de context van het afstammingsrecht moet het in de juridische zin worden begrepen, nl. als de schending van de getrouwheidsplicht binnen het huwelijk (art. 213 B.W.) die een grond tot echtscheiding uitmaakt (art. 229 B.W.). Een overspelige ouder is dus per definitie gehuwd en heeft een kind verwekt bij een andere persoon dan zijn echtgeno(o)t(e).

– Het adjectief "bloedschennig" (of: bloedschendig; syn. incestueus) heeft daarentegen slechts een enkelvoudige betekenis en wordt enkel gehanteerd m.b.t. een kind. Een bloedschennig kind is ontstaan uit personen die bloedschande (syn. incest, <Lat.: *in-castus*: niet kuis, niet rein) hebben gepleegd, of m.a.w. geboren na geslachtelijk verkeer tussen naaste bloedverwanten die wettelijk geen huwelijk mogen aangaan.

HOOFDSTUK III

BELANG VAN EEN JURIDISCH VASTGESTELDE AFSTAMMINGSBAND

19 Naast de morele waarde die mensen kunnen hechten aan de juridische vaststelling van hun afstammingsbanden is het onmiskenbaar zo dat een juridisch vastgestelde afstamming een enorm amalgaam van rechtsgevolgen heeft. De gevolgen van de afstamming zullen fragmentair aan bod komen, maar worden in dit boek – zoals eerder reeds gezegd – niet op systematische wijze behandeld. Zij zijn immers (te) talrijk en (te) divers van aard; het is onmogelijk ze binnen het bestek van één boek(deel) op grondige wijze te bespreken.
Desalniettemin lijkt het zinvol al in deze inleiding de belangrijkste gevolgen van de afstamming aan te stippen, als illustratie van het grote belang van een vastgestelde afstammingsband.

– Als algemeen principe heeft de Afstammingswet een wederkerige regel van gelijkheid m.b.t. de gevolgen van de afstamming ingevoerd: "Ongeacht de wijze waarop de afstamming is vastgesteld, hebben de kinderen en hun afstammelingen dezelfde rechten en dezelfde verplichtingen ten opzichte van hun ouders en hun bloed- en aanverwanten en hebben de ouders en hun bloed- en aanverwanten dezelfde rechten en dezelfde verplichtingen ten opzichte van de kinderen en hun afstammelingen" (art. 334 B.W.).
M.b.t. de overspelige afstamming bestaan een aantal uitzonderingen op deze gelijkheidsregel: zo kan een overspelig kind enkel in de echtelijke verblijfplaats worden opgevoed met toestemming van de echtgenoot die niet zijn biologische ouder is (art. 334*bis* B.W.), verliest de overspelige ouder die een kind erkent alle huwelijksvoordelen en schenkingen en kan hij door zijn medeechtgenoot geheel of ten dele worden uitgesloten van de erfopvolging (art. 334*ter* B.W.).

– Een juridisch vastgestelde afstammingsband heeft directe gevolgen op het vlak van de familienaam van een persoon (zie art. 335 B.W.). De naam vormt op zichzelf al een trefwoord in deze reeks (zie W. PINTENS, *Naam*, in *A.P.R.*, Gent, Story-Scientia, 1981, 198 p.).

– Daarnaast is een juridisch vastgestelde afstamming ook de basis voor een aantal wettelijk bepaalde rechten en verplichtingen inzake alimentatie, zoals de gemeenrechtelijke wederkerige verplichting levensonderhoud te verschaffen die bestaat tussen bloedverwanten in de rechte lijn (art. 205 en 207 B.W.) en de bijzondere verplichting in hoofde van de ouders hun kinderen, levensonderhoud, opvoeding en opleiding te verschaffen (art. 203 B.W.).

In hoofde van de man wiens afstamming van vaderszijde niet vaststaat, maar die gedurende het wettelijk tijdvak van de verwekking gemeenschap heeft gehad met de moeder, bestaat eveneens de

verplichting in levensonderhoud, opvoeding en passende opleiding van het kind te voorzien (art. 336 tot 341 B.W.).

– Aangezien personen met een juridische afstamming t.o.v. elkaar als ouder en kind worden beschouwd, heeft de afstamming ook tot gevolg dat ouderlijk gezag in hoofde van de ouders ontstaat en dat de ouder die het ouderlijk gezag niet uitoefent geniet van een principieel recht op persoonlijk contact (zie de art. 373 tot 387*bis* B.W., in het bijzonder art. 374 vierde lid B.W.).

Ouderlijk gezag komt enkel toe aan een persoon die een juridische afstammingsband met het kind heeft. Om die reden oordeelde de Jeugdrechtbank te Antwerpen dat een gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag niet kon worden toegekend aan een vrouw die via kunstmatige inseminatie met donorsperma was bevrucht en haar lesbische ex-partner, nu deze laatste geen afstammingsband met het kind kan krijgen (Jeugdrb. Antwerpen 3 oktober 2002, *R.W.* 2002-03, 1188, noot T. ROBERT). Het Arbitragehof bevestigde met zoveel woorden dat het ouderlijk gezag *de lege lata* enkel kan worden gevestigd t.a.v. personen die een afstammingsband hebben met het kind. Tegelijk oordeelde het hof dat kinderen die slechts één ouder hebben t.a.v. wie de afstamming vaststaat, maar op duurzame wijze hebben geleefd binnen een gezin dat gevormd wordt door die ouder en een derde die beiden instaan voor het onderhoud van het kind gediscrimineerd worden, nu zij plots in geval van scheiding van het paar en in het bijzonder in geval van overlijden van de ouder die een afstammingsband met het kind had, elk recht op verzorging, hieronder begrepen het recht op onderhoud en op bescherming van de persoon die het heeft opgevoed, kunnen verliezen (Arbitragehof nr. 134/2003, 8 oktober 2003, *B.S.* 19 januari 2004, 2605 en *E.J.* 2003, 134, noot P. SENAEVE).

– De vaststelling van de afstamming overeenkomstig de regels bepaald in Titel VII van Boek I van het B.W. is cruciaal voor het wettelijk erfrecht.

Zo besliste de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent dat alleen bloedverwantschap in de technisch-juridische zin van het woord, nl. vastgesteld via de wettelijke regeling die is opgenomen in de artikelen 312 e.v. B.W., erfaanspraken doet ontstaan; een buitenhuwelijks kind waarvan de afstamming niet juridisch is vastgesteld kan niet worden beschouwd als wettige erfgenaam (Rb. Gent 4 december 1997, *R.W.* 1999-2000, 883).

Aangenomen mag worden dat het merendeel van de procedures tot gerechtelijke vaststelling van vaderschap – zeker als ze pas *post mortem* worden ingeleid – zijn ingegeven door erfrechtelijke motieven.

– De gevolgen van een vastgestelde afstammingsband strekken zich ook uit tot diverse andere rechtstakken dan het familierecht. Zo heeft de vaststelling van de afstamming repercussies in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht, strafrecht, fiscaal recht, sociaal recht enz.

20 In twee arresten inzake uitkeringen ten gevolge van een arbeidsongeval – resp. in overheidsdienst en in de private sector – oordeelde het Arbitragehof dat kinderen waarvan de afstammingsband met het slachtoffer pas na diens overlijden werd vastgesteld gediscrimineerd worden t.o.v. kinderen die reeds vóór het overlijden van hun ouder een vastgestelde afstammingsband met die ouder hadden.

– In een eerste zaak was een uit de echt gescheiden man overleden op weg naar zijn werk in dienst van de Franse Gemeenschap. Hij liet twee kinderen uit dit door echtscheiding ontbonden huwelijk na. Op het ogenblik van zijn overlijden leefde hij samen met een vrouw, waarbij hij ook twee kinderen had verwekt. Pas na zijn overlijden werd een vordering tot gerechtelijke vaststelling van zijn vaderschap m.b.t. deze buitenhuwelijkse kinderen ingeleid en gegrond verklaard. De Franse Gemeenschap weigerde de rente te betalen die de moeder voor haar twee kinderen vroeg o.g.v. artikel 9 § 1, 3° van de Wet van 3 juli 1967 (betreffende de preventie van of de schadevergoeding voor arbeidsongevallen, voor ongevallen op de weg naar en van het werk en voor beroepsziekten in de overheidssector, *B.S.* 3 juli 1967, zoals vervangen door art. 7 W. 13 juli 1973 (*B.S.* 8 augustus 1973) en interpretatief gewijzigd door art. 67, 1° W. 20 december 1995 (*B.S.* 23 december 1995) en art. 15 W. 19 oktober 1998 (*B.S.* 25 november 1998) (hierna afgekort: Arbeidsongevallenwet Overheidspersoneel)) dat die rente slechts toekent aan de kinderen die door het slachtoffer of zijn echtgenoot "uiterlijk op de datum van het overlijden" zijn erkend. Om dezelfde reden werd de vordering van de moeder door de Arbeidsrechtbank te Brussel afgewezen, waarna het Brusselse Arbeidshof aan het Arbitragehof vroeg of de genoemde bepaling strijdig is met het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel in zoverre ze slechts het recht op een rente toekent aan de buitenhuwelijkse kinderen voor zover zij vóór het overlijden van de getroffene of zijn echtgenoot werden erkend en het bijgevolg een onderscheid instelt tussen het vóór het overlijden erkend buitenhuwelijks kind en het vóór het overlijden niet-erkend buitenhuwelijks kind.

Onmiddellijk moet worden opgemerkt dat het hier niet gaat om een erkenning door de biologische vader in de zin van artikel 319 of 320 B.W. – hetgeen onmogelijk is aangezien deze is overleden – maar om een gerechtelijke vaststelling van diens vaderschap *post mortem*. De verwijzende rechters en het Arbitragehof hanteren de term "erkend" in de betekenis van "waarvan de afstamming is vastgesteld (via erkenning of via een gerechtelijk onderzoek naar het ouderschap)".

De verantwoording dat de toekenning van een rente aan de kinderen die vóór het ongeval geboren of verwekt zijn, maar pas na het ongeval zijn erkend, aanleiding zou kunnen geven tot misbruik en de erkenningen uit eigenbelang zou aanmoedigen, werd door het Arbitragehof thans niet meer pertinent geacht, nu de vaststelling van een afstamming *post mortem* gebeurt na een procedure waarin de rechter zelfs ambtshalve een bloedonderzoek of enig ander onderzoek volgens beproefde wetenschappelijke methodes kan gelasten (art. 331*octies* B.W.), rekening houdt met bezit van staat in de zin van artikel 331*nonies* B.W. en elke persoon aan wie de rechterlijke beslissing wordt tegengeworpen derdenverzet kan instellen (art. 331*decies* B.W.). Aldus blijkt, volgens het Arbitragehof, dat de procedure garanties biedt die het risico van valse erkenningen uitsluiten. De enige verantwoording voor het aangeklaagde onderscheid die door de ministerraad werd ingeroepen was de noodzaak de rechtszekerheid niet in het gedrang te brengen, *i.e.* de rechten die op de dag waarop het slachtoffer overleed door de andere begunstigden van renten definitief zijn verworven, niet in het gedrang te brengen. Vermits de niet-tijdige ontdekking van een begunstigde van renten ofwel het beginsel zelf van het recht van andere begunstigden, ofwel het bedrag van hun renten in het geding kan brengen en de wetgever die rechtsonzekerheid heeft willen vermijden, is het volgens het Arbitragehof pertinent enkel rekening te houden met erkenningen die vóór het overlijden zijn gebeurd. Het hof acht het echter onevenredig met de nagestreefde doelstelling elke aanvraag om rente door een kind dat niet erkend is op de datum van overlijden uit te sluiten, omdat een dergelijke maatregel ertoe kan leiden een erkend kind van een rente te beroven, zelfs wanneer geen enkele andere rechthebbende zich kenbaar zou hebben gemaakt en zelfs in de veronderstelling dat de vordering tot erkenning is ingesteld en de afstamming is vastgesteld binnen termijnen die geen overdreven inbreuk maken op de rechtmatige belangen van de andere begunstigden. In de veronderstelling dat de latere toevoeging van een § 7 aan artikel 9 Arbeidsongevallenwet Overheidspersoneel – krachtens hetwelk de gerechtelijke vaststelling van de afstamming voor de toepassing van dit artikel slechts in aanmerking komt voor zover de procedure tot vaststelling van de afstamming werd ingeleid vóór de datum van het overlijden ten gevolge van een arbeidsongeval, behalve indien het kind verwekt maar nog niet geboren was – als interpretatief zou kunnen worden beschouwd (zoals de ministerraad beweerde), zou artikel 9 § 1, 3° Arbeidsongevallenwet Overheidspersoneel ten nadele van een categorie kinderen een verschil in behandeling instellen dat niet verantwoord is.

In een *obiter dictum* verwees het Arbitragehof naar een arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens waarin geoordeeld werd dat de bepaling die het kind dat de vader tijdens zijn leven niet had erkend – maar dat pas na zijn dood via brieven van wettiging een familierechtelijke betrekking met de overleden man had verkregen – van zijn erfopvolging uitsluit (zie art. 4: 879.1 en art. 4: 883 N.B.W.) onevenredig is met de doelstelling van de bescherming van de rechten van de andere erfgerechtigden en bijgevolg de artikelen 14 *juncto* 8 E.V.R.M. schendt (Hof Mensenrechten, arrest Camp en Bourimi / Nederland, 3 oktober 2000, *NJB* 2000, 2089).

Het Arbitragehof oordeelde dat artikel 9 § 1, 3° Arbeidsongevallenwet Overheidspersoneel het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel schendt in zoverre het het recht op een rente weigert aan kinderen die niet zijn erkend vóór het overlijden van het slachtoffer (Arbitragehof nr. 142/2001, 6 november 2001, *B.S.* 11 december 2001, 42603).

– In een tweede zaak was de vermeende vader van een buitenhuwelijks kind overleden als gevolg van een arbeidsongeval en leidde de wettelijke vertegenwoordiger van het kind enkele maanden na dit overlijden voor de Rechtbank van Eerste Aanleg te Luik een procedure tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap in, waarna de rechtbank verklaarde dat de overledene de vader van het kind was. De arbeidsongevallenverzekeraar van de werkgever van de vader weigerde echter de rente ten gunste van de kinderen van het slachtoffer te betalen omwille van het feit dat de betaling ervan krachtens artikel 13 § 5 van de Wet van 10 april 1971 (betreffende de arbeidsongevallen (*B.S.* 24 april 1971), gewijzigd bij art. 2 W. 29 april 1996 (*B.S.* 30 april 1996); hierna afgekort: Arbeidsongevallenwet) onderworpen was aan de voorwaarde dat de procedure tot vaststelling van de afstamming werd ingeleid vóór de datum van het overlijden als gevolg van het arbeidsongeval en deze bepaling de openbare orde raakt. Het geschil werd voorgelegd aan de Arbeidsrechtbank te Luik die twee prejudiciële vragen stelde aan het Arbitragehof, waarvan de eerste betrekking had op de vraag of artikel 13 § 5 Arbeidsongevallenwet het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel niet schendt doordat het niet toestaat dat het voordeel van de in de eerste paragraaf bedoelde rente wordt toegekend aan een natuurlijk kind van wie de afstamming gerechtelijk is vastgesteld ingevolge een vordering die daartoe werd ingesteld na het overlijden als gevolg van een arbeidsongeval van zijn vader, terwijl dezelfde rente wel wordt toegekend aan de kinderen die dezelfde vordering hebben ingesteld vóór het overlijden als gevolg van een arbeidsongeval.

Het Arbitragehof leidde uit de parlementaire voorbereiding van de Arbeidsongevallenwet af dat de wetgever de bedoeling had gevolgen te trekken uit het Marckx-arrest (zie *in extenso* verder, nrs. 35-36) en uit de Afstammingswet en de discriminatie tussen kinderen die al dan niet uit het huwelijk waren voortgesproten wou afschaffen. Het hof stelde vast dat, behoudens indien het gaat om een kind dat vóór het overlijden is verwekt maar erna is geboren, de kinderen wier afstamming zou worden vastgesteld na het overlijden van het slachtoffer van een arbeidsongeval, door de wet worden uitgesloten van het voordeel van artikel 13 Arbeidsongevallenwet.
Drie redenen werden aangevoerd ter verantwoording van dit onderscheid. De eerste twee, nl. het vermijden van bedrieglijke erkenningen en het vermijden van procedures die louter met financiële bedoelingen worden ingeleid, achtte het Arbitragehof niet pertinent, aangezien de procedure tot vaststelling van de afstamming *post mortem* om de in het vorige arrest vermelde redenen garanties biedt die het risico van valse erkenningen uitsluiten. De derde verantwoording, nl. de noodzaak de rechtszekerheid niet in het gedrang te brengen achtte het Arbitragehof om dezelfde reden als in het hierboven vermelde arrest wel pertinent, maar onevenredig met de nagestreefde doelstelling.

Het Arbitragehof oordeelde dat artikel 13 § 5 Arbeidsongevallenwet de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt in zoverre het het voordeel van de in paragraaf 1 bedoelde rente niet toekent aan kinderen waarvan de afstamming is vastgesteld ten gevolge van een vordering tot vaststelling van de afstamming die werd ingesteld na het overlijden als gevolg van een arbeidsongeval (Arbitragehof nr. 10/2002, 9 januari 2002, *B.S.* 19 maart 2002, 11515).

21 Uit deze rechtspraak kan worden afgeleid dat het tijdstip waarop de afstamming wordt vastgesteld niet determinerend mag zijn voor de gevolgen van de afstamming op het vlak van arbeidsongevallenuitkeringen; ook een afstammingsband die pas na het overlijden van de vermeende ouder (*post mortem*) wordt vastgesteld, moet recht geven op de arbeidsongevallenuitkering die gekoppeld is aan een vastgestelde afstamming.

Het algemeen karakter van de motieven op grond waarvan het Arbitragehof tweemaal tot een schending van het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel is gekomen, kan een algemener principe staven, nl. dat het tijdstip waarop een afstammingsband wordt vastgesteld irrelevant is voor de toekenning van de gevolgen die de wet aan een vastgestelde afstamming verbindt.

22 Een andere illustratie van het belang van een vastgestelde afstammingsband voor de toekenning van socialezekerheidsuitkeringen vormt een zaak waarin het Arbitragehof zich uitsprak over de vermeende discriminatie van een weduwe op het vlak van pensioenrechten, nu de afstamming van haar in overspel *a patre* verwekte kinderen onder het vroegere afstammingsrecht niet kon worden vastgesteld.

Een uit de echt gescheiden man hertrouwde op 19 september 1977 met een ongehuwde vrouw, waarbij hij reeds tijdens zijn huwelijk twee kinderen had verwekt. Deze in 1951 en 1956 geboren kinderen konden door hun vader niet worden erkend, aangezien het in dat tijdvak principieel verboden was overspelige kinderen te erkennen. Toen de man op 17 januari 1978 overleed, stond de afstamming langs vaderszijde van deze twee kinderen niet vast. In 1996 diende de moeder als weduwe van een werknemer een aanvraag in voor een overlevingspensioen, wat haar door de Rijksdienst voor Pensioenen wordt geweigerd, met als reden dat zij als langstlevende echtgenoot op het ogenblik van het overlijden minder dan één jaar met de overleden werknemer was gehuwd, dat er geen kind uit het huwelijk geboren was, dat op het ogenblik van het overlijden er geen kind ten laste was waarvoor één van de echtgenoten kinderbijslag ontving en dat het overlijden niet het gevolg was van een na de datum van het huwelijk voorgekomen ongeval, m.a.w. dat zij niet in de voorwaarden verkeerde die artikel 17 van het Koninlijk Besluit nr. 50 van 24 oktober 1987 betreffende het rust- en overlevingspensioen voor werknemers (*B.S.* 27 oktober 1967 (hierna afgekort: Pensioenwet Werknemers)), zoals vervangen door artikel 107 van de Wet van 15 mei 1984, vooropstelt. De weduwe betwistte deze beslissing voor de Arbeidsrechtbank te Bergen, die haar redenering volgde en van mening was dat artikel 17 Pensioenwet Werknemers aanleiding kan geven tot discriminatie in zoverre deze bepaling mogelijk maakt dat een echtgenote die minder dan één jaar met de overleden werknemer gehuwd was een overlevingspensioen kan genieten indien er een kind geboren is uit het huwelijk, terwijl dit artikel haar dat recht weigert indien zij samen kinderen hebben die de vader niet heeft kunnen erkennen wegens het toentertijd geldende verbod daartoe. In een onuitgegeven vonnis van 10 mei 1999 vroeg de arbeidsrechtbank dan ook aan het Arbitragehof of artikel 17 Pensioenwet Werknemers wel in overeenstemming is met de grondwettelijke beginselen van gelijkheid en non-discriminatie, nu het het voordeel van een overlevingspensioen aan de echtgenote die sinds minder dan één jaar gehuwd is met de overleden werknemer slechts toekent op voorwaarde dat een kind uit dat huwelijk is geboren, zonder datzelfde recht toe te kennen aan de weduwe die onder dezelfde omstandigheden natuurlijke kinderen heeft gehad met de overleden werknemer, die gewettigd zijn door het huwelijk of gewoon vóór het huwelijk werden erkend of waarvan vaststaat dat de overleden werknemer de vader was, maar die wegens een wettelijk verbod dat bestond vóór de Afstammingswet niet konden worden erkend omdat zij de hoedanigheid hadden van in overspel verwekte kinderen, terwijl de voorwaarden voor de erkenning van de bedoelde kinderen door de overleden werknemer wel zijn vervuld in de zin van de Afstammingswet die in werking is getreden na het overlijden van de werknemer, wiens activiteit als loontrekkende van die aard was dat het recht op een overlevingspensioen kon worden geopend ten gunste van zijn weduwe.

Het Arbitragehof wees op de *ratio* van de aangevochten wetsbepaling, nl. het ontmoedigen van bepaalde misbruiken, zoals het huwelijk *in extremis* met als enige bedoeling van de langstlevende echtgenoot een overlevingspensioen te genieten. In beginsel kan de langstlevende overeenkomstig artikel 17 Pensioenwet Werknemers alleen aanspraak maken op een overlevingspensioen indien het huwelijk méér dan een jaar vóór het overlijden is gesloten, maar op deze regel bestaan strikt omschreven uitzonderingen, waarvan sommige uitgaan van de idee dat in bepaalde situaties de omstandigheden aantonen dat, hoewel het overlijden minder dan één jaar na het huwelijk heeft plaatsgehad, dit huwelijk niet alleen voltrokken is om een overlevingspensioen te verkrijgen. Het Arbitragehof achtte het criterium van de geboorte van het kind "uit het huwelijk" niet kennelijk onredelijk, nu het oordeelde dat door de geboorte van een kind uit het huwelijk als uitzondering vast te stellen op de voorwaarde m.b.t. de minimumduur van één jaar huwelijk vóór het overlijden, de wetgever coherent gebleven is met het doel dat hij nastreefde toen hij die voorwaarde aan de toekenning van een overlevingspensioen heeft gesteld en dat, indien die uitzondering zou worden uitgebreid tot de langstlevende echtgenoot die ouder is van een kind dat vóór het huwelijk is geboren, ongeacht of zijn afstamming in rechte dan wel in feite is vastgesteld, de doelstelling die erin bestaat misbruiken te vermijden, niet meer zou kunnen worden nageleefd. De prejudiciële vraag werd dan ook ontkennend beantwoord: artikel 17 Pensioenwet Werknemers schendt de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet (Arbitragehof nr. 138/99, 22 december 1999, *B.S.* 25 februari 2000, 5747, *J.T.T.* 2001, 55, *Rev. trim. dr. fam.* 2000, 101 en *R.W.* 2000-01, 499).

HOOFDSTUK IV

AFSTAMMINGSRECHT ALS PRIVAATRECHT VAN OPENBARE ORDE

23 Het afstammingsrecht wordt beschouwd als het moeilijkste en meest technische onderdeel van het personen- en familierecht (R. BLANPAIN, "Ten geleide", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, (19) 20); als dusdanig wordt traditioneel aangenomen dat het deel uitmaakt van het privaatrecht.

24 Het feit dat het afstammingsrecht onder het privaatrecht ressorteert, belet niet dat het integraal de openbare orde raakt.

Volgens de rechtspraak van het Hof van Cassatie is een wetsbepaling uit het privaat recht van openbare orde indien zij de juridische grondslagen vastlegt waarop de economische of morele orde van de maatschappij rust. Een bepaling van dwingend recht (syn. imperatieve of gebiedende bepaling) beschermt daarentegen slechts private belangen (Cass. 9 december 1948, *Arr. Cass.* 1948, 615, *Pas.* 1948, I, 699 en *R.C.J.B.* 1954, 252, noot P. DE HARVEN).

Hierboven werd verduidelijkt dat de vaststelling van de afstamming niet alleen vanuit moreel oogpunt belangrijk kan zijn voor de betrokkenen, maar ook diverse economische, patrimoniale gevolgen heeft voor een individu (zie boven, nrs. 19-22).
De afstammingswetgeving overstijgt echter de louter private belangen omwille van haar cruciaal belang voor de ordening van de maatschappij. De afstamming stelt immers de staat van het individu in de familie (*status familias*) vast.

De overwegingen van openbare orde die het afstammingsrecht domineren werden vroeger geput uit het sacraal karakter van de wettige familie, vandaag de dag uit normen van internationaal recht waaronder het gelijkheidsbeginsel een uitgelezen plaats inneemt (zie P. MARTENS, "L'égalité et le droit privé", *Rev. dr. U.L.B.* 2002, (315) 325, die zelfs verder gaat: "Dire que le droit de la filiation relève du droit privé est un leurre").
De openbare orde is een dynamisch begrip dat voortdurend evolueert, samen met de morele opvattingen in een maatschappij. Ook al vormt het huwelijk vandaag de dag niet meer de hoeksteen van de maatschappij, de plaatsing van een persoon in een geordend stelsel van familiebanden blijft cruciaal voor de maatschappelijke orde. De afstammingswetgeving lijkt op immanente wijze de openbare orde te zullen blijven raken. Het ordenend karakter op zich – dat eigen is aan elke afstammingswetgeving – verantwoordt ons inziens het openbare orde-karakter ervan.

TITEL II

HISTORIEK VAN HET BELGISCH AFSTAMMINGSRECHT

25 Het hedendaagse afstammingsrecht kan niet volledig worden doorgrond zonder noties van zijn ontstaansgeschiedenis.
In deze titel wordt de evolutie in het Belgisch afstammingsrecht besproken *ab initio* tot op vandaag. De krachtlijnen in deze evolutie worden gedistilleerd uit een chronologisch overzicht van alle wijzigingen die het afstammingsrecht, zoals opgenomen in het Burgerlijk Wetboek van Napoleon, mettertijd heeft ondergaan.

Van oudsher – lang vóór 1804 – werd al een onderscheid gemaakt tussen kinderen naargelang zij al dan niet uit een huwelijk zijn geboren en werden buitenhuwelijkse kinderen (bastaarden) gediscrimineerd t.o.v. huwelijkse kinderen. Deze discriminatie gebeurde onder invloed van de kerk, die ook een belangrijke rol speelde op het vlak van afstamming, aangezien de kerkelijke rechtbanken exclusief bevoegd waren om uitspraak te doen over de geldigheid van huwelijken en op die manier ook over het al dan niet wettig zijn van de eruit geboren kinderen (D. HEIRBAUT, *Europese juristen en oud recht*, Gent, Academia Press, 2000, 134).

26 Het afstammingsrecht dat gold na de onafhankelijkheid van België was opgenomen in Titel VII van Boek I van de Code Napoléon (*Code civil*, hierna afgekort: C.c.) uit 1804 en steunde op het recht van het Ancien Régime.

Het Napoleontisch Wetboek was reactionair ten opzichte van het intermediaire recht. Eén van de grote beginselen van de Franse revolutie, het gelijkheidsbeginsel, werd bewust terzijde geschoven.

De opvallendste ingreep in de afstammingswetgeving kort na de Franse revolutie is ongetwijfeld de gelijkschakeling op het vlak van erfrecht van buiten het huwelijk geboren kinderen met kinderen die uit gehuwde ouders zijn geboren (art. 1 en 2 Décret 12 Brumaire An II (2 november 1793) relatif aux droits des enfans nés hors du mariage). Zelfs in overspel verwekte kinderen hadden erfrecht om in hun onderhoud te voorzien; zij kregen een derde van het erfdeel dat ze zouden gekregen hebben indien ze binnen het huwelijk geboren waren geweest (art. 13 Décret 12 Brumaire An II (2 november 1793) relatif aux droits des enfans nés hors du mariage). Het onderzoek naar het vaderschap was ook in die periode verboden. Alleen de buitenhuwelijkse kinderen die bezit van staat hadden en de erkende kinderen konden de door het decreet verleende rechten laten gelden (zie resp. de art. 8 en 11 Décret 12 Brumaire An II (2 november 1793) relatif aux droits des enfans nés hors du mariage; de authentieke wetteksten uit de periode 1793-1798, evenals de tekst van de *Code civil des Français* zijn in bijlage opgenomen in A. HEYVAERT, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed. Theorieën over personen- en gezinsrecht rond een syllabus van de Belgische techniek*, Gent, Mys & Breesch, 2000, 394-400 en 421-459).

De wetgeving uit 1804 was erop gericht het familievermogen voor de leden van de familie te handhaven en, zo mogelijk, via een huwelijk te heroriënteren, dit alles onder de leiding van de man als *pater familias*. De zevende titel van het eerste boek van de *Code civil* kreeg het opschrift "De la paternité et de la filiation", wat meteen de patriarchale teneur ervan illustreert.

Aangezien werd aangenomen dat de man enkel zou willen instaan voor de door hem verwekte kinderen werden wettelijk de gevolgen uitgewerkt van een instituut dat de man zekerheid zou verschaffen over de biologische herkomst van de kinderen, nl. het huwelijk. Op die manier wordt verklaard dat enkel het huwelijk een volwaardige afstammingsband, met de daaraan gekoppelde vermogensaanspraken, kon genereren. Kinderen geboren buiten het huwelijk hadden geen recht op een vastgestelde afstammingsband, maar waren voor de vaststelling van hun staat afhankelijk van de willekeur van hun biologische ouders die hen in bepaalde gevallen konden erkennen.

Het erfrecht van buitenhuwelijkse kinderen – dat in de Franse revolutionaire periode op gedetailleerde wijze wettelijk was geregeld – werd door de *Code civil* eenvoudig afgeschaft. Natuurlijke kinderen waren geen erfgenaam. De wet verleende hen slechts dan rechten op de goederen van hun overleden vader of moeder, indien zij wettelijk erkend waren. Buitenhuwelijkse kinderen konden geen rechten laten gelden op de goederen van de bloedverwanten van hun vader of moeder (art. 756 C.c.).

Te dien tijde legde de wet het vaderschap op aan de echtgenoot van de moeder (art. 312 eerste lid C.c.) en de ontkenning van dit vaderschap werd slechts in zeer uitzonderlijke gevallen toegelaten (zie de art. 312 tweede lid, 313, 314 en 316 C.c.). Veel aandacht werd besteed aan het bewijs van de afstamming van wettige kinderen (zie de art. 319 t.e.m. 330 C.c.). Buiten het huwelijk geboren kinderen die niet in overspel of bloedschande waren verwekt, konden worden "gewettigd", maar enkel door het opvolgend huwelijk van hun vader en moeder, indien ze bovendien vóór het huwelijk of in de huwelijksakte werden erkend. Deze wettiging had tot gevolg dat zij dezelfde rechten hadden als waren zij uit het huwelijk van hun ouders geboren (art. 333 C.c.). Een erkenning kon gebeuren in de geboorteakte of bij authentieke akte (art. 334 C.c.), maar kon niet plaatsvinden t.a.v. in overspel of bloedschande geboren kinderen (art. 335 C.c.). Iedere erkenning kon door elke belanghebbende worden betwist (art. 339 C.c.). Het onderzoek naar het vaderschap was principieel verboden (art. 340 C.c.), het onderzoek naar het moederschap toegelaten (art. 341 C.c.). Beide procedures tot gerechtelijke vaststelling van de afstamming tussen een kind en zijn ouder waren echter verboden indien daardoor een overpelige of bloedschennige afstamming zou komen vast te staan (art. 342 C.c.).

27 Na 1804 bleef het afstammingsrecht nagenoeg onaangeroerd gedurende het verdere verloop van de negentiende eeuw.

28 In de loop van de twintigste eeuw werd de rol van de familie geleidelijk aan afgezwakt, samen met de familiale functie van het huwelijk. De aanpassingen die in de afstammingswetgeving werden doorgevoerd, hadden voornamelijk tot doel de juridische positie van buiten het huwelijk geboren kinderen te verbeteren.

Chronologisch kunnen de hervormingen uit de voorbije eeuw als volgt worden samengevat:

– De Wet van 6 april 1908 op het onderzoek naar het vaderschap en het moederschap van het onecht kind (*B.S.* 26 april 1908, 2337) verklaarde het onderzoek naar het vaderschap – voorheen verboden behoudens "schaking" – toelaatbaar in een zeer beperkt aantal gevallen (art. 340*a* (oud) B.W.) en verruimde de bewijsmogelijkheden voor het toegelaten onderzoek naar het moederschap (art. 341*a* (oud) B.W.).
Deze wet was op drie vlakken liberaler dan de *Code civil*. Bezit van staat werd toegelaten als bewijselement van een afstammingsband buiten het huwelijk, zowel langs moederszijde als langs vaderszijde (zie resp. art. 340*a*, 1° en 341*a*,

1° (oud) B.W.). Het begin van schriftelijk bewijs werd uitgebreid tot de afstamming buiten het huwelijk en de geboorteakte werd gelijkgesteld met een begin van schriftelijk bewijs dat kon leiden tot de ontvankelijkheid van de vordering tot onderzoek naar het moederschap (zie art. 341*a*, 2° (oud) B.W.). De Wet van 6 april 1908 voerde tevens een vordering tot levensonderhoud tegen de vermoedelijke verwekker in, ten behoeve van kinderen zonder vastgestelde afstamming van vaderszijde (zie art. 342*b* (oud) B.W.) en kende aan de moeder in die gevallen een vergoeding toe voor de bevallingskosten (art. 342*c* (oud) B.W.).

– Na de Eerste Wereldoorlog was een tijdlang zgn. "oorlogswetgeving" van kracht die het mogelijk maakte dat sommige kinderen bij vonnis wettig konden worden verklaard, omwille van oorlogsomstandigheden (Wet van 29 juli 1921 tot bepaling der voorwaarden, waaronder kunnen gewettigd worden de kinderen, wier ouders gedurende den oorlog geen huwelijk konden aangaan wegens den militairen dienst, de wegvoering of de gevangenhouding van den vader en wegens dezes overlijden, *B.S.* 5-6 augustus 1921, 6378).
Het ging meer bepaald om kinderen waarvan de vermoedelijke vader gedurende de oorlog in het leger had gediend en was overleden ten gevolge van een gevecht, verwondingen toegebracht of ziekten opgedaan of verergerd gedurende zijn legerdienst. Dezelfde gunstregeling gold voor kinderen van Belgen die gevangengehouden of weggevoerd waren wegens diensten aan het vaderland of een geassocieerd of geallieerd land wegens weerstand aan de vijand indien zij gedurende de gevangenhouding of wegvoering of uiterlijk twee maanden na hun terugkeer in België waren overleden (art. 1 en 2). Rechtsgedingen o.g.v. deze wet waren niet meer ontvankelijk twee jaar na de afkondiging (art. 22).

– Door de Wet van 20 maart 1927 wijzigende de wetsbepalingen betreffende de scheiding van tafel en bed (*B.S.* 11 en 12 april 1927, 1751) werd het, in het geval dat een eis tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed was ingeleid, mogelijk om het vaderschap van de echtgenoot op eenvoudige verklaring te betwisten t.a.v. kinderen die geboren zijn meer dan 300 dagen na de beslissing waarbij de vrouw werd gemachtigd een afzonderlijke woonplaats te hebben en minder dan 180 dagen na de afwijzing van de eis of na de verzoening, bij ontstentenis van feitelijke hereniging (toevoeging van een tweede lid aan art. 313 (oud) B.W.).

– Ook na de Tweede Wereldoorlog was gedurende een beperkte tijd wetgeving van kracht die de wettiging toeliet van bepaalde kinderen waarvan de ouders wegens oorlogsomstandigheden niet in de mogelijkheid waren te huwen (zie de Wet van 14 november 1947 tot bepaling van de voorwaarden waaronder de kinderen wier ouders, ten gevolge van de oorlog, geen huwelijk konden aangaan, kunnen gewettigd worden, *B.S.* 5 december 1947, 11292) of waarvan de ouders tijdens de oorlog in het buitenland waren gehuwd (zie de Wet van 20 december 1947 betreffende de wettiging van de kinderen wier ouders gedurende de oorlog in het buitenland een huwelijk hebben aangegaan, *B.S.* 10 januari 1948, 258). Deze laatste categorie ouders kon tot 31 december 1951 hun kinderen wettigen via erkenning (zie het enig art. van de Wet van 2 juli 1951 tot wijziging van de Wet van 20 december 1947 betreffende de wettiging van de kinderen wier ouders gedurende de oorlog in het buitenland een huwelijk hebben aangegaan, *B.S.* 9-10 juli 1951, 5349).

– Via de Wet van 15 maart 1954 tot intrekking van artikel 315 van het Burgerlijk Wetboek en houdende overgangsmaatregelen (*B.S.* 26 maart 1954, 2270, in werking getreden op 5 april 1954) werd het vermoeden van wettigheid voor kinderen die geboren waren meer dan 300 dagen na de ont-

binding van het huwelijk van de moeder en haar echtgenoot afgeschaft voor kinderen geboren vanaf de inwerkingtreding van deze wet. Tevens werd een procedure vastgelegd voor de betwisting van de wettigheid van kinderen geboren meer dan 300 dagen na de ontbinding van dit huwelijk, voorheen slechts als mogelijkheid verwoord in artikel 315 (oud) B.W.

– De Wet van 10 februari 1958 tot wijziging van sommige bepalingen van het Burgerlijk Wetboek (Boek I, Titels VII en VIII), betreffende het vaderschap, de afstamming en de aanneming van kinderen (*B.S.* 20 februari 1958, 1020) heeft artikel 315 B.W. opnieuw ingevoegd en creëerde o.m. een wettelijke oplossing voor vaderschapsconflicten na erkenning of wettiging (art. 315 eerste lid (oud) B.W.) en na opeenvolgende huwelijken van de moeder (art. 315 tweede lid (oud) B.W.).
Nog belangrijker was de invoering van een mogelijkheid tot erkenning en wettiging van overspelige kinderen, mits machtiging daartoe vanwege de rechtbank, in een uitzonderlijk geval, nl. indien deze kinderen verwekt waren tijdens een procedure tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed (zie de art. 331, 331*bis* en 335 (oud) B.W.).
Daarnaast werd geëxpliciteerd dat gewettigde kinderen dezelfde rechten en verplichtingen hebben als de uit het huwelijk geboren kinderen (art. 333 (oud) B.W.); het probleem van opeenvolgende erkenningen door een persoon van hetzelfde geslacht werd geregeld door de bepaling dat alleen de eerste erkenning gevolg heeft zolang ze niet is vernietigd (art. 339 (oud) B.W.).
Ten slotte breidde deze wet de mogelijke vordering tot levensonderhoud tegen de vermoedelijke verwekker uit tot overspelige en bloedschennige kinderen (zie art. 342*a* (oud) B.W.).

– Door de Wet van 14 december 1970 tot wijziging van de artikelen 314, 316, 317 en 318 van het Burgerlijk Wetboek, waarbij de procedure tot ontkenning van vaderschap wordt geregeld (*B.S.* 2 februari 1971, 1241) werden de termijnen voor de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot geüniformiseerd (art. 316 en 317 (oud) B.W.), de in het geding te roepen partijen wettelijk bepaald (art. 318 eerste lid (oud) B.W.) en voorzien in een publiciteitsregeling voor de rechterlijke beslissing die de vordering gegrond heeft verklaard (art. 318 tweede tot vierde lid (oud) B.W.).

– Door de Wet van 1 juli 1974 tot wijziging van sommige artikelen van het Burgerlijk en het Gerechtelijk Wetboek, betreffende de echtscheiding (*B.S.* 17 augustus 1974, 10249) werd de wettiging van overspelige kinderen ook toegelaten indien het kind geboren was na de feitelijke scheiding van de overspelige ouder wanneer deze was uitgelopen op een echtscheiding o.g.v. feitelijke scheiding (zie art. 331 tweede lid (oud) B.W.).

– Na de Wet van 22 juni 1976 tot wijziging van artikel 318 van het Burgerlijk Wetboek (*B.S.* 6 augustus 1976, 9921) werd de voogd *ad hoc* die het minderjarig kind vertegenwoordigde als verweerder in een procedure tot be-

twisting van het vaderschap van de echtgenoot van zijn moeder niet meer aangewezen door de familieraad, maar door de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, op verzoek van de eisende partij (art. 318 eerste lid (oud) B.W.).

Ondanks een aantal wijzigingen ten gunste van de kinderen die buiten het huwelijk waren geboren, werd ons afstammingsrecht in het midden van de jaren zeventig toch nog gekenmerkt door een strikt onderscheid tussen wettige kinderen en natuurlijke kinderen; de afstamming binnen het huwelijk genoot voorrang. Zowel op het vlak van de vaststelling van de afstamming als op het vlak van de gevolgen ervan werden de natuurlijke kinderen gediscrimineerd. De moederlijke afstamming van natuurlijke kinderen kon slechts worden vastgesteld door een uitdrukkelijke erkenning van de moeder. De natuurlijke verwantschap bleef beperkt tot de eerste graad en zelfs tegenover zijn ouders had een natuurlijk kind slechts een beperkt erfrecht.
De op het huwelijk steunende vaderlijke afstamming was slechts in zeer beperkte mate vatbaar voor betwisting en buiten het huwelijk was het onderzoek naar het vaderschap slechts uitzonderlijk mogelijk. De gerechtelijke vaststelling van het vaderschap kon bovendien nog steeds worden belet door afdoende gronden van ontoelaatbaarheid, zoals de *exceptio plurium* (het feit dat de moeder gedurende het wettelijke tijdvak van de verwekking met een andere man gemeenschap heeft gehad) en het kennelijk wangedrag van de moeder.
Er bestond een principieel verbod van vaststelling van de afstamming langs vaderszijde van overspelige en bloedschennige kinderen.

Via de omweg van een (regulariserende) adoptie door de eigen ouder werd het statuut van vele natuurlijke kinderen verbeterd (zie daaromtrent verder, nrs. 109-111).

In een periode waarin het aantal huwelijken daalde, het buitenhuwelijks samenwonen maatschappelijk meer en meer werd getolereerd en het aantal echtscheidingen gestaag toenam, werd het noodzakelijk dat de afstammingswetgeving zou worden aangepast aan de veranderde sociale werkelijkheid.

Toen de wetgever in dit tijdvak voor de keuze werd geplaatst tussen de handhaving van de geldende hiërarchie tussen verschillende categorieën kinderen en de invoering van een principiële gelijkheid tussen kinderen op het vlak van hun afstamming (zie J. GERLO, "Hiërarchie der afstammingen of gelijkheid van statuten", *R.W.* 1972-73, 1889-1914) heeft hij resoluut voor dit laatste gekozen. De meest fundamentele doelstelling die werd nagestreefd met de hervorming die in 1987 zou worden gefinaliseerd, was de definitieve uitschakeling van om het even welk onderscheid van rang of waarde tussen de verschillende vormen van afstamming (G. MUNDELEER, "Inleiding", in G. BAETEMAN (ed.), *Afstamming en adoptie*, Brussel, E. Story-Scientia, 1987, 9).

Als opdrachthouder bij het kabinet van toenmalig Minister van Justitie Renaat VAN ELSLANDE was prof. Johan PAUWELS, decaan en titularis van het opleidingsonderdeel Personen- en familierecht aan de K.U. Leuven, belast met de taak een allesomvattende hervorming van het Belgische afstammingsrecht uit te werken. Hij was de opsteller en de geestelijke vader van het ingrijpend en radicaal ontwerp dat Minister VAN ELSLANDE op 15 februari 1978 in de Senaat neerlegde. Prof. PAUWELS is gedurende de parlementaire voorbereiding van de hervorming in 1985 overleden, enkele dagen vooraleer over het wetsontwerp op 10 juli 1985 een eerste maal in de Senaat werd gestemd (zie R. BLANPAIN, "Ten geleide", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, 19-21).

Het ontwerp van wet tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming en de adoptie, *Parl. St.* Senaat 1977-78, nr. 305/1 – in Vlaanderen "wetsontwerp-Van Elslande" genoemd en in Wallonië omschreven als "Projet 305" – is in de doctrine omstandig becommentarieerd (zie J.M. PAUWELS, "Het wetsontwerp-Van Elslande betreffende afstamming en adoptie", *R.W.* 1978-79, 1201-1212; M.-Th. MEULDERS-KLEIN, "Le contexte et les lignes de force du projet n° 305. Rapport introductif", *Ann. dr. Louvain* 1979, 155-172 en J. GERLO, "De ontwerpen Vranckx, Vanderpoorten en Van Elslande betreffende de afstamming", *R.W.* 1978-79, 193-204). Dit wetsontwerp is gedurende de parlementaire werkzaamheden door de senaatscommissie voor de Justitie gesplitst (zie Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 5 en *Hand.* Kamer 1985-86, 10 juli 1986, 1434). Het deel betreffende de afstamming heeft geleid tot de hieronder besproken Wet van 31 maart 1987. Het deel betreffende de adoptie is geculmineerd in de Wet van 27 april 1987 (tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de adoptie, *B.S.* 27 mei 1987, 8270), waarmee een grondige wijziging in het adoptierecht werd doorgevoerd, maar waarop hier niet wordt ingegaan.

– De Wet van 31 maart 1987 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming (*B.S.* 27 mei 1987, 8250; hierna afgekort: Afstammingswet) heeft het volledige afstammingsrecht radicaal hervormd en is op 6 juni 1987 in werking getreden.

De krachtlijnen van de Afstammingswet kunnen als volgt worden samengevat:
– egalisering: de discriminaties tussen kinderen o.g.v. hun geboorte werden grotendeels opgeheven; meteen werd ook het terminologische onderscheid tussen wettige en natuurlijke kinderen afgeschaft; het gebruik van deze terminologie is sindsdien uit den boze;
– liberalisering: achterhaalde beperkingen van de mogelijkheden tot vaststelling en betwisting van de afstamming werden opgeheven of versoepeld;
– modernisering: het afstammingsrecht werd – het weze uiterst fragmentair – aangepast aan de nieuwe ontstaansvormen van menselijk leven; rekening werd gehouden met de wetenschappelijke verworvenheden op het vlak van het bewijs van genetisch ouderschap (P. SENAEVE, *Compendium*, 293-294, nr. 718).

Concreet werd het beginsel van de vaststaande afstamming langs moederszijde ingevoerd, waarbij deze afstammingsband automatisch voortvloeit uit de vermelding van de naam van de moeder in de geboorteakte (art. 312 § 1 B.W.) zodat de moeder haar buitenhuwelijks kind niet meer hoeft te erkennen om haar moederschap juridisch vastgesteld te zien worden.

De toelaatbaarheid van de vaststelling van de afstamming is – wellicht voorgoed – losgekoppeld van het huwelijk, met als gevolg dat het principieel mogelijk werd de afstammingsband van overspelige kinderen vast te stellen, zowel via erkenning als via een gerechtelijke procedure. In bepaalde gevallen is het ook mogelijk een bloedschennige afstammingsband vast te stellen, nl. telkens wanneer de Koning ontheffing kan verlenen van een huwelijksbeletsel. Alle kinderen hebben principieel dezelfde rechten en verplichtingen, ongeacht de wijze waarop hun afstamming is vastgesteld (art. 334 B.W.).

Sinds de inwerkingtreding van de Afstammingswet bevat het Burgerlijk Wetboek geen bepalingen meer i.v.m. de bescherming van een ongeboren kind. Onder het oude afstammingsrecht benoemde de familieraad een "curator over de ongeboren vrucht" indien de vrouw zwanger was bij het overlijden van de man. De moeder werd na de geboorte voogdes over het kind en de curator werd van rechtswege toeziende voogd (zie het oude art. 393 B.W.). De rechtsfiguur van deze zgn. *curator ad ventrem* werd door de Afstammingswet afgeschaft, in 2001 verdween ook de familieraad en werd de voogdij grondig hervormd.

– Naar aanleiding van de hervorming van de echtscheidingsprocedures heeft de Wet van 27 december 1994 tot wijziging van de artikelen 318, 320 en 348 van het Burgerlijk Wetboek en van de artikelen 1306, 1309 en 1310 van het Gerechtelijk Wetboek (*B.S.* 28 januari 1995, 2001), de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot op eenvoudige verklaring en de erkenning van een overspelig kind *a matre* door een man ook mogelijk gemaakt in de hypothese dat het kind geboren is meer dan 300 dagen nadat de feitelijke scheiding gevolgd werd door een echtscheiding o.g.v. bepaalde feiten (zie resp. art. 318 § 3 eerste lid, 2° en art. 320, 4° B.W.).

29 In het begin van de eenentwintigste eeuw is duidelijk geworden dat het afstammingsrecht opnieuw aan hervorming toe is (zie verder, nrs. 81-84).
Tot nog toe werden enkel de artikelen 313, 319*bis* en 322 B.W. "geslachtsneutraal" gemaakt, tegelijk met en omwille van de invoering van het homohuwelijk (door de Wet van 13 februari 2003 tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht en tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek, *B.S.* 28 februari 2003, 9880).

30 Wat ook de draagwijdte van de komende hervorming van het afstammingsrecht zal zijn, de procedures tot vaststelling en betwisting van de afstamming buiten het huwelijk zullen steeds meer toepassing vinden, gelet op het feit dat het aantal buiten het huwelijk geboren kinderen gestaag toeneemt, wat blijkt uit statistische gegevens i.v.m. de geboorten in België naar wettigheid, opgemaakt door het Nationaal Instituut voor de Statistiek (N.I.S.).

Nu het totaal aantal geboorten door het N.I.S. wordt opgesplitst in "wettige" en "onwettige" geboorten kan het percentage onwettige geboorten in België eenvoudig worden berekend.

Figuur 1

JAAR	TOTAAL	WETTIGE	ONWETTIGE	
			Aantal	Percentage
1945	130.526	124.966	5.560	4,26%
1954	148.538	145.453	3.085	2,08%
1955	149.195	146.026	3.169	2,12%
1964	160.338	157.158	3.680	2,30%
1965	155.496	151.919	3.677	2,36%
1975	119.693	115.963	3.730	3,12%
1976	121.034	117.257	3.777	3,12%
1977	121.852	118.086	3.766	3,09%
1978	122.592	118.471	4.121	3,36%
1979	123.825	119.179	4.646	3,75%
1980	124.398	119.272	5.126	4,12%
1985	114.092	106.025	8.067	7,07%
1986	117.114	107.924	9.190	7,85%
1987	117.354	106.630	10.724	9,14%
1988	119.779	106.995	12.784	10,67%
1989	120.904	107.223	13.681	11,32%
1990	123.776	109.403	14.373	11,61%
1991	125.924	110.031	15.893	12,62%
1992	124.774	107.818	16.956	13,59%
1993	120.848	103.265	17.583	14,55%
1994	116.513	98.058	18.455	15,84%
1995	115.542	95.581	19.961	17,28%
1996	116.442	94.257	22.185	19,05%
1997	116.213	91.836	24.377	20,97%

(Bronnen: *Statistisch jaarboek van België* 1995, Boekdeel 113, p. 52: wettige en onwettige geboorten naar geslacht, jaren 1945-1989; *Bevolkingsstatistieken* 1991, nr. 3, p. 13, tabel 1: geboorten naar geslacht en wettigheid, per provincie, jaren 1982 tot 1987; *Bevolkingsstatistieken* 1996, nr. 2, p. 13, tabel 1: geboorten naar geslacht en wettigheid, per provincie, jaren 1987 tot 1992; *Bevolkingsstatistieken* 2000, p. 11, tabel 1: geboorten naar geslacht en wettigheid, per provincie en gewesten, jaren 1992 tot 1995 en *Bevolkingsstatistieken* 2002, p. 7, tabel 1; geboorten naar geslacht en wettigheid, per provincie en gewesten, jaren 1994 tot 1997).

Er zijn in België nooit méér kinderen geboren dan in 1964.
Het aantal buitenhuwelijkse kinderen is sinds 1977 onophoudelijk gestegen, zowel in absolute cijfers als procentsgewijs (t.o.v. het totaal aantal geboorten).

In 1954 werd slechts 2,02% van alle geboren kinderen verwekt door een man en een vrouw die niet (met elkaar) gehuwd waren, terwijl dit percentage in 1997 reeds was vertienvoudigd, zodat met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid mag worden aangenomen dat sinds het begin van de eenentwintigste eeuw meer dan één op vier kinderen buiten het huwelijk wordt geboren.
Welk deel van deze "onwettige" kinderen uit (een) overspelige ouder(s) is geboren blijft onduidelijk; het overspel van ouders kan immers onmogelijk in geboortestatistieken worden vertaald.

TITEL III

AFSTAMMINGSRECHT VANUIT HET PERSPECTIEF VAN HET INTERNATIONAAL (VERDRAGS)RECHT

31 Meer en meer wordt het familierecht getoetst aan de mensenrechten. Zo ook is nagegaan of de Belgische afstammingswetgeving wel in overeenstemming is met het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens (Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, gesloten door de lidstaten van de Raad van Europa, ondertekend te Rome op 4 november 1950 en goedgekeurd door België bij W. 13 mei 1955, *B.S.* 19 augustus 1955, *err. B.S.* 19 juni 1961; hierna afgekort: E.V.R.M.), meer bepaald met de artikelen 8 (bescherming van het gezinsleven) en 14 (non-discriminatiebeginsel) van het E.V.R.M.

Eveneens in het raam van de Raad van Europa werd door een werkgroep van experten binnen het Comité d'experts sur le droit de la famille (CJ-FA) op 15 januari 2002 een zgn. "'Witboek' over de principes i.v.m. de vaststelling en de juridische gevolgen van een afstammingsband" verspreid ("Livre Blanc" sur les principes relatifs à l'etablissement et aux consequences juridiques du lien de filiation – "White Paper" on Principles concerning the Establishment and Legal Consequences of Parentage), in het Frans en het Engels beschikbaar op het internet, *http://www.legal.coe.int/family*, hierna afgekort: "Witboek" CJ-FA (2002).

32 Recentelijk is ook een specifieke categorie mensenrechten, nl. de kinderrechten, op de voorgrond gekomen. Zo heeft de rechtspraak in afstammingszaken al meermaals melding gemaakt van de artikelen 3 (belang van het kind) en 7 (het recht zijn ouders te kennen) van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (I.V.R.K.).

In deze titel wordt het resultaat weergegeven van de toetsing van het Belgisch afstammingsrecht aan het E.V.R.M. en het I.V.R.K. (resp. hoofdstuk I en II). Daarnaast wordt kort melding gemaakt van een aantal andere multilaterale verdragen en van de bepalingen i.v.m. afstamming uit bilaterale akkoorden die ons land heeft gesloten (hoofdstuk III).

HOOFDSTUK I

MENSENRECHTEN: HET EUROPEES VERDRAG TOT BESCHERMING VAN DE RECHTEN VAN DE MENS (E.V.R.M.)

33 Binnen het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens zijn vooral de artikelen 8 en 14 E.V.R.M. relevant voor het afstammingsrecht.

Artikel 8.1 E.V.R.M. bepaalt dat eenieder recht heeft op eerbiediging van zijn privé-leven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling. Krachtens artikel 8.2 E.V.R.M. is geen inmenging van enig openbaar gezag toegestaan met betrekking tot de uitoefening van dit recht dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving nodig is in het belang van 's lands veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, de bescherming van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

Krachtens artikel 14 E.V.R.M. is het genot van de rechten en vrijheden, welke in dit verdrag zijn vermeld, verzekerd zonder enig onderscheid op welke grond ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere overtuiging, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status.

Meer in het bijzonder wordt het recht op eerbiediging van het privé-leven en gezinsleven, vervat in artikel 8.1 E.V.R.M., ingeroepen, zowel door ouders als door kinderen.

Artikel 8.2 E.V.R.M. geeft aan onder welke voorwaarden de overheid beperkingen kan opleggen aan dit grondrecht op eerbiediging van het gezinsleven. Wanneer een inbreuk op dit recht wordt opgeworpen zal het Europees Hof voor de Rechten van de Mens te Straatsburg overeenkomstig de in deze bepaling opgenomen "escape-clausule" via een trapsgewijze redenering nagaan of die inbreuk een basis heeft in nationaal recht ("bij de wet voorzien"), daarnaast dient tot bescherming van een rechtmatig belang, nl. één of meer van de in deze bepaling opgesomde rechtsbelangen en tenslotte of die inbreuk ingegeven is door een dwingende maatschappelijke behoefte en pertinent en proportioneel is ("in een democratische samenleving nodig") (J. VANDE LANOTTE, Y. HAECK, J. LATHOUWERS, B. TOBBACK en M. VAN DE PUTTE, *Het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens in hoofdlijnen*, I, *Algemene beginselen,* Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 1997, 201-207, nrs. 383-397).

In samenhang met artikel 8 garandeert artikel 14 E.V.R.M. o.m. het recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven zonder onderscheid op grond van geboorte.

Aangezien artikel 14 E.V.R.M. enkel in combinatie met een ander artikel van het E.V.R.M. of een aanvullend protocol kan worden ingeroepen, wordt aangenomen dat het non-discriminatierecht een complementair of accessoir karakter heeft. Desondanks veronderstelt de toepassing van artikel 14 E.V.R.M. niet noodzakelijk een schending van een ander artikel; artikel 14 E.V.R.M. kan geschonden worden bevonden zonder dat de bepaling in combinatie waarmee het werd ingeroepen ook geschonden hoeft te zijn. In die zin heeft artikel 14 E.V.R.M. ook een autonoom karakter. De in deze bepaling opgenomen opsomming van discriminatiegronden is niet limitatief, wat o.m. blijkt uit de bewoordingen "zonder enig onderscheid op welke grond ook" en de bewoordingen "of andere status", waardoor artikel 14 E.V.R.M. tenslotte ook een open karakter heeft.

34 In dit hoofdstuk zal vooreerst worden ingegaan op de drie zaken i.v.m. afstamming en erfrecht die tot nog toe werden voorgelegd aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens met België als verwerende partij. Zowel in de zaak Marckx als in de zaak Vermeire heeft het Europees Hof de Belgische Staat veroordeeld, resp. in 1979 en 1991; over de zaak Verryt heeft het hof nooit geoordeeld omdat de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens het verzoek in 1994 onontvankelijk verklaarde (Afdeling I).

Daarna wordt de rechtspraak van het Hof van Cassatie i.v.m. de directe werking van de artikelen 8 en 14 E.V.R.M. besproken, zowel inzake de vaststelling van de afstamming als inzake de gevolgen ervan, meer bepaald op het vlak van erfrecht (Afdeling II).

Los van de vraag naar directe werking, kan worden opgemerkt dat het Hof van Cassatie artikel 8 E.V.R.M. als considerans heeft gehanteerd in twee arresten m.b.t. de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap, waarin het hof meer bepaald overwoog dat het recht op lichamelijke integriteit – ingeroepen ter rechtvaardiging van de weigering van de vermeende vader om een door de rechtbank o.g.v. artikel 331*octies* B.W. bevolen deskundigenonderzoek te ondergaan – "niet onbeperkt [is] en moet worden uitgelegd in het licht van andere fundamentele rechten, zoals dit bepaald in artikel 8 E.V.R.M." (Cass. C.97.294.N, 17 december 1998, *Arr. Cass.* 1999, 1144, *Pas.* 1998, I, (1233) 1240, *R.W.* 1998-99, 1144, noot F. SWENNEN en *R. Cass.* 1999, 198, noot S. BRIJS; Cass. C.96.182.N, 17 december 1998, *Arr. Cass.* 1999, 1141, *Pas.* 1998, I, (1233) 1234 en *R. Cass.* 1999, 197, noot S. BRIJS; zie *in extenso* verder, nrs. 496-497).

AFDELING I

BELGISCH AFSTAMMINGS- EN ERFRECHT BEOORDEELD DOOR HET EUROPEES HOF VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS

§ 1. Arrest Marckx

35 Tijdens de parlementaire voorbereiding van de Afstammingswet heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens te Straatsburg op 13 juni 1979 in zijn arrest Marckx de Belgische Staat veroordeeld omdat zijn afstammingswetgeving het E.V.R.M. in verscheidene opzichten schond.

De zaak werd ingeleid door Paula Marckx, een ongehuwde vrouw met een buitenhuwelijkse dochter (Alexandra), die zij erkende en vervolgens adopteerde, teneinde haar dezelfde rechten als een wettig kind te verlenen.

Het hof verduidelijkte de betekenis en de draagwijdte van de woorden "eerbiediging van het privé-leven en gezinsleven". Artikel 8 E.V.R.M. maakt geen onderscheid tussen een "wettig" en een "natuurlijk" gezin; een dergelijk onderscheid zou strijdig zijn met de bewoording "eenieder" uit artikel 8.1 E.V.R.M. en onverenigbaar met artikel 14 E.V.R.M., dat discriminaties o.g.v. geboorte verbiedt. Aangezien Paula Marckx haar dochter Alexandra vanaf haar geboorte ten laste heeft genomen en niet heeft opgehouden zich

ermee bezig te houden, besloot het hof dat er tussen hen een effectief gezinsleven bestaan heeft en bestaat. Zoals het hof eerder al had opgemerkt (zie Hof Mensenrechten, Belgische taalzaak, 23 juli 1968, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 6, § 7), heeft artikel 8 E.V.R.M. wezenlijk tot voorwerp het individu te beschermen tegen willekeurige inmenging van de publieke macht. In de zaak Marckx oordeelde het hof nu dat artikel 8 E.V.R.M. nochtans niet beperkt is tot de verplichting van de Staat zich te onthouden van dergelijke inmengingen: aan deze eerder negatieve verbintenis kunnen positieve verplichtingen worden toegevoegd die inherent zijn aan de effectieve eerbiediging van het gezinsleven. Hieruit volgt nl. dat de Staat, door in zijn interne rechtsorde een stelsel te bepalen dat toepasselijk is op zekere familiebanden, zoals die van een ongehuwde moeder en haar kind, moet handelen op een wijze die de belanghebbenden toelaat een normaal gezinsleven te leiden. Zoals artikel 8 E.V.R.M. het opvat, impliceert de eerbiediging van het gezinsleven in het bijzonder, naar de mening van het hof, het bestaan in het nationale recht van een juridische bescherming die de integratie van het kind in zijn familie vanaf de geboorte mogelijk maakt. Het hof erkent dat de Staat dienaangaande verscheidene middelen heeft waaruit hij kan kiezen, maar een wetgeving die aan dit gebod niet zou beantwoorden, schendt artikel 8.1 E.V.R.M. zonder dat het nodig is deze schending te onderzoeken vanuit het oogpunt van artikel 8.2 E.V.R.M. (§ 31).
Artikel 14, gecombineerd met artikel 8 E.V.R.M., vereist volgens het hof dat de Staat, handelend op een wijze die de normale ontwikkeling van gezinsleven van een ongehuwde moeder en haar kind toelaat, zich van elke discriminatie o.g.v. geboorte moet onthouden (§ 34).

Wat de vaststelling van de afstamming langs moederszijde buiten het huwelijk betreft, was het hof van oordeel dat artikel 8 E.V.R.M. werd geschonden in hoofde van de moeder, doordat naar (destijds geldend) Belgisch recht een vrouw haar buiten het huwelijk geboren kind moest erkennen of haar moederschap gerechtelijk moest laten vaststellen om een afstammingsband langs moederszijde met haar kind tot stand te brengen. Dergelijke situatie gaat volgens het hof in tegen de eerbiediging van het gezinsleven en belemmert de normale ontwikkeling ervan (§ 36). Artikel 8 E.V.R.M. werd ook geschonden in hoofde van haar dochter, omdat deze slechts één middel had om haar moederlijke afstamming te bewijzen, nl. het onderzoek naar het moederschap (§ 37). Daarenboven werd artikel 14 E.V.R.M., gecombineerd met artikel 8 E.V.R.M. geschonden, daar er geen enkele objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond kon worden gevonden voor een verschillende regeling tot vaststelling van de moederlijke afstamming, naargelang deze wettig of natuurlijk was (§ 43).

Aangaande de juridische omvang van de familie van een buitenhuwelijks kind was het hof van oordeel dat het gezinsleven in de zin van artikel 8 E.V.R.M. minstens de verhoudingen tussen naaste bloedverwanten, bv. tussen grootouders en kleinkinderen, omvat. Nu een buitenhuwelijks kind – zelfs indien het was erkend en geadopteerd – (onder het toen geldende

afstammingsrecht) in beginsel buiten de familie van zijn ouders bleef, besloot het hof niet alleen tot een schending van artikel 8 E.V.R.M. afzonderlijk beschouwd in hoofde van Alexandra en in hoofde van Paula Marckx (§ 47), maar ook tot een schending van artikel 14 gecombineerd met artikel 8 E.V.R.M. in hoofde van beide verzoeksters (§ 48), omwille van deze beperking naar toenmalig Belgisch recht van de natuurlijke familie tot de eerste graad.

Wat de gevolgen van de afstamming betreft, had het hof overwegingen aangaande de patrimoniale rechten die door de moeder en haar buitenhuwelijks kind werden ingeroepen.
I.v.m. de patrimoniale rechten ingeroepen door Alexandra Marckx overwoog het hof dat het familieleven niet enkel relaties van sociale, morele of culturele aard omvat, maar ook materiële belangen, zoals erfrechten en de mogelijkheid de erfopvolging te regelen door schenking of testament (§ 52). Artikel 8 E.V.R.M. vereist volgens het hof echter niet dat een kind recht zou hebben op een zeker deel van de erfenis van zijn ouders, laat staan van andere naaste bloedverwanten. Ook op patrimoniaal gebied heeft de Staat in beginsel de keuze tussen de middelen om aan eenieder toe te laten een normaal gezinsleven te leiden; een dergelijk recht is niet onontbeerlijk voor het voortzetten van het gezinsleven. De door het Belgisch Burgerlijk Wetboek gestelde beperkingen aan de erfrechtelijke roeping van een buitenhuwelijks kind en aan de mogelijkheid schenkingen te ontvangen, zijn op zichzelf, onafhankelijk van het motief waardoor ze geïnspireerd zijn, niet strijdig met het E.V.R.M. (§ 53).
Alexandra Marckx was echter wel het slachtoffer van de schending van artikel 14 E.V.R.M., gecombineerd met artikel 8 E.V.R.M., zowel vanwege de beperkingen aan haar bevoegdheid om goederen van haar moeder te verkrijgen, als vanwege de volledige afwezigheid van een erfrechtelijke roeping ten opzichte van haar naaste bloedverwanten langs moederszijde (§ 59).

I.v.m. de patrimoniale rechten ingeroepen door Paula Marckx, overwoog het hof dat de beperkte bekwaamheid in haren hoofde om te beschikken ten voordele van haar buitenhuwelijkse dochter op zichzelf niet strijdig is met het E.V.R.M. (§ 61), maar dat het onderscheid op dit gebied tussen ongehuwde en gehuwde moeders geen objectieve en redelijke rechtvaardigheidsgrond heeft en derhalve artikel 14 gecombineerd met artikel 8 E.V.R.M. schendt (§ 62).
Paula Marckx had niet alleen de schending van artikel 8 afzonderlijk beschouwd en gecombineerd met artikel 14 E.V.R.M. ingeroepen, maar ook een schending aangevoerd van artikel 1 van het Protocol nr. 1 bij het E.V.R.M., afzonderlijk beschouwd en gecombineerd met artikel 14 E.V.R.M.

Artikel 1 van het eerste aanvullend Protocol bij het Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden, ondertekend te Parijs op 20 maart 1952 en goedgekeurd bij de Wet van 13 mei 1955 (*B.S.* 19 augustus 1955) luidt als volgt: "Alle natuurlijke of rechtspersonen hebben recht op het ongestoord genot van hun eigendom. Niemand zal van zijn eigendom worden beroofd behalve in het algemeen belang en met inachtneming van de voorwaarden neergelegd in de wet en in de algemene beginselen van het internationaal recht.

De voorgaande bepalingen zullen echter op geen enkele wijze het recht aantasten dat een Staat heeft om die wetten toe te passen welke hij noodzakelijk oordeelt om toezicht uit te oefenen op het gebruik van eigendom in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen en boeten te verzekeren".

Deze patrimoniale rechten die door Paula Marckx werden opgeëist, vallen volgens het hof onder deze bepaling die in substantie het eigendomsrecht waarborgt; het recht om te beschikken over zijn goederen maakt immers traditioneel een fundamenteel onderdeel uit van het eigendomsrecht (§ 63). Aangezien overeenkomstig het tweede lid van deze bepaling het algemeen belang de wetgever er in zekere gevallen toe kan brengen het gebruik van eigendom te reglementeren op het gebied van de schenkingen onder de levenden of bij testament, achtte het hof de beperking van haar bekwaamheid om te beschikken om niet ten voordele van haar dochter niet strijdig met het Protocol nr. 1 (§ 64). Het hof zag echter niet in op welk algemeen belang, noch op welke objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond een Staat zich zou kunnen baseren om het recht van een ongehuwde moeder om haar kind met een schenking of een legaat te begiftigen te beperken, terwijl de gehuwde vrouw door geen enkele dergelijke beperking wordt gehinderd. Dit onderscheid tussen ongehuwde en gehuwde moeders werd discriminatoir geacht, met als gevolg dat Paula Marckx slachtoffer was van een schending van artikel 14 E.V.R.M., gecombineerd met artikel 1 van het Protocol nr. 1 (§ 65) (Hof Mensenrechten, arrest Marckx / België, 13 juni 1979, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 31 (authentieke Engelse tekst), *Rev. trim. dr. fam.* 1979, 227-268 (authentieke Franse tekst) en *R.W.* 1979-80, 947-959 (officieuze vertaling van het arrest in het Nederlands door M. BOSSUYT en M. VAN LOOK)).

Verder merkte het hof nog op dat het betwiste juridische stelsel ongetwijfeld aspecten vertoont die de belanghebbenden kunnen aanvoelen als vernederend, maar er werd geoordeeld dat dit geen "vernederende behandeling" uitmaakte die valt onder artikel 3 E.V.R.M. (§ 66). Een schending van artikel 12 E.V.R.M. – het recht te huwen, waaruit Paula Marckx het recht om ongehuwd te blijven afleidde – werd evenmin weerhouden. Hoewel Paula Marckx haar dochter zou hebben moeten wettigen, dus huwen, om haar het statuut van wettig kind te verlenen, stelde het hof vast dat er geen enkel juridisch beletsel bestaat tegen de uitoefening van haar vrijheid om te huwen of ongehuwd te blijven; daarnaast vereist artikel 12 E.V.R.M. volgens het hof niet dat alle aan het huwelijk verbonden juridische gevolgen ook zouden gelden voor situaties die hiermee op zekere punten vergelijkbaar zijn (§ 67).

Het hof meende dat er geen aanleiding is om Paula en Alexandra Marckx een andere billijke genoegdoening toe te kennen dan deze die voortvloeit uit de vaststelling van verscheidene schendingen van hun rechten (§ 68).

De gevolgen van dit arrest, gewezen op 13 juni 1979, werden door het hof beperkt tot de periode na de uitspraak. Bij de beoordeling van de patrimoniale rechten van Alexandra Marckx wees de Belgische Regering op de gevolgen van een eventuele vaststelling van de onverenigbaarheid van bepalingen uit het Belgisch recht met het E.V.R.M., waardoor ons land sedert de inwerkingtreding van het E.V.R.M. op 14 juni 1955 in een verdragsschendende situatie zou verkeren, met als belangrijke consequentie dat de belanghebbende natuurlijke kinderen de verdeling van nadien opengevallen nalatenschappen zouden kunnen betwisten omdat deze onregelmatig zou worden door het Marckx-arrest. Het hof kwam tegemoet aan deze bekommernis van de regering. Het interpreteerde het E.V.R.M. "in het licht van de huidige omstandigheden", maar erkende dat de verschillen in behandeling tussen natuurlijke en wettige kinderen, bv. op patrimoniaal gebied, gedurende vele jaren geoorloofd en normaal werden beschouwd in veel lidstaten.

Het hof stelde vast dat de evolutie naar gelijkheid slechts langzaam vooruit is gegaan en men er slechts tamelijk laat schijnt aan gedacht te hebben het E.V.R.M. in te roepen om deze evolutie te versnellen. Ten aanzien van dit geheel van omstandigheden, op grond van het beginsel van rechtszekerheid dat noodzakelijk inherent is, zowel aan het recht van het E.V.R.M. als aan het recht van de Europese Gemeenschap, kan de Belgische Staat juridische handelingen of juridische situaties van vóór de uitspraak van het Marckx-arrest onverlet laten (§ 58).

36 De veroordeling van België in Straatsburg werd als een trauma ervaren, zowel door het politieke bestel als door een aantal rechtsgeleerden. Over de doorwerking van het arrest Marckx bleef grote onzekerheid heersen tot de hervorming van het afstammingsrecht door de Afstammingswet van 31 maart 1987.

Het Marckx-arrest werd door de Belgische doctrine diepgaand geanalyseerd (zie o.m. M. BOSSUYT, "Publiekrechtelijke aspecten van het arrest Marckx", *R.W.* 1979-80, 929-947 en F. RIGAUX, "La loi condamnée", *J.T.* 1979, 513-524, respectievelijk vanuit publiekrechtelijke en privaatrechtelijke invalshoek. Voor globale overzichten van de weerslag van het arrest Marckx op het toenmalige Belgische familierecht kan worden verwezen naar A. HEYVAERT en H. WILLEKENS, *Beginselen van het gezins- en familierecht na het Marckxarrest. De theorie van het Marckxarrest en haar weerslag op het geldend recht*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1981, 142 p. en F. RIGAUX, "Le droit belge de la filiation après l'arrêt Marckx. Rapport de synthèse", *Ann. dr. Louvain* 1979, 369-383).

§ 2. Arrest Vermeire

37 In zijn arrest Vermeire van 29 november 1991 herhaalde het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dat de uitsluiting uit een nalatenschap o.g.v. het buitenechtelijk karakter van de afstamming artikel 14 E.V.R.M. in samenhang met artikel 8 E.V.R.M. schendt.

De antecedenten van dit puur erfrechtelijk arrest zijn te situeren in een periode vóór de Afstammingswet en worden in een volgende afdeling (zie verder, nr. 42) vermeld. In dit werk over de vaststelling en de betwisting van de afstamming kan worden volstaan met een weergave van de essentie van de uitspraak.

Het hof preciseerde dat het verbod van discriminatie inzake erfrecht een duidelijke en volledige regel is die door de interne rechtbanken kan worden toegepast in afwachting van een wijziging van de wetgeving.
De vrijheid in de keuze van de middelen om zich van de verdragsverplichting te kwijten liet de Belgische Staat niet toe de toepassing van het verdrag op te schorten in afwachting van de herziening van de wetgeving.
Het verlies van erfrechten in de nalatenschap van de in 1980 overleden grootvader moest worden vergoed. Het verlies aan erfrechten in de nalatenschap van de in 1975 overleden grootmoeder moest daarentegen niet worden vergoed, want het Europees Hof was van oordeel dat een juridische situatie die dateert van vóór 13 juni 1979 – datum van het Marckx-arrest – niet opnieuw in vraag moet worden gesteld: het ogenblik van het overlijden – vóór 1979 –, niet het ogenblik van de verdeling – na 1979 –, dient hierbij in aanmerking te worden genomen (Hof Mensenrechten, arrest Vermeire / België van 29 november 1991, *Rev. trim. D.H.* 1992, 211, noot F. RIGAUX, *Rev. trim. dr. fam.* 1993, 371 en *T. Not.* 1991, 494, noot K. RIMANQUE).

§ 3. Zaak Verryt

38 Kort vóór het arrest Vermeire heeft het Belgische Arbitragehof zich op 4 juli 1991 in de zaak Verryt voor het eerst uitgesproken over de erfrechtelijke aanspraken van buitenhuwelijkse kinderen, meer bepaald over de vraag of het oude artikel 756 B.W., dat krachtens artikel 107 Afstammingswet in werking is gebleven, het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel schendt (zie *in extenso* verder, nrs. 73-74).
Nadat het Hof van Cassatie zich gevoegd had naar de uitspraak van het Arbitragehof en de bepalingen van het nieuwe erfrecht liet terugwerken tot op de datum van het Marckx-arrest – maar niet verder – kreeg de zaak een vervolg voor de Straatburgse instanties. De Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (E.C.R.M.) verklaarde zich echter inhoudelijk akkoord met de Belgische oplossing en oordeelde dat ons land niet kon worden verplicht tot een verdergaande retroactiviteit van de niet-discriminerende bepalingen. Het verzoek werd onontvankelijk bevonden zodat de zaak nooit voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens is gekomen (E.C.R.M. nr. 21199/93, 18 mei 1994, Verryt / België, *onuitg.*).

Op 1 december 1993 volgde een tweede uitspraak van het Arbitragehof i.v.m. het (gebrek aan) erfrecht van overspelige kinderen. Beide arresten van het Arbitragehof worden, samen met hun antecedenten en gevolgen, besproken in de volgende titel die handelt over het afstammingsrecht in het licht van het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel (zie verder, nrs. 73-80).

AFDELING II

HET HOF VAN CASSATIE EN DE ARTIKELEN 8 EN 14 E.V.R.M.

39 Sinds 1971 wordt in België een monistisch systeem gevolgd waarbij verdragsnormen – zoals de artikelen 8 en 14 E.V.R.M. – automatisch deel uitmaken van de interne rechtsorde en rechtstreeks toepasselijk zijn, zonder dat zij nog door tussenkomst van de wetgever in de nationale rechtsorde moeten worden omgezet (in tegenstelling tot een dualistisch systeem).

Het Hof van Cassatie heeft in het zgn. "arrest Le Ski" (of "Smeerkaasarrest") geoordeeld dat wanneer er een conflict bestaat tussen een internrechtelijke norm en een internationaalrechtelijke norm die rechtstreekse gevolgen heeft in de interne rechtsorde, de door het verdrag bepaalde regel moet voorgaan en dat deze voorrang op de internrechtelijke norm – zelfs al is deze van een latere datum – volgt uit de aard zelf van het bij het verdrag bepaald internationaal recht (Cass. 27 mei 1971, *Arr. Cass.* 1971, 959, *Pas.* 1971, I, 886 en *J.T.* 1971, 460, concl. W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH).

Daarmee is de vraag hoe het recht op eerbiediging van het gezinsleven kan worden afgedwongen echter nog niet beantwoord. Moet dit recht, vervat in artikel 8.1 E.V.R.M., nog verder worden uitgewerkt in de interne rechtsorde

of put het individu rechten uit deze verdragsbepaling zelf, rechten die het meteen voor de nationale rechter kan inroepen? Met andere woorden: heeft artikel 8 E.V.R.M. directe werking of niet?

Vooraleer een internationale verdragsbepaling directe werking (of: "rechtstreekse werking", een "self-executing"-karakter) kan verkrijgen, moet die bepaling aan twee voorwaarden voldoen. Enerzijds moet ze – wat haar geest, inhoud en bewoordingen betreft, op zichzelf volstaan om toepasbaar te zijn, zonder dat verdere reglementering met het oog op precisering of vervollediging noodzakelijk is. Dit houdt dus in dat de directe werking enkel wordt toegekend aan een duidelijke en juridisch volledige verdragsbepaling die de verdragspartijen een onthoudingsplicht en/of een plicht om op een welbepaalde wijze te handelen, oplegt (objectief criterium). Bij het beoordelen van de directe werking speelt ook de bedoeling van de contracterende partijen een rol (subjectief criterium). Indien de verdragsluitende partijen uitdrukkelijk de directe werking uitsluiten, dan dient men zich daarbij neer te leggen. Het komt uiteindelijk toe aan de rechter voor wie de verdragsbepaling wordt ingeroepen om uit te maken of de bepaling al dan niet directe werking heeft (vgl. J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, *Inleiding tot het publiek recht*, II, *Overzicht Publiek Recht*, Brugge, die Keure, 2001, 99, nr. 164). Daarbij lijkt het objectieve criterium meer en meer de bovenhand te krijgen (A. ALEN en W. PAS, "De directe werking van het VN-verdrag inzake de rechten van het kind", in X (ed.), *KINDERRECHTENGIDS*, Gent, Mys & Breesch, z.d., Deel I, 1.1, 9, nr. 14).

40 Artikel 8 E.V.R.M. bevatte oorspronkelijk enkel een negatieve verplichting, nl. een onthoudingsplicht of verbod van inmenging in het gezinsleven. Uit § 31 van het Marckx-arrest (zie boven, nr. 35) moet worden afgeleid dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens deze bepaling extensief interpreteert in die zin dat er ook positieve verplichtingen in vervat liggen, die de Staat verplichten de nodige stappen te ondernemen teneinde het recht op eerbiediging van het gezinsleven te garanderen.

In de sfeer van de positieve verplichting voor de Staat die voortvloeit uit artikel 8 E.V.R.M. moet ook de mogelijke " derdenwerking " (of "horizontale werking") van deze verdragsbepaling worden bekeken, m.a.w. de vraag of het recht op gezinsleven ook uitwerking heeft of kan hebben in de verhouding tussen particulieren onderling. Er is een tendens van de Straatsburgse instanties in de richting van een indirecte derdenwerking d.m.v. positieve verplichtingen in hoofde van de verdragsstaten (J. VANDE LANOTTE, Y. HAECK, J. LATHOUWERS, B. TOBBACK en M. VAN DE PUTTE, *Het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens in hoofdlijnen*, I, *Algemene beginselen*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 1997, 192-193, nrs. 367).

41 Dit onderscheid tussen negatieve en positieve verplichtingen noodzaakt tot nuancering bij de beantwoording van de vraag naar de directe werking van artikel 8.1 E.V.R.M.
Na het Marckx-arrest heeft zowel de rechtsleer als de rechtspraak de directe werking van de negatieve verplichting tot niet-inmenging in het gezinsleven zonder aarzelen aanvaard.
Tot op vandaag bestaat echter nog steeds discussie over de vraag naar de directe werking van de positieve verplichting die voortvloeit uit artikel 8.1 E.V.R.M. *Grosso modo* valt de rechtsleer uiteen in twee strekkingen, met elk hun nuances.

– Volgens een minimalistische strekking heeft enkel de negatieve verplichting directe werking en is artikel 8.1 E.V.R.M., in zoverre het de Staat een positieve verplichting oplegt, niet voldoende nauwkeurig en volledig om directe werking te hebben. De verplichting tot handelen die artikel 8.1 E.V.R.M. oplegt, zou niet beantwoorden aan de gemeenschappelijke wilsuiting van de

verdragspartijen; het is een verplichting die de wetgever moet nakomen, maar die geen bron kan zijn van subjectieve rechten voor particulieren. Deze stelling werd initieel ontwikkeld door F. RIGAUX in zijn bespreking van het Marckx-arrest, "La loi condamnée. A propos de l'arrêt du 13 juin 1979 de la Cour Européenne des droits de l'homme" (*J.T.* 1979, (513) 523, nr. 74) en in latere publicaties volgehouden (zie o.m. F. RIGAUX, "La jurisprudence belge après l'arrêt Marckx", (noot onder Cass. 3 oktober 1983), *R.C.J.B.* 1984, (616) 628-630, nr. 20-22; F. RIGAUX, "Le partage d'attribution entre le législateur et le juge", (noot onder Cass. 10 mei 1985 en Cass. 6 maart 1986), *R.C.J.B.* 1987, (11) 24, nr. 23 *j°* 29, nr. 30). Diverse andere auteurs spraken zich in dezelfde zin uit (J. VELU, *Les effets directs des instruments internationaux en matière de droits de l'homme*, Brussel, Swinnen, 1981, 152-153; C. DEFAYS, "L'influence de l'arrêt Marckx sur la jurisprudence belge", (noot onder Cass. 10 mei 1985), *Rev. not. b.* 1986, (51) 58-59, nr. 11 en; J. VELU en R. ERGEC, *La convention européenne des droits de l'homme (extrait du R.P.D.B., Compl. VII)*, Brussel, Bruylant, 1990, 532, nr. 647; Y.-H. LELEU, "Les actions en recherche de paternité tardives", (noot onder Cass. 19 september 1997), *T.B.B.R.* 1999, (49) 57-58, nrs. 14-15). Recentelijk werd nog beklemtoond dat na een arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens waarin de schending van een positieve verplichting werd geconstateerd, *op de Staat* (eigen cursivering) een resultaatsverbintenis rust om via de daartoe geëigende maatregelen een einde te maken aan de vastgestelde schending en de gevolgen ervan weg te werken (F. SUDRE, "Les 'obligations positives' dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme", in P. MAHONEY, F. MATSCHER, H. PETZOLD en L. WILDHABER, *Protection des droits de l'homme: le perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Keulen, Heymanns, 2000, 1375, nr. 34).
De premisse dat de directe werking haar oorsprong vindt in de gemeenschappelijke wil van de verdragspartijen is – o.i. terecht – bestreden door E. VIEUJEAN, "Chronique de droit belge", *Rev. trim. dr. civ.* 1983, (421) 436, nr. 7 en M. BOSSUYT, "Publiekrechtelijke aspecten van het arrest Marckx", *R.W.* 1979-80, (929) 941-942). Toch heeft ook BOSSUYT de directe werking van positieve verplichtingen verworpen door op te merken dat een beroep op artikel 8 E.V.R.M. niet voldoende is opdat de rechter, in afwezigheid van de door het Europees Hof vereiste – maar niet gepreciseerde – positieve maatregelen, deze zelf zou kunnen uitvaardigen. Wanneer er geen positieve maatregelen zijn getroffen door de Staat, kan de rechter daaraan niet verhelpen, ook niet met een beroep op het E.V.R.M. zoals door het Europees Hof geïnterpreteerd (*ibid.*, 944-945). Sommigen zien in de theorie van de positieve verplichtingen evenwel een mogelijkheid voor de rechter om, gegrond op de bekommernis de effectieve uitoefening van de gegarandeerde rechten te verzekeren, het E.V.R.M. gemoderniseerd te lezen en er een zekere "sociale dimensie" aan te geven (F. SUDRE, "Les 'obligations positives' dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme", *t.a.p.*, 1376, nr. 37; vgl. J. VELU en R. ERGEC, *La convention européenne des droits de l'homme (extrait du R.P.D.B., Compl. VII)*, Brussel, Bruylant, 1990, 41, nr. 28 *j°* 66, nr. 74 en 535, nr. 650).

– Dit brengt ons bij een maximalistische strekking volgens dewelke er wel degelijk ruimte is voor de directe werking van positieve verplichtingen. Zo poneerden HEYVAERT en WILLEKENS dat "artikel 8 telkens rechtstreekse werking heeft, wanneer, gelet op de actuele gegevens van ons rechtssysteem, de rechtbank beschikt over middelen om de Belgische wetgeving toe te passen op een wijze die conform is met het E.V.R.M., en die slechts tot één resultaat kunnen leiden, en wanneer de aanwending van die middelen niet als noodzakelijke praktische voorwaarde de voorafgaande inrichting door de staat van een administratief kader heeft" (A. HEYVAERT en H. WILLEKENS, *Beginselen van het gezins- en familierecht na het Marckxarrest*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1981, 124, nr. 129, zie ook p. 125-126, nrs. 130-131). In dezelfde zin schreef SENAEVE dat de directe werking van het zoals in het Marckx-arrest extensief geïnterpreteerde artikel 8.1 E.V.R.M. *in concreto* dient te worden aangenomen telkens als ze technisch mogelijk is, zonder dat een tussenkomst van de wetgever daartoe nodig is, d.w.z. telkens wanneer in bestaande en met het E.V.R.M. conforme regels, een voor het te beslechten geval relevant resultaat kan worden gevonden, maar ook slechts één (P. SENAEVE, "Het Marckxarrest, de directe werking en het Hof van Cassatie", *R.W.* 1985-86, (1824) 1829, nr. 10; zie al eerder P. SENAEVE, "Het E.V.R.M., de directe werking en het Marckx-arrest", (noot onder Brussel 31 januari 1983), *R.W.* 1982-83, (2684) 2690, nrs. 17-18; vgl. J.M. PAUWELS, "Overspelige kinderen en de directe werking van het Marckx-arrest", (noot onder Rb. Turnhout 29 april 1982), *R.W.* 1982-83, (1592) 1595, nr. 10 i.v.m. de toepassing van de regels die golden voor gewoon natuurlijke kinderen op overspelige kinderen).

In de optiek van ALEN en PAS heeft de wetgever, wat de positieve verplichtingen betreft, weliswaar de keuze tussen verschillende mogelijkheden, maar moet hij weigeren die keuze, die strijdig is met de verplichting, toe te passen en moet hij dan "in de bestaande en de met het verdrag conforme regels een oplossing zoeken voor het hem voorliggende geval" (A. ALEN en W. PAS, "De directe werking van het VN-verdrag inzake de rechten van het kind", *t.a.p.*, 11, nr. 16). I.v.m. de vraag naar de directe werking van artikel 14 E.V.R.M. wijst O. DE SCHUTTER erop dat er, wanneer het gaat om een verschil in behandeling zonder objectieve rechtvaardiging of dat niet proportioneel is met het nagestreefde doel, geen keuze van wetgevingspolitieke aard moet worden gemaakt, maar dat de meest natuurlijke weg erin bestaat om – anticiperend op de intenties van de wetgever – het gunstregime dat geldt voor de ene categorie toe te passen op de gediscrimineerde categorie. Ook al gaat het om een positieve verplichting voor de Staat, een puur negatieve censuur volstaat in zijn optiek: "afin d'appliquer directement la règle internationale de non-discrimination, le juge peut se borner à mettre de côté la règle interne qui écarte telle catégorie de destinataires du bénéfice du régime qui s'applique à la catégorie la mieux lotie" (O.D.S., noot onder Cass. 6 maart 1986, in O. DE SCHUTTER en S. VAN DROOGHENBROECK, *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Brussel, Larcier, 1999, 71-72).

Hier wordt enkel ingegaan op de stelling die het Hof van Cassatie in dit debat heeft ingenomen. Na lang aarzelen heeft het hof op het vlak van erfrecht uiteindelijk de directe werking van de artikelen 8 en 14 E.V.R.M. m.b.t. beide verplichtingen aanvaard (§ 1). Voor de vaststelling van de afstamming is dit vooralsnog niet het geval, aangezien de directe werking van de positieve verplichting die voortvloeit uit artikel 8.1 E.V.R.M. op dit vlak werd verworpen (§ 2).

§ 1. Directe werking inzake erfrecht als gevolg van de afstamming

42 Geruime tijd was het Belgische Hof van Cassatie van oordeel dat artikel 8 E.V.R.M., in zoverre het – in zijn extensieve interpretatie zoals die naar voren kwam in het Marckx-arrest – ook positieve verplichtingen impliceert, niet voldoende nauwkeurig en volledig was om directe werking te hebben, met als gevolg dat, in afwachting van de wijziging van de wetgeving, de discriminerende bepalingen i.v.m. het (gebrek aan) erfrecht voor buitenhuwelijkse kinderen moesten worden toegepast.

– In 1986 oordeelde het Hof van Cassatie – in een zaak waarbij het gebrek aan erfrecht van niet-erkende natuurlijke kinderen ter discussie stond – dat artikel 8.1 E.V.R.M., in zoverre het in beginsel de Staat verbod doet zich te mengen in het privé-leven en in het gezinsleven van individuen, een norm stelt die in de regel voldoende nauwkeurig en volledig is om directe werking te hebben, maar dat deze bepaling, in zoverre zij verplichtingen omvat in die zin dat de Staat, het bepalen van het stelsel van de familiebanden, *zoals de rechten van de natuurlijke kinderen op de goederen van hun overleden moeder* (eigen cursivering), zodanig moet handelen dat de betrokkenen een normaal gezinsleven kunnen leiden, niet voldoende nauwkeurig en volledig is om directe werking te hebben. Het hof wees erop dat in die materie verscheidene mogelijkheden, naar keuze van de Staat, ter beschikking staan om aan dat vereiste te voldoen en dat artikel 8.1 E.V.R.M., in zoverre het aan de Staat slechts een verplichting om te handelen oplegt die de wetgever moet nakomen, niet kan gelden als bron van subjectieve rechten en verplichtingen voor particulieren. Volgens het hof oordeelde het bestreden arrest wettig dat artikel 8.1 E.V.R.M. te vaag is om eruit af te leiden dat artikel 756 [oud] B.W. niet moest worden toegepast (Cass. 6 maart 1986, *Arr. Cass.* 1985-86, 937, *Pas.* 1986, I, 852, *R.C.J.B.* 1987, 8, noot F. RIGAUX, *T. Not.* 1986, 142, noot F. BOUCKAERT en *R.W.* 1986-87, 236, noot P. SENAEVE).

De feiten die aan deze zaak ten grondslag lagen waren dezelfde als degene die aanleiding hebben gegeven tot het cassatiearrest van 10 mei 1985 i.v.m. de vaststelling van de afstamming langs

moederszijde (zie verder, nr. 46). Twee buitenhuwelijkse kinderen stelden na het overlijden van hun moeder vast dat zijn niet erfgerechtigd waren in haar nalatenschap en leidden tegelijkertijd zowel een vordering tot onderzoek naar het moederschap – die leidde tot het verder besproken cassatiearrest van 10 mei 1985 – als een vordering tot vereffening-verdeling van de nalatenschap van hun vooroverleden moeder in. Deze laatste vordering werd afgewezen door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen in een onuitgegeven vonnis van 11 maart 1982, dat in hoger beroep werd bevestigd (Antwerpen 12 juni 1984, *Rev. trim. dr. fam.* 1984, 349, noot J. RENCHON), waarna de eisers een voorziening in cassatie instelden.
Opgemerkt moet worden dat deze feiten a-typisch waren t.o.v. de problematiek die in het Marckx-arrest aan de orde was, aangezien het daar ging om een door de moeder erkend kind, terwijl het geding hier de erfrechtelijke aanspraken van buitenhuwelijkse kinderen zonder vastgestelde afstammingsband betrof. Het gebrek aan erfrecht van niet-erkende buitenhuwelijkse kinderen kan worden gerechtvaardigd, alleen al door het feit dat hun afstamming niet is vastgesteld t.a.v. de ouder op wiens nalatenschap zij aanspraken laten gelden.

– Op 12 februari 1987 – dus nog vóór de Afstammingswet – bevestigde het Hof van Cassatie deze rechtspraak in een onuitgegeven arrest. Ditmaal ontzegde het hof een erkende natuurlijke dochter (Astrid Vermeire) erfrecht in de in 1975 opengevallen nalatenschap van haar grootmoeder van moederszijde en in de nalatenschap van haar grootvader van moederszijde, die in 1980 was opengevallen.
Astrid Vermeire was o.g.v. een extensieve interpretatie van het Marckx-arrest door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel erfgerechtigd bevonden zoals een wettig kind in de nalatenschappen van haar beide grootouders (Rb. Brussel 3 juni 1983, *Rev. trim. dr. fam.* 1983, 413). Na hoger beroep, ingesteld door de wettige kleinkinderen van de overleden grootouders, werd het vonnis van de eerste rechter hervormd en oordeelde het in cassatie bestreden arrest dat het gezag van gewijsde van een uitspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens niet bindend is voor de nationale rechter die uitspraak doet in een andere zaak met andere partijen. Het Hof van Beroep te Brussel was van mening dat de negatieve norm uit het arrest Marckx – het verbod van inmenging – voldoende precies en volledig is om directe werking te hebben, maar oordeelde dat voor de positieve norm – het ontwerpen van een nieuw juridisch statuut voor de natuurlijke kinderen – niet hetzelfde geldt. Aangezien voor de Belgische Staat verschillende middelen openstaan om aan deze verplichting te voldoen, is artikel 8 E.V.R.M. niet voldoende precies en volledig; er kan een verplichting tot handelen uit worden afgeleid waarvoor de wetgevende macht en niet de rechterlijke macht verantwoordelijkheid moet opnemen. Om die redenen kan artikel 8 E.V.R.M. volgens het hof niet voor de nationale rechter worden ingeroepen als bron van subjectieve rechten of verplichtingen in hoofde van particulieren. De Belgische rechter moest het oude artikel 756 B.W. blijven toepassen niettegenstaande het Marckx-arrest, omdat hij zich niet in de plaats van de wetgever kan stellen, mede gelet op het principe van de scheiding der machten (Brussel 23 mei 1985, *J.T.* 1986, 79, *Rec. gén. enr. not.* 1986, 318, noot, *Rev. not. b.* 1986, 154 en *T. Vred.* 1985, 281).

In zijn arrest van 12 februari 1987 volgde het Hof van Cassatie in substantie de redenering van het Hof van Beroep te Brussel en wees het, conform zijn eigen vroegere rechtspraak, de voorziening tegen voormeld arrest af (Cass. R.G. 7593, 12 februari 1987, *onuitg.*). Na deze beslissing werd een procedure voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens te Straatsburg gestart, die geleid heeft tot het arrest Vermeire (zie boven, nr. 37).

43 De directe werking van de artikelen 8 en 14 E.V.R.M. werd door het Belgische Hof van Cassatie voor het eerst duidelijk erkend op het vlak van het erfrecht van natuurlijke verwanten in zijn arrest van 21 oktober 1993, dat dateert van na het arrest Vermeire en na de inwerkingtreding van de Afstammingswet van 31 maart 1987 op 6 juni 1987.

De feitenconstellatie in deze zaak kan als volgt worden samengevat. Op 30 april 1984 stierf een natuurlijk kind zonder afstammelingen na te laten. De natuurlijke moeder was vooroverleden. Zowel de Belgische Staat als de kinderen van de (later overleden) broer van de natuurlijke moeder maakten aanspraak op de erfenis. Zowel in eerste aanleg als in hoger beroep werden de natuur-

lijke neef en nicht van de overledene als enige erfgenamen erkend (zie resp. Rb. Namen 30 mei 1989, *J.L.M.B.* 1989, 1458, noot en Luik 7 februari 1992, *J.L.M.B.* 1993, 376, noot S. NUDELHOLE).
Luidens artikel 107 van de Afstammingswet van 31 maart 1987 is deze wet van toepassing op de kinderen geboren vóór haar inwerkingtreding en die nog in leven zijn op dat ogenblik, zonder dat daaruit evenwel enig recht in de voordien opengevallen erfenissen kan volgen. O.g.v. deze bepaling diende de in 1984 opengevallen erfenis dus vereffend te worden met toepassing van de toen geldende bepalingen van het Burgerlijk Wetboek, die geen erfrecht toekenden aan de bloedverwanten van de vader of moeder van een natuurlijk kind (art. 765 en 766 (oud) B.W.), zodat de Staat de enige erfgenaam was (art. 723 en 768 (oud) B.W.).
De feitenrechters schoven de artikelen 756-766 (oud) B.W. echter terzijde als strijdig met de artikelen 14 *juncto* 8.1 E.V.R.M., waaraan zij directe werking toekenden. Het Hof van Beroep te Luik oordeelde zelfs uitdrukkelijk dat de weigering om het oude discriminatoire erfrecht toe te passen geen enkele moeilijkheid teweegbracht, nu andere bepalingen uit het interne positieve recht toepassing konden vinden, nl. deze i.v.m. het erfrecht van wettige kinderen (Luik 7 februari 1992, *J.L.M.B.* 1993, (376) 378, noot S. NUDELHOLE). Daarop stelde de Belgische Staat een voorziening in cassatie in. Deze voorziening werd verworpen.

Volgens het Hof van Cassatie heeft de Belgische wetgever in 1987 de artikelen 8 en 14 E.V.R.M. geschonden door een onderscheid te maken, gegrond op de geboorte, tussen de erfrechten van verwanten van een natuurlijk kind en de erfrechten van verwanten van een wettig kind. Een bepaling van een internationaal verdrag, die directe werking heeft, geniet voorrang op een bepaling uit de interne wetgeving. De rechtszekerheid ontslaat de Belgische Staat van het opnieuw in vraag stellen van rechtshandelingen of -situaties die aan de uitspraak van het arrest Marckx voorafgegaan zijn.
De feitenrechters hebben volgens het hof echter terecht de toepassing van de oude discriminatoire bepalingen, bij wijze van overgangsmaatregel, op een nalatenschap die is opengevallen na 13 juni 1979, uitgesloten (Cass. 21 oktober 1993, *Arr. Cass.* 1993, 859, *Rev. not. b.* 1993, 34, *J.T.* 1994, 187 en *J.L.M.B.* 1995, 180, noot D. PIRE).

44 In 1995 bevestigde het hof deze rechtspraak – evenwel in omgekeerde zin – toen het, geheel volgens dezelfde logica, de voorziening verwierp tegen een arrest waarin o.g.v. het interpretatief gezag van het Marckx-arrest, de vroegere artikelen 765 en 766 B.W. werden toegepast op een nalatenschap die was opengevallen vóór 13 juni 1979. Het hof achtte het onderscheid in behandeling van de nalatenschappen van buitenhuwelijkse kinderen, die zijn opengevallen vóór en na 13 juni 1979, objectief en redelijk verantwoord, "door de evolutie van het desbetreffende recht in de verdragsluitende staten en het beginsel van rechtszekerheid". Het hof besloot dat dit onderscheid aldus geen met de artikelen 14 *juncto* 8 E.V.R.M. strijdige discriminatie inhoudt (Cass. 7 april 1995, *Arr. Cass.* 1995, 387, *Pas.* 1995, I, 399 en *R.W.* 1995-96, 566).

§ 2. Geen directe werking van positieve verplichtingen inzake de vaststelling van de afstamming

A. DE WETTELIJK VEREISTE MACHTIGING TOT ERKENNING VAN EEN OVERSPELIG KIND

45 In 1983 werd het Hof van Cassatie geconfronteerd met een zaak waarin de erkenning van een overspelig kind – die had plaatsgevonden zonder de door artikel 331 tweede lid (oud) B.W. vereiste machtiging van de rechtbank van eerste aanleg – nietig was verklaard op vordering van het Openbaar Ministerie.

De erkenner beriep zich op de directe werking van de artikelen 8 en 14 E.V.R.M., waaruit naar zijn oordeel zou volgen dat eenieder die met het kind door een bloedband verbonden is, het recht heeft om de aan deze band inherente afstammings- en familiebanden ook juridisch erkend te zien. Een overspelig kind waarvan het vaderschap succesvol was betwist, zou recht hebben op volwaardige afstammingsbanden met zijn verwekker en deze laatste zou het grondrecht hebben deze banden te doen vaststellen door een vrijwillige erkenning (zonder voorafgaande machtiging van de rechtbank). Het inroepen van dit fundamenteel recht op juridische vaststelling van een bestaande bloedband, aldus gewaarborgd door het E.V.R.M., kon volgens de erkenner geen toestand opleveren die een gevaar voor de openbare orde betekent (vierde onderdeel van het eerste middel).
Daarnaast werd opgeworpen dat het recht op eerbiediging van het familieleven, gewaarborgd door artikel 8 E.V.R.M., zich zowel tot de wettige als tot de natuurlijke familie uitstrekt en aan de Staat de verplichting oplegt om een juridisch beschermingsmechanisme in het leven te roepen dat de integratie van een kind in zijn familie moet mogelijk maken vanaf de geboorte. Het principieel verbod tot erkenning van een overspelig kind en de beperkte mogelijkheid om daarvan, d.m.v. een bijzondere procedure, een afwijking te bekomen, werd strijdig geacht met artikel 8 E.V.R.M. (vierde onderdeel van het tweede middel). De erkenner deed tenslotte ook nog gelden dat artikel 14, gecombineerd met artikel 8 E.V.R.M. aan de Staat het verbod oplegt om, m.b.t. het recht op eerbiediging van het gezinsleven, een discriminatie o.g.v. geboorte in het leven te roepen of in stand te houden. Het onderscheid tussen gewoon natuurlijke kinderen en overspelige kinderen zou objectieve en redelijke verantwoording missen. Het principieel verbod tot erkenning van een overspelig kind en de beperkte mogelijkheid om daarvan, d.m.v. een bijzondere procedure, een afwijking te bekomen, werd daarom ook strijdig geacht met artikel 14 gecombineerd met artikel 8 E.V.R.M. (vijfde onderdeel van het tweede middel).

Het hof sprak zich niet expliciet uit over de vraag of de artikelen 8 en 14 E.V.R.M. al dan niet directe werking hebben, maar oordeelde dat deze bepalingen zich er niet tegen verzetten dat de erkenning moet worden voorafgegaan door een machtiging door de rechtbank, om te beletten dat onjuiste erkenningen geschieden of dat de rechten van anderen worden miskend.
Het hof overwoog dat, nu het wettelijk systeem beoogt het recht op eerbiediging van het familieleven, zowel voor de wettige als de natuurlijke familie, te verzoenen met andere door het verdrag erkende rechten en vrijheden, het arrest, dat zulks vaststelt, artikel 8 E.V.R.M. niet schendt. Daarnaast oordeelde het hof dat het wettelijk systeem geen discriminatie gegrond op de geboorte in het leven roept of in stand houdt; de objectieve en redelijke verantwoording van het onderscheid tussen (gewoon) natuurlijke en overspelige kinderen ligt volgens het hof in het feit dat, naast de rechten van het kind, de rechten van derden evenzeer dienen geëerbiedigd te worden. Volgens het hof is

dit doel wettig en is geen onevenredigheid tussen de gebruikte middelen en het beoogde doel aanwezig. Het bestreden arrest schond derhalve artikel 14 gecombineerd met artikel 8 E.V.R.M. niet (Cass. 3 oktober 1983, *Arr. Cass.* 1983-84, 110, concl. E. KRINGS, *Pas.* 1984, I, 108, *R.C.J.B.* 1984, 605, noot F. RIGAUX en *R.W.* 1983-84, 1972).

B. (OUDE) VERVALTERMIJN VOOR HET INSTELLEN VAN EEN VORDERING TOT INROEPING VAN STAAT

1. Onderzoek naar het moederschap

46 Nauwelijks twee jaar later werd voor Hof van Cassatie opnieuw de directe werking van de artikelen 8 en 14 E.V.R.M. ingeroepen, ditmaal om de toepassing te verijdelen van de strikte vervaltermijn die – onder het oude afstammingsrecht – gold voor het instellen van een vordering tot onderzoek naar het moederschap. Krachtens artikel 341*b* tweede lid (oud) B.W. dienden de vorderingen tot onderzoek naar het moederschap (en het vaderschap) in beginsel te worden ingesteld binnen de vijf jaar na de meerderjarigheid van het kind (tot vóór de Wet van 19 januari 1990 vastgelegd op 21 jaar). Zo er uitzonderlijk bezit van staat was t.a.v. de vermeende moeder (vader), werd de termijn verlengd tot één jaar na het overlijden van de vermeende moeder (vader) (art. 341*b* derde lid (oud) B.W.).

Het bestreden arrest had de vordering tot gerechtelijke vaststelling van het moederschap die door twee buitenhuwelijkse zonen een jaar en een dag na de dood van hun vermeende moeder was ingesteld, niet ontvankelijk verklaard wegens laattijdigheid en o.m. overwogen dat artikel 8.1 E.V.R.M. niet op voldoende nauwkeurige wijze de individuele rechten inhoudt waarop ieder kind – en zeker niet een niet-erkend natuurlijk kind, zoals *in casu* – aanspraak kan maken, met betrekking tot het recht op een normaal gezinsleven. Daarnaast werd geoordeeld dat het adagium "*Mater semper certa est*" geen norm is die uit het E.V.R.M. kan worden afgeleid m.b.t. niet-erkende natuurlijke kinderen (Brussel 31 januari 1983, *R.W.* 1982-83, 2681, (kritische) noot P. SENAEVE).
In hun cassatiemiddel overwogen de niet-erkende buitenhuwelijkse kinderen dat artikel 8 E.V.R.M. geen onderscheid maakt tussen een "wettig" en een "natuurlijk" gezin, des te meer daar artikel 14 E.V.R.M. het genot van dit recht verzekert zonder enig onderscheid, op welke grond ook. Zij voerden aan dat bij de uitlegging van artikel 8.1 E.V.R.M. rekening moest worden gehouden met de evolutie in het interne recht van de grote meerderheid van de lidstaten van de Raad van Europa naar een integrale juridische erkenning – ook en vooral m.b.t. al dan niet erkende natuurlijke kinderen – van het adagium "*Mater semper certa est*"; daarenboven zou de vervaltermijn uit artikel 341*b* derde lid (oud) B.W. een discriminatoir onderscheid inhouden met de wettelijke bewijsregeling van de afstamming van wettige kinderen.

Het Hof van Cassatie overwoog dat de norm van een internationaal verdrag voldoende nauwkeurig en volledig moet zijn om als rechtstreeks toepasselijk te kunnen worden beschouwd en herhaalde dat in zoverre artikel 8.1 E.V.R.M. in beginsel de Staat verbiedt zich te mengen in het privé-leven en in het gezinsleven van de individuen, het een norm stelt die in de regel voldoende nauwkeurig en volledig is om directe werking te hebben. Het hof oordeelde echter dat artikel 8.1 E.V.R.M., in zoverre het de Staat verplichtingen zou opleggen om bij het bepalen van het *stelsel van familiebanden, zoals*

die van de ongehuwde moeder met haar kind (eigen cursivering), zo te handelen dat zij een normaal gezinsleven kunnen leiden, evenwel niet voldoende nauwkeurig en volledig is om directe werking te hebben. Ook in die materie staan volgens het hof immers verscheidene mogelijkheden, naar keuze van de Staat, ter beschikking om aan dat vereiste te voldoen. Opnieuw werd erop gewezen dat artikel 8.1 E.V.R.M. aan de Staat slechts een verplichting om te handelen oplegt, die de wetgever moet nakomen, maar die niet kan gelden als bron van subjectieve rechten en van verplichtingen voor particulieren. Het Hof van Cassatie kwam tot de conclusie dat artikel 8.1 E.V.R.M. te vaag is om eruit af te leiden dat een buiten het huwelijk geboren kind zonder tijdsbeperking moet worden toegelaten tot het bewijs van zijn moederlijke afstamming (Cass. 10 mei 1985, *Arr. Cass.* 1984-85, 1230, concl. Adv. Gen. TILLEKAERTS, *Pas.* 1985, I, 1122, *T. Not.* 1985, 157, *Rev. not. b.* 1986, 48, noot C. RÉMON-DEFAYS en *R.W.* 1985-86, 1848).

2. *Onderzoek naar het vaderschap*

47 In 1994 diende het Hof van Cassatie zich uit te spreken over de vraag of de artikelen 8.1 en 14 E.V.R.M. zich er tegen verzetten dat de strikte vervaltermijn bepaald in het oude artikel 341*b* B.W. – ingevolge het overgangsrecht uit de Afstammingswet – nog zou spelen voor de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap.

Een buitenhuwelijkse dochter, geboren in 1943, had in 1988 – dus na de inwerkingtreding van de Afstammingswet – een vordering tot gerechtelijke vaststelling van vaderschap ingesteld; de vermeende vader was in 1987 overleden. Krachtens artikel 119 § 6 Afstammingswet blijft het vorderingsrecht vervallen indien de termijn die vóór de inwerkingtreding van deze wet gold, bij de inwerkingtreding van de wet is verstreken. Op die manier is het oude artikel 341*b* B.W. nog in beperkte mate van kracht gebleven. Het Hof van Beroep te Gent stelde in het bestreden arrest vast dat eiseres geen bezit van staat had t.a.v. haar vermeende vader en oordeelde dat haar vordering in toepassing van het oude artikel 341*b* B.W. reeds vervallen was bij de inwerkingtreding van de Afstammingswet. Daarnaast overwoog het hof dat de bepalingen van artikelen 8.1 en 14 E.V.R.M. en artikel 1 van het eerste aanvullend protocol zich er niet tegen verzetten dat aan een buiten het huwelijk geboren kind een tijdsbeperking wordt opgelegd m.b.t. het bewijs van zijn vaderlijke afstamming en dat de door de Belgische wetgeving gestelde tijdsbeperking beoogde het recht op eerbiediging van het familieleven, zowel van de wettige als de natuurlijk familie te verzoenen met andere door het E.V.R.M. erkende rechten en vrijheden zodat zij niet in strijd is met de artikelen 8.1 en 14 E.V.R.M. De tijdsbeperking m.b.t. de toelaatbaarheid van het bewijs van het buitenhuwelijks vaderschap riep volgens het Hof van Beroep te Gent geen discriminatie gegrond op de geboorte in het leven en hield ze ook niet in stand: de objectieve en redelijke verantwoording van het inlassen van een tijdbeperking was dat, zo de rechten van het kind dienen te worden geëerbiedigd, de rechten van derden evenzeer moeten worden geëerbiedigd. Het doel werd wettig geacht, zonder dat er onevenredigheid was tussen de gebruikte middelen en het beoogde doel (Gent (1ste kamer) A.R. 39.084/89, 2 april 1992, *onuitg.*, besproken door P. SENAEVE, "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 75, nr. 121).
Tegen dit arrest stelde de vrouw een voorziening in cassatie in, waarin zij opwierp dat het onderwerpen van de vaststelling van de afstamming langs vaderszijde aan een vervaltermijn op zichzelf al in strijd is met artikel 8 E.V.R.M., nu de eerbiediging van het gezins- en familieleven met zich zou meebrengen dat de afstamming te allen tijde moet kunnen worden vastgesteld. Daarnaast merkte ze op dat de afstammingsvorderingen t.a.v. huwelijkse kinderen onverjaarbaar waren en niet onderworpen aan een vervaltermijn, wat t.a.v. buitenhuwelijkse kinderen een willekeurig

onderscheid zou uitmaken. In het geval van een gewoon buitenhuwelijks kind zouden de rechten van derden daaraan geen afbreuk kunnen doen, nu er – anders dan in het geval van een overspelig kind – geen derden zouden zijn die aanspraak zouden kunnen maken op bepaalde rechten.

Het Hof van Cassatie overwoog dat artikel 14 E.V.R.M. niet op zichzelf staat en enkel kan worden ingeroepen in verband met het genot van de door het verdrag en de daarbij horende protocollen toegekende rechten en vrijheden. Het hof wees erop dat artikel 8.1 E.V.R.M. voor de bescherming van het gezinsleven vereist dat er een gezin is. Nu het bestreden arrest vaststelde dat eiseres geen bezit van staat had en niet aantoonde zelf contact te hebben gezocht of te hebben genomen met haar vermeende vader, stelde dit arrest volgens het hof aldus vast dat eiseres met hem geen gezin vormde. In zoverre het cassatiemiddel de schending van de artikelen 14 en 8.1 E.V.R.M. aanvoerde, kon het dan ook niet worden aangenomen (Cass. 11 februari 1994, *Arr. Cass.* 1994, 164, *Pas.* 1994, I, 168 en *R.W.* 1994-95, 547).

Het cassatiemiddel waarin de toepassing van het oude artikel 341*b* B.W. als strijdig met de toenmalige artikelen 6 en 6*bis* (thans 10 en 11) van de Grondwet was aangemerkt, werd niet ontvankelijk bevonden omdat het, voor het onderscheid tussen kinderen geboren binnen en buiten het huwelijk, de regeling van (het oude) artikel 341*b* B.W. vergeleek met de regeling van de afstammingsvorderingen ten aanzien van wettige kinderen onder het oude recht. Volgens het Hof van Cassatie vertoonde alleen een discriminatie met de afstammingsvorderingen van de wettige kinderen onder het thans geldend recht voor eiseres belang.

48 In 1997 werd het Hof van Cassatie geconfronteerd met een rechtsvordering tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap die nog onder de gelding van het oude afstammingsrecht was ingesteld door een in overspel *a patre* verwekt kind.

Een man overleed in 1983 en liet een echtgenote, een uit het huwelijk geboren zoon en een in overspel verwekte dochter na. Deze laatste werd geboren in 1947 en startte in 1986 een procedure tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap, o.m. om mede erfgerechtigd te zijn in de nalatenschap van haar overleden overspelige vader, voor een deel dat gelijk is aan dat van de binnen het huwelijk geboren zoon.
Overeenkomstig het oude artikel 342*a juncto* 335 B.W. was het onderzoek naar het buitenhuwelijks vaderschap verboden indien de aldus vastgestelde afstammingsband een overspelige afstamming tot uiting zou doen komen. Een onderzoek naar het vaderschap kon voor in overspel verwekte kinderen uitzonderlijk toch plaatsvinden in die gevallen waarin overeenkomstig artikel 331 (oud) B.W. de erkenning van die kinderen toegelaten was.
De vordering tot onderzoek naar het vaderschap was hoe dan ook onderworpen aan een strikte vervaltermijn, bepaald in artikel 341*b* tweede en derde lid (oud) B.W.
Het procedureverloop in deze zaak wordt later verduidelijkt, bij de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap, meer bepaald bij de behandeling van de termijn voor het instellen van de vordering (zie verder, nr. 755). Hier wordt enkel ingegaan op het cassatiemiddel dat gebaseerd was op de directe werking van de artikelen 8 en 14 E.V.R.M.

In het eerste middel betwistten de eisers in cassatie – nl. de echtgenote van de overleden vermeende vader en hun uit het huwelijk geboren zoon – dat de vordering tot onderzoek naar het overspelig vaderschap een nieuwe vordering was, gecreëerd door de Afstammingswet, en beriepen zij zich op de directe werking van de artikelen 14 *juncto* 8 E.V.R.M., zoals geïnterpreteerd in het Marckx-arrest, die enerzijds concreet zou impliceren dat vanaf 13 juni 1979 in de Belgische rechtsorde een recht was ontstaan voor overspelige kinderen om een vordering tot onderzoek naar het vaderschap in te stellen, maar anderzijds ook inhoudt dat die vordering moest worden ingesteld binnen de termijn die het (oude) artikel 341*b* B.W. bepaalde, met als gevolg dat het vorderingsrecht *in*

casu vervallen zou zijn. Het Hof van Cassatie weigerde directe werking te verlenen aan deze extensieve interpretatie van het Marckx-arrest.

Het Hof van Cassatie overwoog enerzijds opnieuw dat artikel 8.1 E.V.R.M., in zoverre het de Staat in beginsel verbiedt zich te mengen in het privé-leven en het gezinsleven van individuen, een norm stelt die, in de regel, voldoende nauwkeurig en volledig is om directe werking te hebben, maar overwoog anderzijds ook dat die bepaling, in zoverre zij de Staat verplicht om bij het bepalen van een *stelsel van familiebanden, zoals dat van het recht van natuurlijke kinderen op de nalatenschap van hun overleden vader* (eigen cursivering), regels vast te stellen waardoor de betrokkenen een normaal gezinsleven kunnen leiden, niet voldoende nauwkeurig en volledig is om directe werking te kunnen hebben, aangezien de Staat terzake over verschillende mogelijkheden beschikt om die doelstellingen te verwezenlijken. De artikelen 8.1 en 14 E.V.R.M. leggen volgens het hof binnen dat kader de Staat slechts een verplichting om te handelen op die de wetgever moet nakomen, maar die niet kan gelden als bron van subjectieve rechten en plichten voor particulieren. Het Hof van Cassatie merkte ten slotte nog op dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in het Marckx-arrest heeft toegegeven dat zijn beslissing niet als zodanig de litigieuze bepalingen die in hoofdzaak een verklaring van recht inhouden, kan tenietdoen of opheffen en dat dit arrest aan de Staat de keuze van de middelen laat om in de interne rechtsorde te voldoen aan de verplichting zich te houden aan de beslissingen van het Europees Hof (Cass. 19 september 1997, *Arr. Cass.* 1997, 843, *R.W.* 1998-99, 435, noot S. MOSSELMANS en *T.B.B.R.* 1999, (45) 46-48, noot Y.-H. LELEU).

Op merkwaardige wijze vermengt het Hof van Cassatie in de motivering van zijn uitspraak de vaststelling van de afstamming met de gevolgen ervan. De verwijzing in dit arrest – zonder twijfel gewezen in een zaak die de vaststelling van de afstamming betrof – naar het erfrecht van natuurlijke kinderen m.b.t. de nalatenschap van hun overleden vader als illustratie van een "stelsel van familiebanden" impliceert ons inziens echter niet dat het Hof van Cassatie heeft aangekondigd te willen terugkomen op zijn rechtspraak die sinds 1993 de directe werking van de artikelen 14 *juncto* 8.1 E.V.R.M. op erfrechtelijk vlak – een gevolg van de afstamming – volledig aanvaardt (zie boven, nrs. 43-44). Wellicht is het arrest enkel op ongelukkige wijze geformuleerd (in dezelfde zin: Y.-H. LELEU, "Les actions en recherche de paternité tardives", (noot onder Cass. 19 september 1997), *T.B.B.R.* 1999, (49) 56 en 58, nrs. 13 en 16, die in voetnoot 58 wijst op nog andere onvolkomenheden van het arrest).
In elk geval bevestigt het hof in dit arrest zijn oudere rechtspraak en zijn negatieve houding ten opzichte van de directe werking van een positieve verplichting die voortvloeit uit artikel 8.1 E.V.R.M. op het vlak van de vaststelling van de afstamming.

49 Deze zienswijze van het Hof van Cassatie wordt door de lagere rechtspraak niet unaniem gevolgd, zodat nieuwe cassatierechtspraak op dit vlak kan worden verwacht.

Zo heeft de Rechtbank van Eerste Aanleg te Dendermonde vastgesteld dat artikel 320, 4° B.W. overspelige kinderen *a matre* verschillend behandelt naargelang de wijze waarop de echtscheiding tussen de moeder en haar echtgenoot is uitgesproken. Dit onderscheid werd discriminatoir en strijdig met de artikelen 8.1 *juncto* 14 E.V.R.M. geacht. De rechtbank oordeelde uitdrukkelijk dat deze bepalingen directe werking hebben zodat de machtiging tot erkenning van een kind dat geboren is 300 dagen na de feitelijke scheiding van zijn moeder en haar echtgenoot, gevolgd door een echtscheiding door onderlinge toestemming, kon worden verleend (Rb. Dendermonde 2 juni 1999, *A.J.T.* 1999-2000, 609, noot G. VERSCHELDEN; zie ook verder, nr. 627). Dit vonnis is in kracht van gewijsde getreden.

§ 3. Analyse en conclusie

50 Uit deze afdeling is gebleken dat de vraag naar de directe werking van artikel 8 E.V.R.M. door het Hof van Cassatie anders wordt beantwoord naargelang de soort verplichting die eruit voortvloeit. Bijzonder merkwaardig is dat de directe werking van artikel 8.1 E.V.R.M. uiteindelijk aanvaard werd op het vlak van erfrecht, zowel wat betreft de negatieve verplichting van niet-inmenging in het gezinsleven als wat betreft de positieve verplichting om zodanig te handelen dat de betrokkenen een normaal gezinsleven kunnen leiden – door de met het verdragsrecht strijdige bepalingen niet toe te passen –, terwijl m.b.t. de vaststelling van de afstamming enkel de directe werking van de negatieve verplichting wordt aanvaard, maar de directe werking van de positieve verplichting met klem wordt ontkend.

51 De passus uit het Marckx-arrest waarin het Europees Hof erkent dat de Staat verscheidene middelen heeft waaruit hij kan kiezen om een stelsel van familiebanden te bepalen zodanig dat de betrokkenen een normaal gezinsleven kunnen leiden (§ 31) heeft het Hof van Cassatie ertoe aangezet om de directe werking van deze positieve verplichting te ontkennen, tot 1993 op het vlak van erfrecht en tot op heden inzake de vaststelling van de afstamming.

Het gebrek aan coherentie in de rechtspraak van het Hof van Cassatie aangaande de directe werking van de positieve verplichting die voortvloeit uit artikel 8 E.V.R.M. – een andere houding wordt ingenomen i.v.m. het erfrecht als gevolg van de afstamming enerzijds en de vaststelling van de afstamming anderzijds – kan wellicht worden verklaard door de aan- of afwezigheid van transponeerbare verdragsconforme bepalingen in het interne recht, maar zou ook vanuit een teleologische invalshoek kunnen worden begrepen.

In de hierboven besproken zaken waarin het hof zich uitsprak over het erfrecht werd de toepassing van het oude en discriminerende erfrecht dat gold voor buiten het huwelijk geboren kinderen bestreden. Vóór de wettelijke opheffing van de erfrechtelijke discriminatie van buitenhuwelijkse kinderen weigerde het hof ook inzake erfrecht de directe werking van de positieve verplichting die volgt uit artikel 8.1 E.V.R.M. te aanvaarden in zijn arresten van 6 maart 1986 en 12 februari 1987. Na deze initieel afwijzende houding heeft het hof zijn koers gewijzigd, niet toevallig in zijn eerste arrest na de inwerkingtreding van nieuw erfrecht dat door de Afstammings-

wet met ingang van 6 juni 1987 was ingevoerd. Vanaf die datum was er geen gevaar meer voor een juridisch vacuüm in het nationale recht na een eventuele niet-toepassing van discriminatoire interne bepalingen. Er was immers een internrechtelijk wettelijk alternatief: het nieuwe Belgische niet-discriminatoire erfrecht kon eenvoudig op de voorliggende situatie worden toegepast.

Inzake de vaststelling van de afstamming lag (en ligt) een wettelijke wisseloplossing veel minder voor de hand.

Uit het arrest van 3 oktober 1983 moet worden onthouden dat volgens het Hof van Cassatie de *ratio* van het wettelijk systeem waarin een voorafgaande machtiging verplicht is voor de erkenning van overspelige kinderen erin bestaat erkenningen die niet overeenstemmen met de biologische werkelijkheid te beletten en de rechten van derden (zoals de echtgenoot en uit het huwelijk geboren kinderen) te eerbiedigen. Nu een dergelijke machtiging ook na de Afstammingswet uit 1987 nog steeds vereist is voor de erkenning van overspelige kinderen *a matre* (art. 320 B.W.) en de wetgever hiermee de biologische waarheid zoveel mogelijk wou benaderen en tegelijk de rust in de families in acht wou nemen en beschermen (Arbitragehof nr. 61/2000, 25 mei 2000, zie verder, nr. 628), lijkt het *de lege lata* onmogelijk dat de biologische vader zich als particulier succesvol kan beroepen op de directe werking van een positieve verplichting die volgt uit artikel 8.1 E.V.R.M. om in alle gevallen een machtiging tot erkenning van de rechtbank te bekomen of – *a fortiori* – om zijn kind zonder enige tussenkomst van de rechtbank te kunnen erkennen.
Het arrest van 10 mei 1985, dat zich uitsprak over het bewijs van de afstamming langs moederzijde, heeft zijn relevantie grotendeels verloren, nu de Afstammingswet de regel *Mater semper certa est* (art. 312 § 1 B.W.; zie verder, nrs. 91-93) in ons recht heeft ingevoerd en de afstamming langs moederszijde principieel bewezen wordt door de wettelijk verplichte vermelding van de naam van de moeder in de geboorteakte.
Het arrest van 11 februari 1994 bevat geen stellingname aangaande de directe werking van de artikelen 8 en 14 E.V.R.M., aangezien er *in casu* volgens het hof geen sprake was van een gezinsleven, zodat de bescherming van artikel 8 E.V.R.M. niet speelde.
Wat ten slotte het arrest van 19 september 1997 betreft, lijkt het belangrijk erop te wijzen dat – anders dan in alle voorgaande zaken – de afwezigheid van directe werking *in casu* in het voordeel van het buitenhuwelijks (overspelig) kind heeft gespeeld: uit dit arrest moet – m.b.t. de specifieke casus – worden afgeleid dat de ingestelde vordering tot gerechtelijke vaststelling van vaderschap niet verjaard was en – op algemeen niveau – dat de verjaringstermijn voor een dergelijke vordering ingesteld door een overspelig kind *a patre* slechts kan beginnen lopen vanaf het ontstaan van de vordering, *i.e.* op het ogenblik van de inwerkingtreding van de Afstammingswet, nl. 6 juni 1987 (zie *in extenso* verder, nrs. 755-757). De eisers in cassatie betoogden dat het overspelig kind – in een extensieve interpretatie van het Marckx-arrest – moest worden gelijkgesteld met een gewoon natuurlijk kind, in de wetenschap dat de vervaltermijn die in hoofde van dergelijke kinderen gold *in casu* verstreken was. Hoewel de directe werking van een positieve verplichting uit de artikelen 8.1 en 14 E.V.R.M. *expressis verbis* met de klassieke bewoordingen en zonder twijfel is afgewezen door het Hof van Cassatie, het beoogde resultaat van de positieve verplichting is wel degelijk bereikt: het recht op eerbiediging van het gezinsleven van een overspelig kind is gegarandeerd, want het zal nog tot 6 juni 2017 – dertig jaar na de inwerkingtreding van de Afstammingswet (zie art. 331*ter* B.W.) – de mogelijkheid krijgen zijn vaderschap gerechtelijk te laten vaststellen. Op die manier is – merkwaardig genoeg – via de afwijzing van de directe werking een oplossing bekomen voor het gebrek aan vorderingsrecht in hoofde van het overspelig kind door toepassing van de bestaande en met het E.V.R.M. conforme regels, hoewel de keuze niet evident was. De toepassing van de oude vervaltermijn uit artikel 341*b* (oud) B.W. die gold voor gewoon natuurlijke kinderen was geen optie, want die was eveneens discriminatoir. Het bekomen resultaat komt *de facto* neer op een gemilderde toepassing van wat gold voor wettige kinderen vóór de inwerkingtreding van de Afstammingswet: de onverjaarbaarheid van hun vordering (art. 328 (oud) B.W.) werd getransponeerd naar overspelige kinderen en gehandhaafd tot 6 juni 1987, waarna een verjaringstermijn van dertig jaar begint te lopen, in overeenstemming met het nieuwe recht (art. 331*ter* B.W.).

52 Directe werking van positieve verplichtingen brengt een zekere mate van rechtsonzekerheid met zich mee wanneer een toepasselijke wetsbepaling uit het interne recht als gevolg ervan buiten toepassing wordt verklaard. Over-

wegingen van rechtszekerheid vormen een basis voor de beslissing om de directe werking van de positieve verplichting vervat in artikel 8 E.V.R.M. te weigeren wanneer er geen wettelijke bepaling in het interne recht voorhanden is die blijk geeft van eerbied voor het gezinsleven en niet-discriminatoir is, of de keuze die de rechter heeft tussen verschillende mogelijkheden niet voor de hand ligt.

Het recht i.v.m. de vaststelling van de afstamming langs vaderszijde buiten het huwelijk, zoals het in zijn huidige vorm geldt, zou integraal op losse schroeven komen te staan indien zou worden aanvaard dat eenieder o.g.v. artikel 14 *juncto* artikel 8.1 E.V.R.M. het recht heeft zijn bloedband juridisch erkend te zien worden in een vastgestelde afstammingsband. De implementatie van het principieel recht op juridische vaststelling van een bestaande bloedband zou door de wetgever kunnen worden overwogen bij de hervorming van het afstammingsrecht (zie daarover verder, nrs. 81-84).

HOOFDSTUK II

KINDERRECHTEN: HET INTERNATIONAAL VERDRAG INZAKE DE RECHTEN VAN HET KIND (I.V.R.K.)

53 In meer en meer afstammingsprocedures verwijzen hoven en rechtbanken naar het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (Verdrag inzake de Rechten van het Kind, aangenomen te New York op 20 november 1989, goedgekeurd door België bij W. 25 november 1991, *B.S.* 17 januari 1992; in de Vlaamse Gemeenschap goedgekeurd bij Decreet 15 mei 1991, *B.S.* 13 juli 1991; dit verdrag (hierna afgekort: I.V.R.K.) trad voor België in werking op 15 januari 1992). Twee bepalingen van dit verdrag worden daarbij frequent aangehaald, nl. de artikelen 3 en 7 I.V.R.K.

Artikel 3.1 I.V.R.K. bepaalt dat bij alle maatregelen betreffende kinderen, ongeacht of deze worden genomen door openbare of particuliere instellingen voor maatschappelijk welzijn of door rechterlijke instanties, bestuurlijke autoriteiten of wetgevende lichamen, de belangen van het kind de eerste overweging vormen. Krachtens artikel 3.2 verbinden de Staten die partij zijn bij dit verdrag zich ertoe het kind te verzekeren van de bescherming en de zorg die nodig zijn voor zijn welzijn, rekening houdend met de rechten en plichten van zijn ouders, wettige voogden of anderen die wettelijk verantwoordelijk zijn voor het kind, en nemen de Staten hiertoe alle passende wettelijke en bestuurlijke maatregelen.

Artikel 7.1 I.V.R.K. bepaalt dat het kind onmiddellijk na de geboorte wordt ingeschreven en vanaf de geboorte het recht heeft op een naam, het recht een nationaliteit te verwerven en, voor zover mogelijk, het recht heeft zijn ouders te kennen en door hen te worden verzorgd. Krachtens artikel 7.2 waarborgen de Staten die partij zijn de verwezenlijking van deze rechten in overeenstemming met hun nationale recht en hun verplichtingen krachtens de desbetreffende internationale akten op dit gebied, in het bijzonder wanneer het kind anders staatloos zou zijn.

Hieronder volgen illustraties inzake de erkenning door een man (art. 319-321 B.W.) en het onderzoek naar het vaderschap (art. 322 B.W.), de betwisting van een vaderlijke erkenning (art. 330 B.W.) en de (termijnen voor de) betwisting van het vaderschap van de echtgenoot (art. 332 B.W.).

54 De rechtspraak verwees het meest naar het I.V.R.K. bij de behandeling van diverse facetten inzake de erkenning door een man.

– I.v.m. het oordeel van de rechtbank van eerste aanleg of de erkenning door een man al dan niet kan plaatshebben nadat de moeder haar toestemming tot de erkenning weigerde (art. 319 § 3 B.W.), werd door hoven en rechtbanken zowel gerefereerd aan artikel 3 als aan artikel 7 I.V.R.K.

Zo poneerde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel in een betwistbaar vonnis dat de rechtspraak van het Arbitragehof in zijn twee arresten van 21 december 1990 en 8 oktober 1992 (zie *in extenso* verder, nr. 328 e.v.) een wettelijke evenwichtige en verantwoorde ongelijkheid vervangt door een flagrante onrechtvaardigheid die manifest in strijd is met de artikelen [10 en 11] van de Grondwet en met art. 3.1 I.V.R.K. en oordeelde, met inachtneming van de belangen van het kind, dat de erkenning niet kon plaatshebben (Rb. Brussel 16 juni 1993, *Rev. trim. dr. fam.* 1994, 766; zie ook verder, nr. 356).

Het Hof van Beroep te Luik oordeelde dat het belang van het kind in procedures die de vaststelling van de afstamming betreffen volgens art. 7.1 I.V.R.K. erin bestaat een *dubbele* afstammingsband te hebben (Luik 8 februari 2000, *T.B.B.R.* 2002, 117, noot; zie ook verder, nrs. 355 en 357).

De Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent leidde uit een analyse van o.m. de artikelen 7.1 en 3.1 I.V.R.K. af dat eenieder het recht heeft op een afstammingsband en de concrete beleving ervan. Omwille van de verdragsrechtelijke verplichting de belangen van het kind in aanmerking te nemen, meende de Rechtbank in een procedure o.g.v. art. 319 § 3 B.W. aan dit begrip een concrete invulling te moeten geven (Rb. Gent 2 november 2000, *T.G.R.* 2001, 6, noot, in hoger beroep bevestigd door Gent (1ste kamer) nr. 2001/AR/721, 24 januari 2002, onuitg.; zie ook verder, nr. 356).

Het Arbitragehof verwees in deze context – uiteindelijk – niet alleen naar artikel 3.1, maar ook naar 12 I.V.R.K., hetgeen bepaalt dat het kind dat in staat is zijn eigen mening te vormen het recht heeft die mening vrijelijk te uiten in alle aangelegenheden die het kind betreffen en gehoord moet kunnen worden in iedere gerechtelijke en bestuurlijke procedure die het kind betreft. Het Hof leidde uit de goedkeuring van het I.V.R.K. en het aannemen van de wijziging van art. 931 Ger. W. in 1994 af dat de wetgever de verplichting wil opleggen om rekening te houden met de belangen van het kind in de gerechtelijke procedures die op het kind betrekking hebben, in voorkomend geval door zijn eigen mening te vragen wanneer het in staat is die te vormen, en hoe dan ook door de rechter erom te verzoeken bijzondere aandacht eraan te besteden (Arbitragehof nr. 66/2003, 14 mei 2003, *B.S.* 20 oktober 2003, 50820, *NjW* 2003, 884, noot RdC en *J.L.M.B.* 2003, 1120, noot D. PIRE; zie ook verder, nrs. 339-340).

– Bij de vaststelling van het ongrondwettig karakter van ditzelfde opportuniteitsoordeel in de bijzondere hypothese van art. 319 § 4 B.W. was het Arbitragehof van oordeel dat niet alleen rekening moest worden gehouden met art. 3 I.V.R.K., maar ook met art. 7 I.V.R.K. (Arbitragehof nr. 62/94, 14 juli 1994, *B.S.* 3 september 1994, *J.L.M.B.* 1995, 164, noot D. PIRE en *R.W.* 1994-95, 532, noot; zie ook verder, nr. 1151).

– Bij de toetsing naar het grondwettig karakter van de vereiste toestemming van de minderjarige van vijftien jaar of ouder bij zijn erkenning door een man wees het Arbitragehof er vooreerst op dat de wetgever de vaststelling van de afstamming afhankelijk heeft willen stellen van een toetsing vanuit het standpunt van het belang van het kind. Het Hof verwees niet alleen naar de artikelen 3.1 en 7.1, maar ook naar artikel 12 I.V.R.K. Het Arbitragehof was van oordeel dat uit art. 7.1 I.V.R.K. geenszins kan worden afgeleid dat de ouders het recht zouden hebben om laattijdig een afstammingsband te creëren tegen de belangen van het kind in. In het raam van de drie vermelde verdragsbepalingen achtte het Arbitragehof de toestemmingsvereiste van het minderjarig kind dat de leeftijd van vijftien jaar bereikt heeft op zich niet onevenredig (Arbitragehof nr. 36/96, 6 juni 1996, *B.S.* 10 juli 1996, 18902, *J.L.M.B.* 1996, 1684, noot D. PIRE, *R.W.* 1996-97, 977, noot F. APS, *Rev. trim. dr. fam.* 1996, 542, noot en *Jaarboek 1996/97 van het Interuniversitair Centrum Mensenrechten*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1997, 331, noot J. GERLO; zie ook verder, nr. 336).

– I.v.m. de machtiging tot erkenning van een kind door een andere man dan de echtgenoot (art. 320 B.W.) oordeelde het Arbitragehof dat de artikelen 3.1 en 7.1 I.V.R.K. niet het recht impliceren om een andere afstammingsband vast te stellen dan diegene die al bestaat op basis van het huwelijk van de ouders (Arbitragehof nr. 56/2001, 8 mei 2001, *B.S.*'28 juni 2001, 22298, *R.W.* 2001-02, 629, *Rev. trim. dr. fam.* 2001, 323, *T.J.K.* 2001, 110, noot en *J.L.M.B.* 2001, 942, noot I.M.; zie ook verder, nr. 611).

– I.v.m. het verbod tot erkenning van een bloedschennig kind (art. 321 B.W.) overwoog het Arbitragehof dat hoewel sommige kinderen kunnen lijden onder het feit dat een erkenning retrospectief aan het licht brengt dat ze geboren zijn uit een relatie die schandelijk wordt geacht, daaruit niet noodzakelijkerwijs volgt dat voor hen elk belang verdwijnt om het in art. 7.1 I.V.R.K. opgenomen fundamentele recht van een kind om te worden opgevoed door zijn ouders, dit wil zeggen door zijn verwekkers, te laten gelden (Arbitragehof nr. 169/2003, 17 december 2003, *B.S.* 20 februari 2004, 10283; zie ook verder, nr. 768).

Ook inzake de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap, meer bepaald bij de beoordeling van een verzoek een dwangsom te koppelen aan de weigering om een door de rechtbank o.g.v. art. 331*octies* B.W. bevolen deskundigenonderzoek te ondergaan, werd verwezen naar het I.V.R.K.

Zo kwam het de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent passend voor om "gelet op het toenemende belang van de biogenetische band inzake afstamming, vooral in het licht van het recht van het kind om de identiteit van zijn ouders te kennen (art. 7.1 I.V.R.K.) en gelet op de vrees dat men zich aan de onderzoeksmaatregel zou pogen te onttrekken", het onderzoek te koppelen aan de veroordeling tot betaling van een dwangsom van 100 000 BEF (€ 2 478,94) per weigering dit onderzoek te ondergaan, tenzij voor deze weigering gegronde medische redenen kunnen worden aangevoerd. De uiterst minieme aantasting van de fysieke integriteit van de vermeende vader woog volgens de Rechtbank niet op tegen het voornoemd belang (Rb. Gent 21 september 1995, *R.W.* 1998-99, 97, (afkeurende) noot P. SENAEVE en *J. dr. jeun.* 1998, afl. 179, 40, noot; zie ook verder, nr. 502).

55 In een procedure tot betwisting van een vaderlijke erkenning o.g.v. art. 330 B.W. was het Hof van Beroep te Gent de mening toegedaan dat wanneer een vordering betrekking heeft op de afstamming van kinderen, het internationaal recht de rechter dwingt tot het in acht nemen van de belangen van deze kinderen en dat hun belang de belangrijkste overweging uitmaakt luidens art. 3 I.V.R.K., dat – volgens het hof – een scharnierfunctie en een algemene draagwijdte heeft waaraan alle verdragsrechtelijk gagarandeerde rechten dienen getoetst (Gent (1ste kamer) nr. 1996/AR/382, 12 maart 1998, *onuitg.*). Het Hof van Cassatie vernietigde dit arrest en oordeelde dat art. 3 I.V.R.K. nuttig kan zijn bij de interpretatie van teksten, maar dat het op zichzelf niet voldoende nauwkeurig en volledig is om directe werking te hebben, omdat het verscheidene mogelijkheden aan de Staat laat om aan de vereisten van het belang van het kind te voldoen. Het kan niet gelden als bron van subjectieve rechten en verplichtingen voor particulieren. Inzonderheid

laat het de mogelijkheid open voor de verbonden staten en overheden te bepalen hoe de belangen van het kind het best worden beschermd i.v.m. de wijze waarop de biologische afstamming wordt vastgesteld. In dergelijk geval komt het aan de rechter niet toe de bescherming die door de wetgever is geboden terzijde te schuiven ten voordele van een eigen appreciatie die hij meer gepast vindt (Cass. C.99.0048.N, 4 november 1999, *Arr. Cass.* 1999, 1378 en *R.W.* 2000-01, 232, noot; in dezelfde bewoordingen: Cass. C.99.0111.N, 4 november 1999, *Arr. Cass.* 1999, 1386 en *R.W.* 2000-01, 232, noot A. VANDAELE; zie ook verder, nr. 1067).

56 In de context van de wettelijk bepaalde vervaltermijnen om het vaderschap van de echtgenoot te betwisten, overwoog de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel dat de artikelen 3.1 en 7.1 I.V.R.K. zich niet verzetten tegen de toepassing van de strikte vervaltermijn die geldt in hoofde van de moeder voor de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot (art. 332 vierde lid B.W.), aangezien de wetgever in 1987 juist met het oog op het beschermen van de stabiliteit van het kind de mogelijkheid voor de moeder om het vaderschap van haar echtgenoot te betwisten in de tijd heeft willen beperken (Rb. Brussel 15 juni 1997, *Pas.* 1996, III, 66). Volgens dezelfde Rechtbank impliceert art. 7.1 I.V.R.K. geen recht voor de ouders om laattijdig een [biologische] afstammingsband vast te stellen tegen het belang van het kind in (Rb. Brussel 25 juni 1997, *T.B.B.R.* 1998, 57; zie ook verder, nr. 915).

In het licht van art. 3.1 I.V.R.K. acht het Arbitragehof het niet onredelijk dat het wettelijk vaderschap primeert op het biologisch vaderschap en een vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot onmogelijk wordt gemaakt van zodra het kind zich bewust kan worden van dit vaderschap en redelijkerwijze mag worden aangenomen dat er met instemming van de moeder bezit van staat t.o.v. de echtgenoot is tot stand gekomen (Arbitragehof nr. 138/2000, 21 december 2000, *B.S.* 8 maart 2001, 7435, *R.W.* 2000-01, 1343 en *T.B.B.R.* 2001, 359, noot G. VERSCHELDEN; Arbitragehof nr. 95/2001, 12 juli 2001, *B.S.* 13 november 2001, 38684; zie ook verder, nr. 939).

HOOFDSTUK III
ANDERE VERDRAGEN

57 Hieronder worden de bronnen van het Belgisch internationaal privaatrecht op het vlak van afstamming vermeld, waarmee meteen het relevante verdragsrecht inzake afstamming is vervolledigd.

58 Wat de multilaterale verdragen betreft, kan vooreerst melding worden gemaakt van vier in het raam van de Internationale Commissie voor de Burgerlijke Stand (Commission Internationale de l'Etat Civil (C.I.E.C.)) uitgewerkte overeenkomsten. Slechts één ervan is door ons land bekrachtigd.

– De Overeenkomst tot uitbreiding van de bevoegdheid van de autoriteiten belast met de registratie van de erkenning van onwettige kinderen, ondertekend te Rome op 14 september 1961, is voor België in werking sinds 17 september 1967.

Zie de Wet van 18 juli 1967 houdende goedkeuring van de Overeenkomst tot uitbreiding van de bevoegdheid van de autoriteiten belast met de registratie van de erkenning van onwettige kinderen, ondertekend op 14 september 1961, te Rome, *B.S.* 16 september 1967, 9761, gevolgd door de tekst van de overeenkomst.

Drie overeenkomsten tussen de landen van de C.I.E.C. werden door België ondertekend, maar niet bekrachtigd.
Het gaat meer bepaald om:
– de Overeenkomst betreffende de vaststelling van de familierechtelijke betrekking tussen het onwettig kind en zijn moeder, gesloten te Brussel op 12 september 1962;
– de Overeenkomst inzake wettiging door huwelijk en de bijlage, gesloten te Rome op 10 september 1970 en
– de Overeenkomst betreffende de vrijwillige erkenning van kinderen geboren buiten het huwelijk, gesloten te München op 5 september 1980.

Daarnaast werd binnen de Raad van Europa op 15 oktober 1975 te Straatsburg een verdrag gesloten betreffende het juridisch statuut van buiten het huwelijk geboren kinderen. Dit verdrag werd door België niet ondertekend, maar is na drie ratificaties in werking getreden op 11 augustus 1978; eind december 2003 was het in werking tussen 21 lidstaten van de Raad van Europa.

59 Voor de bevoegdheid in afstammingszaken van Belgische consulaire agenten in het buitenland en van buitenlandse vertegenwoordigers in België moet rekening gehouden worden met de bilaterale consulaire verdragen die ons land sloot met Estland, [voormalig] Joegoslavië, Turkije en de [voormalige] Sovjet-Unie.

In chronologische volgorde kan worden verwezen naar

– de Consulaire Overeenkomst tusschen België en de Estlandsche Republiek, gesloten te Brussel op 8 februari 1927, in werking vanaf 30 april 1928, waarvan artikel 23 de consuls en de consulaire agenten o.m. machtigt om bescher-

ming te verlenen aan minderjarige kinderen die onderdanen zijn van de staat die hen benoemd heeft. Met dat oogmerk hebben de consulaire ambtenaren het recht om, binnen de grenzen van de plaatselijke wetgeving, al de nodige maatregelen te nemen die zij nuttig zullen achten.

Zie de Wet van 10 april 1928 houdende goedkeuring van de consulaire overeenkomst gesloten te Brussel, den 8^{n} Februari 1927, tusschen België en de Estlandsche Republiek, *B.S.* 21-22 mei 1928, 2362, gevolgd door de tekst van de Consulaire Overeenkomst. (Na de Tweede Wereldoorlog werd Estland een republiek binnen de U.S.S.R., zie de hieronder vermelde overeenkomst met de voormalige Sovjet-Unie; in 1990 verwierf de republiek zelfstandigheid).

– de Consulaire Overeenkomst tussen het Koninkrijk België en de Socialistische Federale Republiek Joegoslavië en de wisseling van brieven, getekend te Belgrado op 30 september 1969, in werking sedert 5 januari 1974. Krachtens artikel 30 (1) 5 van deze Overeenkomst worden de akten waarin een onderdaan van de Zendstaat verklaart een natuurlijk kind te erkennen door de Verblijfstaat als geldig erkend indien ze overeenkomstig de wetgeving van de Zendstaat o.m. in de Verblijfstaat door de consulaire ambtenaren van die Staat, die door hem met die bevoegdheid zijn bekleed, zijn opgemaakt of ontvangen.

Zie de Wet van 25 april 1973 houdende goedkeuring van de Consulaire Overeenkomst tussen het Koninkrijk België en de Socialistische Federale Republiek Joegoslavië en van de wisseling van brieven, getekend te Belgrado op 30 september 1969, *B.S.* 20 december 1973, 14603, gevolgd door de tekst van de Consulaire Overeenkomst.

– de Consulaire Overeenkomst tussen het Koninkrijk België en de Republiek Turkije en de wisseling van brieven, ondertekend te Ankara op 28 april 1972, in werking sedert 3 april 1976. Krachtens artikel 40.1*e* van deze Overeenkomst worden o.m. de notariële erkenningsakten van een natuurlijk kind, ongeacht zijn leeftijd of nationaliteit, door de Verblijfstaat als geldig erkend indien ze overeenkomstig de wetgeving van de Zendstaat in de Verblijfstaat door de consulaire ambtenaren van de Zendstaat die door hem met notariële bevoegdheid zijn bekleed, zijn opgemaakt of ontvangen, op voorwaarde dat de akte onderschreven wordt door een onderdaan van de Zendstaat.

Zie de Wet van 24 augustus 1974 houdende goedkeuring van de Consulaire Overeenkomst tussen het Koninkrijk België en de Republiek Turkije en van de wisseling van brieven, ondertekend te Ankara op 28 april 1972, *B.S.* 14 april 1976, 4673, gevolgd door de tekst van de Consulaire Overeenkomst.

– de Consulaire overeenkomst tussen het Koninkrijk België en de Unie van Socialistische Sovjetrepublieken, met Bijgevoegd Protocol en de wisseling van brieven, ondertekend te Brussel op 12 juli 1972, in werking sedert 25 juli 1975, waarvan artikel 30.1*a)* en *b)* de consulaire ambtenaar o.m. het recht geeft, voor zover de wetten van de Zendstaat hem daartoe machtigen, om geboorteakten van de staatsburgers van de Zendstaat op te maken en erkenningsakten van natuurlijke kinderen op te maken, op voorwaarde dat de akte door een staatsburger van de Zendstaat wordt ondertekend.

Zie de Wet van 14 januari 1975 houdende goedkeuring van de Consulaire overeenkomst tussen het Koninkrijk België en de Unie van Socialistische Sovjetrepublieken, van het Bijgevoegd Protocol en de wisseling van brieven, ondertekend te Brussel op 12 juli 1972, *B.S.* 9 augustus 1975, 9725, gevolgd door de tekst van de Consulaire Overeenkomst.

TITEL IV

AFSTAMMINGSRECHT IN HET LICHT VAN HET BELGISCH GRONDWETTELIJK GELIJKHEIDS- EN NON-DISCRIMINATIEBEGINSEL (ART. 10-11 G.W.)

HOOFDSTUK I
SITUERING

60 Met de Bijzondere Wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof (*B.S.* 7 januari 1989; hierna afgekort: Bijzondere Wet Arbitragehof) kreeg het Arbitragehof de bevoegdheid om wetten (en decreten) te toetsen aan een aantal bepalingen van de Grondwet, waaronder artikel 10 (gelijkheidsbeginsel) en het daarmee verknochte artikel 11 (discriminatieverbod).

– Artikel 10 van de Belgische Grondwet bepaalt dat er in de Staat geen onderscheid van standen is. De Belgen zijn gelijk voor de wet; zij alleen zijn tot de burgerlijke en militaire bedieningen benoembaar, behoudens de uitzonderingen die voor bijzondere gevallen door een wet kunnen worden gesteld.
– Krachtens artikel 11 van de Grondwet moet het genot van de rechten en vrijheden aan de Belgen toegekend zonder discriminatie verzekerd worden. Te dien einde waarborgen de wet en het decreet inzonderheid de rechten en vrijheden van de ideologische en filosofische minderheden.

61 De gewone rechtscolleges zijn niet bevoegd om wetsbepalingen aan de Grondwet te toetsen: wanneer voor een rechtscollege de vraag rijst of een wetsbepaling in overeenstemming is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, dan moet dit rechtscollege principieel deze vraag voorleggen aan het Arbitragehof (art. 26 § 2 eerste lid Bijzondere Wet Arbitragehof), via een rechterlijke beslissing tot verwijzing. Een prejudiciële vraag is altijd abstract geformuleerd en handelt nooit over de concrete feiten, al is één welbepaalde feitenconstellatie uiteraard steeds de aanleiding voor de prejudiciële vraagstelling.

62 Rechtbanken en hoven – tot het Hof van Cassatie toe – maakten gebruik van hun bevoegdheid om prejudiciële vragen te stellen aan het Arbitragehof m.b.t. de verenigbaarheid van sommige bepalingen van het in 1987 vernieuwde afstammingsrecht met deze grondwettelijke beginselen.

Nagenoeg in elke prejudiciële vraag werd gewezen op een verschil in behandeling tussen vergelijkbare categorieën personen dat de afstammingswetgeving creëert en dat volgens de betrokken kinderen of ouders strijdig zou zijn met het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel. Een onderscheid in behandeling houdt *ipso facto* echter nog geen discriminatie in, of, zoals het Arbitragehof *ne varietur* herhaalt: "de grondwettelijke regels van de gelijkheid en van de niet-discriminatie sluiten niet uit dat een verschil in behandeling tussen bepaalde categorieën van personen zou worden ingesteld, voor zover voor het criterium van onderscheid een objectieve en redelijke verantwoording bestaat. Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld met inachtneming van het doel en de gevolgen van de bestreden maatregel en van de aard van de terzake geldende beginselen; het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer vaststaat dat de aangewende middelen redelijkerwijze niet evenredig zijn met het beoogde doel".

In afstammingszaken werd tevens duidelijk dat ook een gelijke behandeling van onvergelijkbare categorieën personen een schending van het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel kan uitmaken, of, zoals het Arbitragehof het verwoordt: "Dezelfde regels [van gelijkheid en niet-discriminatie] verzetten er zich overigens tegen dat categorieën van personen, die zich ten aanzien van de aangevochten maatregel in wezenlijk verschillende situaties bevinden, op identieke wijze worden behandeld, zonder dat daarvoor een redelijke verantwoording bestaat. Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld rekening houdend met het doel en de gevolgen van de betwiste maatregel en met de aard van de ter zake geldende beginselen; het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer vaststaat dat geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel".

63 Het Arbitragehof voert zijn onderzoek naar de verenigbaarheid met het gelijkheidsbeginsel *normaliter* door in vijf fasen. *Primo* moet er een verschil in behandeling zijn tussen vergelijkbare categorieën personen (of een gelijke behandeling van onvergelijkbare categorieën) (vergelijkbaarheidstoets). *Secundo* moet het verschil in behandeling een wettig doel hebben (toetsing aan het teleologisch criterium). *Tertio* wordt nagegaan of het gemaakte onderscheid een objectief karakter vertoont (toetsing aan het objectiviteitscriterium). *Quarto* moet het gemaakte onderscheid iets bijbrengen aan de beoogde doelstelling, waardoor het onderscheid redelijk verantwoord wordt (toetsing aan het pertinentiecriterium). *Quinto* moet er een kennelijke evenredigheid bestaan tussen de aangewende middelen en het nagestreefde doel (toetsing aan het proportionaliteitscriterium) (zie i.v.m. dit interpretatieschema J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, *Inleiding tot het publiek recht*, II, *Overzicht Publiek Recht*, Brugge, die Keure, 2001, 325-333, nrs. 545-555).

HOOFDSTUK II

GEVOLGEN VAN EEN ARREST VAN HET ARBITRAGEHOF GEWEZEN OP PREJUDICIËLE VRAAG

64 Van groot praktisch belang is de exacte draagwijdte, het "gezag" van een arrest van het Arbitragehof dat uitspraak doet over een prejudiciële vraag, vooral wanneer een schending van het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel werd vastgesteld.

Hieronder volgen enkele algemene principes die gelden wanneer het Arbitragehof een wetsbepaling strijdig heeft bevonden met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. Verder in deze verhandeling zal dieper worden ingegaan op de concrete gevolgen van elk van de diverse arresten die het Arbitragehof in afstammingszaken heeft gewezen.

65 Het rechtscollege dat de prejudiciële vraag heeft gesteld en elk ander rechtscollege dat in dezelfde zaak uitspraak doet, moet zich volgens artikel 28 Bijzondere Wet Arbitragehof voegen naar het arrest van het Arbitragehof, hetgeen betekent dat een bepaling die strijdig is bevonden met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet buiten toepassing moet gelaten worden. De bepaling is evenwel niet vernietigd (J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, *Inleiding tot het publiek recht*, II, *Overzicht Publiek Recht*, Brugge, die Keure, 2001,1213-1214, nr. 1961).

66 Voor de rechtscolleges die in een andere feitenconstellatie met hetzelfde juridisch probleem worden geconfronteerd, moet een onderscheid worden gemaakt naargelang de aard van de rechterlijke instantie waarvoor het probleem is gerezen.

– Gaat het om een rechtscollege waarvan de beslissing vatbaar is voor hoger beroep, verzet, voorziening in cassatie of beroep tot vernietiging bij de Raad van State, dan kan het zich voegen naar de oplossing die het Arbitragehof in zijn eerdere prejudiciële beslissing heeft gegeven. Artikel 28 moet immers worden samengelezen met artikel 26 § 2 tweede lid, 2° Bijzondere Wet Arbitragehof, hetgeen bepaalt dat voornoemde rechtscolleges niet gehouden zijn een prejudiciële vraag te stellen wanneer het Arbitragehof reeds uitspraak heeft gedaan op een vraag of een beroep met een identiek onderwerp. Wanneer een rechtscollege zich op deze bepaling beroept om te weigeren een prejudiciële vraag te stellen, dan is het evident dat dit rechtscollege ook gebonden is door het arrest dat het Arbitragehof velde in die andere zaak met hetzelfde onderwerp (zie reeds J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 1990, 405-406, nr. 541, i.v.m. (oud) art. 26 § 2 derde lid, 1° Bijzondere Wet Arbitragehof, dat sprak over een vraag of een beroep met "hetzelfde" onderwerp).

Rechtscolleges zijn echter geenszins verplicht hun uitspraak te conformeren aan de rechtspraak van het Arbitragehof. Zij hebben de keuze: o f w e l richten zij zich naar de uitspraak van het Arbitragehof, hetgeen concreet betekent dat zij de ongrondwettig bevonden bepaling niet toepassen, o f w e l houden zij geen rekening met de rechtspraak van het Arbitragehof, maar dan zijn zij verplicht een nieuwe prejudiciële vraag aan het Arbitragehof te stellen i.v.m. de grondwettigheid van de kwestieuze bepaling. Het is dus niet mogelijk dat een rechter de uitspraak van het Arbitragehof naast zich neerlegt zonder een prejudiciële vraag te stellen (F. MEERSSCHAUT, "De prejudiciële vraagstelling voor het Arbitragehof", in X (ed.), *Gandaius Actueel*, IV, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1999, 105, nr. 221; J. VAN COMPERNOLLE en M. VERDUSSEN, "La guerre des juges aura-t-elle lieu? A propos de l'autorité des arrêts préjudiciels de la Cour d'arbitrage", *J.T.* 2000, (297) 303-304) .

– Gaat het echter om het Hof van Cassatie of om de Raad van State, dan moet – indien een partij dat vraagt – opnieuw een prejudiciële vraag gesteld worden aan het Arbitragehof (art. 26 § 2 eerste lid en derde lid *a contrario* Bijzondere Wet Arbitragehof).

67 Het arrest gewezen op prejudiciële vraag krijgt zijn relatief gezag van gewijsde vanaf de dag dat het in zijn geheel of bij uittreksel – dat de overwegingen en het beschikkend gedeelte bevat (art. 114 eerste lid Bijzondere Wet Arbitragehof) – in het *Belgisch Staatsblad* is gepubliceerd. Vanaf die dag kunnen de hoven en rechtbanken de beslissing van het Arbitragehof niet meer negeren; zij kunnen overigens ook zelf een afschrift van een arrest vragen (art. 114 derde lid Bijzondere Wet Arbitragehof). Er kan een rechtscollege overigens nooit worden verweten rekening te hebben gehouden met een arrest van het Arbitragehof gewezen op prejudiciële vraag waarvan het kennis had alvorens het in het *Belgisch Staatsblad* werd gepubliceerd (V. BARTHOLOMÉE en J. SOSSON, "La Cour d'arbitrage et le droit de la filiation: les effets de l'arrêt du 21 décembre 1990", *J.T.* 1991, (709) 711, nr. 10, voetnoot 41).

68 Ten slotte is het ook zo dat wanneer het Arbitragehof uitspraak heeft gedaan op prejudiciële vraag en verklaard heeft dat een wetsbepaling de Grondwet schendt, er voor de ministerraad een nieuwe termijn van zes maanden openstaat voor het instellen van een beroep tot vernietiging van de kwestieuze bepaling (art. 4 tweede lid Bijzondere Wet Arbitragehof, dat de inhoud van (oud) art. 4, 2° Bijzondere Wet Arbitragehof heeft overgenomen). De ministerraad heeft in afstammingszaken nog geen enkele keer een dergelijk vernietigingsberoep bij het Arbitragehof ingesteld.
Een grondwettigheidsprobleem dat gerezen is in het raam van het gelijkheidscontentieux wordt het best opgelost via een weloverwogen beleidskeuze.

In de doctrine is ervoor gepleit om ook aan de individuele burger de mogelijkheid te bieden tot het instellen van een beroep tot vernietiging na een ongrondwettigheidsbeoordeling (zie F. MEERSSCHAUT, "De prejudiciële vraagstelling voor het Arbitragehof", in X (ed.), *Gandaius Actueel*, IV, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1999, 107, nr. 225 en voetnoot 376, die van

oordeel is dat de rechtsonzekerheid die uit een dergelijk optreden zou kunnen voortvloeien niet opweegt tegen de manifeste rechtsonzekerheid die het gevolg is van een het gebeurlijke stilzitten van de wetgever na een arrest van het Arbitragehof. Deze auteur twijfelt er niet aan dat een door de burger ingezette procedure de wetgever ertoe zou aanzetten een legislatieve oplossing aan het gerezen grondwettigheidsprobleem te bieden binnen een redelijke termijn, *i.e.* een termijn van ongeveer anderhalf jaar).

Inmiddels staat ook voor iedere natuurlijke persoon die doet blijken van een belang een nieuwe termijn van zes maanden open voor het instellen van een beroep tot vernietiging van een wet die het Arbitragehof, uitspraak doende op een prejudiciële vraag, ongrondwettig heeft bevonden (art. 4 tweede lid Bijzondere Wet Arbitragehof, zoals gewijzigd door art. 3 Bijzondere Wet 9 maart 2003 tot wijziging van de Bijzondere Wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, *B.S.* 11 april 2003, in werking getreden op 21 april 2003).

Ons inziens is het lang niet zeker dat deze invoering van een vernietigingsberoep door de burger de wetgever zal aanzetten tot legislatieve oplossingen. Indien de wetgever toch niet remediërend zou optreden, zal na de vernietiging van elke ongrondwettig bevonden bepaling niet alleen een enorm juridisch vacuüm ontstaan, maar zullen ook nieuwe discriminaties opduiken, wat zeker niet wenselijk is (in dezelfde zin: A.-Ch. VAN GYSEL, "Le droit belge de la filiation décomposé", (noot onder Arbitragehof nr. 65/94, 14 juli 1994), *J.T.* 1995, (701) 703, nr. 8).

HOOFDSTUK III
ARRESTEN VAN HET ARBITRAGEHOF IN AFSTAMMINGSZAKEN

AFDELING I

OVERZICHT

69 De vierentwintig arresten die het Arbitragehof tot nog toe heeft gewezen na een prejudiciële vraag i.v.m. een bepaling die behoort tot het afstammingsrecht *sensu lato* kunnen systematisch als volgt worden ingedeeld:

• In één arrest heeft het Arbitragehof zich uitgesproken over de onmogelijkheid voor een meerderjarig kind om zijn toestemming tot zijn erkenning door een vrouw te weigeren, terwijl die mogelijkheid wel bestaat ten aanzien van de erkenning door een man (art. 319 § 2 B.W.):

– Arbitragehof nr. 112/2002, 26 juni 2002, *B.S.* 21 augustus 2002 (zie verder, nrs. 324-325).

• Vier arresten betreffen de (on)grondwettigheid van artikel 319 § 3 B.W., meer specifiek werd uitspraak gedaan over de door de wet vereiste toestemmingen en het opportuniteitsoordeel van de rechtbank na een toestemmingsweigering bij de erkenning door een man:

– Arbitragehof nr. 39/90, 21 december 1990, *B.S.* 17 januari 1991 (zie verder, nrs. 329-331);
– Arbitragehof nr. 63/92, 8 oktober 1992, *B.S.* 3 december 1992 (zie verder, nrs. 332-333);
– Arbitragehof nr. 36/96, 6 juni 1996, *B.S.* 10 juli 1996 (zie verder, nr. 336) en
– Arbitragehof nr. 66/2003, 14 mei 2003, *B.S.* 20 oktober 2003 (zie verder, nrs. 339-340).

• In één arrest was het opportuniteitsoordeel van de rechtbank in de bijzondere hypothese dat een erkenning door een man kan plaatsvinden zonder toestemming aan de orde (art. 319 § 4 B.W.):

– Arbitragehof nr. 62/94, 14 juli 1994, *B.S.* 3 september 1994 (zie verder, nr. 1151).

• Drie arresten hebben betrekking op de wettelijk vereiste machtiging tot erkenning van een overspelig kind *a matre* (art. 320 B.W.):

– Arbitragehof nr. 59/95, 12 juli 1995, *B.S.* 12 augustus 1995 (zie verder, nr. 625);
– Arbitragehof nr. 61/2000, 25 mei 2000, *B.S.* 8 augustus 2000 (zie verder, nr. 628) en
– Arbitragehof nr. 56/2001, 8 mei 2001, *B.S.* 28 juni 2001 (zie verder, nr. 611).

• In één arrest sprak het Arbitragehof zich uit over het verbod tot erkenning van een bloedschennig kind (art. 321 B.W.):

– Arbitragehof nr. 169/2003, 17 december 2003, *B.S.* 20 februari 2004 (zie verder, nr. 768).

• Eén arrest handelt over de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap van een overspelig kind *a matre* (art. 323 B.W.):

– Arbitragehof nr. 104/98, 21 oktober 1998, *B.S.* 1 december 1998 (zie verder, nrs. 745-746).

• In vijf arresten was de grondwettigheid van artikel 332 B.W. aan de orde: de twee oudste arresten handelen over de onmogelijkheid voor de verwekker om het vaderschap van de echtgenoot te betwisten; de drie jongste arresten betreffen de vervaltermijn waarbinnen de echtgenoot zijn vordering moet instellen:

- Arbitragehof nr. 41/97, 14 juli 1997, *B.S.* 20 september 1997 (zie verder, nrs. 896-897);
- Arbitragehof nr. 12/98, 11 februari 1998, *B.S.* 8 april 1998 (zie verder, nrs. 896-897);
- Arbitragehof nr. 54/98, 20 mei 1998, *B.S.* 7 augustus 1998 (zie verder, nr. 937);
- Arbitragehof nr. 138/2000, 21 december 2000, *B.S.* 8 maart 2001 (zie verder, nr. 939) en
- Arbitragehof nr. 95/2001, 12 juli 2001, *B.S.* 13 november 2001 (zie verder, nr. 939).

Deze zestien arresten i.v.m. de vaststelling en de betwisting van de afstamming worden verder in deze verhandeling uitgebreid besproken. Omwille van de beoogde overzichtelijkheid werd op deze plaats enkel hun vindplaats in het *Belgisch Staatsblad* weergegeven.

• In zes arresten werd artikel 335 B.W. aan het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel getoetst:

- Arbitragehof nr. 38/93, 19 mei 1993, *B.S.* 9 juni 1993;
- Arbitragehof nr. 65/94, 14 juli 1994, *B.S.* 3 september 1994;
- Arbitragehof nr. 79/95, 28 november 1995, *B.S.* 17 januari 1996;
- Arbitragehof nr. 64/96, 7 november 1996, *B.S.* 22 januari 1997;
- Arbitragehof nr. 68/97, 6 november 1997, *B.S.* 26 november 1997 en
- Arbitragehof nr. 161/2002, 6 november 2002, *B.S.* 25 februari 2003 (zie verder, nr. 397).

Deze uitspraken betreffen de gevolgen van de afstamming op het vlak van de familienaam van het kind en worden in deze verhandeling niet besproken (voor een synthese van de vijf eerste arresten, zie G. VERSCHELDEN, "Het Belgisch afstammingsrecht in het licht van het gelijkheidsbeginsel", *T.B.B.R.* 2000, (126) 145-151, nrs. 47-63).

• Ten slotte werd in twee arresten uitspraak gedaan over de grondwettigheid van het oude artikel 756 B.W., dat het erfrecht van buitenhuwelijkse kinderen tot een minimum beperkte:

- Arbitragehof nr. 18/91, 4 juli 1991, *B.S.* 22 augustus 1991 en
- Arbitragehof nr. 83/93, 1 december 1993, *B.S.* 2 maart 1994.

Hoewel het erfrecht ook een gevolg is van de afstamming, worden deze twee arresten toch besproken in de volgende afdeling (zie verder, nrs. 71-80). Bij nader inzien blijkt het Arbitragehof zich immers te hebben uitgesproken over de eerste overgangsbepaling uit de Afstammingswet.

70 Het bilan na vierentwintig arresten in afstammingszaken *sensu lato* is als volgt:

– in één arrest werd geoordeeld dat de (enige) gestelde prejudiciële vraag geen antwoord behoeft (omdat de aangevochten wetsbepaling nog vóór de uitspraak werd gewijzigd);
– in twaalf arresten werd(en) de prejudiciële vra(a)g(en) negatief beantwoord;
– in elf arresten werd een schending van het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel vastgesteld.

AFDELING II

BEPERKTE DOORWERKING VAN HET OUDE ERFRECHT BIJ WIJZE VAN OVERGANGSMAATREGEL

71 Artikel 107 eerste lid Afstammingswet bepaalt dat de nieuwe wet van toepassing is op de kinderen die geboren zijn vóór en nog in leven zijn op 6 juni 1987 – *i.e.* het tijdstip waarop de Afstammingswet in werking is getreden – maar "zonder dat daaruit enig recht in de voordien opengevallen erfenissen kan volgen".
Krachtens deze overgangsbepaling blijft het oude erfrecht (art. 756-766 (oud) B.W.) behouden voor de nalatenschappen die zijn opengevallen vóór 6 juni 1987.

Artikel 756 (oud) B.W. luidde: "Natuurlijke kinderen zijn geen erfgenaam; de wet verleent hun slechts dan rechten op de goederen van hun overleden vader of moeder, indien zij wettelijk erkend zijn. Zij verleent hun geen recht op de goederen van de bloedverwanten van hun vader of moeder". Dit artikel werd weliswaar opgeheven door artikel 72 Afstammingswet, maar blijft – zoals gezegd – omwille van artikel 107 eerste lid Afstammingswet doorwerken voor nalatenschappen opengevallen vóór de inwerkingtreding van de Afstammingswet.

72 Het Arbitragehof heeft via twee arresten deze doorwerking van het vroegere erfrecht verder in de tijd beperkt, meer bepaald tot nalatenschappen die zijn opengevallen vóór het Marckx-arrest. Een nalatenschap die op 13 juni 1979 of op een latere datum is opengevallen wordt beheerst door het huidige erfrecht, dat duidelijk gunstiger uitvalt voor buitenhuwelijkse kinderen dan het vroegere recht.

In beide zaken waarover het Arbitragehof heeft geoordeeld werd een totaal gebrek aan erfrecht aangeklaagd. Het eerste arrest (de zaak Verryt) betrof de situatie van een niet-erkend (gewoon) buitenhuwelijks kind; in het tweede arrest (de zaak M'Bayo Wa Mwamba) stond de situatie van een overspelig kind *a patre* ter discussie.

§ 1. Erfrecht van een niet-erkend buitenhuwelijks kind

73 In de eerste zaak vroeg het Hof van Cassatie of artikel 756 (oud) B.W. niet strijdig is met het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel in zoverre die bepaling krachtens artikel 107 Afstammingswet niet-erkende natuurlijke kinderen uit de nalatenschap van hun natuurlijke moeder en haar

bloedverwanten sluit wanneer die nalatenschappen zijn opengevallen achtereenvolgens op 21 juli 1956 en 22 mei 1983, terwijl die uitsluiting sinds de inwerkingtreding van de Afstammingswet niet meer bestaat en kinderen die binnen het huwelijk zijn geboren niet worden uitgesloten uit de nalatenschap van hun ouders en de bloedverwanten van hun ouders (Cass. 2 maart 1990, *Arr. Cass.* 1989-90, 872, *Pas.* 1990, I, 777 en *R.W.* 1990-91, 27).

De feitenconstellatie in deze zaak kan als volgt worden samengevat. Toen een vrouw (Maria Verryt) in 1956 overleed, liet zij een niet-erkende buitenhuwelijkse dochter na (Rosalie Verryt) en een zus die zij als enige en algemene legataris had aangesteld. Deze tante (Elisabeth Verryt) van het buitenhuwelijks kind overleed op haar beurt kinderloos in 1983. In haar testament had zij de wil uitgedrukt dat haar nalatenschap overeenkomstig de wettelijke devolutie zou worden verdeeld. Enkele maanden na dit overlijden dagvaardde de niet-erkende natuurlijke dochter de erfgenamen van haar tante teneinde de verkoop van een onroerend goed te horen nietigverklaren wegens veinzing en teneinde voor recht te horen zeggen dat zij voor 1/6 gerechtigd was in de nalatenschap van haar tante.
De Rechtbank van Eerste Aanleg te Leuven wees in een onuitgegeven vonnis van 24 juni 1986 de vordering tot nietigverklaring van de verkoop als ongegrond af, maar besliste tegelijk wel dat het buitenhuwelijks kind gerechtigd was in de nalatenschap van haar moeder en in die van haar tante. De rechtbank was van oordeel dat er ingevolge de artikelen 8 en 14 E.V.R.M., zoals geïnterpreteerd door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, niet langer een onderscheid mocht worden gemaakt tussen "natuurlijke" en "wettige" kinderen, ook niet wat hun erfrecht betreft. In hoger beroep werd echter niet alleen het eerste, maar ook het tweede onderdeel van de oorspronkelijke vordering afgewezen door het Hof van Beroep te Brussel in een onuitgegeven arrest van 10 juni 1988. Wat het tweede onderdeel betreft, was het hof – conform de te dien tijde vigerende cassatierechtspraak (zie boven, nr. 42) – van oordeel dat artikel 8 E.V.R.M. niet in die mate rechtstreekse werking heeft dat het de Staat zou verplichten het stelsel van de familiebanden zodanig te bepalen, inzonderheid m.b.t. het erfrecht van natuurlijke kinderen, dat een niet-erkende natuurlijke dochter ingevolge artikel 756 (oud) B.W. gerechtigd zou zijn in de nalatenschap van haar moeder en haar tante.
Na een voorziening in cassatie stelde het Hof van Cassatie vast dat op het tijdstip van het openvallen van de nalatenschappen van de moeder en de tante het oude artikel 756 B.W. van kracht was en formuleerde het de hierboven vermelde prejudiciële vraag.

74 Het Arbitragehof merkte in zijn arrest van 4 juli 1991 op dat uit de memorie van toelichting bij het wetsontwerp-VAN ELSLANDE blijkt dat de wetgever tijdens de parlementaire voorbereiding van de Afstammingswet de intentie had een einde te maken aan de erfrechtelijke discriminatie van buitenhuwelijkse kinderen. Bovendien stelde het Arbitragehof vast dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in zijn arrest Marckx van 13 juni 1979 overwoog dat de beperkingen die een erkend natuurlijk kind werden opgelegd met betrekking tot de mogelijkheid om goederen van zijn moeder te verkrijgen en de volledige afwezigheid van enig erfrecht in hoofde van een dergelijk kind ten overstaan van de naaste bloedverwanten van moederszijde een schending van de artikelen 8 *juncto* 14 E.V.R.M. uitmaken. Daarnaast constateerde het Arbitragehof dat de Afstammingswet grotendeels een einde heeft gemaakt aan de bestaande verschillen in behandeling inzake erfrecht tussen kinderen naargelang ze binnen of buiten het huwelijk waren verwekt.
Het voorgaande was voor het Arbitragehof voldoende om te besluiten dat artikel 756 (oud) B.W., dat krachtens artikel 107 Afstammingswet in werking is gebleven, de toenmalige artikelen 6 en 6*bis* (thans art. 10 en 11) van de Grondwet schendt.

Het Arbitragehof was zich terdege bewust van de zeer verregaande gevolgen van dergelijk antwoord, aangezien het zelf niet alleen verwees naar het gezag van een op prejudiciële vraag gewezen arrest voor de verwijzende rechter en de rechtscolleges die in dezelfde zaak uitspraak doen, maar ook allusie maakte op de gevolgen voor de andere rechtscolleges die in een andere feitenconstellatie met hetzelfde juridisch probleem zouden worden geconfronteerd (overweging B.9; zie daaromtrent ook boven, nr. 66).

Omwille van de rechtszekerheid (zie het letterlijk citaat van een gelijkaardige passus uit het Marckx-arrest in overweging B.10) – en wellicht ook het gegeven dat het besef van de strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod slechts geleidelijk is doorgedrongen – achtte het hof het evenwel verantwoord dat de nalatenschappen die zijn opengevallen vóór het arrest Marckx onverlet zouden blijven, niettegenstaande de vaststelling dat artikel 756 (oud) B.W. ongrondwettig is. Het Arbitragehof concludeerde dat dit discriminerend artikel nog kan worden toegepast op vóór 13 juni 1979 opengevallen nalatenschappen, maar niet meer op de nalatenschappen die vanaf die datum zijn opengevallen (Arbitragehof nr. 18/91, 4 juli 1991, *B.S.* 22 augustus 1991, 18144, *J.L.M.B.* 1991, 1102, noot D. PIRE, *T. Not.* 1991, 481, noot K. RIMANQUE, *Rev. trim. dr. fam.* 1993, 387, noot en *R.W.* 1991-92, 364).

RIMANQUE acht de motivering van het Arbitragehof op dit punt zwak: de datum van 13 juni 1979 kon volgens deze auteur slechts zinvol in de beschikking worden ingeschreven, indien de discriminatie met één of meer bepalingen van het E.V.R.M. werd verbonden, wat het Arbitragehof uitdrukkelijk niet gedaan heeft (K. RIMANQUE, noot onder Arbitragehof nr. 18/91, 4 juli 1991), *T. Not.* 1991, (489) 492, nr. 9).

In haar memorie van antwoord voor het Arbitragehof had de niet-erkende buitenhuwelijkse dochter een nog verregaandere retroactiviteit van het nieuwe erfrecht bepleit en betoogd dat er geen reden was om de werking in de tijd van de vaststelling van de schending van de artikelen 6 en 6*bis* (thans art. 10 en 11) van de Grondwet te beperken: het zou in haar optiek hier niet gaan om de toetsing door een internationaal rechtscollege aan een internationaal verdrag waarbij rekening diende te worden gehouden met de evolutie in alle lidstaten van de Raad van Europa, maar om een toetsing door een nationaal rechtscollege aan de Grondwet, op grond van elementen eigen aan de interne rechtsorde (zie overweging A.5.2.; art. 10 (vroeger art. 6) van de Grondwet dateert van 7 februari 1831, art. 11 (vroeger art. 6*bis*) werd ingevoegd bij de Grondwetswijziging van 24 december 1970).
In haar eerste memorie had het buitenhuwelijks kind evenwel ondergeschikt laten gelden dat het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod waren geschonden vanaf 15 februari 1978, tijdstip van het indienen van het wetsontwerp tot hervorming van het afstammingsrecht, of alleszins vanaf 13 juni 1979, datum van het arrest Marckx (vgl. overweging A.2.2).

In deze zaak gaf het Arbitragehof voor de eerste keer in zijn arrest zelf aan welke conclusies de verwijzende rechter uit de beslissing diende te trekken: de niet-discriminerende regel uit de Afstammingswet moest worden toegepast, zelfs op situaties die tussen 13 juni 1979 en 6 juni 1987 *normaliter* beheerst zouden worden door de discriminerende regel, vervat in het vroegere artikel 756 B.W. Het Arbitragehof vermeldde ook duidelijk de reden voor deze verplichte gevolgtrekking: "Zoniet zou de toetsing door het hof zonder nuttig effect blijven" (overweging B.12 *in fine*).

Na dit antwoord op zijn prejudiciële vraag te hebben ontvangen, voegde het Hof van Cassatie zich naar de uitspraak van het Arbitragehof en besliste het dat het bestreden arrest van het Hof van Beroep te Brussel de [toenmalige] artikelen 6 en 6*bis* van de Grondwet schond door aan een natuurlijk kind het recht te ontzeggen aanspraak te maken op de in 1983 opengevallen nalatenschap van de zus van zijn moeder (Cass. 15 mei 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 862, concl. G. D'HOORE, *Pas.* 1992, I, 804 en *R.W.* 1992-93, 325). Concreet betekende dit enerzijds dat de buitenhuwelijkse niet-erkende dochter dezelfde rechten had als een wettige erfgenaam in de nalatenschap van haar tante – die was opengevallen na het Marckx-arrest – en bijgevolg bij plaatsvervulling van deze tante kon erven, maar anderzijds ook dat zij niet kon erven van haar moeder, omdat die nalatenschap al in 1956 – vóór het Marckx-arrest – was opengevallen.

Teneinde ook nog erfrecht te bekomen in de nalatenschap van de overleden moeder, werd een procedure voor de Straatsburgse instanties ingeleid; het verzoek stuitte evenwel op een negatieve beslissing van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens aangaande de ontvankelijkheid (zie boven, nr. 38).

§ 2. Erfrecht van een overspelig kind *a patre*

75 In een tweede zaak vroeg het Hof van Cassatie aan het Arbitragehof of het oude artikel 756 B.W. en artikel 107 Afstammingswet strijdig zijn met het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel in zoverre ze de in overspel verwekte kinderen uitsluiten uit de erfenis van hun vader wanneer die erfenis is opengevallen op 10 januari 1984 (Cass. 18 februari 1993, *Arr. Cass.* 1993, 207 en *Pas.* 1993, I, 192).

De feitelijke omstandigheden kunnen als volgt worden weergegeven. Een man liet op het ogenblik van zijn overlijden in 1984 zes kinderen na: drie kinderen uit zijn huwelijk met een Belgische vrouw, maar ook drie andere kinderen die hij tijdens dit huwelijk had verwekt bij Benita M'Bayo Wa Mwamba, een vrouw met wie hij in toenmalig Zaïre (huidig Congo) een overspelige relatie onderhield.
In het raam van procedures tot vaststelling van de afstamming langs vaderszijde van de drie overspelige kinderen besliste het Hof van Beroep te Luik dat de afstammingsband tussen de vader en de kinderen in toepassing van Zaïrees recht door bezit van staat kon worden vastgesteld (art. 633 Code de la Famille zaïrois). Inzake de erfregeling achtte het hof Belgisch recht toepasselijk. Aangezien op het ogenblik dat de erfenis is opengevallen door de dood van de man in 1984 (art. 718 B.W.) de afstamming van deze kinderen t.a.v. de overledene nog niet vaststond en de Afstammingswet krachtens zijn artikel 107 eerste lid niet toepasselijk is op vóór 6 juni 1987 opengevallen nalatenschappen, besloot het Hof van Beroep te Luik dat de overspelige kinderen geen enkel recht konden laten gelden in de nalatenschap van hun vader. In een *obiter dictum* oordeelde het hof dat artikel 107 eerste lid Afstammingswet de artikelen 8 en 14 E.V.R.M. niet schendt (Luik 29 april 1991, *R.R.D.* 1992, 407, noot J. SOSSON). Daarop stelde de moeder in haar hoedanigheid van wettelijke vertegenwoordigster van de overspelige kinderen een voorziening in cassatie in. Het Hof van Cassatie stelde vast dat overeenkomstig artikel 2 B.W. de erfrechten geregeld worden door de wet die van kracht is op het ogenblik van het openvallen van de erfenis; in 1984 gold nog het oude artikel 756 B.W. Daarom formuleerde het hof de hierboven vermelde prejudiciële vraag.

76 Het Arbitragehof stelde in zijn arrest van 1 december 1993 vast dat het oude artikel 756 B.W. een verschil in behandeling invoert tussen natuurlijke en wettige kinderen inzake erfgerechtigdheid en dat deze bepaling beoogde het op het instituut van het huwelijk gefundeerde gezin te beschermen. Ondanks het feit dat het Arbitragehof zich volgens de bewoordingen van de prejudiciële vraag enkel moest uitspreken over de verenigbaarheid van (het oude) artikel 756 B.W. en artikel 107 Afstammingswet met de artikelen 6 en 6*bis* (thans 10 en 11) van de Grondwet, verwees het hof zelf naar het oude

artikel 762 eerste lid B.W. dat de oude artikelen 757 en 758 B.W. – die aan de natuurlijke kinderen beperkte rechten toekenden op de goederen van hun vader en moeder – niet van toepassing verklaarde op overspelige of incestueuze kinderen en herinnerde het hof aan het feit dat het oude artikel 762 tweede lid B.W. uitdrukkelijk bepaalde dat de wet deze kinderen "niets anders dan levensonderhoud" verleende.

Het Arbitragehof herhaalde dat de wetgever als voornaamste doelstelling voor ogen had een einde te maken aan alle ongelijkheden tussen kinderen, o.m. wat de vaststelling van hun afstamming en de gevolgen ervan betreft, in het bijzonder op het vlak van het erfrecht. In die optiek wijzigde de Afstammingswet artikel 745 B.W. zodanig dat de kinderen die bij een andere vrouw dan de echtgenote van hun vader zijn verwekt, in beginsel dezelfde rechten hebben als de andere kinderen om van hun vader te erven. Op die manier werd de discriminatie die uit artikel 756 (oud) B.W. voortvloeide opgeheven.
Met verwijzingen naar (opnieuw) het arrest Marckx, naar het arrest Vermeire (zie boven, nr. 37) en – specifiek m.b.t. de afwezigheid van erfrechten in hoofde van een overspelig kind – naar het arrest Johnston van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (Hof Mensenrechten, arrest Johnston / Ierland van 18 december 1986, *Publ. Eur. Court. H.R.*, Serie A, nr. 112) overwoog het Arbitragehof dat de wetgever zich heeft willen richten naar de artikelen 8 en 14 E.V.R.M. en oordeelde het hof dat het oude artikel 756 B.W. de toenmalige artikelen 6 en 6*bis* van de Grondwet schendt in zoverre het overspelige kinderen *a patre* uitsluit van de erfopvolging van hun vader.

Toegepast op de betwiste nalatenschap – die in 1984 was opengevallen – meende het Arbitragehof dat niets kan verantwoorden dat de inwerkingtreding van het nieuwe artikel 745 B.W. zou worden uitgesteld tot 6 juni 1987. Het lijkt volgens het hof niet zo te zijn dat de wetgever overdreven afbreuk zou gedaan hebben aan de rechtszekerheid door de nieuwe bepaling een dusdanige retroactiviteit te geven zodat ze van toepassing wordt op een nalatenschap die is opengevallen op 10 januari 1984. Artikel 107 Afstammingswet werd dan ook ongrondwettig bevonden door het oude artikel 756 B.W. bij overgangsmaatregel te handhaven.

Zich andermaal bewust van de verregaande gevolgen van zijn uitspraak, gebruikte het Arbitragehof wederom de rechtszekerheid als argument om – via een identieke motivering als deze die in het arrest van 4 juli 1991 werd gegeven – te besluiten dat het oude artikel 756 B.W. overspelige kinderen *a patre* nog van de erfopvolging van hun vader kan uitsluiten bij nalatenschappen die zijn opengevallen vóór 13 juni 1979, maar niet meer indien de nalatenschap is opengevallen vanaf die datum (Arbitragehof nr. 83/93, 1 december 1993, *B.S.* 2 maart 1994, 5184).

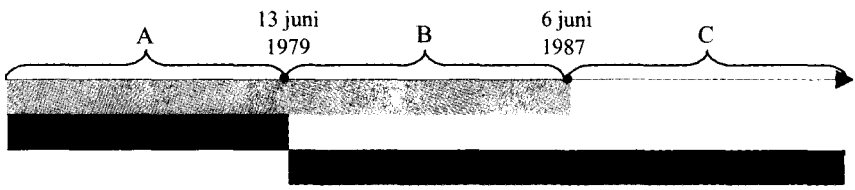
Het Hof van Cassatie voegde zich naar de uitspraak van het Arbitragehof door te oordelen dat het bestreden arrest van het Hof van Beroep te Luik de [toenmalige] artikelen 6 en 6*bis* van de Grondwet schendt in zoverre het besliste dat overspelige kinderen *a patre* geen aanspraak kunnen maken op de nalatenschap van hun vader die op 10 januari 1984 is opengevallen (Cass. 19 mei

1994, *Arr. Cass.* 1994, 500 en *Pas.* 1994, I, 486, *A.J.T.* 1994-95, 187, noot P. HOFSTRÖSSLER en *R.W.* 1994-95, 893). Concreet betekende dit dat de overpelige kinderen van wie de afstamming t.a.v. de vader is vastgesteld ook erfgerechtigd zijn in de nalatenschap van hun vader.

§ 3. Synthese

77 Via de positionering van de datum waarop de nalatenschap is opengevallen in één van de drie periodes (A, B of C), aangeduid op onderstaande tijdsas, wordt duidelijk aan welk erfrechtelijk regime buitenhuwelijkse kinderen zijn onderworpen.

Figuur 2



Doorwerking van het oude discriminatoire erfrecht (art. 756-766 (oud) B.W.) via art. 107 Afstammingswet:

strikt wettelijk (A+B)

na de beperkende correctie door het Arbitragehof (enkel A)

Conclusie:

geoorloofde toepassing van het door de Afstammingswet ingevoerde erfrecht (B+C)

A. DE NALATENSCHAP IS OPENGEVALLEN VÓÓR 13 JUNI 1979

78 Voor nalatenschappen die zijn opengevallen vooraleer het Marckx-arrest door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens werd uitgesproken, dient artikel 107 Afstammingswet onverkort te worden toegepast, hetgeen impliceert dat de oude artikelen 756-766 B.W. hun geldingskracht blijven behouden. Het oude erfrecht dat buitenhuwelijkse kinderen discrimineerde dient te worden toegepast.

B. DE NALATENSCHAP IS OPENGEVALLEN IN DE PERIODE VANAF 13 JUNI 1979, MAAR VÓÓR 6 JUNI 1987

79 Wanneer de nalatenschap in deze periode is opengevallen, moet rekening worden gehouden met de rechtspraak van het Arbitragehof. Op basis van de arresten nr. 18/91 van 4 juli 1991 en nr. 83/93 van 1 december 1993 kan het

nieuwe niet-discriminatoire erfrecht worden toegepast, hoewel strikt wettelijk het oude discriminerende erfrecht via de overgangsbepaling uit artikel 107 Afstammingswet zou moeten spelen voor alle nalatenschappen die zijn opengevallen vóór de inwerkingtreding van de Afstammingswet.

De rechter die zich niet wenst te voegen naar deze oplossing van het Arbitragehof – en wil volharden in de toepassing van het oude erfrecht – is verplicht een nieuwe prejudiciële vraag te stellen (zie boven, nr. 66). Gelet op de duidelijke positie die het Arbitragehof in beide genoemde arresten heeft ingenomen en de uiterst geringe kans dat het hof i.v.m. deze problematiek van mening zou veranderen, doen de hoven en rechtbanken er goed aan om de leer van het Arbitragehof toe te passen, hetgeen impliceert dat zij het oude erfrecht terzijde moeten schuiven. Het stellen van een nieuwe prejudiciële vraag met hetzelfde onderwerp lijkt vanuit proceseconomisch oogpunt onverantwoord.

C. DE NALATENSCHAP IS OPENGEVALLEN NA 6 JUNI 1987

80 De overgangsbepaling uit artikel 107 Afstammingswet speelt uiteraard niet indien de nalatenschap na de inwerkingtreding van de Afstammingswet is opengevallen. De oude discriminatoire artikelen 756-766 B.W. werden met ingang van 6 juni 1987 opgeheven (door art. 72 Afstammingswet). Indien de nalatenschap na die datum is opengevallen, vindt het nieuwe erfrecht toepassing.

TITEL V

NAAR EEN GLOBALE HERVORMING VAN HET AFSTAMMINGSRECHT

81 Het vigerende afstammingsrecht verschilt bijzonder weinig van datgene dat door de Afstammingswet van 31 maart 1987 is ingevoerd. Het is verwonderlijk dat deze materie niet substantieel is gewijzigd, nadat verschillende bepalingen uit het geldende recht in het afgelopen decennium door het Arbitragehof ongrondwettig werden verklaard. Tot nog toe zijn alle discriminatoir bevonden bepalingen evenwel in onaangepaste vorm deel blijven uitmaken van het Burgerlijk Wetboek.

82 In de komende jaren zal het Belgisch afstammingsrecht ongetwijfeld worden hervormd. Begin 2000 nam prof. Nathalie MASSAGER, verbonden aan de "Unité de droit familial" van de U.L.B. het initiatief om een interuniversitaire werkgroep samen te stellen die tot doel had het afstammingsrecht in overeenstemming te brengen met de rechtspraak van het Arbitragehof. De resultaten van deze werkgroep zijn vertaald in een wetsvoorstel.

Dit wetsvoorstel werd op 1 april 2003 ingediend in de Kamer (Wetsvoorstel-GIET en LALIEUX tot wijziging van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het vaststellen van de afstamming en de gevolgen ervan, *Parl. St.* Kamer 2002-03, nr. 2415/001) en op 9 april 2003 ook aan de Senaat voorgelegd (Wetsvoorstel-LALOY tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek teneinde het afstammingsrecht in overeenstemming te brengen met de principes van gelijkheid en non-discriminatie, *Parl. St.* Senaat 2002-03, nr. 2-1599). In de nieuwe legislatuur werd het in de Senaat op 8 juli 2003 hernomen (Wetsvoorstel-LALOY en MAHOUX tot wijziging van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het vaststellen van de afstamming en de gevolgen ervan, *Parl. St.* Senaat B.Z. 2003, nr. 3-29/1) en op 17 december 2003 in geactualiseerde vorm voorgelegd aan de Kamer (Wetsvoorstel-GIET, LALIEUX, DÉOM, PERPÈTE en SAUDOYER tot wijziging van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het vaststellen van de afstamming en de gevolgen ervan, *Parl. St.* Kamer 2003-04, nr. 0597/001).

83 De draagwijdte van de hervorming die uiteindelijk zal worden doorgevoerd is nog onzeker.

In een minimalistische benadering wordt het geldende recht in overeenstemming gebracht met het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel en worden enkel de bepalingen die door het Arbitragehof – zowel expliciet als impliciet – ongrondwettig zijn bevonden, aangepast.

Ons inziens is echter een maximalistische benadering noodzakelijk, die – naast de wegwerking van de door het Arbitragehof vastgestelde discriminaties – leidt tot een globale hervorming van het recht inzake de vaststelling en de betwisting van de afstamming.
Dit werk zal illustreren dat het geldende afstammingsrecht (te) complex is en nood heeft aan vereenvoudiging.

84 Een globale hervorming van het afstammingsrecht zou in essentie twee totaal verschillende richtingen kunnen uitgaan.
– Vooreerst zou men kunnen opteren voor een verdere verfijning van het begrippenkader dat verband houdt met de socio-affectieve werkelijkheid (o.m. bezit van staat en belang van het kind). Deze werkwijze dreigt het recht nog meer te compliceren.

– Een tweede werkwijze bestaat erin de vaststelling en de betwisting van een juridische afstammingsband enkel en alleen te enten op de biologische werkelijkheid, met uitsluiting van alle vage en multi-interpretabele noties zoals het bezit van staat en het belang van het kind. Een aanzet voor een hervorming in deze zin is reeds gesuggereerd (zie J. GERLO "Ons afstammingsrecht moet (meer) aansluiten bij biologische afstamming. Bedenkingen rond afstamming, adoptie en ouderlijk gezag", in W. DEBEUCKELAERE, J. MEEUSEN en H. WILLEKENS (ed.), *Met rede ontleed. De rede ontkleed. Opstellen aangeboden aan Fons Heyvaert,* Gent, Mys & Breesch, 2002, 101-115).

DEEL II

VASTSTELLING VAN DE AFSTAMMING

INLEIDING

85 Sinds de inwerkingtreding van de Afstammingswet van 31 maart 1987 gaat het Burgerlijk Wetboek niet meer uit van de vroegere onderverdeling in wettige en natuurlijke afstamming, maar van het onvermijdelijke onderscheid tussen de afstamming van moederszijde en deze van vaderszijde, dat gebaseerd is op de natuurwet: menselijke voortplanting is principieel onmogelijk zonder (gameten van) twee personen van verschillend geslacht. Enige uitzondering op dit principe vormt het reproductief menselijk kloneren, wat evenwel verboden is (zie verder, nr. 1330 e.v.). Het onderscheid tussen de afstamming van moederszijde en de afstamming van vaderszijde wordt dan ook weerspiegeld in dit deel van de verhandeling (zie resp. Titel I en Titel II).

De biologische gegevens omtrent moederschap en vaderschap verschillen sterk: waar op het ogenblik van de geboorte van een kind de vrouw die van het kind bevalt als moeder kan worden aangewezen, kan de man die het kind verwekt heeft niet worden bepaald.

86 Inzake de vaststelling van de afstamming van moederszijde kent het huidige recht een eenheidsregeling geldend voor alle kinderen, geboren binnen of buiten het huwelijk.

Inzake de vaststelling van de afstamming van vaderszijde geldt een verschillende regeling naargelang het kind uit een gehuwde dan wel uit een ongehuwde vrouw is geboren.
Titel II van dit deel bestaat dan ook uit twee hoofdstukken: de afstamming van vaderszijde binnen het huwelijk (hoofdstuk I) en de afstamming van vaderszijde buiten het huwelijk (hoofdstuk II) worden afzonderlijk besproken.

87 Bij een niet te verwaarlozen aantal kinderen is de afstamming enkel vastgesteld t.a.v. één ouder, in de overgrote meerderheid van de gevallen de moeder. Hoeveel kinderen enkel en alleen een afstammingsband langs moederszijde (of uitsluitend een afstammingsband langs vaderszijde) hebben, kan onmogelijk in exacte cijfers worden bepaald.

De informatie i.v.m. afstamming behoort immers niet tot de gegevens die overeenkomstig artikel 3 eerste lid van de Wet van 8 augustus 1983 tot regeling van een Rijksregister van de natuurlijke personen (hierna afgekort: Rijksregisterwet) worden bewaard en bijgewerkt in een informatiebestand. Artikel 3 derde lid Rijksregisterwet bepaalt dat andere informatie in het Rijksregister kan worden opgenomen op verzoek van een gemeentebestuur en dat deze slechts mag worden meegedeeld aan de overheid die ze verstrekt heeft. De afstamming maakt deel uit van deze facultatieve informatiegegevens die, op verzoek van de gemeenten, beheerd worden door het Rijksregister. Het meedelen van deze gegevens – zelfs onder de vorm van een statistiek – is dus enkel toegelaten voor de betrokken gemeenten (antwoord van de Minister van Binnenlandse Zaken, *Vr. en Antw.* Kamer 2001-02, 18 juni 2002, 15669 (Vr. nr. 401 GENOT d.d. 1 augustus 2001)).

TITEL I

VASTSTELLING VAN DE AFSTAMMING LANGS MOEDERSZIJDE

ALGEMEEN: DRIE VASTSTELLINGSWIJZEN

88 Er zijn drie verschillende wijzen waarop de afstamming langs moederszijde kan worden vastgesteld. Zij dienen opeenvolgend, de ene bij gebreke van de andere, te worden aangewend; tussen de drie mogelijke vaststellingswijzen geldt een strikte hiërarchische orde.

Sinds de inwerkingtreding van de Afstammingswet wordt de afstamming langs moederszijde bijna in alle gevallen vastgesteld via artikel 312 § 1 B.W., nu de vermelding van de naam van de moeder in de geboorteakte wettelijk verplicht is. Slechts uitzonderlijk zal een vrouw haar kind erkennen (art. 313 B.W.); de gerechtelijke vaststelling van het moederschap (art. 314 B.W.) komt uiterst zelden voor.

Er bestaat een fundamenteel onderscheid tussen de erkenning door een vrouw en de gerechtelijke vaststelling van het moederschap, dat steeds voor ogen dient te worden gehouden.
– De erkenning is een wijze van vaststelling van de afstamming die vrijwilligheid impliceert. Een erkenning gebeurt uit vrije wil; ze veronderstelt de bereidwillige medewerking van de vrouw wiens afstamming men wenst vast te stellen. Deze erkenning vindt plaats buiten de rechtbank om.
– De gerechtelijke vaststelling van het moederschap gebeurt daarentegen gedwongen. Steeds zal de rechtbank moeten worden gevat teneinde in een vonnis de afstammingsband tussen het kind en zijn vermeende moeder vast te stellen. De gerechtelijke vaststelling van het moederschap gebeurt principieel tegen de wil in van de vrouw wiens afstamming moet worden vastgesteld, nl. in gevallen dat de vermeende moeder niet wil overgaan tot erkenning. Slechts in uitzonderlijke gevallen zal een vrouw vrijwillig overgaan tot gerechtelijke vaststelling van haar eigen moederschap.

PLAN

89 Hierna worden de drie wijzen van vaststelling van de afstamming van moederszijde achtereenvolgens besproken: de vermelding van de naam van de moeder in de geboorteakte (hoofdstuk I), de erkenning door een vrouw (hoofdstuk II) en de vordering tot onderzoek naar het moederschap (hoofdstuk III).

90 Uiterst belangrijk is het gegeven dat bijzondere regels van toepassing zijn indien een overspelige vrouw een kind erkent of de gerechtelijke vaststelling van het moederschap betrekking heeft op een kind waarvan de moeder overspelig is geweest.

Deze bijzondere regels i.v.m. de overspelige afstamming langs moederszijde worden omwille van de beoogde overzichtelijkheid van het geheel in een afzonderlijk hoofdstuk (hoofdstuk IV) behandeld. De lezer moet er zich echter van bewust zijn dat zij moeten worden samengelezen met de algemene regels inzake erkenning door een vrouw of de gerechtelijke vaststelling van het moederschap.
Ook wanneer bij wijze van uitzondering de afstamming van een in bloedschande verwekt kind kan worden vastgesteld (zie hoofdstuk V), moeten de algemene regels inzake erkenning of gerechtelijke vaststelling van het moederschap worden toegepast.

HOOFDSTUK I

VERMELDING VAN DE NAAM VAN DE MOEDER IN DE GEBOORTEAKTE

AFDELING I

MATER SEMPER CERTA EST

§ 1. De vaststaande afstamming langs moederszijde

A. VERPLICHTING TOT VERMELDING VAN DE NAAM VAN DE MOEDER IN DE GEBOORTEAKTE

91 Het kind heeft als moeder de persoon die als zodanig in de akte van geboorte is vermeld (art. 312 § 1 B.W.). Deze regel is de wettelijke bevestiging van het adagium *Mater semper certa est (etiam si vulgo conceperit)*, letterlijk vertaald: "De moeder is altijd zeker (ook al is zij door het gewone volk bezwangerd)", aangezien haar naam in de geboorteakte moet worden vermeld. De afstamming langs moederszijde komt op die manier vast te staan.

Het beginsel van de vaststaande afstamming langs moederszijde wordt gehuldigd in artikel 2 van het Verdrag van Straatsburg betreffende het juridisch statuut van buiten het huwelijk geboren kinderen, dat gesloten werd binnen de Raad van Europa op 15 oktober 1975 (maar door België niet werd ondertekend), in het arrest Marckx en in de meeste Europese landen. Het is ook terug te vinden in artikel 1 van de Overeenkomst betreffende de vaststelling van de familierechtelijke betrekking tussen het onwettig kind en zijn moeder, gesloten te Brussel op 12 september 1962, die door België wel werd ondertekend, maar niet is geratificeerd.

92 Artikel 312 § 1 B.W. is een regel inzake afstamming die op zichzelf geen verplichting inhoudt om de naam van de moeder in de geboorteakte te vermelden. Deze bepaling moet echter worden gelezen in combinatie met artikel 57, 2° B.W. inzake burgerlijke stand, waaruit blijkt dat de geboorteakte o.m. de naam van de moeder moet vermelden; de naam van de vader wordt alleen vermeld zo de afstamming langs vaderszijde vaststaat.

Het is opmerkelijk dat in Frankrijk, vanuit eenzelfde wetsbepaling (vgl. art. 57 B.W. met art. 57 C.c.) een andere keuze werd gemaakt; in Frankrijk laat de wet uitdrukkelijk toe dat de naam van de moeder niet in de geboorteakte wordt vermeld: "Lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé" (art. 341-1 C.c.) (zie voor een overzicht van de Franse en Belgische benadering van het recht anoniem te bevallen: C. VAN DER LINDEN, "Le droit à l'oubli et l'accouchement 'sous X'", *R.I.E.J.* 2000, afl. 45, 127-165; zie ook M. DEMARET, "L'accouchement sous X en France: perspectives d'avenir", *Act. dr.* 2002, 500-504).

93 Er wordt wettelijk vermoed dat de vrouw die in de geboorteakte als moeder wordt vermeld, bevallen is van het kind van wie de geboorteakte de identiteitsgegevens vermeldt (art. 57, 1° B.W.). Dit vermoeden is vatbaar voor tegenbewijs via een betwisting van de afstamming van moederszijde (zie verder, nr. 778 e.v.).

De eigenlijke grondslag voor de vestiging van de afstamming langs moederszijde is dus de bevalling.

Dit beginsel is ook duidelijk verwoord in het "Witboek" CJ-FA (2002): "La femme qui donne naissance à l'enfant est considérée comme sa mère" (principe 1).

Strikt genomen is voor de vaststelling van de afstamming van moederszijde, naast de geboorteakte met aanduiding van de naam van de moeder, nog een ander bestanddeel vereist, nl. de overeenstemming tussen de persoon om wiens afstamming het gaat, met het kind van wie de vrouw blijkens de geboorteakte bevallen is (P. SENAEVE, *Compendium*, 301, nr. 742).
Het bewijs dat een kind identiek is aan datgene waarvan de geboorte door een regelmatige akte van de burgerlijke stand werd vastgesteld vormt het bewijs van een materieel feit en mag door alle rechtsmiddelen worden geleverd, met inbegrip van getuigen en vermoedens (Cass. 31 maart 1955, *Arr. Cass.* 1955, 657 en *Pas.* 1955, I, 850, noot).

B. OPMAAK VAN EEN GEBOORTEAKTE VOOR EEN LEVEND GEBOREN KIND

1. Wettelijke regeling

94 De opmaak van de geboorteakte wordt voorafgegaan door een dubbele formaliteit: de kennisgeving en de aangifte van de geboorte aan de ambtenaar van de burgerlijke stand (art. 55-56 B.W.).

De kennisgeving van de geboorte is een administratieve verplichting die uiterlijk de eerste werkdag na de bevalling moet geschieden en die erop gericht is de ambtenaar van de burgerlijke stand in staat te stellen onmiddellijk na de geboorte een dokter of een vroedvrouw te sturen om zich van de geboorte te vergewissen. Wanneer een vrouw bevalt in een verpleeginrichting, rust de plicht tot kennisgeving op de persoon die er de leiding van uitoefent of zijn afgevaardigde (art. 56 § 1 eerste lid B.W.); in de andere gevallen rust deze plicht op de geneesheer of, bij ontstentenis, op de vroedvrouw of, bij ontstentenis, op de andere personen die bij de bevalling tegenwoordig zijn geweest of bij wie de bevalling heeft plaatsgehad (art. 56 § 2 tweede lid B.W.).

Binnen vijftien dagen na de bevalling moet de aangifte van de geboorte worden gedaan (art. 55 B.W.), in eerste instantie door de vader of de moeder, of door beide ouders samen. Indien geen van beide ouders de geboorte aangeeft, zijn andere personen tot aangifte verplicht, volgens dezelfde systematiek als de kennisgeving van de geboorte (art. 56 § 1 eerste lid en § 2 eerste lid B.W.). Indien binnen de vijftien dagen na de bevalling niemand aangifte heeft gedaan van de geboorte is de ambtenaar verplicht om dit, binnen de drie werkdagen, te melden aan degene die hem van de bevalling kennis heeft gegeven; deze persoon is dan verplicht om binnen de drie dagen na de ontvangst van de mededeling aangifte van de geboorte te doen (art. 55 § 3 B.W.). De naam, voornamen en de woonplaats van de aangever worden in de geboorteakte van het kind vermeld (art. 57, 3° B.W.).

De niet-naleving van de kennisgevings- of aangifteverplichting is een misdrijf (zie art. 361 Sw.).

95 Alvorens hij de geboorteakte opstelt, dient de ambtenaar van de burgerlijke stand zich te vergewissen van de geboorte. Luidens artikel 56 § 4 B.W. gebeurt dit aan de hand van een verklaring van een door hem toegelaten geneesheer of gediplomeerde vroedvrouw of, indien zulks niet mogelijk is,

door zich persoonlijk naar het pasgeboren kind te begeven. Vervolgens wordt de geboorteakte zonder vertraging opgemaakt (art. 56 § 5 B.W.).

In de praktijk wordt de geboorteakte in de regel opgemaakt aan de hand van een geneeskundig attest waaruit blijkt dat het kind levend geboren is; het is zeer ongebruikelijk dat de ambtenaar van de burgerlijke stand zich persoonlijk naar het kind begeeft (A. DE WOLF, "De rechtspositie van het doodgeboren kind en zijn ouder(s)", *R.W.* 1998-99, (209) 209, nr. 2).

2. *Lacune in de wetgeving i.v.m. niet levensvatbaar geboren kinderen*

96 De vraag rijst of een geboorteakte kan/moet worden opgemaakt indien het kind waarvan de geboorte wordt aangegeven levend is geboren, maar niet levensvatbaar blijkt.

Het begrip "levensvatbaarheid" is in het Burgerlijk Wetboek niet nader omschreven en werd ook niet toegelicht in de voorbereidende werken van de Afstammingswet. De notie van het "levensvatbaar geboren" kind is echter terug te vinden in één afstammingsbepaling en in twee bepalingen i.v.m. het erfrecht.

Rechtsvorderingen m.b.t. de afstamming zijn niet ontvankelijk indien het kind niet levensvatbaar geboren is (art. 331*bis* B.W.).
Om te erven moet men bestaan op het ogenblik dat de erfenis openvalt. Derhalve zijn onbekwaam om te erven: hij die nog niet verwekt is (1°); het kind dat niet levensvatbaar is geboren (2°) (art. 725 B.W.).
Om bij schenking onder de levenden te kunnen verkrijgen, is het voldoende dat men verwekt was op het ogenblik van de schenking. Om bij testament te kunnen verkrijgen, is het voldoende dat men verwekt was op het ogenblik van de dood van de erflater. Niettemin zal de schenking of het testament slechts gevolg hebben indien het kind levensvatbaar wordt geboren (art. 906 B.W.).

Deze wetgeving inzake erfenissen, schenkingen en testamenten is de basis voor de theorie i.v.m. de juridische persoonlijkheid of het juridisch "bestaan" (zie art. 725 B.W.). Aangenomen wordt immers dat de persoonlijkheid van de mens aanvangt met de geboorte, niet met de verwekking. Het materiële feit van de geboorte creëert echter nog geen persoonlijkheid. Om juridische persoonlijkheid te bekomen moet een kind levend en levensvatbaar worden geboren. Wezens die in de absolute onmogelijkheid zijn te overleven (bv. bij extreme vroeggeboorte) worden geacht nooit juridische persoonlijkheid te hebben gehad, ook al zijn ze levend geboren (vgl. art. 331*bis* B.W., dat de uiting is van een algemene regel, afgeleid uit art. 725 en 906 B.W.) (P. SENAEVE, *Compendium van het Personen- en Familierecht*, Leuven/Leusden, Acco, 2000, 53, nr. 34).

In toepassing van deze theorie i.v.m. de juridische persoonlijkheid zal een niet levensvatbaar geboren kind volgens sommige auteurs geen afstammingsband kunnen verkrijgen, ook niet door de toepassing van het adagium *Infans conceptus (of: Nasciturus) pro jam nato habetur, quoties de commodo eius agitur* ("een verwekt kind (of: wie zal geboren worden) wordt als geboren beschouwd, telkens dit in zijn belang is") aangezien de toepasselijkheid van dit adagium geconditioneerd is door de geboorte als levensvatbaar kind (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 331*bis* B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 1, nr. 1).

Moet uit de theorie dat een niet levensvatbaar geboren kind geen juridische persoonlijkheid kan verwerven worden afgeleid dat het ook geen afstammingsband kan verkrijgen en impliciet dus ook dat er geen geboorteakte mag worden opgemaakt? Het vraagstuk naar de mogelijke opmaak van een geboorteakte voor een kind waarvoor twijfels omtrent de levensvatbaarheid bestaan en de daarmee gepaard gaande afstammingsband(en) is niet louter academisch; het praktisch belang betreft de patrimoniale gevolgen van de vaststelling van de afstamming.

Een verwekt kind kan begunstigde zijn van een schenking, kan testamentair worden begiftigd en kan ook erven via de wettelijke devolutie. Wanneer zijn afstamming komt vast te staan door de vermelding van de naam van de moeder in de geboorteakte en het kind overlijdt nadien, dan zal het erven indien het levensvatbaar wordt geboren en zal zijn nalatenschap na zijn overlijden worden verdeeld tussen zijn ouders en eventuele broers of zussen. Werd geen afstammingsband vastgesteld of werd het kind niet levensvatbaar geboren, dan is het kind niet erfgerechtigd en blijft de schenking of het testament zonder gevolg.

Of een kind al dan niet (levend en) levensvatbaar wordt geboren, vereist een beoordeling die geen verband houdt met het recht, maar dient te gebeuren met behulp van de medische wetenschap.

De opvatting van sommige juristen dat de levensvatbaarheid kan worden gekoppeld aan de wettelijke minimumduur van de zwangerschap – nl. 180 dagen, zie artikel 326 B.W. – (Ph. SALVAGE, "La viabilité de l'enfant nouveau-né", *Rev. trim. dr. civ.* 1976, (725) 732 , nr. 10) is achterhaald, gelet op de verworvenheden van de hedendaagse geneeskunde. Vandaag de dag is het perfect mogelijk dat een kind van minder dan zes maanden oud levend wordt geboren en in normale omstandigheden kan opgroeien.

97 Indien een kind levend wordt geboren na een zwangerschap die minder dan 180 dagen heeft geduurd moet een geboorteakte worden opgemaakt (M.-F. LAMPE, ,"À propos du deuil périnatal. La norme à l'écoute de son modèle. Du droit des personnes au droit de la famille", *Rev. trim. dr. fam.* 1990, (199) 213, nr. 18).

98 Uit de bepalingen i.v.m. de opmaak van de geboorteakte kan enkel worden afgeleid dat het kind levend moet geboren zijn. Voor de opmaak van een geboorteakte kan ons inziens dan ook niet worden vereist dat het levend geboren kind ook levensvatbaar wordt bevonden. Als het levend werd geboren, maar zou overlijden vooraleer de geboorteakte werd opgemaakt en een arts zou attesteren dat het niet levensvatbaar was, dan moet ons inziens toch een geboorteakte worden opgemaakt.

Indien men daarentegen aanvaardt dat het vestigen van een afstammingsband op zich noch rechten, noch plichten met zich meebrengt voor levenloos geboren of overleden kinderen, is het hebben van juridische persoonlijkheid voor het vestigen van een afstammingsband niet relevant (in die zin: C. CASTELEIN, "De naam van het perinataal overleden kind", *NjW* 2002, (408) 413, nr. 22, waarin wordt verwezen naar art. 328 B.W.). Deze redenering kan echter niet overtuigen. De vestiging van een afstammingsband heeft rechten en plichten tot gevolg. Artikel 328 tweede lid B.W. laat weliswaar de erkenning van een overleden kind toe, maar slechts op voorwaarde dat het afstammelingen heeft nagelaten; een persoon die afstammelingen heeft nagelaten is evident levensvatbaar geboren (geweest).

§ 2. Geen afstammingsband voor doodgeboren kinderen

99 Voor een levenloos geboren kind kan geen geboorteakte worden opgesteld; het zal evenmin een afstammingsband verkrijgen met de vrouw die het heeft gebaard.

Een omzendbrief uit de negentiende eeuw betreffende bevolkingsstatistiek en doodgeborenen omschrijft een doodgeboren kind als volgt: "On considéra comme mort-né l'enfant sorti sans vie du sein de la mère après le cent quatre-vingtième jour (sixième mois) de la gestation" (Omz. nr. 139 d.d. 13 december 1848 van de Minister van Binnenlandse Zaken betreffende de bevolkingsstatistiek en doodgeborenen, *Bulletin du Ministère de l'Interieur* 1848, (592) 593). Met een doodgeboren kind wordt gelijkgesteld een kind waarvan de geboorte niet werd geregistreerd en dat levenloos werd vertoond aan de ambtenaar van de burgerlijke stand. Onder een doodgeboren kind moet dus niet alleen worden verstaan een kind dat levenloos uit de moederschoot is gekomen, maar ook een kind dat geleefd heeft, maar overleden is vooraleer het aan de ambtenaar van de burgerlijke stand werd vertoond (Omz. nr. 17 d.d. 16 april 1890 van de Minister van Binnenlandse Zaken betreffende de speciale statistiek van doodgeborenen, *Bulletin du Ministère de l'Interieur* 1890, (155) 155-156). In 1804 bedroeg de termijn voor de aangifte van de geboorte aan de plaatselijke ambtenaar van de burgerlijke stand drie dagen na de bevalling (art. 55 (oud) B.W.); sinds de Wet van 30 maart 1984 is dit vijftien dagen.

100 Een verschillend regime geldt al naargelang het levenloos kind ter wereld is gekomen meer of minder dan 180 dagen (zes maanden) na de verwekking.

– Wanneer een kind van meer dan 180 dagen oud is overleden op het ogenblik van de vaststelling van de geboorte door de ambtenaar van de burgerlijke stand of de door hem toegelaten geneesheer of gediplomeerde vroedvrouw, maakt de ambtenaar van de burgerlijke stand een akte van aangifte van een levenloos kind op die, op haar dagtekening, wordt ingeschreven in het register van de akten van overlijden (art. 80*bis* B.W.).

Al van oudsher is het zo dat levenloos aan de ambtenaar van de burgerlijke stand vertoonde kinderen steeds in het overlijdensregister worden ingeschreven, nooit in het geboorteregister (Omz. nr. 17 d.d. 16 april 1890 van de Minister van Binnenlandse Zaken betreffende de speciale statistiek van doodgeborenen, *Bulletin du Ministère de l'Interieur* 1890, (155) 155).

Een ministeriële omzendbrief verduidelijkte dat deze akte van aangifte van een levenloos kind slechts wordt opgemaakt indien de geboorte heeft plaatsgevonden meer dan zes maanden na de verwekking (Omz. 10 juni 1999 betreffende de invoeging van een art. 80*bis* in het Burgerlijk Wetboek aangaande de akte van aangifte van een levenloos kind, *B.S.* 1 juli 1999, (24911) 24912).

Concreet wordt de akte van aangifte van een levenloos kind dus opgemaakt indien een kind van meer dan zes maanden oud dood is geboren (*i.e.* nooit heeft geleefd buiten de moederschoot) of is overleden vóór een door de ambtenaar van de burgerlijke stand toegelaten geneesheer of vroedvrouw de verklaring (van geboorte) bedoeld in artikel 56 § 4 B.W. heeft opgemaakt. Bepalend is dus het tijdstip waarop het kind onderzocht is door de geneesheer of vroedvrouw, niet het tijdstip van het opstellen van de akte (P. SENAEVE, *Compendium*, 100, nr. 171).

De opmaak van de akte van aangifte van een levenloos kind impliceert geenszins dat het overleden kind daardoor een afstammingsband verkrijgt. Ook al bepaalt artikel 80*bis* tweede lid, 2° B.W. dat het geboortejaar, de geboortedag en -plaats, de naam, voornamen en de woonplaats van de "moeder" en de "vader" in de akte worden vermeld, deze begrippen hebben een louter feitelijke connotatie en geen juridische betekenis, precies omdat het kind waarvoor de akte wordt opgemaakt geen juridische persoonlijkheid heeft.

Een vrouw die toch een afstammingsband met het overleden kind dat zij gebaard heeft wil laten vaststellen, zou het kunnen erkennen, niet alleen via een afzonderlijke erkenningsakte voor de ambtenaar van de burgerlijke stand of de notaris, maar ook in de akte van aangifte van het overleden kind zelf. De in artikel 80*bis* B.W. bedoelde akte is immers ook een authentieke akte in de zin van artikel 327 B.W. Het gaat echter om een puur theoretische mogelijkheid aangezien de erkenning van een overleden kind luidens artikel 328 tweede lid B.W. enkel mogelijk is indien het kind zelf afstammelingen heeft nagelaten, wat evident niet zo zal zijn indien het dood werd geboren.

– Indien een dode foetus de moederschoot verlaat na een zwangerschap die geen 180 dagen heeft geduurd – bv. na een spontane of opgewekte abortus – dient geen enkele aangifte te worden gedaan en mag er zelfs geen enkele akte van de burgerlijke stand worden opgesteld (C. CASTELEIN, "De naam van het perinataal overleden kind", *NjW* 2002, (408) 410, nr. 10; P. SENAEVE, *Compendium*, 101, nr. 172).

Dit principe is reeds terug te vinden in de Omzendbrief nr. 139 d.d. 13 december 1848 van de Minister van Binnenlandse Zaken betreffende de bevolkingsstatistiek en doodgeborenen, *Bulletin du Ministère de l'Interieur* 1848, (592) 593: "(...) les fœtus de moins de six mois, n'étant pas considérés comme morts-nés, ne pourront plus désormais être portés sur les registres de l'état civil". Ook luidens een latere omzendbrief mogen de bepalingen betreffende de burgerlijke stand niet worden toegepast op foetussen van minder dan zes maanden: "(...) les dispositions relatives à l'état civil, doivent rester étrangères aux fœtus de moins de six mois". Hoewel de uitvoering van artikel 77 B.W. betreffende de toestemming tot begraving niet verplichtend kan worden geëist, vereisen politie- en openbare-gezondheidsredenen dat de toestemming tot begraving niet geweigerd wordt door de lokale overheid op vertoon van de te begraven foetus wanneer zo'n toestemming gevraagd wordt (Omz. nr. 42 d.d. 22 maart 1849 van de Minister van Binnenlandse Zaken betreffende de begraving van doodgeborenen, *Bulletin du Ministère de l'Interieur* 1849, 135). De toepasselijkheid van deze negentiende-eeuwse regelgeving werd herbevestigd in 1991 (zie Omz. 9 september 1991 betreffende de begraving van foetussen van minder dan zes maanden, *B.S.* 25 september 1991, (21111) 21111, waarin deze onderrichtingen werden geactualiseerd: begraving op een voorbehouden perceel is mogelijk, evenals crematie).

§ 3. Anonieme bevalling

101 Een anonieme bevalling kan worden omschreven als een bevalling onder een wettelijk regime dat de vrouw toestaat om n.a.v. de bevalling haar identiteit niet bekend te maken, noch aan de instelling die haar heeft opgenomen om te bevallen, noch aan de personen die haar bijstaan en verzorgen. In dergelijk geval wordt een geboorteakte van het betrokken kind opgesteld zonder vermelding van de naam van de moeder, maar bv. met de vermelding X. Het kind van de onbekende moeder wordt dikwijls toevertrouwd aan een sociaal organisme met het oog op adoptie.

A. MOGELIJKHEDEN IN HET BUITENLAND – VERBOD IN BELGIË

102 De mogelijkheid om anoniem te bevallen bestaat in verschillende Europese landen, maar niet in België.

Onder de zestien lidstaten die de Internationale Commissie voor de Burgerlijke Stand (C.I.E.C.) eind december 2003 telde, kunnen twee groepen worden onderscheiden. Een kleine groep van drie landen, nl. Frankrijk, Luxemburg en Italië, aanvaardt het beginsel van de vaststaande afstamming langs moederszijde (nog) niet. In een grote groep van dertien landen (België, Nederland, Duitsland, het Verenigd Koninkrijk, Oostenrijk, Polen, Zwitserland, Kroatië, Griekenland, Hongarije, Spanje, Portugal en Turkije) moet de geboorteakte de naam van de moeder vermelden en is deze vermelding een afdoende bewijs voor de vaststelling van de afstamming langs moederszijde (F. GRANET en het Secretariaat-Generaal van de C.I.E.C., *L'établissement de la filiation maternelle et les maternités de substitution dans les Etats de la CIEC*, te consulteren via *http://www.ciec1.org*).

In België werd de wettelijke mogelijkheid om anoniem te bevallen in de jaren 1972-1974 in verschillende wetsvoorstellen verdedigd, om abortus tegen te gaan en adoptie te vergemakkelijken. De staatscommissie voor de ethische problemen verwierp de mogelijkheid evenwel als "georganiseerde ontwijking van een fundamentele en natuurlijke verantwoordelijkheid" (Verslag van de staatscommissie voor de ethische problemen d.d. 11 oktober 1976, *Parl. St.* Senaat 1976-77, nr. 954, 31 e.v., in het bijzonder p. 33). Het Raadgevend Comité voor de Bio-ethiek nam totnogtoe geen eenduidig standpunt in.

Sommige leden oordeelden dat het onaanvaardbaar was om toe te staan dat kinderen zonder afstammingsband geboren worden en voerden aan dat het kind door een strikte toepassing van de anonimiteitsregel van zijn wortels wordt afgesneden en daaronder lijdt; omdat zij daarnaast ook oog hadden voor het lijden van de moeders in een noodsituatie gaven ze de voorkeur aan de organisatie van de mogelijkheid tot "bevalling in discretie", waardoor het opzoeken van de afstamming niet definitief onmogelijk wordt gemaakt. Andere leden zagen de beveiliging van het leven van het kind als prioritair te eerbiedigen waarde, eerder dan de eerbiediging van het recht van elke persoon om zijn fysiologische moeder te kennen; zij oordeelden dat anonieme bevalling volkomen rechtmatig en ethisch aan te bevelen is (zie Advies nr. 4 d.d. 12 januari 1998 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek van België betreffende de problematiek van anonieme bevallingen).

Artikel 57, 2° B.W. verplicht de betrokkenen om de naam van de moeder bekend te maken, zodat deze in de geboorteakte van het kind kan worden opgenomen. Aangenomen moet worden dat de arts zich niet op zijn medische geheimhoudingsplicht (art. 458 Sw.) kan beroepen om te ontsnappen aan strafvervolging o.g.v. artikel 361 Sw. wanneer hij doelbewust de naam van de moeder voor de ambtenaar van de burgerlijke stand verzwijgt, om haar op die manier anoniem te laten bevallen.

Zo oordeelde het Hof van Cassatie reeds in de negentiende eeuw meermaals dat een arts terecht correctioneel veroordeeld werd (o.g.v. art. 346 (oud) Sw.) omdat hij bij de aangifte van de geboorte weigerde om de naam van de moeder (van een onwettig kind) bekend te maken, zich – ten onrechte – beroepend op zijn medisch beroepsgeheim (art. 378 (oud) Sw.) (Cass. 14 november 1853, *Pas.* 1854, I, (10) 28; Cass. 10 juli 1855, *Pas.* 1855, I, (303) 309).

B. RECHTSGEVOLGEN IN BELGIË VAN EEN ANONIEME BEVALLING IN HET BUITENLAND

103 Hoewel er een wettelijke verplichting bestaat om de naam van de moeder in de geboorteakte te vermelden, heeft de Belgische wetgever het feitelijk bestaan van geboorteakten zonder vermelding van de naam van de moeder niet uitgesloten, nu in subsidiaire mogelijkheden tot vaststelling van de afstamming langs moederszijde (nl. de erkenning door een vrouw en de gerechtelijke vaststelling van het moederschap) is voorzien.

Het Hof van Cassatie bevestigde deze idee in een arrest van 29 januari 1993, in een zaak die de homologatie betrof van de volle adoptie van een kind wiens moeder anoniem was bevallen in Frankrijk.

Een ongehuwde Belgische vrouw die ongewenst zwanger was geworden, was in Dunkerque – net over de Belgisch-Franse grens – gaan bevallen, met de bedoeling haar naam niet in de geboorteakte van het kind te laten opnemen. Na de bevalling vertrouwde ze haar kind toe aan een Belgische adoptiedienst, met het oog op volle adoptie door een echtpaar. Enkele dagen na de geboorte werd het kind al geplaatst in het gezin van de kandidaat-adoptanten. De familieraad kwam bijeen onder het voorzitterschap van de Vrederechter te Menen en stelde als voogdes een maatschappelijk werkster aan, die verbonden was aan de adoptiedienst. De familieraad gaf zijn toestemming tot de volle adoptie en de vrederechter maakte vervolgens een akte van volle adoptie op, die ter homologatie werd voorgelegd aan de Jeugdrechtbank te Kortrijk.

De jeugdrechtbank weigerde de volle adoptie te homologeren. Zij stelde vooreerst vast dat uit het dossier naar voren was gekomen dat de voogdes – blijkbaar eigenmachtig – de anoniem bevallen vrouw slechts een termijn van twee maanden had gegund om op haar beslissing tot afstand van haar kind terug te komen (*sic*). Door wat "de kunstgreep van de anonieme bevalling" werd genoemd, zou artikel 348 § 1 derde lid (oud) B.W., op grond waarvan de enige ouder van het kind zijn toestemming tot de adoptie dient te geven, worden omzeild. Bovendien werd, door het aan de moeder louter arbitrair opleggen van een termijn van respijt, ook afbreuk gedaan aan artikel 348 § 1 laatste lid (oud) B.W., volgens hetwelk de toestemming tot adoptie slechts twee maanden na de geboorte kan worden gegeven. Aldus werd het de moeder na die twee maand onmogelijk gemaakt om op haar beslissing terug te komen en bv. haar kind te lokaliseren met het oog op een erkenning o.g.v. artikel 313 B.W. Een volle adoptie die tot stand wordt gebracht met miskenning van deze bepalingen steunt volgens de Jeugdrechtbank te Kortrijk niet op wettige redenen (Jeugdrb. Kortrijk BRV 30.198, 2 oktober 1990, *onuitg.*).

De jeugdkamer van het Hof van Beroep te Gent hervormde dit vonnis met de overweging dat de vrije keuze van een Belgische vrouw die de anonimiteit van het moederschap wenst te behouden, met de daarbij horende gevolgen, moet worden geëerbiedigd. Het hof overwoog verder dat er afdoende zekerheid bestond dat het kind niet werd gekaapt en dat het niet naar België werd overgebracht met de bedoeling te ontkomen aan bepaalde toestemmingsvoorwaarden uit de Franse adoptiewetgeving, die overigens grotendeels gelijklopend is met de Belgische. Het hof achtte de wettelijke voorwaarden voor de volle adoptie vervuld en homologeerde de akte van volle adoptie (Gent (15de kamer) A.R.V.J. 1100, 23 september 1991, *onuitg.*). Tegen dit arrest werd cassatieberoep aangetekend door de Procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Gent, als behoeder van de openbare orde, in toepassing van artikel 138 tweede lid Ger. W.

In het tweede cassatiemiddel riep het Openbaar Ministerie in dat de eerbiediging van de (vrije?) keuze van de vrouw tot de negatie leidt van het door de Afstammingswet en de adoptiewetgeving in 1987 gewild benadrukt algemeen rechtsbeginsel "*Mater semper certa est*" en tot de aanvaarding van het door deze wetten uitdrukkelijk verworpen begrip "anonieme bevalling". De Procureur-generaal riep twee excepties van openbare orde in: vooreerst zou het bestreden arrest het rechtsbeginsel "*Mater semper certa est*" hebben miskend, dat niet alleen van interne, maar tevens van

internationale openbare orde is; ten tweede had het bestreden arrest de aanvaarding van de anonimiteit bij de bevalling moeten weigeren, als zijnde in strijd met het geciteerde essentieel rechtsbeginsel van het Belgisch recht.

Het Hof van Cassatie overwoog m.b.t. dit middel "dat krachtens [het oude] artikel 348 § 1 van het Burgerlijk Wetboek, de toestemming tot adoptie gegeven wordt door de familieraad 'wanneer de afstamming van het minderjarig kind (...) niet vaststaat'; dat, krachtens artikel 313 § 1 van het Burgerlijk Wetboek, de moeder het kind kan erkennen 'indien de naam van de moeder niet in de akte van geboorte is vermeld'; dat krachtens artikel 314 van dat wetboek de afstamming van moederszijde gerechtelijk kan worden vastgesteld 'bij gebreke van (...) de vermelding van de naam van de moeder (...) in de akte (van geboorte)'; dat hieruit blijkt dat de wetgever het bestaan van akte van geboorte zonder vermelding van de naam van de moeder niet uitsluit en er gevolgen aan toekent: (...)" (Cass. 29 januari 1993, *Arr. Cass.* 1993, 129 en *Pas.* 1993, I, 121).

De regel *Mater semper certa est* belet dus niet dat vrouwen, zelfs doelbewust, in het buitenland gaan bevallen teneinde te ontsnappen aan de verplichte vermelding van hun naam in de geboorteakte van het kind, indien de betrokken buitenlandse wetgeving dit toelaat (P. SENAEVE, "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 25, nr. 13). Nu de wetgever gevolgen toekent aan geboorteakten zonder vermelding van de naam van de moeder, moet worden aangenomen dat deze anonieme bevalling in het buitenland rechtsgevolgen heeft in België.

104 Een anonieme bevalling van een Belgische vrouw in het buitenland (bv. in Frankrijk, het Groothertogdom Luxemburg, Spanje of Italië) vergemakkelijkt de adoptie. Wanneer de afstamming van het kind niet vaststaat dient enkel de voogd tot de adoptie toe te stemmen (art. 348-5 B.W., zie ook het vroegere art. 348 § 1 derde lid B.W.). De adoptie van een kind dat geboren is uit een anoniem bevallen vrouw en zonder afstamming langs vaderszijde is gebleven, kan sinds de hervorming van het adoptierecht nog worden bespoedigd, nu de regel dat de toestemmingen tot de adoptie pas twee maanden na de geboorte kunnen worden gegeven blijkbaar nog enkel geldt voor de ouders (zie art. 348-4 eerste lid B.W.), maar niet meer voor de voogd (vgl. nochtans het oude art. 348 § 1 laatste lid B.W.).

Toch moet men beducht zijn voor het feit dat een anonieme bevalling naast diverse ethische vragen (zie Advies nr. 4 d.d. 12 januari 1998 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek van België betreffende de problematiek van de anonieme bevallingen) ook juridische complicaties met zich meebrengt, waaronder mogelijke problemen van internationaal privaatrecht.

Zonder dieper op mogelijke problemen inzake nationaliteit in te gaan, kan hier worden vermeld dat bij een bevalling in Frankrijk het kind initieel Frans staatsburger zal worden: "Est français l'enfant né en France de parents inconnus. Toutefois, il sera réputé n'avoir jamais été français si, au cours de sa minorité, sa filiation est établie à l'égard d'un étranger et s'il a, conformément à la loi nationale de son auteur, la nationalité de celui-ci." (art. 19 C.c.).

105 De ambtenaar van de burgerlijke stand die de aangifte van geboorte van een kind ontvangt wiens afstamming ten aanzien van zijn ouders niet vaststaat – bv. omdat de moeder anoniem is bevallen, niemand het kind heeft erkend en

er geen enkele procedure tot vaststelling van de afstamming werd ingeleid – is ertoe gehouden daarvan binnen de drie dagen kennis te geven aan de in toepassing van artikel 390 B.W. bevoegde vrederechter (art. 50 § 1 B.W.), met het oog op de organisatie van de voogdij.

AFDELING II

OVERGANGSRECHT

§ 1. Algemeen

106 Zonder dat daaruit enig recht voor het verleden kan volgen, is artikel 312 B.W. van toepassing op het kind dat vóór de inwerkingtreding van de Afstammingswet geboren is uit een vrouw die op geen enkel tijdstip van de zwangerschap gehuwd is geweest, tenzij door een vroegere erkenning een andere afstamming van moederszijde is vastgesteld (art. 108 Afstammingswet).
Niet alleen t.a.v. de zgn. "wettige" kinderen, maar ook t.a.v. de zgn. "natuurlijke" kinderen die geboren zijn vóór 6 juni 1987 wordt de afstamming van moederszijde dus vastgesteld door de vermelding van de naam van de moeder in de geboorteakte. Gelet op artikel 107 Afstammingswet moet het kind voor de toepassing van artikel 108 Afstammingswet nog in leven zijn op 6 juni 1987, zodat een al te grote retroactiviteit wordt vermeden (R. VANCRAENENBROECK, "Overgangsbepalingen", in G. BAETEMAN (ed.), *Afstamming en adoptie*, Brussel, E. Story-Scientia, 1987, 374, nr. 583, 375, nr. 585 en 395, nr. 609; J. HERBOTS, "Het overgangsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, 332, nr. 471).

Artikel 312 B.W. zou luidens de aanhef van artikel 108 Afstammingswet slechts van toepassing zijn "zonder dat daaruit enig recht voor het verleden kan volgen". Dit totaal gebrek aan retroactiviteit is ingevolge de rechtspraak van het Arbitragehof en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens onaanvaardbaar geworden, in zoverre het een negatieve weerslag heeft op het erfrecht van buitenhuwelijkse kinderen in de nalatenschap van hun vóór 6 juni 1987, maar na 13 juni 1979 overleden moeder.

Naar analogie met de in de inleiding bij dit werk besproken arresten van het Arbitragehof d.d. 4 juli 1991 en 1 december 1993 en het arrest Vermeire d.d. 29 november 1991 van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (zie boven, nrs. 73-80 en 37) moet worden aangenomen dat de o.g.v. artikel 312 § 1 B.W. vastgestelde afstamming langs moederszijde erfrechtelijke gevolgen heeft voor kinderen die werden geboren vóór de inwerkingtreding van de Afstammingswet en waarvan de moeder is overleden na de datum van het Marckx-arrest.

107 Wanneer vóór 6 juni 1987 via een vordering tot onderzoek naar het moederschap een andere afstamming van moederszijde werd vastgesteld dan deze vermeld in de geboorteakte, moet worden aangenomen dat deze

gerechtelijk vastgestelde afstammingsband behouden blijft, net zoals het geval is na een vroeger gedane erkenning (zie art. 108 *in fine* Afstammingswet). Hoewel de wetgever alleen aan vrijwillige erkenningen heeft gedacht (zie Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 162), kunnen ook afstammingsvonnissen gewezen krachtens het vroegere recht niet in het geding worden gebracht door de toepassing van de Afstammingswet (art. 111 Afstammingswet; zie ook R. VANCRAENENBROECK, "Overgangsbepalingen", in G. BAETEMAN (ed.), *Afstamming en adoptie*, Brussel, E. Story-Scientia, 1987, 395-396, nr. 610).

108 De problematiek aangaande de principiële geldigheid van de erkenning door de moeder onder het vroegere recht (art. 110 Afstammingswet), wordt verder behandeld (zie verder, nrs. 120-122).

§ 2. Statuut van het buitenhuwelijks kind dat vóór de inwerkingtreding van de Afstammingswet door zijn moeder werd geadopteerd ("regulariserende adoptie")

109 Rechtsleer en rechtspraak zijn verdeeld gebleven over de gevolgen die de Afstammingswet van 31 maart 1987 heeft op de rechtssituatie van buiten het huwelijk geboren kinderen die vóór die wet door hun moeder waren geadopteerd (de zgn. "regulariserende adopties") om hun statuut te verbeteren (zie P. SENAEVE, "De weerslag van het nieuwe afstammingsrecht op de adoptie", in P. SENAEVE, (ed.), *Adoptie. Verlatenverklaring van minderjarigen*, Leuven, Acco, 1990, 45 e.v.; J. GERLO, "Naamwijziging van adoptief buitenhuwelijks kind bij erkenning door de latere echtgenoot", (noot onder Rb. Gent 27 juli 1989), *R.W.* 1990-91, 25-26).

Het betreft hier hoofdzakelijk een probleem van overgangsrecht, aangezien de adoptie van een natuurlijk kind door de moeder sinds de inwerkingtreding van het door de Afstammingswet gewijzigde artikel 334 B.W. overbodig is geworden.

Ongeacht de wijze waarop de afstamming is vastgesteld, hebben de kinderen en hun afstammelingen dezelfde rechten en dezelfde verplichtingen ten opzichte van de ouders en hun bloed- en aanverwanten en hebben de ouders en hun bloed- en aanverwanten dezelfde rechten en dezelfde verplichtingen ten opzichte van de kinderen en hun afstammelingen (art. 334 B.W.).

Kort na de inwerkingtreding van de Afstammingswet oordeelde de rechtspraak dan ook dat dergelijke adoptie niet kon worden gehomologeerd, aangezien de afstamming langs moederszijde sinds 6 juni 1987 blijkt uit de vermelding van haar naam in de geboorteakte (Rb. Brussel 2 november 1987, *T.B.B.R.* 1988, 570; Rb. Brugge 28 juni 1988, *T. Not.* 1988, 273; zie ook G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, V. DE SAEDELEER en K. JACOBS, "Overzicht van rechtspraak. Personen- en familierecht (1988-1994)", *T.P.R.* 1994, (2073) 2218, nr. 307).

Volgens één strekking hielden deze kinderen, door de inwerkingtreding van de Afstammingswet, op adoptieve kinderen te zijn; volgens een andere strekking bleven ze – ook na de inwerkingtreding van voormelde wet – adoptieve kinderen.

– De eerste strekking beroept zich voornamelijk op artikel 107 eerste lid Afstammingswet luidens hetwelk deze wet van toepassing is op de kinderen (zonder onderscheid) die geboren zijn vóór haar inwerkingtreding en die nog in leven zijn op dat ogenblik: de volwaardige afstammingsband verdringt in die optiek de onvolwaardige adoptieband; de moeder die, in het belang van het kind, haar kind adopteerde, mag niet gediscrimineerd worden (in die zin: H. CASMAN, "Adoptie, volle adoptie en verklaring van adopteerbaarheid", in G. BAETEMAN (ed.), *Afstamming en adoptie*, Brussel, E. Story-Scientia, 1987, 292-293, nr. 401; M. HANOTIAU, "Les dispositions transitoires de la loi modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation", *Ann. dr. Louvain* 1987, (363) 378, nr. 3; zie in de rechtspraak: Jeugdrb. Dendermonde 6 september 1988, *De Burg. St.* 1989, 115).

– De tweede strekking argumenteert dat, bij gebreke van uitdrukkelijke retroactieve overgangsbepaling, geen afbreuk mag gedaan worden aan definitief ontstane rechtssituaties, zoals de adoptieve afstamming (J. HERBOTS, "Het overgangsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, p. 414-415, vraag nr. 1; P. SENAEVE, "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 30-31, nr. 26). Bovendien wordt verwezen naar artikel 111 eerste lid Afstammingswet: vonnissen – zonder onderscheid – gewezen krachtens het vroegere recht, kunnen niet in het geding worden gebracht door toepassing van deze wet. Het vonnis dat een adoptie homologeert is volgens deze opvatting ook een vonnis in de zin van artikel 111 Afstammingswet (J. DALCQ-DEPOORTER, "La filiation adoptive", *Rev. not. b.* 1992, (322) 328-329, nr. 8; I. LAMMERANT, "La réforme de l'adoption en droit interne", *J.T.* 1987, (509) 521, nrs. 102-104; P. MAHILLON, "L'enfant naturel adopté par sa mère cesse-t-il *ipso iure* en vertu de la loi du 31 mars 1987 d'être un enfant adoptif?", *Rev. not. b.* 1988, (270) 270-272; E. MEULDERS, "Nieuwe afstammings- en adoptiewetgeving – De rechtsonzekerheid groeit", *De Burg. St.* 1989, (111) 113; zie in de rechtspraak: Antwerpen 1 april 2003, *NjW* 2003, 845, noot RdC; *anders*: A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 312 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 9, nr. 19; E. VIEUJEAN, "L'enfant né hors mariage et adopté par sa mère avant 1987", *Rev. trim. dr. fam.* 1991, (513) 514-515 en blijkbaar ook P. SENAEVE, "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 31-32, nr. 27: deze laatste auteurs zijn aanhangers van de tweede strekking, maar betwisten dat art. 111 Afstammingswet ook vonnissen inzake adoptie beoogt).

110 Het oude artikel 362 tweede lid B.W. bepaalde dat de vaststelling van de afstamming van de geadopteerde t.a.v. een derde, na het vonnis of arrest dat de adoptie homologeert of uitspreekt, de adoptie laat bestaan en slechts haar gevolgen heeft voor zover die niet in strijd zijn met die van de adoptie.
Volgt men de hierboven vermelde tweede strekking (de adoptie blijft bestaan), dan zal de man die een dergelijk – geadopteerd – kind erkent, geen ouderlijk gezag over dit kind kunnen uitoefenen, geen aanspraak kunnen maken op levensonderhoud of op enig recht op de nalatenschap van het kind; bovendien zal hij zijn naam niet kunnen doorgeven aan het kind via een verklaring van naamswijziging.
Volgt men de hoger vermelde eerste strekking, dan kan dit alles wel; het kind is immers niet langer geadopteerd.

De betwiste problematiek werd via een prejudiciële vraag voorgelegd aan het Arbitragehof.

De Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen, die de tweede strekking volgt, stelde bij vonnis van 21 april 1997 volgende prejudiciële vraag aan het Arbitragehof: "Schendt [het oude] artikel 362 tweede lid van het Burgerlijk Wetboek de artikelen 10 en 11 van de Grondwet in zoverre dat kinderen die buiten het huwelijk werden geboren en vóór de nieuwe Afstammingswet van 31 maart 1987 door hun moeder werden erkend en geadopteerd geen volwaardige afstammingsband

hebben t.a.v. hun moeder en de latere vaststelling van hun afstamming t.a.v. een derde deze adoptie laat bestaan en slechts gevolgen sorteert in zoverre deze gevolgen niet in strijd zijn met die van de adoptie, dan wanneer kinderen die buiten het huwelijk werden geboren doch niet door hun moeder werden geadopteerd door de nieuwe Aafstammingswet wel een volwaardige afstammingsband hebben t.a.v. hun moeder en t.a.v. de erkennende derde"?
Indien er inderdaad sprake is van discriminatie, dan vormt deze discriminatie volgens de rechtbank een zeer gewichtige reden om de vordering tot herroeping van de adoptie ingesteld door twee kinderen en hun vader in te willigen.

Het Arbitragehof stelde het volgende vast: "Artikel 362 tweede lid [oud B.W.] belet, enerzijds, dat door de vaststelling van de afstamming van de geadopteerde ten aanzien van een derde afbreuk wordt gedaan aan de affectieve en sociale banden die door de adoptie zijn ontstaan en, anderzijds, dat van de vaststelling van afstamming gebruikt wordt gemaakt om belangen te dienen welke met die van de geadopteerde niet overeenstemmen. Die bepaling is in overeenstemming met de doelstelling van de wetgever die inzake adoptie voorrang geeft aan het belang van het kind. Evenwel, wanneer een moeder haar eigen kind adopteert, doet een dergelijke adoptie geen nieuwe sociale en affectieve band ontstaan die in geval van erkenning door een derde zou moeten worden beschermd". Het hof merkte nog op dat de vaststelling van de afstamming via erkenning door een man krachtens artikel 319 § 2 B.W. slechts kan plaatsvinden mits toestemming van het kind wanneer dit meerderjarig of ontvoogd is, zoniet krachtens artikel 319 § 3 B.W. enkel ontvankelijk is na voorafgaande toestemming van het kind, indien het de volle leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt, en na voorafgaande toestemming van de moeder wanneer zij het vaderschap van de derde betwist; hun toestemmingsweigering wordt aan de controle van de rechtbank onderworpen. Voornoemde wetsbepalingen vrijwaren volgens het Arbitragehof het belang van de geadopteerde.
Artikel 362 tweede lid (oud) B.W. vormde dan ook, in de interpretatie van de verwijzende rechter, een maatregel die niet pertinent was in het geval waarin de kinderen door hun moeder zijn geadopteerd.
Het hof besloot: "[het oude] Artikel 362 tweede lid van het Burgerlijk Wetboek schendt de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in zoverre het, in de interpretatie van de verwijzende rechter, van toepassing is op kinderen die buiten het huwelijk zijn geboren en vóór de inwerkingtreding van de Afstammingswet van 31 maart 1987 door hun moeder werden geadopteerd" (Arbitragehof nr. 50/98, 20 mei 1998, *B.S.* 11 juli 1998, 22725).

Aldus heeft het Arbitragehof ruimte gelaten voor de rechtsgevolgen van een erkenning door een man van een kind dat vóór 6 juni 1987 door zijn eigen moeder was geadopteerd.

111 Met de hervorming van de adoptiewetgeving is een einde gekomen aan de controverse.
Artikel 18 van de Wet van 24 april 2003 tot hervorming van de adoptie (*B.S.* 16 mei 2003) bepaalt dat de adoptie door een persoon van zijn buiten het huwelijk geboren kind, uitgesproken door een vóór de datum van inwerking-

treding van de Afstammingswet definitief geworden beslissing, als niet verkregen wordt beschouwd.

Onder de bewoordingen "zijn kind" moet worden begrepen dat de afstamming van het kind ten aanzien van de adoptant vaststaat, in toepassing van het Afstammingsrecht dat gold vóór de inwerkingtreding van de Afstammingswet of nadien (zie M.v.T. bij art. 16 van het wetsontwerp tot hervorming van de adoptie, *Parl. St.* Kamer 2000-01, nrs. 1366/001 en 1367/001, 103).

Artikel 344-2 B.W. stelt als principe voorop dat een persoon wiens afstamming t.o.v. een man of een vrouw vaststaat niet meer door diezelfde vader of moeder kan worden geadopteerd.
Doordat de adoptie van een kind wiens afstammingsband met de adoptant reeds vaststond als niet verkregen moet worden beschouwd, heeft de wetgever in het bijzonder geval van een regulariserende adoptie die definitief geworden is vóór 6 juni 1987 de afstammingsband van het kind met een derde doen prevaleren op de adoptieband met zijn eigen ouder.
In de overige gevallen is de regel uit het vroegere artikel 362 tweede lid B.W. – de vaststelling van de afstamming van de geadopteerde t.a.v. een derde heeft enkel gevolgen voor zover deze niet in strijd zijn met de adoptie – behouden. Het nieuwe artikel 350 tweede lid B.W. bepaalt immers dat de vaststelling van de afstamming van de geadopteerde ten aanzien van een andere persoon dan de adoptant of de adoptanten nadat het vonnis in kracht van gewijsde is gegaan, daaraan geen einde maakt. Indien het om een gewone adoptie gaat, heeft deze afstamming slechts gevolgen voorzover deze niet strijdig zijn met die van de adoptie.

Een en ander heeft tot gevolg dat de zgn. "regulariserende adoptie" door de vrouw die reeds moeder van het kind was o.g.v. een erkenning, onder het nieuwe adoptierecht geen enkele belemmering meer vormt voor de rechtsgevolgen die ontstaan nadat een derde een afstammingsband met het kind tot stand heeft gebracht. De erkenning door een man zal ten volle gevolgen sorteren, nu de adoptie door de moeder als niet verkregen moet worden beschouwd.

§ 3. Gewettigde kinderen

112 Aangezien de Afstammingswet geen onderscheid meer maakt tussen wettige en natuurlijke kinderen, is onder het huidige recht ook niet meer voorzien in de mogelijkheid om kinderen te wettigen.
Men kan zich nu de vraag stellen naar de draagkracht van een wettiging, gedaan vóór de inwerkingtreding van de Afstammingswet in toepassing van de artikelen 331-333 (oud) B.W., door een andere vrouw dan degene die als moeder in de geboorteakte is vermeld.
In deze hypothese moet er voorrang gegeven worden aan de afstamming zoals die blijkt uit de wettiging (R. VANCRAENENBROECK, "Overgangsbepalingen", in G. BAETEMAN (ed.), *Afstamming en adoptie*, Brussel, E. Story-Scientia, 1987, 422-423, nr. 651). Aangezien een wettiging steeds een vrijwillige erkenning of een gerechtelijke vaststelling van de afstamming veronderstelde, kan deze oplossing gestaafd worden aan de hand van respectievelijk de uitzondering bepaald artikel 108 *in fine* Afstammingswet en artikel 111 Afstammingswet.

Immers, als de wetgever in het eerste geval een vroeger gedane erkenning voorrang geeft op de vermelding in de geboorteakte geldt die voorrangsregeling *a fortiori* ook voor de wettiging (art. 108 *in fine* Afstammingswet). Wanneer men in het tweede geval voorrang zou geven aan de afstamming zoals die blijkt uit de geboorteakte, dan zou het vonnis waarbij de afstamming van moederszijde gerechtelijk werd vastgesteld in het geding worden gebracht, wat luidens artikel 111 eerste lid Afstammingswet niet kan.

§ 4. Bevallingskosten

113 Enigszins los van de vaststelling en de betwisting van de afstamming staat het lot van de bevallingskosten.
Onder het vroegere recht bepaalde artikel 340*c* (oud) B.W. dat de moeder recht had op de kosten van de bevalling, alsmede op haar onderhoud gedurende vier weken te rekenen van de bevalling, onverminderd de schadevergoeding die haar bij toepassing van artikel 1382 B.W. mocht zijn verschuldigd, indien overeenkomstig het oude artikel 340*b* B.W. werd bewezen dat zij gedurende het wettelijk tijdperk van de bevruchting gemeenschap heeft gehad met de man van wie zij betaling vordert.

Deze rechtsvordering o.g.v. het oude artikel 340*c* B.W. raakte de openbare orde niet, zodat de moeder er onder gelding van het oude afstammingsrecht rechtsgeldig bij overeenkomst afstand kon van doen in de zin van artikel 821 tweede lid Ger. W. (Luik 4 juni 1996, *J.L.M.B.* 1998, 1197).

114 De Afstammingswet heeft de vordering van de moeder strekkende tot vergoeding van de bevallingskosten en van de kosten van eigen onderhoud gedurende vier weken na de bevalling afgeschaft, maar bepaalt geen enkele overgangsmaatregel i.v.m. de reeds aanhangig zijnde gedingen die strekken tot het bekomen van voornoemde vergoeding. Het Hof van Cassatie overwoog dat het oude artikel 340*c* B.W. een indemnitair karakter heeft en oordeelde dat de wet die toepasselijk is op het ogenblik waarop het schadeverwekkend feit zich heeft voorgedaan, in de regel bepaalt of al dan niet een vergoeding verschuldigd is (Cass. 15 november 1991, *Arr. Cass.* 1991, 1991-92, 241, *Pas.* 1992, I, 205 en *R.W.* 1991-92, 896; *in casu* werd aanvaard dat de vordering van de moeder tot vergoeding van de bevallingkosten voor een in 1977 geboren dochter en een in 1978 geboren zoon en de kosten voor haar onderhoud gedurende vier weken na elke bevalling beheerst werden door de oude wetgeving).

Ons inziens is het schadeverwekkend feit de verwekking; de geboorte vloeit daaruit slechts voort. Aangezien de verwekking de geboorte voorafgaat, mag in elk geval worden aangenomen dat een vordering o.g.v. artikel 340*c* (oud) B.W. mogelijk is m.b.t. kinderen die vóór 6 juni 1987 werden geboren. Deze vordering diende echter ook te worden ingesteld vóór deze datum, aangezien het vorderingsrecht van de moeder o.g.v. deze bepaling sinds de inwerkingtreding van de Afstammingswet niet meer bestaat en deze wet van toepassing is op kinderen geboren vóór en nog in leven op haar inwerkingtreding (art. 107 eerste lid Afstammingswet).

115 Het feit dat het oude artikel 340*c* B.W. met ingang van 6 juni 1987 is opgeheven, belet niet dat de moeder ook na die datum van de verwekker nog een tussenkomst in de bevallingskosten kan vorderen o.g.v. artikel 1382 B.W. Hoewel de verwijzing naar artikel 1382 B.W. niet meer in de afstammingswetgeving is opgenomen, is deze bepaling immers geenszins opgeheven. De moeder dient dan wel een fout te bewijzen in hoofde van de man van wie zij betaling vordert. De bevallingskosten kunnen als schade worden aangemerkt; het causaal verband tussen de fout van de verwekker en de door de moeder geleden schade moet worden aangenomen.

Uit de rechtspraak is niet duidelijk af te leiden welk gedrag als "fout" kan worden aangemerkt.

Het Hof van Beroep te Luik volstond met de overweging dat de moeder er niet in slaagde foutief gedrag in hoofde van de verwekker te bewijzen om haar vordering tot tussenkomst in de bevallingskosten m.b.t. een zestien en een half jaar oud kind af te wijzen (Luik 10 juni 1996, *J.L.M.B.* 1997, 510).

Een Gentse Vrederechter besliste dat het onderhouden van geslachtsbetrekkingen buiten het huwelijk in het huidig moreel klimaat van de westerse samenleving niet als een aquiliaanse fout kan worden gekwalificeerd, "voor zover hierbij geen geweld, afpersing of verleiding door valse beloften en diens meer komt bij kijken". De moeder kon de bevallingskosten m.b.t. een in 1989 geboren kind niet terugvorderen van de biologische vader bij gebrek aan bewijs van de fout (Vred. Gent (4de kanton) 18 maart 1997, *T.G.R.* 1997, 139).

Zonder verwijzing naar enige wettelijke grondslag veroordeelde het Hof van Beroep te Antwerpen een man tot betaling van de helft van de bewezen bevallingskosten nadat de moeder van het in 1999 geboren kind met succes de gerechtelijke vaststelling van zijn vaderschap had gevorderd en de vordering al in eerste aanleg gegrond was verklaard na het bewijs dat de vermeende vader met haar gemeenschap heeft gehad tijdens de wettelijke conceptieperiode en mede omwille van het feit dat hij onrechtmatig had geweigerd een DNA-deskundigenonderzoek te ondergaan (Antwerpen 5 juni 2002, *NjW* 2002, 389, noot RdC).

HOOFDSTUK II
ERKENNING DOOR EEN VROUW

AFDELING I

BEGRIPSBEPALING

116 Een erkenning door een vrouw kan worden omschreven als een rechtshandeling waarbij een vrouw op vrijwillige basis verklaart dat zij met een bepaald kind een juridisch vastgestelde afstammingsband langs moederszijde wil creëren.

De erkenning als rechtshandeling is het materieel bewijs van de afstamming langs moederszijde; de erkenningsakte die tegelijk wordt opgemaakt is het formeel bewijs.

AFDELING II

GRONDVOORWAARDEN

§ 1. De naam van de moeder is niet in de geboorteakte vermeld

117 Pas indien de naam van de moeder niet in de akte van geboorte is vermeld of bij ontstentenis van zulk een akte, kan zij het kind erkennen (art. 313 § 1 B.W.).

A. TOEPASSINGSGEVALLEN

118 De erkenning is dus duidelijk subsidiair t.o.v. de vaststelling van de afstamming o.g.v. de vermelding van de naam van de moeder in de geboorteakte. Een vrouw kan een kind erkennen in de volgende (zeldzame) gevallen:
– wanneer ze anoniem is bevallen in het buitenland en aldaar een geboorteakte werd opgemaakt zonder vermelding van de naam van de moeder;
– wanneer de geboorte van een kind niet werd aangegeven of een kind te vondeling werd gelegd (vgl. art. 58 B.W., i.v.m. de verplichting tot afgifte van een pasgeboren kind aan de ambtenaar van de burgerlijke stand).

Het omstandig proces-verbaal dat krachtens artikel 58 tweede lid B.W. door de ambtenaar van de burgerlijke stand moet worden opgemaakt en in de registers wordt ingeschreven wanneer hem een pasgeboren kind is afgegeven is geen geboorteakte.

– wanneer om enige andere reden geen geboorteakte heeft bestaan of de geboorteakte verloren is gegaan (vgl. art. 46 B.W. i.v.m. onbestaande of verloren gegane registers).

119 Indien een vrouw die een kind wil erkennen constateert dat in de geboorteakte al de naam van een andere vrouw als moeder is vermeld, dan kan de erkenning enkel doorgaan nadat het moederschap dat blijkt uit de geboorteakte succesvol is betwist.

Dit moederschap kan krachtens artikel 312 § 2 B.W. door alle wettelijke middelen worden betwist. De betwistingsvordering is evenwel niet ontvankelijk als het kind bezit van staat heeft dat overeenstemt met de geboorteakte (art. 312 § 3 B.W.; voor de betwisting van het moederschap dat blijkt uit de geboorteakte, zie verder, nr. 778 e.v.).

B. OVERGANGSRECHT

120 In tegenstelling tot vroeger, kan ook de moeder van een tijdens het huwelijk geboren of verwekt kind, sinds de inwerkingtreding van de Afstammingswet, haar kind erkennen. Erkenningen door een gehuwde vrouw waren onder het vroegere recht nietig; toch is het ook toen voorgekomen dat een gehuwde vrouw die anoniem was bevallen haar kind erkende (zie P. SENAEVE, "Enige implicaties van bevallingen in het buitenland op het gebied van het afstammingsrecht", (noot onder Brussel 25 mei 1977), *R.W.* 1979-80, (2766) 2766, nr. 4). Uit artikel 313 § 3 B.W. volgt dat dergelijke erkenningen wel rechtsgeldig kunnen plaatsvinden. Aangezien de wetgever er tegen gekant was dat deze erkenningen zonder gevolg zouden blijven, zodat de betrokken moeders verplicht zouden geweest zijn hun kinderen een tweede maal te erkennen (zie Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 164; Verslag kamercommissie, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 378/16, 82), zijn die vroeger gedane erkenningen door middel van artikel 110 Afstammingswet retroactief gevalideerd (J. HERBOTS, "Het overgangsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, 330, nr. 466). Op het overgangsrecht inzake de erkenning van een overspelig kind *a matre* wordt later ingegaan (zie verder, nr. 221).

121 De erkenning die vóór 6 juni 1987 gedaan werd door een vrouw die niet op enig tijdstip van de zwangerschap gehuwd was, blijft geldig. Er moet echter worden aangenomen dat de erkenningsakte vanaf 6 juni 1987 haar betekenis verliest als bewijs van de afstamming langs moederzijde wanneer er een geboorteakte bestaat die de naam van de moeder vermeldt. Artikel 312 B.W. is immers van toepassing op het kind dat vóór 6 juni 1987 geboren is (art. 108 Afstammingswet). Enkel indien het kind afstammingsrechten wil laten gelden voor een periode voorafgaand aan 6 juni 1987 zal het zich nog op de erkenning moeten beroepen.
In het geval dat er geen geboorteakte is of indien de geboorteakte de naam van de moeder niet bevat, blijft de erkenning het bewijs leveren van de moederlijke afstamming. De erkenning blijft eveneens uitwerking hebben wanneer in de geboorteakte een andere vrouw is vermeld dan deze die heeft erkend (A.

HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 313 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 11, nr. 21; R. VANCRAENENBROECK, "Overgangsbepalingen", in G. BAETEMAN (ed.), *Afstamming en adoptie*, Brussel, E. Story-Scientia, 1987, 395, nr. 609).

122 Indien een kind, geboren vóór 6 juni 1987, vóór die datum werd erkend door een andere vrouw dan deze die vermeld is in de geboorteakte, dan blijft de afstammingsband met de erkennende vrouw bestaan. Er anders over oordelen werd in strijd met het belang van het kind geacht (Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 162). De regel uit artikel 108 Afstammingswet doet geen afbreuk aan de vroeger gedane erkenningen (art. 108 *in fine* Afstammingswet). Dezelfde oplossing geldt indien een dergelijke erkenning gevolgd werd door een wettiging (J. HERBOTS, "Het overgangsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, p. 415-416). Indien er bezit van staat is, zal deze erkenning bovendien onbetwistbaar worden indien de vordering tot betwisting niet werd ingesteld vóór 6 juni 1988 (art. 118 Afstammingswet *juncto* art. 330 § 2 tweede lid B.W.). Mocht de erkenning evenwel nietig verklaard worden, dan is artikel 312 B.W. toepasselijk, hetgeen betekent dat de in de geboorteakte aangeduide vrouw juridisch de moeder is (Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 162; J. HERBOTS, "Het overgangsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, 332, nr. 472).

§ 2. Afwezigheid van toestemmingsvereisten

A. WETTELIJKE REGELING

123 Artikel 313 B.W. vereist niet dat een ander persoon dan de erkennende vrouw tot de erkenning toestemt. De erkenning door een vrouw is een vrijwillige, eenzijdige rechtshandeling, met het doel de moederlijke afstamming t.a.v. een kind vast te stellen.

B. STRIJDIGHEID MET HET GELIJKHEIDSBEGINSEL

124 Het Arbitragehof heeft zich al tweemaal op impliciete wijze uitgesproken over de (on)verenigbaarheid van artikel 313 B.W. met de beginselen van gelijkheid en non-discriminatie, vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in zoverre het te erkennen kind zich niet kan verzetten tegen zijn erkenning door een vrouw. In beide gevallen betrof het een geding i.v.m. een erkenning door een man. In de eerste zaak was het te erkennen kind een niet-ontvoogde minderjarige die de volle leeftijd van vijftien jaar had bereikt, in het tweede geval ging het om een meerderjarig kind.

– In een arrest van 6 juni 1996 oordeelde het hof dat het ontbreken van de mogelijkheid voor het niet-ontvoogd kind dat de volle leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt, om zijn instemming met de erkenning door een vrouw te wei-

geren, terwijl die mogelijkheid wel bestaat t.a.v. de erkenning door een man, in strijd is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.
Het hof voegde er expliciet aan toe dat de oorsprong van de discriminatie evenwel niet gelegen is in artikel 319 § 3 tweede lid B.W. (Arbitragehof nr. 36/96, 6 juni 1996, *B.S.* 10 juli 1996, 18902, *J.L.M.B.* 1996, 1684, noot D. PIRE, *T.B.P.* 1996, 642, *J. dr. jeun.* 1996, 380, *R.W.* 1996-97, 977, noot F. APS en *Rev. trim. dr. fam.* 1996, 542, noot).

– In een arrest van 26 juni 2002 oordeelde het Arbitragehof dat het ontbreken van de mogelijkheid voor de meerderjarige of de ontvoogde minderjarige om zijn toestemming met zijn erkenning door een vrouw te weigeren, terwijl die mogelijkheid wel bestaat ten aanzien van de erkenning door een man, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt. In dit verband voegde het Arbitragehof er uitdrukkelijk aan toe dat de oorsprong van de discriminatie niet gelegen is in artikel 319 § 2 B.W. (Arbitragehof nr. 112/2002, 26 juni 2002, *B.S.* 21 augustus 2002, 35942).

Door de prejudiciële vraag i.v.m. artikel 319 § 3 B.W. in het eerste arrest negatief te beantwoorden, gaf het hof impliciet, maar duidelijk te kennen dat de oorsprong van de discriminatie gelegen is in artikel 313 B.W. (in dezelfde zin: J. GERLO, "Het Arbitragehof en het afstammingsrecht", (noot onder Arbitragehof 6 juni 1996), in X (ed.), *Jaarboek 1996-97 van het Interuniversitair Centrum Mensenrechten*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1997, 337, nr. 5; J. SOSSON, "L'établissement de la filiation: principes généraux et conditions de fond", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, (9) 18, nr. 6). De overweging van het hof dat de met de Grondwet strijdige situatie het gevolg is van "de ontstentenis van een vergelijkbare regel in de bepalingen betreffende de vaststelling van de afstamming van moederszijde" is niet mis te verstaan.
In het tweede arrest was het hof nog explicieter toen het overwoog "dat de oorsprong van de discriminatie gelegen is in de ontstentenis van een met artikel 319, § 2, vergelijkbare bepaling in de bepalingen betreffende de vaststelling van de afstamming van moederszijde" (in beide zaken overweging B.7).

125 De vraag naar de praktische gevolgen van deze arresten voor de erkenning door een vrouw wordt niet eenduidig beantwoord.

VAN GYSEL verdedigt een "constructivistische" interpretatie van het arrest van 6 juni 1996 met een doorwerking tot de vaststelling van het moederschap: volgens deze auteur kan uit de motieven die het Arbitragehof in dit arrest ontwikkelde worden afgeleid dat de mogelijkheid van het kind om zich te verzetten en – als gevolg daarvan – de appreciatiebevoegdheid van de rechtbank in het belang van het kind ook bestaan bij de erkenning door een vrouw en zelfs bij de gerechtelijke vaststelling van het moederschap (A.-Ch. VAN GYSEL, "L'intérêt de l'enfant, mythe et réalité", in Y.-H. LELEU (coörd.), *Actualités de droit familial. Le point en 2001*, Luik, Formation Permanente CUP, 2001, (169) 179).
Ons inziens is deze interpretatie te verregaand; ze zou ertoe leiden dat het Arbitragehof nieuwe regels invoert ter vervanging van een regel die het (impliciet) ongrondwettig heeft verklaard. Dit is

niet de rol van het Arbitragehof; het is de wetgever die moet tussenkomen (eveneens in die zin: A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 313 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 4, nr. 3; E. VIEUJEAN, "Conclusion", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, II, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, 525; zie ook reeds V. BARTHOLOMÉE en J. SOSSON, "La Cour d'arbitrage et le droit de la filiation: les effets de l'arrêt du 21 décembre 1990, *J.T.* 1991, (709) 716, nr. 36).
Uit het arrest van 26 juni 2002 volgt o.i. dan ook niet dat een meerderjarige of ontvoogde minderjarige zich kan verzetten tegen zijn erkenning door een vrouw; hun toestemming tot deze erkenning blijft niet vereist, ook al heeft het Arbitragehof het ontbreken van de mogelijkheid om zich tegen dergelijke erkenning te verzetten als strijdig met de Grondwet aangemerkt. De ambtenaren van de burgerlijke stand en de notarissen zijn niet gehouden zich te voegen naar de rechtspraak van het Arbitragehof; zij dienen enkel de wet toe te passen. Vanuit praktisch oogpunt is het overigens moeilijk denkbaar dat de rechtbanken zich kunnen voegen naar dit arrest van het Arbitragehof, nu niet valt in te zien hoe een probleem inzake de toestemming tot de erkenning door een vrouw voor de rechtbank zou kunnen worden gebracht, aangezien toestemmingsvereisten ontbreken.

126 Het feit dat het Arbitragehof heeft vastgesteld dat een lacune in de wetgeving de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt, biedt geen soelaas voor de rechtzoekende. Het zal uitsluitend van de eventuele tussenkomst van de wetgever afhangen of de discriminatoire situatie wordt verholpen (J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, *Inleiding tot het publiek recht*, II, *Overzicht Publiek Recht*, Brugge, die Keure, 2001, 338, nr. 560 en R. MOERENHOUT, "Art. 1 Bijz. W. 6 jan. 1989", in P. LEMMENS, D. VAN HEUVEN, J. VELAERS en L. WALLEYN (red.), *Publiek procesrecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1998, 46, nr. 94 b).
In afwachting van een wetgevend ingrijpen, heeft noch het arrest van 6 juni 1996, noch dat van 26 juni 2002 enig gevolg voor de praktische toepassing van artikel 313 B.W.; *de lege lata* is de toestemming van het te erkennen kind in geen enkel geval vereist voor de erkenning door een vrouw.

AFDELING III

VORMVEREISTEN

§ 1. Een authentieke akte, maar geen testament

127 Preliminair kan worden opgemerkt dat de erkenning door een vrouw in de geboorteakte in principe onmogelijk is aangezien de naam van de vrouw die van het kind bevallen is verplicht in de geboorteakte moet worden opgenomen (art. 312 § 1 B.W. *juncto* art. 57 B.W.) en deze vermelding tot gevolg heeft dat een erkenning door een andere vrouw onmogelijk is. Enkel indien de naam van de moeder – in strijd met de wettelijke voorschriften – niet in de geboorteakte is vermeld, kan een erkenning door een vrouw in de geboorteakte plaatsvinden (zie art. 313 § 1 B.W.).

De erkenning moet geschieden bij authentieke akte, met uitsluiting van het testament (art. 327 B.W.). Zonder authentieke akte is er geen geldige erkenning (zie verder, nr. 370 e.v., bij de erkenning door een man).

Zowel de ambtenaar van de burgerlijke stand als de notaris is bevoegd om een erkenning te akteren. Daarnaast moet nog worden opgemerkt dat de diplomatieke ambtenaren die aan het hoofd van een post staan en de ambtenaren van het consulair korps aan wie de functies van ambtenaar van de burgerlijke stand opgedragen zijn de akten van erkenning van kinderen mogen ontvangen, ongeacht de leeftijd en nationaliteit van de kinderen, op voorwaarde dat deze akten door Belgische staatsburgers onderschreven worden (art. 6 Wet 12 juli 1931 betrekking hebbende op zekere akten van den burgerlijke stand alsmede op de bevoegdheid der diplomatieke en consulaire ambtenaren in zake burgerlijken stand, zoals gewijzigd door art. 103 Afstammingswet).

Het is niet vereist dat de erkenning in een afzonderlijke en uitsluitend daartoe bestemde authentieke erkenningsakte wordt opgenomen. Ze kan ook worden opgenomen in een huwelijksakte, een huwelijkscontract of een schenkingsakte, al leidt ze in deze akten een autonoom bestaan.

Theoretisch zou een vrouw ook haar (overleden) kind kunnen erkennen in de akte van aangifte van een levenloos kind, bedoeld in artikel 80*bis* B.W., maar aangezien een erkenning van een overleden kind slechts mogelijk is indien het afstammelingen heeft nagelaten (zie art. 328 tweede lid B.W.), zal dit strikt wettelijk onmogelijk zijn (zie ook boven, nr. 100).

Het Hof van Cassatie oordeelde dat de wilsverklaring in een authentieke akte niet aan plechtige bewoordingen is onderworpen; de erkenning van een kind door een vrouw kan bv. blijken uit een uitdrukkelijke verklaring die de moeder doet ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand op hetzelfde moment als datgene waarop zij haar toestemming tot het huwelijk van ditzelfde kind geeft. In die omstandigheden mag ervan worden uitgegaan dat dit buitenhuwelijks kind erkend was door zijn moeder (Cass. 31 januari 1881, *Pas.* 1881, I, 66).

§ 2. Vermeldingen in de akte en formaliteiten nadien

A. VERMELDINGEN IN DE ERKENNINGSAKTE

128 De erkenningsakte die werd opgemaakt door de ambtenaar van de burgerlijke stand moet in elk geval de vermeldingen bevatten die opgenomen zijn in artikel 62 § 1 B.W.
Toegepast op de erkenning door een vrouw betekent dit dat de erkenningsakte de voornamen, de naam, de geboorteplaats en -datum van het kind moet vermelden, samen met de voornamen, de naam, de woonplaats, de geboorteplaats en -datum van de erkennende vrouw en van de vader indien zijn afstamming reeds vóór de erkenning vaststond (art. 62 § 1, 1° en 2° B.W.).

Een notariële erkenningsakte dient eveneens de gegevens opgesomd in artikel 62 § 1, 1° en 2° B.W. te vermelden. Daarnaast kunnen nog een aantal facultatieve vermeldingen worden opgenomen, die nuttig zijn voor een behoorlijke informatie over de draagwijdte van de erkenning en tot staving van het feit dat de notaris vooraf heeft nagegaan of aan de door de wet gestelde voorwaarden is voldaan.

Het kan bv. gaan om
– de bevestiging dat er geen geboorteakte bestaat (op verklaring van de vrouw) of dat de geboorteakte de naam van de moeder niet vermeldt (op vertoon van een afschrift van deze akte waaruit de anonieme bevalling blijkt). Een uittreksel uit de geboorteakte vermeldt de afstamming in principe niet (art. 45 § 1 eerste lid B.W.), maar de notaris kan er een eensluidend afschrift van verkrijgen indien hij dat vraagt (art. 45 § 1 tweede lid B.W.);
– de vermelding van een eventueel reeds bestaande erkenning door een man, zodat blijkt dat er tussen deze erkenner en de erkennende moeder geen huwelijksbeletsel bestaat waarvan de Koning geen ontheffing kan verlenen;
– de vermelding van de eventuele gehuwde staat van de erkennende vrouw en van de daaruit voortvloeiende noodzaak tot kennisgeving aan de echtgenoot;
– indien het kind overleden zou zijn, de vermelding dat het afstammelingen nalaat (H. CASMAN, *Notarieel familierecht*, Gent, Mys & Breesch, 1991, 196-197, nr. 548).

Modellen van notariële akten waarin een vrouw een kind erkent zijn voorhanden.

Verwezen kan worden naar *Rép. not.*, deel 1 Personenrecht, Boek XII Afstamming, p. 20-21, model 12 en C. DE WULF en H. DE DECKER, *Het opstellen van notariële akten*, I, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 204-205, nrs. 168/1 en 168/2, resp. voor de erkenning van een kind zonder vastgestelde afstamming en voor de erkenning van een kind waarvan de afstamming langs vaderszijde reeds vaststaat.

B. KANTMELDING IN DE GEBOORTEAKTE

129 Zodra de erkenningsakte is opgemaakt, moet daarvan melding gemaakt worden op de kant van de geboorteakte van het kind (art. 62 § 2 B.W.). Deze verplichting wordt opgelegd zonder verdere specificatie betreffende de personen die deze moeten naleven (in tegenstelling tot art. 62 § 3 B.W. dat zich uitdrukkelijk tot de ambtenaar van de burgerlijke stand richt), maar gelet op de plaats in het wetboek – binnen Titel II. "Akten van de burgerlijke stand" van Boek I B.W. – is de ambtenaar van de burgerlijke stand er ongetwijfeld toe gehouden.

Of deze ambtelijke plicht van de ambtenaar van de burgerlijke stand ook op de notaris weegt is niet duidelijk, maar het is alleszins wenselijk dat de notaris – met toestemming van de erkennende vrouw – de erkenningsakte onverwijld ter kennis brengt van de ambtenaar van de burgerlijke stand van de gemeente waarin de geboorteakte werd opgemaakt (in dezelfde zin, *mutatis mutandis*: G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, V. DE SAEDELEER en K. JACOBS, "Overzicht van rechtspraak. Personen- en familierecht (1988-1994)", *T.P.R.* 1994, (2073) 2221, nr. 314; A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 327 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 3-4, nr. 7; zie ook verder, bij de erkenning door een man, nr. 454).

De melding van een erkenning door een vrouw door de instrumenterende notaris blijft zonder gevolg indien er geen geboorteakte bestaat. In dergelijk geval krijgt de notariële erkenningsakte geen enkele vorm van publiciteit. Het occulte karakter van de akte kan leiden tot problemen bij de verdeling van de nalatenschap van de erkennende vrouw.

AFDELING IV

MODALITEITEN

§ 1. Erkenning door een vrouw die het kind niet heeft gebaard

130 Ook al is in artikel 313 § 1 B.W. sprake van de erkenning door de "moeder", er wordt algemeen aanvaard dat om het even welke vrouw een kind kan erkennen, zo het moederschap niet blijkt uit de geboorteakte. De "moeder" moet in artikel 313 § 1 B.W. begrepen worden als de "beweerde moeder" .

Zo kan de wensmoeder het kind erkennen van de draagmoeder die in het buitenland anoniem is bevallen, ook al wordt overwegend aangenomen dat de voorafgaande overeenkomst die daaromtrent tussen beiden werd gesloten nietig is (zie verder, nr. 1274).
SENAEVE voegt daar aan toe "tenzij het *prima facie* manifest uitgesloten zou zijn dat zij van het kind bevallen is" (P. SENAEVE, "Juridische aspecten van het draagmoederschap", *Vl. T. Gez.* 1988, (247) 252-253, nr. 15).

Voor deze auteur is het principiële uitgangspunt bij de erkenning door de moeder de biologische waarheid, de band tussen het kind en de vrouw die de zwangerschap heeft gedragen en het kind heeft gebaard (zie P. SENAEVE, "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 26-28, nrs. 18-20).

Deze toevoeging kan moeilijk aanvaard worden; zij kan alleen spelen op het vlak van de betwisting van de erkenning, niet op het vlak van de erkenning zelf. Een erkenning door een vrouw dient geenszins in overeenstemming te zijn met de biologische werkelijkheid; ook een vrouw die het kind niet gebaard heeft kan tot erkenning overgaan.

§ 2. Erkenning door een onbekwame vrouw (art. 328 eerste lid B.W.)

131 De erkenning kan geschieden door een onbekwame (art. 328 eerste lid B.W.).
Minderjarige meisjes en geesteszieke of geesteszwakke meerderjarige vrouwen kunnen tot erkenning overgaan voor zover zij over het nodige onderscheidingsvermogen beschikken om de draagwijdte van hun rechtshandeling te beseffen.

In de praktijk zal een geslachtsrijp minderjarig meisje normaliter geldig een kind kunnen erkennen, een gerechtelijk onbekwaamverklaarde of een verlengd minderjarige vrouw allicht niet (J. GERLO, *Handboek Personen- en familierecht*, 16, nr. 31).
Alvorens de ambtenaar van de burgerlijke stand of de notaris de erkenningsakte opmaakt dient hij telkens *in concreto* na te gaan of de vrouw die het kind wil erkennen over het vereiste onderscheidingsvermogen beschikt; hij moet weigeren de akte op te maken indien de betrokkene kennelijk de draagwijdte van haar erkenning niet begrijpt.

§ 3. Erkenning van een verwekt kind vóór de geboorte: prenatale erkenning (art. 328 tweede lid B.W.)

132 De erkenning kan geschieden zowel ten gunste van een verwekt kind als ten gunste van een overleden kind (art. 328 tweede lid B.W.).
Allicht heeft de wetgever bij de formulering van deze bepaling vooral gedacht aan de erkenning van een buitenechtelijk kind door een man.
De algemeenheid van de regel uit artikel 328 tweede lid B.W. roept echter eveneens de vraag op of de gehuwde of ongehuwde moeder haar kind nog vóór de geboorte kan erkennen.

133 In de rechtsleer wordt overwegend aangenomen dat een vrouw het kind dat zij zal baren vóór de geboorte kan erkennen (voor modellen van een notariële akte strekkende tot erkenning door de moeder van een kind dat nog niet geboren is, zie C. DE WULF en H. DE DECKER, *Het opstellen van notariële akten*, I, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 205-206, nr. 168/3; *Rép. not.*, deel 1 Personenrecht, Boek XII Afstamming, p. 18-19, model 11). Ten gunste van dit standpunt worden diverse argumenten aangevoerd.

– Gelet op de algemene bewoordingen van artikel 328 tweede lid B.W. lijkt een prenatale erkenning door de moeder niet te kunnen worden uitgesloten. Bovendien is naar de letter aan artikel 313 § 1 B.W. voldaan: er is geen geboorteakte.
– Tevens wordt erop gewezen dat een prenatale erkenning door een vrouw zinvol is omdat de moeder belang heeft bij een erkenning vóór de geboorte: aldus komt de afstamming van moederszijde vóór de afstamming van vaderszijde vast te staan en kan de moeder in toepassing van artikel 335 § 3 eerste lid B.W. haar naam geven aan het kind (H. CASMAN, *Notarieel familierecht*, Gent, Mys & Breesch, 1991, 196, nr. 545, die spreekt over "het recht van de vrouw om haar afstammingsband vóór deze van de vader te laten vaststellen").
– Verder is beweerd dat de zwangere vrouw zich moet kunnen wapenen tegen de eventualiteit dat haar naam niet in de geboorteakte wordt vermeld of dat er geen geboorteakte wordt opgemaakt (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 328 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 3, nr. 5).
– Uit een niet-gepubliceerde omzendbrief van de Procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Gent blijkt daarenboven dat de moeder tijdens de zwangerschap tot erkenning kan overgaan om de afstamming reeds vóór de geboorte te doen vaststellen (Omz. 14 oktober 1987 met ref. R. nr. 50/87 betreffende Burgerlijke stand – Akten van de burgerlijke stand – Wet van 31 maart 1987, *onuitg.*, p. 16). Volgens een senator werd ingevolge deze circulaire bij een prenatale erkenning door een man meteen ook de erkenning door de moeder geakteerd "om zodoende de moederlijke afstamming al vast te stellen en haar de gelegenheid te geven om haar toestemming te verlenen bij de erkenning door een man" (*Vr. en Antw.* Senaat 1990-91, 30 juli 1991, 1794 (Vr. nr. 117 DE LOOR d.d. 23 mei 1991)).

Deze argumenten moeten echter worden verworpen. De prenatale erkenning door een vrouw is strijdig met de geest van de Afstammingswet en vooral met de beginselen van openbare orde inzake vaststelling van de afstamming van moederszijde en de naamgeving van het kind; deze beginselen zouden elke zin verliezen indien de mogelijkheid wordt geboden er door juridische kunstgrepen van af te wijken. Een dergelijke erkenning is niet verzoenbaar met de regel *Mater semper certa est* (art. 312 § 1 B.W.), waarbij de wetgever er blijkbaar impliciet van uitgegaan is dat het kind reeds geboren is.

De Minister van Justitie heeft zich in dezelfde zin uitgesproken. Op de parlementaire vraag of de moeder haar toestemming tot een prenatale erkenning door een man moet verlenen en of zij alsdan het kind eerst zelf moet erkennen antwoordde de minister dat de voorafgaande toestemming van de moeder steeds vereist is en dat er "geen reden is om af te wijken van de algemene regel tot vaststelling van de afstamming van moederszijde, zoals bepaald in artikel 312 § 1 van het Burgerlijk Wetboek" (*Vr. en Antw.* Senaat 1990-91, 30 juli 1991, 1795 (Vr. nr. 117 DE LOOR d.d. 23 mei 1991)).

Waar een prenatale erkenning door een ongehuwde moeder vóór de inwerkingtreding van de Afstammingswet zin had, is na die wet een prenatale erkenning door om het even welke vrouw (gehuwd of ongehuwd) uit den boze.

134 Een gelijkaardig probleem duikt overigens op i.v.m. een prenatale erkenning door een gehuwde vader. Deze problematiek wordt verder behandeld (zie verder, nr. 254).

§ 4. Erkenning van een overleden kind: postmortale (postume) erkenning (art. 328 tweede lid B.W.)

135 De erkenning kan geschieden ten gunste van een overleden kind indien dit afstammelingen heeft nagelaten (art. 328 tweede lid *in fine* B.W.; voor een model van notariële akte waarin een vrouw een overleden kind erkent, zie *Rép. not.*, deel 1 Personenrecht, Boek XII Afstamming, p. 22-23, model 13).

Hoewel dit niet is uitgedrukt, lijkt het vereist dat de afstammelingen nog in leven zijn (H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité*, II/2, 889, nr. 890). Uit de rechtspraak – i.v.m. de erkenning door een man – blijkt evenwel dat een zonder afstammelingen overleden kind erkend kan worden (zie verder, nr. 643).

§ 5. Erkenning van een reeds erkend kind – Opeenvolgende erkenningen (art. 329 B.W.)

136 Zo een kind wordt erkend door meer dan één persoon van hetzelfde geslacht, heeft alleen de eerste erkenning gevolg zolang ze niet is vernietigd (art. 329 B.W.).

Concreet betekent dit dat indien een kind door twee vrouwen is erkend, de eerste erkenning uitwerking blijft hebben zolang ze niet succesvol is betwist.

Niettegenstaande door de erkenning de afstamming van moederszijde *erga omnes* wordt vastgesteld, is een tweede of verdere erkenning door een andere vrouw ontvankelijk, zonder dat de vorige erkenning(en) vooraf nietig werd(en) verklaard. De notaris of ambtenaar van de burgerlijke stand kan derhalve niet weigeren een tweede of verdere erkenningsakte op te maken; wel hebben beiden daarbij de plicht de erkennende vrouw te wijzen op de draagwijdte van artikel 329 B.W. (zie, voor wat de notaris betreft, H. CASMAN, *Notarieel familierecht*, Gent, Mys & Breesch, 1991, 195, nr. 544). Deze tweede (en verdere) erkenningen heeft (hebben) echter geen gevolgen, zolang de vorige niet succesvol werd(en) betwist.

§ 6. Erkenning van een kind waarvan het moederschap reeds gerechtelijk is vastgesteld

137 Geen enkele wettekst verbiedt uitdrukkelijk de erkenning door een vrouw nadat de afstamming gerechtelijk werd vastgesteld t.a.v. een andere vrouw.

Artikel 313 § 1 B.W. bepaalt dat indien de naam van de moeder niet in de geboorteakte is vermeld of indien een geboorteakte ontbreekt, zij (*i.e.* de beweerde moeder) het kind kan erkennen; in een letterlijke interpretatie verzet deze bepaling zich dus niet tegen een erkenning wanneer het moederschap reeds eerder gerechtelijk is vastgesteld o.g.v. artikel 314 B.W.

Er zijn ook nog andere argumenten voor de stelling dat de beweerde moeder het kind kan erkennen waarvan het moederschap voordien reeds gerechtelijk werd vastgesteld. Aangezien de gerechtelijke vaststelling van het moederschap voor derden dezelfde uitwerking heeft als de erkenning en wel degelijk kan worden betwist door derdenverzet (art. 331*decies* B.W.) zou een analoge toepassing van artikel 329 B.W. kunnen worden verdedigd: in die redenering zou deze erkenning door een vrouw van een kind waarvan het moederschap reeds gerechtelijk werd vastgesteld geen gevolg hebben zolang het derdenverzet tegen de beslissing waarbij het moederschap oorspronkelijk werd vastgesteld niet bij een in kracht van gewijsde getreden gerechtelijke beslissing gegrond werd verklaard.

138 Ondanks het feit dat opeenvolgende erkenningen zijn toegelaten, moet artikel 329 B.W. ons inziens, als uitzondering, beperkend worden uitgelegd en toegepast. Een erkenning na een voorafgaandelijke gerechtelijke vaststelling, die niet werd vernietigd na een procedure van derdenverzet, is niet ontvankelijk (eveneens in die zin: J. GERLO, *Handboek Personen- en familierecht*, 17, nr. 35). Een gerechtelijke vaststelling van het moederschap kan niet volkomen worden gelijkgesteld met een erkenning. Het is ons inziens niet onlogisch dat een afstammingsband die door een rechterlijke uitspraak is vastgesteld een juridische belemmering vormt voor een erkenning, die een vrijwillige wijze van vaststelling van de afstamming is.

§ 7. Erkenning van een geadopteerd of te adopteren kind

139 Erkenning van een reeds geadopteerd kind is mogelijk. In artikel 350 B.W. (vgl. het oude art. 362 B.W.) is aandacht besteed aan het geval dat de afstamming van een geadopteerd kind wordt vastgesteld.

Een onderscheid moet worden gemaakt tussen het geval waarin een kind wordt erkend door de vrouw die het eerder al adopteerde en het geval dat een reeds geadopteerd kind erkend wordt door een derde (vrouw).

– Een erkenning van een kind door zijn adoptante nadat het vonnis van adoptie in kracht van gewijsde is gegaan, maakt vanaf dat tijdstip en voor de toekomst een einde aan de adoptie ten aanzien van die adoptante (art. 350 eerste lid B.W.).

– Wanneer een andere persoon dan de adoptante (een derde) een geadopteerd kind erkent nadat het adoptievonnis in kracht van gewijsde is gegaan, dan maakt deze vorm van vaststelling van de afstamming geen einde aan de adoptie. Indien het om een gewone adoptie gaat, heeft de erkenning gevolgen voorzover deze niet strijdig zijn met de adoptie. Indien het een volle adoptie betreft, heeft de erkenning slechts de toepassing van de verbodsbepalingen inzake het huwelijk bedoeld in de artikelen 161 en 164 B.W. tot gevolg (art. 350 tweede lid B.W.).

De gevolgen van een erkenning van een geadopteerd kind op het vlak van het recht op levensonderhoud, erfrecht, ouderlijk gezag en de naam worden verder in dit werk verduidelijkt, in het raam van de erkenning door een man (zie *mutatis mutandis* nr. 410), nu deze beduidend meer voorkomt in de praktijk.

140 In het bijzondere geval dat een kind zou worden erkend tijdens een adoptieprocedure – na de opmaak van het verzoek tot adoptie, maar alvorens de adoptie is voltooid – gaat het niet om een geadopteerd kind dat wordt erkend en heeft de erkenning alle gevolgen die met de vaststelling van de afstamming gepaard gaan, ook al zouden ze strijdig zijn met de – latere – adoptie (art. 350 tweede lid B.W. *a contrario*, vgl. het oude art. 362 B.W. *a contrario*). De adoptie is evenwel niet mogelijk indien de adoptante tevens de erkennende vrouw is. Dergelijke adoptie is sinds de inwerkingtreding van de Afstammingswet zonder voorwerp geworden; zij kan geen enkel voordeel meer bieden voor het kind dat al door de kandidaat-adoptante is erkend (zie reeds boven, nrs. 109-111, inzake het statuut van een buitenhuwelijks kind dat vóór de inwerkingtreding van de Afstammingswet door zijn moeder was geadopteerd). Met de hervorming van het adoptierecht is deze regel in de wet ingeschreven: artikel 344-2 B.W. bepaalt dat een persoon van wie de afstamming van moederszijde vaststaat, niet door zijn moeder kan worden geadopteerd.

AFDELING V

VERTEGENWOORDIGING VAN DE ERKENNENDE VROUW

141 Het is mogelijk dat een wilsbekwame vrouw die zich in het buitenland bevindt in België een kind wil erkennen. Op dat ogenblik rijst de vraag of zij zich kan laten vertegenwoordigen. Hoewel die mogelijkheid in de doctrine is verdedigd, moet ons inziens worden aangenomen dat een erkenning via een lasthebber niet mogelijk is (zie *in extenso* verder, inzake de erkenning door een man, nrs. 437-439).

Ook een wilsonbekwame vrouw die een kind wenst te erkennen kan zich niet laten vertegenwoordigen, gelet op het strikt persoonlijk karakter van de erkenning als rechtshandeling.

Aangezien de erkenning moet uitgaan van de erkenner zelf, is het overigens ook uitgesloten dat het moederschap van een overleden vrouw via erkenning – door een vertegenwoordiger van de overledene – wordt vastgesteld.

AFDELING VI

KOSTEN I.V.M. DE OPMAAK VAN DE ERKENNINGSAKTE

142 Hiervoor kan integraal worden verwezen naar wat zal worden uiteengezet bij de erkenning door een man (zie verder, nr. 447).

AFDELING VII

UITWERKING – PUBLICITEIT

143 Zoals de geboorteakte heeft de erkenning de draagwijdte van een wettelijk vermoeden, dat vatbaar is voor tegenbewijs. Een erkenning door een vrouw die niet bevestigd wordt door bezit van staat kan door elke belanghebbende worden betwist (zie verder, nr. 809).

Door de erkenning wordt de afstamming *erga omnes* vastgesteld, en dit met terugwerkende kracht vanaf de geboorte en zelfs tot het ogenblik van de verwekking, indien dit in het voordeel van het erkende kind is.

144 De publiciteit inzake de erkenning door een vrouw – die bestaat in de kantmelding van de erkenning in de geboorteakte van het kind – werd eerder besproken (zie boven, nr. 129). De erkenning door een overspelige vrouw kent

een bijzondere vorm van publiciteit t.a.v. bepaalde personen als voorwaarde voor de tegenwerpelijkheid van de erkenning (de mededelingsplicht ex art. 313 § 3 B.W. wordt verder besproken, zie verder, nr. 213 e.v.).

HOOFDSTUK III

GERECHTELIJKE VASTSTELLING VAN HET MOEDERSCHAP

AFDELING I

BEGRIPSOMSCHRIJVING

145 De gerechtelijke vaststelling van het moederschap wordt in de doctrine soms ook – naar analogie met het onderzoek naar het vaderschap (zie afdeling 3 van Titel VII van Boek I B.W.) – "onderzoek naar het moederschap" genoemd. De rechtbank zal inderdaad onderzoeken of volgens de wettelijke regels een afstammingsband tussen het kind en zijn vermeende moeder kan worden vastgesteld. Het resultaat van een succesvol onderzoek naar het moederschap is een vonnis of arrest dat het juridisch moederschap van een vrouw vaststelt.

In het Burgerlijk Wetboek is de gerechtelijke vaststelling van het moederschap opgevat als een gedwongen wijze van vaststelling van de afstamming van een kind, dit in tegenstelling tot de erkenning door een vrouw die vrijwillig wordt gedaan.

AFDELING II

GRONDVOORWAARDEN

§ 1. Juridische grondslag: artikel 314 eerste lid B.W.

146 De afstamming van moederszijde kan gerechtelijk worden vastgesteld
– bij gebreke van akte van geboorte of van vermelding van de naam van de moeder in de geboorteakte;
– wanneer het kind onder valse namen in de geboorteakte is ingeschreven (art. 314 eerste lid B.W.).

In een *obiter dictum* van een vonnis waarin de vordering tot betwisting van het moederschap – en het vaderschap van de echtgenoot – gegrond werd verklaard, merkte de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel op dat de wetgever het kind uitdrukkelijk middels artikel 314 B.W. de mogelijkheid heeft gegeven de biologische waarheid i.v.m. zijn geboorte te laten blijken t.o.v. de vrouw die valselijk beweerd heeft het te hebben gebaard (Rb. Brussel 7 januari 1998, *Pas.* 1997, III, 2 en *T.B.B.R.* 2002, 212, noot A.-Ch. Van Gysel).

In dit laatste geval gaat het onderzoek naar het moederschap noodzakelijkerwijze gepaard met de betwisting van het moederschap blijkend uit de geboorteakte (art. 312 § 2 B.W.); de vordering kan slechts worden ingesteld als het kind geen met de vervalste geboorteakte overeenstemmend bezit van staat

heeft (art. 312 § 3 B.W.; zie verder, nr. 781 e.v.). De procedure tot betwisting van het moederschap blijkend uit de geboorteakte moet evenwel niet voorafgaandelijk worden gevoerd (J. GERLO, *Handboek Personen- en familierecht*, 18, nr. 37; in dezelfde zin: P. SENAEVE, *Compendium*, 307, nr. 766).

147 In beide gevallen is de gerechtelijke vaststelling van het moederschap slechts mogelijk zo het kind niet werd erkend (art. 314 eerste lid B.W.). Hieruit blijkt dat het gerechtelijk onderzoek naar het moederschap pas de derde en tevens residuaire wijze is via dewelke de afstamming van moederszijde juridisch kan worden vastgesteld.

Een vordering tot nietigverklaring van een "valse" erkenning die niet bevestigd wordt door bezit van staat t.a.v. de erkennende vrouw en een vordering tot gerechtelijke vaststelling van het moederschap kunnen ons inziens niet worden samengevoegd (*anders*: G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, V. DE SAEDELEER en K. JACOBS, "Overzicht van rechtspraak. Personen- en familierecht (1988-1994)", *T.P.R.* 1994, (2073) 2223, nr. 319). De rechtbank die de erkenning door een vrouw vernietigt is niet bevoegd om in hetzelfde vonnis het moederschap vast te stellen. De grondvoorwaarde dat het kind niet werd erkend is immers slechts vervuld vanaf het ogenblik dat het vonnis of arrest dat de erkenning vernietigt in kracht van gewijsde is getreden.

Dit principe werd reeds door rechtspraak bevestigd inzake het vaderschap; de rechtbank die de erkenning door een man vernietigde, achtte zich niet bevoegd om in hetzelfde vonnis het vaderschap van de man die de erkenning met succes had betwist, vast te stellen. De toepassingsvoorwaarde voor artikel 322 eerste lid B.W. i.v.m. de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap is volgens de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel pas vervuld wanneer het vonnis dat de erkenning vernietigde in kracht van gewijsde is getreden (Rb. Brussel 28 juni 1988, *Pas.* 1989, III, 21).

§ 2. Overgangsrecht

148 Onder het oude afstammingsrecht werd een onderscheid gemaakt, al naargelang het een onderzoek naar het moederschap binnen of buiten het huwelijk betrof.

– Het (hoogst uitzonderlijke) onderzoek naar het moederschap binnen het huwelijk kon worden ingesteld tegen een vrouw die op enig tijdstip van de wettelijke zwangerschapstermijn gehuwd is geweest (het vroegere "wettige" moederschap), maar niet in de geboorteakte als moeder werd vermeld (art. 323 (oud) B.W.; zie H. DE PAGE, *Traité*, I, 1129-1132, nrs. 1052-1056).

Bij gebreke van een titel en van voortdurend bezit van staat, of wanneer het kind was ingeschreven hetzij onder valse namen, hetzij als geboren uit onbekende ouders, kon de afstamming door getuigen worden bewezen (art. 323 eerste lid (oud) B.W.). Dit bewijs kon echter niet worden toegelaten dan wanneer er een begin van bewijs door geschrift bestond (zie art. 324 (oud) B.W.) of wanneer de vermoedens of aanwijzingen, voortvloeiende uit reeds vaststaande feiten, gewichtig genoeg waren om tot de toelating van dit bewijs te besluiten (art. 323 tweede lid (oud) B.W.). Het tegenbewijs kon worden geleverd door alle middelen welke geschikt zijn om aan te tonen dat de eiser niet het kind is van de moeder die hij voorgeeft te hebben (art. 325 (oud) B.W.).

– De vordering tot onderzoek naar het moederschap buiten het huwelijk (het vroegere "natuurlijke" moederschap) werd onder gelding van het oude recht afhankelijk gesteld van een aantal toelaatbaarheidsvereisten die limitatief in de wet waren opgesomd (oud art. 341*a* B.W.).

Onderzoek naar het buitenhuwelijks moederschap was toegelaten:
1° wanneer er bezit van staat was overeenkomstig de bepalingen van artikel 321 (oud) B.W.;
2° wanneer de bevalling van de beweerde moeder en de identiteit van de eiser met het kind waarvan zij bevallen is, waarschijnlijk werden gemaakt door een begin van bewijs door geschrift, overeenkomstig de bepalingen van artikel 324 (oud) B.W., of door de vermeldingen in de geboorteakte.

Hoe deze grondvoorwaarden in een overgangsrechtelijke situatie moeten worden bewezen, wordt verder besproken, bij de behandeling van het overgangsrecht inzake het te leveren bewijs voor de gerechtelijke vaststelling van het moederschap (zie verder, nrs. 157-159).

AFDELING III

BEWIJSREGELING

149 De persoon die de vordering tot gerechtelijke vaststelling van het moederschap heeft ingesteld – de eiser – moet het bewijs leveren dat het kind hetzelfde is als dat van wie de vermeende moeder is bevallen (art. 314 derde lid B.W.).
Hij kan zulks bewijzen op twee manieren:
– door aan te tonen dat het kind bezit van staat heeft t.a.v. de vermeende moeder (art. 314 vierde lid B.W.) (§ 1);
– bij gebreke van bezit van staat kan het bewijs van de afstamming door alle wettelijke middelen worden geleverd. Het tegenbewijs kan eveneens door alle wettelijke middelen worden geleverd (art. 314 vijfde lid B.W.) (§ 2).

§ 1. Bewijs door bezit van staat

A. DE NOTIE "BEZIT VAN STAAT"

150 "Bezit" wijst op een feitelijke realiteit en dit ongeacht de juridische werkelijkheid. "Bezit van staat" impliceert een behandeling en feitelijke gedragingen die wijzen in de richting van de uitoefening van rechten en de naleving van plichten, ongeacht de vraag of men een bepaalde afstammingsrelatie ook juridisch heeft.

Het bezit van staat heeft een enkelvoudig maar tweezijdig karakter: enerzijds kan iemand die het bezit heeft van een staat die juridisch de zijne niet is, niet het bezit hebben van de staat die juridisch wel de zijne is en omgekeerd (enkelvoudig); anderzijds kan een kind tegelijkertijd tegenover één

man en één vrouw het bezit van de staat van kind-afstammeling hebben (tweezijdig).

B. VEREISTEN

151 Luidens artikel 331*nonies* eerste en tweede lid B.W. moet het bezit van staat (van een kind t.a.v. een ouder) voortdurend zijn en wordt het bewezen door feiten die tesamen of afzonderlijk de betrekking van afstamming aantonen.

Artikel 331*nonies* derde lid B.W. geeft een exemplatieve opsomming van zes feiten en gegevens die deze afstammingsbetrekking aantonen.
Toegepast op het gerechtelijk vast te stellen moederschap zijn die feiten onder meer:
– dat het kind altijd de naam heeft gedragen van de vrouw van wie wordt gezegd dat het afstamt;
– dat deze vrouw het kind altijd als haar kind heeft behandeld;
– dat die vrouw als moeder in het onderhoud en de opvoeding van het kind heeft voorzien;
– dat het kind die vrouw heeft behandeld als zijn moeder;
– dat het kind als haar kind wordt erkend door de familie en de maatschappij;
– dat de openbare overheid het als zodanig beschouwt.

Deze elementen – duidelijk gesteund op de drie klassieke componenten van het bezit van staat *nomen, fama* en *tractatus* – moeten niet alle gerealiseerd zijn; ook andere feiten en gegevens kunnen worden aangevoerd. Het komt aan de feitenrechter toe te beoordelen of het aantal en het belang van de aangevoerde feiten voldoende is (Cass. 9 juni 1938, *Pas.* 1938, I, 207, concl. Adv. Gen. GESCHÉ, inzake de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap).

Vereist is dat er voldoende betekenisvolle elementen zijn die wijzen op dit voortdurend bezit van staat en dat alle bestaande aanwijzingen convergerend zijn; het bezit van staat mag m.a.w. niet dubbelzinnig zijn.

Aanwijzingen kunnen slechts als betekenisvol worden beschouwd indien de gedragingen van de betrokken vrouw niet verklaard kunnen worden vanuit een andere hoedanigheid dan die van moeder. Wanneer een vrouw een kind als het hare opvoedt, maar dit gebeurt bv. op basis van een gerechtelijke beslissing die haar het kind toevertrouwt met het oog op een adoptie, dan kan deze gedraging niet betekenisvol zijn voor een bezit van staat (P. SENAEVE, "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 89-90, nr. 153).

Bij gebrek aan rechtspraak i.v.m. het bezit van staat in de context van de gerechtelijke vaststelling van het moederschap, wordt voor een bespreking van de vereisten die aan een deugdelijk bezit van staat worden gesteld, ver-

wezen naar de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap en – vooral – naar de betwisting van een erkenning door een man (zie verder, resp. nr. 476 en nrs. 1026-1033).

152 Wanneer er bezit van staat t.a.v. een vrouw is ontstaan na verwisseling van kinderen, zou kunnen worden opgeworpen dat dit bezit van staat "te kwader trouw" is en niet tot de vaststelling van de afstamming zou kunnen leiden. Bedenkingen in die richting (zie Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 40-41) hebben in elk geval geen weerslag gevonden in de wettekst, zodat besloten kan worden dat de goede trouw geen voorwaarde kan zijn voor een deugdelijk bezit van staat (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 331*nonies* B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 4, nr. 6). Bezit van staat kan dus worden aanvaard in hoofde van betrokkenen die weten dat er geen biologische grondslag bestaat voor de vestiging van de afstammingsrelatie langs moederszijde die feitelijk wordt beleefd.

C. DRAAGWIJDTE

153 De vraag rijst wat de draagwijdte is van het bezit van staat in artikel 314 vijfde lid B.W. Ingevolge deze bepaling kan "bij gebreke van bezit van staat" door alle wettelijke middelen worden bewezen dat het kind in kwestie niet datgene is waarvan de vermeende moeder is bevallen. Discussie bestaat over de vraag of het bezit van staat een weerlegbaar, dan wel een onweerlegbaar vermoeden van moederschap inhoudt.

In het verslag van de Senaatscommissie wordt uitdrukkelijk vermeld dat het bezit van staat slechts "een *praesumptio juris tantum* van de afstamming van moederszijde zal zijn" (Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 44). De meeste auteurs zijn dan ook van oordeel dat dit vermoeden kan worden weerlegd door de verwerende partij die bewijst dat de beweerde moeder niet van het bewuste kind is bevallen. In die optiek zou artikel 314 vierde lid B.W. enkel een bewijsfunctie hebben, zodanig dat het bezit van staat slechts een vermoeden zou creëren van het feit dat het kind hetzelfde is als dat van wie de moeder is bevallen (art. 314 derde lid B.W.); dit vermoeden zou steeds gekeerd kunnen worden door het leveren van het tegenbewijs overeenkomstig artikel 314 vierde lid *in fine* B.W. (in die zin: P. SENAEVE, *Compendium*, 307, nr. 769; J.-P. MASSON, "Examen de jurisprudence (1984-1990). Les Personnes. Deuxième partie. Relations familiales", *R.C.J.B.* 1993, (487) 512-513, nr. 139; G. BAETEMAN, *Overzicht*, 591, nr. 949; H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité*, II/2, 900, nr. 909; M.-Th. MEULDERS-KLEIN, "L'établissement et les effets personnels de la filiation selon la loi belge du 31 mars 1987", *Ann. dr. Louvain* 1987, (213) 238, nr. 48; E. VIEUJEAN, "Le nouveau droit de la filiation", *Ann. dr. Liège* 1987, (97) 108, nr. 13).

De wettekst zelf heeft ons inziens aan het bezit van staat de betekenis van een onweerlegbaar vermoeden gegeven, nu de mogelijkheid van tegenbewijs alleen is opgenomen in artikel 314 vijfde lid B.W. ("bij gebreke van bezit van staat") en niet in artikel 314 vierde lid B.W. (wanneer is aangetoond dat het kind t.a.v. de vermeende moeder bezit van staat heeft) (in dezelfde zin: A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 314 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1998, 6-7, nr. 11; J. DALCQ, "La réforme du droit de la filiation", *J.T.* 1987, (393) 395, nr. 7).

Het zou van slechte dogmatiek getuigen om het bezit van staat in artikel 314 B.W. een andere draagwijdte te geven dan degene die het onmiskenbaar heeft in andere bepalingen van het afstammingsrecht: ook in de artikelen 312 § 3 en 330 § 2 tweede lid B.W. heeft het bezit van staat een onweerlegbaar karakter. Het parallellisme is het duidelijkst in artikel 324 B.W.: inzake de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap is het bewijs door alle wettelijke middelen – eveneens – slechts mogelijk bij gebreke van bezit van staat. In deze bepaling wordt de mogelijkheid om het tegenbewijs te leveren zelfs niet vermeld.

Luidens artikel 331*septies* B.W. beslechten de rechtbanken de geschillen betreffende de afstamming waarvoor de wet geen regeling getroffen heeft, door de meest waarschijnlijke afstamming met alle rechtsmiddelen vast te stellen. Zo de andere bewijsmiddelen onvoldoende zijn, wordt bezit van staat in aanmerking genomen. Aangezien de wet terzake wel degelijk een regeling heeft getroffen (art. 314 derde tot vijfde lid B.W.), dient te worden aangenomen dat artikel 331*septies* B.W. niet van toepassing is op de bewijsmiddelen en de bewijsvoering in afstammingsvorderingen die de gerechtelijke vaststelling van het moederschap betreffen. Aldus heeft het bezit van staat in deze materie zeker een primaire bewijsfunctie, ondanks het feit dat artikel 331*septies* B.W. aan het bezit van staat principieel de functie van een subsidiair bewijsmiddel toekent.

§ 2. Bewijs en tegenbewijs door alle wettelijke middelen

A. BEWIJS VAN DE BEVALLING

154 De eiser moet het bewijs leveren dat het kind hetzelfde is als datgene van wie de vermeende moeder is bevallen (art. 314 derde lid B.W.).

Het bewijs van genetisch moederschap is niet doorslaggevend; wat moet worden bewezen is het materiële feit van de bevalling.

In de meeste gevallen zal de vrouw die van het kind bevallen is tevens de genetische moeder van het kind zijn, maar het is ook mogelijk dat een vrouw een kind heeft gebaard dat verwekt is met de eicel van een andere vrouw (zie verder, nrs. 1268-1269). In dergelijk geval is de vrouw die het kind ter wereld heeft gebracht niet de genetische moeder van het kind. Toch zal de vordering tot gerechtelijke vaststelling van het moederschap van de vrouw die bewijst dat zij de eicel heeft geleverd waaruit het kind is ontstaan, niet gegrond kunnen worden verklaard, ook al blijkt na een deskundigenonderzoek dat deze vrouw de genetische moeder is. Het biofysiologisch moederschap van de vrouw die van het kind bevallen is primeert op het genetische moederschap van de vrouw die een eicel heeft afgestaan.

155 Bij gebreke van bezit van staat t.a.v. de vermeende moeder van het kind, kan het bewijs van de afstamming in een procedure tot gerechtelijke vaststelling van het moederschap door alle wettelijke middelen worden geleverd. Het tegenbewijs kan eveneens door alle wettelijke middelen worden geleverd (art. 314 vijfde lid B.W.).

Concreet betekent dit dat door alle wettelijke middelen kan worden bewezen dat een bepaalde vrouw van een bepaald kind is bevallen (*i.e.* "het bewijs"). Het gaat om een subsidiaire bewijsmogelijkheid, want indien het bewijs van de bevalling door bezit van staat wordt geleverd, kan geen enkel bewijsmiddel meer worden aangewend om aan te tonen dat de vrouw ten aanzien van wie het kind bezit van staat heeft niet bevallen is van het kind. Het bezit van staat in artikel 314 B.W. heeft immers de draagwijdte van een onweerlegbaar vermoeden (zie boven, nr. 153).

Op voorwaarde dat de bevalling niet bewezen is door bezit van staat, kan dus door alle wettelijke middelen worden bewezen dat een vrouw van een kind bevallen is. De verweerders in deze procedure tot gerechtelijke vaststelling van het moederschap kunnen dan op hun beurt door alle wettelijke middelen bewijzen dat deze vrouw niet bevallen is van het kind (*i.e.* "het tegenbewijs").

Het is evident dat het tegenbewijs zinloos is als een deskundigenonderzoek uitsluitsel geeft over het moederschap (met uitzondering van het geval waarin artificiële procreatietechnieken werden aangewend, zie verder, Deel IV) en des te meer zin heeft als het moederschap bewezen werd door andere bewijsmiddelen.

B. BEWIJSMIDDELEN

156 Hoewel de wet bepaalt dat het bewijs dat een bepaalde vrouw al dan niet daadwerkelijk is bevallen van een bepaald kind door alle wettelijke middelen kan worden geleverd, is het niet zo dat alle bewijsmiddelen uit het algemeen verbintenissenrecht, nl. het geschrift, getuigen, vermoedens, de bekentenis en de eed, zonder meer kunnen worden aangewend. Het feit dat de afstamming de openbare orde raakt, brengt beperkingen met zich mee op het vak van de aanwending van de wettelijke bewijsmiddelen.

Aangezien elk afstammingsgeschil dat voor de rechtbank wordt gebracht de staat van de persoon raakt, kan ook inzake het onderzoek naar het moederschap geen gedingbeslissende eed worden opgedragen. Dit bewijsmiddel kan enkel worden toegelaten in zaken van privaat belang, maar niet wanneer de te beslechten zaak de openbare orde raakt (Cass. 9 juni 1879, *Pas.* 1879, I, 293); over de staat van personen kan geen dading worden aangegaan. Om dezelfde reden kan ook de gerechtelijke bekentenis principieel niet beslissend zijn; ze kan daarentegen wel worden weerhouden indien ze bevestigd wordt door andere elementen (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 331*septies* B.W.", in *Comm. Pers.*, 1998, 2, nr. 2). De rechtbanken zullen het getuigenbewijs met dezelfde voorzichtigheid benaderen (V. POULEAU, "Les preuves", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, (85) 128, nr. 41).

Met uitzondering van het geval waarin kunstmatige voortplantingstechnieken werden aangewend, is het sterkste bewijsmiddel ongetwijfeld een deskundigenonderzoek, dat kan worden bevolen op vraag van elke partij. Luidens artikel 331*octies* B.W. kunnen de rechtbanken, zelfs ambtshalve, een bloedonderzoek of enig ander onderzoek volgens beproefde wetenschappelijke methodes, gelasten. Deze bepaling is een bevestiging van het gemeenrechtelijke artikel 962 Ger. W.
Het bewijs van een afstammingsband d.m.v. een deskundigenonderzoek wordt verder uitgebreid behandeld, bij de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap (zie *in extenso,* nrs. 482-505).

§ 3. Overgangsrecht

A. ER WAS OP 6 JUNI 1987 EEN VORDERING TOT GERECHTELIJKE VASTSTELLING VAN HET MOEDERSCHAP HANGENDE

157 Onverminderd artikel 109 Afstammingswet, is artikel 314 B.W. van toepassing op de rechtsvorderingen tot inroeping van staat of tot onderzoek naar het moederschap, ingesteld vóór 6 juni 1987, indien zij nog niet zijn afgedaan door een in kracht van gewijsde gegane beslissing (art. 112 Afstammingswet).

Vóór de inwerkingtreding van de Afstammingswet op 6 juni 1987 was het onderzoek naar het moederschap slechts toegelaten wanneer het kind bezit van staat had t.a.v. de beweerde moeder, overeenkomstig de bepalingen van artikel 320 (oud) B.W. (1°) of wanneer de bevalling van de beweerde moeder en de identiteit van de eiser met het kind waarvan zij bevallen is, waarschijnlijk worden gemaakt door een begin van bewijs door geschrift, overeenkomstig de bepalingen van artikel 324 (oud) B.W., of door de vermeldingen van de akte van geboorte (2°) (art. 341*a* (oud) B.W.).

Onder gelding van het nieuwe recht kan het moederschap worden vastgesteld bij gebrek aan geboorteakte, wanneer de vermelding van de naam van de moeder in die akte ontbreekt, of wanneer het kind onder valse namen is ingeschreven en indien het niet door een vrouw is erkend. Bewezen moet worden dat het kind hetzelfde is als dat van wie de vermeende moeder is bevallen. Dit bewijs kan worden geleverd door bezit van staat t.a.v. de vermeende moeder en, bij gebrek aan bezit van staat, door alle wettelijke middelen. Het tegenbewijs kan eveneens door alle wettelijke middelen worden geleverd (art. 314 B.W.).

Het oude artikel 320 B.W. aanvaardde het voortdurend bezit van staat van een wettig kind als een buitengerechtelijke vaststellingswijze voor de moederlijke afstamming bij gebrek aan geboorteakte. Op die manier kon, onder het vroegere recht, het kind zijn rechten als wettig kind laten gelden, zonder over een formele bewijsakte te moeten beschikken (R. VANCRAENENBROECK, "Overgangsbepalingen", in G. BAETEMAN (ed.), *Afstamming en adoptie*, Brussel, E. Story-Scientia, 1987, 376, nrs. 587-588). De draagwijdte van het bezit van staat onder de nieuwe wetgeving is betwist (zie boven, nr. 153); het bezit van staat vormt – anders dan vroeger – niet meer onmiskenbaar een autonome wijze om de moederlijke afstamming vast te stellen (zie Verslag kamercommissie, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 378/16, 82, waar met zoveel woorden staat te lezen dat "het bezit van staat in het wetsontwerp een juridisch bewijsmiddel wordt zoals andere"). Toch is het de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever geweest te voorkomen dat de kinderen waarvan de afstamming volgens de vroegere wetgeving werd vastgesteld o.g.v. bezit van staat, onder het nieuwe recht verplicht zouden worden het moederschap gerechtelijk te laten vaststellen. Deze wil van de wetgever is vertaald in een specifieke overgangsbepaling. Artikel 109 Afstammingswet bepaalt dat indien een kind dat vóór 6 juni 1987 geboren is uit een vrouw die op enig tijdstip van de zwangerschap gehuwd is geweest, geen geboorteakte heeft of indien de geboorteakte de naam van de moeder niet vermeldt, dit kind zijn afstamming kan bewijzen door het bezit van staat t.a.v. de moeder en haar echtgenoot (art. 109 Afstammingswet). In dat geval blijft artikel 320 (oud) B.W. dus voort-

leven (J. HERBOTS, "Overgangsbepalingen", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, 1987, 330, nr. 465).
Artikel 109 Afstammingswet voorziet echter ook dat een dergelijk kind kan worden erkend ("onverminderd het bepaalde in art. 313 van het Burgerlijk Wetboek"); indien die erkenning gebeurde door een andere vrouw dan deze waarvan men het moederschap gerechtelijk wil laten vaststellen o.g.v. bezit van staat, dan zal deze erkenning volledig gevolg hebben (Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 163) en dit ongeacht het feit of ze voor of na 6 juni 1987 plaatsvond. Hoewel erkenningen van wettige kinderen gedaan vóór de inwerkingtreding van de Afstammingswet aanvankelijk nietig waren, zijn deze door de toepassing van artikel 110 Afstammingswet (zie boven, nr. 120) immers opnieuw geldig geworden (R. VANCRAENENBROECK, "Overgangsbepalingen", in G. BAETEMAN (ed.), *Afstamming en adoptie*, Brussel, E. Story-Scientia, 1987, 380, nr. 592 *j°* 375-376, nr. 586). Zolang ze niet succesvol werd betwist, verhindert een erkenning door een vrouw de gerechtelijke vaststelling van het moederschap.

B. ER BESTOND OP 6 JUNI 1987 AL EEN IN KRACHT VAN GEWIJSDE GEGANE RECHTERLIJKE BESLISSING DIE DE VORDERING TOT ONDERZOEK NAAR HET MOEDERSCHAP HEEFT AFGEWEZEN

158 In de regel kunnen vonnissen gewezen krachtens het vroegere recht niet in het geding worden gebracht door de toepassing van de nieuwe wet (art. 111 eerste lid Afstammingswet). Een vordering tot onderzoek naar het moederschap die krachtens opgeheven of gewijzigde regels is afgewezen bij een in kracht van gewijsde gegane beslissing, vormt luidens artikel 111 tweede lid Afstammingswet echter geen beletsel voor het instellen van een nieuwe vordering tot vaststelling van de afstamming onder de voorwaarden bepaald in de nieuwe wet, evenwel zonder dat daaruit enig recht voor het verleden kan volgen.

Zo zal een vordering tot onderzoek naar het moederschap die onder de vroegere wetgeving werd afgewezen krachtens artikel 342*a* (oud) B.W. op grond van het feit dat het kind in overspel was verwekt, na 6 juni 1987 opnieuw kunnen worden ingesteld, nu de Afstammingswet het principiële verbod tot vaststelling van het overspelig moederschap heeft afgeschaft.

Daarentegen is het niet mogelijk een vordering tot gerechtelijke vaststelling van moederschap opnieuw in te stellen indien de in kracht van gewijsde gegane beslissing deze vordering onder gelding van het oude recht heeft afgewezen op een grond die ook onder het nieuwe recht bestaat, bv. wanneer het vonnis de vordering afwees wegens gebrek aan deugdelijk bezit van staat.

C. ER WAS OP 6 JUNI 1987 NOG GEEN VORDERING INGESTELD

159 Uit artikel 107 Afstammingswet en uit artikel 112 Afstammingswet kan – respectievelijk logisch en *a fortiori* – worden afgeleid dat het de nieuwe wet is

die bepaalt welke feiten moeten worden bewezen opdat de vordering tot gerechtelijke vaststelling van het moederschap die werd ingesteld na 6 juni 1987 m.b.t. een kind dat geboren is onder gelding van het oude afstammingsrecht, gegrond kan worden verklaard.

AFDELING IV

PROCEDURE

§ 1. Titularissen van de vordering

160 Als rechtsvordering tot inroeping van staat, blijft de vordering tot gerechtelijke vaststelling van het moederschap voorbehouden aan welbepaalde personen, vermeld in artikel 332*ter* eerste en tweede lid B.W.

161 Het Openbaar Ministerie is niet gerechtigd de vordering tot onderzoek naar het moederschap in te leiden (P. SENAEVE, *Compendium*, 308, nr. 770).

A. HET KIND OF DIENS AFSTAMMELINGEN

162 Uiteraard kan het onderzoek naar het moederschap worden gestart door het kind zelf (art. 332*ter* eerste lid B.W.) indien dit nog in leven is.

163 Zo het kind overleden is, kan de vordering tot gerechtelijke vaststelling van het moederschap worden ingeleid door diens afstammelingen (niet: diens erfgenamen); de afstammelingen van het kind kunnen de vordering slechts instellen vóór de vijfentwintigste verjaardag van hun ouder (art. 332*ter* tweede lid B.W.), m.a.w. vóór hun ouder (*i.e.* het kind) de leeftijd van vijfentwintig jaar zou bereikt hebben, ware hij niet overleden.

164 Waar alleen afstammelingen van het kind een vordering tot inroeping van staat kunnen instellen, kunnen de erfgenamen van het eisende kind (net zoals de erfgenamen van de eisende ouder) de reeds begonnen rechtsvordering (lees: vordering) tot gerechtelijke vaststelling van het moederschap voortzetten, tenzij de overleden verzoeker er uitdrukkelijk afstand van heeft gedaan (art. 331*quinquies* B.W.).

In artikel 331*quinquies in fine* B.W. wordt verkeerdelijk verwezen naar de afstand van de begonnen rechtsvordering. Het is duidelijk dat enkel een afstand van geding bedoeld kan zijn. Van het vorderingsrecht betreffende de afstamming kan immers niet worden afgezien (art. 331*quater* B.W.; voor uitgebreidere commentaar, zie verder, nrs. 520-522).

B. DE OUDERS VAN HET KIND

165 De vordering tot gerechtelijke vaststelling van het moederschap kan als rechtsvordering tot inroeping van staat worden ingesteld door elk van de

ouders van het kind persoonlijk (art. 332*ter* eerste lid *in fine* B.W.). Het is duidelijk dat de ene ouder (in deze context de vader) persoonlijk het recht heeft een vordering in te spannen om t.a.v. zijn kind het ouderschap van het andere geslacht (de moeder) te doen vaststellen (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 332*ter* B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 2, nr. 1; P. SENAEVE, *Compendium*, 308, nr. 770).

166 De vraag of de vrouw die beweert moeder van het kind te zijn zelf een vordering tot gerechtelijke vaststelling van haar moederschap kan instellen, is het voorwerp van een controverse in de rechtsleer.

Opgeworpen kan worden dat alleen de man wiens vaderschap vaststaat, het recht heeft een vordering tot vaststelling van het moederschap in te stellen: met "ouders" in de zin van artikel 332*ter* eerste lid B.W. worden in deze visie dan enkel de juridische ouders bedoeld; de "persoon" wiens moederschap wordt onderzocht is geen "ouder" (vgl. art. 332*ter* derde lid B.W.) (in die zin o.m. A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 332*ter* B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 2, nr. 1 (impliciet)).

Ons inziens moet de vraag toch positief worden beantwoord.

De bewoordingen van artikel 332*ter* eerste lid B.W "door *elk* (eigen cursivering) van zijn ouders persoonlijk" wijzen immers in de richting dat ook de vermeende moeder wel degelijk een vorderingsrecht bezit in geval van onderzoek naar het moederschap (in dezelfde zin, hoewel ten onrechte als louter theoretische mogelijkheid beschouwd: J. MELLAERTS, "Afstammingsgeschillen: een procesrechtelijke benadering", *T.P.R.* 1991, (1139) 1206, nr. 178).

Hoewel het tegendeel werd beweerd (zie bv. P. SENAEVE, "De afstamming langs moederszijde", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, 1987, 48, nr. 38) kan dergelijke vordering – en de daaruit volgende vaststelling van het moederschap – nuttig zijn: ook al kan de vermeende moeder steeds overgaan tot vrijwillige erkenning van haar kind, een moederlijke erkenning kan door iedere belanghebbende worden betwist (art. 330 § 1 eerste lid B.W.), terwijl de gerechtelijke vaststelling van het moederschap enkel via derdenverzet kan worden bestreden (art. 331*decies* eerste lid B.W; zie verder, nrs. 817-824).

167 Evenmin is duidelijk of na het overlijden van het kind de rechtsvordering van de vader (en de beweerde moeder) om de afstamming langs moederszijde gerechtelijk vast te stellen al dan niet vervalt.
Artikel 332*ter* B.W. kan immers op verschillende manieren worden gelezen (zie verder, nr. 528).

Wij menen dat een strikte interpretatie de voorkeur verdient, hetgeen inhoudt dat de vader en de beweerde moeder na het overlijden van het kind niet meer gerechtigd zijn om het moederschap gerechtelijk te doen vaststellen. Deze oplossing vindt steun in de duidelijke tekst van artikel 332*ter* tweede lid B.W., dat enkel de afstammelingen vermeldt (*Interpretatio cessat in claris*). Bovendien, mocht men niet aanvaarden dat er sprake is van verval, dan leidt dit standpunt tot de onlogische conclusie dat de vader na het overlijden van zijn kind – in de hypothese dat de dertigjarige termijn uit artikel 331*ter* B.W. is beginnen lopen vanaf de geboorte (zie verder, nrs. 535-538) – nog vijf jaar de tijd heeft om de vordering tot gerechtelijke vaststelling van het moederschap eventueel ten behoeve van zijn kleinkinderen in te stellen, terwijl deze laatsten

dit zelf niet meer zouden kunnen, gelet op het feit dat zij moeten ageren vóór de vijfentwintigste verjaardag van hun ouder (het overleden kind).

C. OVERGANGSRECHT

168 Al degenen die volgens de nieuwe wet titularis zijn van de vordering, maar enkel zij, hebben het vorderingsrecht ook t.a.v. kinderen die werden geboren vóór 6 juni 1987 (art. 107 eerste lid Afstammingswet).

De vader en de beweerde moeder kunnen nu ook in eigen naam de vordering tot onderzoek naar het moederschap instellen (art. 332*ter* eerste lid B.W.), ook al was onder het vroegere recht alleen het kind titularis van een dergelijke vordering (zie art. 341*b* eerste lid (oud) B.W.).

In elk geval kan deze vordering na het overlijden van het kind nu ook worden ingesteld door diens afstammelingen indien zij dit doen vóór de vijfentwintigste verjaardag van hun ouder (*i.e.* "het kind") (art. 119 § 1 Afstammingswet *j°* art. 332*ter* tweede lid B.W.).

Uit artikel 119 § 3 Afstammingswet kan *a contrario* worden afgeleid dat de erfgenamen van het beweerde wettig kind, die vóór 6 juni 1987 de rechtsvordering tot inroeping van staat van hun rechtsvoorganger konden instellen indien het kind was overleden tijdens zijn minderjarigheid of binnen vijf jaar na zijn meerderjarigheid (art. 329 (oud) B.W.), dit recht verliezen. Zij kunnen enkel een reeds ingestelde rechtsvordering voortzetten (art. 119 § 3 *in fine* Afstammingswet) (J. HERBOTS, "Het overgangsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, 331, nr. 468; R. VANCRAENENBROECK, "Overgangsbepalingen", in G. BAETEMAN (ed.), *Afstamming en adoptie*, Brussel, E. Story-Scientia, 1987, 389-390, nr. 603).

§ 2. Termijn om de vordering in te stellen (art. 331*ter* B.W.)

169 Wanneer de wet geen kortere termijn stelt, verjaren de vorderingen betreffende de afstamming door verloop van 30 jaar. Voor vorderingen tot inroeping van staat – zoals de vordering tot gerechtelijke vaststelling van het moederschap – moet die termijn worden gerekend vanaf de dag waarop het kind de staat die hij inroept is ontzegd (art. 331*ter* B.W.).

A. DERTIGJARIGE VERJARINGSTERMIJN

170 De 30-jarige termijn uit artikel 331*ter* B.W. is volgens een meerderheidsstrekking in de rechtsleer geen vervaltermijn, maar een verjaringstermijn die geschorst wordt tijdens de minderjarigheid.

Het vertrekpunt is "de dag waarop het kind de staat die hij inroept is ontzegd". Vandaag wordt aangenomen dat dit vertrekpunt niet noodzakelijk de geboortedag van het kind hoeft te zijn, maar dat ook rekening kan worden gehouden met het bezit van staat. Indien het kind bezit van staat t.a.v. de vermeende moeder geniet, gaat de dertigjarige termijn pas in op het ogenblik

dat dit bezit van staat is beëindigd. Wanneer er geen bezit van staat is, dan begint de verjaringstermijn te lopen vanaf de geboortedag van het kind.

Een uitgebreide analyse van de juridische aard en het vertrekpunt van de gemeenrechtelijke termijn in afstammingszaken volgt bij de behandeling van de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap, omdat nagenoeg alle rechtspraak i.v.m. artikel 331*ter* B.W. in die context is gewezen (zie *in extenso* verder, nrs. 532-544).

171 Opgemerkt moet worden dat een vordering tot gerechtelijke vaststelling van het moederschap niet kan worden ingesteld vóór de geboorte van het kind en evenmin indien het kind niet levensvatbaar ter wereld is gekomen (P. SENAEVE, *Compendium*, 335, nr. 858). Rechtsvorderingen m.b.t. de afstamming zijn immers luidens artikel 331*bis* B.W. niet ontvankelijk indien het kind niet levensvatbaar geboren is. Deze bepaling is van toepassing op vorderingen tot onderzoek naar het moederschap (J. SOSSON, "Quelques problèmes judiciaires d'application de la loi du 31 mars 1987", *J.T.* 1990, (301) 303, nr. 13). Hoewel een erkenning door een vrouw kan geschieden ten gunste van een verwekt kind (zie boven, nrs. 132-133), volstaat de verwekking niet voor het instellen van een tegensprekelijke afstammingsvordering zoals de vordering tot gerechtelijke vaststelling van het moederschap; een niet geboren kind kan overigens geen partij zijn in een rechtsgeding (J. GERLO, *Handboek Personen- en familierecht*, 22, nr. 48).
De toepassing van het adagium *Infans conceptus pro jam nato habetur quoties de commodis eius agitur* kan er ook niet toe leiden dat het ongeboren kind een afstammingsrelatie verkrijgt. Een voorwaarde voor de toepasselijkheid van deze rechtsspreuk is immers de geboorte als levensvatbaar kind; zolang het kind niet levensvatbaar is geboren, heeft de vordering tot vaststelling van zijn afstamming geen oorzaak en kan de eiser er ook geen belang bij hebben in de zin van de artikelen 17-18 Ger. W. (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 331*bis* B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 1, nr. 1).

De beslissing of een kind al dan niet levensvatbaar geboren is, berust op een appreciatie *in concreto*, die gesteund moet worden op medisch-deskundig advies.

B. OVERGANGSRECHT

172 Rechtsvorderingen tot onderzoek naar het moederschap die nog niet waren ingesteld bij de inwerkingtreding van de Afstammingswet op 6 juni 1987 zijn onderworpen aan de termijn uit artikel 331*ter* B.W. Artikel 119 § 1 Afstammingswet bepaalt immers dat deze bepaling mede van toepassing is op de rechtsvorderingen die nog niet zijn ingesteld bij de inwerkingtreding van deze wet.

173 De vraag of de vordering tijdig werd ingeleid, wordt beantwoord door het recht dat gold op het ogenblik van de inleiding.

174 Onder het oude afstammingsrecht werd i.v.m. de termijn voor het instellen van een onderzoek naar het moederschap een onderscheid gemaakt naargelang de afstamming binnen dan wel buiten het huwelijk moest worden vastgesteld.

1. Onderzoek naar het moederschap binnen het huwelijk

a. Het vroegere recht

175 De (hoogst uitzonderlijke) rechtsvordering tot onderzoek naar het moederschap binnen het huwelijk – *i.e.* t.a.v. een vrouw die op enig tijdstip van de wettelijke zwangerschapstermijn gehuwd is geweest (het vroegere "wettige" moederschap) – was onder het oude recht ten opzichte van het kind onverjaarbaar (oud art. 328 B.W.).

b. Overgangsregeling

176 Voor kinderen geboren vóór 6 juni 1987 zal de dertigjarige termijn bepaald in artikel 331*ter* B.W. wat deze – vroeger – onverjaarbare rechtsvordering betreft luidens artikel 119 § 2 Afstammingswet eerst beginnen te lopen bij de inwerkingtreding van de Afstammingswet (dus op 6 juni 1987), indien de ontzegging van de ingeroepen staat daaraan voorafgaat (zie ook Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 177; J. HERBOTS, "Het overgangsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, 331-332, nr. 469; R. VANCRAENENBROECK, "Overgangsbepalingen", in G. BAETEMAN (ed.), *Afstamming en adoptie*, Brussel, E. Story-Scientia, 1987, 390-391, nr. 604).

Indien het kind bezit van staat heeft t.a.v. de vermeende moeder, begint de termijn pas te lopen bij de gebeurlijke beëindiging van dit bezit van staat. Eerder werd al vermeld dat de afstamming van een huwelijks kind dat werd geboren vóór 6 juni 1987, zonder vermelding van de naam van de moeder in de geboorteakte, zelfs kan worden vastgesteld op basis van bezit van staat, zonder dat daartoe een gerechtelijke procedure dient te worden gevoerd; artikel 109 Afstammingswet laat artikel 320 (oud) B.W. in dit geval voortleven (zie boven, nr. 157).

2. Onderzoek naar het moederschap buiten het huwelijk

a. Het vroegere recht

177 De vordering tot onderzoek naar het moederschap buiten het huwelijk (het vroegere "natuurlijke" moederschap) werd onder gelding van het oude recht afhankelijk gesteld van een aantal toelaatbaarheidsvereisten die limitatief in de wet waren opgesomd (oud art. 341*a* B.W., zie boven, nr. 148).

Dit onderzoek was zelfs verboden wanneer de aldus vastgestelde afstammingsband een bloedschennige dan wel een overspelige verwekking tot uiting zou doen komen (oud art. 342*a* B.W. *j°* art. 335 (oud) B.W.). Voor kinderen die in overspel waren verwekt bestond er echter een uitzondering voor de gevallen waarin de erkenning van die kinderen was toegelaten (zie art. 335 (oud) B.W. dat verwijst naar art. 331 (oud) B.W.).

Een toelaatbare vordering tot onderzoek naar het moederschap was daarenboven in elk geval onderworpen aan een strikte vervaltermijn: in beginsel moest ze worden ingesteld vóór het verloop van vijf jaar sinds de meerderjarigheid van het kind (toentertijd – vóór art. 388 B.W. werd gewijzigd door de Wet van 19 januari 1990 – lag de meerderjarigheidsgrens nog op 21 jaar), dus vóór de zesentwintigste verjaardag van het kind; ingeval er bezit van staat was t.o.v. de beweerde moeder werd deze termijn – uitzonderlijk – verlengd tot één jaar na het overlijden van de beweerde moeder (art. 341*b* tweede en derde lid B.W.). In dat laatste geval kon het onderzoek dus nog worden ingesteld binnen het jaar na haar overlijden, en dit ongeacht de leeftijd van het kind.

b. Overgangsregeling

(i) Onderscheid naargelang de toelaatbaarheid van de vordering onder het vroegere recht

178 Het overgangsrecht i.v.m. het onderzoek naar het moederschap buiten het huwelijk is verschillend naargelang de vorderingen al dan niet ook onder het vroegere recht hadden kunnen worden ingesteld.

– Vorderingen die ook onder het oude afstammingsrecht toelaatbaar waren kunnen in toepassing van artikel 119 § 6 Afstammingswet niet meer worden ingesteld indien de door de vroegere wetgeving bepaalde termijn verstreken was op 6 juni 1987. Luidens deze bepaling blijft het vorderingsrecht immers vervallen indien de termijn die vroeger gold voor een rechtsvordering bij de inwerkingtreding van de Afstammingswet verstreken is, zelfs ingeval artikel 331*ter* B.W. een langere termijn stelt.

Is de door het vroegere recht bepaalde termijn nog niet verstreken vóór de inwerkingtreding van de Afstammingswet, dan geldt de termijn van het nieuwe artikel 331*ter* B.W.

Het Hof van Cassatie achtte artikel 8.1 E.V.R.M. te vaag om eruit af te leiden dat een buitenhuwelijks kind zonder tijdsbeperking moet worden toegelaten het bewijs van zijn moederlijke afstamming te leveren (Cass. 10 mei 1985, *Arr. Cass.* 1984-85, 1230, concl. A. TILLEKAERTS, *Pas.* 1985, I, 1122 en *R.W.* 1985-86, 1848, noot P. SENAEVE; zie boven, nr. 46).

– Vorderingen die onder het oude afstammingsrecht ontoelaatbaar waren – bv. omdat de voorwaarden van het oude artikel 341*a* B.W. niet vervuld waren, omdat het om een overspelig kind ging dat niet gewettigd kon worden (zie art. 342*a* *j°* art. 335 B.W.) of omdat een

bloedschennige afstamming aan het licht zou komen – vallen buiten het toepassingsgebied van artikel 119 § 6 Afstammingswet. Aangezien een vordering die niet bestaat niet kan verjaren (*Actioni nondum natae non praescribitur*), kan de verjaringstermijn van artikel 331*ter* B.W. pas beginnen lopen op het ogenblik van de inwerkingtreding van de Afstammingswet, nl. vanaf 6 juni 1987, met als gevolg dat de onder het vroegere recht ontoelaatbare vordering tot onderzoek naar het moederschap niet verjaard kan zijn vóór 6 juni 2017 (deze principes worden uitgebreider besproken bij de behandeling van het overgangsrecht i.v.m. de termijn om de vordering tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap in te stellen, zie verder, nrs. 539-543).

(ii) Verschil in behandeling tussen huwelijkse en buitenhuwelijkse kinderen

179 Via de toepassing van de overgangsbepaling uit artikel 119 § 6 Afstammingswet zou een buitenhuwelijks kind ook nu nog verhinderd kunnen worden een vordering tot vaststelling van het buitenhuwelijks moederschap in te stellen. Immers, via artikel 119 § 6 Afstammingswet kan de strikte vervaltermijn uit artikel 341*b* tweede en derde lid (oud) B.W. toepassing herwinnen. Ogenblikkelijk rijst dan de vraag of deze bepaling niet strijdig is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en artikel 14 *juncto* artikel 8 E.V.R.M. aangezien een dergelijke vervaltermijn niet bestond voor binnen het huwelijk geboren ("wettige") kinderen.

Hun vordering was ingevolge artikel 328 (oud) B.W. niet vatbaar voor verjaring, zodat zij in toepassing van artikel 119 § 2 Afstammingswet nog tot dertig jaar na de inwerkingtreding van de Afstammingswet (dus tot 6 juni 2017) een vordering tot onderzoek naar het moederschap kunnen instellen. Indien aan artikel 14 *juncto* artikel 8 E.V.R.M. – in een evolutieve en teleologische interpretatie zoals in het Marckx-arrest – directe werking zou worden toegekend, dan zou de vordering tot onderzoek naar het buitenhuwelijks moederschap toelaatbaar kunnen zijn vanaf 13 juni 1979.

Het Hof van Cassatie heeft zich over deze vraag uitgesproken in het raam van een onderzoek naar het buitenhuwelijks vaderschap, maar omwille van een op gebrekkige wijze geredigeerd cassatiemiddel kan uit het arrest niet worden afgeleid dat het hof bereid is aan een op het Marckx-arrest gebaseerde interpretatie van de artikelen 8 en 14 E.V.R.M. directe werking te verlenen (Cass. 11 februari 1994, *Arr. Cass.* 1994, 164, *Pas.* 1994, I, 164 en *R.W.* 1994-95, 547; zie *in extenso* verder, nr. 544).

§ 3. Partijen in het geding

180 Krachtens artikel 332*ter* derde lid B.W. moet de rechtsvordering tot inroeping van staat op zodanige wijze worden ingesteld dat het kind of zijn afstammelingen en degene van de ouders wiens vaderschap of moederschap vaststaat, alsook de persoon wiens moederschap of vaderschap wordt onderzocht, in het geding worden geroepen.

Indien de rechtsvordering tot onderzoek naar het moederschap tot gevolg kan hebben dat het vaderschap van de echtgenoot komt vast te staan o.g.v. artikel 315 of 317 B.W. (*i.e.* de vaderschapsregel, zie verder, nr. 238 e.v.), dan moet ze ook worden ingesteld tegen de echtgenoot en, in voorkomend geval, tegen de vorige echtgenoot van de vermeende moeder (art. 332*ter* vierde lid B.W.; zie ook verder, inzake de vaststelling van het moederschap van een overspelige vrouw, nr. 228).

Met de hypothese dat de vordering ook moet worden ingesteld tegen de vorige echtgenoot van de moeder is het bijzondere geval van artikel 317 B.W. bedoeld, waarin de nieuwe echtgenoot van de moeder principieel de vader is, maar de vorige echtgenoot geacht wordt de vader te zijn indien het vaderschap van de nieuwe echtgenoot met succes werd betwist. Deze vorige echtgenoot-vader kan dan op zijn beurt zijn vaderschap betwisten.

Praktisch betekent dit dat de vordering tot gerechtelijke vaststelling van het moederschap tegen de volgende personen moet worden ingesteld:
– indien de vader (wiens vaderschap vaststaat) de vordering inleidt: tegen de vermeende moeder en tegen het kind of (na zijn overlijden) diens afstammelingen;
– indien de vermeende moeder de vordering inleidt: tegen het kind of (na zijn overlijden) diens afstammelingen, tegen de vader, tegen de (eventuele) echtgenoot van de vermeende moeder en – in voorkomend geval – tegen haar vorige echtgenoot;
– indien het kind de vordering inleidt: tegen zijn vermeende moeder, tegen zijn vader, tegen de (eventuele) echtgenoot van zijn vermeende moeder en – in voorkomend geval – tegen haar vorige echtgenoot (in die zin: J. GERLO, "De afstamming langs moederszijde en vaderszijde", in G. BAETEMAN (ed.), *Afstamming en adoptie*, Brussel, E. Story-Scientia, 1987, 110, nr. 126).

SENAEVE verdedigt een enigszins andere opvatting inzake de in het geding te roepen personen: in het geval dat de vordering wordt ingesteld door het kind, zou het kind ze moeten inleiden tegen de beweerde moeder en – indien zij op enig moment van de wettelijke zwangerschapsperiode gehuwd is geweest – ook tegen de man die o.g.v. de vaderschapsregel vader van het kind zou zijn mocht de vordering tot onderzoek naar het moederschap slagen. Enkel deze personen zouden als "verwerende partij(en)" worden beschouwd. De vader van het kind zou de hoedanigheid van "tussenkomende partij" hebben, die, zo hij niet vrijwillig tussenkomt, in gedwongen tussenkomst zou moeten worden gedagvaard (art. 813 tweede lid Ger. W.). In het geval dat de vordering wordt ingeleid door de vader van het kind, zou ze moeten worden ingesteld tegen de vermeende moeder en haar eventuele (ex-)echtgenoot als "verweerders"; het kind zelf zou "tussenkomende partij" zijn in de zonet aangegeven betekenis.
In deze optiek kan de vader resp. het kind niet als verweerder worden beschouwd omdat ze geen enkel belang hebben om zich tegen de vordering te verzetten (in tegenstelling tot wat het geval is bij een vordering tot betwisting van staat). Dat alleen de moeder (of haar erfgenamen) als verweerder in het geding optreden (alsook, in voorkomend geval, haar (ex-)echtgenoot) zou niet alleen blijken uit de *ratio legis*, maar ook uit een redenering naar analogie met artikel 322 tweede lid B.W. i.v.m. de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap, waar de wet expliciet spreekt over de "verweerder" in de zin van de vermeende vader, hoewel ook in die procedure artikel 332*ter* derde lid B.W. van toepassing is (P. SENAEVE, "De afstamming langs moederszijde", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, 1987, 50-52, nr. 42).

De consequentie van de visie van SENAEVE is dat er minstens twee dagvaardingen zullen moeten worden uitgebracht: één in het begin van de procedure t.a.v. de verweerders en één in de loop van de procedure, t.a.v. een partij die wordt gedwongen in de procedure tussen te komen.

Mede daarom verdient de eerste opvatting de voorkeur: het zou strijdig zijn met de bedoeling van de wetgever indien alle uitdrukkelijk in de wet genoemde partijen niet van bij de aanvang van het geding gedagvaard zouden worden. Uiteraard kan de procedure geregulariseerd worden door de (vrijwillige of gedwongen) tussenkomst van de in het geding ontbrekende personen.

181 Indien één van de personen die moet worden gedagvaard overleden is, wordt de vordering tot gerechtelijke vaststelling van het moederschap – als rechtsvordering tot inroeping van staat – ingesteld tegen de anderen en de erfgenamen van de overledene (art. 332*quater* eerste lid B.W.).

182 De rechtbank kan, zelfs ambtshalve, gelasten dat alle belanghebbenden jegens wie zij oordeelt dat de beslissing mede moet gelden (derden), in het geding worden geroepen (art. 331*decies* tweede lid B.W.).

Deze bepaling is duidelijk een afwijking van artikel 811 Ger. W., dat stelt dat de rechtbanken niet ambtshalve kunnen bevelen dat derden in het geding worden betrokken; ze is erop gericht het risico op derdenverzet zoveel mogelijk te beperken. Dit risico is eerder klein, vermits krachtens artikel 332*ter* derde lid B.W. sowieso een aantal personen verplicht in het geding moeten worden geroepen (zie boven, nr. 180).

183 Tussen de verschillende partijen is het geding onsplitsbaar in de zin van artikel 31 Ger. W. Dit betekent onder meer dat, wanneer één of meer partijen verstek laten gaan, maar er minstens één verschijnt, de niet verschenen partij op straffe van ontoelaatbaarheid van de vordering zal moeten worden verwittigd. Het vonnis wordt dan geacht t.a.v. alle partijen op tegenspraak te zijn gewezen (art. 753 Ger. W.).

§ 4. Vertegenwoordiging van de procespartijen (art. 331*sexies* B.W.)

184 De niet-ontvoogde minderjarige, de onbekwaamverklaarde en de geesteszieke worden in gedingen betreffende hun afstamming, als eiser of als verweerder, vertegenwoordigd door hun wettelijke vertegenwoordiger en, indien er tegenstrijdigheid van belangen is, door een voogd *ad hoc* aangewezen door de voorzitter van de rechtbank op verzoek van elke belanghebbende of van de procureur des Konings (art. 331*sexies* B.W.).

Artikel 331*sexies* B.W. vormt een uitzondering op het beginsel dat voor hoogstpersoonlijke aangelegenheden – zoals bv. vorderingen van staat – vertegenwoordiging uitgesloten is. Dit beginsel wordt trouwens meer en meer in vraag gesteld (vgl. art. 232 *in fine* B.W. inzake echtscheiding).

185 De vage en onduidelijke redactie van deze bepaling heeft geleid tot rechtsonzekerheid. Interpretatieproblemen i.v.m. het toepassingsgebied van artikel 331*sexies* B.W. worden uitgebreid behandeld bij de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap (zie verder, nrs. 551-556).

Ons inziens slaat de vertegenwoordiging waarin artikel 331*sexies* B.W. voorziet niet alleen op de geesteszieke die een wettelijke vertegenwoordiger heeft, maar is ze ook van toepassing op de geesteszieke die niet onder een beschermingsstatuut staat. Ook hij kan, als eiser of verweerder, bij gebrek aan

wettelijke vertegenwoordiger, worden vertegenwoordigd door een voogd *ad hoc* in een geding tot onderzoek naar het moederschap.

Voor personen onder voorlopig bewind lijkt het vanuit praktisch oogpunt aangewezen dat de beschermde persoon en zijn voorlopige bewindvoerder samen optreden als eiser of verweerder in het geding.

Het begrip gedingen betreffende hun afstamming uit artikel 331*sexies* B.W. moet vanuit twee richtingen worden bekeken: het gaat zowel om gedingen betreffende de afstamming van de onbekwame als kind als om gedingen betreffende de afstamming van de onbekwame als ouder. Zo is artikel 331*sexies* B.W. van toepassing wanneer de geestesgezonde vader een vordering tot onderzoek naar het moederschap van de geestesgestoorde moeder inleidt.

186 Artikel 331*sexies* B.W. speelt ook nog wanneer de vordering betrekking heeft op een afstammingsrelatie die de onbekwame zelf betreft, maar in een verdere dan de eerste graad, bv. wanneer het kind na het overlijden van zijn vermeende moeder een vordering tot gerechtelijke vaststelling van het moederschap zou instellen tegen een (vermeende) onbekwame grootouder (als erfgenaam, zie art. 332*quater* eerste lid B.W.). De "afstamming" betreft immers de band die bestaat tussen een persoon, zijn ouders en zijn grootouders. Het begrip mag niet beperkt worden tot de relatie ouder-kind, maar is voorbehouden voor alle bloedverwanten in opgaande en nederdalende rechte lijn.

187 Vorderingen met betrekking tot de afstammingsrelatie van een andere persoon dan de onbekwame – bv. de vordering van de geestesgestoorde vader tot onderzoek naar het moederschap van de geestesgezonde moeder – ressorteren in geen geval onder artikel 331*sexies* B.W.
I.v.m. de vraag welk standpunt t.a.v. dergelijke vorderingen dient te worden ingenomen, werden verschillende zienswijzen verdedigd (zie verder, inzake het onderzoek naar het vaderschap, nr. 556). Het standpunt dat de onbekwame, overeenkomstig het gemeen recht, ongeacht zijn procespositie, wordt vertegenwoordigd door zijn wettelijke vertegenwoordiger moet de voorkeur genieten.

188 Er bestaat betwisting omtrent de vraag of in afstammingsgedingen een voogd *ad hoc* moet worden aangesteld telkens wanneer tegenstrijdigheid van belangen tussen een onbekwame en zijn wettelijke vertegenwoordiger mogelijk is, of alleen wanneer een dergelijke tegenstrijdigheid *in concreto* wordt aangetoond (zie verder, nr. 557).
Het standpunt dat enkel een voogd *ad hoc* moet worden aangesteld indien *in concreto* wordt aangetoond dat er belangentegenstelling bestaat tussen de vertegenwoordigde onbekwame en zijn wettelijke vertegenwoordiger verdient de voorkeur.
Zo kan een geding tot onderzoek naar het moederschap, namens de minderjarige (eiser) (zie art. 332*ter* eerste lid B.W.), door zijn vader (wettelijke ver-

tegenwoordiger) worden ingeleid (J. GERLO, *Handboek Personen- en familierecht*, 26, nr. 58).

Indien het geding door de vader in eigen naam als eiser wordt ingeleid, kan het kind, dat in het geding wordt geroepen (zie art. 332*ter* derde lid B.W.), ons inziens niet geldig worden vertegenwoordigd door zijn vader en dringt de aanstelling van een voogd *ad hoc* zich op (*anders*: J. GERLO, *a.w.*, 26, nr. 58, die van oordeel is dat een voogd *ad hoc* alleen dient te worden aangesteld wanneer de vader niet geïnteresseerd is in de vaststelling van het moederschap). De hoedanigheden van eiser en verweerder kunnen niet worden gecombineerd.

In de uitzonderlijke hypothese dat de moeder zelf de vordering tot vaststelling van haar moederschap inleidt en het kind een vader heeft, dient ook een voogd *ad hoc* te worden aangewezen indien deze vader (als wettelijke vertegenwoordiger) verstek laat gaan, bv. omdat hij zich niet om de procedure bekommert.

De wijze waarop de voogd *ad hoc* wordt aangesteld zal verder worden besproken (zie *in extenso*, nrs. 965-969).

§ 5. Bevoegde rechtbank

189 De algemene principes i.v.m. de rechtbank die bevoegd is om uitspraak te doen over afstammingsgeschillen zullen verder uitgebreid worden behandeld bij de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot, omdat het grootste deel van de rechtspraak in dat verband is gewezen (zie verder, nrs. 973-996). Hieronder volgt een synthese, toegepast op de gerechtelijke vaststelling van het moederschap.

A. RATIONE MATERIAE

190 Alleen de rechtbank van eerste aanleg is bevoegd om kennis te nemen van de vorderingen tot gerechtelijke vaststelling van het moederschap (art. 331 § 1 B.W.).
Deze uitsluitende bevoegdheidstoekenning raakt de openbare orde (art. 9 Ger. W.).

B. RATIONE LOCI

191 *Ratione loci* is de rechtbank van eerste aanleg van de woonplaats van het kind bevoegd (art. 331 § 1 B.W.) en dit ongeacht het feit of het kind eiser dan wel verweerder is.
Deze territoriale bevoegdheidsregel raakt de openbare orde. Het begrip "woonplaats" moet in de zin van artikel 36 Ger. W. worden begrepen. Daarom zal de inschrijving van het kind in de bevolkingsregisters de territoriale bevoegdheid van de rechtbank van eerste aanleg determineren.

192 Wanneer het kind al overleden is, zou de bevoegde rechtbank deze van de laatste woonplaats kunnen zijn (G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, V. DE SAEDELEER en K. JACOBS, "Overzicht van rechtspraak. Personen- en familierecht (1988-1994)", *T.P.R.* 1994, (2073) 2240, nr. 355); eveneens kan, bij gebrek aan andersluidende wettelijke bepaling, de gelding van het gemeen recht (art. 624 Ger. W.) worden verdedigd (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 331 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 5, nr. 6).

§ 6. Wijze waarop het geding wordt ingeleid

193 De vordering tot gerechtelijke vaststelling van het moederschap is een vordering tot inroeping van staat en wordt, overeenkomstig het gemeen recht, ingeleid bij dagvaarding (art. 700 Ger. W.); voor een model van dagvaarding tot gerechtelijke vaststelling van het moederschap, zie *A.M.R.*, II, Burgerlijk Recht, Afstamming, (afl. 17, 1988), 6-8.

194 Gelet op de algemene draagwijdte van artikel 706 Ger. W. – dat vorderingen van staat niet uitsluit – kunnen de partijen ook vrijwillig verschijnen voor de rechtbank.

195 In de zeer uitzonderlijke hypothese dat alle partijen die moeten worden gedagvaard overleden zijn, wordt de procedure ingeleid bij eenzijdig verzoekschrift en zijn de artikelen 1025-1034 Ger. W. van toepassing (art. 332*quater* tweede lid B.W.), met als gevolg dat het verzoekschrift verplicht door een advocaat moet worden ondertekend (zie art. 1026, 5° Ger. W.). De wetgever heeft twee bepalingen uitdrukkelijk niet van toepassing verklaard (art. 332*quater* tweede lid *in fine* B.W.): vooreerst is de beschikking niet uitvoerbaar bij voorraad (in afwijking van art. 1029 tweede lid Ger. W.); daarnaast kan bij gebrek aan veranderde omstandigheden (in afwijking van art. 1032 Ger. W.) geen wijziging of intrekking van de beschikking worden gevraagd.

Voor de toepasselijkheid van deze eerder irreële hypothese waarin alle partijen die moeten worden gedagvaard overleden zijn, moeten o.i. ook alle erfgenamen van de te dagvaarden personen overleden zijn (zie *in extenso* verder, nr. 547, inzake de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap).

§ 7. Gerechtskosten

196 Volgens het gemeen recht verwijst het eindvonnis, zelfs ambtshalve, de in het ongelijk gestelde partij in de kosten, tenzij bijzondere wetten anders bepalen (art. 1017 eerste lid Ger. W.). Het afstammingsrecht bevat geen bijzondere bepalingen aangaande de kosten van het geding tot onderzoek naar het moederschap.

Luidens artikel 1017 derde lid Ger. W. kunnen de gerechtskosten worden omgeslagen zoals de rechter het raadzaam oordeelt, hetzij wanneer de partijen onderscheidenlijk omtrent enig geschilpunt in het

ongelijk zijn gesteld, hetzij over echtgenoten, bloedverwanten in de rechte lijn, broers en zussen of aanverwanten in dezelfde graad.

Voor meer bijzonderheden, o.m. inzake de kosten verbonden aan een deskundigenonderzoek, zie verder, nrs. 995-996.

§ 8. Rechtsmiddelen

197 Tegen het vonnis waarin uitspraak werd gedaan over de vordering tot gerechtelijke vaststelling van het moederschap kunnen – overeenkomstig het gemeen recht – de gewone rechtsmiddelen (verzet en hoger beroep) worden ingesteld.
Men moet voor ogen houden dat het geding onsplitsbaar is in de zin van artikel 31 Ger. W. Wanneer één of meer partijen verstek laat gaan, maar er ten minste één verschijnt, kan tegen de niet verschijnende partijen, na verwittiging, op de ex artikel 753 Ger. W. vastgestelde rechtsdag een vonnis worden gevorderd dat geacht wordt op tegenspraak te zijn gewezen (art. 753 zesde lid Ger. W.); in die hypothese is er enkel nog hoger beroep mogelijk.

Ook in het uitzonderlijk geval dat de vordering werd ingesteld op eenzijdig verzoekschrift krachtens artikel 332*quater* tweede lid B.W. is uiteraard enkel hoger beroep door de afgewezen verzoeker en de gebeurlijk tussenkomende partij mogelijk.

198 Personen die geen partij waren in het geding kunnen derdenverzet instellen (art. 331*decies* eerste lid B.W.; zie verder, nr. 819). Tegen de beslissing waarbij het derdenverzet wordt toegekend of afgewezen, kunnen de gewone rechtsmiddelen worden aangewend. Hoger beroep is vanzelfsprekend niet meer mogelijk wanneer het rechtscollege dat uitspraak deed over het derdenverzet al zetelde in hoger beroep (art. 1131 Ger. W.).

199 Nadat de gewone rechtsmiddelen zijn aangewend, kan men overgaan tot een voorziening in cassatie, die schorsende kracht heeft (zie ook verder, nr. 579).

§ 9. Uitwerking van de beslissing

A. PRINCIPES

200 De beslissing waarbij de vordering tot gerechtelijke vaststelling van het moederschap wordt toegewezen of afgewezen heeft uitwerking van zodra het vonnis of arrest in kracht van gewijsde is getreden.

Bij de behandeling van de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap zal worden verdedigd dat de termijn om zich in cassatie te voorzien en de voorziening zelf schorsende kracht heeft, wat uiteraard het tijdstip waarop het bestreden arrest in kracht van gewijsde treedt zal beïnvloeden.

201 Een vonnis of arrest dat het moederschap vaststelt heeft een declaratief karakter; het stelt een vooraf bestaande afstammingsband tussen vrouw en kind vast.

202 Rechterlijke beslissingen inzake afstamming kunnen worden tegengeworpen zelfs aan personen die geen partij waren in het geding (art. 331*decies* eerste lid B.W.). Toch hebben gerechtelijke beslissingen inzake afstamming – die declaratief van staat zijn – geen absoluut gewijsde *erga omnes*, anders dan gerechtelijke beslissingen die constitutief van staat zijn (bv. een echtscheidings- of adoptievonnis). De wet laat immers de mogelijkheid van derdenverzet in het algemeen open. Er kan dus worden besloten dat het vonnis of arrest dat het moederschap vaststelt, overeenkomstig het gemeen recht, t.a.v. derden de bewijswaarde heeft van een vermoeden *juris tantum*, waartegen die derden kunnen opkomen door derdenverzet (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 331*decies* B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 2, nr. 3; vgl. Cass. 16 oktober 1981, *Arr. Cass.* 1981-82, 251, *Pas.* 1982, I, 245 en *R.W.* 1981-82, 2477; lees echter de uitvoerige kritiek op deze cassatierechtspraak, geformuleerd door P. TAELMAN, *Het gezag van het rechterlijk gewijsde – een begrippenstudie,* Diegem, Kluwer, 2001, 194-196, nrs. 265-267 *j°* 212-228, nrs. 293-315 en 248-270, nrs. 332-369).

B. OVERGANGSRECHT

1. Er was op 6 juni 1987 nog geen vordering tot gerechtelijke vaststelling van moederschap ingeleid of de rechterlijke beslissing, gewezen krachtens het vroegere recht, was op die datum nog niet in kracht van gewijsde getreden

203 Onverminderd artikel 109 Afstammingswet is artikel 314 B.W. van toepassing op de rechtsvorderingen tot onderzoek naar het moederschap, ingesteld vóór 6 juni 1987, indien zij nog niet zijn afgedaan door een in kracht van gewijsde getreden beslissing (art. 112 Afstammingswet). Er is echter niet bepaald dat dit geschiedt "zonder dat daaruit enig recht voor het verleden kan volgen" (vgl. art. 108 Afstammingswet, dat dergelijke precisering wel vermeldt wanneer het moederschap komt vast te staan o.g.v. art. 312 B.W.). Er kan dus worden aangenomen dat alle afstammingsrechten (zie bv. de onderhoudsverplichting die ex art. 203-203*bis* B.W. weegt op de ouders) vanaf de geboorte zullen gelden. Toch zouden die kinderen, ingevolge artikel 107 eerste lid *in fine* Afstammingswet, geen rechten kunnen opeisen in de vóór 6 juni 1987 opengevallen erfenissen. Zoals vroeger reeds uiteengezet (zie boven, nrs. 73-80 en 37), is deze bepaling strijdig met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en met artikel 8 *juncto* artikel 14 E.V.R.M.

204 In het geval dat een vóór 6 juni 1987 gewezen beslissing die op die dag nog niet in kracht van gewijsde is getreden en waartegen geen rechtsmiddel werd aangewend hoewel de vervaltermijn voor de aanwending lopend was of pas is beginnen lopen na 6 juni 1987, moet de mogelijkheid om het geding te

herbeginnen behouden blijven, ook al gaat de vroeger gewezen beslissing pas na 6 juni 1987 in kracht van gewijsde.

Voor de toepassing van artikel 111 tweede lid Afstammingswet is de datum van de beslissing (en niet de datum van het in kracht van gewijsde treden) bepalend: deze beslissing moet gewezen zijn vóór 6 juni 1987 (zie A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 314 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1998, 14, nr. 30 en voetnoot 1).

2. Er bestond op 6 juni 1987 een in kracht van gewijsde getreden rechterlijke beslissing, gewezen krachtens het vroegere recht

205 Rechterlijke beslissingen die vóór 6 juni 1987 in kracht van gewijsde zijn gegaan, kunnen niet in het geding worden gebracht door de toepassing van de nieuwe wet (art. 111 eerste lid Afstammingswet).

206 Indien echter een vordering tot inroeping van staat, tot onderzoek naar het moederschap krachtens opgeheven of gewijzigde regels is afgewezen bij een in kracht van gewijsde gegane beslissing, vormt deze luidens artikel 111 tweede lid Afstammingswet geen beletsel voor het instellen van een [nieuwe] vordering tot vaststelling van de afstamming onder de voorwaarden bepaald in de Afstammingswet.

Het was zeker niet de bedoeling van de wetgever om alle vroeger gewezen afwijzende beslissingen betreffende het onderzoek naar het moederschap hier te viseren; het is immers zinloos onder het nieuwe recht een geding te laten overdoen wanneer de vordering werd afgewezen op een grond die ook onder de nieuwe wet wordt aanvaard (zie boven, nrs. 154-156). Anders ligt het bij vorderingen die onder het oude recht werden afgewezen omdat bv. de toelaatbaarheidsgronden uit artikel 341*a* (oud) B.W. niet voldoende bewezen waren: in deze gevallen kan – binnen de wettelijke termijn (zie boven, nrs. 169-171) – het geding herbegonnen worden, aangezien het nieuwe recht deze beperkingen niet heeft weerhouden.

207 De nieuwe beslissing waarbij de vordering – in toepassing van de nieuwe bepalingen – gegrond wordt verklaard nadat een eerder ingestelde vordering bij een in kracht van gewijsde gegane beslissing werd afgewezen, stelt de afstamming vast "evenwel zonder dat daaruit enig recht voor het verleden kan volgen" (zie art. 111 tweede lid *in fine* Afstammingswet). Analoog met hetgeen vermeld is i.v.m. de onmiddellijke toepassing van artikel 312 B.W. (zie aanhef art. 108 Afstammingswet en boven, nr. 106), ontzegt deze bepaling aan het kind niet alleen ieder recht in de vroeger opengevallen erfenissen, maar tevens, voor het verleden, ieder ander recht dat voortvloeit uit de afstammingsrelatie.

De vraag rijst of onder "het verleden" de hele periode voorafgaand aan het instellen van een nieuwe vordering moet worden begrepen – met inbegrip van de periode na de inwerkingtreding van de Afstammingswet –, dan wel slechts de periode vóór 6 juni 1987. Ondanks het feit dat het hier minder duidelijk is, moet worden aangenomen dat "het verleden" in artikel 111 tweede lid Afstammingswet dezelfde periode dekt als artikel 108 Afstammingswet, nl. enkel deze voorafgaand aan 6 juni 1987 (in dezelfde zin: A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 314 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1998, 15, nr. 33; zie ook verder, nr. 592).

208 In de hypothese dat er op 6 juni 1987 na een vordering tot onderzoek naar het moederschap een rechterlijke beslissing bestond die nog niet in kracht van gewijsde was gegaan en er wordt na 5 juni 1987 een rechtsmiddel tegen deze beslissing ingesteld, dan zal luidens artikel 112 Afstammingswet bij de behandeling van de zaak op verzet of in hoger beroep toepassing worden gemaakt van het nieuwe artikel 314 B.W.

§ 10. Bekendmaking van de rechterlijke beslissing in de registers van de burgerlijke stand

209 Het oude afstammingsrecht voorzag niet in een algemene publiciteitsregeling waardoor rechterlijke beslissingen waarbij een vordering betreffende de afstamming werd toegewezen moeten worden bekendgemaakt in de registers van de burgerlijke stand. De Afstammingswet heeft deze lacune d.m.v. artikel 333 B.W. opgevangen.

Vonnissen of arresten waarbij het moederschap gerechtelijk wordt vastgesteld moeten in afschrift worden medegedeeld aan het Openbaar Ministerie (art. 333 § 1 B.W.) en toegezonden aan de ambtenaar van de burgerlijke stand (art. 333 § 2 eerste lid B.W.), die ze overschrijft in zijn registers en overgaat tot kantmelding in de akten van het kind en deze van diens afstammelingen (art. 333 § 2 tweede lid B.W.).

De diverse facetten van artikel 333 B.W. worden verder in dit werk besproken, bij de behandeling van de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap, omdat die procedure in de praktijk beduidend meer toepassing vindt dan de gerechtelijke vaststelling van het moederschap (zie verder, nrs. 593-600).

HOOFDSTUK IV

VASTSTELLING VAN DE AFSTAMMING TEN AANZIEN VAN EEN OVERSPELIGE VROUW

INLEIDING

210 Voor ogen moet worden gehouden dat de echtgenoot van de moeder de vader is van ieder kind geboren tijdens het huwelijk of binnen 300 dagen na de ontbinding of nietigverklaring van haar huwelijk (art. 315 B.W.), ongeacht de moederlijke afstamming vaststaat o.g.v. de vermelding van haar naam in de geboorteakte, na een erkenning door een vrouw of na gerechtelijke vaststelling van het moederschap, ook al werd het kind in feite verwekt door een andere man dan de echtgenoot. Het vaderschap van de echtgenoot van een overspelige vrouw kan uiteraard worden betwist.

Indien de afstamming van moederszijde blijkt uit de geboorteakte kan de echtgenoot in dergelijk geval zijn vaderschap door tegenbewijs betwisten binnen een jaar na de ontdekking van de geboorte (art. 318 § 2 *j°* art. 332 vierde lid B.W.).
Wanneer de afstamming van moederszijde door erkenning of bij rechterlijke beslissing is vastgesteld, kan de echtgenoot zijn vaderschap door eenvoudige verklaring betwisten, volgens de wet blijkbaar ook binnen een jaar na de ontdekking van de geboorte (art. 318 § 3 eerste lid, 4° *j°* art. 332 vierde lid B.W.), maar logisch binnen het jaar na de kennisgeving van de erkenning of het definitief worden van de gerechtelijke beslissing (zie verder, nr. 920).

211 In dit hoofdstuk wordt nagegaan welke bijzondere regels gelden voor de vaststelling van de afstamming van een kind dat gebaard is door een overspelige vrouw. Voor de primordiale wijze waarop het moederschap wordt vastgesteld – nl. de vermelding van de naam van de moeder in de geboorteakte – gelden geen bijzonderheden (afdeling I). Dieper wordt ingegaan op de verplichting tot mededeling van de moederlijke erkenning aan de echtgeno(o)t(e) van de erkennende overspelige vrouw (afdeling II). Ten slotte wordt in herinnering gebracht dat de (vorige) echtgenoot van de overspelige vrouw in een procedure tot gerechtelijke vaststelling van het moederschap in het geding moet worden geroepen (afdeling III).

AFDELING I

MATER SEMPER CERTA EST

212 De regel *Mater semper certa est* geldt ook voor het kind dat geboren is uit een overspelige vrouw. Haar naam dient in de geboorteakte te worden vermeld, waardoor zij de moeder van het kind is (art. 312 § 1 B.W.).

In de geboorteakte van het kind wordt geenszins vermeld dat het kind in overspel *a matre* werd verwekt; de naam van haar echtgenoot (de juridische vader) zal in de geboorteakte worden opgenomen (art. 57, 2° B.W.).

AFDELING II

ERKENNING

§ 1. Mededelingsverplichting (art. 313 § 3 B.W.)

A. TOEPASSINGSGEBIED VAN DE BESCHERMINGSREGELING

213 Luidens artikel 313 § 3 eerste lid B.W. moet, indien de moeder gehuwd is en een kind erkent dat tijdens het huwelijk geboren is, de erkenning worden medegedeeld aan de echtgenoot of de echtgenote.

Deze bepaling werd geslachtsneutraal gemaakt door artikel 10, 1° van de Wet van 13 februari 2003 tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht en tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek (*B.S.* 28 februari 2003, in werking getreden op 1 juni 2003). Voordien was enkel sprake van een verplichting tot mededeling aan de (mannelijke) echtgenoot.

214 De *ratio* van artikel 313 § 3 B.W. is vrij duidelijk: de wetgever staat wantrouwig tegenover gehuwde vrouwen die anoniem bevallen zijn zodat hun moederschap door erkenning moet worden bewezen; daarom werd een regeling uitgewerkt die moet voorkomen dat de man-echtgenoot buiten zijn weten krachtens artikel 315 B.W. het vaderschap over een door zijn echtgenote erkend kind zou verkrijgen. Door hem kennis te geven van zijn vaderschap wordt de echtgenoot van de moeder in de mogelijkheid gesteld zijn vaderschap te betwisten, hetgeen op eenvoudige verklaring kan gebeuren (art. 318 § 3 eerste lid 4° B.W.).

In het licht van deze *ratio legis* komt de uitbreiding van de mededelingsverplichting tot de echtgenote van de overspelige vrouw vreemd over, aangezien zij geenszins ouder van het kind wordt na een erkenning door haar echtgenote. Artikel 315 B.W. is immers niet van toepassing indien het huwelijk werd aangegaan door personen van hetzelfde geslacht (art. 143 tweede lid B.W.). De verplichting tot mededeling aan de echtgenote is des te merkwaardiger, nu er geen kinderen

kunnen worden geboren uit een huwelijk tussen twee vrouwen en beide echtgenoten krachtens de door de Wet van 24 april 2003 hervormde adoptiewetgeving ook samen geen kinderen kunnen adopteren (vgl. art. 313 § 3 derde lid B.W.), zodat geen gezamenlijke kinderen door de gedane erkenning benadeeld kunnen worden. De echtgenote kan wel materieel worden benadeeld indien de erkennende vrouw vóór haar erkenning nog geen kinderen had, omdat zij in die hypothese door de erkenning die uitging van haar echtgenote haar erfdeel in volle eigendom beperkt ziet worden tot vruchtgebruik.

215 Het toepassingsgebied van de beschermingsregeling kan best worden verduidelijkt aan de hand van drie mogelijke hypotheses:

– *het kind is geboren tijdens het huwelijk en de gehuwde moeder heeft het tijdens haar huwelijk erkend*

De erkenning van een tijdens het huwelijk geboren kind kan niet worden tegengeworpen aan de echtgenoot en de gemeenschappelijke kinderen zolang het huwelijk duurt, indien ze niet aan deze echtgenoot werd medegedeeld. Dit kan met zekerheid worden afgeleid uit de tekst van artikel 313 § 3 B.W.

– *het kind is geboren tijdens het huwelijk, maar de moeder heeft het pas nadien erkend*

Onduidelijk is of de mededelingsverplichting al dan niet geldt in het geval dat het kind tijdens het huwelijk werd geboren, maar pas na de ontbinding of nietigverklaring van het huwelijk werd erkend.
In deze hypothese rijst immers de vraag of de man die echtgenoot was van de erkennende vrouw op het ogenblik dat het kind werd geboren, maar – slechts – haar "gewezen" echtgenoot is op het ogenblik dat het moederschap komt vast te staan, als vader van het kind kan worden aangewezen o.g.v. artikel 315 B.W., hetgeen bepaalt dat het kind dat geboren is tijdens het huwelijk of binnen de 300 dagen na de ontbinding of de nietigverklaring van het huwelijk "de echtgenoot" tot vader heeft.

Enerzijds kan worden verdedigd dat de vaderschapsregel alleen speelt m.b.t. tijdens het huwelijk of binnen de 300 dagen na de ontbinding of nietigverklaring van het huwelijk geboren kinderen waarvan de afstamming van moederszijde vaststaat ofwel o.g.v. de vermelding van de naam van de moeder in de geboorteakte, ofwel door een erkenning gedaan of een rechterlijke beslissing in kracht van gewijsde getreden tijdens het huwelijk. In deze visie is artikel 313 § 3 B.W. verzoenbaar met artikel 318 § 3 eerste lid 4° B.W., dat de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot op eenvoudige verklaring toelaat "wanneer de afstamming van moederszijde door erkenning of bij rechterlijke beslissing [tijdens het huwelijk van de moeder en haar echtgenoot] is vastgesteld". Deze zienswijze leidt tot de – algemenere – conclusie dat als gevolg van een erkenning door een vrouw of een gedwongen vaststelling van het moederschap van een tijdens het huwelijk geboren kind, enkel haar echtgenoot, maar niet haar gewezen echtgenoot vader van dit kind wordt. De erkenning zou dan ook niet moeten worden medegedeeld aan de gewezen echtgenoot om tegenwerpelijk te zijn aan hem en de uit zijn huwelijk met de erkennende vrouw geboren en samen geadopteerde kinderen.

Anderzijds kan evenzeer worden verdedigd dat de gewezen (mannelijke) echtgenoot de vader van dit kind kan zijn o.g.v. artikel 315 B.W., nu de vaderschapsregel niet alleen geldt t.a.v. kinderen geboren tijdens het huwelijk, maar ook t.a.v. kinderen die geboren zijn binnen de 300 dagen na de ontbinding of de nietigverklaring van het huwelijk; t.a.v. die laatste categorie kinderen gaat het

duidelijk om de man die op het ogenblik van de geboorte al de "gewezen" echtgenoot van de moeder is. Indien een kind wordt geboren uit een man en een vrouw die met elkaar gehuwd zijn, maar de afstamming van moederszijde niet vaststaat, dan staat ook het vaderschap van de echtgenoot van de bevallen vrouw niet vast. Pas op het ogenblik dat zij het kind erkent (in de besproken hypothese pas na de ontbinding van het huwelijk), komt haar moederschap vast te staan. In deze visie zal de gewezen echtgenoot als vader worden aangewezen in toepassing van de vaderschapsregel telkens wanneer de moeder het kind minder dan 300 dagen na de ontbinding of nietigverklaring van haar huwelijk heeft erkend of het vonnis dat haar moederschap vaststelt binnen deze termijn in kracht van gewijsde is getreden. In deze interpretatie blijkt de regel van artikel 313 § 3 B.W. onvolmaakt, nu in een letterlijke lezing van deze bepaling geen mededeling aan de gewezen echtgenoot vereist is; de moeder is immers op het ogenblik van de erkenning niet meer gehuwd.

– *het kind is geboren vóór het huwelijk, maar de moeder heeft het pas tijdens haar huwelijk erkend*

Uit artikel 313 § 3 eerste lid B.W. volgt *a contrario* dat de erkenning niet dient te worden meegedeeld als een gehuwde vrouw een kind erkent dat vóór haar huwelijk geboren is. Ook al is de echtgenoot niet de vader van dit kind, toch moet de ambtenaar van de burgerlijke stand kennis geven van de opmaak van de erkenningsakte aan de echtgeno(o)t(e) van de erkennende vrouw, echter niet o.g.v. artikel 313 § 3 B.W. – en dus ook zonder de sanctieregeling aldaar voorzien –, maar o.g.v. artikel 62 § 3 B.W. (zie ook P. SENAEVE, "De afstamming langs moederszijde", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, 1987, 38, nr. 22).

216 Eens het huwelijk ontbonden is (door overlijden van de erkennende vrouw of haar echtgenoot, dan wel door echtscheiding) of werd nietigverklaard, kunnen twee stellingen worden verdedigd. Ofwel neemt men aan dat de mededelingsplicht en de sanctie van de niet-tegenwerpelijkheid vervalt, m.a.w. dat de erkenning tegenwerpelijk wordt vanaf de ontbinding of nietigverklaring van het huwelijk (in deze zin: A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 313 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 8-9, nr. 16; P. SENAEVE, "De afstamming langs moederszijde", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, 1987, 38, nr. 21, die opmerkt dat, aangezien de formaliteit slechts voorgeschreven is tijdens het huwelijk, de bij niet-naleving voorgeschreven sanctie ook de duur van het huwelijk niet kan overschrijden), ofwel aanvaardt men dat de erkenning niet-tegenwerpelijk blijft zolang ze niet is medegedeeld aan de gewezen echtgenoot. Enkel in deze laatste visie kunnen complicaties ontstaan op het vlak van erfrecht (zie verder, nr. 224).

B. WIJZE WAAROP DE MEDEDELING GESCHIEDT

217 Indien de mededelingsverplichting speelt, moet de erkenning dus worden meegedeeld aan de echtgeno(o)t(e) van de erkennende vrouw.

De mededeling gebeurt door middel van kennisgeving of bij betekening, naargelang het geval.

1. Kennisgeving

218 Indien de akte van erkenning is opgemaakt door een Belgisch ambtenaar van de burgerlijke stand of een Belgische notaris, moet deze zorgen voor de kennisgeving.

De wet zelf bepaalt niets omtrent de wijze waarop de kennisgeving moet gebeuren. Volgens een omzendbrief van de Minister van Justitie, gericht aan de ambtenaren van de burgerlijke stand, dient ze te geschieden bij aangetekende brief waarin een afschrift van de akte wordt opgestuurd (Ministeriële circulaire betreffende de toepassing van de Wet van 31 maart 1987 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming van 22 mei 1987, *B.S.* 27 mei 1987, (8323) 8326). Het verdient aanbeveling dat de notaris zich eveneens zou schikken naar deze omzendbrief (H. CASMAN, *Notarieel familierecht*, Gent, Mys & Breesch, 1991, 198, nr. 551).

Aan de erkennende vrouw zal worden gevraagd een recent bewijs van woonst van haar (ex-)echtgenoot voor te leggen opdat de kennisgeving aan het juiste adres zou kunnen gebeuren. Indien geen bewijs van woonst kan worden voorgelegd (bv. ingeval van ambtshalve schrapping) dient de procureur des Konings te worden verwittigd (R.VAN ACKER, "Erkenning", *De Burg. St.* 1991, (292) 294).

Een model van brief waarin de ambtenaar van de burgerlijke stand of de notaris kennis geeft van de erkenning van een kind aan de echtgenoot, indien de naam van de moeder niet in de geboorteakte werd vermeld, is voorhanden (zie *A.M.R.*, II, Burgerlijk Recht, Afstamming, (afl. 17, 1988), 3).

Een afschrift van de akte kan ook persoonlijk worden overhandigd, tegen ontvangstbewijs (P. SENAEVE, "De afstamming langs moederszijde", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, 1987, 36, nr. 21).

De ambtenaar van de burgerlijke stand die een akte opmaakt waarin een vrouw een kind erkent, is gehouden daarvan binnen drie dagen kennis geven aan de echtgeno(o)t(e) van de erkennende vrouw (art. 62 § 3 B.W.).
In toepassing van artikel 50 § 3 B.W. is de vervaldag in de termijn begrepen. Is die dag een zaterdag, een zondag of een wettelijke feestdag, dan wordt de vervaldag uitgesteld tot de eerstvolgende werkdag.

Artikel 62 § 3 B.W. spreekt enkel over de "echtgenoot" als geadresseerde van de kennisgeving. Een wijziging van deze bepaling ter gelegenheid van de openstelling van het huwelijk – in die zin dat expliciet zou worden bepaald dat de kennisgeving ook dient te geschieden aan de "echtgenote" van de erkenner (hier: erkennende vrouw) – was niet noodzakelijk, aangezien de term "echtgenoot" ook voordien reeds in vrouwelijke betekenis werd begrepen, net zoals de term "erkenner" ook al kon slaan op een vrouw.

Het is raadzaam dat de notaris dezelfde termijn zou nakomen, hoewel dit voorschrift nergens in de wet ook op hem toepasselijk wordt verklaard (H. CASMAN, *Notarieel familierecht*, Gent, Mys & Breesch, 1991, 198, nr. 552; G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, V. DE SAEDELEER en K. JACOBS, "Overzicht van rechtspraak. Personen- en familierecht (1988-1994)", *T.P.R.* 1994, (2073) 2221, nr. 315).

2. Betekening

219 Indien de akte niet is opgemaakt door een Belgisch ambtenaar van de burgerlijke stand of door een Belgisch notaris, wordt ze betekend op verzoek van de moeder, het kind of diens wettelijke vertegenwoordiger (art. 313 § 3 tweede lid B.W.).

Wordt de opdracht tot betekening in België gegeven, dan zal een gerechtsdeurwaarder moeten optreden; is de opdracht in het buitenland gegeven, dan zal de betekening moeten gebeuren volgens de in dat land geldende regels (*locus regit actum*).
Er is geen termijn bepaald waarbinnen de betekening moet plaatsvinden.

Een model van brief waarin een gerechtsdeurwaarder de erkenningsakte betekent, indien de naam van de moeder niet in de geboorteakte werd vermeld, is voorhanden (zie *A.M.R.*, II, Burgerlijk Recht, Afstamming, (afl. 17, 1988), 4-5).

220 Met het oog op de sanctie (zie verder, nr. 223) is het van groot praktisch belang het precieze tijdstip te kennen waarop "de kennisgeving of betekening heeft plaatsgehad".

– In het geval van een kennisgeving is het ogenblik van het verzenden van de aangetekende brief bepalend; niet het ogenblik van de aanbieding ervan (de wet spreekt immers niet van de kennis*name*). Bij een persoonlijke overhandiging van een afschrift van de akte tegen ontvangstbewijs kan het tijdstip van de kennisgeving uiteraard door beide partijen exact worden bepaald.

– Voor betekeningen gedaan door een Belgische gerechtsdeurwaarder in België is er geen probleem: het tijdstip van de betekening wordt authentiek vastgesteld; voor betekeningen vanuit België voor het buitenland zal het gemeen recht, bij ontstentenis van verdrag, het tijdstip van de betekening bepalen (voor bijzonderheden, zie A. HEYVAERT, *Belgisch internationaal privaatrecht. Een inleiding*, Gent, Mys & Breesch, 1995, 62-64, nrs. 136-141 met verwijzingen).

3. Overgangsrecht

221 Artikel 110 Afstammingswet verklaart artikel 313 B.W. zonder enig voorbehoud van toepassing op erkenningen gedaan vóór 6 juni 1987. Dit betekent echter niet dat de ambtenaren van de burgerlijke stand en de nota-

rissen moeten nagaan of ze niet ooit een akte hebben verleden waarbij een gehuwde moeder een kind heeft erkend dat tijdens het huwelijk geboren was teneinde daar mededeling te kunnen van doen. Volgens HEYVAERT en VANCRAENENBROECK moet enkel worden aangenomen dat bij dergelijke erkenningen, gedaan vóór 6 juni 1987, – die nietig waren maar retroactief gevalideerd zijn (zie boven, nr. 120) – *in ieder geval* de erkenningsakte op verzoek van de moeder, het kind of diens wettelijke vertegenwoordiger moet worden betekend aan de echtgeno(o)t(e) (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 313 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 12, nr. 22).

C. TEGENWERPELIJKHEID VAN DE ERKENNING NA DE MEDEDELING

222 De draagwijdte van het ontstaan van de tegenwerpelijkheid van de medegedeelde erkenning is onduidelijk; er is immers nergens bepaald of de kennisgeving of betekening de tegenwerpelijkheid met of zonder terugwerkende kracht teweegbrengt.

Gelet op het algemeen beginsel van het declaratief karakter van de vaststelling van de afstamming verdedigen wij het standpunt dat het kind, eens de erkenning is medegedeeld, van bij de geboorte de erkennende vrouw als moeder en haar echtgenoot als vader heeft. Anders dan in verscheidene overgangsbepalingen is hier immers niet bepaald dat de tegenwerpelijkheid ontstaat "zonder dat daaruit enig recht voor het verleden zou kunnen volgen". Deze interpretatie respecteert ook de basisbeginselen inzake de enkelvoudigheid en de ondeelbaarheid van de staat van de persoon en is bovendien een uiting van de statutaire gelijkheid van alle wettelijke afstammingsrelaties (eveneens in deze zin: A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 313 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 10-11, nr. 20).

De bewoordingen van artikel 313 § 3 derde lid B.W. – en van artikel 319*bis* vierde lid B.W. m.b.t. de erkenning door een gehuwd man van een overspelig kind *a patre* – zouden tot een andere interpretatie kunnen leiden, nl. dat de afstammingsband t.a.v. de beschermde personen slechts wordt vastgesteld vanaf de kennisgeving of betekening, zonder terugwerkende kracht tot op het ogenblik van de geboorte.
Dergelijk gevolg lijkt niet alleen strijdig met de basisprincipes uit ons afstammingsrecht, maar ook met artikel 8 E.V.R.M.: de bescherming van het gezinsleven van huwelijkse gezinsleden mag niet leiden tot het verloochenen van het gezinsleven van andere verwanten en van het overspelig kind.

§ 2. Sanctie bij niet-mededeling

A. RELATIEVE NIET-TEGENWERPELIJKHEID VAN DE ERKENNING

223 De moederlijke afstamming staat in principe vast vanaf het ogenblik van de erkenning (maar met terugwerkende kracht tot op het ogenblik van de geboorte). Vanaf dat ogenblik vindt ook de vaderschapsregel toepassing.

Maar "totdat de kennisgeving of betekening heeft plaatsgehad kan de erkenning niet worden tegengeworpen aan de echtgenoot of de echtgenote, aan de kinderen geboren uit diens huwelijk met degene die het kind erkent en aan de kinderen die door de beide echtgenoten geadopteerd zijn" (art. 313 § 3 derde lid B.W.).

Deze bepaling werd geslachtsneutraal gemaakt door artikel 10, 2° van de Wet van 13 februari 2003 tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht en tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek (*B.S.* 28 februari 2003, in werking getreden op 1 juni 2003). Voordien was enkel sprake van niet-tegenwerpelijkheid aan de (mannelijke) echtgenoot.

De niet-tegenwerpelijkheid van de erkenning is relatief. Tot het moment waarop de kennisgeving of betekening heeft plaatsgehad, kunnen noch de moeder, noch het kind zich beroepen op het vastgestelde moederschap én vaderschap en op de normale gevolgen daarvan, o.m. op het vlak van onderhoudsrecht en erfrecht, t.a.v. de echtgenoot of echtgenote en de kinderen geboren uit het huwelijk van de overspelige vrouw en haar (mannelijke) echtgenoot of door deze beide echtgenoten geadopteerd (art. 313 § 3 vierde lid B.W.). De echtgenoot of echtgenote en de huwelijkse en geadopteerde kinderen kunnen zich daarentegen wel op de vastgestelde afstammingsband en zijn gevolgen beroepen.

De erkenning kan wel worden tegengeworpen aan andere verwanten (kinderen, ouders, ...) van de erkennende vrouw en van haar echtgeno(o)t(e).

B. ERFRECHTELIJKE CONSEQUENTIES

224 Precies de relativiteit van deze niet-tegenwerpelijkheid leidt tot omstreden toepassingen op het vlak van het erfrecht, zo wordt aanvaard dat de mededelingsplicht niet vervalt bij overlijden van de moeder (zie boven, nr. 216).

Eerste voorbeeld: een gehuwde moeder van drie kinderen overlijdt:
- kind A is uit het huwelijk geboren;
- kind B is een buitenhuwelijks kind;
- kind C is een overspelig kind *a matre*, door de moeder tijdens het huwelijk erkend.

In het geval dat de erkenning van kind C aan de echtgenoot werd medegedeeld, heeft ieder kind recht op 1/3 van de nalatenschap (in blote eigendom zo de echtgenoot nog leeft).

Wanneer de erkenning van kind C niet aan de echtgenoot werd medegedeeld, worden twee oplossingen voorgesteld:

In een eerste oplossing (verdedigd door C. De Wulf, "De wet tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming en het patrimoniaal familierecht", *R.W.* 1987-88, (273) 274, voetnoot 12) erft

kind A: 1/2;
kind B: 1/4;
kind C: 1/4 van de nalatenschap. De erkenning is immers niet-tegenwerpelijk aan A, wel aan B.

HEYVAERT en VANCRAENENBROECK achten het onaanvaardbaar dat een buitenhuwelijks kind (B) minder dan 1/3 erft door het feit dat de afstamming van het overspelig kind *a matre* (C) niet-tegenwerpelijk is aan het huwelijks kind (A); dit laatste gegeven mag de rechten van het buitenhuwelijks kind (B) niet aantasten (zie A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 313 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 10, nr. 19, voetnoot 1).

Zij suggereren een tweede oplossing waarin
kind A: 1/2;
kind B: 1/3;
kind C: 1/6 van de nalatenschap erft. Onlogisch in deze oplossing is evenwel dat kind C slechts de helft krijgt van kind B, waarmee het nochtans op gelijke voet staat.

De oplossing waarbij beide buitenhuwelijkse kinderen (B en C) evenveel erven (nl. 1/4) moet dan ook, niettegenstaande haar onvolmaaktheid, de voorkeur krijgen.

Tweede voorbeeld: een moeder die onder het wettelijk stelsel is gehuwd en tijdens haar huwelijk een kind heeft erkend overlijdt en laat na
- haar echtgenoot (A);
- één ouder (vader of moeder van de erkennende vrouw) (B);
- het door haar erkende kind (C).

De nalatenschap van de erkennende vrouw bestaat dan uit haar eigen vermogen en haar aandeel in de huwgemeenschap.

Zo de erkenning werd medegedeeld aan haar echtgenoot erft

- langstlevende echtgenoot A: vruchtgebruik op de gehele nalatenschap (art. 745*bis* § 1 eerste lid B.W.);
- ouder B: niets, omdat er een erfgenaam in de eerste orde is, nl. het kind;
- kind C: blote eigendom op de gehele nalatenschap.

Zo de erkenning niet werd medegedeeld, kan ze niet worden tegengeworpen aan de langstlevende echtgenoot, maar wel aan de ouder. De nalatenschap wordt dan als volgt verdeeld:

- langstlevende echtgenoot A: volle eigendom op het deel van de erkennende vrouw in de huwgemeenschap en vruchtgebruik op haar eigen vermogen (art. 745*bis* § 1 tweede lid B.W.), met als gevolg dat de volledige huwgemeenschap in volle eigendom aan de langstlevende zal toekomen;
- ouder B: niets, omdat er een erfgenaam in de eerste orde is, nl. het kind, nu de erkenning tegenwerpelijk is aan deze ouder;
- kind C: blote eigendom op het eigen vermogen van zijn moeder.

Het erfdeel van de langstlevende echtgenoot en datgene van het erkende kind verschilt dus naargelang de erkenning al dan niet werd medegedeeld:
- de langstlevende echtgenoot wint de helft van de huwgemeenschap in blote eigendom zo de erkenning hem niet werd medegedeeld;

– het erkende kind verliest de blote eigendom van het aandeel van zijn moeder in de huwgemeenschap zo de erkenning niet werd medegedeeld aan de echtgenoot van zijn overleden moeder.

Indien wordt aanvaard dat de verplichting tot mededeling vervalt bij overlijden van de erkennende vrouw (zie boven, nr. 216), speelt de sanctie van de niet-tegenwerpelijkheid niet en is er geen sprake van de geschetste erfrechtelijke disputen.

225 Geconcludeerd kan worden dat artikel 313 § 3 B.W. een "wangedrocht" is (terminologie gehanteerd door A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 313 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 10, nr. 19; zie ook de kritiek geformuleerd door J. GERLO, "De afstamming langs moederszijde en vaderszijde", in G. BAETEMAN (ed.), *Afstamming en adoptie*, Brussel, E. Story-Scientia, 1987, 85-86, nrs. 78-79).

§ 3. Overgangsrecht

226 Met de Afstammingswet is een einde gekomen aan het principiële verbod om de overspelige afstamming vast te stellen. Bovendien is de erkenning de eerste subsidiaire wijze geworden om de afstamming van moederszijde vast te stellen, en dit ongeacht het feit of de moeder al dan niet is gehuwd.

Vrouwen die bevallen waren onder omstandigheden zoals beschreven in artikel 331 (oud) B.W., hebben onder het oude recht – terecht – machtiging gevraagd om hun in overpel *a matre* verwekt kind te mogen erkennen.

Een overspelig kind kon onder gelding van het vroegere afstammingsrecht uitzonderlijk en mits machtiging van de rechtbank worden erkend in de gevallen waarin het gewettigd kon worden, nl. indien het vorige huwelijk van de moeder het voorwerp was geweest van een rechtspleging tot echtscheiding of tot scheiding van tafel en bed en het kind geboren was driehonderd dagen na het proces-verbaal bedoeld in (het oude) artikel 1258 Ger. W., of na de verklaring bedoeld in (het oude) artikel 1289 Ger. W. of wanneer de echtscheiding werd toegestaan met toepassing van (het oude) artikel 232 B.W., na het tijdstip waarop de feitelijke scheiding een aanvang had genomen (art. 331 tweede lid (oud) B.W.) en de erkenning niet in strijd was met het vroeger bezit van staat van wettig kind (art. 331 derde lid (oud) B.W.).

Een dergelijke erkenning van een overspelig kind *a matre* door een vrouw is, zo de naam van de moeder in de geboorteakte werd vermeld, overbodig; de verzoeken van moeders die aanhangig waren op 6 juni 1987 en die er toe strekten machtiging tot erkenning te bekomen kunnen dan ook als vervallen worden beschouwd aangezien zij hun oorzaak verloren zijn (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 313 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 12, nr. 23).

227 Luidens artikel 110 Afstammingswet is artikel 313 B.W. van toepassing op het kind geboren uit een vrouw die op enig tijdstip van de zwangerschap gehuwd is geweest, zelfs indien de erkenning door de moeder heeft plaatsgehad vóór de inwerkingtreding van de Afstammingswet. Behalve in de hypothese dat ze bij een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke beslissing zijn

nietigverklaard (art. 111 Afstammingswet), zijn de erkenningen die vóór 6 juni 1987 werden gedaan door een overspelige moeder dus retroactief gevalideerd.
De mededelingsverplichting voorzien in artikel 313 § 3 Afstammingswet zal allicht niet vervuld zijn indien de erkenning is gebeurd vóór de inwerkingtreding van de nieuwe bepalingen. Aangezien de nieuwe wet geen termijn vooropstelt, is het mogelijk dat een onder de vroegere wetgeving gedane erkenning op een later tijdstip nog ter kennis wordt gebracht van de echtgeno(o)t(e). Van zodra de kennisgeving of betekening uit artikel 313 § 3 tweede lid B.W. is gebeurd, zal de erkenning tegenwerpelijk zijn aan de echtgeno(o)t(e) en de kinderen (art. 313 § 3 derde lid B.W.) (R. VANCRAENENBROECK, "Overgangsbepalingen", in G. BAETEMAN (ed.), *Afstamming en adoptie*, Brussel, E. Story-Scientia, 1987, 419-420, nrs. 646-647).

AFDELING III

GERECHTELIJKE VASTSTELLING VAN HET MOEDERSCHAP

228 Indien de rechtsvordering tot onderzoek naar het moederschap tot gevolg kan hebben dat het vaderschap komt vast te staan o.g.v. artikel 315 of 317 B.W. (de vaderschapsregel), dan moet de vordering, luidens artikel 332*ter* vierde lid B.W., ook worden ingesteld tegen de echtgenoot en, in voorkomend geval, tegen de vorige echtgenoot van de vermeende moeder.

Deze bepaling vindt toepassing telkens de gerechtelijke vaststelling van het moederschap een kind betreft dat geboren wordt tijdens het huwelijk of binnen de 300 dagen na de ontbinding of nietigverklaring van het huwelijk van de moeder, ongeacht het kind in feite verwekt werd door de echtgenoot of een andere man (enkel in dit laatste geval gaat het om een overspelig kind *a matre*). Zij moet de echtgenoot toelaten, tijdens de procedure tot gerechtelijke vaststelling van het moederschap of in een latere afzonderlijke procedure, zijn vaderschap te betwisten, zo hij ervan overtuigd is niet de biologische vader te zijn.

– Indien de vaststelling van het moederschap van een eenmalig gehuwde vrouw m.b.t. een kind geboren tijdens haar huwelijk of binnen de 300 dagen na de ontbinding of nietigverklaring van dit huwelijk wordt gevorderd, moet de echtgenoot of gewezen echtgenoot in de procedure betrokken worden.

De gewezen echtgenoot moet uiteraard niet in het geding worden geroepen indien men aanvaardt dat hij geen vader is o.g.v. de vaderschapsregel (zie boven, nr. 215).

– Indien de procedure een hertrouwde vrouw betreft, moet niet alleen de (gewezen) echtgenoot, maar ook de vorige echtgenoot in de procedure be-

trokken worden, indien het kind gedurende het laatste huwelijk, maar binnen de 300 dagen na de ontbinding van het vorig huwelijk geboren wordt.

In dat geval is de (gewezen) nieuwe echtgenoot immers vader (art. 317 eerste lid B.W.), maar kan de vorige echtgenoot vader worden, indien het vaderschap van de nieuwe echtgenoot met succes wordt betwist (art. 317 tweede lid B.W.).

Artikel 332*ter* B.W. is met de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht niet "geslachtsneutraal" gemaakt, in die zin dat ook de vrouwelijke echtgenoot van de moeder in het geding zou moeten worden geroepen. Dat is logisch, aangezien een vrouw nooit via een erkenning uitgaande van haar echtgenote een afstammingsband met het kind kan verkrijgen (zie art. 143 tweede lid B.W., dat de toepassing van art. 315 B.W. uitsluit indien het huwelijk werd aangegaan door twee personen van hetzelfde geslacht).

229 Anders dan in geval van erkenning (zie art. 313 § 3 derde lid B.W.), wordt in geval van gerechtelijke vaststelling van het moederschap, de niet-oproeping van de echtgenoot of vorige echtgenoot niet bestraft met de relatieve niet-tegenwerpelijkheid van moederschap en vaderschap.
De niet opgeroepen echtgenoot of vorige echtgenoot kan vrijwillig tussenkomen of ambtshalve door de rechtbank in het geding worden geroepen, en bij gebreke daarvan derdenverzet aantekenen.

HOOFDSTUK V

VASTSTELLING VAN DE AFSTAMMING LANGS MOEDERSZIJDE WAARUIT EEN HUWELIJKSBELETSEL BLIJKT

INLEIDING

230 In dit hoofdstuk wordt kort melding gemaakt van het feit dat het moederschap van een in bloedschande verwekt kind in principe zal vaststaan door de vermelding van de naam van de moeder in de geboorteakte (afdeling I). Verder wordt erop gewezen dat erkenning en gerechtelijke vaststelling van het moederschap van een bloedschennig kind verboden is, tenzij het huwelijksbeletsel dat blijkt uit de vaststelling van de afstamming niet absoluut is (afdelingen II en III).

AFDELING I

MATER SEMPER CERTA EST

231 De regel *Mater semper certa est* geldt ook voor het kind dat geboren is uit ouders waartussen bloed- of aanverwantschap in verboden graad bestaat. De vrouw wiens naam in de geboorteakte is vermeld, is de moeder van het kind (art. 312 § 1 B.W.).

Is de moeder, ondanks een bestaand huwelijksbeletsel, toch kunnen trouwen, dan zal de naam van haar echtgenoot eveneens in de geboorteakte van het kind worden vermeld als vader (art. 57, 2° B.W.) en is deze laatste vader o.g.v. artikel 315 B.W.

AFDELING II

ERKENNING DOOR EEN VROUW

232 De erkenning door een vrouw is niet ontvankelijk indien daaruit blijkt dat tussen haar en de vader een huwelijksbeletsel bestaat waarvan de Koning geen ontheffing kan verlenen (art. 313 § 2 B.W.).

De onmogelijkheid voor de moeder om tot een erkenning over te gaan waaruit absoluut incest zou blijken, veronderstelt dat de afstamming langs vaderszijde voordien – of gelijktijdig – is vastgesteld, bv. door erkenning.

Teneinde na te gaan of bij erkenning door een vrouw geen incest tot uiting komt, dient de notaris die met het verlijden van de erkenningsakte is belast zich vooraf een recent afschrift (geen uittreksel) van de geboorteakte te laten voorleggen, omdat alleen daaruit kan worden afgeleid of bv. een erkenning door een man plaatsvond, nl. door de melding ervan op de kant van de geboorteakte van het kind (zie art. 62 § 2 B.W.; H. CASMAN, *Notarieel familierecht*, Gent, Mys & Breesch, 1991, 194, nr. 541; een eventuele gerechtelijke vaststelling van vaderschap zal overeenkomstig art. 333 B.W. zijn bekendgemaakt in de registers van de burgerlijke stand).

233 Voor de ratio en een overzicht van de concrete gevolgen van het verbod tot vaststelling van de bloedschennige afstamming kan *mutatis mutandis* worden verwezen naar de tekst i.v.m. de erkenning van een bloedschennig kind door een man (zie verder, nrs. 761-763).

In dit verband moet echter worden opgemerkt dat de bedenking dat de patrimoniale rechten van het kind op een andere wijze gevrijwaard zouden kunnen worden dan door de vaststelling van de bloedschennige afstamming (Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 88) niet opgaat voor de vaststelling van de afstamming langs moederszijde, nu er geen onderhoudsvordering bestaat die tegen de vermeende moeder kan worden ingeleid, analoog met deze die tegen de vermoedelijke verwekker o.g.v. artikelen 336-341 B.W. kan worden ingesteld.

234 I.v.m. de (on)verenigbaarheid van artikel 313 § 2 B.W. met de artikelen 8 en 14 E.V.R.M. en het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel kan, *mutatis mutandis*, worden verwezen naar de bespreking van het verbod tot erkenning van een bloedschennig kind door een man (zie verder i.v.m. art. 321 B.W., nr. 764).

AFDELING III

GERECHTELIJKE VASTSTELLING VAN HET MOEDERSCHAP

235 De vordering tot gerechtelijke vaststelling van het moederschap is niet ontvankelijk indien daaruit blijkt dat tussen haar en de vader een huwelijksbeletsel bestaat waarvan de Koning geen ontheffing kan verlenen (art. 314 tweede lid B.W.).

Onder gelding van het oude afstammingsrecht was het onderzoek naar het moederschap ook al verboden wanneer de aldus vastgestelde afstammingsband een bloedschennige verwekking tot uiting zou doen komen (oud art. 342*a* B.W. *j°* art. 335 (oud) B.W.) en de Koning de bloed- of aanverwanten geen ontheffing kon verlenen van het verbod om met elkaar te trouwen (art. 342*b* (oud) B.W.).

236 De ratio en de gevolgen van dit verbod zijn dezelfde als beschreven inzake het verbod tot erkenning van een bloedschennig kind door een man (zie *mutatis mutandis* verder, nrs. 761-763).

TITEL II

VASTSTELLING VAN DE AFSTAMMING LANGS VADERSZIJDE

ALGEMEEN: DRIE VASTSTELLINGSWIJZEN

237 Net zoals voor de vaststelling van de afstamming langs moederszijde zijn er voor de vaststelling van de afstamming langs vaderszijde drie vaststellingswijzen. Er bestaat evenwel een fundamenteel verschillende wijze van vaststelling naargelang het kind binnen het huwelijk of buiten het huwelijk geboren en/of verwekt is. Beide situaties worden hieronder in een afzonderlijk hoofdstuk behandeld.
Binnen het huwelijk speelt alleen de vaderschapsregel (hoofdstuk I); buiten het huwelijk (hoofdstuk II) kan het vaderschap zowel door erkenning (afdeling I) als via een gerechtelijk onderzoek naar het vaderschap worden vastgesteld (afdeling II).

Overspelige en bloedschennige kinderen zijn verwekt buiten het huwelijk van hun moeder en haar echtgenoot. Om die reden wordt de overspelige en de bloedschennige afstamming van vaderszijde niet behandeld in afzonderlijke hoofdstukken, maar in afdelingen die ressorteren onder het hoofdstuk i.v.m. de vaststelling van de afstamming buiten het huwelijk. Zowel voor de erkenning als voor de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap moeten bijzondere regels additioneel worden toegepast indien het kind in overspel werd verwekt (afdeling III).
De afstamming langs vaderszijde van een in bloedschande verwekt kind kan principieel niet worden vastgesteld, noch via een erkenning, noch bij rechterlijke beslissing (afdeling IV).

HOOFDSTUK I
AFSTAMMING LANGS VADERSZIJDE BINNEN HET HUWELIJK

AFDELING I

DE VADERSCHAPSREGEL (ART. 315 B.W.)

238 Luidens artikel 315 B.W. heeft het kind dat geboren is tijdens het huwelijk of binnen 300 dagen na de ontbinding of de nietigverklaring van het huwelijk de echtgenoot tot vader. Evident wordt hier de echtgenoot van de moeder bedoeld.

Vóór de inwerkingtreding van de Afstammingswet heeft SENAEVE in zijn doctoraal proefschrift de vaderschapsregel – toen nog opgenomen in artikel 312 eerste lid (oud) B.W.: "Het kind dat tijdens het huwelijk verwekt is, heeft de man tot vader" – en de betwisting van het op het huwelijk gebaseerde vaderschap op uiterst grondige wijze en vanuit rechtsvergelijkend perspectief doorgelicht (P. SENAEVE, *Het vaderschap van de echtgenoot. Vaststelling en betwisting van de op het huwelijk gebaseerde afstamming langs vaderszijde*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1982, 448 p.).

§ 1. Grondslag

239 De vaderschapsregel heeft een e m p i r i s c h e grondslag en stemt overeen met de gewone gang van zaken (G. BAETEMAN, *Overzicht*, 595, nr. 957). Van oudsher wordt de echtgenoot van de moeder wettelijk vermoed de vader van het kind te zijn indien de moederlijke afstamming van het kind vaststaat, ook al strookt dat vermoeden (soms) niet met de biologische werkelijkheid. Het behoud van de regel is aangewezen om zuiver pragmatische redenen (zie reeds P. SENAEVE, *Het vaderschap van de echtgenoot. Vaststelling en betwisting van de op het huwelijk gebaseerde afstamming langs vaderszijde*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1982, p. 40-41, nr. 60 en 53-54, nr. 72). Ook al mag het aantal overspelige kinderen geenszins worden onderschat, in het merendeel van de gevallen zal de sociale realiteit binnen het huwelijk overeenstemmen met de biologische werkelijkheid.

240 Speelt de vaderschapsregel, dan is in principe noch erkenning noch gerechtelijke vaststelling van het vaderschap mogelijk, behoudens in de gevallen dat het (biologisch) vaderschap van de echtgenoot uiterst onwaarschijnlijk is (zie resp. art. 320 en 323 B.W.). Daarom is de vaderschapsregel ook de p r i n c i p i ë l e grondslag voor de vaststelling van het vaderschap binnen het huwelijk.
Het Arbitragehof heeft het principieel karakter van de vaderschapsregel als primordiale wijze van vaststelling van de afstamming langs vaderszijde binnen het huwelijk uitdrukkelijk bevestigd in twee arresten i.v.m. de termijn om het vaderschap van de echtgenoot te betwisten: "De wetgever vermocht te oordelen dat hij die huwt aanvaardt in beginsel beschouwd te worden als vader

van ieder kind dat zijn vrouw zal baren" (Arbitragehof nr. 138/2000, 21 december 2000, *B.S.* 8 maart 2001, 7435, *R.W.* 2000-01, 1343 en *T.B.B.R.* 2001, 359, noot G. VERSCHELDEN; Arbitragehof nr. 95/2001, 12 juli 2001, *B.S.* 13 november 2001, 38684, resp. overweging B.7 en B.9; zie verder, nr. 939).

Zo moet in toepassing van artikel 315 B.W. de afstamming van een kind t.a.v. de echtgenoot van de moeder worden vastgesteld, ook al blijkt uit de debatten dat deze afstammingsband niet aan de werkelijkheid beantwoordt (Jeugdrb. Nijvel 6 juni 1989 en 5 februari 1991, *Rev. trim. dr. fam.* 1991, 207 en 211).

§ 2. Actuele draagwijdte

241 Artikel 315 B.W. werd door de eerste commentatoren van de Afstammingswet vrij ongenuanceerd beschouwd als de bevestiging van de traditionele regel *Pater is est quem nuptiae demonstrant*: vader is degene die het huwelijk aanduidt (G. BAETEMAN, "De vaststelling van de afstamming van moederszijde en vaderszijde", *T.B.B.R.* 1987, (10) 16, nr. 16; J. GERLO, "De afstamming langs moederszijde en vaderszijde", in G. BAETEMAN (ed.), *Afstamming en adoptie*, Brussel, E. Story-Scientia, 1987, 86, nr. 80; J. DALCQ, "La réforme du droit de la filiation", *J.T.* 1987, (393) 395, nr. 9; M.-Th. MEULDERS-KLEIN, "L'établissement et les effets personnels de la filiation selon la loi belge du 31 mars 1987", *Ann. dr. Louvain* 1987, (213) 243-244, nr. 57; A.-Ch. VAN GYSEL, "Les nouvelles lois concernant la filiation et l'adoption", *Rev. not. b.* 1987, (506) 515; E. VIEUJEAN, "Le nouveau droit de la filiation", *Ann. dr. Liège* 1987, (97) 109-110, nr. 16; zie eveneens Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 45 en M.v.T. bij wetsontwerp-VAN ELSLANDE, *Parl. St.* Senaat 1977-78, nr. 305/1, 11).

242 Men kan zich afvragen of de vaderschapsregel, zoals hij in artikel 315 B.W. is vastgelegd, nog wel dezelfde draagwijdte heeft als het traditionele adagium in het vroegere afstammingsrecht. Het adagium *Pater is est* ... drukt immers wezenlijk een blijvende oplegging van het vaderschap aan de echtgenoot van de moeder uit, waarbij het huwelijk de grondslag vormt voor de vaststelling van de afstamming langs vaderszijde.

De vroegere regeling hield – veel meer dan nu het geval is – een daadwerkelijke oplegging van het vaderschap aan de echtgenoot in: het vaderschap van de echtgenoot dat vaststond o.g.v. artikel 312 eerste lid (oud) B.W. kon enkel door hemzelf worden betwist en dan nog slechts in welbepaalde gevallen (art. 312-314 (oud) B.W.), waarbij de vordering binnen bepaalde – aanvankelijk zeer korte maar later langer wordende – vervaltermijnen moest worden ingesteld.

243 Vandaag de dag kan het vaderschap van de echtgenoot niet meer louter door hemzelf worden betwist, maar eveneens door de moeder, door het kind en in bepaalde gevallen door de vorige echtgenoot en de bloedverwanten in opgaande en neerdalende lijn van de overleden echtgenoot (art. 332 eerste en tweede lid B.W.). Met uitzondering van hetgeen in artikel 318 § 4 B.W. wordt bepaald (zie verder, nrs. 1224-1238), is de betwistingsvordering *de lege lata* aan geen enkele bijzondere ontvankelijkheidsvoorwaarde meer onderworpen; ze moet steeds gegrond worden verklaard indien wordt aangetoond dat de

echtgenoot niet de vader van het kind kan zijn (art. 318 § 1 B.W.), hetgeen met alle wettelijke middelen kan worden bewezen (art. 318 § 2 B.W.). In sommige gevallen waarin het huwelijk van de moeder wankel is, volstaat zelfs een eenvoudige verklaring om het vaderschap van de echtgenoot succesvol te kunnen betwisten (zie art. 318 § 3 eerste lid B.W.).
Uit de huidige afstammingswetgeving kan geen permanente oplegging van het vaderschap aan de echtgenoot meer worden afgeleid.

§ 3. Juridische kwalificatie

244 Onder de bepalingen tot vaststelling van de afstamming langs vaderszijde vormen de artikelen 315 tot 318 B.W. de eerste afdeling, genaamd "Vermoeden van vaderschap". Er bestaat in de rechtsleer evenwel discussie over de vraag of de vaderschapsregel wel degelijk een vermoeden uitmaakt.

SENAEVE heeft in verschillende publicaties de stelling verdedigd dat de vaderschapsregel geen eigenlijk vermoeden van vaderschap inhoudt, maar daarentegen een grondregel van materieel recht vormt, waarbij het juridisch vaderschap dwingend wordt opgelegd aan de echtgenoot van de moeder en waarin het vermoeden aangaande het biologisch vaderschap slechts een achterliggend motief vormt dat de regel rechtvaardigt. Deze auteur verwijst ook naar artikel 316 B.W., waar de wetgever de term "regel" en niet "vermoeden" heeft aangewend. (P. SENAEVE, "De vaderschapsregel in het spanningsveld van de mensenrechtenbescherming en van het gelijkheidsbeginsel", in X (ed.), *Liber amicorum Roger Blanpain*, Brugge, die Keure, 1998, 799; P. SENAEVE, "De afstamming langs vaderszijde binnen het huwelijk", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, 60, nr. 50; raadpleeg voor de meest diepgaande analyse P. SENAEVE, *Het vaderschap van de echtgenoot. Vaststelling en betwisting van de op het huwelijk gebaseerde afstamming langs vaderszijde*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1982, p. 57-67, nrs. 75-85).

245 Zonet (zie boven, nr. 243) is aangetoond dat er van een permanente oplegging van het vaderschap onder de huidige wetgeving geen sprake meer kan zijn. Sinds de Afstammingswet is de vaderschapsregel terecht verwoord onder een afdeling die het "vermoeden van vaderschap" betreft. Beschouwt men de inhoud van artikel 315 B.W. als een materiële rechtsregel, dan is dit omwille van de grote impact en het grote praktisch belang van de vaderschapsregel. Gelezen in combinatie met artikel 318 B.W. kan echter worden verdedigd dat de vaderschapsregel slechts een bewijsregel vormt. Het wettelijk vermoeden dat de echtgenoot de – biologische – vader (verwekker) is, is een vermoeden *juris tantum* (G. MAHIEU en D. PIRE, *Droit des personnes. La filiation*, in *Rép. not.*, Brussel, Larcier, 1999, 72, nr. 50): het is immers weerlegbaar, via het instellen van een vordering tot betwisting van vaderschap.

Het tekstargument van SENAEVE, nl. dat er in artikel 316 B.W. sprake is van een "regel" en niet van een "vermoeden" doet daaraan geen afbreuk. Een bewijsregel is immers ook een "regel" (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 315 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 2, nr. 1, voetnoot 2).

§ 4. Toepassingsgebied

A. ALGEMEEN

246 De vaderschapsregel speelt als het kind geboren wordt
– tijdens het huwelijk, ook al leven de echtgenoten feitelijk gescheiden, zijn ze in een echtscheidingsprocedure verwikkeld of zijn ze gescheiden van tafel en bed;
– binnen de 300 dagen na de ontbinding of nietigverklaring van het huwelijk.

In feite vallen dus de volgende categorieën kinderen onder de toepassing van de vaderschapsregel:
– zij die verwekt zijn vóór, maar geboren zijn tijdens het huwelijk (zelfs enkele ogenblikken na het sluiten van het huwelijk);
– de kinderen verwekt en geboren tijdens het huwelijk;
– de kinderen verwekt tijdens het huwelijk maar geboren binnen de 300 dagen na de ontbinding of nietigverklaring ervan;
– de kinderen verwekt vóór het huwelijk maar geboren binnen de 300 dagen na de ontbinding of nietigverklaring van dat huwelijk (van zeer korte duur);
– de kinderen feitelijk verwekt na de ontbinding of nietigverklaring van het huwelijk, maar geboren binnen de 300 dagen na de ontbinding of nietigverklaring. Het volstaat dat de verwekking wettelijk tijdens het huwelijk kan gebeurd zijn (over de vermoedens i.v.m. tijdvak en tijdstip van de verwekking zoals omschreven in art. 326 B.W., zie verder, nrs. 257-270).

247 Het vaderschap van de echtgenoot (naast het moederschap van zijn vrouw) staat vast, ook al wordt het huwelijk nietig verklaard o.g.v. absoluut incest. Het nietigverklaarde huwelijk heeft gevolgen ten voordele van de kinderen (art. 202 B.W.), ongeacht de grond tot nietigverklaring en ongeacht het feit of de kinderen zijn geboren tijdens het (nietige) huwelijk of binnen de 300 dagen na de nietigverklaring (F. RIGAUX, "Le nouveau droit de la filiation à l'épreuve des droits de l'homme", *Ann. dr. Louvain* 1987, (379) 383, nr. 6).

248 Ook na de openstelling van het huwelijk is het toepassingsgebied van de vaderschapsregel onaangeroerd gebleven. De regel blijft beperkt tot het huwelijk tussen man en vrouw en is dus niet "geslachtsneutraal" gemaakt. Het door de Wet van 13 februari 2003 ingevoegde artikel 143 tweede lid B.W. bepaalt immers dat indien het huwelijk werd "aangegaan tussen" (*sic*) personen van hetzelfde geslacht, artikel 315 B.W. niet van toepassing is.

Het Franse "contracté entre" was ons inziens beter vertaald als "gesloten tussen" of "aangegaan door" (vgl. art. 143 eerste lid B.W.).

Het van rechtswege verbinden van afstammingsrechtelijke gevolgen aan het huwelijk tussen twee personen van hetzelfde geslacht zou volgens de Minister van Justitie tot een te grote abstractie van de werkelijkheid leiden (zie *Hand.* Senaat 2002-03, 28 november 2002, 54 en Omz. 8 mei 2003 betreffende de Wet

van 13 februari 2003 tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht en tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek, *B.S.* 16 mei 2003, (27139) 27140).

B. BEREKENING EN AANVANGSDAG VAN DE TERMIJN VAN 300 DAGEN

1. Berekening

249 De termijn van 300 dagen na de ontbinding of nietigverklaring van het huwelijk moet worden gerekend van dag tot dag en niet van ogenblik tot ogenblik (H. DE PAGE, *Traité*, I, 1120, nr. 1041). De aanvangsdatum wordt niet in de termijn begrepen, de einddag wel (*dies a quo non computatur in termino, sed dies ad quem*; vgl. art. 52 eerste lid en art. 53 eerste lid Ger. W.).
De vaderschapsregel is dus toepasselijk op de kinderen die werden geboren ten laatste de 300ste dag na de ontbinding of nietigverklaring van het huwelijk.

2. Aanvangsdag

a. Het huwelijk is ontbonden door overlijden of nietigverklaard

250 De niet in de termijn begrepen aanvangsdag is bij ontbinding van het huwelijk door overlijden de dag van het overlijden.
In het geval dat het huwelijk wordt nietigverklaard, is de aanvangsdag de dag waarop het vonnis of arrest dat de nietigverklaring uitspreekt in kracht van gewijsde is getreden.

Het Hof van Cassatie besliste immers dat het voordeel van het putatief huwelijk geldt t.a.v. de echtgenoot te goeder trouw en t.a.v. de kinderen. Het bestaat erin dat de burgerlijke gevolgen van het huwelijk in stand worden gehouden tot op het ogenblik waarop de beslissing van vernietiging van het huwelijk kan ten uitvoer worden gebracht, *i.e.* nadat het vonnis of arrest in kracht van gewijsde is gegaan (Cass. 28 oktober 1966, *Arr. Cass.* 1967, 283, noot, *Pas.* 1967, I, 277, noot en *R.W.* 1966-67, 1419).

b. Het huwelijk is ontbonden door echtscheiding

251 Wordt het huwelijk ontbonden door echtscheiding, dan is de aanvangsdag van de termijn van 300 dagen de dag waarop het vonnis of arrest dat de echtscheiding uitspreekt in kracht van gewijsde is getreden (vgl. art. 1278 eerste lid Ger. W. i.v.m. de echtscheiding o.g.v. bepaalde feiten en 1304 derde lid Ger. W. i.v.m. de echtscheiding door onderlinge toestemming).

252 Vóór de inwerkingtreding van de Wet van 30 juni 1994 houdende wijziging van artikel 931 van het Gerechtelijk Wetboek en van de bepalingen betreffende de procedures van echtscheiding (*B.S.* 21 juli 1994) op 1 oktober 1994, gold als vertrekpunt voor de termijn van 300 dagen bedoeld in artikel

315 B.W., de datum waarop de beslissing die de echtscheiding toestond overgeschreven werd in de registers van de burgerlijke stand.

Na de invoering van deze wet hebben sommige auteurs, voor wat betreft de gevolgen van de echtscheiding t.a.v. de persoon van de echtgenoten, een onderscheid gemaakt tussen de echtgenoten zelf enerzijds en derden anderzijds. Zo verdedigen SENAEVE en DE GAVRE de stelling dat het vonnis of arrest dat de echtscheiding uitspreekt t.o.v. de echtgenoten gevolgen heeft vanaf het ogenblik dat het in kracht van gewijsde treedt, terwijl het ten overstaan van derden pas gevolgen zou hebben op het ogenblik van de overschrijving ervan in de registers van de burgerlijke stand (P. SENAEVE, "De procedure tot echtscheiding op grond van bepaalde feiten", in P. SENAEVE en W. PINTENS (ed.), *De hervorming van de echtscheidingsprocedure en het hoorrecht van minderjarigen*, Antwerpen, Maklu, 1994, 154, nr. 372; J. DE GAVRE, "La loi du 30 juin 1994 modifiant l'article 931 du code judiciaire et les dispositions relatives aux procédures du divorce", *J.T.* 1994, (581) 592, nr. 47; vgl. P. SENAEVE, "De procedure tot echtscheiding op grond van bepaalde feiten", in P. SENAEVE en W. PINTENS (ed.), *De hervorming van de echtscheidingsprocedure en het hoorrecht van minderjarigen*, Antwerpen, Maklu, 1997, 194, nr. 430).

Dit onderscheid is vanuit pragmatisch oogpunt te betreuren. Het echtscheidingsvonnis of -arrest moet wat de persoon van de echtgenoten betreft zowel t.a.v. die echtgenoten als t.o.v. derden al gevolgen hebben vanaf het ogenblik dat de beslissing in kracht van gewijsde treedt. De overschrijving is een extrinsieke administratieve formaliteit die enkel van belang is voor de gevolgen van de echtscheiding op patrimoniaal vlak (zie tevens G. DE LEVAL, "Le point sur le divorce pour cause déterminée: la loi du 30 juin 1994 et les dispositions relatives aux procédures du divorce pour cause déterminée", in X (ed.), *Les synthèses de la J.L.M.B.*, Diegem, Kluwer Editions Juridiques Belgique, 1996, 14, nr. 15 en voetnoot 1, met verwijzing naar een omzendbrief die uitgaat van het parket bij het Hof van Beroep te Luik).
Deze controverse is ook na de inwerkingtreding van de Wet van 20 mei 1997 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek en het Burgerlijk Wetboek betreffende de procedures tot echtscheiding (*B.S.* 27 juni 1997) blijven bestaan omdat artikel 1278 eerste lid *in fine* Ger. W. (voor echtscheiding o.g.v. bepaalde feiten) en artikel 1304 eerste lid Ger. W. (voor echtscheiding door onderlinge toestemming) zowel vóór als na deze wet in algemene bewoordingen bepalen dat het vonnis of arrest dat de echtscheiding uitspreekt t.a.v. derden gevolgen heeft vanaf de dag waarop het is overgeschreven in de registers van de burgerlijke stand en er dus geen onderscheid wordt gemaakt tussen de gevolgen van de ontbinding van het huwelijk op het vlak van de persoon van de echtgenoten en de gevolgen van deze ontbinding t.a.v. hun goederen.

De toepassing van de vaderschapsregel lijkt echter niet onderhevig aan de zonet vermelde betwisting: hoewel zou kunnen worden aangevoerd dat het kind waarop de vaderschapsregel wordt toegepast een derde is, behandelt SENAEVE – nochtans een voorstander van het vermelde onderscheid – deze kwestie uitsluitend binnen het kader van de persoonlijke verhouding tussen de echtgenoten en stelt hij dat de termijn van 300 dagen begint te lopen op het ogenblik dat het echtscheidingsvonnis of -arrest in kracht van gewijsde treedt (P. SENAEVE, "De procedure tot echtscheiding op grond van bepaalde feiten", in P. SENAEVE en W. PINTENS (ed.), *De hervorming van de echtscheidingsprocedure en het hoorrecht van minderjarigen*, Antwerpen, Maklu, 1994, 142-143, nrs. 331-332). Deze visie werd bevestigd in een niet gepubliceerde Ministeriële Omzendbrief van 21 juni 1995 betreffende "problemen die de nieuwe bepalingen inzake de echtscheidingsprocedure stellen op het vlak van de burgerlijke stand": het beginpunt van de termijn van 300 dagen is deze waarop de beslissing die de echtscheiding uitspreekt in kracht van gewijsde is getreden (zie ook P. SENAEVE, "De aanpassing van de wet tot hervorming van de echtscheidingsprocedures. Commentaar op de Wet van 20 mei 1997", *E.J.* 1997, (65) 79, nrs. 47-48; P. SENAEVE, "De procedure tot echtscheiding op grond van bepaalde feiten", in P. SENAEVE en W. PINTENS (ed.), *De hervorming van de echtscheidingsprocedure en het hoorrecht van minderjarigen*, Antwerpen, Maklu, 1997, 181, nr. 383).

253 Het toepassingsgebied van de vaderschapsregel is dus gevoelig verkleind na de inwerkingtreding van de Wet van 30 juni 1994: sindsdien geldt de vaderschapsregel niet meer voor de kinderen die geboren worden meer dan

300 dagen nadat de beslissing die de echtscheiding uitspreekt in kracht van gewijsde is getreden. Vóór de inwerkingtreding van die wet bleven enkel de kinderen die geboren waren meer dan 300 dagen nadat het echtscheidingsvonnis of -arrest in de registers van de burgerlijke stand was overgeschreven buiten het toepassingsgebied.

In navolging van deze principes besliste het Hof van Beroep te Brussel dat de biologische vader zijn kind niet zonder machtiging van de rechtbank kon erkennen, gelet op het vermoeden van vaderschap uit artikel 315 B.W., nu het wettelijk de zoon was van de ex-echtgenoot van de moeder, aangezien het geboren was minder dan 300 dagen nadat het echtscheidingsvonnis in kracht van gewijsde was getreden (Brussel 23 november 2000, *Rev. trim. dr. fam.* 2001, 67).

C. ONTOELAATBAARHEID VAN DE PRENATALE ERKENNING DOOR DE ECHTGENOOT VAN DE MOEDER

254 De vraag rijst of de echtgenoot-vader het kind dat zijn echtgenote zal baren – *i.e.* het huwelijks kind waarvan hij na de geboorte o.g.v. artikel 315 B.W. de juridische vader zal worden – al vóór de geboorte kan erkennen.
Een letterlijke lezing van de artikelen 315 en 319 § 1 B.W. verzet zich niet tegen deze erkenning: het kind is immers nog niet geboren, zodat de vaderschapsregel niet speelt.
Toch moet de mogelijkheid tot een dergelijke erkenning worden afgewezen als strijdig met de geest van de vaderschapsregel. Het gaat bovendien om een nodeloze anticipatieve handeling: de echtgenoot en het kind hebben immers geen belang bij een dergelijke erkenning: het vaderschap van de echtgenoot zal van rechtswege vaststaan op het ogenblik dat het kind geboren wordt binnen de 300 dagen na de ontbinding of de nietigverklaring van het huwelijk, ook al overlijdt de man vóór de geboorte (vgl. art. 315 B.W.).

Er kan dus worden besloten dat alleen de erkenning van een buitenhuwelijks kind door zijn vader mogelijk is vanaf de verwekking. Deze erkenning heeft wel degelijk zin indien de erkenner vreest te overlijden vóór de geboorte zonder dat zijn vaderschap is vastgesteld. Het vaderschap van een gehuwd man die een kind bij zijn echtgenote heeft verwekt zal daarentegen na de geboorte kunnen worden vastgesteld o.g.v. de vaderschapsregel – eventueel samengelezen met artikel 326 B.W. (zie verder, nr. 257 e.v.) –, ook al overlijdt hij vóór de geboorte van het kind.

D. OVERGANGSRECHT

255 De opmerking dat het toepassingsgebied van de vaderschapsregel geen aanleiding geeft tot problemen van overgangsrecht (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 315B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 7, nr. 8) is terecht voor kinderen die geboren werden vóór 6 juni 1987 en na de inwerkingtreding van de Wet van 10 februari 1958, nu deze wet het toepassingsgebied van het vaderschap van de echtgenoot van de moeder op soortgelijke wijze begrensde als later in de Afstammingswet werd bepaald.

Uit de rechtspraak blijkt echter dat vandaag nog betwisting kan bestaan omtrent de draagwijdte van de vaderschapsregel n.a.v. de vereffening-verdeling van een nalatenschap waarin rechten worden opgeëist door kinderen die vóór 5 april 1954 werden geboren, na de ontbinding van het huwelijk van hun moeder.

Op het ogenblik van hun geboorte gold het oude artikel 315 B.W., zoals initieel opgenomen in het Burgerlijk Wetboek en opgeheven door de Wet van 15 maart 1954 tot intrekking van artikel 315 van het Burgerlijk Wetboek en houdende overgangsmaatregelen (*B.S.* 26 maart 1954, 2270, in werking getreden op 5 april 1954). Anno 1804 bevatte dit artikel het principe dat de wettigheid van het kind dat driehonderd dagen na de ontbinding van het huwelijk geboren is, mag worden betwist. Deze bepaling hield in dat dit kind het statuut van wettig kind had – ook al was het vele jaren na de ontbinding van het huwelijk geboren – en dit statuut behield tot zolang zijn wettigheid met succes werd betwist. Dergelijke (al te) ruime draagwijdte was het voorwerp van scherpe kritiek in de rechtsleer (zie de referenties aangehaald door C. De Busschere, "Oud artikel 315 van het B.W. en de huidige notariële praktijk", (noot onder Antwerpen 14 oktober 1992 en Rb. Tongeren 25 april 1990), *Not. Fis. M.* 1992, (299) 299-300). De Wet van 15 maart 1954 schafte het artikel mede daarom af en voorzag in een overgangsregeling.

Een man die geboren was op 28 juli 1951 beriep zich op het toentertijd geldende artikel 315 B.W. (versie 1804) ter staving van zijn aanspraak op een deel in de nalatenschap van de in 1988 overleden ex-echtgenoot van zijn moeder, hoewel het huwelijk tussen beiden reeds werd ontbonden door echtscheiding die werd overgeschreven in de registers van de burgerlijke stand op 21 december 1948, dus ruim twee jaar en zeven maanden vóór de geboorte. De man beschouwde zichzelf desondanks als een wettig kind van de overledene.
In eerste aanleg werd zijn vordering afgewezen. De Rechtbank van Eerste Aanleg te Tongeren overwoog dat m.b.t. deze man niet uit de geboorteakte bleek wie zijn vader is, nu de akte enkel vermeldde dat hij geboren was uit [zijn moeder], wettig gescheiden van [de overledene]. De rechtbank achtte de regel *Pater is est quem nuptiae demonstrant* niet toepasselijk, aangezien het huwelijk op het ogenblik van de geboorte sedert jaren was ontbonden. Derhalve was niet bewezen dat de eiser wettelijke erfgenaam was van de overledene (Rb. Tongeren 25 april 1990, *Not. Fisc. M.* 1992, 298, noot C. De Busschere).
In hoger beroep werd dit vonnis deels hervormd. Het Hof van Beroep te Antwerpen overwoog dat de wetgever (vóór 15 maart 1954) geen termijn noch grens heeft bepaald, noch t.a.v. de datum van geboorte na de ontbinding van het huwelijk, noch t.a.v. de datum voor het instellen van een vordering tot betwisting van de wettigheid van dergelijk kind. De eiser maakte volgens het hof terecht aanspraak op de toepassing van het oude artikel 315 B.W., nu zijn hoedanigheid van wettig kind nooit werd betwist (*dura lex, sed lex*). Conform de stelling van de eerste rechter wierpen de andere erfgenamen – volgens het hof ten onrechte – op dat hij slechts van het vermoeden van wettigheid kan genieten indien zijn geboorteakte hem deze wettigheid toekent; deze stelling vindt geen steun in het oude artikel 315 B.W. De vordering werd gegrond verklaard, zodat de man als wettig erfgenaam moest worden erkend en behandeld in de vereffening-verdeling van de nalatenschap van zijn vader (Antwerpen 14 oktober 1992, *Not. Fisc. M.* 1992, 297, noot C. De Busschere).
De annotator van beide uitspraken merkt op dat de ambtenaren van de burgerlijke stand niet eenvormig te werk gingen bij de opmaak van de geboorteakte: sommigen maakten de akte op alsof het een wettig kind betrof, anderen lieten het onwettig karakter van de afstamming uit de geboorteakte blijken. De zienswijze die blijkt uit het arrest wordt onderschreven, omdat de wettige of onwettige afstamming van het kind (en zijn erfrecht) bezwaarlijk kan afhangen van de wijze van redactie van de geboorteakte door een ambtenaar van de burgerlijke stand (C. De Busschere, "Oud artikel 315 van het B.W. en de huidige notariële praktijk", (noot onder Antwerpen 14 oktober 1992 en Rb. Tongeren 25 april 1990), *Not. Fisc. M.* 1992, (299) 301).

Ons inziens volgt uit een overgangsbepaling van de Wet van 15 maart 1954 – *a contrario* – dat de betrokkene geen wettig kind was van de overleden ex-echtgenoot van zijn moeder. Luidens artikel 2 van deze wet (waarvan de inhoud op foutieve wijze werd weergegeven in voormelde noot) wordt het kind dat vóór de inwerkingtreding van deze wet geboren is uit een vrouw wier huwelijk sinds

meer dan honderdtachtig dagen en minder dan driehonderd dagen ontbonden was, geacht uit dat huwelijk te zijn gesproten, tenzij het gewettigd is of wordt, door de vader of de moeder erkend is of wordt, of tenzij zijn wettigheid gerechtelijk wordt betwist (...). Het vroegere vermoeden van wettigheid blijft krachtens deze overgangsbepaling dus behouden voor kinderen geboren na de ontbinding van het huwelijk van hun moeder, maar enkel indien zij meer dan 180 dagen, maar minder dan 300 dagen na deze ontbinding werden geboren. Nu de eiser *in casu* méér dan 300 dagen na dit tijdstip was geboren, kon hij ons inziens niet als wettig kind worden beschouwd in toepassing van het oude artikel 315 B.W. Nu de nalatenschap is opengevallen in 1988 – na de inwerkingtreding van de Afstammingswet, zal hij als buitenhuwelijks kind dezelfde erfrechten als een huwelijks kind kunnen genieten, op voorwaarde dat hij erin slaagt zijn vaderschap t.a.v. deze overleden man *post mortem* te laten vaststellen.

§ 5. Confrontatie met het gelijkheidsbeginsel

256 In verschillende Europese landen is de geldingskracht van de vaderschapsregel in vraag gesteld voor de hoogste rechtscolleges, zowel op het constitutionele vlak als in het raam van de bescherming van de mensenrechten (zie voor een uitgebreide bespreking P. SENAEVE, "De vaderschapsregel in het spanningsveld van de mensenrechtenbescherming en van het gelijkheidsbeginsel", in X (ed.), *Liber amicorum Roger Blanpain*, Brugge, die Keure, 1998, 801-808).
In België heeft het Arbitragehof zich al meermaals indirect gebogen over de grondslag van de vaderschapsregel en de bescherming die hij verdient, via een antwoord op prejudiciële vragen i.v.m. de grondwettigheid van artikel 332 B.W.

Deze bepaling behoudt de mogelijkheid om het vaderschap van de echtgenoot te betwisten voor aan de echtgenoot zelf (of, na diens overlijden, aan zijn bloedverwanten in de rechte lijn), de moeder en het kind en maakt dus een onderscheid tussen de echtgenoot, de moeder en het kind enerzijds, en de biologische vader anderzijds, in die zin dat deze laatste het vaderschap van de echtgenoot niet rechtstreeks kan betwisten.
Noch in arresten i.v.m. de uitsluiting van de biologische vader als titularis om het vaderschap van de echtgenoot te betwisten, noch in arresten i.v.m. vermeende discriminaties die zouden voortvloeien uit de korte vervaltermijnen die gelden voor de onderscheiden wettelijke titularissen om het vaderschap van de echtgenoot te betwisten heeft het Arbitragehof een ongrondwettigheid van de bestreden onderdelen van artikel 332 B.W. vastgesteld.

De rechtspraak van het Arbitragehof i.v.m. de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot (zie *in extenso* verder, nr. 937 e.v.) bevestigt dat het vermoeden van vaderschap één van de zeldzame wettelijke obstructies kan zijn voor de vaststelling van een met de biologische werkelijkheid overeenstemmende juridische afstammingsband (vgl. J. SOSSON, "L'établissement de la filiation: principes généraux et conditions de fond" in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, (9) 21, nr. 7; zie reeds F. RIGAUX, "Le nouveau droit de la filiation à l'épreuve des droits de l'homme", *Ann. dr. Louvain* 1987, (379) 382, nr. 5).

§ 6. Vermoedens (art. 326 B.W.)

257 De vaderschapsregel uit artikel 315 B.W. moet worden gelezen in samenhang met artikel 326 B.W., dat twee vermoedens bevat: een eerste vermoeden aangaande het tijdvak waarbinnen de verwekking is gebeurd en een tweede vermoeden dat ertoe strekt de eventuele nadelige gevolgen voor het kind die daaruit zouden kunnen voortvloeien te corrigeren.

A. TIJDVAK VAN DE VERWEKKING

258 Omdat het ogenblik van de verwekking als rechtsfeit, in tegenstelling tot de geboorte, (meestal) niet met zekerheid kan worden vastgesteld, heeft de wetgever in art. 326 B.W. een wettelijk vermoeden m.b.t. de verwekkingsperiode vooropgesteld: het kind wordt, behoudens tegenbewijs, vermoed te zijn verwekt in het tijdvak van de 300ste tot en met de 180ste dag vóór de geboortedag (*i.e.* maximum 10 tot minimum 6 maanden vóór de geboorte).

Om de omvang van het wettelijk tijdvak van de verwekking in dagen te berekenen moet men van 300 dagen geen 180 dagen, maar 179 dagen aftrekken, aangezien de verwekking nog mogelijk is de 180ste dag vóór de geboorte. Dit leidt tot de conclusie dat de wettelijk tijdvak van de verwekking 300 – 179 = 121 dagen bedraagt. Met andere woorden: er bestaat een wettelijk vermoeden dat het kind verwekt is op een tijdstip dat zich situeert binnen deze periode van 121 dagen.

De termijn van het wettelijk tijdvak van de verwekking wordt berekend van dag tot dag en niet van uur tot uur (*de die ad diem*, en niet *de momento ad momentum*); de aanvangsdag is niet in de termijn begrepen, de einddag wel (*dies a quo non computatur in termino, sed dies ad quem*) (vgl. H. DE PAGE, *Traité*, I, 1121, nr. 1042).

259 In tegenstelling tot vroeger, is dit vermoeden aangaande het wettelijk tijdvak van de verwekking niet meer onweerlegbaar, maar gaat het om een vermoeden *juris tantum*, vatbaar voor tegenbewijs: het bewijs kan worden geleverd dat een zwangerschap meer dan 300 dagen of minder dan 180 dagen heeft geduurd (M.v.T. bij wetsontwerp-VAN ELSLANDE, *Parl. St.* Senaat 1977-78, nr. 305/1, 15). Dit kan bv. worden aangetoond via een zwangerschapsattest, afgeleverd door een gynaecoloog.

Onder het oude recht was het vermoeden dat het kind verwekt is gedurende de tijd die verlopen is van de 300ste tot de 180ste dag vóór de geboorte onweerlegbaar en was het bv. verboden te bewijzen dat de zwangerschap 301 dagen of 179 dagen geduurd had (Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 95).

Nu het vermoeden aangaande de duur van de verwekkingsperiode vatbaar is voor tegenbewijs, is het zo dat wanneer voor de rechtbank wordt bewezen dat een kind, bv. geboren 302 dagen na de ontbinding of nietigverklaring van het huwelijk, verwekt werd 304 dagen vóór de geboorte, het vaderschap van de gewezen echtgenoot meteen wordt vastgesteld, ondanks het feit dat de vaderschapsregel o.g.v. artikel 315 B.W. strikt genomen niet meer speelt voor dit laat geboren kind. Wanneer voor de rechtbank wordt bewezen dat een kind, bv. geboren 179 dagen na de ontbinding of nietigverklaring van het huwelijk, verwekt werd 177 dagen vóór de geboorte, speelt de vader-

schapsregel niet langer voor dit prematuur geboren kind, hoewel het normaliter de ex-echtgenoot van de moeder als juridische vader zou hebben.

260 Artikel 326 B.W. bepaalt dus een vermoedelijk tijdvak waarbinnen de verwekking te situeren is; de wet vermeldt echter nergens uitdrukkelijk wat het precieze tijdstip van de verwekking is. Uit het geheel van de afstammingswetgeving kan afgeleid worden dat de wetgever het moment van de geslachtsgemeenschap als tijdstip van de verwekking heeft vooropgesteld en bv. niet het ogenblik van de versmelting van eicel en zaadcel of de innesteling van het embryo in de baarmoederwand (wat later gebeurt).

Via verschillende bepalingen wordt de echtgenoot immers uitgesloten als mogelijke verwekker vanaf het moment dat hij in de onmogelijkheid verkeert met zijn echtgenote geslachtsgemeenschap te hebben: dit is zo in de hypothese van de ontbinding van het huwelijk door overlijden (art. 315 B.W.) en geldt evenzeer bij afwezigheid (art. 316 B.W.).
De stelling dat het moment van de geslachtsgemeenschap samenvalt met het tijdstip van de verwekking vindt steun in bepalingen die de erkenning en de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap betreffen: zo valt de aanvang van de periode waarin de verwekking door de echtgenoot onwaarschijnlijk is (art. 318 § 3 eerste lid, 1° tot 3° en art. 320, 2° tot 4° B.W.) samen met de periode waarin ook geslachtsgemeenschap van de man met zijn echtgenote onwaarschijnlijk is; deze gelijkstelling blijkt ook uit artikel 324 derde lid B.W. (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 326 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 2, nr. 2).

261 Wanneer het kind niet na geslachtsgemeenschap maar via de aanwending van kunstmatige procreatietechnieken is verwekt, moet het ogenblik van de verwekking worden gesitueerd op het ogenblik waarop het genetisch materiaal wordt ingebracht, ongeacht of er voordien reeds bevruchting heeft plaatsgevonden (zie ook verder, nr. 1260).

B. MEEST GUNSTIGE TIJDSTIP: *OMNI MELIORE MOMENTO*

262 Het wettelijk vermoeden aangaande de duur van de verwekkingsperiode – van de 300ste dag t.e.m. de 180ste dag vóór de geboorte, dus 121 dagen – wordt vervolledigd met een tweede vermoeden, dat sociaal corrigerend kan werken: het vermoeden *Omni meliore momento*. In een aantal gevallen is een benaderende vastlegging van het tijdstip van de verwekking binnen een periode van 121 dagen onvoldoende en dringt een meer specifieke bepaling van dit tijdstip zich op.
Luidens artikel 326 *in fine* B.W. wordt het kind, behoudens tegenbewijs, vermoed te zijn verwekt binnen het wettelijk tijdvak van verwekking en op het tijdstip dat voor hem het gunstigst is, gelet op het onderwerp van de vordering die het heeft ingesteld of van het verweermiddel dat het heeft voorgedragen.

De Nederlandse wettekst is taalkundig niet correct, aangezien hij een betrekkelijk voornaamwoord van verkeerd geslacht bevat: "gelet op het onderwerp (bedoeld wordt wellicht het "voorwerp") van de vordering *dat* het heeft ingesteld of van het verweermiddel dat het heeft voorgedragen". Het onzijdige relativum "dat" is in deze zinsnede niet correct, aangezien het woord waarop het slaat, nl. de "vordering", vrouwelijk is. Het correcte vrouwelijke relativum dat daarmee correspondeert en hier gehanteerd moest worden is "die".

Onder het vroegere recht was het vermoeden *Omni meliore momento* niet expliciet in de wet opgenomen, maar door een deel van rechtsleer en rechtspraak aanvaard. Artikel 312 (oud) B.W. werd als grondslag genomen voor de regel dat de verwekking – binnen het wettelijk tijdvak van de verwekking – moest worden gesitueerd op het voor het kind meest gunstige ogenblik. Volgens het oude artikel 312 tweede B.W. kon de man die in de natuurlijke onmogelijkheid was om met zijn vrouw gemeenschap te hebben, het kind alleen ontkennen indien hij kon bewijzen dat hij gedurende de hele termijn in die onmogelijkheid verkeerde. Onder het geldende recht is het mogelijk te bewijzen dat de zwangerschap korter of langer heeft geduurd (Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 95).

263 Net als het vermoeden i.v.m. het tijdvak van de verwekking is het vermoeden *Omni meliore momento* onder het geldende recht niet meer onweerlegbaar, maar slechts een v e r m o e d e n *j u r i s t a n t u m*, vatbaar voor tegenbewijs. Het kind behoudt het prerogatief om zijn verwekking te situeren op om het even welk moment binnenin het wettelijk tijdvak van de verwekking, maar andere belanghebbenden – bv. de gewezen echtgenoot of de moeder – zijn gerechtigd om het bewijs leveren dat de keuze van het kind niet overeenstemt met de werkelijkheid (P. SENAEVE, "De afstamming langs vaderszijde binnen het huwelijk", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, 64, nr. 54).

Uit het onweerlegbaar karakter van het vermoeden aangaande de duurtijd van de zwangerschap werd onder het oude recht ook het – eveneens onweerlegbaar – vermoeden *Omni meliore momento* afgeleid, waardoor een natuurlijk kind het statuut van wettig kind kon verwerven: "Il suffit que, pendant un seul jour de la période légale de la conception (121 jours), le mariage ait existé pour que l'enfant soit légitime (...) La conception est toujours réputée avoir eu lieu au moment le plus favorable pour lui" (H. DE PAGE, *Traité*, I, 1121, nr. 1042). Anderzijds had het kind ook het recht zijn verwekking te plaatsen in een fractie van het wettelijk tijdvak van de verwekking die na de ontbinding van het huwelijk valt, om op die manier de vaderschapsregel buiten werking te stellen (P. SENAEVE, *Het vaderschap van de echtgenoot. Vaststelling en betwisting van de op het huwelijk gebaseerde afstamming langs vaderszijde*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1982, 101-102, nr. 130).

Het vermoeden *Omni meliore momento* werd bv. ingeroepen om een niet-betwiste vordering tot ontkenning van vaderschap te ontlopen.
Zo stelde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel op vordering van de erfgenamen van de overleden echtgenoot de onwettigheid vast van een kind dat was geboren minder dan 300 dagen na de ontbinding van het huwelijk door overlijden van de echtgenoot, door de verwekking te plaatsen op een ogenblik na de ontbinding van het huwelijk en beval ze de verbetering van de geboorteakte. De rechtbank overwoog dat het belang van het kind toelaat "à fixer l'époque de la conception au moment le plus favorable permis par les fictions légales, c'est à dire à une date postérieure à la dissolution du mariage (...)" (Rb. Brussel 18 juli 1986, *Pas.* 1901, III, 245 en *J.T.* 1896, 1105).

Onder het vigerende recht is dit – intussen wettelijk geworden – vermoeden weerlegbaar en belet het niet dat het vaderschap van de gewezen echtgenoot toch wordt bewezen.

264 De huidige betekenis en relevantie van het vermoeden *Omni meliore momento* is allerminst eenvoudig te achterhalen, nu er in de rechtsleer nauwelijks wordt op ingegaan en in de rechtspraak na de inwerkingtreding van de Afstammingswet geen toepassingsgevallen terug te vinden zijn.

Ons inziens houdt het vermoeden *Omni meliore momento* vandaag de dag in dat het kind dat onder de toepassing van de vaderschapsregel valt omdat het

geboren is ten vroegste de 180ste dag en ten laatste de 300ste dag na de ontbinding of de nietigverklaring van het huwelijk van zijn moeder – bv. 181 dagen of 299 dagen erna – de toepassing van de vaderschapsregel kan uitschakelen door zijn verwekking, binnen het wettelijk tijdvak van de verwekking, te situeren na de ontbinding of de nietigverklaring van het huwelijk.
Immers, een kind geboren meer dan 180 dagen maar minder dan 300 dagen na de ontbinding van het huwelijk wordt geacht 180 tot 300 dagen voordien verwekt te zijn. Indien het kind bv. 299 dagen of 181 dagen na de huwelijksontbinding is geboren, bevindt de laatste dag van het huwelijk zich nog net binnen de wettelijke verwekkingsperiode. O.g.v. de vaderschapsregel heeft dit kind de (gewezen) echtgenoot tot vader. Welnu, in het belang van het kind en op vordering van (de wettelijke vertegenwoordiger van) het kind kan de verwekking gesitueerd worden op een ogenblik, binnen de wettelijke verwekkingsperiode, dat na de ontbinding van het huwelijk moet worden gesitueerd, met name de 1ste t.e.m. de 120ste dag na de ontbinding van het huwelijk, met als gevolg dat het kind niet meer onder het toepassingsgebied van de vaderschapsregel valt.
Indien het kind daar in een concreet geval belang bij heeft, kan het zich aldus via gerechtelijke weg onttrekken aan de toepassing van de vaderschapsregel door in rechte voor te houden dat zijn verwekking gesitueerd moet worden in deze fractie van het wettelijk tijdvak van de verwekking die na de ontbinding van het huwelijk valt. Zodoende zal de afstamming t.a.v. de vroegere echtgenoot van zijn moeder vervallen, buiten elke procedure tot betwisting van dit vaderschap om. Evenwel kan worden bewezen dat het kind noodzakelijk vóór de ontbinding van het huwelijk moet zijn verwekt; in dat geval zal het vaderschap van de echtgenoot blijven bestaan (P. SENAEVE, "De afstamming langs vaderszijde binnen het huwelijk", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, 64-65, nr. 54).

Evenzo moet worden aangenomen dat een kind geboren vóór de 300ste dag van het huwelijk zijn verwekking één dag vóór het sluiten van het huwelijk kan situeren om het vaderschap van de echtgenoot uit te sluiten zonder de – normale – vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot in te stellen.

Het belang van het kind (of: het gunstig karakter van het tijdstip waarop het zijn verwekking situeert) zal aangetoond worden indien de moeder op het ogenblik van de geboorte of zelfs erna met een andere man samenleeft. Het vaderschap van deze man kan dan worden vastgesteld, vrijwillig via erkenning of gedwongen via een gerechtelijk onderzoek naar het vaderschap, zonder voorafgaandelijke rechtstreekse betwisting van het vaderschap op tegenbewijs of eenvoudige verklaring (art. 318 §§ 2 en 3 B.W.), of zonder dat de voorwaarden en de tussenkomst van de rechtbank, opgelegd door de artikelen 320 en 323 B.W. moeten vervuld zijn. Wel dient (de wettelijke vertegenwoordiger

van) het kind zich, via een gemeenrechtelijke afstammingsvordering, tot de rechtbank te wenden om zijn verwekking buiten het huwelijk juridisch te laten bekrachtigen.

265 Onduidelijk is of de toepassing van het vermoeden *Omni meliore momento* tot gevolg kan hebben dat een tijdstip van verwekking wordt aangenomen dat te situeren is buiten het wettelijk vermoede tijdvak van de verwekking. Concreet: kan het vermoeden worden aangewend door een kind dat niet onder de toepassing van de vaderschapsregel valt omdat het geboren is meer dan 300 dagen na de ontbinding of de nietigverklaring van het huwelijk van zijn moeder – bv. 301 dagen erna – maar zich toch op de vaderschapsregel wil beroepen door zijn verwekking te situeren vóór de ontbinding of nietigverklaring van het huwelijk?
Wellicht is dit niet mogelijk: het feit dat kan worden bewezen dat een zwangerschap meer dan 300 dagen of minder dan 180 dagen heeft geduurd (tegenbewijs aangaande het vermoeden m.b.t. de verwekkingsperiode) heeft niet tot gevolg dat een kind zijn verwekking willekeurig kan situeren op een moment dat buiten het wettelijk tijdvak van de verwekking valt. Het vermoeden *Omni meliore momento* laat het kind enkel toe het exacte ogenblik van zijn verwekking te plaatsen binnen het wettelijk bepaalde tijdvak van de verwekking, zonder dat dit wordt verruimd. Het vermoeden *Omni meliore momento* is er immers op gericht het kind zonder verder bewijs toe te laten het tijdstip van zijn verwekking exact te situeren; de aanvaarding van een verruiming van de verwekkingsperiode die wettelijk tot 121 dagen is begrensd impliceert daarentegen het geleverde bewijs dat een zwangerschap langer dan 300 dagen (of korter dan 180 dagen) heeft geduurd.

266 Het is zeer de vraag of het vermoeden *Omni meliore momento* nog op zijn plaats is, nu het vatbaar is voor tegenbewijs en nu het kind zelf titularis is van een vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot van zijn moeder en de wet de vaststelling van het vaderschap van een andere man dan de echtgenoot, onder strikte voorwaarden, toelaat (zie de art. 320 en 323 B.W.).

Zeker speelt het vermoeden *Omni meliore momento* nog een rol op het vlak van de gevolgen van de afstamming: een kind geboren binnen het huwelijk of binnen de 300 dagen na de ontbinding of de nietigverklaring van het huwelijk en dat verwekt werd door een echtgenoot en een andere persoon dan diens mede-echtgenoot kan, indien de afstamming t.a.v. die andere persoon vaststaat door erkenning of gerechtelijke vaststelling, het ogenblik van zijn verwekking situeren vóór of na het huwelijk, om aan de discriminatoire bepalingen die ons recht kent t.a.v. overspelige kinderen te ontsnappen, met name de artikelen 334*bis*, 335 § 1, 745*quater* § 1 tweede lid en 837 B.W.

– Zo bepaalt artikel 837 eerste lid B.W. dat de echtgenoot en de afstammelingen uit zijn huwelijk met de overledene de kinderen die tijdens dat huwelijk met een andere persoon dan genoemde echtgenoot verwekt zijn kunnen uitsluiten van de verdeling in natura, tenzij die kinderen in de gemeenschappelijke woning zijn opgevoed. Overspelige kinderen die niet in de

gemeenschappelijke woning werden opgevoed zouden in toepassing van artikel 326 *in fine* B.W. kunnen aanvoeren dat zij door de *decujus* verwekt waren vóór het huwelijk, een tijdstip dat voor hen duidelijk gunstiger is dan de situering van hun verwekking tijdens het huwelijk in het geval dat zij zouden erkend zijn door de overledene en de verdeling in natura zouden wensen.

– Enigszins analoog bepaalt artikel 745*quater* § 1 tweede lid B.W. dat het kind dat tijdens het huwelijk verwekt is door de overledene en een andere persoon dan de langstlevende echtgenoot niet om de omzetting van het vruchtgebruik kan verzoeken. Door de erflater erkende overspelige kinderen zouden in toepassing van artikel 326 *in fine* B.W. hun verwekking kunnen situeren vóór het huwelijk om op die manier toch de omzetting van het vruchtgebruik te kunnen vragen.

– Uit artikel 335 § 1 *juncto* § 3 tweede lid B.W. volgt dat het kind dat verwekt is door een overspelige man enkel de naam van zijn vader kan dragen na een gezamenlijke verklaring van de ouders tot naamswijziging wanneer de echtgenote van de verwekker daarmee instemt.
Artikel 335 § 3 tweede lid B.W. werd evenwel strijdig bevonden met het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel (Arbitragehof nr. 38/93, 19 mei 1993, *B.S.* 9 juni 1993, 14157, *R.W.* 1993-94, 121 en *Rev. trim. dr. fam.* 1993, 407), met als gevolg dat de rechtbank zich kan voegen naar de rechtspraak van het Arbitragehof en kan beslissen dat de verklaring tot naamswijziging bij de ambtenaar van de burgerlijke stand kan worden afgelegd zonder de instemming van de echtgenote van de overspelige man.
Via een beroep op het vermoeden *Omni meliore momento* wordt die verklaring zelfs overbodig: erkende overspelige kinderen zouden in toepassing van artikel 326 *in fine* B.W. hun verwekking kunnen situeren vóór het huwelijk en op die manier automatisch in toepassing van artikel 335 § 1 B.W. de naam van hun erkennende vader kunnen dragen.

– Ten slotte bepaalt artikel 334*bis* B.W. dat de opvoeding in de echtelijke woonplaats van een kind dat tijdens het huwelijk is verwekt door één der echtgenoten en een andere persoon dan de echtgenoot niet mogelijk is zonder toestemming van de niet-overspelige echtgenoot. Deze toestemming zal niet vereist zijn indien het overspelig kind in toepassing van artikel 326 *in fine* B.W. zijn verwekking situeert vóór het huwelijk.

C. TOEPASSINGSGEBIED VAN ARTIKEL 326 B.W.

267 *Ratione materiae* moet worden vastgesteld dat artikel 326 B.W. deel uitmaakt van een hoofdstuk "Gemeenschappelijke bepalingen nopens de wijze waarop de afstamming wordt vastgesteld". Beide vermoedens uit artikel 326 B.W. hebben een algemene draagwijdte en gelden t.a.v. alle regels inzake de vaststelling en de betwisting van de afstamming waarin verwezen wordt naar het wettelijk tijdvak van de verwekking (zie Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 95).

Artikel 326 B.W. kan echter geen uitsluitsel brengen voor de vaststelling van het vaderschap in geval van kunstmatige inseminatie en in-vitrofertilisatie. De situatie kan zich voordoen dat de man meer dan 300 dagen vóór de geboorte overleden of afwezig is, maar dat zijn sperma toch nog wordt aangewend (voor de problematiek van de K.I. en I.V.F. *post mortem*, zie verder, resp. nrs. 1203-1208 en 1258-1259).

268 *Ratione personae* is het toepassingsgebied van artikel 326 B.W. beperkt: alleen het kind kan zich op de vermoedens uit artikel 326 B.W. beroepen. Deze beperking is niet *expressis verbis* in de wet

opgenomen, maar kan afgeleid worden uit de formulering van artikel 326 B.W.: "gelet op het onderwerp van de vordering dat (*sic*) het [kind] heeft ingesteld of van het verweermiddel dat het [kind] heeft voorgedragen".

269 De vraag rijst of het kind in opeenvolgende procedures tegenstrijdige standpunten kan innemen en bv. in een eerste procedure waarin het zijn toestemming tot erkenning door een man weigert zijn verwekking op een tijdstip situeert dat de vaderschapsregel speelt en in een daarop volgende procedure tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap van een andere man een ander tijdstip van zijn verwekking naar voren brengt. Gelet op het feit dat het gezag van het rechterlijk gewijsde ook in afstammingszaken slechts relatief is – hetgeen betekent dat het enkel kan worden opgeworpen of ingeroepen door degenen die procespartij waren bij de eerste beslissing en in zoverre die partij in dezelfde hoedanigheid optreedt – moet worden aangenomen dat het kind over die mogelijkheid beschikt (in dezelfde zin: A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 326 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 4, nr. 6).

D. OVERGANGSRECHT

270 Zowel het vermoeden omtrent het tijdvak van de verwekking als het vermoeden *Omni meliore momento* hadden onder de vroegere wetgeving een onweerlegbaar karakter (H. DE PAGE, *Traité*, I, 1120-1121, nr. 1042; P. SENAEVE, *Het vaderschap van de echtgenoot. Vaststelling en betwisting van de op het huwelijk gebaseerde afstamming langs vaderszijde*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1982, 100-101, nr. 129). Onder de vigerende wetgeving zijn ze beiden echter weerlegbaar geworden (art. 326 B.W.).
Luidens artikel 116 Afstammingswet vindt artikel 326 B.W. toepassing bij de rechtsgedingen die begonnen zijn vóór 6 juni 1987 en die (toen) nog niet waren afgedaan door een in kracht van gewijsde gegane beslissing. Artikel 326 B.W. is echter ook van toepassing op de kinderen geboren vóór 6 juni 1987 die toen nog in leven waren (art. 107 eerste lid Afstammingswet). Via deze laatste overgangsbepaling krijgt artikel 326 B.W. overgangsrechtelijk een ruimere inhoud dan deze die uit artikel 116 Afstammingswet kan worden afgeleid.

Zo is het enerzijds mogelijk dat een kind, geboren vóór 6 juni 1987 – bv. 304 dagen vóór de echtgenoot van zijn moeder overleed – een vordering zou instellen met het doel zijn afstamming langs vaderszijde vast te stellen t.o.v. die overleden echtgenoot, omdat hij onder het vroegere recht wegens het onweerlegbaar karakter van het wettelijk tijdvak van de verwekking, die overleden echtgenoot niet als vader kon hebben. Op die manier zou het kind in de familie van zijn overleden vader terecht kunnen komen; volgens de tekst van de wet zou het evenwel niet tot diens eigen nalatenschap geroepen kunnen worden (art. 107 eerste lid *in fine* Afstammingswet), maar het zou later alleszins in de familie van zijn overleden vader bij plaatsvervulling kunnen erven.
Anderzijds heeft een kind dat vóór 6 juni 1987 werd geboren – bv. de 177ste dag na het huwelijk – en waarover het vaderschap door de echtgenoot via eenvoudige verklaring werd ontkend (art. 314 (oud) B.W.) echter niet de mogelijkheid het vaderschap van die echtgenoot te doen vaststellen door bv. aan te tonen dat het de 174ste dag vóór zijn geboorte werd verwekt. Het ontkennende vonnis, gewezen krachtens het vroegere recht, kan niet in het gedrang worden gebracht (art. 111 eerste lid Afstammingswet) (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 326 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 5-6, nr. 8).

AFDELING II

UITZONDERING OP DE TOEPASSELIJKHEID VAN DE VADERSCHAPSREGEL: AFWEZIGHEID (ART. 316 B.W.)

271 Luidens artikel 316 B.W. geldt de vaderschapsregel niet wanneer uit een vonnis van afwezigheidsverklaring blijkt dat het kind geboren is meer dan 300 dagen na de verdwijning van de echtgenoot, onverminderd de rechten van te goeder trouw handelende derden.

Artikel 316 B.W. houdt de overname in van een principe dat reeds gold onder de vroegere wetgeving en volgens hetwelk de vaderschapsregel niet van toepassing was op kinderen verwekt op het ogenblik dat de echtgenoot afwezig was in de zin van artikel 115 B.W. (R. VANCRAENENBROECK, "Overgangsbepalingen", in G. BAETEMAN (ed.), *Afstamming en adoptie*, Brussel, E. Story-Scientia, 1987, 427, nr. 657).

272 Omdat het vonnis van afwezigheidsverklaring ten vroegste 5 jaar (art. 115 *juncto* art. 119 B.W.), dan wel ten vroegste 11 jaar (indien de verdwenen persoon een lasthebber heeft achtergelaten (art. 121 *juncto* art. 119 B.W.)) na de verdwijning of de laatste tijding van de vermoedelijk afwezige kan worden uitgesproken, wordt het vaderschap over de kinderen die geboren werden meer dan 300 dagen na de verdwijning maar vóór het vonnis van afwezigheidsverklaring als het ware met terugwerkende kracht teniet-gedaan. De uitschakeling van de vaderschapsregel gebeurt retroactief, aangezien het kind dat geboren is uit een gehuwde vrouw *ab initio* onder de vaderschapsregel blijft vallen, maar de toepassing daarvan automatisch wordt uitgeschakeld wanneer er t.a.v. de echtgenoot een vonnis van afwezigheidsverklaring wordt uitgesproken en dit in kracht van gewijsde gaat.

273 Het is niet denkbeeldig dat het vonnis van afwezigheidsverklaring pas vele jaren na de geboorte van het in artikel 316 B.W. bedoelde kind tot stand komt. Tot op het ogenblik dat het vonnis in kracht van gewijsde gaat wordt het kind geacht de verdwenen echtgenoot als vader te hebben, met alle gevolgen die daaruit voortvloeien (Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 46-47). Het is zeer goed mogelijk dat het in die hoedanigheid rechtshandelingen heeft verricht met derden, waaruit deze laatsten rechten hebben verkregen. Daarom heeft de wetgever bepaald dat de uitsluiting van de vaderschapsregel geldt onverminderd de rechten van de te goeder trouw handelende derden (art. 316 *in fine* B.W.), die met het kind als rechthebbende van de afwezige rechtshandelingen zouden hebben verricht.

274 Cruciaal voor de toepasselijkheid van de retroactieve uitschakeling van de vaderschapstoewijzing is het tijdstip van de verdwijning: hoewel men er van uit lijkt te gaan dat dit tijdstip noodzakelijk moet worden vermeld in het vonnis van afwezigheidsverklaring (Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 47; P. SENAEVE, "De afstamming langs

vaderszijde binnen het huwelijk", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, 68, nr. 58), is een dergelijke verplichting nergens in de wet opgenomen, zodat praktische problemen omtrent de vaststelling van het tijdstip van de verdwijning niet helemaal uit te sluiten zijn. Voor de toepassing van de artikelen 115 en 121 B.W. volstaat de gerechtelijke vaststelling dat de in die bepalingen opgenomen voorwaarden zijn vervuld; daartoe is niet vereist dat het precieze tijdstip van de verdwijning wordt vastgesteld (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 316 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1998, 1, nr. 1).

275 De vraag of de uitschakeling van de vaderschapsregel door het vonnis van afwezigheidsverklaring definitief is, wordt niet eenduidig beantwoord.

SENAEVE is de mening toegedaan dat, indien de afwezige na dit vonnis terugkeert of anderszins het bewijs kan worden geleverd dat hij nog in leven was op enig moment van het wettelijk tijdvak van de verwekking, de vaderschapstoewijzing opnieuw hersteld wordt met terugwerkende kracht tot op de dag van de geboorte (P. SENAEVE, "De afstamming langs vaderszijde binnen het huwelijk", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, 68, nr. 60). Onmiddellijk kan al worden opgemerkt dat de kans op een duurzame retroactieve toepassing van de vaderschapsregel na de terugkeer van de echtgenoot veeleer theoretisch is, aangezien de echtgenoot onmiddellijk een vordering tot betwisting van zijn eigen vaderschap kan instellen (in dezelfde zin: H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité*, II/2, 908, nr. 920).

Het vaderschap van de afwezige echtgenoot wordt ons inziens niet hersteld n a d e t e r u g k e e r v a n d e a f w e z i g e of na het bewijs dat hij in leven was op een moment van het wettelijk tijdvak van de verwekking. Hoewel een positief antwoord misschien verdedigbaar was onder het vroegere recht – toen de regel *Pater is est* ... nog een ware oplegging inhield van het vaderschap van de echtgenoot, gegrond op het bestaande huwelijk (zie boven, nr. 242) – kan het via de *ratio legis* van artikel 316 B.W. en een juist begrip van de functie van het vonnis van afwezigheidsverklaring ook vanuit dogmatisch oogpunt worden afgewezen. Door de afwezigheidsverklaring wordt de ontbinding van het huwelijk immers niet retroactief tot op het ogenblik van de verdwijning vastgesteld (sociologisch); integendeel, via het vonnis wordt officieel gerechtelijk vastgesteld dat de verdwenen echtgenoot onmogelijk de verwekker kan zijn van de kinderen die meer dan 300 dagen na de verdwijning geboren werden (biologisch). Een latere terugkeer of bewijs van leven tijdens het wettelijk tijdvak van de verwekking doet niets af van dit biologisch vermoeden, maar heeft enkel tot gevolg dat de v a d e r s c h a p s r e g e l v o o r d e t o e k o m s t o p n i e u w t o e p a s s e l i j k wordt, t.a.v. de kinderen die geboren zullen worden vanaf de 180ste dag na die terugkeer (argument ex art. 326 B.W.) (in dezelfde zin: A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 316 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1998, 3, nr. 4).

AFDELING III

VADERSCHAPSCONFLICTEN

276 De periode waarin de moeder zwanger is kan soms worden gesitueerd binnen meer dan één huwelijk; in dergelijke gevallen rijst een vaderschapsconflict. Hieronder wordt de vaststelling van het vaderschap besproken wanneer de moeder één (of meerdere) nieuw(e) huwelijk(en) aangaat op een ogenblik waarop haar vorig huwelijk ontbonden is of nietigverklaard (§ 1) en wanneer zij een nieuw huwelijk sluit op een ogenblik dat zij nog gebonden is door een vorig huwelijk (§ 2).

§ 1. Opeenvolgende huwelijken van de moeder (art. 317 B.W.)

277 Aangezien de vrouw geen wachttermijn van 300 dagen meer moet in acht nemen om een nieuw huwelijk aan te gaan (art. 228 eerste lid (oud) B.W. werd opgeheven door art. 35 Afstammingswet), kunnen zich vaderschapsconflicten voordoen tussen haar opeenvolgende echtgenoten (eventueel zelfs meer dan twee).

278 Indien een kind geboren is binnen 300 dagen na de ontbinding of de nietigverklaring van het huwelijk van zijn moeder en nadat zij een nieuw huwelijk aanging, dan zijn zowel de nieuwe echtgenoot als de vroegere echtgenoot vader bij toepassing van de vaderschapsregel uit artikel 315 B.W. Luidens artikel 317 eerste lid B.W. heeft dit kind de nieuwe echtgenoot tot vader.

Artikel 317 B.W. beslecht dit vaderschapsconflict in het voordeel van de nieuwe echtgenoot, niet zozeer omdat zijn biologisch vaderschap waarschijnlijker zou zijn, maar veeleer omdat hij op socio-affectief vlak allicht de vaderrol zal vervullen en voor onderhoud, opvoeding en opleiding van het kind zal instaan.

279 Wordt het vaderschap van de nieuwe echtgenoot evenwel betwist, dan wordt de vorige echtgenoot geacht de vader te zijn, behalve wanneer ook zijn vaderschap wordt betwist of wanneer het vaderschap van een derde komt vast te staan (art. 317 tweede lid B.W.).

Het vaderschap van de nieuwe echtgenoot kan in dit geval door verschillende personen worden betwist: niet alleen door hemzelf, door de moeder en door het kind (art. 332 eerste lid B.W.), maar ook door de vorige echtgenoot (art. 332 derde lid B.W.). Slaagt de betwisting, dan is de vorige echtgenoot vader. Wordt ook zijn vaderschap met succes betwist – door hemzelf, de moeder of het kind –, dan heeft het kind geen vader, tenzij een derde – bv. de minnaar van de moeder – nadien het kind erkent, wat o.g.v. artikel 319 § 1 B.W. zonder machtiging van de rechtbank van eerste aanleg kan gebeuren vermits het kind niet langer onder de vaderschapsregel valt.

De minnaar kan twee mannen uitschakelen als vader door zelf het kind te erkennen, zonder dat het vaderschap van de eerste of tweede echtgenoot voorafgaandelijk en expliciet werd betwist, als de voorwaarden van artikel 320 B.W. t.o.v. beide (gewezen) echtgenoten zijn vervuld.
Dit is bv. het geval als het kind wordt geboren 290 dagen na de ontbinding van het eerste huwelijk door echtscheiding of overlijden (of 310 dagen na aanvang van de echtscheidingsprocedure) en tegelijk 190 dagen na de ontbinding van het tweede huwelijk door echtscheiding of overlijden (zie art. 320, 1° en 2° B.W.).

Indien de voorwaarden van artikel 320 B.W. alleen t.o.v. de eerste echtgenoot zijn vervuld, maar niet t.o.v. de tweede, dan kan de minnaar niet gemachtigd worden tot erkenning; niet de eerste maar de tweede echtgenoot is immers vader.
Dit is bv. het geval als het kind geboren is 190 dagen na ontbinding van het eerste huwelijk, en 90 dagen na ontbinding van het tweede huwelijk.

In het uitzonderlijke geval dat de voorwaarden van artikel 320 B.W. t.o.v. de tweede echtgenoot zouden zijn vervuld en niet t.o.v. de eerste, zal de erkenning door een derde die volgt op de door de rechtbank verleende machtiging tot erkenning tot gevolg hebben dat het vaderschap van de vorige echtgenoot niet in de plaats treedt van het vaderschap van de nieuwe echtgenoot.
Dergelijke situatie doet zich bv. voor indien het kind geboren is meer dan 180 dagen na ontbinding van het tweede (en eerste) huwelijk, maar bezit van staat heeft t.a.v. de eerste echtgenoot.

Als het vaderschap van de nieuwe echtgenoot wordt betwist, ook al gebeurt dit onrechtstreeks (bv. bij een erkenning door de minnaar o.g.v. art. 320 B.W.), wordt de vorige echtgenoot niet geacht vader te zijn wanneer het vaderschap van een derde komt vast te staan (zie art. 317 tweede lid B.W.). Wanneer het kind bezit van staat zou hebben t.a.v. de vorige echtgenoot, dan kan dit niet beschouwd worden als een bezit van staat dat het vaderschap bevestigt (vgl. aanhef art. 320 B.W.).

§ 2. Bigamie in hoofde van de moeder

280 Voor het vaderschapsconflict dat rijst bij bigamie van de moeder heeft de wet geen uitdrukkelijke regeling getroffen. Zelfs indien het laatst gesloten huwelijk nietig wordt verklaard, zijn beide echtgenoten – de echte en de pseudo-echtgenoot – vader (zie art. 202 B.W. i.v.m. het putatief huwelijk).
Dit vaderschapsconflict moet worden beslecht door de rechter. Luidens artikel 331*septies* eerste lid B.W. beslechten de rechtbanken de geschillen betreffende de afstamming waarvoor de wet geen regeling getroffen heeft door de meest waarschijnlijke afstamming met alle rechtsmiddelen vast te stellen, bv. via een door de rechter ambtshalve bevolen bloedonderzoek of een bekentenis, maar niet de eed. Zo de andere bewijsmiddelen onvoldoende zijn, wordt het bezit van staat in aanmerking genomen (art. 331*septies* tweede lid B.W.).

Het kind heeft het recht om zijn verwekking te situeren op het tijdstip dat voor hem het gunstigst is (art. 326 *in fine* B.W.: *Omni meliore momento*), waardoor in bepaalde hypothesen een vaderschapsconflict zou kunnen worden beslecht door uitschakeling van één van beide afstammingsbanden (P. SENAEVE, "De afstamming langs vaderszijde binnen het huwelijk", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, 75, nr. 69).

281 De vraag rijst op wiens verzoek de rechter kan optreden.
– Met verwijzing naar de regeling i.v.m. de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot, meer bepaald naar analogie met artikel 332 derde lid B.W., kan worden gesteld dat alleen de twee mannelijke echtgenoten, de moeder en het kind een vorderingsrecht bezitten (in die zin: J. GERLO, *Handboek Personen- en familierecht*, 34, nr. 78).
– Met verwijzing naar de algemene regeling i.v.m. de rechtsvorderingen tot betwisting van staat (art. 332*bis* eerste lid B.W.) kan worden verdedigd dat eenieder die van enig belang doet blijken dat niet louter vermogensrechtelijk is een vorderingsrecht bezit (P. SENAEVE, "De afstamming langs vaderszijde binnen het huwelijk", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, 75, nr. 69).

Een vorderingsrecht voor eenieder die van een niet louter vermogensrechtelijk belang doet blijken moet worden aangenomen. De motivering voor de beperking van de personen die het vaderschap van de echtgenoot kunnen betwisten tot de leden van het kerngezin en de pseudo-echtgenoot komt in hoofdzaak neer op de bescherming van de rust in de wettige gezinnen; dit argument kan niet spelen bij de beslechting van het vaderschapsconflict dat gerezen is na bigamie van de moeder. Een ruime betwistingsmogelijkheid is hier verantwoord, mede gelet op het fundamenteel beginsel dat een kind maar één vader kan hebben.

Opgemerkt moet worden dat wanneer de procedure ertoe strekt één van beide afstammingsbanden uit te schakelen door aanwending van het vermoeden *Omni meliore momento*, enkel het kind gerechtigd is zich daarop te beroepen (zie boven, nr. 268).

HOOFDSTUK II

AFSTAMMING LANGS VADERSZIJDE BUITEN HET HUWELIJK

ALGEMEEN: TWEE VASTSTELLINGSWIJZEN

282 De toepassing van de vaderschapsregel blijft beperkt tot gehuwde gezinnen en wordt niet uitgebreid tot personen die feitelijk als man en vrouw (in concubinaat) samenleven, noch tot mannen en vrouwen die wettelijk samenwonen in de zin van artikel 1475 B.W.

Buiten het huwelijk kan het vaderschap worden vastgesteld op twee verschillende wijzen:
– wanneer het vaderschap niet vaststaat krachtens de vaderschapsregel (art. 315 of 317 B.W.) kan de "vader" (bedoeld wordt: "de man die beweert de vader te zijn") het kind erkennen (art. 319 § 1 B.W.);
– wanneer het vaderschap niet vaststaat krachtens de vaderschapsregel, noch op grond van een erkenning, kan het bij vonnis worden vastgesteld (aanhef art. 322 B.W.).

283 Er bestaat een fundamenteel onderscheid tussen beide vaststellingswijzen, dat steeds voor ogen dient te worden gehouden.
– De erkenning is een vrijwillige wijze van vaststelling van de afstamming. Een erkenning gebeurt vrijwillig; ze veronderstelt de bereidwillige medewerking van de man wiens afstamming men wenst vast te stellen. Principieel kan een erkenning plaatsvinden en gevolgen sorteren buiten de rechtbank om; slechts in twee gevallen zal de zaak voor de rechtbank komen, nl. wanneer de aspirant-erkenner geconfronteerd wordt met een weigering van een persoon die wettelijk tot de erkenning moet toestemmen en/of wanneer hij een in overspel verwekt kind wil erkennen.
– De gerechtelijke vaststelling van het vaderschap gebeurt daarentegen gedwongen. Steeds zal degene die de afstamming vastgesteld wil zien zich tot de rechtbank moeten wenden, teneinde in een vonnis de afstammingsband tussen het kind en zijn vermeende vader vast te laten stellen. De gerechtelijke vaststelling van vaderschap gebeurt principieel tegen de wil in van de man wiens afstamming moet worden vastgesteld, nl. in gevallen dat de vermeende vader niet wil overgaan tot erkenning. Slechts in zeer uitzonderlijke gevallen zal een man vrijwillig overgaan tot gerechtelijke vaststelling van zijn eigen vaderschap (zie verder, nr. 527).

284 Uiterst belangrijk is het gegeven dat bijzondere regels van toepassing zijn indien de erkenning of de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap betrekking heeft op kinderen waarvan minstens één ouder overspelig is geweest.

De erkenning of de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap i.v.m. overspelige kinderen *a matre* is in uitzonderlijke gevallen mogelijk zonder dat het vaderschap van de echtgenoot voorafgaandelijk succesvol is betwist (zie resp. art. 320 en 323 B.W.).
Voor de erkenning en de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap m.b.t. overspelige kinderen *a patre* gelden bijkomende procedureregels (zie resp. art. 319*bis* en 322 tweede lid B.W.).

De bijzondere regels i.v.m. de overspelige afstamming langs vaderszijde worden omwille van de beoogde overzichtelijkheid van het geheel afzonderlijk behandeld. De lezer moet er zich echter van bewust zijn dat zij moeten worden samengelezen met de algemene regels inzake erkenning door een man of gerechtelijke vaststelling van vaderschap. Overspelige kinderen vormen immers een bijzondere categorie buitenhuwelijkse kinderen.

285 Ook wanneer uitzonderlijk de afstamming van een in bloedschande verwekt kind zou kunnen worden vastgesteld, moeten de algemene regels inzake erkenning of gerechtelijke vaststelling van het vaderschap worden toegepast.

PLAN

286 Beide wijzen van vaststelling van de afstamming langs vaderszijde buiten het huwelijk, nl. de erkenning door een man en de gerechtelijke vaststelling van vaderschap, worden hieronder in afzonderlijke afdelingen behandeld (resp. afdeling I en afdeling II).

De bijzondere regels i.v.m. de overspelige afstamming langs vaderszijde, zowel m.b.t. de erkenning als m.b.t. de gerechtelijke vaststelling van vaderschap, worden behandeld binnen dit hoofdstuk over de afstamming langs vaderszijde buiten het huwelijk, in een afzonderlijke afdeling i.v.m. de overspelige afstamming (afdeling III).

Tenslotte wordt aandacht besteed aan het principiële verbod om een bloedschennige afstamming langs vaderszijde vast te stellen en wordt verduidelijkt in welke uitzonderlijke gevallen de afstamming van een bloedschennig kind t.a.v. zijn vader kan worden vastgesteld (afdeling IV).

AFDELING I

ERKENNING DOOR EEN MAN

§ 1. Begripsbepaling

287 Een erkenning door een man kan worden omschreven als een rechtshandeling waarbij een man op vrijwillige basis verklaart dat hij met een bepaald kind een juridisch vastgestelde afstammingsband langs vaderszijde wil creëren.

In het stelsel van het Burgerlijk Wetboek inzake erkenning van een buitenhuwelijks kind bewijst de vrije wilsuiting van de erkenner de afstamming, van zodra ze in de wettelijke vormen wordt verklaard (Cass. 28 maart 1974, *Arr. Cass.* 1974, 829, noot, *Pas.* 1974, I, 773, noot en *R.W.* 1974-75, 343, noot). De erkenning als rechtshandeling (*negotium*) is het materieel bewijs van de afstamming langs vaderszijde; de erkenningsakte die tegelijk wordt opgemaakt (*instrumentum*) is het formeel bewijs.

§ 2. Grondvoorwaarden

288 Voor elke erkenning moet een juridische grondslag bestaan. De voorwaarden voor de toepassing van ofwel artikel 319 § 1 ofwel artikel 320 B.W. moeten voldaan zijn (A). Daarenboven heeft de wet in een systeem voorzien waarbij voor elke erkenning een toestemming vereist is (B). Ingevolge rechtspraak van het Arbitragehof is deze wettelijke toestemmingsvereiste – in hoofde van de moeder – in welbepaalde zin afgezwakt (zie verder, nrs. 329-335).

289 Hier kan al worden opgemerkt dat een erkenning door een man geenszins in overeenstemming dient te zijn met de biologische werkelijkheid; ook een andere man dan de biologische vader van het kind kan tot erkenning overgaan (zie verder, nr. 388).

290 Bovendien bestaan geen oorzaken van onwaardigheid inzake het recht van een persoon om een kind te erkennen.

In die zin oordeelde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Hasselt dat de ontzetting uit bepaalde burgerlijke rechten na een veroordelend arrest van het hof van assisen restrictief moet worden geïnterpreteerd en niet *ipso facto* tot gevolg heeft dat de betrokkene ontzet is uit het recht kinderen te erkennen (Rb. Hasselt 23 maart 1999, *Limb. Rechtsl.* 1999, 252, noot J. De Bus).

A. EEN JURIDISCHE GRONDSLAG: ARTIKEL 319 § 1 B.W. OF ARTIKEL 320 B.W.

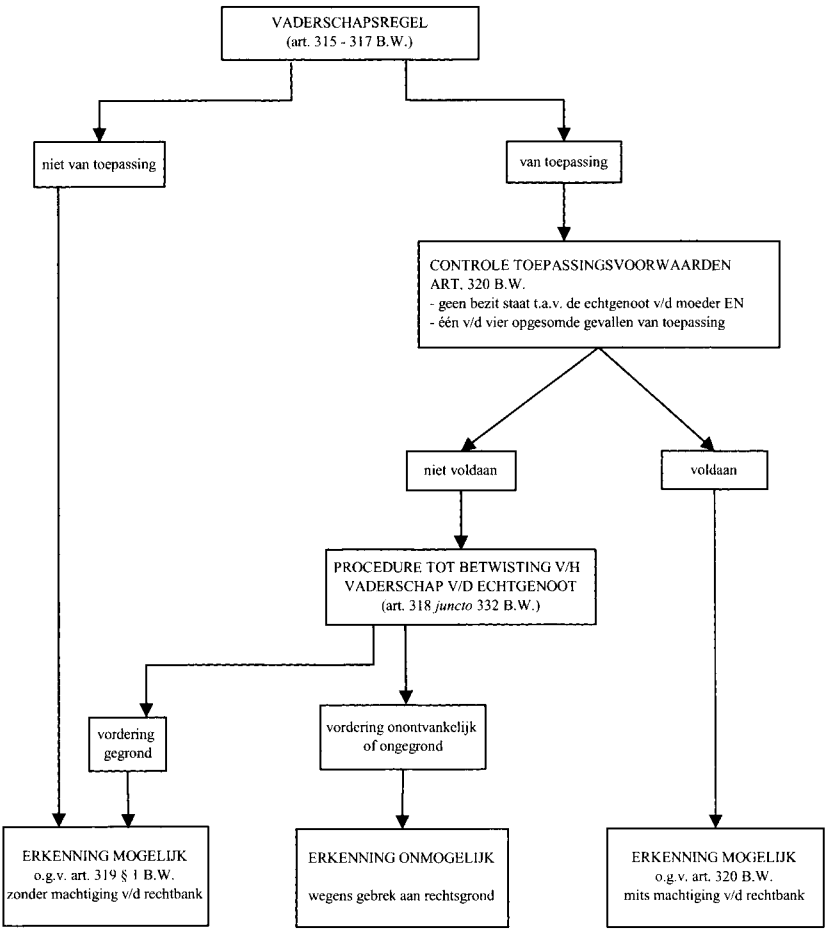
291 Slechts twee wetsbepalingen kunnen een juridische grondslag vormen voor de erkenning van een kind door een man, nl. artikel 319 § 1 en artikel 320 B.W.

Uit de aanhef van beide bepalingen blijkt dat zij in verschillende situaties van toepassing zijn: artikel 319 § 1 B.W. kan slechts worden toegepast indien het vaderschap van de echtgenoot niet (meer) vaststaat, terwijl artikel 320 B.W. precies de hypothese beoogt dat de vaderschapsregel speelt.

Dit blijkt duidelijk uit de wettekst: artikel 320 B.W.: "Wanneer het vaderschap dat v a s t s t a a t krachtens artikel 315 of 317 (...)"; vgl. artikel 319 § 1 B.W.: "Wanneer het vaderschap n i e t v a s t s t a a t krachtens artikel 315 of 317 (...)".

292 Het volgend schema geeft de toepasselijke rechtsgrond voor de erkenning weer, naargelang de situatie waarin de aspirant-erkenner en het te erkennen kind verkeren.

Figuur 3



Wie een kind wil erkennen dient zich vooreerst af te vragen of de (in het vorige hoofdstuk besproken) vaderschapsregel, vervat in de artikelen 315-317 B.W., al dan niet speelt.
Speelt de vaderschapsregel niet – bv. omdat de moeder nooit gehuwd is geweest of het vaderschap van haar (gewezen) echtgenoot in het verleden reeds succesvol werd betwist – dan kan het kind onmiddellijk worden erkend via de toepassing van artikel 319 § 1 B.W., zonder machtiging van de rechtbank.

Is de echtgenoot van de moeder de juridische vader van het kind o.g.v. de vaderschapsregel (art. 315-317 B.W.), dan moet worden nagegaan of aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 320 B.W. voldaan is.

– Wanneer het vaderschap van de echtgenoot niet bevestigd wordt door bezit van staat, kan een andere man – bv. de biologische vader – het kind met machtiging van de rechtbank van eerste aanleg rechtstreeks erkennen o.g.v. artikel 320 B.W., zonder dat het vaderschap van de echtgenoot voorafgaandelijk moet worden betwist, op voorwaarde dat één van de vier hypotheses die in dit artikel worden opgesomd zich voordoet.

– Is aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 320 B.W. niet voldaan, dan is een erkenning eventueel toch nog mogelijk o.g.v. artikel 319 § 1 B.W., na een extra procedure, nl. een succesvolle betwisting van het vaderschap van de echtgenoot. Artikel 319 § 1 B.W. kan immers enkel worden toegepast op voorwaarde dat de vaderschapsregel niet (meer) speelt. Welnu, de toepassing van de vaderschapsregel wordt uitgeschakeld indien een vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot gegrond wordt verklaard.

Hoe het vaderschap van de echtgenoot moet worden betwist, wordt verduidelijkt in het deel i.v.m. de betwisting van de afstamming (hoofdstuk I van titel II van deel III).
Wordt de vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot onontvankelijk verklaard (bv. omdat de termijnen voor het instellen van de vordering verstreken zijn) of ongegrond bevonden (bv. wegens gebrek aan bewijs), dan is er geen enkele toepasselijke rechtsgrond voor een erkenning. Immers, de toepassingsvoorwaarden van artikel 320 B.W. zijn niet vervuld en het juridisch vaderschap van de echtgenoot is overeind gebleven, met als gevolg dat artikel 319 § 1 B.W. evenmin kan worden toegepast, zodat het kind in dergelijk geval bij gebrek aan rechtsgrond niet (meer) door een man kan worden erkend.

Juridisch belet niets dat ook wanneer artikel 320 B.W. kan worden toegepast, het vaderschap van de echtgenoot eerst via een afzonderlijke procedure wordt betwist en het kind vervolgens (zonder machtiging van de rechtbank) wordt

erkend o.g.v. artikel 319 § 1 B.W. Deze werkwijze vermijdt een procedure tot het bekomen van een machtiging tot erkenning, maar brengt complicaties mee op het vlak van de naam van het kind.

Op het ogenblik dat het vonnis of arrest dat de betwistingsvordering gegrond verklaart, wordt overgeschreven in de registers van de burgerlijke stand overeenkomstig artikel 333 B.W., zal het kind de naam van de echtgenoot niet meer dragen, maar de naam van zijn moeder krijgen, aangezien op dat ogenblik enkel nog de afstamming van moederszijde vaststaat (art. 335 § 2 B.W.). Na de erkenning o.g.v. artikel 319 § 1 B.W. zal het minderjarig kind de naam van de erkenner verkrijgen na een verklaring tot naamswijziging door beide ouders afgelegd voor de ambtenaar van de burgerlijke stand (art. 335 § 3 eerste lid B.W.). Wanneer een man een kind erkent na voorafgaande machtiging van de rechtbank van eerste aanleg o.g.v. artikel 320 B.W. kan worden vermeden dat het kind, alvorens de naam van de erkenner te verkrijgen, eerst de naam van de moeder moet dragen. De moeder die tot deze erkenning toestemt kan tegelijk, samen met de erkenner, de verklaring tot naamswijziging afleggen, waardoor het kind meteen de naam van de erkenner verkrijgt.

Daarom is het, in de hypothese dat de moeder van het kind gehuwd is (geweest), vanuit praktisch oogpunt aangewezen eerst na te gaan of artikel 320 B.W. kan worden toegepast en pas daarna – indien dat niet het geval is – terug te vallen op de enige andere juridische grondslag voor een erkenning, nl. artikel 319 § 1 B.W.

B. WETTELIJK VEREISTE TOESTEMMING VAN KIND EN/OF MOEDER

1. Ontstaansgeschiedenis – Ratio – Draagwijdte

293 Net zoals in de *Code civil* uit 1804, werd in het wetsontwerp dat aan de basis lag van de Afstammingswet van 1987 nog uitgegaan van de absolute vrijheid inzake erkenning: het was oorspronkelijk de bedoeling de erkenning te concipiëren als een eenzijdige rechtshandeling die alleen een beslissing van de erkenner vereist (M.v.T. bij wetsontwerp-VAN ELSLANDE, *Parl. St.* Senaat 1977-78, nr. 305/1, 13).
In de loop van de parlementaire voorbereiding werd op dit principe teruggekomen en werden toestemmingsvereisten inzake erkenning ingevoerd, evenwel pas na uitvoerige en intense discussies, zowel in de Senaat als in de Kamer (zie resp. Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 57-74 en Verslag kamercommissie, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 378/16, 36-41).

Ten voordele van de absolute vrijheid werd aangevoerd dat de toekenning van een toestemmings- of vetorecht aan de moeder van een minderjarig kind
– "de juridische bekrachtiging van de waarheid eerder in de weg zal staan dan dienen, en de moeder die in sommige gevallen tegenover de vader negatieve gevoelens zal koesteren, wapens in de hand geven zou om haar belangen veeleer dan die van het kind te dienen" (M.v.T. bij wetsontwerp-VAN ELSLANDE, *Parl. St.* Senaat 1977-78, nr. 305/1, 13);
– een discriminatie zou doen ontstaan ten nadele van de vader, strijdig met artikel 14 E.V.R.M., vermits de moeder haar kind wel zonder toestemming van de vader kan erkennen (maar de vader dit niet kan zonder toestemming van de moeder) (Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 59 en Verslag kamercommissie, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 378/16, 37);
– tot gevolg zou hebben dat er minder erkenningen zouden plaatshebben, terwijl een kind recht heeft op een vader en in de meeste gevallen de moeder van het buitenhuwelijks kind toch een vader voor dat kind wenst. De erkenning moet worden beschouwd als een positieve daad, die niets

laakbaars heeft, vermits de vader moreel en financieel voor het kind wil instaan (Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 60 en Verslag kamercommissie, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 378/16, 40).

Tegen de absolute vrijheid werden de volgende argumenten ontwikkeld:
– er werd verwezen naar het bijzondere geval van een kind dat ingevolge een verkrachting werd verwekt (Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 58);
– ongehuwde moeders die geruime tijd alleen de verantwoordelijkheid en de vaak zware lasten t.a.v. hun kind op zich hebben genomen, zouden plots en zonder over enig verweermiddel te beschikken, worden geconfronteerd met een erkenning door een man die beweert de vader te zijn, wat zowel voor de moeder als voor het kind zeer nadelig kan zijn (Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 59);
– men achtte het volkomen normaal dat de moeder betrokken wordt bij de erkenning van haar kind, aangezien zij vanaf de geboorte de verantwoordelijkheid voor het kind en de daaruit voortvloeiende verplichtingen op zich heeft genomen. Als de moeder bevoorrecht is ten opzichte van de vader, dan is dat in het belang van het kind, dat als zwakste partij door de wet moet beschermd worden. De moeder moet zich ook over het belang van haar kind kunnen uitspreken. De wettelijke regeling waarbij de rechtbank moet beslissen of de erkenning kan doorgaan wanneer de moeder haar toestemming weigert, biedt voldoende waarborgen om een discretionair verzet van de moeder te beletten (Verslag kamercommissie, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 378/16, 39-40).

Uiteindelijk werd de erkenning door een man afhankelijk gemaakt van de toestemming van moeder en/of kind; deze regeling werd in de senaatscommissie met de kleinst mogelijke meerderheid van 9 tegen 8 stemmen goedgekeurd (Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 65). Alle amendementen die er nadien toe strekten deze regeling te wijzigen, werden door de kamercommissie verworpen (Verslag kamercommissie, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 378/16, 42).

294 De wettelijk vereiste toestemmingen moeten worden beschouwd als grondvoorwaarden voor en constitutieve elementen van de erkenning. De rechtsgeldigheid van de erkenning is er immers van afhankelijk. De erkenning raakt de staat van de persoon en de wettelijke voorwaarden waaronder die staat wordt verkregen, delen in het openbare orde-karakter dat daaraan wordt gekoppeld. Bijgevolg is een erkenning gedaan zonder de door de wet vereiste toestemming(en) absoluut nietig. Deze nietigheid kan niet worden bevestigd door een latere toestemming; de erkenning die zonder een noodzakelijke toestemming werd gedaan moet opnieuw gebeuren, na het verlenen van de vereiste toestemming(en).

Het Hof van Beroep te Brussel heeft met zoveel woorden bevestigd dat de sanctie voor de nietnaleving van de wettelijke regels inzake de vaderlijke erkenning, die van openbare orde zijn, de nietigverklaring van de erkenning als rechtshandeling is (Brussel (3de kamer) nr. 1998/AR/2644, 17 september 2002, *onuitg.*; *in casu* had een man een kind (prenataal) erkend zonder toestemming van de moeder en werd de vordering van de moeder tot nietigverklaring van de erkenning gegrond verklaard).

295 In tegenstelling tot de erkenning door een vrouw, die een eenzijdige rechtshandeling is, vertoont de erkenning door een man dus een meerzijdig aspect: het kind en/of de moeder moeten toestemmen tot de erkenning.

2. *Wettelijke regeling*

296 Wat de concrete toestemmingsvereisten betreft, wordt in artikel 319 B.W. een onderscheid gemaakt tussen drie hypotheses m.b.t. het te erkennen

kind. Dit onderscheid is weerspiegeld in de paragrafenstructuur van deze bepaling: artikel 319 § 2 B.W. geldt voor meerderjarige of ontvoogde kinderen (a); artikel 319 § 3 B.W. voor minderjarige niet-ontvoogde kinderen, waarvan de moeder bekend is, in leven is en in de mogelijkheid verkeert haar wil te kennen te geven (b); artikel 319 § 4 B.W. speelt enkel in de bijzondere hypothese dat een minderjarig niet-ontvoogd kind wordt erkend en diens moeder onbekend, overleden of in de onmogelijkheid is haar wil te kennen te geven (c).

a. Het kind is meerderjarig of ontvoogd (art. 319 § 2 B.W.)

297 De erkenning van een meerderjarig of ontvoogd kind is enkel ontvankelijk mits het kind zelf vooraf tot die erkenning toestemt (art. 319 § 2 B.W.).

298 Volgens de wettekst moet de toestemming door de meerderjarige of de ontvoogde minderjarige "vooraf" worden gegeven.
Een ministeriële omzendbrief verduidelijkt echter dat een al te letterlijke interpretatie uit den boze is: de toestemming van de meerderjarige of de ontvoogde minderjarige kan in de erkenningsakte worden gegeven – dit blijkt ook uit artikel 62 § 1, 3° eerste lid B.W. – of in een afzonderlijke akte die is opgemaakt door een notaris, door de ambtenaar van de burgerlijke stand die de erkenningsakte ontvangt of door de ambtenaar van de burgerlijke stand van de woon- of verblijfplaats van de persoon die zijn toestemming moet geven (Ministeriële circulaire van 22 mei 1987 betreffende de toepassing van de Wet van 31 maart 1987 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming, *B.S.* 27 mei 1987, (8323) 8325).
Wordt de toestemming in het buitenland gegeven, dan zal dit moeten gebeuren ten overstaan van de ambtenaar die volgens de ter plaatse geldende wetgeving bevoegd is om dergelijke toestemming authentiek vast te stellen of desgevallend ten overstaan van de ter plaatse bevoegde Belgische diplomatieke agent of consulair ambtenaar (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 319 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 7, nr. 7).

299 De toestemming van de moeder tot de erkenning van een meerderjarig of ontvoogd kind is niet vereist.

300 De meerderjarige en de ontvoogde minderjarige hebben een absoluut vetorecht tegen een erkenning door een man die pas lange tijd na de geboorte plaatsvindt. De man die het kind ondanks een toestemmingsweigering toch wil erkennen, heeft immers geen verhaalsmogelijkheid bij de rechtbank.

In de parlementaire voorbereidende stukken wordt gesproken over "een soort vetorecht", maar wordt tegelijk bevestigd dat tegen de toestemmingsweigering geen enkel verhaal mogelijk is, waardoor het vetorecht een absoluut karakter krijgt (zie Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 66 *in fine j°* 97, waar werd bevestigd dat het om een absoluut vetorecht gaat).

Dit vetorecht tegen de erkenning door een man is door het Arbitragehof in zijn arrest nr. 112/20002 van 26 juni 2002 grondwettig bevonden; daarentegen is het feit dat een meerderjarig of ontvoogd kind een vetorecht heeft tegen een laattijdige erkenning door een man, maar niet tegen een laattijdige erkenning door een vrouw, strijdig met het gelijkheidsbeginsel (zie boven, nr. 124 en verder, nrs. 324-325).

301 Problemen aangaande de toestemming van een meerderjarige tot zijn erkenning kunnen rijzen als het te erkennen kind als handelingsonbewaam moet worden beschouwd, bv. omdat het gerechtelijk onbekwaamverklaard werd of in staat van verlengde minderjarigheid is verklaard, maar ook indien het een geesteszieke zonder wettelijke vertegenwoordiger betreft.

Naargelang de wetsbepaling waarop wordt gesteund kunnen verschillende oplossingen worden verdedigd:

– enerzijds kunnen argumenten worden geput uit de regeling die geldt voor het stellen van de erkenning als rechtshandeling aangezien de toestemming tot de erkenning een constitutief deel uitmaakt van de erkenning zelf. Tijdens de parlementaire voorbereiding van artikel 328 eerste lid B.W. werd duidelijk gemaakt dat het volstaat dat de onbekwamen "over het nodige onderscheidingsvermogen beschikken om hun feitelijke toestemming te geven", omdat de erkenning een persoonlijke rechtshandeling is waarvoor geen vertegenwoordiging mogelijk is en waarbij geen bijstand kan worden verleend (Verslag kamercommissie, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 378/16, 50). De neiging zou kunnen bestaan hetzelfde te aanvaarden inzake de toestemming tot erkenning, zodat een meerderjarige handelingsonbekwame persoon zelf tot zijn erkenning door een man kan toestemmen en dit op voorwaarde dat hij over het nodige onderscheidingsvermogen beschikt. Ter verantwoording van deze oplossing kan daarenboven nog worden aangevoerd dat zowel de erkenning als de toestemming tot gevolg hebben dat een afstammingsband van de onbekwame wordt vastgesteld;

– anderzijds kan ook worden teruggegrepen naar artikel 331*sexies* B.W., met als gevolg dat de oplossing erin zou kunnen bestaan dat de wettelijke vertegenwoordiger of – indien deze ontbreekt – een voogd *ad hoc* rechtsgeldig tot de erkenning kan toestemmen. Deze zienswijze kan niet rechtstreeks worden gegrond op artikel 331*sexies* B.W. omdat deze bepaling enkel van toepassing is op "gedingen" betreffende de afstamming – en een erkenning niet noodzakelijk een "geding" impliceert – maar kan worden verdedigd na een *a fortiori* -redenering op basis van artikel 331*sexies* B.W.: omdat de wettelijke vertegenwoordiger van de onbekwame of, bij tegenstrijdigheid van belangen, een voogd *ad hoc*, als eiser een vordering tot onderzoek naar het vaderschap van de onbekwame kan instellen, moeten deze personen *a fortiori* ook kunnen toestemmen in een vrijwillige vaststelling van de afstamming uitgaande van de vader. Daarenboven kan nog worden opgemerkt dat artikel 62 § 1, 3° eerste lid B.W. specifiek melding maakt van de toestemming van de wettelijke vertegenwoordiger van het kind (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 319 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 6-7, nr. 5), net zoals artikel 319 § 4 B.W., hetgeen impliceert dat vertegenwoordiging inzake toestemming tot erkenning niet kan worden uitgesloten.

De eerste zienswijze moet worden verworpen. Het verrichten van een erkenning kan niet worden gelijkgesteld met het louter toestemmen tot deze rechtshandeling, wat – vanuit het perspectief van de onbekwame – een duidelijk minder zwaarwichtige handeling is. Daarnaast betreft artikel 328 eerste lid B.W. de afstammingsband van de onbekwame als ouder, terwijl artikel 319 § 2 B.W. de afstamming van de onbekwame als kind betreft. Bovendien leidt de eerste oplossing tot een absurd resultaat: een geestesgestoorde zonder het nodige onderscheidingsvermogen en zonder wettelijke vertegenwoordiger zou nooit kunnen worden erkend door een geestesgezond persoon omdat de onbekwame niet in zijn erkenning zou kunnen toestemmen. Mede om die redenen moet de tweede zienswijze de voorkeur genieten: o.g.v. een sluitende *a fortiori* -redenering biedt zij een pragmatische oplossing voor een probleem dat door de wetgever over het hoofd is gezien.

De situatie van een te erkennen meerderjarige in staat van verlengde minderjarigheid verklaarde persoon is eenvoudig, aangezien de wet zelf in een oplossing voorziet. De verlengd minderjarige wordt t.a.v. zijn persoon en zijn goederen gelijkgesteld met een minderjarige beneden de vijftien jaar (zie art. 487*bis* vierde lid B.W.) en moet dus ook voor de problematiek aangaande de toestemming tot zijn erkenning worden beschouwd als een niet-ontvoogde minderjarige die de volle leeftijd van vijftien jaar nog niet heeft bereikt. Naargelang zijn moeder al dan niet bekend is, in leven is en in de mogelijkheid verkeert haar wil te uiten, moet toepassing worden gemaakt van artikel 319 § 3 eerste lid B.W., dan wel artikel 319 § 4 B.W. Enkel de toestemming van zijn moeder of wettelijke vertegenwoordiger is vereist, nooit deze van de in staat van verlengde minderjarigheid verklaarde persoon zelf.

Voor gerechtelijk onbekwaamverklaarde meerderjarigen kan hun wettelijke vertegenwoordiger toestemmen, voor geesteszieken zonder wettelijke vertegenwoordiger kan te dien einde een voogd *ad hoc* worden aangesteld, naar analogie met artikel 331*sexies* B.W., ondanks het feit dat een erkenning niet als een "geding betreffende de afstamming" kan worden beschouwd.

302 Uit geen enkele wettekst kan worden afgeleid of de erkenning van een meerderjarig overleden kind dat afstammelingen heeft nagelaten (zie art. 328 tweede lid B.W.) al dan niet afhankelijk is van de toestemming van een andere persoon dan de erkenner.
Evident kan een overledene niet meer zelf tot zijn erkenning toestemmen. Zijn afstammelingen kunnen een moreel belang bij deze erkenning hebben, maar hebben alleszins ook een patrimoniaal belang: zij zullen – bij plaatsvervulling – erfgerechtigd zijn in de nalatenschap van de erkenner. Omdat de wet niet uitdrukkelijk bepaalt of het vetorecht van het meerderjarig kind overgaat op zijn afstammelingen, kan onmogelijk worden gestaafd dat de erkenning niet kan plaatsvinden als de afstammelingen er niet voorafgaandelijk in hebben toegestemd.

Een pragmatische oplossing zou erin bestaan dat de erkenning enkel kan worden tegengeworpen aan de afstammelingen die erin hebben toegestemd.

Volgens HEYVAERT en VANCRAENENBROECK kan er echter in geen geval een opsplitsing gebeuren tussen de afstammelingen, in die zin dat de erkenning wel ten gunste van de ene en niet ten gunste van de andere zou gelden. In hun optiek moeten al de afstammelingen van het overleden kind op dezelfde wijze een familiale staat krijgen tegenover de erkenner. Al de (klein)kinderen van het overleden kind moeten de (achter)kleinkinderen worden van de erkenner (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 328 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 2, nr. 4).

b. Het kind is een niet-ontvoogde minderjarige wiens moeder bekend en in leven is en in de mogelijkheid verkeert haar wil te uiten (art. 319 § 3 eerste en tweede lid B.W.)

303 Indien het kind minderjarig en niet-ontvoogd is, is de erkenning alleen ontvankelijk mits de moeder vooraf toestemt (art. 319 § 3 eerste lid B.W.). Bovendien is de voorafgaande toestemming van het kind vereist, indien het de volle leeftijd van vijftien jaar bereikt heeft (art. 319 § 3 tweede lid B.W.).

Met andere woorden: indien het minderjarig niet-ontvoogd kind j o n g e r is d a n v i j f t i e n j a a r, moet enkel zijn moeder tot de erkenning toestemmen; indien het kind al v i j f t i e n j a a r, m a a r n o g g e e n a c h t t i e n j a a r is, dan is naast de toestemming van de moeder ook de persoonlijke toestemming van het kind vereist.

De in het raam van artikel 320 B.W. verkregen machtiging van de rechtbank om een kind te laten erkennen door een andere man dan de echtgenoot (zie *in extenso* verder, nr. 602 e.v.) ontslaat de aspirant-erkenner niet van de verplichting om de door artikel 319 B.W. vereiste toestemming van de moeder en eventueel die van het te erkennen kind te verkrijgen (Antwerpen 28 juni 1989, *R.W.* 1991-92, 507, noot J. MELLAERTS).

304 Volgens de wettekst moet de moeder "vooraf" tot de erkenning toestemmen en is de "voorafgaande" toestemming van het kind van 15 jaar of ouder vereist.
Uit een ministeriële omzendbrief kan echter worden afgeleid dat de toestemming van moeder en/of kind in de erkenningsakte kan/kunnen worden gegeven – dit blijkt ook uit artikel 62 § 1, 3° eerste lid B.W. – of in een afzonderlijke akte die is opgemaakt door een notaris, door de ambtenaar van de burgerlijke stand die de erkenningsakte ontvangt of door de ambtenaar van de burgerlijke stand van de woon- of verblijfplaats van de persoon die zijn toestemming moet geven (Ministeriële circulaire van 22 mei 1987 betreffende de toepassing van de Wet van 31 maart 1987 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming, *B.S.* 27 mei 1987, (8323) 8325).

305 Anders dan wat geldt voor de erkenning van een meerderjarige of een ontvoogde minderjarige, heeft noch het te erkennen niet-ontvoogd minderjarig kind, noch zijn moeder een vetorecht tegen de erkenning door een man. De aspirant-erkenner beschikt immers over een verhaalsrecht bij de rechtbank, zowel wanneer hij geconfronteerd wordt met een toestemmingsweigering van de moeder als in het geval de minderjarige zelf zijn toestemming tot de erkenning weigert.
De procedure die dit verhaalsrecht wettelijk omkadert en de rol van de rechtbank terzake worden verder in dit werk besproken (zie verder, nr. 314 e.v.).

306 Wanneer de minderjarige van vijftien jaar of ouder niet zelf tot zijn erkenning door een man kan toestemmen, bv. wegens geestesziekte, moet een onderscheid worden gemaakt naargelang hij al dan niet in staat van verlengde minderjarigheid is verklaard. Is dat het geval, dan wordt hij gelijk-

gesteld met een minderjarige van minder dan vijftien jaar met als gevolg dat zijn toestemming niet vereist is; de toestemming van de moeder volstaat in die hypothese. In de andere gevallen mag worden aanvaard dat zijn wettelijke vertegenwoordiger of, bij ontstentenis daarvan, een voogd *ad hoc* namens de minderjarige kan toestemmen.
Wanneer de moeder – om welke reden dan ook – niet kan toestemmen, zijn er geen problemen van vertegenwoordiging, aangezien deze hypothese is geregeld door artikel 319 § 4 B.W. (zie verder, nrs. 308-312).

307 De vraag rijst of de toestemming van de moeder vereist is voor de erkenning van een overleden kind, dat op het ogenblik van zijn overlijden nog minderjarig en niet-ontvoogd was.

Vooreerst moet worden opgemerkt dat het geval waarin de moeder moet toestemmen tot de erkenning van een overleden kind in de praktijk zelden zou mogen voorkomen. Strikt wettelijk kan een overleden kind immers slechts worden erkend indien het afstammelingen heeft nagelaten (art. 328 tweede lid B.W.). De kans dat een minderjarige afstammelingen heeft nagelaten en nog vóór zijn meerderjarigheid overlijdt, is bijzonder klein.

Nochtans is het zo dat in de zeldzame keren dat een rechtbank werd geconfronteerd met de erkenning van een overleden kind, het kind minderjarig en slechts enkele dagen oud was, zodat het evident nog geen afstammelingen had nagelaten. Telkens formuleerde de moeder geen bezwaren tegen de gevraagde machtiging tot erkenning (Rb. Leuven nr. 98/1291/A, 28 september 1998, *onuitg*; Rb. Gent 13 februari 1992, *R.W.* 1992-93, 410, noot J.G.).

Ook al wordt – *contra legem* – aanvaard dat een minderjarig kind ook kan worden erkend indien het geen afstammelingen heeft nagelaten, er is geen enkele reden waarom de wettelijke toestemmingsvereiste uit artikel 319 § 3 eerste lid B.W. niet zou spelen voor een overleden kind, zodat de toestemming van de moeder van het overleden kind moet worden bekomen.
Heeft de minderjarige de volle leeftijd van vijftien jaar bereikt, dan zou hij – indien hij niet was overleden – zelf tot zijn erkenning hebben moeten toestemmen; aangenomen mag worden dat enkel de toestemming van zijn moeder vereist is, ongeacht hij al dan niet afstammelingen heeft nagelaten (zie ook boven, nr. 302).

c. Het kind is een niet-ontvoogde minderjarige wiens moeder onbekend is, overleden is of in de onmogelijkheid verkeert haar wil te uiten (art. 319 § 4 B.W.)

308 Indien het kind minderjarig en niet-ontvoogd is en zijn moeder onbekend of overleden, dan wel in de onmogelijkheid haar wil te kennen te geven, dan kan de erkenningsakte worden opgemaakt zonder de voorafgaande toestemming van de moeder, de wettelijke vertegenwoordiger van het kind en van het kind zelf, ook al heeft dat de leeftijd van vijftien jaar bereikt.

309 De ambtenaar van de burgerlijke stand of de notaris die wordt verzocht een erkenningsakte op te maken in toepassing van artikel 319 § 4 B.W. mag dit

niet doen zonder bewijs dat de moeder onbekend, overleden of in de onmogelijkheid is haar wil te kennen te geven.
– De moeder is onbekend wanneer haar afstamming juridisch niet vaststaat, nl. wanneer niet kan worden bewezen dat haar naam in de geboorteakte is vermeld, noch dat zij het kind heeft erkend en haar moederschap evenmin gerechtelijk is vastgesteld.
– Het bewijs dat de moeder overleden is kan eenvoudig worden geleverd door een uittreksel uit de akte van overlijden.
– De bewijslast – die rust op de aspirant-erkenner – kan zwaarder uitvallen wanneer hij moet aantonen dat de moeder in de onmogelijkheid verkeert haar wil te uiten. Wanneer een rechterlijke beslissing bestaat waarbij de afwezigheid, dan wel de geestesziekte van de moeder is vastgesteld, bv. een vonnis dat haar in staat van verlengde minderjarigheid verklaart of een vonnis van gerechtelijke onbekwaamverklaring, dan vormt deze rechterlijke uitspraak een afdoend bewijsmiddel. Indien de man die het kind wil erkennen daarentegen aanvoert dat de moeder onvindbaar is of geestesgestoord zonder onder een beschermingsstatuut te staan, rijzen bewijsproblemen. In het eerste geval is het aan te raden dat de ambtenaar van de burgerlijke stand of de notaris aan de kandidaat-erkenner vraagt om een attest van de bevolkingsdiensten voor te leggen waaruit blijkt dat de vrouw daadwerkelijk verdwenen is. De geestesstoornis zal dikwijls nog moeilijker te bewijzen zijn, nu de erkennende man wellicht geen psychiatrische verslagen zal kunnen verkrijgen die zijn bewering bevestigen, gelet op het beroepsgeheim van de arts (art. 458 Sw.).

De Rechtbank van Eerste Aanleg te Luik oordeelde dat indien de moeder werd ontzet uit de rechten die uit het ouderlijk gezag voortvloeien, opgesomd in artikel 33, 1° en 2° Jeugdbeschermingswet, zij moet worden geacht in de onmogelijkheid te zijn haar wil te kennen te geven. De aspirant-erkenner kon in dat geval, overeenkomstig artikel 319 § 4 B.W., het kind zonder toestemming van de moeder erkennen, maar de erkenning moest betekend worden aan de wettelijke vertegenwoordiger (provoogd) van het kind dat de leeftijd van vijftien jaar nog niet had bereikt (Rb. Luik 13 maart 1992, *Rev. trim. dr. fam.* 1993, 451).

Wordt onvoldoende bewezen dat de feitelijke voorwaarden van artikel 319 § 4 eerste lid B.W. vervuld zijn, dan mag de daartoe aangezochte ambtenaar geen erkenningsakte opmaken.
Het feit dat de aspirant-erkenner niet kan bewijzen dat de moeder in de onmogelijkheid is haar wil te kennen te geven, verhindert niet dat de man de zaak bij gewoon verzoekschrift aanhangig maakt bij de vrederechter overeenkomstig artikel 319 § 3 derde lid B.W., aangezien (minstens) één van de noodzakelijke toestemmingen ontbreekt.

310 Niets belet dat de wettelijke vertegenwoordiger en/of het kind van vijftien jaar of ouder toch voorafgaandelijk toestemmen tot de erkenning in de hypothese beoogd door artikel 319 § 4 B.W.

311 Stemmen zij niet toe, dan moet de ambtenaar van de burgerlijke stand in deze hypothese o.g.v. artikel 319 § 4 eerste lid B.W. een letterlijk afschrift van

de erkenning ter kennis brengen van de wettelijke vertegenwoordiger van het kind en van het kind zelf (art. 319 § 4 eerste lid B.W.).
Indien de erkenning niet is ontvangen door een Belgische ambtenaar van de burgerlijke stand, moet zij op verzoek van de erkenner worden betekend aan de wettelijke vertegenwoordiger van het kind en aan het kind zelf indien het de volle leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt (art. 319 § 4 tweede lid B.W.).

Op deze kennisgeving of betekening wordt uitgebreider ingegaan bij de bespreking van de nietigverklaring van de erkenning (zie verder, nrs. 1130-1132).

312 In de hypothese omschreven in de aanhef van artikel 319 § 4 eerste lid B.W. geldt dus een omgekeerde regeling: de wettelijke vertegenwoordiger en het kind van vijftien jaar of ouder moeten niet verplicht tot de erkenning toestemmen. Stemmen zij toe, dan kan de erkenningsakte worden opgemaakt zonder dat verdere formaliteiten vereist zijn; de erkenning heeft onmiddellijk uitwerking.
Weigert de wettelijke vertegenwoordiger of het kind dat de volle leeftijd van vijftien jaar heeft toe te stemmen tot de erkenning, dan is het ter kennis brengen van een letterlijk afschrift van de erkenning of de betekening ervan aan de weigerende partij noodzakelijk, met het oog op de mogelijkheid die aan beiden wordt geboden om de erkenning op een bijzondere wijze te betwisten. Vanaf de kennisgeving of de betekening begint immers een termijn van zes maanden te lopen waarbinnen de personen aan wie zij is gedaan, bij gewoon verzoekschrift de vernietiging van de erkenning kunnen vorderen van de rechtbank van eerste aanleg van de woonplaats van het kind (art. 319 § 4 derde lid B.W.).

Deze bijzondere betwistingsmogelijkheid wordt elders behandeld, in het hoofdstuk over de betwisting van de erkenning (zie verder, nr. 1129 e.v.). Op die plaats wordt ook een arrest van het Arbitragehof i.v.m. artikel 319 § 4 B.W. besproken.

3. Overgangsrecht

313 Een erkenning die vóór 6 juni 1987 door een man werd gedaan met betrekking tot een kind dat na 5 juni 1987 werd geboren blijft geldig, ook al werd ze gedaan zonder de toestemmingen die onder het nieuwe recht vereist zijn (zie R. VANCRAENENBROECK, "Overgangsbepalingen", in G. BAETEMAN (ed.), *Afstamming en adoptie*, Brussel, E. Story-Scientia, 447-448, nr. 679).

§ 3. Verhaal bij de rechter na toestemmingsweigering van de moeder of het niet-ontvoogd minderjarig kind dat de volle leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt

314 De moeder en de niet-ontvoogde minderjarige van vijftien jaar of ouder beschikken niet over een vetorecht tegen de erkenning door een man. De man die het kind wil erkennen heeft immers een verhaalsrecht bij de rechterlijke macht, geregeld door artikel 319 § 3 derde en vierde lid B.W.

315 De procedure die moet worden gevolgd, zowel wanneer de aspirant-erkenner geconfronteerd wordt met een toestemmingsweigering van de moeder als in het geval de minderjarige zelf zijn toestemming tot de erkenning weigert, wordt hieronder besproken. Ze verloopt in twee fasen: eerst voor de vrederechter (A) en daarna – indien een weigerende partij volhardt in haar weigering – voor de rechtbank van eerste aanleg (B).

A. RECHTSPLEGING VOOR DE VREDERECHTER (ART. 319 § 3 DERDE LID B.W.)

316 Wanneer de toestemming van de moeder of het niet-ontvoogd kind van vijftien jaar of ouder ontbreekt, maakt de man die het kind wil erkennen de zaak bij gewoon verzoekschrift aanhangig bij de vrederechter van de woonplaats van het kind. De verzoeker en de personen wier toestemming vereist is, worden in raadkamer opgeroepen. Indien de vrederechter de partijen tot verzoening brengt, ontvangt hij de nodige toestemmingen. Zo niet, dan verwijst hij de zaak naar de rechtbank van eerste aanleg (art. 319 § 3 derde lid B.W.).

Hoewel uit de letterlijke tekst van de wet kan worden afgeleid dat de zaak pas bij de vrederechter wordt aanhangig gemaakt als zowel de moeder als het minderjarig kind dat de leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt en niet ontvoogd is hun toestemming tot de erkenning weigeren (aanhef art. 319 § 3 derde lid B.W.: "bij gebreke van die toestemmingen" (in het meervoud)), moet worden aangenomen dat de aspirant-erkenner een verhaalsrecht heeft indien de moeder of het kind weigert tot de erkenning toe te stemmen. Op dat ogenblik worden de "nodige toestemmingen" immers niet gegeven.

317 De verzoeningsprocedure bij de vrederechter is verplicht en kan niet achterwege worden gelaten.

Zo oordeelde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Luik dat de verzoeningsprocedure voor de vrederechter uitdrukkelijk en dwingend gewenst is door de wetgever; ze kan niet worden vermeden door rechtstreeks de toelating van de rechtbank te bekomen in een vonnis dat de betwisting van een erkenning door een andere man gegrond verklaart (Rb. Luik 23 februari 1990, *Pas.* 1990, III, 98, noot F.B. en *Rev. trim. dr. fam.* 1991, 187).

318 Op de procedurele aspecten van de rechtspleging bij de vrederechter wordt verder ingegaan (zie verder, nrs. 415-422).

B. RECHTSPLEGING VOOR DE RECHTBANK VAN EERSTE AANLEG (ART. 319 § 3 VIERDE LID B.W.)

319 Nadat de partijen en het Openbaar Ministerie gehoord zijn, wijst de rechtbank het verzoek af indien het bewijs wordt geleverd dat de verzoeker niet de vader is. Ontbreekt dat bewijs, dan beslist de rechtbank, met inachtneming van de belangen van het kind, of de erkenning kan plaatshebben (art. 319 § 3 vierde lid B.W.).

I.v.m. de gegrondheid van het verzoek van de aspirant-erkenner kunnen zich dus twee hypotheses voordoen:
– het bewijs wordt geleverd dat de verzoeker niet de (biologische) vader is: in dat geval moet de rechtbank het verzoek afwijzen;
– het bewijs dat de verzoeker niet de biologische vader is wordt niet geleverd: in dat geval moet de rechtbank niet noodzakelijk de erkenning toelaten, maar beslist de rechtbank, met inachtneming van de belangen van het kind, of de erkenning kan plaatshebben.

320 Het bewijs van niet-vaderschap van de aspirant-erkenner kan met alle wettelijke middelen worden geleverd door de moeder die, zo nodig, een bloedonderzoek of enig ander onderzoek volgens beproefde wetenschappelijke methodes kan vragen (art. 331*octies* B.W.).

Sommigen aanvaarden dat de rechtbank ambtshalve dergelijke onderzoeken kan bevelen (P. SENAEVE, "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 121, nr. 223; zie voor een toepassing in de rechtspraak: Rb. Aarlen 7 juni 1991, *J.T.* 1991, 747, noot, waar de rechtbank het passend achtte ambtshalve een bloedonderzoek te bevelen in een geval waarin de moeder haar toestemming tot de erkenning weigerde en het biologisch vaderschap van de kandidaat-erkenner in vraag stelde).

De structuur van de afstammingswetgeving verzet zich echter tegen een ambtshalve door de rechtbank bevolen onderzoek. Artikel 331*octies* B.W. is ons inziens alleen van toepassing op vorderingen m.b.t. de afstamming (hoofdstuk IV van Titel VII van Boek I van het B.W.: art. 331-333 B.W.) en dus niet op procedures i.v.m. de erkenning (art. 319 e.v. B.W.).

321 De vraag of aan een weigering om een deskundigenonderzoek in afstammingszaken te ondergaan een dwangsom kan worden gekoppeld, is omstreden (zie *in extenso* verder, nrs. 502-505). In de context van artikel 319 § 3 B.W. besliste het Hof van Beroep te Gent dat de vordering van de aspirant-erkenner om de moeder te laten veroordelen tot een dwangsom bij weigering om een deskundigenonderzoek te laten verrichten ontoelaatbaar is omdat "niemand kan worden verplicht tot verrichtingen, hoe miniem ook, die een schending van zijn fysieke integriteit inhouden" (Gent (1ste kamer) nr. 1997/AR/596, 5 december 2002, *onuitg.*).

322 Indien niet wordt bewezen dat de aspirant-erkenner niet de biologische vader is – bv. wanneer wordt bewezen dat deze man wel degelijk de vader is of wanneer zijn biologisch vaderschap niet wordt betwist – dan "beslist de rechtbank, met inachtneming van de belangen van het kind, of de erkenning kan plaatshebben" (art. 319 § 3 vierde lid *in fine* B.W.). De rechtbank kan, niettegenstaande het bewijs van niet-vaderschap niet werd geleverd, toch beslissen de erkenning niet toe te laten, op voorwaarde dat *in concreto* wordt bewezen dat de vaststelling van het vaderschap via erkenning strijdig zou zijn met de belangen van het kind. De erkenning moet m.a.w. worden toegelaten, tenzij de moeder en/of het kind bewijzen dat ze strijdig is met de belangen van het

kind. De beslissingsbevoegdheid van de rechtbank is aldus enigszins beperkt (in dezelfde zin: P. SENAEVE, *Compendium*, 324, nr. 822).

In beginsel moet immers worden aangenomen dat het belang van het kind ermee gediend is een tweezijdige afstamming te hebben, *i.e.* zowel een vaderlijke als een moederlijke. De consequentie hiervan is dat de aspirant-erkenner niet zal moeten bewijzen dat de erkenning in het belang van het kind is. De erkenning zal enkel niet kunnen worden toegelaten indien zij die hun toestemming weigeren bewijzen dat de erkenning strijdig zou zijn met de belangen van het kind (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 319 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 12, nr. 16; vgl. de zienswijze van VIEUJEAN, die kort na de Afstammingswet al schreef dat in tegenstelling tot wat geldt inzake homologatie van de adoptie, waar moet worden aangetoond dat de adoptie in het voordeel is van de geadopteerde, de erkenning moet worden toegestaan als ze niet nadelig is voor het te erkennen kind (E. VIEUJEAN, "Le nouveau droit de la filiation", *Ann. dr. Liège* 1987, (97) 116, nr. 21).

Bij dit overzicht van de wettelijke regeling past al de opmerking dat het opportuniteitsoordeel van de rechtbank op 8 oktober 1992 ongrondwettig is bevonden door het Arbitragehof, maar dat het hof op deze rechtspraak is teruggekomen in een arrest van 14 mei 2003.

323 Het oordeel van de rechtbank zoals bedoeld in de context van artikel 319 § 3 vierde lid B.W. wordt in rechtspraak en rechtsleer dikwijls omschreven als een "machtiging" ("autorisation"), ons inziens ten onrechte. Er bestaat immers een duidelijk verschil tussen het oordeel van de rechtbank of de erkenning al dan niet kan plaatsvinden en de machtiging tot erkenning die artikel 320 B.W. vereist voor de erkenning van overspelige kinderen *a matre*. Het oordeel dat de rechtbank op basis van 319 § 3 vierde lid B.W. kan vellen, is een opportuniteitsoordeel, waarbij de rechtbank een beoordelingsbevoegdheid heeft, met als *Leitmotiv* het belang van het kind; daarentegen is de rechtbank verplicht de machtiging die wordt gevorderd op basis van artikel 320 B.W. te verlenen als het te erkennen kind in één van de vier in deze bepaling opgesomde gevallen verkeert. Ook al interpreteert de rechtspraak deze gevallen soms ruim, toch gaat het hier om een gebonden bevoegdheid van de rechtbank waarbij zij geenszins uitspraak doet over de opportuniteit van de erkenning. Een consequent gebruik van de verschillende terminologie "oordeel of de erkenning kan plaatshebben" (art. 319 § 3 vierde lid B.W.) en "machtiging tot erkenning" (art. 320 B.W.) kan begrips- en betekenisverwarring vermijden.

Het oordeel van de rechtbank of de erkenning al dan niet mag plaatsvinden mag evenmin worden gelijkgesteld met een toestemming of toestemmingsweigering vanwege de rechtbank.

In een geval waarin de moeder weigerde toe te stemmen tot de erkenning om redenen ingegeven door haar eigen belang, achtte de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brugge haar weigering niet terecht en oordeelde ze dat "ambtshalve toestemming moet gegeven worden namens het minderjarig kind" (Rb. Brugge 10 april 1990, *R.W.* 1990-91, 1240, noot J. GERLO).
Dat de rechtbank het belang van het kind liet primeren op dat van de moeder is zeker verdedigbaar, maar haar formulering waarmee ze te kennen gaf dat de erkenning kon plaatsvinden is vatbaar voor kritiek. Het lijkt niet gepast om te poneren dat de rechtbank "ambtshalve" optreedt, nu haar oordeel gebaseerd is op een duidelijke wettekst; bovendien is het niet de taak van de rechtbank om "toestemming" te geven tot de erkenning; als moeder en/of kind hun toestemming

weigeren, kan de rechtbank overeenkomstig artikel 319 § 3 vierde lid *in fine* B.W. oordelen dat de erkenning kan plaatsvinden, maar dit gebeurt dan evenwel zonder de door de wet vereiste toestemmingen. De formulering dat de rechtbank "namens het minderjarig kind" tot de erkenning toestemt is dan ook bijzonder ongelukkig.

Op de procedurele aspecten van de rechtspleging voor de rechtbank van eerste aanleg wordt verder ingegaan (zie verder, nrs. 423-435).

§ 4. Artikel 319 B.W. in het licht van het grondwettelijk gelijkheids- en nondiscriminatiebeginsel

A. VERENIGBAARHEID VAN ARTIKEL 319 § 2 B.W. MET HET GELIJKHEIDSBEGINSEL (ARBITRAGEHOF NR. 112/2002, 26 JUNI 2002)

324 De vaststelling dat een meerderjarig of ontvoogd kind zich op absolute wijze kan verzetten tegen een laattijdige erkenning door een man, maar niet tegen een laattijdige erkenning door een vrouw, was de aanleiding voor het Hof van Beroep te Bergen om twee prejudiciële vragen aan het Arbitragehof te richten.

Dit hof van beroep werd geconfronteerd met een man die ongehuwd samenleefde met een vrouw en bij haar twee kinderen had verwekt die hij wilde erkennen. De aspirant-erkenner was al uit de echt gescheiden vóór de geboorte van de kinderen, maar de moeder was nog gehuwd op het ogenblik dat het oudste kind werd geboren. Haar ex-echtgenoot betwistte succesvol zijn vaderschap m.b.t. dit kind. Nadat de moeder haar toestemming tot de erkenning van haar twee kinderen had geweigerd en de verzoeningspoging voor de vrederechter was mislukt, werd de zaak naar de Rechtbank van Eerste Aanleg te Doornik verwezen. Tijdens dit geding betwistte de moeder het biologische vaderschap van de erkenner niet, maar wel de opportuniteit van de erkenning. De zaak werd naar de bijzondere rol verzonden om het Openbaar Ministerie de gelegenheid te geven een onderzoek te doen naar de moraliteit van de betrokkenen. Nadat de zaak meer dan tien jaar op de bijzondere rol was gebleven, oordeelde het bestreden vonnis dat de erkenning van het jongste kind kon plaatsvinden. Het oudste kind had op het ogenblik van het vonnis in eerste aanleg inmiddels de leeftijd van vijftien jaar bereikt, met als gevolg dat het krachtens artikel 319 § 3 tweede lid B.W. zelf tot zijn erkenning moest toestemmen. Aangezien die toestemming ontbrak, werd het kind door de eerste rechter ambtshalve in het geding geroepen in toepassing van artikel 331*decies* tweede lid B.W., waarna de zaak opnieuw naar de bijzondere rol werd verzonden. Na het vonnis *a quo* werd dit oudste kind door de aspirant-erkenner gedagvaard in tussenkomst.
Het Hof van Beroep te Bergen stelde vast dat het jongste kind op het ogenblik van de uitspraak in hoger beroep inmiddels ook al de volle leeftijd van vijftien jaar had bereikt en dat zijn persoonlijke toestemming een grondvoorwaarde is voor zijn erkenning; het hof verwees in dat verband naar het arrest van het Arbitragehof nr. 36/96 van 6 juni 1996. Aangezien de moeder niet in zijn plaats kon toestemmen, moest de procedure volgens het hof *ab initio* worden hernomen t.a.v. het jongste kind. Op het ogenblik van de uitspraak in hoger beroep was het oudste kind al meerderjarig, met als gevolg dat het o.g.v. artikel 319 § 2 B.W. zelf tot zijn erkenning moest toestemmen. Het Hof van Beroep te Bergen stelde vast dat het Arbitragehof zich nog niet heeft uitgesproken over de grondwettigheid van artikel 319 § 2 B.W., zodat het niet kon beslissen dat de erkenning kan plaatsvinden zonder toestemming van het meerderjarig kind; na de vaststelling dat artikel 319 § 2 B.W. de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt zou dat volgens het hof van beroep wel kunnen. Als het Arbitragehof zou oordelen dat de oorsprong van de discriminatie niet gelegen is in artikel 319 § 2 B.W., kan de erkenning enkel doorgaan indien het meerderjarig kind daarin toestemt en de procedure tegen de meerderjarige wordt gericht. Het hof verwachtte een uitspraak in de geest van het vermelde arrest van 6 juni 1996, waarin zou worden geoordeeld dat de oorsprong van de discriminatie niet gelegen is in artikel 319 § 2 B.W., maar in de verschillende situatie

waarin meerderjarige kinderen zich bevinden, naargelang ze door een man, dan wel door een vrouw worden erkend (Bergen (2de kamer) nr. 2001/RG/500, 19 maart 2002, *onuitg.*).

Concreet vroeg het hof
– Is het ontbreken van de mogelijkheid, voor een meerderjarig kind, om zijn toestemming met zijn erkenning door een vrouw te weigeren, terwijl die mogelijkheid wel bestaat in geval van een erkenning door een man, in strijd met het in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet vervatte beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie?
– Is de oorsprong van de eventuele discriminatie gelegen in artikel 319 § 2 B.W. of in het verschil in situaties waarin de wetgever voorziet ten aanzien van de meerderjarige kinderen zonder afstamming van vaderszijde noch van moederszijde, naargelang hun vader dan wel hun moeder hen wil erkennen?

325 Het Arbitragehof beantwoordde beide vragen met een arrest van onmiddellijk antwoord. Het hof wees op de regel *Mater semper certa est* (art. 312 § 1 B.W.), waardoor de erkenning van een kind door de moeder (art. 313 § 1 B.W.) een uitzonderlijke wijze is om de afstamming vast te stellen, die geen enkele voorafgaande toestemming, noch van de vader, noch van het kind vereist, en aan geen enkele rechterlijke controle onderworpen is. Het hof stelde vast dat in de prejudiciële vragen de hypothese waarin een man een meerderjarig kind wenst te erkennen – en hij daartoe de voorafgaande toestemming van het kind moet krijgen – wordt vergeleken met de hypothese waarin een vrouw eenzelfde kind wenst te erkennen, zonder dat zij zijn voorafgaande toestemming moet krijgen.
Het Arbitragehof herinnerde aan de *ratio* van artikel 319 § 2 B.W. die erin bestaat late erkenningen tegen te gaan en aan het kind zelf de mogelijkheid tot toestemming te geven en oordeelde dat de wetgever er redelijkerwijs mag van uitgaan dat dergelijke laattijdige erkenningen kunnen zijn ingegeven door andere overwegingen dan het belang van het kind en dat hij het kind de mogelijkheid mag geven zich daartegen te verzetten vanaf de leeftijd waarop het zich dienaangaande een mening kan vormen.
Het hof stelde vast dat de wetgever met artikel 319 § 2 B.W. aan het meerderjarige kind en aan het ontvoogde minderjarige kind de mogelijkheid heeft geboden om zijn toestemming te weigeren met een late erkenning van vaderszijde, maar niet met een late erkenning van moederszijde. Weliswaar is het zeldzaam dat de afstamming van moederszijde niet reeds bij de geboorte vaststaat, maar die vaststelling neemt volgens het hof niet weg dat er op dat punt een onderscheid bestaat waarvoor in de parlementaire voorbereiding geen verantwoording kan worden gegeven en waarvoor het hof ook geen verantwoording zag. Het meerderjarige of ontvoogde minderjarige kind dat het voorwerp uitmaakt van een late erkenning wordt dus zonder redelijke verantwoording verschillend behandeld naargelang de persoon die het kind wil erkennen een man of een vrouw is.
Het Arbitragehof kwam tot de conclusie dat het ontbreken van de mogelijkheid voor de meerderjarige of de ontvoogde minderjarige om zijn toestemming met zijn erkenning door een vrouw te weigeren, terwijl die mogelijkheid

wel bestaat ten aanzien van de erkenning door een man, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt, waarmee de eerste prejudiciële vraag bevestigend werd beantwoord. Wat de tweede prejudiciële vraag betreft, oordeelde het Arbitragehof expliciet dat de oorsprong van de discriminatie niet gelegen is in artikel 319 § 2 B.W., maar in "de ontstentenis van een met artikel 319 § 2 B.W. vergelijkbare bepaling in de bepalingen betreffende de vaststelling van de afstamming van moederszijde" (Arbitragehof nr. 112/2002, 26 juni 2002, *B.S.* 21 augustus 2002, 35942).

Uit dit antwoord van het Arbitragehof leidde het Hof van Beroep te Bergen af dat de mogelijkheid voor een meerderjarig kind om zijn toestemming tot zijn erkenning door een man te weigeren niet strijdig is met het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel en dat de voorafgaande toestemming van het meerderjarig kind een voorwaarde is voor de erkenning door de biologische vader. Na de vaststelling dat het meerderjarig kind niet in de zaak was en ook nooit eerder tot de erkenning had toegestemd, werd het verzoek van de biologische vader onontvankelijk verklaard (Bergen (2de kamer) nr. 2001/RG/500, 20 mei 2003, *onuitg.*).

326 Uit het besproken arrest blijkt niet alleen dat een ongelijkheid kan voortvloeien uit een lacune in de wetgeving, maar ook dat het Arbitragehof aanvaardt dat een dergelijke lacune ("het ontbreken van de mogelijkheid") een schending van het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel kan uitmaken. Opmerkelijk is dat deze beslissing blijkbaar kan volgen na een prejudiciële vraag waarin de verwijzende rechter peilde naar de grondwettigheid van een bepaling die helemaal niet toepasselijk is in de zaak waarover uitspraak moest worden gedaan. De eerste prejudiciële vraag betrof *in casu* immers duidelijk de afwezigheid in artikel 313 B.W. van een vetorecht voor de meerderjarige tegen zijn erkenning door een vrouw, terwijl het geding naar aanleiding waarvan de vraag werd gesteld de erkenning door een man betrof. Pas in de tweede prejudiciële vraag werd melding gemaakt van het toepasselijke artikel 319 § 2 B.W.

Deze indirecte aanpak wekt minder verwondering na het besef dat het wellicht onmogelijk is een lacune in de wetgeving m.b.t. de erkenning door een vrouw op directe wijze via een prejudiciële vraag i.v.m. artikel 313 B.W. voor te leggen aan het Arbitragehof, aangezien op dat vlak voor de rechtbank geen enkele rol is weggelegd.

327 De betekenis van dit arrest voor de erkenning van meerderjarige of ontvoogde minderjarige kinderen door een vrouw werd al eerder besproken (zie boven, nr. 125).

Op deze plaats is de vraag naar de gevolgen van dit arrest voor de erkenning van deze kinderen door een man aan de orde. Nu artikel 319 § 2 B.W. niet ongrondwettig werd bevonden, is het allerminst zo dat voor een vaderlijke erkenning de toestemming van een meerderjarig of ontvoogd minderjarig kind niet meer vereist zou zijn.
In zijn arrest nr. 112/2002 van 26 juni 2002 bekrachtigde het Arbitragehof het wettelijke absolute vetorecht van een meerderjarige of ontvoogde minderjarige tegen zijn erkenning door een man.

Hoewel het Arbitragehof ook in dit arrest verwees naar het recht van het niet-ontvoogd minderjarig kind dat de volle leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt om zich tegen de erkenning door een man te verzetten (art. 319 § 3 tweede lid B.W.), is diens situatie wettelijk fundamenteel anders geconcipieerd dan deze van een meerderjarige of een ontvoogde minderjarige. De meerderjarige of ontvoogde minderjarige heeft immers een absoluut vetorecht, terwijl de rechtbank nog steeds over de opportuniteit van de erkenning kan oordelen na de weigering van een niet-ontvoogde minderjarige die ouder is dan vijftien jaar (zie ook verder, nr. 336).

Nu de oorsprong van de discriminatie duidelijk niet ligt in artikel 319 § 2 B.W., maar in de ontstentenis van een met artikel 319 § 2 B.W. vergelijkbare bepaling in de bepalingen betreffende de vaststelling van de afstamming van moederszijde, heeft het Arbitragehof zijn standpunt zoals blijkt uit het arrest nr. 36/96 van 6 juni 1996 – i.v.m. de toestemming van een niet-ontvoogd minderjarig kind van vijftien jaar of ouder – bevestigd en voor de tweede maal – ditmaal i.v.m. een meerderjarige of ontvoogde minderjarige – impliciet, maar duidelijk geoordeeld dat artikel 313 B.W. de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt door geen enkele toestemming te vereisen bij de erkenning door een vrouw, met als gevolg dat deze erkenning door de te erkennen persoon niet kan worden tegengehouden.

Hoewel ook dit arrest geen wijzigingen aan de bestaande toestand aanbrengt, bevat het onmiskenbaar een hint voor de wetgever. Het vetorecht waarin artikel 319 § 2 B.W. inzake de erkenning door een man voorziet, moet niet worden opgeheven; een identiek vetorecht moet worden ingevoerd in artikel 313 B.W. inzake de erkenning door een vrouw. Deze suggestie was nog duidelijker geweest indien het Arbitragehof deze bepaling had vernoemd en de ware oorsprong van de discriminatie in het beschikkend gedeelte van zijn arrest had herhaald.

B. (ON)VERENIGBAARHEID VAN ARTIKEL 319 § 3 B.W. MET HET GELIJKHEIDSBEGINSEL

328 Tot nog toe heeft het Arbitragehof zich al viermaal uitgesproken over de (on)grondwettigheid van artikel 319 § 3 B.W.

– Op 21 december 1990 werd het Arbitragehof enkel ondervraagd over de door de wet vereiste toestemming van de moeder bij de erkenning van een minderjarig kind (1). Over de procedure vervat in de artikelen 319 § 3 derde en vierde lid B.W. heeft het Arbitragehof in dit eerste arrest in afstammingszaken geen uitspraak gedaan.
– In een arrest van 8 oktober 1992 nam het Arbitragehof echter ook expliciet stelling in over de (on)grondwettigheid van de wettelijk bepaalde rol van de rechtbank van eerste aanleg die uitspraak doet over het verzoek van een man die een kind wil erkennen maar gestoten is op de toestemmingsweigering van de moeder (2).
– In een arrest van 6 juni 1996 waren opnieuw beide aspecten aan de orde, maar ditmaal in de context van de toestemmingsweigering van een minderjarig niet-ontvoogd kind dat ouder is dan vijftien jaar (3).

– Op 14 mei 2003 heeft het Arbitragehof zich andermaal uitgesproken over de in de wet voorziene mogelijkheid om toestemming tot de erkenning van een kind, jonger dan vijftien jaar, te weigeren – meer bepaald over de beperking van die mogelijkheid tot de moeder –, evenals over het opportuniteitsoordeel van de rechtbank in dergelijk geval (4).

Hieronder wordt chronologisch ingegaan op deze vier arresten van het Arbitragehof.

1. Ongrondwettigheid van de door artikel 319 § 3 eerste lid B.W. vereiste toestemming van de moeder (Arbitragehof nr. 39/90, 21 december 1990)

329 Op 21 december 1990 oordeelde het Arbitragehof voor het eerst over de vraag of art. 319 § 3 B.W. het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel schendt door de ontvankelijkheid van de erkenning van een minderjarig, niet-ontvoogd kind door de man wiens vaderschap niet is betwist afhankelijk te stellen van de voorafgaande toestemming van de moeder.

De Rechtbank van Eerste Aanleg te Bergen werd geconfronteerd met het verzoek van een man die een eenjarig kind wou erkennen waarvan niet werd betwist dat hij de biologische vader was, nadat de moeder haar toestemming tot deze erkenning weigerde en de verzoeningspoging van de Vrederechter van het kanton Soignies was mislukt. De rechtbank stelde vast dat in de rechtsleer algemeen wordt aanvaard dat artikel 319 § 3 eerste lid B.W. een discriminatie creëert tussen de vader en de moeder m.b.t. het recht om hun afstammingsband met hun kind vast te stellen die strijdig is met het E.V.R.M., dat ieder persoon het recht op respect voor zijn privé- en gezinsleven garandeert (art. 8) en – wat het genot van de rechten vervat in het verdrag betreft – elk onderscheid dat op geslacht is gebaseerd verbiedt (art. 14). Nu deze bepaling de rechtbank ook strijdig leek met [de oude] artikelen 6 en 6*bis* [thans art. 10 en 11] van de Grondwet stelde zij, alvorens ten gronde te oordelen, de zonet vermelde prejudiciële vraag aan het Arbitragehof (Rb. Bergen 4 april 1990, *J.L.M.B.* 1990, 896, noot C. PANIER).

330 Het hof stelde vast dat er bij de vaststelling van de afstamming een verschil in behandeling bestaat tussen de vader en de moeder van een buitenhuwelijks kind. De afstamming langs moederszijde van een buitenhuwelijks kind wordt van rechtswege vastgesteld door de verplichte vermelding in de geboorteakte van de vrouw die het gebaard heeft (art. 312 § 1 B.W.); bij gebrek daaraan kan de moeder het kind erkennen zonder dat een voorafgaande toestemming door de vader of het kind, noch een voorafgaande controle door de rechtbank is voorzien (art. 313 § 1 B.W.). De vaststelling van de afstamming langs vaderszijde van een buiten het huwelijk geboren minderjarig kind via een erkenning wordt door de wet echter afhankelijk gemaakt van de toestemming door de moeder [en het kind van vijftien tot achttien jaar] of, bij gebreke daarvan, van een beslissing van de rechtbank (zie art. 319 § 3 B.W.).

Zonder dat uitdrukkelijk werd nagegaan of de vaststelling van de afstamming van moederszijde en deze van vaderszijde wel voldoende vergelijkbaar zijn – het Arbitragehof ging er blijkbaar van uit dat dit zo is – onderzocht het hof de *ratio* van artikel 319 § 3 B.W. aan de hand van de parlementaire voorbereiding

en kwam het tot de vaststelling dat de wetgever drie doelstellingen heeft nagestreefd:
– het vermijden van erkenningen uit loutere welwillendheid tegenover de moeder;
– het vermijden van laattijdige erkenningen; en
– het vermijden van erkenningen die de moeder blijvend confronteren met de traumatiserende context van de verwekking (zie Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 57-62 en Verslag kamercommissie, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 378/16, 36-40).

De door de wetgever gekozen maatregel – nl. de vereiste toestemming van de moeder die een ongelijkheid tussen vader en moeder inhoudt – is volgens het Arbitragehof onaanvaardbaar ofwel omdat hij deze doelstellingen niet kan bereiken, ofwel omdat hij niet redelijkerwijze evenredig is met de doelstellingen van de wetgever.

De eerste doelstelling werd niet relevant geacht voor het gemaakte onderscheid: een erkenning uit welwillendheid kan niet worden vermeden door ze afhankelijk te maken van de toestemming van de moeder aangezien zij die toestemming juist wel kan geven als de erkenner niet de biologische vader is.
De vereiste van toestemming van de moeder is bovendien onevenredig met de (tweede) doelstelling laattijdige erkenningen te vermijden, omdat – na een toestemmingsweigering – de vervangende machtiging tot erkenning die de rechtbank kan geven gesteund moet worden op het belang van het kind en de beoordeling die de rechter van deze notie moet maken geenszins wordt beperkt; m.a.w., het beoogde doel had met een minder ingrijpende maatregel kunnen worden bereikt dan via het hier gemaakte onderscheid.
Ten slotte oordeelde het hof dat de derde doelstelling geen grond kan vormen voor een algemeen onderscheid tussen vader en moeder en met meer specifieke maatregelen had kunnen worden bereikt.

Nadat het Arbitragehof al had vastgesteld dat de man wordt gediscrimineerd omdat enkel de vrouw kan weigeren toe te stemmen in een erkenning door een man en niet omgekeerd, komt – zeer summier, enkel in overweging B.5 – nog een tweede verschil in behandeling aan bod, nl. dat tussen huwelijkse en buitenhuwelijkse kinderen. Voor kinderen geboren tijdens het huwelijk geldt de vaderschapsregel (zonder dat het belang van het kind in acht wordt genomen); voor buitenhuwelijkse kinderen speelt een wisselvallige factor, nl. de toestemming van de moeder en, wanneer die ontbreekt, een beslissing van de rechtbank die ertoe kan leiden dat de erkenning niet mag plaatsvinden. Het hof kwam tot de conclusie dat het niet verantwoord is de vaststelling van de afstamming langs vaderszijde afhankelijk te stellen van een dergelijke wisselvallige factor die geen bestaansreden vindt in de eigen situatie van de buiten het huwelijk geboren kinderen. Deze laatsten worden dus gediscrimineerd.

Het Arbitragehof besliste uiteindelijk dat artikel 319 § 3 B.W. het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel schendt door de ontvankelijkheid van de erkenning van een minderjarig, niet-ontvoogd kind door de man wiens vaderschap niet is betwist afhankelijk te stellen van de voorafgaande toestemming van de moeder (Arbitragehof nr. 39/90, 21 december 1990, *B.S.*

17 januari 1991, 1079, *J.T.* 1991, 252, noot E. JAKHIAN, *J.L.M.B.* 1991, 110, noot D. PIRE en *R.W.* 1990-91, 1231, noot).

331 Het beschikkend gedeelte (*dictum*) van het arrest van 21 december 1990 is enigszins dubbelzinnig: het hof lijkt te zeggen dat artikel 319 § 3 B.W. enkel de Grondwet schendt door de ontvankelijkheid van de erkenning afhankelijk te stellen van de toestemming van de moeder in het geval dat het biologisch vaderschap van de man niet wordt betwist (wat het geval was in de zaak die aanleiding gaf tot de prejudiciële vraag). De motivering van het arrest laat echter ook ruimte voor bredere interpretaties, met als gevolg dat er zich omtrent de ongrondwettigheid van deze toestemmingsvereiste drie visies ontwikkelden m.b.t. de draagwijdte of de uitgebreidheid van de vastgestelde ongrondwettigheid.

Deze drie verschillende interpretaties van het arrest van 21 december 1990 werden voor het eerst naar voren gebracht in een uitstekende bijdrage van BARTHOLOMÉE en SOSSON (V. BARTHOLOMÉE en J. SOSSON, "La Cour d'arbitrage et le droit de la filiation: les effets de l'arrêt du 21 décembre 1990, *J.T.* 1991, (709) 710, nr. 6) en nadien door het Arbitragehof zelf hernomen (Arbitragehof nr. 63/92 van 8 oktober 1992, *B.S.* 3 december 1992 (25101) 25102).

Samengevat komen ze op het volgende neer:

– in een *strikte* interpretatie zou het voldoende zijn dat de moeder verklaart dat de aspirant-erkenner niet de biologische vader van haar kind is opdat de ongrondwettigheid van artikel 319 § 3 B.W. niet zou spelen, zonder dat hierbij vereist wordt dat zij ook het bewijs levert van de afwezigheid van een biologische band. De toestemming van de moeder zou dan vereist zijn van zodra zij het vaderschap van de man die het kind wil erkennen betwist;
– in een *mediane of teleologische* interpretatie is artikel 319 § 3 B.W. ongrondwettig indien het biologisch vaderschap van de aspirant-erkenner niet betwist is of niet meer betwist kan worden: volgens deze visie is de toestemming van de moeder dan ook enkel vereist indien zij bewijst dat de man die het kind wil erkennen niet de biologische vader is; ze is dus niet meer vereist als ze diens vaderschap niet betwist of zijn niet-vaderschap niet bewijst;
– in een *ruime* interpretatie zou de vereiste dat de moeder in de erkenning moet toestemmen in alle gevallen een schending van het gelijkheidsbeginsel uitmaken, met als gevolg dat haar toestemming in geen enkel geval meer vereist zou zijn.

Omdat uit het arrest van 21 december 1990 niet duidelijk blijkt welke interpretatie de correcte is, werden vrij snel twee nieuwe prejudiciële vragen gesteld. Het Arbitragehof voegde beide zaken samen en verduidelijkte zijn stelling in een arrest van 8 oktober 1992. Daaruit zal blijken dat de mediane, teleologische interpretatie moet worden verkozen.

2. *Verduidelijking van de draagwijdte van de ongrondwettigheid en koppeling aan de rol van de rechtbank (Arbitragehof nr. 63/92, 8 oktober 1992)*

332 Op 8 oktober 1992 deed het Arbitragehof uitspraak over twee soortgelijke prejudiciële vragen als deze die in het hierboven vermelde arrest van 21 december 1990 werd beantwoord, maar ditmaal werden de vragen gesteld n.a.v. gevallen waarin het biologisch vaderschap van de aspirant-erkenner wel degelijk door de moeder werd betwist.

– In de eerste zaak werd het Hof van Beroep te Bergen geconfronteerd met een man die een achtjarig kind wou erkennen, maar de toestemming van de moeder niet verkreeg. De moeder verscheen niet n.a.v. de verzoeningspoging bij de Vrederechter van het kanton Thuin, waarna de zaak naar de Rechtbank van Eerste Aanleg te Charleroi werd verwezen. Ter terechtzitting bleek dat de moeder zich niet meer tegen de erkenning verzette, met als gevolg dat de rechtbank oordeelde dat de erkenning kon plaatsvinden, middels een akte met als benaming "autorisation". In hoger beroep vernietigde het Hof van Beroep te Bergen deze beslissing wegens een procedurele onregelmatigheid. Alvorens ten gronde te oordelen vroeg het Hof van Beroep te Bergen in een onuitgegeven arrest van 14 januari 1992 aan het Arbitragehof of artikel 319 § 3 B.W. de artikelen 6 en 6*bis* [thans 10 en 11] van de Grondwet, eventueel samengelezen met de artikelen 8 en 14 E.V.R.M., schendt, in zoverre het de erkenning door een ongehuwde man van een minderjarig niet-ontvoogd kind afhankelijk stelt van de toestemming van de moeder, of bij ontstentenis daarvan, van een gerechtelijke toestemming die rekening houdt met het gerechtelijk toezicht op de belangen van het kind, wanneer het bewijs van niet-vaderschap niet is geleverd.

– In de tweede zaak weigerde de moeder toe te stemmen tot de erkenning van haar vierjarig kind door een man en verscheen zij niet op de verzoeningszitting bij de Vrederechter van het 3de kanton Gent. Via een onuitgegeven vonnis van 5 maart 1992 vroeg de Gentse Rechtbank van Eerste Aanleg aan het Arbitragehof of artikel 319 § 3 B.W. in strijd is met de artikelen 6 en 6*bis* [thans 10 en 11] van de Grondwet indien het vaderschap van de aspirant-erkenner door de moeder wordt betwist, nu het zegt dat de erkenning van een minderjarig niet-ontvoogd kind door de vader alleen ontvankelijk is indien de moeder vooraf toestemt.

Uit de prejudiciële vraag van het Hof van Beroep te Bergen blijkt dat het Arbitragehof niet alleen werd verzocht uitspraak te doen over de grondwettigheid van de wettekst die stelt dat de moeder tot de erkenning moet toestemmen (art. 319 § 3 eerste lid B.W.), maar dat het ook werd ondervraagd over het opportuniteitsoordeel van de rechtbank van eerste aanleg wanneer de moeder haar toestemming blijft weigeren en de verplichte verzoeningspoging bij de vrederechter waarin de wet voorziet, is mislukt (zie art. 319 § 3 derde en vierde lid B.W.). Beide aspecten kunnen moeilijk los van elkaar worden bekeken; dat ze met elkaar zijn verweven blijkt ook uit de motivering die het Arbitragehof in zijn arrest van 8 oktober 1992 ontwikkelde.

333 Het Arbitragehof detecteerde twee verschillende gevolgen van artikel 319 § 3 eerste lid B.W. en stigmatiseerde ze als "problemen":
– vooreerst is er het probleem dat de vereiste toestemming van de moeder het mogelijk maakt dat een erkenning door een man wordt verhinderd wanneer die erkenning [door de rechtbank] in strijd wordt geacht met het belang van het kind, ongeacht de vraag of de aspirant-erkenner al dan niet de biologische vader is;
– daarnaast bestaat het probleem dat door dit wettelijk toestemmingsvereiste een erkenning door een man die niet de biologische vader van het kind is, kan worden verhinderd.
Beide problemen werden op afzonderlijke wijze onderzocht (zie resp. de overwegingen B.3 en B.4)

– M.b.t. het eerste probleem achtte het Arbitragehof het denkbaar dat de wetgever de afstamming van vaderszijde en deze van moederszijde in zekere mate afhankelijk heeft willen stellen van een opportuniteitscontrole vanuit het standpunt van het belang van het kind, maar dergelijke controle mag één van de verwekkers niet zonder voldoende verantwoording in een inferieure toestand plaatsen ten opzichte van de andere.

Ditmaal liet het hof niet na de vergelijkheidbaarheidstoets tussen beide ouders te maken en overwoog het dat de situatie van de biologische vader en moeder vergelijkbaar is doordat elk van hen bijdraagt aan het bepalen van de genetische kenmerken van het kind en doordat zij in principe gelijkelijk bekwaam zijn om het belang van hun kind te beoordelen.
Het Arbitragehof merkte op dat artikel 319 § 3 eerste, derde en vierde lid B.W. het mogelijk maken ter wille van het belang van het kind de vaststelling van een afstammingsband alleen dan te verhinderen wanneer de moeder halsstarrig blijft weigeren haar toestemming tot een erkenning door een man te geven, ook al is hij de biologische vader. Nu niet alleen de erkenning door een vrouw nooit afhankelijk is van een opportuniteitscontrole, maar de wettelijke bepaalde toestemmingsvereiste van de moeder geen verband houdt of onevenredig is met de in de parlementaire voorbereiding gegeven verantwoording, kwam het Arbitragehof na een toetsing van artikel 319 § 3 B.W. aan de doelstellingen van de wetgever – op quasi identieke wijze als in het arrest van 21 december 1990 – tot de conclusie dat de controle die ter wille van het belang van het kind in artikel 319 § 3 B.W. is georganiseerd, het gelijkheidsbeginsel schendt.

– Het tweede "probleem" blijkt echter niet problematisch te zijn vanuit een grondwettigheidsperspectief: het Arbitragehof stelt immers voorop dat indien artikel 319 § 3 B.W. de toestemming van de moeder zou vereisen, enkel om te vermijden dat een kind zou worden erkend door een man die niet de [biologische] vader is, dit artikel het gelijkheidsbeginsel niet zou schenden. In die hypothese zou de toestemmingsweigering van de vrouw een hinderpaal kunnen vormen voor de erkenning door een man die er niet is wanneer de erkenning uitgaat van een vrouw tegen de zin van de man, maar voor die ongelijkheid bestaat volgens het Arbitragehof een verantwoording. Het in artikel 319 § 3 B.W. ingevoerde mechanisme van betwisting van de biologische band steunt op het feit dat man en vrouw zich objectief in verschillende situaties bevinden: de vrouw die het kind baart is bijna altijd met zekerheid gekend terwijl dat niet het geval is met de man die het heeft verwekt; behoudens buitengewone omstandigheden is zij ook beter dan de man op de hoogte van de biologische afstamming van het kind. Het Arbitragehof achtte die situatieverschillen niet pertinent wanneer het erom gaat vast te stellen wie in staat is de belangen van een kind te beoordelen, maar wel wanneer het erom gaat de realiteit van de biologische band na te gaan. Wanneer artikel 319 § 3 B.W. wordt toegepast wanneer de moeder twijfelt aan het biologisch vaderschap van de aspirant-erkenner, dan heeft de wettelijke vereiste van toestemming van de moeder volgens het Arbitragehof slechts tot doel in voorkomend geval een onbetwistbaar nuttige indicatie te geven indien men wil vermijden dat een man die niet de vader is, het kind erkent. Het hof merkte nog op dat het vereisen van de toestemming van de man bij een erkenning door een vrouw niet hetzelfde nut zou hebben, aangezien het moederschap in de meeste gevallen blijkt uit de geboorteakte en niet door een erkenning.

Het recht van eenieder, zonder enig onderscheid – o.m. gegrond op het geslacht – op eerbiediging van zijn gezinsleven is gewaarborgd door de artikelen 8 en 14 E.V.R.M. en ligt volgens het Arbitragehof ook impliciet vervat in het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel. Belangrijk in dit verband is echter dat het hof van oordeel was dat het recht van een man op eerbiediging van zijn gezinsleven niet het recht inhoudt om een kind te erkennen dat niet het zijne is.

Het Arbitragehof oordeelde in zeer algemene bewoordingen dat artikel 319 § 3 B.W. het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel niet schendt in zoverre het betrekking heeft op de betwistingen over de realiteit van het vaderschap, maar wel in zoverre het van toepassing is wanneer de betwisting geen uitstaans heeft met de realiteit van het vaderschap (overweging B.5).

In het beschikkend gedeelte van het arrest specifieerde het Arbitragehof in welke mate artikel 319 § 3 B.W. ongrondwettig, dan wel grondwettig is.

– M.b.t. de door de wet vereiste toestemming van de moeder werd geoordeeld dat artikel 319 § 3 [eerste lid] B.W. de artikelen 6 en 6*bis* [thans 10 en 11] van de Grondwet schendt in zoverre het de ontvankelijkheid van de erkenning van een minderjarig niet-ontvoogd kind afhankelijk stelt van de voorafgaande toestemming van de moeder, terwijl zij het vaderschap van de aspirant-erkenner niet betwist (punt 1, eerste liggend streepje). Deze bepaling schendt het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel echter niet in zoverre ze de ontvankelijkheid van de erkenning van een minderjarig niet-ontvoogd kind door een man wiens vaderschap zij betwist, afhankelijk stelt van de voorafgaande toestemming van de moeder (punt 2, eerste liggend streepje).

– M.b.t. het opportuniteitsoordeel van de rechtbank werd geoordeeld dat artikel. 319 § 3 B.W. de artikelen 6 en 6*bis* [thans 10 en 11] van de Grondwet schendt in zoverre het, wanneer de zaak naar de rechtbank wordt verwezen, die rechtbank machtigt te oordelen of de erkenning kan plaatsvinden, zelfs wanneer niet is bewezen dat de verzoeker niet de vader is (punt 1, tweede liggend streepje). Deze bepaling schendt het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel echter niet in zoverre ze bepaalt dat, wanneer de zaak naar de rechtbank wordt verwezen, de rechtbank het verzoek afwijst indien het bewijs wordt geleverd dat de verzoeker niet de vader is (punt 2, tweede liggend streepje)

Opmerkelijk is dat het Arbitragehof zich in het arrest van 8 oktober 1992 – het weze zeer omstandig – slechts heeft uitgesproken over één discriminatie, nl. het verschil in behandeling tussen de erkennende moeder en de erkennende vader; op de discriminatie tussen huwelijkse en buitenhuwelijkse kinderen – die in het arrest van 21 december 1990 al even was aangeraakt – werd niet verder ingegaan.

334 Kort na het arrest van 8 oktober 1992 heeft SENAEVE de draagwijdte van van 21 december 1990 en 8 oktober 1992 en de uitgebreidheid van de daarin vastgestelde ongrondwettigheid verduidelijkt door vier hypotheses te onder-

scheiden: twee hypotheses met elk twee subhypotheses (P. SENAEVE, "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 112-114, nrs. 201-204; zie ook zijn schema in nr. 205, later overgenomen in P. SENAEVE, *Compendium*, 325, nr. 824). In hoofdorde kan de moeder – om welke reden dan ook – de biologische band tussen het kind en de kandidaat-erkenner al dan niet betwisten en subsidiair kan de aspirant-erkenner al dan niet de biologische vader van het kind zijn.

Bij wijze van synthese kan de (on)grondwettigheid van artikel. 319 § 3 eerste en vierde lid B.W. op basis van de overwegingen van het Arbitragehof in de zonet besproken arresten van 1990 en 1992 als volgt worden samengevat:

– indien de moeder niet betwist dat er een biologische band bestaat tussen het kind en zijn kandidaat-erkenner, dan is zowel het vereiste van haar toestemming (art. 319 § 3 eerste lid B.W.) als de opportuniteitstoetsing door de rechtbank na haar toestemmingsweigering (art. 319 § 3 vierde lid B.W.) ongrondwettig, ongeacht het feit of de aspirant-erkenner al dan niet de biologische vader van het kind is (eerste en tweede hypothese);

– indien de moeder de biologische band tussen het kind en zijn aspirant-erkenner betwist – omdat ze wil vermijden dat hij het kind erkent – en de man is niet de biologische vader (derde hypothese), dan wordt het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel niet geschonden door de toestemming van de moeder tot de erkenning te vereisen en evenmin door de rechtbank te verplichten het verzoek af te wijzen indien het bewijs geleverd wordt dat de verzoeker niet de vader is.
Wanneer de kandidaat-erkenner de biologische vader van het kind is en de moeder betwist de biologische band – omdat zij twijfels heeft over zijn biologisch vaderschap of niet wenst dat hij het kind erkent – (vierde hypothese), dan is artikel 319 § 3 B.W. *niet* ongrondwettig voor zover het de erkenning doet afhangen van de toestemming van de moeder maar *wel* in zoverre het toelaat dat de rechtbank waarnaar de zaak is verwezen nog kan oordelen over de opportuniteit van de erkenning.

335 De prejudiciële vragen die in het arrest van 8 oktober 1992 werden beantwoord, hadden enkel betrekking op de vereiste toestemming van de moeder en de wettelijke gevolgen van haar toestemmingsweigering. In zijn motivering ging het Arbitragehof doelbewust niet in op de vereiste toestemming van het kind en de gevolgen van diens toestemmingsweigering (zie overweging B.2, derde alinea). Deze problematiek is in een volgend arrest centraal komen te staan.

3. Grondwettigheid van de door artikel 319 § 3 tweede lid B.W. vereiste toestemming van het kind dat de volle leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt en het opportuniteitsoordeel van de rechtbank (Arbitragehof nr. 36/96, 6 juni 1996)

336 Op 6 juni 1996 sprak het Arbitragehof zich positief uit over de grondwettigheid van de wettelijk vereiste toestemming van het minderjarig niet-ontvoogd kind dat de leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt bij de erkenning door een man.

De Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen werd geconfronteerd met een man die twee minderjarige kinderen van meer dan vijftien jaar oud wenste te erkennen die zelf weigerden hun toestemming tot deze erkenning te geven. Er werd niet bewezen dat de aspirant-erkenner niet de vader van de kinderen zou zijn. In een onuitgegeven vonnis van 28 juni 1995 stelde de rechtbank vast dat de voorafgaande toestemming van een kind van meer dan vijftien jaar oud enkel vereist is bij de erkenning door een man en niet bij de erkenning door een vrouw; de rechtbank besloot het Arbitragehof omtrent dit verschil in behandeling te ondervragen.

In zijn prejudiciële vraag vroeg de verwijzende rechter of artikel 319 § 3 B.W. het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel schendt
– in zoverre het de ontvankelijkheid van de erkenning van een minderjarig niet-ontvoogd kind afhankelijk stelt van de voorafgaande toestemming van dat kind indien het de leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt wanneer het vaderschap van de aspirant-erkenner niet wordt betwist; en
– in zoverre het, wanneer de zaak naar de rechtbank wordt verwezen, die rechtbank machtigt te oordelen of de erkenning kan plaatsvinden, zelfs wanneer niet is bewezen dat de verzoeker niet de vader is.

Het Arbitragehof meende dat een vergelijking moet worden gemaakt tussen twee situaties, nl. enerzijds de erkenning van een minderjarig niet-ontvoogd kind van vijftien jaar of ouder door een man en anderzijds de erkenning van een dergelijk kind door een vrouw. Er werd enkel ingegaan op de hypothese dat het biologisch vaderschap van de kandidaat-erkenner niet wordt betwist; de hypothese dat het kind zou worden erkend door een man die niet de [biologische] vader is, stond niet ter discussie.

Het Arbitragehof wees er vooreerst op dat de wetgever de vaststelling van de afstamming afhankelijk heeft willen stellen van een toetsing vanuit het standpunt van het belang van het kind. Het hof verwees naar de artikelen 3.1, 7.1 en 12 van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (I.V.R.K.): bij alle maatregelen betreffende kinderen vormen de belangen van het kind de eerste overweging (art. 3.1); bovendien heeft het kind dat in staat is zijn eigen mening te vormen het recht die mening vrijelijk te uiten in alle aangelegenheden die het kind betreffen en moet het gehoord kunnen worden in iedere gerechtelijke en bestuurlijke procedure die het kind betreft (art. 12.1 en 12.2). Daarnaast bepaalt datzelfde verdrag dat het kind, voor zover mogelijk, het recht heeft zijn ouders te kennen en door hen te worden verzorgd (art. 7.1). Belangrijk is de stelling van het Arbitragehof dat uit deze laatste bepaling geenszins kan worden afgeleid dat de ouders het recht zouden hebben om laattijdig een afstammingsband te creëren tegen de belangen van het kind in.

Vervolgens ging het Arbitragehof na of artikel 319 § 3 B.W. is ingegeven door het belang van het kind. Met deze bepaling heeft de wetgever late erkenningen willen tegengaan en het kind zelf de mogelijkheid gegeven om daarin toe te stemmen. Volgens het Arbitragehof mocht de wetgever er redelijkerwijs van uitgaan dat late erkenningen zouden kunnen zijn ingegeven door andere overwegingen dan het belang van het kind en mocht hij het kind de mogelijkheid geven zich daartegen te verzetten vanaf de leeftijd dat het zich dienaangaande een mening kan vormen. Die leeftijd is wettelijk vastgesteld op vijftien jaar en steunt volgens het hof op een objectief criterium dat in redelijk verband staat zowel met de bedoeling om late erkenningen tegen te gaan als met het oogmerk om inspraak te geven aan kinderen van een bepaalde leeftijd.
In het raam van de vermelde verdragsbepalingen achtte het Arbitragehof de toestemmingsvereiste van het minderjarig kind dat de leeftijd van vijftien jaar bereikt heeft op zich niet onevenredig. De toestemmingsweigering van het kind is immers enerzijds een belangrijke indicatie wanneer de rechtbank van eerste aanleg moet oordelen over de opportuniteit van de erkenning; anderzijds kan de rechtbank de erkenning toch toestaan wanneer zij van oordeel is dat ze in het belang van het kind is, behalve in de – niet onderzochte – hypothese dat bewezen werd dat de verzoeker niet de vader is.

Daarna raakte het Arbitragehof opnieuw het verschil tussen mannen en vrouwen aan: het stelde vast dat artikel 319 § 3 tweede lid B.W. het niet-ontvoogd minderjarig kind vanaf de leeftijd van vijftien jaar de mogelijkheid biedt om zijn instemming te weigeren met een late erkenning door een man, maar niet met een late erkenning door een vrouw. Het hof merkte op dat het weliswaar zelden voorkomt dat de afstamming van moederszijde niet reeds vaststaat bij de geboorte, maar die vaststelling neemt niet weg dat er op dat punt een onderscheid bestaat waarvoor in de parlementaire voorbereiding geen verantwoording is gegeven en waarvoor het hof ook geen verantwoording ziet. Kinderen die het voorwerp uitmaken van een late erkenning worden dus zonder redelijke verantwoording verschillend behandeld naargelang de persoon die hen wil erkennen een man of een vrouw is.

Het Arbitragehof besliste in het beschikkend gedeelte van het arrest dat het ontbreken van de mogelijkheid voor het niet-ontvoogd kind dat de volle leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt om zijn instemming met de erkenning door een vrouw te weigeren, terwijl die mogelijkheid wel bestaat ten aanzien van de erkenning door een man, in strijd is met het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel, vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. Uiterst belangrijk is dat het hof daar onmiddellijk aan toevoegde dat de oorsprong van de discriminatie evenwel niet gelegen is in artikel 319 § 3 tweede lid B.W., met als gevolg dat de prejudiciële vraag negatief moest worden beantwoord. In overweging B.7, vierde alinea verduidelijkte het Arbitragehof waarin de reële oorsprong van de discriminatie is gelegen, toen het oordeelde dat de discriminatoire situatie het gevolg is van "de ontstentenis van een vergelijkbare regel in de bepalingen betreffende de vaststelling van de afstamming van moederszijde" (Arbitragehof nr. 36/96, 6 juni 1996, *B.S.* 10 juli 1996, 18902, *J.L.M.B.*

1996, 1684, noot D. PIRE, *R.W.* 1996-97, 977, noot F. APS, *Rev. trim. dr. fam.* 1996, 542, noot en *Jaarboek 1996/97 van het Interuniversitair Centrum Mensenrechten*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1997, 331, noot J. GERLO).

337 Uit dit arrest mag ons inziens worden afgeleid dat het gelijkheidsbeginsel niet geschonden is door de regel van artikel 319 § 3 tweede lid B.W. inzake de toestemming van het kind (vgl. het eerste deel van de prejudiciële vraag), maar wel door artikel 313 B.W. dat voor de erkenning door een vrouw geen enkele toestemming vereist, noch van de vader, noch van het kind (in die zin: J. GERLO, "Het Arbitragehof en het afstammingsrecht", (noot onder Arbitragehof 6 juni 1996), in X (ed.), *Jaarboek 1996/97 van het Interuniversitair Centrum Mensenrechten*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1997, (334) 337, nr. 5; zie in dat verband reeds boven, nr. 124).

338 Deze uitspraak is door verschillende auteurs bekritiseerd.

Niet alleen is kritiek geuit op de motivering van het arrest (zie A.-Ch. VAN GYSEL, "Le raisonnement de la Cour d'arbitrage en droit de la filiation: cohérences et argumentations", *Rev. dr. U.L.B.* 2002, afl. 1, (129) 139-143), er is zelfs voorgehouden dat de oorsprong van de discriminatie wel degelijk gelegen is in artikel 319 § 3 tweede lid B.W., dat het redelijkheids- en evenredigheidsbeginsel zou schenden door de toestemming van de niet-ontvoogde minderjarige van vijftien jaar of ouder expliciet in de wet op te nemen, omdat de mening van de minderjarige al een determinerende factor zou zijn via het hoorrecht (F. APS, "Het Arbitragehof en het afstammingsrecht: opnieuw een stap achteruit?", (noot onder Arbitragehof nr. 36/96, 6 juni 1996), *R.W.* 1996-97, (979) 980).

De vraag rijst of het arrest van 6 juni 1996 geen ommekeer in de rechtspraak van het Arbitragehof heeft ingeluid. Hoewel eerder de vereiste toestemming van de moeder ongrondwettig werd verklaard, is dit immers niet het geval voor de vereiste toestemming van het kind in hetzelfde geval, nl. de hypothese dat de zaak na een toestemmingsweigering voor de rechtbank komt overeenkomstig artikel 319 § 3 derde en vierde lid B.W. Uit dit arrest blijkt dat inzake de erkenning van een minderjarig niet-ontvoogd kind van vijftien jaar of ouder de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet worden geschonden door artikel 319 § 3 vierde lid B.W., dat aan de rechtbank de bevoegdheid geeft de opportuniteit van de erkenning te beoordelen, gebaseerd op het belang van dit kind (vgl. het tweede deel van de prejudiciële vraag). Dergelijke deductie doet de vraag rijzen of het Arbitragehof niet is teruggekomen op zijn arrest van 8 oktober 1992, waarin het opportuniteitsoordeel van de rechtbank daarentegen wel ongrondwettig werd verklaard, inzake de erkenning van kinderen jonger dan vijftien jaar.

Anders dan in het arrest van 8 oktober 1992 – dat handelt over het geval waarin het te erkennen kind jonger is dan vijftien jaar – behield het Arbitragehof in zijn arrest van 6 juni 1996 het criterium van het belang van het kind inzake de erkenning van een niet-ontvoogd kind dat vijftien jaar of ouder is. De grondwettig bevonden opportuniteitstoetsing door de rechtbank werd aldus beperkt tot het geval dat het te erkennen minderjarig niet-ontvoogd

kind dat de volle leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt zelf zijn toestemming tot de erkenning door een man weigert en niet wordt bewezen dat de aspirant-erkenner niet de vader is. Het belang van het kind zou dus enkel in die hypothese een rol kunnen spelen.

Precies die begrenzing en het daaruit voortvloeiende verschil in behandeling tussen kinderen naargelang ze al dan niet de leeftijd van vijftien jaar hebben bereikt, is het voorwerp geworden van een nieuwe prejudiciële vraag aan het Arbitragehof.

4. Ongrondwettigheid van de in artikel 319 § 3 eerste lid B.W. voorziene beperking van de mogelijkheid te weigeren in te stemmen met de erkenning van een kind jonger dan vijftien jaar tot de moeder – Grondwettigheid van het in artikel 319 § 3 [vierde] lid B.W. voorziene opportuniteitsoordeel van de rechtbank na een verzoek tot erkenning van een kind jonger dan vijftien jaar (Arbitragehof nr. 66/2003, 14 mei 2003)

339 De Rechtbank van Eerste Aanleg te Luik vroeg het Arbitragehof of artikel 319 § 3 B.W. de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt doordat het de rechter toestaat rekening te houden met de belangen van het te erkennen kind wanneer dit ouder is dan vijftien jaar (arrest [van het Arbitragehof] van 6 juni 1996), terwijl het de rechtbank die mogelijkheid ontzegt wanneer het kind jonger is dan vijftien jaar (arrest [van het Arbitragehof] van 8 oktober 1992) (Rb. Luik (3de kamer) R.G. nr. 01/1727/A, 26 april 2002, *onuitg.*).

De feiten van de zaak die aanleiding gaf tot de prejudiciële vraag kunnen als volgt worden samengevat: een vrouw bracht in 1991 en 1993 resp. een meisje en een jongen ter wereld. De biologische vader – wiens vaderschap door de moeder niet werd betwist – wenste zijn kinderen te erkennen. De moeder verzette zich tegen deze erkenningen met als argument dat de aspirant-erkenner zich sinds 1995 niet meer om de kinderen bekommerde en dat zijn terugkeer de kinderen enkel in verwarring kan brengen, nu zij met hun moeder in een hersamengesteld gezin leven waar ze hun evenwicht hebben gevonden. Volgens de moeder dreigde dit evenwicht van de kinderen te worden verstoord door de laattijdige inmenging van hun biologische vader. De kandidaat-erkenner voerde aan dat hij sinds 1995 verhinderd werd de kinderen te zien; vanaf 1996 vroeg hij ze te mogen erkennen, maar naar eigen zeggen benaarstigde hij de procedure niet omdat hij in dat tijdvak nog gehuwd was en nadien financiële moeilijkheden had gekend.
Na een mislukte verzoeningspoging bij de vrederechter werd de zaak in 1996 naar de rechtbank van eerste aanleg verwezen. Deze stelde in 2002 – toen de kinderen elf en negen jaar waren – vast dat de biologische vader wiens vaderschap niet wordt betwist ingevolge de arresten van het Arbitragehof van 21 december 1990 en 8 oktober 1992 zonder toestemming van de moeder zijn kinderen kan erkennen en dat het Hof van Cassatie in zijn arrest van 29 april 1993 (zie verder, nr. 354) daar nog aan toegevoegd heeft dat de rechtbank zich niet uitspreekt over het belang van het kind. De moeder verwees naar het arrest van het Arbitragehof d.d. 6 april 1996 en leidde daaruit af dat er een ongelijkheid bestaat tussen kinderen, naargelang zij ouder of jonger zijn dan vijftien jaar: voor de eerste categorie kan rekening gehouden worden met het belang van het kind, voor de tweede categorie niet. Zij verzocht de rechtbank een nieuwe prejudiciële vraag te stellen. Deze heropende de debatten omdat zij twijfels had over de bevoegdheid van het Arbitragehof, nu het aangeklaagde verschil in behandeling in haar optiek niet voortvloeide uit onderling tegenstrijdige wetsbepalingen, maar uit een [in draagwijdte] beperkte rechtspraak van het Hof van Cassatie [dat in zijn arrest van 29 april 1993 enkel uitspraak deed over de erkenning van kinderen jonger dan vijftien jaar]. De moeder deed opmerken dat het Arbitragehof zijn eigen rechtspraak leek te hebben gewijzigd: in zijn arrest van 8 oktober 1992 oordeelde het hof dat geen rekening mocht

worden gehouden met het belang van het te erkennen kind wanneer het biologisch vaderschap niet werd betwist; daarentegen heeft het hof in zijn arrest van 6 juni 1996 gemeend dat artikel 319 § 3 tweede lid B.W. de Grondwet niet schendt in zoverre het de rechtbank toestaat het belang van het kind van meer dan vijftien jaar in acht te nemen, wanneer deze minderjarige zich verzet tegen de erkenning door zijn biologische vader. De moeder wenste dat de oude vragen m.b.t. het belang van kinderen van minder dan vijftien jaar opnieuw zouden worden gesteld, teneinde na te gaan of er effectief een wijziging in de rechtspraak van het Arbitragehof is, waarna de Rechtbank van Eerste Aanleg te Luik de hogervermelde prejudiciële vraag stelde.

Voor het Arbitragehof wou de moeder de prejudiciële vraag zodanig geherformuleerd zien dat het hof, *primo*, zich zou moeten uitspreken over het al dan niet discriminatoir karakter van het verschil in behandeling tussen man en vrouw, nu er geen mogelijkheid voor de rechtbank van eerste aanleg bestaat om de erkenning van een minderjarig kind jonger dan vijftien jaar door een vrouw te weigeren terwijl die mogelijkheid wel bestaat in het geval van een erkenning door een man en, *secundo*, uitsluitsel zou moeten geven over de oorsprong van deze discriminatie.

340 Het Arbitragehof merkte vooreerst op dat de partijen voor het hof de inhoud van de prejudiciële vragen niet kunnen (laten) wijzigen en gaf aan het verschil in behandeling te zullen onderzoeken zoals door de verwijzende rechter werd omschreven.

Het Arbitragehof antwoordde in zijn arrest dus op een vraag die in essentie peilde naar de grondwettigheid van de gevolgen van zijn eerdere rechtspraak m.b.t. de erkenning van minderjarigen door een man, meer bepaald naar de vraag of het ontbreken van een opportuniteitsoordeel van de rechtbank inzake het verzoek tot erkenning van minderjarige kinderen jonger dan vijftien jaar – ten gevolge van het arrest van 8 oktober 1992 – grondwettig is, nu dergelijk opportuniteitsoordeel in het belang van het kind wel in de wet is voorzien voor alle te erkennen minderjarigen zonder onderscheid naar leeftijd en – in het arrest van 6 juni 1996 – reeds grondwettig werd bevonden voor minderjarige kinderen die ouder zijn dan vijftien jaar.

Het hof stelde vast dat uit de toepassing die is gegeven aan de reeds besproken arresten van 21 december 1990 en 8 oktober 1992 volgt dat, wanneer het biologisch vaderschap niet wordt betwist, de rechtbank van eerste aanleg de erkenning van een kind jonger dan vijftien jaar in alle gevallen moet toestaan, ook al weigert de moeder tot deze erkenning toe te stemmen, zonder dat de rechtbank kan oordelen of die erkenning in overeenstemming is met het belang van het kind. Uit de toepassing die gegeven is aan het reeds besproken arrest van 6 juni 1996 volgt dat, wanneer het biologisch vaderschap niet wordt betwist, het kind dat ouder is dan vijftien jaar daarentegen wel kan weigeren toe te stemmen tot zijn erkenning door een man. In dat geval oordeelt de rechtbank van eerste aanleg waarbij de aspirant-erkenner zijn verzoek aanhangig heeft gemaakt of het in het belang van het kind is dat zijn afstamming van vaderszijde via erkenning wordt vastgesteld. De rechtbank heeft twee mogelijkheden: zij kan de erkenning toestaan, niettegenstaande het verzet van het kind of zij kan die erkenning weigeren wanneer zij van mening is dat zij voor het kind nadelig zou zijn.

Het hof bevestigde op die manier de gangbare interpretatie van de drie genoemde eerder gewezen arresten i.v.m. artikel 319 § 3 B.W.:
– voor minderjarigen jonger dan vijftien jaar moet de rechtbank de verzochte erkenning in alle gevallen toestaan, ondanks de toestemmingsweigering door de moeder, wanneer het biologisch vaderschap van de aspirant-erkenner niet wordt betwist, zonder opportuniteitsoordeel in het belang van het kind (overweging B.2.3);

– minderjarigen van vijftien jaar of ouder kunnen weigeren toe te stemmen in hun erkenning door een man wiens vaderschap niet wordt betwist; in dat geval moet de rechtbank oordelen met inachtneming van de belangen van het kind of de erkenning al dan niet kan plaatsvinden en beschikt ze aldus wel degelijk over een opportuniteitsoordeel (overweging B.2.4).

Het Arbitragehof concludeerde, net als de verwijzende rechter, dat uit de toepassing die aan zijn arresten gegeven is, een verschil in behandeling volgt tussen kinderen naargelang hun leeftijd: alleen voor kinderen ouder dan vijftien jaar is er een rechterlijke controle voorzien die het belang betreft dat zij hebben bij de vaststelling van hun afstamming van vaderszijde via erkenning.

Vervolgens ging het Arbitragehof na of dit verschil in behandeling op een objectief criterium berust en redelijk verantwoord is, rekening houdend met het doel en de gevolgen van het onderscheid en de aard van de ter zake geldende beginselen.
Het Arbitragehof verwees naar de artikelen 3.1 en 12 van het I.V.R.K. en merkte op dat aan deze laatste bepaling gevolg gegeven is door de herformulering van artikel 931 derde lid Ger. W., waarin de mogelijkheid is opgenomen dat de rechter of een persoon die deze aanwijst minderjarigen die over het vereiste onderscheidingsvermogen beschikken hoort in elk geding dat hen betreft. Volgens het hof tonen de goedkeuring van het I.V.R.K. en het aannemen van de vermelde wijziging in artikel 931 Ger. W. aan dat de wetgever de verplichting wil opleggen om rekening te houden met de belangen van het kind in de gerechtelijke procedures die op het kind betrekking hebben, in voorkomend geval door zijn eigen mening te vragen wanneer het in staat is die te vormen, en hoe dan ook door de rechter erom te verzoeken bijzondere aandacht eraan te besteden.

Het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind is in België van toepassing op ieder mens jonger dan achttien jaar, nu de meerderjarigheid in ons land niet eerder wordt bereikt (zie art. 2 I.V.R.K.). Anders dan in zijn arrest van 6 juni 1996 verwees het Arbitragehof ditmaal niet naar artikel 7.1 I.V.R.K., op grond waarvan het kind, voor zover mogelijk, het recht heeft zijn ouders te kennen. Voor het eerst werd melding gemaakt van de hoormogelijkheid uit artikel 931 derde lid Ger. W. voor minderjarigen die over het vereiste onderscheidingsvermogen beschikken, terwijl dit niet gebeurde in het arrest van 6 juni 1996, waar nochtans de rechtspositie van minderjarigen van vijftien jaar of ouder aan de orde was, minderjarigen die in de regel over het vereiste onderscheidingsvermogen beschikken.

Het Arbitragehof merkte op dat er gevallen bestaan waarin het nadelig is voor een kind dat zijn afstamming van vaderszijde juridisch wordt vastgesteld. Volgens het hof kan men er doorgaans van uitgaan dat een langs beide zijden vastgestelde afstamming in het belang van het kind is, maar toch kan men niet onomstotelijk voorhouden dat dit altijd het geval is.
Het Arbitragehof oordeelde dat de leeftijd van vijftien jaar een objectief criterium is voor het gemaakte onderscheid, maar achtte dit criterium niet pertinent t.a.v. de in het geding zijnde maatregel. Niets kan volgens het hof verantwoorden dat de rechter bij wie een verzoek tot erkenning van vaderschap aanhangig is gemaakt, het belang van het kind in aanmerking neemt wanneer het ouder is dan vijftien jaar, terwijl hij daarmee geen rekening zou

kunnen houden wanneer het kind jonger is dan vijftien jaar. Die maatregel (*i.e.* o.i. de toepassing van het arrest van 8 oktober 1992) doet volgens het hof op onevenredige wijze afbreuk aan de rechten van de kinderen jonger dan vijftien jaar doordat hij tot gevolg heeft dat nooit rekening wordt gehouden met het belang van die kinderen.

Het hof wees erop dat de in het geding zijnde discriminatie het gevolg is van het feit dat artikel 319 § 3 B.W. niet bepaalt dat rekening moet worden gehouden met de toestemming van de minderjarige die jonger is dan vijftien jaar. Er wordt immers van uitgegaan dat de (door art. 319 § 3 eerste lid B.W.) vereiste toestemming van de moeder neerkomt op het in aanmerking nemen van het belang van het kind. Door te bepalen dat alleen de moeder [en niet ook het kind dat jonger is dan vijftien jaar] moet instemmen met zijn erkenning door een man, is de wetgever er volgens het hof van uitgegaan dat alleen de weigering van de moeder om in te stemmen met de erkenning voor de eventueel ermee geconfronteerde rechter een aanwijzing zou zijn voor het bestaan van een mogelijk nadeel voor het belang van het kind. Hij heeft op die manier uitgesloten dat de minderjarige zelf, wanneer hij in staat is zijn eigen mening te vormen, of andere personen die, wanneer hij daartoe niet in staat is, voor hem verplichtingen op zich nemen, de rechter ertoe zouden kunnen brengen rekening te houden met zijn belang.
Omwille van de redenen uiteengezet in zijn arresten van 21 december 1990 en 8 oktober 1992, achtte het Arbitragehof zulk een exclusieve bevoegdheid voor de moeder strijdig met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. Het hof verduidelijkte dat de discriminatie niet ligt in het feit dat de rechter bij ontstentenis van toestemming door de moeder, controle kan uitoefenen op een eventueel risico van nadeel voor het kind dat jonger is dan vijftien jaar in geval zijn afstamming van vaderszijde (via erkenning) wordt vastgesteld, maar wel in het ontbreken van een procedure die de rechter in staat stelt rekening te houden met de toestemming van de minderjarige jonger dan vijftien jaar, hetzij met zijn persoonlijke toestemming indien hij in staat is zijn eigen mening te vormen, hetzij bij wege van vertegenwoordiging van de minderjarige door de personen die voor hem instaan. Ook al behoort het niet tot de bevoegdheid van het hof om te beslissen over de vorm die moet worden gegeven aan de mogelijke controle die de gerechtelijke overheid uitvoert op het belang van het kind van minder dan vijftien jaar of van het kind dat niet in staat is zijn eigen mening te vormen inzake zijn erkenning door een man, het hof achtte zich wel bevoegd om vast te stellen dat het ontbreken van iedere mogelijkheid voor de rechter om controle uit te oefenen op het belang van het kind jonger dan vijftien jaar bij de vaststelling van de afstamming van vaderszijde via erkenning strijdig is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

In het *dictum* van het arrest oordeelde het hof dat artikel 319 § 3 eerste lid B.W. de artikelen 10 en 11 G.W. schendt doordat het enkel aan de moeder van een kind dat jonger is dan vijftien jaar de mogelijkheid voorbehoudt om te weigeren in te stemmen met de erkenning van die minderjarige door een man wiens vaderschap niet wordt betwist. Diezelfde bepaling schendt het grond-

wettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel niet voor zover zij de rechter, bij wie een verzoek aanhangig is gemaakt tot erkenning van een kind dat jonger is dan vijftien jaar door een man wiens vaderschap niet wordt betwist, in staat stelt controle uit te oefenen op het belang dat het kind heeft bij het vaststellen van de afstamming (Arbitragehof nr. 66/2003, 14 mei 2003, *B.S.* 20 oktober 2003, 50820, *NjW* 2003, 884, noot RdC en *J.L.M.B.* 2003, 1120, noot D. PIRE).

Opgemerkt moet worden dat de controlebevoegdheid van de rechter geenzins vervat ligt in artikel 319 § 3 eerste lid B.W., zoals het Arbitragehof – ten onrechte – laat uitschijnen door de vermelding "diezelfde bepaling" in het tweede liggend streepje van het beschikkend gedeelte van zijn arrest, maar wel in artikel 319 § 3 vierde lid B.W., hetgeen bepaalt dat de rechtbank, wanneer het bewijs van niet-vaderschap van de aspirant-erkenner ontbreekt, met inachtneming van de belangen van het kind beslist of de erkenning (al dan niet) kan plaatshebben. Artikel 319 § 3 eerste lid B.W. – een bepaling die voorschrijft dat de erkenning alleen ontvankelijk is mits de moeder vooraf toestemt – stelt de rechter geenszins in staat controle uit te oefenen op het belang dat het kind heeft bij de vaststelling van zijn afstamming van vaderszijde via erkenning.

Het lijkt gepast nog even in herinnering te brengen dat er een verband is tussen de wettelijk bepaalde toestemmingsvereisten en het oordeel van de rechtbank of de erkenning al dan niet kan plaatshebben. Het is immers zo dat een zaak slechts voor de rechtbank van eerste aanleg kan komen indien een door artikel 319 § 3 eerste en/of tweede lid B.W. vereiste toestemming tot de erkenning niet wordt verleend; pas dan kan het in artikel 319 § 3 vierde lid B.W. bepaalde opportuniteitsoordeel in het belang van het kind plaatsvinden.

341 Het arrest van 14 mei 2003 werpt een nieuw licht op de draagwijdte van de (on)grondwettigheid van artikel 319 § 3 B.W. inzake de erkenning van minderjarige niet-ontvoogde kinderen die jonger zijn dan vijftien jaar.
Uit het beschikkend gedeelte van het arrest kan worden afgeleid dat het Arbitagehof is teruggekomen op zijn eerdere rechtspraak inzake de erkenning van deze kinderen.

– Vooreerst kan ons inziens niet langer worden volgehouden dat de mogelijkheid van de moeder om haar toestemming tot de erkenning van haar minderjarig niet-ontvoogd kind dat jonger is dan vijftien jaar te weigeren ongrondwettig is. Deze ongrondwettigheid, voor het eerst vastgesteld in het arrest van 21 december 1990 – dat eveneens uitspraak deed in een zaak waarin het biologisch vaderschap van de aspirant-erkenner niet werd betwist –, en nadien bevestigd in het arrest van 8 oktober 1992 – in een zaak waarin de moeder het biologisch vaderschap van de kandidaat-erkenner betwistte, werd op 14 mei 2003 blijkbaar verlaten, nu het Arbitragehof heeft geoordeeld dat precies de beperking van de wettelijke mogelijkheid de toestemming tot erkenning te weigeren tot de moeder ongrondwettig werd bevonden. Uit de motivering van het arrest blijkt duidelijk dat de discriminatie volgens het hof gelegen is in een lacune in de wetgeving die erin bestaat dat niets is bepaald i.v.m. de toestemming van de minderjarige zelf die jonger is dan vijftien jaar (overweging B.7.1). Doordat een procedure ontbreekt die de rechter in staat stelt rekening te houden met de toestemming van de minderjarige jonger dan vijftien jaar – die ofwel persoonlijk, ofwel via vertegenwoordiging wordt gegeven – wordt het gelijkheidsbeginsel volgens het hof geschonden (overweging

B.7.2). Hieruit kan worden afgeleid dat een gelijke behandeling vereist dat een minderjarige die jonger is dan vijftien jaar, net zoals zijn moeder, moet toestemmen tot zijn erkenning door een man, persoonlijk indien hij in staat is zijn eigen mening daaromtrent te vormen, zoniet vertegenwoordigd.

In zijn arrest van 21 december 1990 oordeelde het Arbitragehof dat de vader van een buitenhuwelijks kind wordt gediscrimineerd t.o.v. de moeder doordat enkel een vrouw kan weigeren toe te stemmen tot de erkenning door een man en niet omgekeerd. Het verschil in behandeling tussen een man en een vrouw die een minderjarig kind wil erkennen werd in het arrest van 14 mei 2003 evenwel niet aangeraakt. Toch blijkt uit dit laatste arrest dat het Arbitragehof de wettelijke mogelijkheid voor de moeder om de toestemming tot de erkenning van een minderjarig kind te weigeren niet (meer) problematisch acht vanuit het oogpunt van de gelijkheid; dat het minderjarig kind dat jonger is dan vijftien jaar die mogelijkheid niet heeft, schendt daarentegen wel het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel.

– Daarnaast werd de controlebevoegdheid van de rechtbank expliciet grondwettig geacht inzake de erkenning van kinderen jonger dan vijftien jaar, terwijl het Arbitragehof in zijn arrest van 8 oktober 1992 ditzelfde opportuniteitsoordeel ongrondwettig heeft bevonden, zelfs wanneer niet werd bewezen dat de aspirant-erkenner niet de biologische vader is.

C. ONGRONDWETTIGHEID VAN HET OPPORTUNITEITSOORDEEL VAN DE RECHTBANK VOORZIEN IN ARTIKEL 319 § 4 VIJFDE LID B.W. (ARBITRAGEHOF NR. 62/94, 14 JULI 1994)

342 Aangezien de rechtspraak van het Arbitragehof i.v.m. artikel 319 § 4 B.W. gewezen is in een geval van vernietiging van de erkenning, wordt deze problematiek verder in dit werk behandeld, bij de betwisting van een erkenning door een man (zie verder, nr. 1151).

§ 5. Gevolgen van de rechtspraak van het Arbitragehof

343 Hieronder volgt een praktisch overzicht van de weerslag die de arresten van het Arbitragehof hebben op de rechtspraktijk en worden meer bepaald de gevolgen van deze arresten voor de ambtenaar van de burgerlijke stand en de notaris (A), voor de vrederechter (B) en voor de rechtbank van eerste aanleg en het hof van beroep (C) besproken.

A. VOOR DE AMBTENAAR VAN DE BURGERLIJKE STAND EN VOOR DE NOTARIS

344 De ambtenaar van de burgerlijke stand en de notaris kunnen nog altijd geen erkenningsakte opmaken zonder de toestemming van de moeder (behoudens het uitzonderlijke geval van art. 319 § 4 B.W.). Artikel 319 § 3 B.W. is immers niet gewijzigd, vernietigd of opgeheven ten gevolge van de rechtspraak van het Arbitragehof.

De ambtenaar van de burgerlijke stand en de notaris zijn geen rechters; de Bijzondere Wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof voorziet voor hen niet in de mogelijkheid om een prejudiciële vraag aan het Arbitragehof te stellen, zodat moeilijk kan worden aangenomen dat zij ertoe gehouden zouden zijn zich te voegen naar de arresten van het Arbitragehof die artikel 319 § 3 B.W. ongrondwettig hebben verklaard (P. SENAEVE, "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 116, nr. 208).

Uit het arrest van 8 oktober 1992 blijkt bovendien duidelijk dat artikel 319 § 3 B.W. slechts ongrondwettig is in zoverre het de ontvankelijkheid van de erkenning afhankelijk stelt van de voorafgaande toestemming van de moeder, voor zover die erkenning uitgaat van de man wiens (biologisch) vaderschap niet wordt betwist. Het is echter niet de taak van de ambtenaar van de burgerlijke stand of de notaris om te achterhalen op welke grond de moeder haar toestemming weigert of na te gaan of zij het biologisch vaderschap van de aspirant-erkenner betwist; dat is de taak van de rechtbank, nadat de verzoeningspoging voor de vrederechter is mislukt (eveneens in die zin: F.B., noot onder Rb. Luik 23 februari 1990, *Pas.* 1990, III, (99) 99 en E. VIEUJEAN, "Conclusion", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, II, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, 527, die opmerkt dat de ambtenaren van de burgerlijke stand en de notarissen noch de bevoegdheid, noch de mogelijkheid hebben om de biologische werkelijkheid na te gaan).

Noch de ambtenaar van de burgerlijke stand, noch de notaris kan worden verplicht om een erkenningsakte op te maken wanneer de moeder haar toestemming tot de erkenning weigert, om welke reden dan ook, aangezien de arresten van het Arbitragehof gewezen op prejudiciële vraag alleen toepasselijk zijn op gerechtelijke procedures (zie het antwoord van de Minister van Justitie in *Vr. en Antw.* Kamer 1990-91, 2 september 1991, 14660 (Vr. nr. 667 CHEVALIER d.d. 18 maart 1991 en *Vr. en Antw.* Senaat 1990-91, 30 juli 1991, 1794 (Vr. nr. 117 DE LOOR d.d. 23 mei 1991)); zij hebben geen precedentswaarde buiten de sfeer van de rechtscolleges.

De vordering ingeleid bij de kortgedingrechter die ertoe strekte de ambtenaar van de burgerlijke stand te verplichten de aangifte van de geboorte door de vader en diens erkenning te doen akteren zonder toestemming van de moeder werd dan ook ongegrond verklaard; de verzoeker vroeg in dergelijk geval een beslissing die van de bodemrechter wordt verwacht (Kort Ged. Rb. Luik 2 april 1992, *Act. dr.* 1992, 1183 en *T. Not.* 1993, 21).

345 De Rechtbank van Eerste Aanleg te Luik bevestigde de heersende stelling dat het gezag van gewijsde van een arrest van het Arbitragehof zich niet uitstrekt tot de ambtenaar van de burgerlijke stand, maar oordeelde eveneens onomwonden dat de Staat een fout heeft begaan door na verschillende arresten van het Arbitragehof artikel 319 § 3 B.W. niet te wijzigen, met als gevolg dat de ambtenaren van de burgerlijke stand werden blootgesteld aan talrijke gerechtelijke procedures (Rb. Luik 17 november 2000, *J.T.* 2001, 299, noot Y.-H. LELEU).

Het vonnis was o.m. gesteund op een circulaire van de Minister van Justitie (Omz. 4 juni 1991 met ref. Litt. EC 91/3L LB14/PG.1 betreffende art. 319 § 3 van het Burgerlijk Wetboek – Arrest van 21 december 1990 van het Arbitragehof, *onuitg.*) die verduidelijkt dat artikel 319 § 3 B.W. door de ambtenaar van de burgerlijke stand moet worden toegepast zolang de bestreden regel niet gewijzigd of vernietigd is. De ambtenaar begaat dus geen fout door de erkenning te weigeren zonder

voorafgaande toestemming van de moeder. *In casu* werd het vaderschap van de erkenner niet betwist en had de moeder zich nooit verzet tegen de erkenning. De man die zijn buitenhuwelijks kind had erkend na een procedure waarin de rechtbank van oordeel was dat hij het kind kon erkennen zonder toestemming van de moeder vorderde de hoofdelijke veroordeling van de stad Luik en de Belgische Staat tot morele schadevergoeding omdat hij zich genoodzaakt voelde een procedure in te leiden die ertoe strekte het kind zijn naam te bezorgen. Anderzijds vroeg de stad Luik vrijwaring door de Belgische Staat voor veroordelingen die tegen haar zouden kunnen worden uitgesproken en schadevergoeding voor de talrijke procedures waarin zij was betrokken omwille van het feit dat artikel 319 § 3 B.W. niet is aangepast na het arrest dat het Arbitragehof wees op 21 december 1990.
Toch werd *in casu* geen enkele vorm van schadevergoeding toegekend omdat de rechtbank van oordeel was dat de schade in hoofde van de stad Luik niet werd veroorzaakt door de fout van de Belgische Staat, maar door de persoonlijke handeling van de vader van het kind die zijn erkenning – na de geboorte – via een gerechtelijke procedure wou doorvoeren, terwijl hij samen met de moeder het kind zonder problemen voor de ambtenaar van de burgerlijke stand had kunnen erkennen.

346 Voor de ambtenaar van de burgerlijke stand en de notaris verandert er dus niets: artikel 319 § 3 B.W. blijft gelden. Zolang deze bepaling niet gewijzigd of vernietigd is, zijn de ambtenaren gehouden ze na te leven (zie het antwoord van de Minister van Justitie in *Vr. en Antw.* Kamer 1990-91, 2 september 1991, 14660 (Vr. nr. 667 CHEVALIER d.d. 18 maart 1991)). Wel zouden zowel de notaris (zie J. GERLO, "Personen- en familierecht", in X (ed.), *Rechtskroniek voor het Notariaat*, Deel 1, Brugge, die Keure, 2002, 21, nr. 35) als de ambtenaar van de burgerlijke stand de kandidaat-erkenner er moeten op wijzen dat hij ingeval van toestemmingsweigering over een verhaal beschikt bij de vrederechter en, zo nodig, bij de rechtbank van eerste aanleg.

B. VOOR DE VREDERECHTER

347 In het raam van de verzoeningspoging voor de vrederechter kunnen zich drie hypotheses voordoen.
Primo kan het gebeuren dat alle opgeroepen partijen (erkenner, moeder en/of minderjarig kind kind van vijftien jaar of ouder) verschijnen en de vrederechter de partijen tot verzoening brengt: in dat geval ontvangt hij de nodige toestemmingen.
Secundo bestaat de kans dat de moeder en (eventueel) de minderjarige van vijftien jaar of ouder niet verschijnen; in dat geval is het duidelijk dat de vrederechter de zaak naar de rechtbank van eerste aanleg moet verwijzen, aangezien hij in dat geval de nodige toestemming(en) evident niet kan ontvangen.
Tertio is het mogelijk – en in de praktijk meest waarschijnlijk – dat de moeder en (eventueel) de minderjarige van vijftien jaar of ouder verschijnen, maar dat de vrederechter geen overeenstemming kan bereiken tussen de aspirant-erkenner en moeder en/of kind die hun toestemming blijven weigeren.

– Indien enkel het niet-ontvoogd minderjarig kind dat de volle leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt zijn toestemming tot de erkenning weigert, verwijst de vrederechter

de zaak naar de rechtbank van eerste aanleg, ongeacht het feit of de (vertegenwoordigde) minderjarige het biologisch vaderschap van de erkenner al dan niet betwist. In zijn arrest nr. 36/96 van 6 juli 1996 heeft het Arbitragehof artikel 319 § 3 B.W. immers niet ongrondwettig bevonden voor wat de toestemmingsweigering van het kind betreft (art. 319 § 3 tweede lid B.W.).

– Bij een toestemmingsweigering vanwege de moeder zijn er twee mogelijkheden:

1. De moeder betwist het biologisch vaderschap van de aspirant-erkenner

348 Indien de moeder volhardt in haar toestemmingsweigering en bovendien het biologisch vaderschap van de erkenner in vraag stelt, moet de vrederechter de zaak naar de rechtbank van eerste aanleg verwijzen. Hij kan immers zelf onmogelijk uitspraak doen over de realiteit van het vaderschap; die bevoegdheid is exclusief voorbehouden voor de rechtbank van eerste aanleg.

2. De moeder betwist het biologisch vaderschap van de aspirant-erkenner niet, maar verzet zich tegen de erkenning om opportuniteitsredenen

349 De meningen lopen uiteen over de vraag wat de taak is van de vrederechter die geconfronteerd wordt met de moeder die haar toestemming tot de erkenning weigert omdat zij van oordeel is dat een erkenning niet in het belang van het kind is, evenwel zonder het biologisch vaderschap van de erkenner in vraag te stellen.

Sommige auteurs zijn van oordeel dat de vrederechter zijn gedrag zou moeten aanpassen aan de rechtspraak van het Arbitragehof (V. BARTHOLOMÉE en J. SOSSON, "La Cour d'arbitrage et le droit de la filiation: les effets de l'arrêt du 21 décembre 1990, *J.T.* 1991, (709) 715, nr. 31, voetnoot 91 *juncto* nr. 30; vgl. B. RENAULD, "La Cour d'arbitrage et l'égalité des père et mère en matière de filiation", (noot onder Arbitragehof nr. 63/92, 8 oktober 1992), *J.T.* 1993, (308) 311, nr. 12).

In de gepubliceerde rechtspraak zijn vonnissen van vrederechters in deze zin terug te vinden.
– Zo volgde de Vrederechter te Etterbeek de mediane interpretatie van het arrest van het Arbitragehof d.d. 21 december 1990 – bevestigd in het arrest van 8 oktober 1992 – en leidde hij uit deze arresten af dat wanneer het vaderschap van de aspirant-erkenner niet wordt betwist, de vrederechter bij wie de zaak aanhangig is gemaakt conform artikel 319 § 3 B.W. de zaak niet naar de rechtbank van eerste aanleg moet verwijzen, maar deze niet-betwisting moet akteren en voor recht moet zeggen dat niets er zich tegen verzet dat de ambtenaar van de burgerlijke stand de erkenningsakte zou verlijden waarbij de vader zonder toestemming van de moeder het kind erkent (Vred. Etterbeek 14 juni 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1994, 780).
– Ook de Vrederechter te Herstal is van oordeel dat niets er zich tegen verzet dat de vrederechter in het raam van zijn willige rechtsmacht de rechtspraak van het Arbitragehof uit de arresten van 21 december 1990 en 8 oktober 1992 toepast. Hij zou dus mogen verklaren dat niets de erkenning voor de bevoegde ambtenaar van de burgerlijke stand belemmert wanneer de moeder haar toestemming weigert en het vaderschap van de erkenner niet is betwist (Vred. Herstal 25 februari 1994, *J.L.M.B.* 1997, 518, noot D. PIRE).

Deze visie is vanuit proceseconomisch standpunt zeer aantrekkelijk: wanneer de vrederechters zich voegen naar de rechtspraak van het Arbitragehof kunnen procedures voor de rechtbank van

eerste aanleg na een toestemmingsweigering van de moeder en een mislukte verzoeningspoging worden vermeden.
Er bestaan echter juridische bezwaren tegen een dergelijke activistische houding van de vrederechters.

De twistvraag wordt ons inziens niet opgelost door het antwoord op de vraag of de vrederechter gebonden is door de rechtspraak van het Arbitragehof; het kernprobleem is gelegen in het feit dat de vrederechter niet de bevoegdheid heeft zich uit te spreken over de vraag of de erkenning al dan niet mag plaatshebben. Hij kan dit geding tussen partijen met tegengestelde belangen niet beslechten (enigszins in dezelfde zin: G. MAHIEU en D. PIRE, *Droit des personnes. La filiation*, in *Rép. not.*, Brussel, Larcier, 1999, 103, nr. 106); de rechtbank van eerste aanleg heeft het monopolie zich hierover uit te spreken (in die zin: M.-F. RIGAUX, noot onder Luik 15 januari 2001, *R.R.D.* 2001, (144) 146).

Ook al mag worden aangenomen dat de precedentswaarde van een arrest van het Arbitragehof zich uitstrekt tot de vrederechter – het begrip "rechtscollege" uit artikel 26 § 2 Bijzondere Wet Arbitragehof moet immers in zijn organieke betekenis worden begrepen –, zelfs indien deze optreedt in het raam van de zgn. willige rechtsmacht (J. SOSSON, "L'établissement de la filiation: principes généraux et conditions de fond", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, (9) 25-26, nr. 14), toch bestaat er geen enkele wettelijke basis waarop de vrederechter zou kunnen steunen om een vonnis te vellen waarin staat dat het vaderschap van de kandidaat-erkenner niet wordt betwist en niets er zich tegen verzet dat de daartoe bevoegde ambtenaren de erkenningsakte opmaken. Door een dergelijk vonnis zou de rechtspleging immers een contentieus karakter krijgen; de wetgever heeft de vrederechter in dit kader evenwel duidelijk geen gedingbeslissende rechtsmacht toegekend (J. MELLAERTS, "Afstammingsgeschillen: een procesrechtelijke benadering", *T.P.R.* 1991, (1139) 1172, nr. 83*bis*). Overigens bestaat er geen enkele bepaling die de moeder verplicht om ter gelegenheid van haar verschijning voor de vrederechter stelling te nemen omtrent de realiteit van het biologische vaderschap van de kandidaat-erkenner, zodat aan haar verklaringen daaromtrent in dit stadium van de procedure onmogelijk het vérstrekkende gevolg kan worden gehecht dat de erkenning kan plaatsvinden (in die zin: P. SENAEVE, "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 119, nr. 217).

350 Ook voor de vrederechter verandert er dus niets na de rechtspraak van het Arbitragehof.
Zijn taak bestaat erin de partijen te proberen verzoenen en o.g.v. artikel 319 § 3 derde lid *in fine* B.W. de zaak naar de rechtbank van eerste aanleg te verwijzen indien hij de nodige toestemmingen niet heeft ontvangen (in dezelfde zin: J. GERLO, *Handboek Personen- en familierecht*, 40, nr. 94; G. MAHIEU en D. PIRE, *Droit des personnes. La filiation*, in *Rép. not.*, Brussel, Larcier, 1999,

103, nr. 106; E. VIEUJEAN, "Conclusion", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, II, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, 527-528; vgl. reeds D. PIRE, noot onder Vred. Herstal 25 februari 1994, *J.L.M.B.* 1997, (517) 517, die van oordeel is dat de vrederechter enkel een verzoeningsbevoegdheid heeft en "qu'il ne peut en aucun cas 'dire le droit' ou trancher un litige dès l'instant où la mère maintient sa position").

C. VOOR DE RECHTBANK VAN EERSTE AANLEG EN HET HOF VAN BEROEP

351 Onmogelijk kan worden voorspeld of het Arbitragehof zijn koerswijziging die blijkt uit het arrest nr. 66/2003 van 14 mei 2003 zal handhaven, dan wel in de toekomst zal terugkeren naar zijn vroegere rechtspraak. Daarom worden de gevolgen van de rechtspraak van het Arbitragehof voor de rechtbanken van eerste aanleg en, in voorkomend geval, voor de hoven van beroep, hieronder verduidelijkt in twee fasen: vooreerst wordt de toestand na de eerste drie arresten verduidelijkt (1), vervolgens wordt nagegaan wat de gevolgen zijn van het arrest van 14 mei 2003 voor de rechter die uitspraak moet doen over een betwist verzoek tot erkenning van een minderjarig kind door een man (2).

1. Situatie na de arresten van 21 december 1990, 8 oktober 1992 en 6 juni 1996

a. Verduidelijking van de gevolgen

352 Na de drie eerste arresten van het Arbitragehof inzake de (on)grondwettigheid van artikel 319 § 3 B.W. moest een onderscheid worden gemaakt naargelang alleen de te erkennen minderjarige zijn toestemming tot de erkenning heeft geweigerd, dan wel of (ook) de moeder haar toestemming niet heeft gegeven.

• Indien na een mislukte verzoeningspoging voor de vrederechter enkel het niet-ontvoogd minderjarig kind van vijftien jaar of ouder zijn toestemming tot de erkenning weigerde, moest – en moet nog steeds – de wettelijke regeling zoals bepaald in artikel 319 § 3 vierde lid B.W. in zijn totaliteit worden toegepast, hetgeen concreet betekent dat het verzoek tot erkenning moet worden afgewezen indien het bewijs wordt geleverd dat de aspirant-erkenner niet de biologische vader is. Ontbreekt dat bewijs, dan zal de rechtbank beslissen of de erkenning al dan niet kan plaatshebben met inachtneming van de belangen van het kind. Het opportuniteitsoordeel van de rechtbank in de hypothese dat het bewijs van niet-vaderschap niet geleverd wordt, werd immers niet ongrondwettig bevonden door het Arbitragehof in zijn arrest van 6 juni 1996 en dus geenszins afgeschaft. De toestemmingsweigering van het kind is volgens het Arbitragehof evenwel een "belangrijke indicatie" ("indication précieuze") wanneer de rechtbank moet oordelen over de opportuniteit van de erkenning (zie overweging B.6 van het genoemde arrest).

In dit licht is de de vraag opgeworpen of – en met welke motivering – de rechtbank nog kan beslissen dat de erkenning moet plaatsvinden met inachtneming van zijn belangen, tegen de wil van het kind zelf in (A.-Ch. VAN GYSEL, "L'intérêt de l'enfant, mythe et réalité", in Y.-H. LELEU (coörd.), *Actualités de droit familial. Le point en 2001*, Luik, Formation Permanente CUP, 2001, (169) 179). Juridisch-technisch blijft een dergelijk oordeel in elk geval mogelijk. Het Arbitragehof bevestigde met zoveel woorden dat de rechtbank in toepassing van het arrest van 6 juni 1996 de erkenning kan toestaan, niettegenstaande het verzet van het kind, of die erkenning kan weigeren wanneer zij van mening is dat zij voor het kind nadelig zou zijn (Arbitragehof nr. 66/2003, 14 mei 2003, *B.S.* 20 oktober 2003, 50820, overweging B.2.4 *in fine*). Het is uiteindelijk steeds de rechter die beslist of de erkenning al dan niet in het belang van het kind is; de mening van het kind is een indicatie voor de rechter, maar determineert zijn oordeel niet.

• Indien na de mislukte verzoeningspoging voor de vrederechter de moeder haar toestemming tot de erkenning van haar minderjarig kind weigerde, diende rekening te worden gehouden met de arresten die het Arbitragehof wees op 21 december 1990 en 8 oktober 1992.

Zoals eerder al vermeld (zie boven, nr. 66) zijn de rechtbanken en hoven strikt genomen niet verplicht zich te voegen naar de rechtspraak van het Arbitragehof. Kunnen zij zich niet vinden in de visie van het Arbitragehof, dan moeten zij een nieuwe prejudiciële vraag stellen. Vóór het arrest van 14 mei 2003 leed het nochtans weinig twijfel dat het Arbitragehof na een nieuwe prejudiciële vraag m.b.t. hetzelfde onderwerp opnieuw tot dezelfde (on)grondwettigheid zou besluiten, zodat deze demarche, mede in het licht van de verplichting om recht te spreken binnen een redelijke termijn (art. 6.1 E.V.R.M.) eigenlijk uit den boze werd geacht (Antwerpen (3de kamer) AR 1997/355, 18 maart 1998, *onuitg.*, waarin wordt verwezen naar P. SENAEVE, "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 120, nr. 221).

Ter verduidelijking van wat de beslissing moet zijn van de rechtbank die zich voegt naar deze twee arresten kunnen, in een poging tot vereenvoudiging, alle mogelijke hypotheses worden herleid tot twee.

– Betwistte de moeder het biologisch vaderschap van de aspirant-erkenner niet of bewees zij niet dat deze man niet de (biologische) vader is, dan moest de rechtbank oordelen dat de erkenning kan plaatsvinden, ook zonder de toestemming van de moeder.

Indien de moeder niet verscheen, dan kon zij evident – in een procedure op verstek – niet bewijzen dat de aspirant-erkenner niet de biologische vader is, met als gevolg dat de rechtbank moest beslissen dat de erkenning mag plaatsvinden.
Dezelfde uitspraak moest volgen indien de moeder weliswaar verscheen, maar weigerde een standpunt in te nemen omtrent het genetisch vaderschap van de kandidaat-erkenner (Rb. Brugge (7de kamer) R.V. 92/41/B, 28 april 1992, *onuitg.*, aangehaald door P. SENAEVE, "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 121, nr. 224, voetnoot 244).
Ook indien de moeder op louter formele wijze het vaderschap van de kandidaat-erkenner betwistte – dus zonder het bewijs van diens niet-vaderschap te leveren – moest de rechtbank oordelen dat de erkenning kan plaatsvinden.

– Bewees de moeder dat de erkenner niet de vader is, dan moest – en moet – de rechtbank oordelen dat de erkenning niet kan plaatsvinden.

Via het volgend schema kan de beslissing van de rechtbank van eerste aanleg worden voorspeld wanneer zij moet oordelen over het verzoek van man om een minderjarig niet-ontvoogd kind jonger dan vijftien jaar te erkennen in de veronderstelling dat de moeder haar wil te kennen kan geven (art. 319 § 3 B.W.) en de rechtbank zich voegt naar de arresten die het Arbitragehof wees op 21 december 1990 en 8 oktober 1992.

Figuur 4

BIOLOGISCHE BAND		TOESTEMMING MOEDER	BEWIJS VAN NIET-VADERSCHAP	BESLISSING VAN DE RECHTBANK
bestaat	**betwist**	vereist en geweigerd	kan niet worden geleverd	⇒ ERKENNING MOET WORDEN TOEGESTAAN
	onbetwist	niet vereist (≠ art. 319 § 3 B.W.)		
bestaat niet	**betwist**	vereist en geweigerd	geleverd	⇒ ERKENNING MOET WORDEN GEWEIGERD
			niet geleverd	⇒ ERKENNING MOET WORDEN TOEGESTAAN (≠ biologische werkelijkheid
	onbetwist	niet vereist (≠ art. 319 § 3 B.W.)	niet geleverd	

De dubbele tweedeling uit het schema (biologische band bestaat al dan niet en wordt al dan niet betwist) komt enigszins gekunsteld over. Er wordt immers uitgegaan van een al dan niet bestaande biologische band, terwijl de vraag naar het bewijs daarvan initieel niet wordt beantwoord. Deze opsplitsing lijkt ons echter de enige die logisch uit de eerste twee arresten van het Arbitragehof inzake artikel 319 § 3 B.W. kan worden afgeleid. Het belangrijkste feitelijk onderscheid tussen de arresten van 21 december 1990 en 8 oktober 1992 ligt immers in de betwisting van het biologisch vaderschap van de aspirant-erkenner.

353 Na combinatie van beide arresten met het arrest van 6 juni 1996 springen de volgende vaststellingen in het oog:
– wanneer de moeder van het kind zich verzette tegen de erkenning door een man kon het belang van het kind geen rol spelen; alleen met de biologische werkelijkheid mocht rekening worden gehouden (in dezelfde zin: J. GERLO, "Het Verdrag inzake de rechten van het kind en het Belgische personen- en familierecht", in X (ed.), *KINDERRECHTENGIDS*, Gent, Mys & Breesch, 1998, Deel 1, 1.2, p. 25, nr. 47; B. RENAULD, "La Cour d'arbitrage et l'égalité des père et mère en matière de filiation", (noot onder Arbitragehof nr. 63/92, 8 oktober 1992), *J.T.* 1993, (308) 312, nr. 11). In geen enkel geval kon de rechtbank oordelen op basis van opportuniteitsoverwegingen; de biologische werkelijkheid determineerde haar uitspraak;

– slechts in één geval moest de rechtbank oordelen dat de erkenning niet kan plaatsvinden, nl. wanneer de moeder het biologisch vaderschap van de aspirant-erkenner betwist en eveneens het bewijs wordt geleverd dat deze niet de biologische vader van het kind is;
– de beslissing van de rechtbank was niet steeds in overeenstemming met de biologische realiteit: de rechtbank moest immers oordelen dat de erkenning kan plaatsvinden – ook al is de erkenner niet de biologische vader – wanneer het bewijs dat de verzoeker niet de vader is niet werd geleverd.

b. Illustraties in de rechtspraak

354 Het Hof van Cassatie volgde de lijnen die het Arbitragehof in zijn arresten van 21 december 1990 en 8 oktober 1992 had uitgetekend.

In 1993 oordeelde het al dat, nu het bestreden arrest vaststelde dat het vaderschap van de aspirant-erkenner niet werd betwist en ingevolge het arrest van 21 december 1990 beslist had dat de toestemming van de moeder niet meer vereist is, het hof [van beroep] zich van elke uitspraak over het belang van het kind mocht onthouden zonder artikel 319 § 3 B.W. te schenden (Cass. 29 april 1993, *Arr. Cass.* 1993, 416, *Pas.* 1993, I, 411, *R.W.* 1993-94, 508 en *T.B.B.R.* 1994, 219, concl. J.-M. PIRET en noot N. DENIES, dat de voorziening ingesteld tegen Luik 10 december 1991, *J.L.M.B.* 1992, 949, noot D. PIRE en *J. dr. jeun.* 1992, afl. 118, 38 verwerpt).

In 1999 oordeelde het hof in een zaak die, naast de betwisting van een erkenning o.g.v. artikel 330 B.W., ook het oordeel van de rechtbank of de erkenning al dan niet kan plaatsvinden betrof, dat de bepalingen van artikel 3 I.V.R.K., ook al kunnen zij nuttig zijn bij de interpretatie van teksten, op zichzelf niet voldoende nauwkeurig en volledig zijn om directe werking te hebben omdat zij verscheidene mogelijkheden aan de Staat laten om aan het belang van het kind te voldoen; dat zij niet kunnen gelden als bron van subjectieve rechten en verplichtingen voor particulieren; dat zij inzonderheid de mogelijkheid open laten voor de verbonden Staten en overheden om te bepalen hoe de belangen van het kind het best worden beschermd in verband met de wijze waarop de biologische afstamming wordt vastgesteld en dat "het niet aan de rechter toekomt de bescherming van de belangen van het kind die door de wetgever is geboden terzijde te schuiven ten voordele van een eigen appreciatie die de rechter meer gepast vindt" (Cass. C.99.0048.N., 4 november 1999 *R.W.* 2000-01, (232), 232).

355 Vier van de vijf hoven van beroep oordeelden ondubbelzinnig in dezelfde zin.

– Volgens het Hof van Beroep te Bergen kan de leer uit de arresten die het Arbitragehof wees op 21 december 1990 en 8 oktober 1992, gelet op artikel 26 § 2 derde lid, 1° [thans art. 26 § 2 tweede lid, 2°] Bijzondere Wet Arbitragehof, door de andere hoven en rechtbanken worden toegepast zonder dat een nieuwe prejudiciële vraag moet worden gesteld (Bergen 26 januari 1993, *J.T.* 1994, 19: in deze zaak hield de eerste rechter ten onrechte wel rekening met het belang van het kind). De arresten van het Arbitragehof gewezen op prejudiciële vraag hebben volgens het hof immers niet alleen gezag van gewijsde ten aanzien van het rechtscollege dat de prejudiciële vraag heeft gesteld en elk ander rechtscollege dat in dezelfde zaak uitspraak doet (art. 28 Bijzondere Wet Arbitragehof), maar genieten ook van een "uitgebreid" gezag van gewijsde ten opzichte van elk rechtscollege dat uitspraak moet doen over een vraag die identiek is aan degene die reeds door het Arbitragehof is beantwoord (Bergen 10 oktober 2000, *T.B.B.R.* 2002, 120, noot).

– Het Hof van Beroep te Luik oordeelde expliciet dat de feiten die *in concreto* de toestemmingsweigering van de moeder verantwoorden, bv. haar verdenkingen ten aanzien van de vader het kind seksueel te hebben aangeraakt, geen invloed hebben op de appreciatie van het belang van het kind. Wanneer het vaderschap van de erkenner niet wordt betwist, onderzoeken de hoven van beroep in toepassing van de rechtspraak van het Arbitragehof en het Hof van Cassatie het belang van het kind immers niet (Luik 8 februari 2000, *T.B.B.R.* 2002, 117, noot). Met het belang van het kind zal rekening kunnen worden gehouden in het raam van een vordering van de erkenner strekkende tot recht op persoonlijk contact met het erkende kind (Luik 15 januari 2001, *J.T.* 2001, 403 en *R.R.D.* 2001, 141, noot M.-F. RIGAUX).
In dezelfde zin: Luik (1ste kamer) nr. 2001/RG/960, 23 april 2002, *onuitg.*; Luik (1ste kamer) nr. 1998/RG/928, 18 januari 1999, *onuitg.*; Luik (1ste kamer) nr. 1997/RG/315, 25 november 1997, *onuitg.*; Luik 15 maart 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 647; Luik 19 oktober 1993, *J.L.M.B.* 1994, 410 en *Rev. trim. dr. fam.* 1994, 761.

– Het Hof van Beroep te Brussel overwoog al meermaals uitdrukkelijk dat de genoemde arresten van het Arbitragehof krachtens artikel 26 § 2 derde lid, 1° [thans art. 26 § 2 tweede lid, 2°] Bijzondere Wet Arbitragehof voor de hoven en rechtbanken – behalve voor het Hof van Cassatie – de waarde hebben van een bindend precedent (zie bv. Brussel 23 november 1999, *A.J.T.* 1999-2000, 789). Daarnaast heeft het al verschillende malen beklemtoond dat de bepalingen van artikel 3 I.V.R.K. geen directe werking hebben (Brussel (3de kamer) A.R. nr. 2000/AR/1547, 6 februari 2001, *onuitg.*; Brussel (3de kamer) A.R. nr. 2000/AR/263, 8 juni 2000, *onuitg.*).
In een zaak waarin een man die een kind zonder toestemming van de moeder had erkend – en de moeder de nietigverklaring van deze erkenning had gevorderd – opwierp dat artikel 319 § 3 B.W. strijdig is met artikel 8 en/of 14 E.V.R.M. was ditzelfde hof van oordeel dat in zoverre deze bepaling van intern recht de vaderlijke erkenning afhankelijk stelt van een voorafgaande instemming van de moeder – zelfs ingeval van het bestaan van een genetische band tussen de erkennende man en het erkende kind – zij niet geïsoleerd kan worden beschouwd, maar dat hierbij de rechtspraak van het Arbitragehof (arresten van 21 december 1990 en 8 oktober 1992) in beschouwing dient te worden genomen, omwille van het feit dat deze rechtspraak krachtens artikel 26 § 2 derde lid, 1° [thans art. 26 § 2 tweede lid, 2°] Bijzondere Wet Arbitragehof de waarde heeft van een bindend precedent. Aangezien de rechtbanken ingevolge de rechtspraak van het Arbitragehof kunnen zeggen dat de aspirant-erkenner het kind kan erkennen zonder de instemming van de moeder, en dit zonder dat zij daartoe opnieuw een prejudiciële vraag tot het Arbitragehof dienen te richten, en zij niet langer gerechtigd zijn om in zo'n geval nog in functie van het belang van het kind een opportuniteitsoordeel te vellen over de door de man gevraagde beslissing dat de erkenning kan plaatshebben, volgt daaruit volgens het hof dat artikel 319 § 3 B.W., zoals het thans door de hoven en rechtbanken dient te worden toegepast, het recht op bescherming van het gezinsleven, beschermd door artikel 8 E.V.R.M. niet schendt en geen verboden discriminatie vormt in de zin van artikel 14 E.V.R.M. Op de suggestie van de voogd *ad hoc* om een sociaal onderzoek te bevelen om uit te maken waar het belang van het kind gesitueerd is, werd niet ingegaan, omdat het belang van het kind volgens het hof geen criterium is waarmee in dit geschil rekening diende te worden gehouden (Brussel (3de kamer) nr. 1998/AR/2644, 17 september 2002, *onuitg.*).

– Het Hof van Beroep te Antwerpen oordeelde in een geval waarin het vaderschap van de aspirant-erkenner niet werd betwist dat artikel 319 § 3 B.W. na de rechtspraak van het Arbitragehof dusdanig moet worden toegepast dat de erkenning kan plaatsvinden zonder toestemming van de moeder (Antwerpen 5 januari 1999, *T. Vreemd.* 1998, 202: het hof overwoog toch nog dat de gevraagde erkenning door een Indische man in het belang was van de kinderen). Een louter formele betwisting van het vaderschap van de kandidaat-erkenner – zonder diens niet-vaderschap te bewijzen – kan niet verhinderen dat het hof zal oordelen dat de erkenning kan plaatsvinden zonder de belangen van het kind te beoordelen (Antwerpen (3de kamer) AR 1997/355, 18 maart 1998, *onuitg.*).

Uit de rechtspraak van het Hof van Beroep te Gent is daarentegen een andere stelling naar voren gekomen, nl. dat de belangen van het kind o.g.v. artikel 3.1 I.V.R.K. de eerste overweging moeten blijven bij het oordeel van de rechtbank of de erkenning al dan niet kan plaatsvinden.

– Zo poneerde het hof in een ongepubliceerd arrest van 17 oktober 1997 met zoveel woorden dat "waar artikel 319 § 3 B.W. als discriminatorisch (*sic*) moet worden aangezien, doch slechts in de mate dat het de erkenning door de vader afhankelijk stelt van de voorafgaande toestemming van de moeder, is het afhankelijk maken van de beslissing van de geadieerde rechter van de belangen van het kind, op zich helemaal niet onwettig, *a contrario* een vereiste, concordant aan het internationaal recht. Meer nog en ten overvloede: in tegenstelling tot wat [de aspirant-erkenner] voorhoudt, houdt artikel 3 van het [Internationaal] Verdrag [inzake de Rechten van het Kind] een duidelijke rechtsregel in (de verplichting de belangen van het kind als eerste overweging voor ogen te houden) en gaat verder dan een loutere intentieverklaring; de verplichting – zijn belang bij elke beslissing betrekkelijk het kind, in (eerste) overweging te nemen – is gericht (o.m.) tot de rechterlijke macht; deze regel behoeft geen verdere specificatie om hem toe te passen in het Belgische recht (...). Gelet op het gegeven dat de vestiging van de afstamming, met zich, een reeks rechten en verplichtingen meebrengt, moet het belang van het kind worden geapprecieerd inachtgenomen de concrete inhoud van de rechten en verplichtingen, gepaard gaande met de afstamming". Nu *in casu* niets bewees dat het abstract vermoeden van belang bij de vaststelling van de afstamming niet zou opgaan voor het te erkennen kind en de argumenten van de moeder niet konden overtuigen, bevestigde het hof de bestreden beslissing waarin geoordeeld werd dat de erkenning kon plaatsvinden ondanks de toestemmingsweigering van de moeder (Gent (1ste kamer) nr. 1996/AR/1765, 17 oktober 1997, *onuitg.*).

In een later arrest heeft dezelfde kamer binnen het Hof van Beroep te Gent toch de rechtspraak van het Arbitragehof en het Hof van Cassatie toegepast (Gent (1ste kamer) nr. 2001/AR/721, 24 januari 2002, *onuitg.*, zie volgend randnr.).

356 Uit de weinig talrijke gepubliceerde vonnissen op het niveau van de rechtbanken van eerste aanleg blijkt dat een aantal uitspraken gezagsgetrouw de visie die heerst bij de hiërarchisch hogere rechtscolleges bevestigen (zie bv. Rb. Hasselt 23 maart 1999, *Limb. Rechtsl.* 1999, 252, noot J. De Bus; Rb. Aarlen 16 december 1994, *J.T.* 1995, 388; Rb. Luik 12 april 1991, *Rev. trim. dr. fam.* 1991, 391).

Uit andere vonnissen blijkt echter dat de bodemrechters het moeilijk hebben met het feit dat het belang van het kind – in de visie van het Arbitragehof begin jaren '90 – geen rol meer speelt bij de beslissing of de erkenning al dan niet kan plaatsvinden.

– De Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel beweerde in een opvallend dissonante toon dat het Arbitragehof in zijn twee arresten van 21 december 1990 en 8 oktober 1992 een wettelijke, evenwichtige en verantwoorde ongelijkheid vervangt door een flagrante onrechtvaardigheid die manifest in strijd is met de artikelen [10 en 11] van de Grondwet en met artikel 3.1 I.V.R.K. De rechtbank was van oordeel dat artikel 319 § 3 B.W. de Grondwet klaarblijkelijk niet schendt (art. 26 § 2 derde lid, 3° [thans art. 26 § 2 derde lid] Bijzondere Wet Arbitragehof) en dat ze na een toestemmingsweigering door de moeder geen nieuwe prejudiciële vraag diende te stellen. Aangezien de moeder niet bewees dat de aspirant-erkenner niet de vader is van het kind, besliste de rechtbank, in toepassing van artikel 319 § 3 vierde lid B.W., met inachtneming van de belangen van het kind of de erkenning kon plaatshebben. De rechtbank oordeelde dat het belang van beide kinderen – die inmiddels door de echtgenoot van hun moeder werden geadopteerd – *in casu* vereiste dat ze zonder enig voorbehoud in het harmonisch gezin van hun moeder en hun adoptievader blijven, en dat deze integratie niet mag worden verstoord of belemmerd door een late erkenning door de biologische vader (Rb. Brussel 16 juni 1993, *Rev. trim. dr. fam.* 1994, 766).

Dit uiterst merkwaardig vonnis miskent de Bijzondere Wet op het Arbitragehof. Een rechtscollege waarvan de beslissing vatbaar is voor hoger beroep is weliswaar geenszins verplicht zich te voegen

naar de oplossing die het Arbitragehof in een eerdere prejudiciële beslissing heeft gegeven, maar een rechtscollege kan de ongrondwettigheidsbeoordeling van het Arbitragehof niet verwerpen zonder het probleem opnieuw voor te leggen aan het Arbitragehof, ook niet als de toepassing van de wetsbepaling die ongrondwettig is bevonden *in casu* in het belang van het kind zou zijn (in dezelfde zin: F. MEERSSCHAUT, "De prejudiciële vraagstelling voor het Arbitragehof", in X (ed.), *Gandaius Actueel IV*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 105-106, nr. 222; P. SENAEVE, "De vaderlijke erkenning van een buitenhuwelijks kind en het gelijkheidsbeginsel", *R.W.* 1990-91, (1211) 1216-1217: de rechtscolleges moeten zelfs ambtshalve een prejudiciële vraag stellen wanneer zij zich niet wensen neer te leggen bij de stelling van het Arbitragehof).
Bovendien kan een rechtscollege moeilijk voorhouden dat een wetsbepaling de artikelen 10 en 11 van de Grondwet klaarblijkelijk niet schendt (zie art. 26 § 2 derde lid Bijzondere Wet Arbitragehof) wanneer het Arbitragehof die schending voordien al heeft vastgesteld.

– In een vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent werd overwogen dat analyse van artikel 8 E.V.R.M. en de artikelen 7.1 en 3.1 I.V.R.K. leert dat eenieder het recht heeft op een afstammingsband en de concrete beleving ervan. Omwille van de verdragsrechtelijke verplichting de belangen van het kind in aanmerking te nemen, meende de rechtbank in een procedure o.g.v. artikel 319 § 3 B.W. aan dit begrip een concrete invulling te moeten geven. Het belang van het kind is volgens de rechtbank slechts één van de overwegingen bij de beoordeling, naast bv. het feit dat de moeder het biologisch vaderschap van de aspirant-erkenner niet betwistte en niet werd aangetoond dat het kind geboren werd in omstandigheden die het voor haar ondraaglijk zouden maken dat hij als vader van het kind wordt erkend (Rb. Gent 2 november 2000, *T.G.R.* 2001, 6, noot).

Strikt genomen is dit vonnis niet in overeenstemming met de toentertijd heersende rechtspraak van het Arbitragehof, aangezien uit de motivering blijkt dat het belang van het kind toch nog een rol heeft gespeeld bij de beoordeling door de rechtbank of de erkenning al dan niet kon plaatsvinden.
Desalniettemin werd het in hoger beroep bevestigd. Het Hof van Beroep te Gent oordeelde met verwijzing naar het cassatiearrest van 29 april 1993 dat als gevolg van het arrest van het Arbitragehof d.d. 21 december 1990 er t.o.v. de concrete gegevens van de voorliggende zaak geen tekst is die het hof de bevoegdheid verleent om op de opportuniteitsoverwegingen van de moeder de erkenning te weigeren (Gent (1ste kamer) nr. 2001/AR/721, 24 januari 2002, *onuitg.*).

357 De moeder die nog bleef volhouden dat het belang van het kind in aanmerking moet worden genomen, liep tot vóór het arrest van het Arbitragehof d.d. 14 mei 2003 de kans te worden veroordeeld tot schadevergoeding wegens tergend en roekeloos geding.

Het Hof van Beroep te Luik kende in toepassing van artikel 1072*bis* Ger. W. aan de erkenner een schadevergoeding toe van 30 000 BEF (€ 743,68) wegens tergend en roekeloos hoger beroep, ingesteld door de moeder. Haar verdenkingen t.a.v. de vader – die geleid hebben tot een klassering zonder gevolg en een buitenvervolgingstelling – hadden geen invloed op de appreciatie van het belang van het kind, dat overigens in toepassing van de rechtspraak van het Arbitragehof en het Hof van Cassatie niet werd onderzocht aangezien het vaderschap van de erkenner niet werd betwist. Het Hof van Beroep te Luik oordeelde dat de moeder niet onwetend kon zijn over het gebrek aan grond voor haar hoger beroep, nu ze in haar beroepsakte de rechtspraak inriep die de beslissing waartegen ze hoger beroep had aangetekend ondersteunde en duidelijk deed opmerken dat in die fase van de procedure "het belang van het kind" niet in aanmerking wordt genomen in de zin zoals zij het begreep, terwijl het belang van het kind in procedures die de vaststelling van de afstamming betreffen volgens artikel 7.1 I.V.R.K. erin bestaat een *dubbele* afstammingsband te hebben, waarnaar de arresten van het Arbitragehof ook verwijzen. Aangezien de moeder zowel in de huidige procedure als in eerdere strafprocedures er alles aan deed om de procesgang te vertragen, kon schadevergoeding wegens tergend en roekeloos hoger beroep worden toegekend. Dergelijke dilatoire maatregelen kunnen immers niet worden toegelaten (Luik 8 februari 2000, *T.B.B.R.* 2002, 117, noot).

In dezelfde zin kende het Hof van Beroep te Bergen een schadevergoeding van 25 000 BEF (€ 619,73) toe, omdat het van oordeel was dat de moeder het arrest van het Arbitragehof d.d. 21 december 1990 dat uitspraak deed in een zaak die identiek was aan de hare, niet kon negeren en het gezag ervan moest respecteren (Bergen 10 oktober 2000, *T.B.B.R.* 2002, 120).

Er was nochtans ook rechtspraak in andere zin: zo werd de vordering tot schadevergoeding wegens tergend en roekeloos hoger beroep door het Hof van Beroep te Luik ongegrond verklaard, o.m. omdat de vergissing van de moeder niet zodanig evident werd geacht dat ze moest worden ingezien en vermeden; het hof noemde het afstammingsrecht een gevoelige en delicate materie, zowel op persoonlijk en psychologisch als op juridisch vlak (Luik 15 januari 2001, *J.T.* 2001, 403 en *R.R.D.* 2001, 141, noot M.-F. RIGAUX).

Wanneer de moeder pas in hoger beroep, na een mislukte verzoeningspoging voor de vrederechter en na het oordeel van de rechtbank van eerste aanleg dat de erkenning zonder haar toestemming kan plaatsvinden, het vaderschap van de aspirant-erkenner betwistte zonder het bewijs van niet vaderschap te leveren, kon zij de erkenning niet tegenhouden en liep zij bovendien het risico tot schadevergoeding wegens tergend en roekeloos hoger beroep (art. 1072*bis* Ger. W.) te worden veroordeeld.

Zo oordeelde het Hof van Beroep te Luik in een zaak waarin de moeder in haar akte hoger beroep zelf verwees naar de rechtspraak van het Arbitragehof en enkel in dit stadium van de procedure het biologische vaderschap van haar vroegere partner ontkende – terwijl ze tijdens de procedure voor de vrederechter en de rechtbank van eerste aanleg via haar raadsman diens vaderschap had bevestigd – dat een som van € 100 aan de kandidaat-erkenner kon worden toegekend voor de in essentie morele schade die hij heeft geleden. Het hof wees nogmaals op het feit dat het afstammingsrecht een gevoelige en delicate materie is, zowel op persoonlijk en psychologisch als op juridisch vlak, maar was toch van oordeel dat de houding van de moeder in zekere mate vertragend kon zijn overgekomen (Luik (1ste kamer) nr. 2001/RG/960, 23 april 2002, *onuitg.*).

c. Synthese

358 De situatie waarmee de rechtbanken van eerste aanleg en de hoven van beroep werden geconfronteerd na de arresten die het Arbitragehof uitsprak op 21 december 1990, 8 oktober 1992 en 6 juni 1996 kan als volgt worden samengevat:

– de moeder van een minderjarig kind kon – ongeacht de exacte leeftijd van het kind – de erkenning door een man slechts beletten indien zij bewees dat de aspirant-erkenner niet de biologische vader van het te erkennen kind is. Het belang van het kind speelde geen enkele rol. De rechtbank had geen enkele appreciatiebevoegdheid;

– het minderjarig kind dat de leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt kon – en kan nog steeds – zijn erkenning door een man verhinderen door te bewijzen dat de erkennende man niet zijn biologische vader is, maar eveneens door zijn toestemming tot de erkenning te weigeren en de rechtbank ervan te overtuigen dat de erkenning niet in zijn belang is. De rechtbank die moet oordelen of de erkenning al dan niet mag plaatsvinden gaat de opportuniteit van de erkenning na en beslist autonoom;

– het minderjarig kind dat jonger is dan vijftien jaar was – en is – geen partij in de procedure voor de rechtbank van eerste aanleg die wordt gevoerd nadat de moeder haar toestemming tot de erkenning had geweigerd. De beslissing van de rechtbank of de erkenning al dan niet kan plaatsvinden was – en is – afhankelijk van de moeder, die de erkenning enkel met zekerheid kon – en kan – verhinderen door te bewijzen dat de aspirant-erkenner niet de biologische vader van het kind is. In alle andere gevallen moest de rechtbank de erkenning toestaan, zonder dat het belang van het kind in aanmerking mocht worden genomen. Mede om die reden maakten de rechtbanken geen gebruik van de mogelijkheid die sinds 1994 in artikel 931 Ger. W. vervat ligt om het kind dat over het vereiste onderscheidingsvermogen beschikt te horen.

Omwille van dit opportuniteitsoordeel van de rechtbank kon – en kan – de juridische bevestiging van de biologische werkelijkheid via een erkenning dus worden belet door het minderjarig kind van vijftien jaar of ouder, op zijn initiatief, terwijl een minderjarig kind dat de leeftijd van vijftien jaar nog niet heeft bereikt dit niet zelf kon (en de erkenning ook niet via een toestemmingsweigering van zijn moeder kon worden verhinderd, ingevolge de arresten van het Arbitragehof d.d. 21 december 1990 en 8 oktober 1992).
Kinderen ouder dan vijftien jaar en kinderen jonger dan vijftien jaar werden verschillend behandeld, nu de rechtbank enkel voor minderjarigen van vijftien jaar of ouder het belang van het kind in aanmerking mocht (en in toepassing van het arrest van het Arbitragehof d.d. 6 juni 1996 ook moest) nemen.

Opgemerkt moet worden dat de oplossing die geldt na de arresten van het Arbitragehof van 21 december 1990 en 8 oktober 1992 onverenigbaar is met een directe werking van artikel 3.1 het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind. Het Hof van Cassatie heeft in twee arresten van 4 november 1999 inzake de betwisting van een erkenning in niet mis te verstane bewoordingen geoordeeld dat artikel 3 I.V.R.K. geen directe werking heeft (zie verder, nr. 1067). Op het vlak van de vaststelling van de afstamming via erkenning heeft het Hof van Cassatie nog geen duidelijk standpunt ingenomen i.v.m. de vraag naar de directe werking van artikel 3 I.V.R.K.

2. Ommekeer ingevolge het arrest van het Arbitragehof d.d. 14 mei 2003

a. Verduidelijking van de gevolgen

359 Uit het arrest nr. 66/2003 van 14 mei 2003 blijkt duidelijk dat het Arbitragehof van oordeel is dat de rechter het belang van het kind moet kunnen beoordelen wanneer een verzoek van een man voorligt tot erkenning van een kind jonger dan vijftien jaar, niet alleen wanneer de moeder haar toestemming tot de erkenning heeft geweigerd, maar ook wanneer de minderjarige zelf, of zijn vertegenwoordiger, zich tegen die erkenning heeft verzet.

Deze zienswijze houdt een belangrijke wijziging in t.o.v. de rechtspraak van het hof in zijn arrest van 8 oktober 1992. Het is evenwel een feit dat beide arresten in een andere feitenconstellatie werden gewezen: in de zaak die leidde tot het arrest van 8 oktober 1992 betwistte de moeder niet alleen de opportu-

niteit van de erkenning, maar ook het biologisch vaderschap van de aspirant-erkenner, terwijl in de zaak die leidde tot het arrest van 14 mei 2003 diens biologisch vaderschap niet werd betwist. De vraag rijst dan ook of laatstgenoemd arrest niet zodanig in draagwijdte is beperkt dat het hof enkel op zijn eerdere rechtspraak zou zijn teruggekomen in de hypothese dat het biologisch vaderschap van de aspirant-erkenner niet wordt betwist en het opportuniteitsoordeel van de rechtbank ongrondwettig blijft wanneer het biologisch vaderschap van de aspirant-erkenner wel wordt betwist. Deze stelling is ons inziens niet verdedigbaar. Aangezien ingevolge het arrest dat het Arbitragehof in 1992 wees de rechtbank niet over een opportuniteitsoordeel beschikte wanneer de moeder het vaderschap van de aspirant-erkenner betwistte en het Arbitragehof op 14 mei 2003 dit opportuniteitsoordeel – ten gevolge waarvan de erkenning (in strijd met de biologische werkelijkheid) zou kunnen worden geweigerd – grondwettig achtte, zelfs in een geval dat de moeder dit vaderschap niet in vraag stelde, moet *a fortiori* worden besloten dat in de visie van het Arbitragehof de rechtbank ook controlebevoegdheid moet hebben indien de moeder het biologisch vaderschap betwist; het tegengestelde beweren zou totaal onlogisch zijn.

360 Het Arbitragehof wil blijkbaar een dubbele bescherming bieden voor kinderen van minder dan vijftien jaar die het voorwerp zijn van een erkenning door een man.

– *Primo* zou rekening moeten worden gehouden met de toestemming van deze kinderen tot de erkenning, die zij persoonlijk kunnen geven indien zij in staat zijn een eigen mening te vormen, zoniet via vertegenwoordiging "door de personen die voor hem instaan" (overweging B.7.2 *in fine*).;

De vraag rijst wie als vertegenwoordiger zou kunnen optreden van de minderjarige die jonger is dan vijftien jaar en nog niet in staat is een eigen mening over de erkenning te vormen, teneinde in zijn naam al dan niet tot de erkenning toe te stemmen. Een niet-ontvoogde minderjarige staat onder ouderlijk gezag. Indien enkel zijn afstamming van moederszijde vaststaat heeft zijn moeder de hoedanigheid van wettelijke vertegenwoordiger als enige ouder. Indien de moeder gehuwd is – met een andere man dan de erkenner – (hypothese beoogd in art. 320 B.W.), wordt het kind in een regime van gezamenlijke gezagsuitoefening vertegenwoordigd door zijn beide ouders, nl. door de moeder en haar echtgenoot; in een regime van uitsluitende gezaguitoefening zal de ouder die het gezag alleen uitoefent ook de wettelijke vertegenwoordiger van het kind zijn. Tegenstrijdigheid van belangen tussen het kind en zijn wettelijke vertegenwoordiger zijn niet denkbeeldig.
De idee dat een kind moet worden vertegenwoordigd in een procedure ex artikel 319 § 3 B.W. staat lijnrecht tegenover duidelijke cassatierechtspraak die eerder werd gewezen. Het Hof van Cassatie heeft in 1993 immers ondubbelzinnig geoordeeld dat het kind van minder dan vijftien jaar dat het voorwerp is van een erkenning door een man, geen partij is in de procedure o.g.v. artikel 319 § 3 B.W., noch als eiser, noch als verweerder en dat het daarom ook niet moet worden vertegenwoordigd door zijn wettelijke vertegenwoordiger, noch door een voogd *ad hoc* (Cass. 29 april 1993, *Arr. Cass.* 1993, 416, *Pas.* 1993, I, 411, *R.W.* 1993-94, 508 en *T.B.B.R.* 1994, 219, concl. J.-M. PIRET en noot N. DENIES).

– *Secundo* moet de rechtbank de mogelijkheid hebben om controle uit te oefenen op het belang van het kind indien zij oordeelt over een verzoek tot

erkenning na toestemmingsweigering door de moeder, het kind of diens vertegenwoordiger.

361 Het Arbitragehof heeft zich voorstander getoond van een stelsel waarin het belang van het minderjarig kind bij elke erkenning door een man in aanmerking zou moeten worden genomen bij het oordeel van de rechtbank of de erkenning al dan niet kan plaatsvinden. Dit is ons inziens misschien niet de meest wenselijke, maar alleszins een coherente regeling.

De oplossing het belang van het kind bij elke erkenning in aanmerking te nemen vindt steun in artikel 3.1 I.V.R.K. en gaat er van uit dat de erkenning een "maatregel betreffende kinderen" is, waarbij de belangen van het kind de eerste overweging (moeten) vormen. De tegenovergestelde oplossing – die erin bestaat het belang van het kind bij geen enkele erkenning te laten spelen – zou tegemoet komen aan de nood het afstammingsrecht te vereenvoudigen en is een noodzakelijke voorwaarde om het afstammingsrecht in overeenstemming te brengen met de biologische werkelijkheid. Het is overigens zeer de vraag of de afstamming van een kind moet worden beschouwd als een maatregel, waarbij zijn belang de eerste overweging vormt. Wanneer de afstamming van een kind langs moederszijde automatisch wordt vastgesteld o.g.v. de geboorteakte en langs vaderszijde automatisch voortspruit uit de toepassing van de vaderschapsregel, komt het belang van het kind ook niet aan bod (J. GERLO, "Het Verdrag inzake de rechten van het kind en het Belgische personen- en familierecht", in X (ed.), *KINDERRECHTENGIDS*, Gent, Mys & Breesch, 1998, Deel 1, 1.2, p. 27, nr. 50).

362 De rol van de biologische werkelijkheid – vergroot door de arresten van 21 december 1990 en 8 oktober 1992 – is na het arrest van 14 mei 2003 verminderd, ten voordele van het belang van het kind (zie ook verder, nr. 368).

b. Herleving van de rechtspraak uit de periode 1987-1990

363 De rechtspraak gewezen in de periode na de inwerkingtreding van de Afstammingswet op 6 juni 1987 en vóór 21 december 1990 – datum van het eerste arrest van het Arbitragehof i.v.m. artikel 319 § 3 B.W. – verloor haar relevantie toen het Arbitragehof in zijn arrest van 21 december 1990 de door de wet vereiste toestemming van de moeder in zekere mate ongrondwettig verklaarde en zijn oordeel verduidelijkte in een arrest van 8 oktober 1992, waarna de rechtbank van eerste aanleg waarbij de aspirant-erkenner zijn verzoek tot erkenning aanhangig heeft gemaakt de erkenning in alle gevallen moest toestaan, zonder nog te kunnen oordelen of die erkenning in overeenstemming is met het belang van het kind.

De rechtspraak uit dit tijdvak heeft echter haar relevantie herwonnen sinds het arrest dat het Arbitragehof wees op 14 mei 2003, waarin de opportuniteitscontrole door de rechtbank, gebaseerd op het belang van het kind dat jonger is dan vijftien jaar, grondwettig werd geacht.

Uit een analyse van de vonnissen en arresten die werden gewezen in gevallen waarin niet werd bewezen dat de aspirant-erkenner niet de vader is, blijkt op welke manier de rechtspraak de blanco-norm die artikel 319 § 3 vierde lid B.W. inhoudt, heeft ingevuld.

364 De rechtbanken hebben herhaaldelijk een beroep gedaan op het Openbaar Ministerie om een sociaal onderzoek te laten uitvoeren dat informatie kan bieden over de leefomstandigheden van de verzoeker (zie bv. Rb. Namen 29 juni 1988, *J.L.M.B.* 1989, 1453, noot P.H.).

Dergelijk verzoek werd tot het Openbaar Ministerie gericht o.g.v. een analogische toepassing van artikel 872 eerste lid Ger. W., hetgeen bepaalt dat de rechter van het Openbaar Ministerie kan vorderen inlichtingen in te winnen over de punten die hij op beperkende wijze aangeeft, "inzake uitoefening van de ouderlijke macht, bewaring van kinderen, verblijf van de echtgenoten, uitkering tot onderhoud en adoptie van kinderen". De Rechtbank van Eerste Aanleg te Namen verantwoordt de toepassing van deze bepaling in afstammingszaken door de vaststelling dat afstammingsgeschillen, naargelang het geval, repercussies kunnen of moeten hebben op de uitoefening van het ouderlijk gezag en de bewaring van de kinderen (Rb. Namen 3 mei 1989, *J.T.* 1989, 539 en *R.R.D.* 1989, 311, noot E. CEREXHE en *Waarvan Akte* 1990, 57).
In dit verband moet worden opgemerkt dat het belang van het kind bij een erkenning door een man moet worden onderscheiden van het belang van het kind bij de beoordeling van een vordering i.v.m. ouderlijk gezag en omgangsrecht (zie verder, nr. 367).

In sommige gevallen hebben de rechtbanken een door de moeder gevraagd maatschappelijk onderzoek geweigerd, waarna de erkenning nu eens werd toegelaten, dan weer werd geweigerd, afhankelijk van de concrete situatie.

– Zo achtte de Rechtbank van Eerste Aanleg te Aarlen het sociaal onderzoek dat de moeder vroeg niet pertinent aangezien de feiten die zij opwierp – zelfs al zouden ze bewezen worden – niet voldoende zwaarwichtig waren om het belang van het kind te compromitteren. De rechtbank oordeelde dat het in het belang van het kind is een vader te hebben, ook al is diens gedrag niet steeds onberispelijk geweest. Met een verwijzing naar het recht op eerbiediging van het gezinsleven van het kind, gewaarborgd door artikel 8.1 E.V.R.M., besloot de rechtbank dat de erkenning kon plaatshebben (Rb. Aarlen 12 juli 1990, *T.B.B.R.* 1991, 76).

– De erkenning door de biologische vader van een negenjarig kind werd door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel niet toegestaan in een geval waarin de aspirant-erkenner zich gedurende vier jaar totaal niet om het kind had bekommerd en niet bewees of aanbood te bewijzen dat hij op een of andere manier geprobeerd had een affectief contact met het kind te behouden of te betonen; de vraag naar een maatschappelijk onderzoek werd afgewezen wegens de gevaren voor het psychologisch evenwicht van het kind (Rb. Brussel 1 juni 1988, *J.L.M.B.* 1989, 1451).

365 De rechtspraak was het niet eens over de vraag of er een vermoeden *juris tantum* bestaat dat een erkenning door de biologische vader – behoudens tegenbewijs geleverd door degenen die tot de erkenning moeten toestemmen – in het belang van het kind is.

Uit de bewoordingen van artikel 319 § 3 vierde lid B.W. kan volgens de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel niet worden afgeleid dat de biologische afstammingsband op zich – als waarheidsprincipe – in het belang van het kind is wat de erkenning betreft of een criterium is dat de bovenhand moet halen in de appreciatie van dit belang, dat, integendeel, *in concreto* en op autonome wijze moet worden onderzocht (Rb. Brussel 1 juni 1988, *J.L.M.B.* 1989, 1451: de erkenning werd geweigerd). Later oordeelde dezelfde rechtbank dat het belang van het kind kan bestaan in het intrinsiek voordeel dat elke mens heeft bij het kennen van zijn eigen [genetische] vader (Rb.

Brussel 5 april 1989, *R.R.D.* 1989, 309, noot E. CEREXHE en *Waarvan Akte* 1990, 56: de erkenning werd toegestaan).

Rond hetzelfde tijdstip stelde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Bergen als principe voorop dat het raadzaam is de voorrang te geven aan de erkenning van een kind door zijn biologische vader wanneer deze erkenning niet objectief gezien strijdig lijkt met het belang van het kind en oordeelde in het voorliggende geval dat de erkenning kon plaatsvinden (Rb. Bergen 22 maart 1989, *onuitg.*, aangehaald door D. PIRE, "Inédits de droit de la famille (V-3). Filiation", *J.L.M.B.* 1991, (1082) 1090, voetnoot 10 *in fine*).
Het Hof van Beroep te Bergen hervormde dit vonnis en stelde uitdrukkelijk dat uit de bewoordingen van de Afstammingswet niet kan worden afgeleid dat de biologische afstammingsband als dusdanig een vermoeden zou inhouden dat het kind belang heeft bij de erkenning of dat dit een doorslaggevend criterium zou zijn bij de beoordeling van dat belang. De rechtbank moet de belangen van het kind *in concreto* en autonoom beoordelen. Nu volgens het hof vaststond dat de erkenning het leven van het kind kon belasten en zijn psychologisch en affectief evenwicht in het gedrang kon brengen, moest de rechtbank volgens het hof beslist hebben dat de erkenning niet mocht plaatsvinden (Bergen 1 maart 1990, *Pas.* 1990, II, 178).
Dit arrest waarin geoordeeld werd dat de erkenning niet kon doorgaan is vatbaar voor kritiek, te meer daar het hof in hetzelfde arrest het bestreden vonnis bevestigde in zoverre het de erkenning van het kind door de tweede echtgenoot van de moeder – die plaatsvond na haar weigering m.b.t. de erkenning door de biologische vader – nietig had verklaard, met als gevolg dat het kind zonder vaststelling van zijn afstamming langs vaderszijde is achtergebleven.

Het Arbitragehof heeft meer dan een decennium later in dat verband geoordeeld dat er gevallen kunnen bestaan waarin het juridisch vastleggen van de afstamming van een kind van vaderszijde voor dat kind nadelig is. "Ook al kan men doorgaans ervan uitgaan dat het in het belang van het kind is dat zijn afstamming van beide zijden wordt vastgesteld, toch kan men niet onomstotelijk voorhouden dat dit altijd het geval is" (overweging B.5 in Arbitragehof nr. 66/2003, 14 mei 2003, *B.S.* 20 oktober 2003, (50820) 50821).

366 De notie "belang van het kind" werd in de periode 1987-1990 vanuit verschillende perspectieven bekeken en niet alleen vanuit een patrimoniale, maar ook vanuit een morele en psychologische invalshoek benaderd.

– Zo oordeelde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel dat het belang van het kind kan worden beoordeeld vanuit materieel oogpunt, maar ook vanuit psychologisch en moreel oogpunt (Rb. Brussel 5 april 1989, *R.R.D.* 1989, 309, noot E. CEREXHE en *Waarvan Akte* 1990, 56: niettegenstaande de uiterst conflictueuze situatie tussen de moeder en de biologische vader werd deze laatste gemachtigd om zijn vijfjarig kind te erkennen, waarmee hij sinds verschillende jaren via tal van procedures geprobeerd had contact te behouden).
– Ook de Rechtbank van Eerste Aanleg te Marche-en-Famenne wees erop dat het belang van het kind niet alleen vanuit patrimoniaal, maar ook vanuit moreel oogpunt moest worden benaderd. Nu uit de voorgelegde stukken bleek dat de aspirant-erkenner wel degelijk de vader van het tweejarig kind was, hij ongeveer drie jaar met de moeder had samengeleefd en vele maanden als vader van het kind werd beschouwd, oordeelde de rechtbank dan ook dat de erkenning kon plaatsvinden (Rb. Marche-en-Famenne 25 februari 1988, weergegeven door C. PANIER, "Inédits de droit de la famille (II-2). Le nouveau droit de la filiation (loi du 31 mars 1987)", *J.L.M.B.* 1988, (685) 686-687).

367 Bij de beoordeling van het belang van het kind worden afstamming en ouderlijk gezag dikwijls in één adem genoemd.

Zo is VIEUJEAN van mening dat de rechtbank moet weigeren de erkenning toe te staan wanneer de aspirant-erkenner onwaardig en als vader ongewenst is en het bovendien wenselijk is voor het kind dat hij niet bekleed is met het ouderlijk gezag (E. VIEUJEAN, "Le nouveau droit de la filiation", *Ann. dr. Liège* 1987, (97) 116, nr. 21). In dezelfde zin oordeelde het Hof van Beroep te Luik dat de erkenning door een man ondanks de toestemmingsweigering van de moeder toch kan

plaatsvinden wanneer zij niet nadelig is voor het kind. De erkenning werd toegelaten nu de erkenner ongeveer drie jaar met moeder en kind had samengeleefd en de moeder niet bewees dat hij niet de vader was, noch dat hij onwaardig zou zijn of het kind verlaten had, noch dat de erkenning schadelijk zou kunnen zijn voor het kind (Luik 30 juni 1989, *Rev. trim. dr. fam.* 1990, 235). Wat de onwaardigheid betreft, kan worden opgemerkt dat er vandaag wellicht geen oorzaken van onwaardigheid inzake erkenning meer zullen worden aanvaard (zie Rb. Hasselt 23 maart 1999, *Limb. Rechtsl.* 1999, 252, noot J. DE BUS; zie boven, nr. 290).

368 Nochtans moet een onderscheid worden gemaakt tussen de betekenis van de notie "belang van het kind" bij de vaststelling van de afstamming via erkenning en deze bij een oordeel over de gevolgen van de afstamming, bv. op het vlak van ouderlijk gezag en omgangsrecht.
In laatstgenoemde geschillen moet de rechtbank alleen het actuele belang van het kind nagaan en heeft haar uitspraak slechts een gezag van gewijsde *rebus sic stantibus*, zodat zij steeds vatbaar is voor wijzigingen wanneer het – geëvolueerde – belang van het kind dit vereist. Bij het opportuniteitsoordeel inzake erkenning door een man beoogt de wet niet alleen het actuele, maar ook het toekomstige belang van het kind, zodanig dat de beslissing van de rechtbank ook een prognose vraagt omtrent de verdere levensloop van het betrokken kind en de aspirant-erkenner (P. SENAEVE, "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 101, nr. 176; de auteur voegt eraan toe dat de uitspraak van de rechtbank hier een volledig gezag van gewijsde heeft, wat inhoudt dat zij geenszins vatbaar is voor latere wijziging, hoezeer ook de omstandigheden sindsdien gewijzigd zouden zijn; in dezelfde zin: G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, V. DE SAEDELEER en K. JACOBS, "Overzicht van rechtspraak. Personen- en familierecht (1988-1994)", *T.P.R.* 1994, (2073) 2230, nr. 339).

Bezwaren tegen mogelijke gevolgen van de afstamming (bv. uitoefening van ouderlijk gezag en effectuering van omgangsrecht) mogen volgens een deel van de rechtspraak niet in aanmerking worden genomen bij de beoordeling of de vaststelling van de afstamming via erkenning al dan niet in het belang van het kind is.

De vrees van de moeder dat de aspirant-erkenner van plan is het kind in een nieuw gezin op te voeden (zie Rb. Brugge 10 april 1990, *R.W.* 1990-91, 1240, noot J. GERLO) kan alleen tijdens een geding voor de jeugdrechtbank aan bod komen, niet in het raam van een procedure o.g.v. artikel 319 § 3 vierde lid B.W. (in die zin: J. GERLO, "De erkenning, door een man, van een buitenhuwelijks kind", (noot onder Rb. Brugge 7 november 1989, Rb. Brugge 13 maart 1990, Rb. Brugge 10 april 1990 en Rb. Brugge 26 juni 1990), *R.W.* 1990-91, (1241) 1242, nr. 3). Eventuele bezwaren tegen een omgangsrecht voor de erkenner kunnen niet als motivering worden gebruikt om de erkenning te ontzeggen (Rb. Gent 2 november 2000, *T.G.R.* 2001, 6, noot, in hoger beroep bevestigd door Gent (1ste kamer) nr. 2001/AR/721, 24 januari 2002, *onuitg.*).

c. Algemene synthese

– Een vergelijking tussen artikel 319 § 2 B.W. en artikel 313 B.W. leert dat man en vrouw ongelijk worden behandeld, in die zin dat een meerderjarig kind wel een vetorecht heeft tegen een erkenning door een man en niet tegen

een erkenning door een vrouw. Artikel 319 § 2 B.W. werd in dat opzicht expliciet grondwettig bevonden en artikel 313 B.W. werd impliciet ongrondwettig geacht in het arrest dat het Arbitragehof wees op 26 juni 2002. Toch is de draagwijdte van dit arrest niet zo groot dat de toestemming van het kind vereist kan worden bij de erkenning door een vrouw, zonder wetswijziging. De juridische bevestiging van de biologische werkelijkheid via een erkenning door de biologische vader kon – en kan – dus absoluut worden verhinderd door het meerderjarig kind.

– Een vergelijking tussen artikel 319 § 3 eerste lid B.W. en artikel 313 B.W. bevat een tweede ongelijkheid tussen man en vrouw. Het Arbitragehof oordeelde in zijn arresten van 21 december 1990 en 8 oktober 1992 dat de man wordt gediscrimineerd, aangezien enkel hij geremd kan worden in zijn opzet een minderjarig kind jonger dan vijftien jaar te erkennen omwille van de vereiste toestemming door de moeder, terwijl de erkenning door een vrouw geenszins afhankelijk wordt gemaakt van enige toestemming. In toepassing van de arresten van 1990 en 1992 moest het biologisch vaderschap van de aspirant-erkenner ook juridische realiteit worden, aangezien de rechtbank de erkenning moest toestaan indien niet bewezen werd dat de aspirant-erkenner niet de biologische vader van het kind was.
Nu het Arbitragehof de mogelijkheid voor de moeder om haar toestemming tot de erkenning te weigeren in het arrest van 14 mei 2003 niet problematisch achtte in het licht van het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel, maar zich integendeel voorstander toonde van een uitbreiding van deze mogelijkheid tot minderjarigen jonger dan vijftien jaar, hoewel die mogelijkheid niet in artikel 319 § 3 eerste lid B.W. is voorzien, kan een erkenning door de biologische vader in toepassing van dit laatste arrest via een toestemmingsweigering van zijn moeder worden verhinderd, vermits de rechter volgens het hof over een controlebevoegdheid in het belang van het kind beschikt (de arresten van het Arbitragehof d.d. 21 december 1990 en 8 oktober 1992 ten spijt).

– Een vergelijking tussen artikel 319 § 3 tweede lid B.W. en artikel 313 B.W. leidt tot een derde ongelijkheid tussen man en vrouw. Enkel wanneer een man een minderjarige van vijftien jaar of ouder wil erkennen, moet dit minderjarig kind tot deze erkenning toestemmen, niet indien een vrouw dezelfde minderjarige wenst te erkennen. Dit verschil in behandeling werd ongrondwettig bevonden door het Arbitragehof in zijn arrest van 6 juni 1996.
De juridische bevestiging van de biologische werkelijkheid via een erkenning door de biologische vader kon – en kan – dus indirect worden belet door het minderjarig kind van vijftien jaar of ouder, op zijn initiatief, aangezien hij tot de erkenning moet toestemmen en de rechtbank na deze toestemmingsweigering over een opportuniteitsoordeel beschikt.

Enkel indien, na een toestemmingsweigering, wordt bewezen dat de kandidaat-erkenner niet de biologische vader is van het te erkennen minderjarig kind, zal de rechtbank, zonder opportuniteitsoordeel, – en conform de biologische werkelijkheid – het verzoek tot erkenning moeten afwijzen. In alle andere gevallen beslist de rechtbank met inachtneming van de belangen van het kind of de erkenning al dan niet kan plaatsvinden.

Uit het voorgaande blijkt dat er in het huidige recht geen determinerende rol is weggelegd voor de biologische werkelijkheid, noch voor de notie "belang van het kind".

369 Ondanks het feit dat verschillende facetten van artikel 319 § 3 B.W. door het Arbitragehof ongrondwettig werden bevonden, is deze bepaling nog altijd in ongewijzigde vorm in het Burgerlijk Wetboek opgenomen gebleven.

De arresten van 6 juni 1996 en 14 mei 2003 kunnen ons inziens gelezen worden als een nagenoeg volledige terugkeer naar de wettekst van artikel 319 § 3 B.W. In navolging van eerstgenoemd arrest moet artikel 319 § 3 B.W. worden toegepast voor minderjarigen ouder dan vijftien jaar. Laatstgenoemd arrest brengt evenwel de correctie aan dat niet alleen de moeder, maar ook het kind jonger dan vijftien jaar – vertegenwoordigd indien het niet in staat is zijn eigen mening inzake de erkenning te vormen – de mogelijkheid moet hebben om te weigeren tot de erkenning toe te stemmen en op die manier de rechter ertoe kan brengen rekening te houden met zijn belang. Het in artikel 319 § 3 vierde lid B.W. bepaalde opportuniteitsoordeel van de rechtbank, dat in 1992 nog ongrondwettig werd bevonden, heeft meer dan tien jaar later aan draagkracht gewonnen, nu de rechter die zich voegt naar het arrest dat het Arbitragehof wees op 14 mei 2003 het belang van het kind jonger dan vijftien jaar ook in aanmerking moet nemen wanneer hij moet oordelen over het verzoek van een man tot erkenning van dit kind, niet alleen na toestemmingsweigering van de moeder, maar evenzeer na toestemmingsweigering van de minderjarige of diens vertegenwoordiger.

§ 6. Vormvereisten

A. EEN AUTHENTIEKE AKTE, MAAR GEEN TESTAMENT

370 Indien de erkenning niet is geschied in de geboorteakte, kan zij geschieden bij authentieke akte, met uitsluiting van het testament (art. 327 B.W.).
– Een onderhandse akte is niet werkzaam als erkenning en heeft geen enkele waarde.
De authentieke vorm is een geldigheidsvereiste voor de erkenning zelf; het authentiek karakter van de akte is vereist, enerzijds vanuit de noodzaak om de aandacht van de erkenner te vestigen op het belang van zijn erkenning, anderzijds omwille van het belang van de bewaring van het bewijs in een belangrijke materie als de staat van de persoon (H. De Page en J.-P. Masson, *Traité*, II/2, 890, nr. 893).

371 De wilsverklaring in een authentieke akte dient niet in bepaalde en sacramentele bewoordingen te worden gedaan; de erkenning van een kind kan bv. blijken uit de aangifte van de geboorte bij de ambtenaar van de burgerlijke stand door een man die zichzelf als vader laat opnemen in de geboorteakte (Cass. 9 september 1960, *Arr. Cass.* 1961, 32, *Pas.* 1961, I, 36 en *R.W.* 1960-61, 1129; Brussel 18 november 1964, *Pas.* 1965, II, 246 en *Rev. adm.* 1966, 157).

372 Evenmin is vereist dat de erkenning in een afzonderlijke en uitsluitend daartoe bestemde authentieke erkenningsakte wordt opgenomen. Ze kan ook in een huwelijksakte voor de ambtenaar van de burgerlijke stand, in een akte van toestemming tot het huwelijk opgemaakt door de rechtbank, of in een andere notariële akte worden opgenomen, bv. een huwelijkscontract of een schenkingsakte (H. De Page en J.-P. Masson, *Traité*, II/2, 893, nr. 896). De erkenning leidt in deze akten een autonoom bestaan.

Tijdens de parlementaire voorbereiding werd gesignaleerd dat het zelfs kan gebeuren dat een notaris die de akte verlijdt niet weet dat het in feite om een erkenning gaat; zulks kan het geval zijn wanneer een man voor de instrumenterende notaris verschijnt om bij authentieke akte zijn goederen aan "zijn kind" te legateren (Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 97).

Ook de akte van aangifte van een levenloos kind (zie art. 80*bis* B.W.) is een authentieke akte, aangezien zij wordt opgemaakt door de ambtenaar van de burgerlijke stand. Toch zal een man een doodgeboren kind niet kunnen erkennen aangezien de erkenning van een overleden kind pas mogelijk is indien het kind zelf afstammelingen heeft nagelaten, *quod non* (zie verder, nr. 401).

373 Het is echter onmogelijk om meerdere kinderen in één akte te erkennen. Voor ieder kind dat wordt erkend, moet een afzonderlijke erkenningsakte worden opgesteld. Indien de erkenner op het ogenblik van zijn – prenatale – erkenning niet op de hoogte was dat het een meerling betrof, belet niets dat hij op een later tijdstip het tweede kind of eventuele volgende kinderen in (een) afzonderlijke akte(n) erkent (X, "Erkenning op voorhand van een meerling", *De Burg. St.* 1996, 320-321).

374 Drie verschillende gevallen kunnen worden onderscheiden: vooreerst is het mogelijk dat een kind al wordt erkend in de geboorteakte (1); daarnaast kan het – op een later tijdstip – worden erkend in een afzonderlijke akte, opgemaakt door een ambtenaar van de burgerlijke stand (2). Tenslotte is het ook mogelijk dat een kind in een notariële akte wordt erkend, voor zover het niet gaat om een erkenning bij testament (3).

1. Erkenning in de geboorteakte

375 De erkenning van een kind kan geschieden op het ogenblik van de aangifte van de geboorte die overeenkomstig artikel 55 B.W. wordt gedaan aan de plaatselijke ambtenaar van de burgerlijke stand binnen de vijftien dagen na de bevalling. De mogelijkheid tot erkenning in de geboorteakte is uitdrukkelijk in de aanhef van artikel 327 B.W. opgenomen.

376 De ambtenaar van de burgerlijke stand van de geboorteplaats van het kind is territoriaal bevoegd om de erkenning in de geboorteakte te akteren (art. 55 B.W.).

377 Wanneer het kind door een man in de geboorteakte wordt erkend, komen de afstamming van moederszijde en deze van vaderszijde tegelijkertijd vast te staan, met als gevolg dat het kind onmiddellijk de familienaam van de vader zal dragen, behalve indien de erkenner gehuwd is en een kind erkent dat tijdens het huwelijk door een andere vrouw dan zijn echtgenote is verwekt (art. 335 § 1 B.W.).

In dergelijk geval moet de in de geboorteakte geakteerde erkenning gehomologeerd worden door de rechtbank, wordt ze definitief vanaf de overschrijving van het homologatievonnis in de rand van de erkenningsakte en heeft ze uitwerking vanaf de datum van het verzoekschrift tot homologatie (art. 319*bis* B.W.). Dit betekent dat indien het verzoekschrift tot homologatie na de opmaak van de erkenningsakte werd ingediend, het kind de naam van zijn moeder zal (blijven) dragen, overeenkomstig artikel 335 § 3 eerste lid B.W. – aangezien de afstamming van vaderszijde is komen vast te staan na deze van moederszijde –, maar dat de moeder en de erkenner samen in een door de ambtenaar van de burgerlijke stand opgemaakte akte kunnen verklaren dat het kind de naam van zijn vader (erkenner) zal dragen. De ambtenaar zal deze akte niet kunnen opmaken zonder de instemming van de echtgenote van de erkenner; pas indien de zaak voor de rechtbank van eerste aanleg wordt gebracht, zal de naamswijziging zonder deze instemming kunnen worden opgemaakt, nu het Arbitragehof artikel 335 § 3 tweede lid ongrondwettig heeft verklaard (Arbitragehof nr. 38/93, 19 mei 1993, *B.S.* 9 juni 1993, 14157, *R.W.* 1993-94, 121 en *Rev. trim. dr. fam.* 1993, 407; zie hierover uitgebreider G. VERSCHELDEN, "Het Belgisch afstammingsrecht in het licht van het gelijkheidsbeginsel, *T.B.B.R.* 2000, (126) 145-146, nrs. 49-51). In toepassing van dit arrest oordeelde de lagere rechtspraak al meermaals dat de verklaring tot naamswijziging bij de ambtenaar van de burgerlijke stand kan worden afgelegd zonder de instemming van de echtgenote van de overspelige man (zie bv. Rb. Antwerpen 7 december 1993, *R.W.* 1994-95, 334, noot; Rb. Nijvel 19 januari 1994, *J.T.* 1995, 708; Rb. Hasselt 22 februari 1994, opgenomen in P. SENAEVE en A. DE WOLF, *Rechtspraak Personen- en familierecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1994, 146 en Rb. Nijvel 4 mei 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1994, 776).

Het is evenwel niet aangewezen om de erkenning van een in overspel *a patre* verwekt kind in de geboorteakte te akteren, nu in dat geval uitdrukkelijk moet worden vermeld dat de erkenning gebeurt onder voorbehoud van homologatie. Het vermelden van deze voorwaarde bezwaart de geboorteakte onnodig. Een erkenning in de geboorteakte kan immers later – mocht de erkenning niet gehomologeerd worden – aanleiding geven tot pijnlijke vaststellingen bij het afleveren van kopieën van de geboorteakte (Th. OVERLAET, "Erkenning van een kind door een gehuwd man: art. 319bis B.W.", *De Burg. St.* 1990, (208) 209).

2. *Erkenning in een afzonderlijke akte, opgemaakt door de ambtenaar van de burgerlijke stand*

378 De ambtenaar van de burgerlijke stand kan ook een speciale, daartoe bestemde akte opmaken waarin een kind wordt erkend.

Dergelijke erkenningsakte dient een aantal verplichte vermeldingen te bevatten die zijn opgenomen in artikel 62 § 1 B.W.:

1° de voornamen, de naam, de geboorteplaats en de geboortedatum van het kind;
2° de voornamen, de naam, de woonplaats, de geboorteplaats en de geboortedatum van degene die het kind erkent en van de ouder ten aanzien van wie de afstamming reeds vóór de erkenning vaststond;
3° in voorkomend geval, de toestemming van de personen bedoeld in artikel 319 §§ 2 tot 4 B.W., met vermelding van de voornamen, de naam, de woonplaats en de geboorteplaats en geboortedatum van de wettelijke vertegenwoordiger van het kind indien hij in de erkenning heeft toegestemd.

Evident kan bij een prenatale erkenning in de erkenningsakte geen melding worden gemaakt van de gegevens die pas na de de geboorte gekend zijn, zodat artikel 62 § 1 B.W. niet volledig toepassing kan vinden. Het kind zal in de erkenningsakte worden aangeduid als het kind dat zal geboren worden uit de *nominatim* genoemde moeder. Bij voorkeur zal de erkenner een afschrift van de erkenningsakte ontvangen, zodat hij later – bij de aangifte van de geboorte – van zijn erkenning gewag kan maken en als vader kan worden vermeld in de geboorteakte (*Vr. en Antw.* Senaat B.Z. 1987-88, z.d., (303) 304 (Vr. nr. 9 VAN ROMPAEY d.d. 6 november 1987), eveneens opgenomen in X, "Akte van erkenning van een ongeboren kind. Publiciteitsmaatregelen", *De Burg. St.* 1988, 62).

Indien de personen bedoeld in artikel 319 § 4 B.W. niet tot de erkenning hebben toegestemd in de erkenningsakte, maar er niet tegen zijn opgekomen binnen de in dat artikel gestelde termijn of indien hun verzoek tot nietigverklaring is afgewezen bij een in kracht van gewijsde gegaan vonnis of arrest, wordt daarvan melding gemaakt op de kant van de erkenningsakte (art. 62 § 1 tweede lid B.W.).

379 Voor de publiciteit van een erkenningsakte, opgemaakt door de ambtenaar van de burgerlijke stand, zie verder, nrs. 453-456.

3. Erkenning bij notariële akte, met uitsluiting van het testament

380 Een erkenningsakte kan worden geakteerd door een notaris, in een specifiek daartoe bestemde akte of in een andere notariële akte. *Normaliter* zal de notaris wel een afzonderlijke erkenningsakte opmaken, aangezien de vormvereisten voor een erkenning bijna nooit vervuld zullen zijn wanneer de erkenning één geheel vormt met een andere akte.

381 Onder het oude afstammingsrecht was het niet mogelijk om een kind te erkennen in een eigenhandig ondertekend testament (Rb. Turnhout 5 maart 1874, *Pas.* 1874, III, 119), maar wel om een erkenning te verrichten bij authentiek testament (zie bv. Rb. Brussel 13 januari 1875, *Pas.* 1875, III, 89). Deze mogelijkheid werd door de Afstammingswet van 31 maart 1987 met ingang van 6 juni 1987 afgeschaft. Met de uitsluiting van het testament in artikel 327 B.W. worden alle vormen van het testament bedoeld (olografisch, authentiek en internationaal) (Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 98).

Voor de afschaffing van een erkenning bij testament waren goede redenen: een erkenning die op dergelijke wijze wordt gedaan, blijft geheim tot op het ogenblik van het overlijden van de testator en in geval van testamentaire erkenning door een man kunnen moeder en/of kind hun toestemmingsrecht niet uitoefenen (Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 98). Meteen is ook het vroeger twistpunt aangaande de herroepbaarheid van een erkenning in een testament weggevallen (zie dienaangaande: R. VANCRAENENBROECK, "Overgangsbepalingen", in G. BAETEMAN (ed.)., *Afstamming en adoptie*, Brussel, E. Story-Scientia, 404-405, nr. 623, voetnoot 149).

Krachtens artikel 117 Afstammingswet blijven erkenningen gedaan in authentieke testamenten die verleden zijn vóór 6 juni 1987 geldig (voor een toepassing, zie Luik (1ste kamer) nr. 2001/RG/820, 16 oktober 2001, *onuitg.*). De datum van de authentieke akte is bepalend, het feit dat de testator-erkenner nog in leven was op 6 juni 1987 betekent niet dat hij tot een nieuwe erkenning moet overgaan (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 327 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 4, nr. 9).

382 Wat de inhoud van de notariële akte betreft, dient de notaris de algemene regels m.b.t. elke notariële akte toe te passen en zal hij zich, bij gebrek aan specifieke voorschriften, laten inspireren door de vermeldingen die de ambtenaar van de burgerlijke stand moet opnemen o.g.v. artikel 62 B.W. (zie boven, nr. 378).

Zo dient een notariële erkenningsakte in elk geval de gegevens opgesomd in artikel 62 § 1 B.W. te vermelden.
Daarnaast kunnen nog een aantal facultatieve vermeldingen worden opgenomen, die nuttig zijn voor een behoorlijke informatie over de draagwijdte van de erkenning en kunnen dienen tot staving van het feit dat de notaris vooraf heeft nagegaan of aan de door de wet gestelde voorwaarden is voldaan.

Het kan bv. gaan om
– indien de moeder gekend is, de bevestiging dat er tussen de erkennende man en de moeder geen huwelijksbeletsel bestaat waarvoor de Koning geen ontheffing kan verlenen;
– indien de moeder van het te erkennen kind gehuwd is, de vermelding, hetzij van de vooraf met succes gevoerde betwisting van het vaderschap, hetzij van de voorafgaande machtiging van de rechtbank van eerste aanleg die conform artikel 320 B.W. werd bekomen;
– indien de moeder onbekend is, overleden is of in de onmogelijkheid verkeert haar wil te kennen te geven, de vermelding dat kennisgeving zal volgen overeenkomstig artikel 319 § 4 eerste lid B.W.;
– indien de erkennende man gehuwd is, de vermelding van de noodzaak de homologatie van de erkenning te bekomen;
– indien het kind overleden zou zijn, de vermelding dat het afstammelingen nalaat (H. CASMAN, *Notarieel familierecht*, Gent, Mys & Breesch, 1991, 204-205, nr. 575; zie ook G. MAHIEU en D. PIRE, *Droit des personnes. La filiation*, in *Rép. not.*, Brussel, Larcier, 1999, 88, nr. 81 *a)*).

Het is aangewezen ook het uur te vermelden waarop de erkenningsakte is verleden (P. WATELET en M. RENARD-DECLAIRFAYT, *La rédaction des actes notariés*, Brussel, Larcier, 1980, 221); deze vermelding kan belangrijk zijn indien meerdere erkenningen op dezelfde dag hebben plaatsgevonden: alleen de eerste erkenning heeft immers uitwerking zolang ze niet is vernietigd (art. 329 B.W., zie verder, nrs. 403-407).

Voor modellen van een notariële akte van erkenning door een man in verschillende hypotheses kan worden verwezen naar C. DE WULF en H. DE DECKER (*Het opstellen van notariële akten*, I, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994) en de *Répertoire notarial*, alwaar de meest recente (en tweetalige) modellen zijn terug te vinden, opgemaakt door G. MAHIEU en D. PIRE (Nederlandse versie door G. DEWANDRE):
– erkenning van een meerderjarig of ontvoogd kind: C. DE WULF en H. DE DECKER, *a.w.*, 207, nr. 170; *Rép. not.*, deel 1 Personenrecht, Boek XII Afstamming, p. 26-28, model 15, variant 3);
– erkenning van een niet-ontvoogde minderjarige ouder dan vijftien jaar: C. DE WULF en H. DE DECKER, *a.w.*, 210, nr. 173; *Rép. not.*, deel 1 Personenrecht, Boek XII Afstamming, p. 26-28, model 15, variant 2);
– erkenning van een niet-ontvoogde minderjarige jonger dan vijftien jaar: C. DE WULF en H. DE DECKER, *a.w.*, 209, nr. 172; *Rép. not.*, deel 1 Personenrecht, Boek XII Afstamming, p. 26-28, model 15, variant 1).
De *Algemene Modellenverzameling voor de Rechtspraktijk* (*A.M.R.*) biedt slechts één model, zie *A.M.R.*, II, Burgerlijk Recht, Afstamming, (afl. 17, 1988), 27.

383 Wat de vorm van de notariële akte betreft, gaat het zeker niet om een plechtige akte die de aanwezigheid van getuigen vereist, daar ze niet is vermeld in artikel 10 Organieke Wet Notariaat.
Of het gaat om een "eenvoudige akte" die krachtens artikel 20 Organieke Wet Notariaat in brevet mag worden verleden, is sterk betwijfelbaar (in dezelfde zin: H. CASMAN, *Notarieel familierecht*, Gent, Mys & Breesch, 1991, 194, nr. 540). De erkenningsakte komt immers niet voor in de opsomming van artikel 20 tweede lid Organieke Wet Notariaat – dat beperkend wordt uitgelegd –; daarenboven dient te worden vastgesteld dat geen enkele andere wettekst de mogelijkheid vermeldt om dergelijke akten in brevet te verlijden. Niettegenstaande er auteurs zijn die het brevet aanraden (P. WATELET en M. RENARD-DECLAIRFAYT, *La rédaction des actes notariés*, Brussel, Larcier, 1980, 223), lijkt het opmaken van een erkenningsakte in brevet ons een zeer onvoorzichtige werkwijze, aangezien steeds het risico bestaat dat het enige originele exemplaar verloren gaat, bv. in de hypothese dat de erkenner het brevet verliest.
Bovendien is er ook rechtspraak die stelt dat een in brevet verleden akte niet volstaat om een kind te erkennen.

Zo oordeelde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Leuven i.v.m. het oude artikel 334 B.W. dat de notariële akte waarin een moeder toestemt tot het huwelijk van haar buitenhuwelijkse dochter op zichzelf niet geldt als erkenning van dit natuurlijk kind, nu de akte was opgemaakt in brevet. Dergelijke akte vormde wel een begin van schriftelijk bewijs, dat kan worden aangevuld door vermoedens (Rb. Leuven 2 februari 1872, *Pas.* 1872, III, 231).

Het is dan ook aangewezen de erkenningsakte in minuut op te maken (H. CASMAN, *Notarieel familierecht*, Gent, Mys & Breesch, 1991, 194, nr. 540). De notaris is verplicht de minuut te bewaren (art. 20 eerste lid Organieke Wet Notariaat), met als nuttig gevolg dat er later afschriften kunnen worden meegegeven met de erkenner (in die zin: G. MAHIEU en D. PIRE, *Droit des personnes. La filiation*, in *Rép. not.*, Brussel, Larcier, 1999, 89, nr. 81).

384 Voor het gebrek aan publiciteit van een erkenningsakte, opgemaakt door een notaris, zie verder, nr. 454.

B. PERSONEN DIE EEN ERKENNINGSAKTE KUNNEN OPMAKEN

385 Enkel de ambtenaren van de burgerlijke stand en de notarissen zijn principieel bevoegd om een erkenningsakte op te maken.

Dit vloeit voort uit een gecombineerde lezing van de artikelen 327 en 62 B.W. en uit de voorbereidende werken van het oude artikel 334 B.W., dat na de Afstammingswet artikel 327 B.W. is geworden (H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité*, II/2, 890-891, nr. 894).

386 Discussie bestaat omtrent de vraag of een rechterlijke uitspraak akte kan verlenen van het feit dat een man een kind als het zijne erkent, m.a.w. of een vonnis of arrest als erkenning kan gelden.

Het Hof van Beroep te Brussel oordeelde met zoveel woorden dat de hoven en rechtbanken geen rechtsmacht hebben om een erkenning van vaderschap te ontvangen.

In een zaak waarin de vermoedelijke verwekker in eerste aanleg o.g.v. artikel 336 e.v. B.W. was veroordeeld tot betaling van een onderhoudsbijdrage voor het kind, wenste deze man in hoger beroep te horen zeggen voor recht dat hij de vader is van het kind, "hetgeen betekent dat appellant zijn zoon (...) erkent". Het hof overwoog dat de man zich overeenkomstig artikel 327 B.W. voor een erkenning van zijn kind tot de ambtenaar van de burgerlijke stand of een notaris dient te wenden (Brussel 28 januari 2003, *NjW* 2003, 969, noot RdC).

In de rechtsleer wordt de mogelijkheid dat een erkenning bij vonnis wordt geakteerd niet uitgesloten.

Volgens GERLO kan de rechtbank van eerste aanleg uitzonderlijk een erkenning akteren in het raam van een vordering tot onderzoek naar het ouderschap (J. GERLO, *Handboek Personen- en familierecht*, 15, nr. 29).

DE PAGE en MASSON specifiëren dat het indirect mogelijk is dat een man in het raam van een contentieuze procedure voor de rechtbank van eerste aanleg bekent dat hij de vader van het kind is. Wanneer een procespartij akte vraagt van deze bekentenis lijkt de rechter niet te kunnen weigeren daarvan akte te verlenen. Op die manier ontvangt hij geen erkenning; hij voert een daad uit die behoort tot zijn ambt, waarvan het gevolg zal zijn dat op authentieke wijze een bekentenis wordt vastgesteld die als erkenning zal gelden. Deze bekentenis van de vader moet wel volkomen vrijwillig en spontaan hebben plaatsgevonden op formele, heldere en precieze wijze en zonder ruimte te laten voor enige twijfel (H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité*, II/2, 892, nr. 895).

Wij sluiten ons aan bij deze rechtsleer. Een vonnis is alleszins een authentieke akte, zodat aan de tekst van artikel 327 B.W. voldaan is. Wanneer een man tijdens een procedure tot gerechtelijke vaststelling van zijn vaderschap of tijdens een procedure waarbij hij als vermoedelijke verwekker wordt aangesproken tot betaling van het onderhoudsgeld, *expressis verbis* verzoekt zijn erkenning bij vonnis te akteren, heeft de rechter – als openbaar ambtenaar – geen reden om te weigeren deze erkenning in zijn vonnis te akteren.

Wordt de erkenning geakteerd n.a.v. een procedure ex artikel 336 e.v. B.W., zou een probleem kunnen rijzen met het oog op de toekenning van de vordering, aangezien het gevorderde onderhoudsgeld – eens de afstamming vaststaat – niet meer kan worden toegekend o.g.v. artikel 336 B.W., maar enkel nog o.g.v. artikelen 203-203*bis* B.W. De eisende partij zal hierop gebeurlijk bij

(aanvullende) conclusie kunnen anticiperen door de vermelding van beide rechtsgronden, de tweede in ondergeschikte orde.

Ook de vrederechter is ons inziens bevoegd om een vaderlijke erkenning te akteren, nadat hij overeenkomstig artikel 319 § 3 B.W. de nodige toestemmingen heeft ontvangen (zie verder, nr. 421; eveneens in die zin: J. GERLO, *Handboek Personen- en familierecht*, 15, nr. 29; *anders*: E. MEULDERS, "Erkenning – Wie kan ze opmaken?", *De Burg. St.* 1988, 98).

387 Daarnaast moet nog worden opgemerkt dat de diplomatieke ambtenaren die aan het hoofd van een post staan en de ambtenaren van het consulair korps aan wie de functies van ambtenaar van de burgerlijke stand opgedragen zijn de akten van erkenning van kinderen mogen ontvangen, ongeacht de leeftijd en nationaliteit van de kinderen, op voorwaarde dat deze akten door Belgische staatsburgers onderschreven worden (art. 6 Wet 12 juli 1931 betrekking hebbende op zekere akten van den burgerlijke stand alsmede op de bevoegdheid der diplomatieke en consulaire ambtenaren in zake burgerlijken stand, zoals gewijzigd door art. 103 Afstammingswet).

§ 7. Modaliteiten

A. ERKENNING DOOR EEN MAN DIE NIET DE BIOLOGISCHE VADER VAN HET KIND IS

388 Hoe vreemd dit ook mag lijken, de man die een kind wil erkennen, moet geen enkel bewijs leveren en dus ook geenszins bewijzen dat hij de genetische vader van het kind is. Enkel de wil tot erkenning moet in hoofde van de erkennende man aanwezig zijn; het biologisch vaderschap is *in se* geen geldigheidsvoorwaarde voor de erkenning.

Erkenningen uit welwillendheid tegenover de moeder zijn mogelijk en komen in de praktijk vaak voor.

Nochtans blijkt uit de voorbereidende werken van de Afstammingswet dat één van de doelstellingen van de wetgever erin bestond bij de erkenning de [biologische] waarheid juridisch te bekrachtigen (M.v.T. bij wetsontwerp-VAN ELSLANDE, *Parl. St.* Senaat 1977-78, nr. 305/1, 13); daarnaast weerhield het Arbitragehof in zijn arresten nr. 39/90 van 21 december 1990 en 63/92 van 8 oktober 1992 uit de parlementaire voorbereiding van de Afstammingswet ook de bedoeling om erkenningen uit loutere welwillendheid tegenover de moeder tegen te gaan.
SENAEVE meent dat de erkenning in de optiek van ons afstammingsrecht een instelling is die beoogt een juridische afstammingsband vast te stellen tussen een man en een kind die ook genetisch van elkaar afstammen. Daarin ligt volgens deze auteur het wezenlijke onderscheid met een andere instelling die toelaat een juridische afstammingsband tussen twee personen te vestigen, nl. de adoptie. Om die redenen poneert hij dan ook de stelling dat de ambtenaar van de burgerlijke stand of de notaris moet weigeren de erkenning te akteren in gevallen van *manifeste* onmogelijkheid van genetisch vaderschap, bv. in geval van te miniem leeftijdsverschil tussen de erkenner en het te erkennen kind (P. SENAEVE, *Compendium*, 318, nr. 805). Deze zienswijze is ongetwijfeld ingegeven door PAUWELS, die reeds vóór de inwerkingtreding van de Afstammingswet schreef dat de ambtenaar de erkenning enkel moet akteren als het ouderschap van de erkenner fysiek mogelijk blijkt: "m.a.w. moet er een zeker leeftijdsverschil bestaan tussen erkenner en erkende; men kan geen kind erkennen dat men zou verwekt hebben vóór men geslachtsrijp was" (J.M. PAUWELS,

Personen- en familierecht, III, *Jeugdrecht - Verwantschapsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1986, 45, nr. 15.77, die tevens verwijst naar Rb. Brussel 3 juni 1967, *Rev. prat. not. b.* 1967, 290, noot F.L. en Brussel 30 juni 1981, *Pas.* 1981, II, 133; vgl. F. RIGAUX, *Les personnes*, I, *Les relations familiales*, Brussel, Larcier, 1971, 670, nr. 2743, die ook van oordeel was dat de ambtenaar in een dergelijk geval kan weigeren de erkenning te akteren).

In een geval waarin de leeftijd van de erkenner zijn vaderschap over de erkende kinderen uitsloot, overwoog de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen, nadat de ambtenaar zijn ambt niet had geweigerd en de erkenning van drie kinderen had geakteerd, – zonder enige motivering – "dat uit artikel 319 B.W. kan afgeleid worden dat enkel de werkelijke vader het kind kan erkennen" (Rb. Antwerpen 17 april 1989, *Pas.* 1989, III, 104, noot F.B.; de annotator van dit vonnis zag dit als een basisprincipe in deze materie).
Deze zienswijze kan niet overtuigen.

De erkenning als systeem is door de Afstammingswet behouden als wijze om de afstammingsband buiten het huwelijk te bewijzen. De ambtenaren van de burgerlijke stand of de notarissen kunnen geen enkel bewijs vereisen; hun taak is beperkt tot het verifiëren of de extrinsieke voorwaarden voor de opmaak van de erkenningsakte vervuld zijn, meer bepaald nagaan of het niet gaat om de erkenning van een kind geboren uit een gehuwde vrouw (zodat een voorafgaande machtiging tot erkenning noodzakelijk is) en of het niet om een incestueus kind gaat dat niet kan worden erkend. Hoe bizar deze situatie ook mag overkomen, de erkenning geldt onafhankelijk van de biologische afstammingsband, zolang ze niet wordt betwist (H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité*, II/2, 887-888, nr. 887 en voetnoot 1).

Adoptie kan overigens geen oplossing bieden voor de man die een juridische afstammingsband met een kind wil laten vaststellen in de hypothese dat er slechts een miniem leeftijdsverschil tussen aspirant-vader en kind bestaat, aangezien de adoptiewetgeving vereist dat de adoptant de leeftijd van vijfentwintig jaar (voor stiefouderadoptie: achttien jaar) heeft bereikt op het ogenblik van het verlijden van de adoptieakte en ten minste vijftien jaar (voor stiefouderadoptie: tien jaar) ouder is dan de geadopteerde (art. 345 B.W.).

Het openbaar karakter van zijn ambt verplicht de ambtenaar van de burgerlijke stand er toe zijn ambt te verlenen, telkens hij daartoe op wettige wijze wordt aangezocht (G. BAETEMAN, *Overzicht*, 193, nr. 331). Nu de wet geen minimumleeftijd vereist aan de zijde van de erkenner, kan de ambtenaar van de burgerlijke stand niet beslissen om de erkenning te weigeren wanneer de aspirant-erkenner niet de biologische vader van het te erkennen kind kan zijn omwille van een te miniem leeftijdsverschil tussen man en kind (zie ook E. MEULDERS, "Erkenning – De (fysische) bekwaamheid van de erkenner", *De Burg. St.* 1989, (165) 167-168, die aanraadt dergelijk geval te melden aan de procureur des Konings, die dan eventueel de vordering tot nietigverklaring van de erkenning kan instellen; in dezelfde zin: R. VAN ACKER, "Erkenning", *De Burg. St.* 1991, (292) 292).

Wanneer de notaris wordt gevraagd een erkenningsakte op te maken, kan hij niet weigeren. Principieel zijn de notarissen immers verplicht hun dienst te verlenen wanneer zij daartoe worden verzocht (art. 3 Organieke Wet Notariaat), tenzij er tegen die dienstverlening wettelijke bezwaren bestaan (vgl. Cass. 9 juli 1925, *Pas.* 1925, I, 334, binnen het kader van een overeenkomst).

De enige aanvaardbare tempering van het principe dat ook een erkenning die manifest niet overeenstemt met de biologische werkelijkheid moet worden geakteerd, is deze die voortvloeit uit een controle van de wilsgeschiktheid van de erkenner. Wanneer de erkenning niet overeenstemt met de biologische afstammingsband tussen kind en erkenner, wordt aangenomen dat de lat hoger ligt voor de wilsgeschiktheid die moet bestaan in hoofde van de erkenner: de ambtenaar van de burgerlijke stand en de notaris zullen hun ambt moeten weigeren in geval van kennelijke wilsongeschiktheid van de erkenner (F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgerlijk Recht*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2001, 703, nr. 905-906).

B. ERKENNING DOOR EEN ONBEKWAME MAN (ART. 328 EERSTE LID B.W.)

389 Luidens artikel 328 eerste lid B.W. kan de erkenning geschieden door een onbekwame.
Tijdens de parlementaire voorbereiding werd verduidelijkt dat met de term "onbekwame", de (gerechtelijk) onbekwaamverklaarde, de minderjarige en de minderjarige onder het statuut van verlengde minderjarigheid worden bedoeld. Het volstaat dat zij "over het nodige onderscheidingsvermogen beschikken om hun feitelijke toestemming te geven". De erkenning is immers een persoonlijke rechtshandeling waarvoor geen vertegenwoordiging mogelijk is (zie verder, nrs. 437-439) en waarbij geen bijstand kan worden verleend (zie met zoveel woorden het Verslag kamercommissie, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 378/16, 50).

Onder het vroegere recht werd ook al aanvaard dat een onbekwame kon erkennen, als hij maar over het nodige onderscheidingsvermogen beschikte; omwille van de algemene strekking van artikel 502 B.W. werd dit niet aangenomen voor de gerechtelijk onbekwaamverklaarde (W. DELVA, *Personen- en familierecht*, Gent, E. Story-Scientia, 1982, p. 390; J.M. PAUWELS, *Personen- en familierecht*, III, *Jeugdrecht - Verwantschapsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1986, 49, nr. 15.87; *anders* wat dit laatste aspect betreft, nl. ten gunste van de bekwaamheid van de gerechtelijk onbekwaamverklaarde: F. RIGAUX, *Les personnes*, I, *Les relations familiales*, Brussel, Larcier, 1971, 677, nrs. 2779-2781).

De meerderheid van de rechtsleer is na de inwerkingtreding van de Afstammingswet van oordeel dat een gerechtelijk onbekwaamverklaarde principieel tot erkenning kan overgaan (zie G. BAETEMAN, *Overzicht*, 586, nr. 935; M.-Th. MEULDERS-KLEIN, "L'établissement et les effets personnels de la filiation selon la loi belge du 31 mars 1987", *Ann. dr. Louvain* 1987, (213) 271, nr. 110; *anders*: H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité*, II/2, 886-887, nr. 885, waar de onbekwaamheid van de gerechtelijk onbekwaamverklaarde om tot erkenning over te gaan wordt verdedigd op basis van het onweerlegbaar vermoeden van wilsdeficiëntie in zijnen hoofde en daarnaast wordt gewezen op het gevaar dat rechtsonzekerheid kan ontstaan door het aanvaarden van de bekwaamheid tijdens een ogenblik van luciditeit).

Aan het bezwaar dat een dergelijke uitzondering op de onbekwaamheid afbreuk doet aan de rechtszekerheid die het algemeen vermoeden van onbekwaamheid bewerkstelligt, wordt in belangrijke mate tegemoet gekomen door het feit dat de erkenning enkel in een authentieke akte kan worden geakteerd. Hoewel noch van de ambtenaar van de burgerlijke stand, noch van de notaris – en overigens ook niet van de rechter – de deskundigheid van een psychiater mag worden verwacht wat betreft de inschatting van het wilsvermogen van de erkenner, de tussenkomst van een openbaar ambtenaar betekent in elk geval een bijkomend controle-element. Het feit dat de betrokkene via de toepassing van een beschermingsstatuut tegen zichzelf in bescherming is genomen, zal de waakzaamheid van de instrumenterende ambtenaar op het vlak van de toestemmingsvereiste

verhogen. De ambtenaar zal zich met voorzorg en nauwgezetheid dienen te vergewissen of van een moment van luciditeit sprake kan zijn (A. WYLLEMAN, *Onvolwaardige wilsvorming en onbekwaamheid in het materieel en formeel privaatrecht, onuitg.*, proefschrift U.G., 1998, 65, nr. 177 *j°* 297-298, nrs. 725 en 728).

Minderjarige jongens en geesteszieke of geesteszwakke meerderjarige mannen kunnen tot erkenning overgaan voor zover zij over het nodige onderscheidingsvermogen beschikken om hun toestemming tot deze rechtshandeling te geven. De wettelijke negatie in artikel 328 eerste lid B.W. van de handelingsonbekwaamheid die uit een onbekwaamheidsstatuut voortvloeit, wordt *de facto* gemilderd door het reële onvermogen tot behoorlijke wilsvorming in hoofde van sommige onbekwamen.
Zo zal in de praktijk een geslachtsrijpe minderjarige jongen of een (in de zin van art. 21-24 Sw.) wettelijk onbekwaamverklaarde *normaliter* een geldige toestemming kunnen geven, een gerechtelijk onbekwaamverklaarde of een verlengd minderjarige man allicht niet (in dezelfde zin: A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 328 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 2, nr. 2; J. GERLO, *Handboek Personen- en familierecht*, 35, nr. 81 *juncto* 16, nr. 31). Er dient telkens *in concreto* te worden nagegaan of de aspirant-erkenner over het vereiste onderscheidingsvermogen beschikt.

C. ERKENNING VAN EEN VERWEKT KIND VÓÓR DE GEBOORTE: PRENATALE ERKENNING (ART. 328 TWEEDE LID B.W.)

1. Toelaatbaarheid

390 De erkenning kan geschieden ten gunste van een verwekt kind (art. 328 tweede lid B.W.; voor een model van notariële akte waarin een man een verwekt kind prenataal erkent, zie *Rép. not.*, deel 1 Personenrecht, Boek XII Afstamming, p. 24-25, model 14).

De rechtsspreuk *Infans conceptus (of: Nasciturus) pro jam nato habetur, quoties de commodo ejus agitur* wordt hier toegepast: een verwekt kind (of: wie zal geboren worden) wordt als geboren beschouwd, telkens dit in zijn belang is, op voorwaarde evenwel dat het nadien levend en levensvatbaar geboren wordt (zie het antwoord van de Minister van Justitie in *Vr. en Antw.* Senaat 1990-91, 30 juli 1991, 1795 (Vr. nr. 117 DE LOOR d.d. 23 mei 1991)); de juridische persoonlijkheid neemt immers slechts een aanvang bij de geboorte.

Dit is ook de visie van de dienst familierecht binnen de administratie van de Federale Overheidsdienst Justitie. In de rechtsleer is – terecht – opgemerkt dat het toevoegen van deze opschortende voorwaarde van de levensvatbare geboorte niet op een wettelijke basis steunt, nu artikel 331*bis* B.W. hier niet moet worden toegepast, aangezien de erkenning in normale situaties losstaat van enige rechtsvordering (C. CASTELEIN, "De naam van het perinataal overleden kind", *NjW* 2002, (408) 413, nr. 22 en voetnoot 40).

De afstammingsband tussen het kind en zijn erkenner staat vast op het ogenblik dat het kind levend (en levensvatbaar) wordt geboren, ook al sterft het enkele dagen na de geboorte, maar vóór

de aangifte van de geboorte. Deze geboorte zal moeten worden aangegeven, waarna een geboorteakte zal worden opgemaakt waarin de erkenner als vader zal worden vermeld.

De erkenning is geen rechtsvordering met betrekking tot de afstamming, zodat artikel 331*bis* B.W. – dat in de onontvankelijkheid van de vordering voorziet indien het kind niet levensvatbaar is geboren – in deze context niet van toepassing is.

391 Aangenomen moet worden dat een prenatale erkenning van een buitenechtelijk kind door de vader slechts mogelijk is met toestemming van de zwangere vrouw, ook al wordt deze juridisch pas de moeder op het ogenblik van de geboorte (zie het antwoord van de Minister van Justitie in *Vr. en Antw.* Senaat 1990-91, 30 juli 1991, 1794 (Vr. nr. 117 DE LOOR d.d. 23 mei 1991)). Net zoals elke erkenning die zonder de wettelijk vereiste toestemming(en) werd geakteerd, kan een prenatale erkenning die door een man werd gedaan zonder toestemming van de (toekomstige) moeder als rechtshandeling worden nietigverklaard, wegens miskenning van artikel 319 § 3 eerste lid B.W., dat de openbare orde raakt (voor een toepassing, zie Brussel (3de kamer) nr. 1998/AR/2644, 17 september 2002, *onuitg.*).

Artikel 319 § 3 B.W. wordt niet uitgeschakeld door artikel 328 eerste lid B.W., maar kan complementair daarmee worden toegepast. Dit impliceert dat de aspirant-erkenner na toestemmingsweigering van de aanstaande moeder de zaak overeenkomstig artikel 319 § 3 derde lid B.W. bij de vrederechter aanhangig moet maken en dat, zo diens verzoeningspoging mislukt, de zaak aanhangig wordt bij de rechtbank van eerste aanleg, die rekening zal moeten houden met de rechtspraak van het Arbitragehof (zie boven, nr. 328 e.v.).

392 Een meerderheidsstrekking in rechtspraak en rechtsleer neemt aan dat de rechtbank – zo nodig – ook machtiging tot erkenning van een overspelig kind *a matre* o.g.v. artikel 320 B.W. kan verlenen vooraleer het kind geboren is (zie daarover verder, nrs. 638-642).

Indien de kandidaat-erkenner zelf gehuwd is, zal hij de erkenningsakte m.b.t. dit overspelig kind *a patre* o.g.v. artikel 319*bis* B.W. ter homologatie moeten voorleggen aan de rechtbank. Aangenomen wordt dat het homologatieverzoek nog vóór de geboorte kan worden ingediend en dat een prenataal opgemaakte erkenningsakte ook nog vóór de geboorte kan worden gehomologeerd (zie tevens verder, nrs. 691-692).

393 Een prenatale erkenning is evenwel niet mogelijk als tussen de erkenner en de zwangere vrouw een huwelijksbeletsel bestaat waarvan de Koning geen ontheffing kan verlenen; zonder dit verbod zou op het ogenblik van de geboorte van het kind een bloedschennige afstamming komen vast te staan (vgl. art. 321 B.W.; zie verder, nr. 758 e.v.).

394 Omdat artikel 328 tweede lid B.W. (enkel) de erkenning van een verwekt kind toelaat, mag *a contrario* worden aangenomen dat een erkenning niet kan plaatsvinden alvorens het kind verwekt is. Een preconceptieve erkenning is *de lege lata* dus niet mogelijk (N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Brussel, Bruylant, 1997, 480, nr. 241; N. MASSAGER, "L'influence des techniques de procréation", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, (135) 152, nr. 15).

Aangezien *de visu* nooit met zekerheid kan worden vastgesteld of een vrouw al dan niet zwanger is, dienen de ambtenaren die verzocht worden de erkenning te akteren de comparanten te verzoeken een zgn. "zwangerschapsattest" voor te leggen waarin een geneesheer bevestigt dat de betrokken vrouw zwanger is.

2. Overgangsrecht

395 Prenatale erkenningen waren ook mogelijk onder het vroegere recht (zie bv. Rb. Hoei 23 mei 1984, *J.L.* 1984, 499; noot B.B.; Rb. Verviers 27 februari 1981, *J.L.* 1981, 178).

Een prenatale erkenning die vóór 6 juni 1987 door een man werd gedaan met betrekking tot een kind dat na 5 juni 1987 werd geboren blijft geldig, ook al werd ze gedaan zonder de toestemming die onder het nieuwe recht door artikel 319 § 3 B.W. vereist is (zie R. VANCRAENENBROECK, "Overgangsbepalingen", in G. BAETEMAN (ed.), *Afstamming en adoptie*, Brussel, E. Story-Scientia, 447-448, nr. 679).

Wanneer erkenningen die vroeger door een gehuwde vrouw ongeldig werden gedaan door de inwerkingtreding van de nieuwe wet geldig worden, dan dienen vroegere geldig gedane erkenningen *a fortiori* geldig te blijven (argument ex art. 110 Afstammingswet, inzake de erkenning door een vrouw; A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 328 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 4, nr. 8). Nog sterker lijkt het *a fortiori* -argument dat kan worden geput uit artikel 117 Afstammingswet, krachtens hetwelk erkenningen die vroeger bij authentiek testament geldig waren verleden, geldig zijn gebleven, hoewel ze onder het nieuwe afstammingsrecht niet meer mogelijk zijn. In het algemeen mag worden aangenomen dat erkenningen gedaan overeenkomstig het vroegere recht, niet in het geding worden gebracht door de toepassing van de Afstammingswet (argument naar analogie met wat art. 111 eerste lid B.W. bepaalt voor vonnissen inzake afstamming).

3. Gevolgen

396 De erkenning van een verwekt maar nog niet geboren kind is zinvol als de erkenner vreest te overlijden vóór de geboorte; omwille van het declaratief karakter van de erkenning (zie verder, nrs. 449-450) en de – beperkte – retroactieve werking van de juridische persoonlijkheid kan de erkennende man via zijn prenatale erkenning erfrecht creëren ten voordele van het kind dat pas na zijn dood zal worden geboren.

De juridische persoonlijkheid die een verwekt kind verwerft wanneer het levend en levensvatbaar wordt geboren werkt terug tot op het ogenblik van de verwekking. Deze retroactiviteit is beperkt, in die zin dat zij enkel geldt voor het verwerven van rechten, niet voor het ontstaan van plichten, in

toepassing van het adagium *Infans conceptus pro jam nato habetur, quoties de commodo eius agitur*. De retroactiviteit geldt uitsluitend ten behoeve van het kind zelf; derden kunnen er zich niet op beroepen (P. SENAEVE, *Compendium*, 53, nr. 35).

Uit artikel 725 B.W. kan worden afgeleid dat een verwekt kind dat levend en levensvatbaar wordt geboren erfgerechtigd is in de nalatenschap van zijn erkenner indien deze vóór de geboorte, maar na de verwekking overlijdt.
Artikel 906 B.W. bepaalt dat om bij schenking onder de levenden te kunnen verkrijgen, het voldoende is dat men verwekt was op het ogenblik van de schenking. Om bij testament te kunnen verkrijgen, is het voldoende dat men verwekt was op het ogenblik van de dood van de erflater. Niettemin zal de schenking of het testament slechts gevolg hebben indien het kind levensvatbaar wordt geboren.

397 Het prenataal erkende kind zal bovendien op het ogenblik van de geboorte de familienaam krijgen van zijn (ongehuwde) erkenner, in toepassing van artikel 335 § 1 B.W., aangezien de afstamming van vaderszijde en van moederszijde in dergelijk geval tegelijkertijd komen vast te staan bij de geboorte.

Wordt in de geboorteakte van het kind – verkeerdelijk – toch de familienaam van de moeder vermeld, dan kan een vordering tot verbetering van deze geboorteakte worden ingesteld teneinde het kind alsnog de naam van de vader te kunnen geven, wegens een schending van artikel 335 § 1 B.W., dat een regel van materieel recht bevat die grondwettig werd bevonden. Deze vordering tot verbetering wordt op procedureel vlak beheerst door de artikelen 1383-1385 Ger. W.

Voor een toepassingsgeval kan worden verwezen naar de feiten en de rechtspleging in het bodemgeschil van de zaak die ten grondslag lag aan een arrest van het Arbitragehof i.v.m. artikel 335 § 1 B.W.: de moeder die – zowel in eigen naam als in haar hoedanigheid van wettelijke vertegenwoordiger van haar minderjarige zoon – derdenverzet had aangetekend tegen een vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen dat de verbetering op vordering van de procureur des Konings toestond, vorderde – vanuit haar overtuiging dat artikel 335 § 1 B.W. ongrondwettig is doordat het patriliniaire naamsverkrijging verplicht stelt en haar elke mogelijkheid ontneemt om haar familienaam aan het kind toe te kennen – dat de geboorteakte van het kind opnieuw in zijn oorspronkelijke staat zou worden hersteld. Alvorens uitspraak te doen over dit derdenverzet van de moeder, stelde de rechtbank een prejudiciële vraag i.v.m. de vermeende onverenigbaarheid van artikel 335 § 1 B.W. met het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel, die door het Arbitragehof evenwel negatief werd beantwoord (Arbitragehof nr. 161/2002, 6 november 2002, *B.S.* 25 februari 2003, 9047).

D. ERKENNING VAN EEN OVERLEDEN KIND: POSTMORTALE (POSTUME) ERKENNING (ART. 328 TWEEDE LID B.W.)

1. Toelaatbaarheid

a. Erkenning van een levend en levensvatbaar geboren, maar nadien overleden kind is mogelijk

398 Luidens artikel 328 tweede lid *in fine* B.W. kan de erkenning geschieden ten gunste van een overleden kind indien dit afstammelingen heeft nagelaten (voor een model van notariële akte waarin een man

een overleden kind erkent, zie *Rép. not.*, deel 1 Personenrecht, Boek XII Afstamming, p. 29-30, model 16).

De bijkomende voorwaarde dat het kind afstammelingen heeft nagelaten, werd gesteld om te vermijden dat een persoon een overleden kind zou erkennen omwille van "zuiver materiële motieven" (Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 98), nl. met de bedoeling op die manier tot de nalatenschap van het erkende kind te worden geroepen, zonder daarbij de nadelen van het ouderschap te moeten ondergaan.

Het lijkt vereist dat de afstammelingen nog in leven zijn, al is dit niet uitdrukkelijk in de wet verwoord (H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité*, II/2, 889, nr. 890).

Een levend en levensvatbaar geboren kind kan dus niet alleen tussen het tijdstip van geboorte en het tijdstip van overlijden rechtsgeldig worden erkend, maar ook nog na zijn overlijden indien het afstammelingen heeft nagelaten. Hoe kort het ook heeft geleefd, het is in het bezit van rechten en plichten geweest, die na zijn overlijden weer op anderen kunnen overgaan (antwoord van de Minister van Justitie in *Hand.* Senaat 2002-03, 7 november 2002, nr. 2-239, 29, na de vraag om uitleg van mevrouw Sabine de Bethune aan de Minister van Justitie over "de erkenning van een levenloos geboren kind door de ongehuwde vader").

Wanneer een kind vlak na de vaststelling van de geboorte overlijdt, zal zowel een geboorteakte als een overlijdensakte moeten worden opgemaakt. Bepalend voor het al dan niet opmaken van een geboorteakte voor een pasgeborene die in levensgevaar verkeert, is de verklaring van een door de ambtenaar van de burgerlijke stand toegelaten geneesheer of gediplomeerde vroedvrouw (zie art. 56 § 4 B.W.), niet het tijdstip van de aangifte van de geboorte of het opstellen van de geboorteakte (antwoord van de Minister van Justitie in *Hand.* Senaat 2002-03, 7 november 2002, *ibid.*).

In de praktijk wordt de ambtenaar van de burgerlijke stand naar het ziekenhuis geroepen als een prematuur kind wordt geboren waarvan men weet dat het niet kan overleven, teneinde de vader de gelegenheid te geven zijn kind te erkennen vóór het overlijdt.

399 Niettegenstaande de duidelijke wettekst van artikel 328 tweede lid *in fine* B.W., neemt de rechtspraak een soepele houding aan en wordt de erkenning van op zeer jonge leeftijd zonder afstammelingen overleden kinderen mogelijk gemaakt. Zo hebben de Rechtbanken van Eerste Aanleg te Gent en te Leuven alvast de machtiging tot erkenning van een in overspel langs moederszijde verwekt kind dat vier dagen na de geboorte – uiteraard zonder afstammelingen – was overleden, verleend (zie *in extenso* verder, nr. 643).

Omdat geen enkele rechter tussenkomt bij de erkenning van een kind dat uit ongehuwde ouders is geboren wanneer de moeder haar toestemming verleent, bestaat geen rechtspraak waarop kan worden gesteund om de erkenning van een kort na de geboorte overleden kind toe te laten.

400 Omwille van zijn algemeen karakter zou artikel 328 tweede lid *in fine* B.W. eventueel strijdig kunnen worden bevonden met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

Een gelijke behandeling van ongelijke situaties kan volgens de rechtspraak van het Arbitragehof een schending van het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel uitmaken. Het

verbod tot erkenning bestaat voor elk kind dat overleden is zonder afstammelingen na te laten. In het licht van de *ratio legis* – het voorkomen van erfenisjagerij – zou de genomen maatregel onevenredig kunnen worden bevonden voor aspirant-erkenners die een zeer jong kind om affectieve redenen en zonder enig patrimoniaal oogmerk willen erkennen.

De Minister van Justitie was van mening dat er een spanningsveld bestaat tussen de terechte *ratio legis* en de feiten wanneer de biologische vader een kort na de geboorte overleden kind wil erkennen. Hij suggereerde een onderscheid te maken tussen een kind dat overlijdt enige dagen na de geboorte enerzijds en maanden of jaren na de geboorte anderzijds, in die zin dat enkel deze laatste categorie kinderen niet zou kunnen worden erkend wegens het gevaar dat de biologische vader zich pas jaren na het overlijden van de moeder of zelfs jaren nadien kenbaar maakt om het vaderschap op te eisen, hoofdzakelijk met het oog op de erfopvolging. Een wetswijziging werd in het vooruitzicht gesteld (*Hand.* Senaat 2002-03, 7 november 2002, nr. 2-239, 29, na de vraag om uitleg van mevrouw Sabine de Bethune aan de Minister van Justitie over "de erkenning van een levenloos geboren kind door de ongehuwde vader").

b. Erkenning van een dood of niet-levensvatbaar geboren kind is niet mogelijk

401 Een levenloos of niet-levensvatbaar geboren kind kan niet worden erkend, omdat het geen juridische persoonlijkheid heeft (in die zin: het antwoord van de Minister van Justitie in *Hand.* Senaat 2002-03, 7 november 2002, nr. 2-239, 29, *ibid.*).

Het materiële feit van de geboorte volstaat niet om persoonlijkheid te creëren; het kind moet levend en levensvatbaar worden geboren. Een doodgeboren kind verwerft geen persoonlijkheid en wezens die in de absolute onmogelijkheid zijn te overleven (bv. bij extreme vroeggeboorte) worden geacht nooit persoonlijkheid te hebben gehad, ook al zijn ze levend geboren (vgl. art. 331*bis* B.W.) (P. SENAEVE, *Compendium*, 53, nr. 34).

In het geval dat een kind levenloos wordt geboren zal geen geboorteakte en geen akte van overlijden worden opgemaakt, maar maakt de ambtenaar van de burgerlijke stand enkel een akte van aangifte van een levenloos kind op in de zin van artikel 80*bis* B.W.

Wanneer bv. een vrouw die zwanger is van een tweeling, na acht maanden zwangerschap één kind levend ter wereld brengt en het andere kind dood wordt geboren, dan zal enkel voor het levend geboren kind een geboorteakte worden opgemaakt. De vader zal het doodgeboren kind niet kunnen erkennen (zie *Vr. en Antw.* Senaat 1997-98, 17 februari 1998, 3428-3429 (Vr. nr. 355 VERRYCKEN d.d. 3 oktober 1997)).

2. *Overgangsrecht*

402 Ook onder het vroegere recht was het mogelijk overleden kinderen te erkennen (zie bv. Brussel 12 december 1905, *Pas.* 1906, II, 91).
Postmortale erkenningen die onder de vroegere wetgeving gebeurd zijn ten gunste van kinderen die geen afstammelingen hebben nagelaten, moeten om dezelfde reden als prenatale erkenningen (zie boven, nr. 395) geldig blijven (zie tevens R. VANCRAENENBROECK, "Overgangsbepalingen", in G. BAETEMAN (ed.), *Afstamming en adoptie*, Brussel, E. Story-Scientia, 403, nr. 621).

Ook onder het vroegere recht waren er in de rechtsleer al stemmen opgegaan om een postmortale erkenning slechts toe te laten indien het overleden kind zelf afstammelingen had (Ch. COLLARD-DE SLOOVERE, "De la paternité et de la filiation" in *Novelles*, Droit Civil, II, Brussel, 1938, 560, nr.

251; H. DE PAGE, *Traité*, I, 1192, nr. 1132; A. KLUYSKENS, *Personen- en familierecht*, in *Beginselen van burgerlijk recht*, VII, Antwerpen, Standaard, 1942, 493-494, nr. 570).

E. ERKENNING VAN EEN REEDS ERKEND KIND – OPEENVOLGENDE ERKENNINGEN (ART. 329 B.W.)

1. Toelaatbaarheid

403 Zo een kind wordt erkend door meer dan één persoon van hetzelfde geslacht, heeft alleen de eerste erkenning gevolg zolang ze niet is vernietigd (art. 329 B.W.).
Concreet betekent artikel 329 B.W. voor de afstamming van vaderszijde dat indien een kind door twee mannen is erkend, de eerste erkenning uitwerking blijft hebben totdat ze succesvol is betwist, meer bepaald totdat de rechtbank de eerste erkenning nietig heeft verklaard.

De *ratio* van deze toch wel merkwaardige wetsbepaling is allicht te vinden in het precair karakter van de door erkenning vastgestelde afstamming; een erkenning kan door iedere belanghebbende worden betwist (zie verder, nr. 1069 e.v.); bovendien is er het gegeven dat de betwisting van een erkenning een gerechtelijke procedure veronderstelt die geruime tijd kan aanslepen.

404 Niettegenstaande via de erkenning door een man de afstamming van vaderszijde *erga omnes* wordt vastgesteld, is een tweede of verdere erkenning door een andere man o n t v a n k e l i j k , zonder dat de vorige erkenning(en) vooraf nietig werd(en) verklaard. De notaris of ambtenaar van de burgerlijke stand kan derhalve niet weigeren een tweede of verdere erkenningsakte op te maken; wel hebben beiden daarbij de plicht te wijzen op de draagwijdte van artikel 329 B.W. (zie, voor wat de notaris betreft, H. CASMAN, *Notarieel familierecht*, Gent, Mys & Breesch, 1991, 195, nr. 544).
Alleen de eerste erkenning heeft evenwel g e v o l g , zolang ze niet is vernietigd. Nadat het vonnis dat de erkenning nietig verklaart in kracht van gewijsde is getreden, krijgt de tweede erkenning uitwerking.

405 Gelet op het declaratief karakter van de erkenning (zie verder, nrs. 449-450), vervalt in geval van opeenvolgende erkenningen, na de nietigverklaring van de eerste erkenning, het vaderschap van de eerste erkenner vanaf de geboorte van het kind en wordt het vaderschap van de tweede erkenner vanaf de geboorte vastgesteld.

Principieel zou de eerste erkenner van de tweede erkenner terugbetaling kunnen vorderen van wat hij tot op het ogenblik van de nietigverklaring van zijn erkenning heeft bijgedragen voor het onderhoud van het kind.
Een dergelijke consequentie is niet aanvaardbaar, o.m. omdat zij de erkenning door de ware vader zou kunnen tegenhouden; zoals de uitoefening van de ouderlijke rechten door de vader wiens erkenning nietig is verklaard niet met terugwerkende kracht ongedaan kan worden gemaakt, kan ook de vervulling van diens ouderlijke plichten niet in vraag worden gesteld (zie ook J. GERLO, *Handboek Personen- en familierecht*, 18, nr. 36). Betwijfeld kan worden of de moeder o.g.v. artikel 203-203*bis* B.W. van de eerste erkenner – rekening houdend met de vijfjarige verjaringstermijn inzake onderhoudsgelden (art. 2277 tweede lid B.W.) – nog een bijdrage in de kosten voor het onderhoud van het kind kan bekomen voor de periode voorafgaand aan het ogenblik waarop het vonnis of arrest dat zijn erkenning vernietigde in kracht van gewijsde treedt.

406 De regel uit artikel 329 B.W. veronderstelt twee rechtsgeldig tot stand gekomen erkenningen.

In een geval waarin een kind prenataal was erkend zonder de machtiging van de rechtbank en de erkenner het kind vervolgens voor een tweede maal erkende nadat hij de vereiste machtiging had bekomen, werd artikel 329 B.W. niet toegepast. Het Hof van Beroep te Brussel redeneerde als volgt: een erkenningsakte die vóór de geboorte van het kind werd opgemaakt op verzoek van de biologische vader, zonder machtiging van de rechtbank van eerste aanleg, kan niet werkzaam zijn als het kind geboren is minder dan 300 dagen na de echtscheiding van de moeder, aangezien dit kind valt onder de toepassing van de vaderschapsregel bepaald in artikel 315 B.W. Indien nadien de vereiste machtiging werd bekomen en dezelfde man het kind vervolgens voor een tweede maal erkent, kan het Openbaar Ministerie een vordering tot verbetering van de eerste erkenningsakte volgens de artikelen 1383-1385 Ger. W. instellen. Het gaat volgens het hof dan niet om een vordering (tot betwisting) van staat, maar om een vordering die uitsluitend strekt tot opheffing van de tegenstrijdigheid tussen twee opeenvolgende erkenningsakten. De machtiging, de daaropvolgende erkenning en de overschrijving van de tweede erkenning in de gemeentelijke registers hadden volgens het hof tot gevolg dat de eerste erkenning – die het vermoeden van vaderschap van de echtgenoot miskende – zonder voorwerp is geworden (Brussel 23 november 2000, *Rev. trim. dr. fam.* 2001, 67).

407 De vraag of een erkenning van een kind door een man nog ontvankelijk is nadat de afstamming van dit kind al gerechtelijk werd vastgesteld t.a.v. een andere man wordt zo dadelijk beantwoord (zie verder, nr. 409).

2. *Overgangsrecht*

408 Ook vóór de inwerkingtreding van de Afstammingswet was een tweede erkenning mogelijk zonder dat de eerste vooraf was vernietigd (art. 339 tweede lid (oud) B.W.). Aangenomen mag worden dat een vóór 6 juni 1987 gedane tweede erkenning die pas gevolg kan krijgen doordat de eerste na 5 juni 1987 wordt vernietigd, niet moet worden herdaan, ook al waren destijds de voorwaarden die sinds de Afstammingswet moeten worden vervuld (bv. qua toestemmingen) niet voldaan (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 329 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1998, 2-3, nr. 5).

F. ERKENNING VAN EEN KIND WAARVAN HET VADERSCHAP REEDS GERECHTELIJK IS VASTGESTELD

409 Geen enkele wettekst verbiedt uitdrukkelijk de erkenning door een man nadat de afstamming gerechtelijk werd vastgesteld t.a.v. een andere man.

Artikel 319 § 1 B.W. bepaalt dat wanneer het vaderschap niet vaststaat krachtens artikel 315 of 317 B.W., de (man die beweert) vader (te zijn) het kind kan erkennen; in een letterlijke interpretatie verzet deze bepaling zich dus niet tegen een erkenning wanneer het vaderschap reeds eerder gerechtelijk is vastgesteld o.g.v. artikel 322 eerste lid of 323 B.W.

Sommige auteurs zijn dan ook van oordeel dat de beweerde verwekker het kind kan erkennen waarvan het vaderschap voordien reeds gerechtelijk werd vastgesteld. Aangezien de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap voor

derden dezelfde uitwerking heeft als de erkenning en wel degelijk kan worden betwist door derdenverzet (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 329 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1998, 2, nr. 3, *j°* "Art. 318 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 4, nr. 3, voetnoot 1), menen zij artikel 329 B.W. – naar analogie – te kunnen toepassen: in hun optiek zal deze erkenning geen gevolg hebben zolang het derdenverzet tegen de beslissing waarbij het vaderschap oorspronkelijk werd vastgesteld niet bij een in kracht van gewijsde getreden gerechtelijke beslissing gegrond werd verklaard (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 319 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 5, nr. 2 en voetnoot 1).

Ons inziens moet artikel 329 B.W., als uitzondering, beperkend worden uitgelegd en toegepast: een erkenning na een voorafgaandelijke gerechtelijke vaststelling, die niet werd vernietigd na een procedure van derdenverzet, is niet ontvankelijk (eveneens in die zin: J. GERLO, *Handboek Personen- en familierecht*, 17, nr. 35). Een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap kan niet volkomen worden gelijkgesteld met een erkenning. Het is ons inziens niet onlogisch dat een afstammingsband die door een rechterlijke uitspraak is vastgesteld een juridische belemmering vormt voor een erkenning, die een vrijwillige wijze van vaststelling van de afstamming is.

G. ERKENNING VAN EEN GEADOPTEERD OF TE ADOPTEREN KIND

410 Erkenning van een reeds geadopteerd kind is mogelijk. In een afzonderlijke wetsbepaling is aandacht besteed aan het geval dat de afstamming van een geadopteerd kind wordt vastgesteld (art. 350 B.W., zie het oude art. 362 B.W.).

Twee hypotheses dienen te worden onderscheiden: ofwel wordt een kind erkend door zijn adoptant, ofwel wordt het geadopteerde kind erkend door een derde.

– Een erkenning van een kind door zijn adoptant nadat het vonnis van adoptie in kracht van gewijsde is gegaan, maakt vanaf dat tijdstip en voor de toekomst een einde aan de adoptie ten aanzien van die adoptant (art. 350 eerste lid B.W.).

– Wanneer een andere persoon dan de adoptant (een derde) een geadopteerd kind erkent nadat het adoptievonnis in kracht van gewijsde is gegaan, dan maakt deze vorm van vaststelling van de afstamming geen einde aan de adoptie. Indien het om een gewone adoptie gaat, heeft de erkenning gevolgen voorzover deze niet strijdig zijn met de adoptie. Indien het een volle adoptie betreft, heeft de erkenning slechts de toepassing van de verbodsbepalingen inzake het huwelijk bedoeld in de artikelen 161 en 164 tot gevolg (art. 350 tweede lid B.W.).

Onder het vroegere adoptierecht liet een erkenning na het vonnis of arrest dat de adoptie homologeert of uitspreekt de adoptie bestaan en had ze slechts gevolgen voor zover deze niet in strijd

waren met die van de adoptie. Dit gold zowel indien het kind door de erkenner zelf was geadopteerd (oud art. 362 eerste lid B.W.) als wanneer het kind vóór de erkenning reeds door een andere man was geadopteerd. In dat laatste geval verkreeg de erkenner – ondanks zijn erkenning – als derde geen aanspraak op levensonderhoud, noch enig recht in de nalatenschap van het erkende kind (oud art. 362 tweede lid B.W.).

Hieronder worden – summier – de gevolgen van een erkenning van een geadopteerd kind op het vlak van het recht op levensonderhoud, erfrecht, ouderlijk gezag en de naam verduidelijkt, waardoor meteen de draagwijdte van artikel 350 B.W. (en het oude art. 362 B.W.) na erkenning door een man zal blijken en tegelijk duidelijk wordt in welke mate de erkenning van een reeds geadopteerd kind zinvol kan zijn.

• Op het vlak van het recht op levensonderhoud kunnen de gevolgen van een erkenning na adoptie als volgt worden samengevat.

– Is een geadopteerd kind erkend door zijn adoptant, dan heeft die erkenning een einde gemaakt aan de adoptie. De adoptieband zal evenwel pas vervangen worden door een afstammingsband vanaf het ogenblik dat de erkenning definitief is (in voorkomend geval pas na de inschrijving van het vonnis dat de erkenningsakte homologeert in de rand van de erkenningsakte). Voor de periode die daaraan voorafgaat blijft de adoptie bestaan en kunnen het kind en zijn afstammelingen – rekening houdend met een verjaringstermijn van vijf jaar (art. 2277 tweede lid B.W.) – van de erkenner-adoptant o.g.v. de regels inzake adoptie levensonderhoud vorderen indien zij behoeftig zijn. Indien de geadopteerde minderjarig is, is artikel 203 B.W. van overeenkomstige toepassing (art. 353-14 eerste lid B.W.).
Op grond van de oude adoptiewetgeving was de erkenner-adoptant na gewone adoptie levensonderhoud verschuldigd aan de geadopteerde en diens afstammelingen, indien zij behoeftig waren (zie het oude art. 364 eerste lid B.W., dat evenwel nog niet expliciet verwees naar de bijzondere onderhoudsplicht uit art. 203 B.W. in hoofde van de adoptant). Net zoals reeds het geval was onder het oude adoptierecht zal het kind na een erkenning door de adoptant nog van een uitgebreider recht op onderhoud genieten, aangezien het ook nog van zijn grootouders levensonderhoud zal kunnen vorderen (zie art. 205 *juncto* 207 B.W.).

De erkenner-adoptant zal in zijn hoedanigheid van ouder gerechtigd zijn om levensonderhoud te vorderen van het kind, na zijn erkenning niet meer o.g.v. de adoptiewetgeving (art. 353-14 tweede lid B.W.), maar o.g.v. de regels inzake de gevolgen van de afstamming (art. 205-205*bis* B.W.). Onder de oude adoptiewetgeving bleef de adoptie bestaan, zodat het oude artikel 364 tweede lid B.W nog een grondslag kon vormen voor de onderhoudsvordering van de erkenner-adoptant.

– Is een (gewoon) geadopteerd kind erkend door een andere man (derde), dan heeft het vooreerst recht op levensonderhoud van zijn adoptant (art. 353-14 eerste lid B.W., zie het oude art. 364 eerste lid B.W.). Na de erkenning zal het kind daarenboven ook genieten van een recht op levensonderhoud van de erkenner als ouder en van diens bloedverwanten in opgaande lijn (art. 203 en 205 *juncto* 207 B.W.).

Onder de vroegere adoptiewetgeving verkreeg de erkenner (derde) door zijn erkenning geen enkele aanspraak op levensonderhoud vanwege het kind (oud art. 362 tweede lid B.W.). Met de hervorming van het adoptierecht is deze beperking weggevallen, zodat het geadopteerde kind dat door een derde is erkend, aan deze derde levensonderhoud verschuldigd is zoals aan een biologische ouder die behoeftig is (art. 205 B.W.).

De erkenning van een ten volle geadopteerd kind door een derde heeft geen andere gevolgen dan de creatie van huwelijksbeletselen (art. 350 tweede lid *in fine* B.W., dat de inhoud van het oude art. 370 § 4 B.W. overneemt).

• De erkenning van een gewoon geadopteerd kind heeft als voordeel dat dit kind van een ruimer erfrecht zal genieten. Het erfrecht o.g.v. gewone adoptie is immers beperkt tot de nalatenschap van de adoptant; het geadopteerde kind verkrijgt geen enkel recht op de nalatenschap van de bloedverwanten van de adoptant (art. 353-15 B.W., zie het oude art. 365 B.W.); na erkenning verdwijnt die beperking.

– Is een kind erkend door zijn adoptant, dan vervalt de adoptie en erft het kind niet van de adoptant o.g.v. het adoptierecht (art. 353-15 B.W.), maar o.g.v. artikel 745 eerste lid B.W. Onder gelding van de oude adoptiewetgeving was het kind na gewone adoptie erfgerechtigd geworden in de nalatenschap van de adoptant zoals een afstammeling en erfde het in diens nalatenschap o.g.v. het oude artikel 365 B.W. Na de erkenning verkreeg het kind daarenboven erfrecht in de nalatenschap van de bloedverwanten van de erkenner-adoptant (art. 745 eerste lid B.W.).

De erkenner-adoptant zal in de nalatenschap van het kind erven, niet o.g.v. de adoptiewetgeving (art. 353-16 B.W.), maar o.g.v. artikel 746 B.W. Onder het oude adoptierecht bleef de adoptie bestaan en was de erkenner-adoptant erfgerechtigd in de nalatenschap van het kind o.g.v. het oude artikel 366 § 1 B.W.

– Is een geadopteerd kind erkend door een andere man (derde), dan is het – o.g.v. de adoptiewetgeving – na gewone adoptie erfgerechtigd geworden in de nalatenschap van de adoptant zoals een afstammeling (art. 353-15 B.W., zie het oude art. 365 B.W.). Daarenboven zal het – na de erkenning – erfrecht krijgen in de nalatenschap van de erkenner en diens bloedverwanten (art. 745 eerste lid B.W.).

Onder de vroegere adoptiewetgeving kon de erkenner (derde) geen enkel recht laten gelden op de nalatenschap van het kind (oud art. 362 tweede lid B.W.). Met de hervorming van het adoptierecht is deze beperking weggevallen, zodat de erkenner van een geadopteerd kind van dit kind kan erven zoals een biologische ouder (art. 746 B.W.).

• Wat het ouderlijk gezag betreft, moet worden opgemerkt dat het verval van ouderlijk gezag in hoofde van de adoptant – en de toekenning ervan aan de derde die het kind heeft erkend – niet kan worden aanvaard, omdat dit duidelijk een gevolg is van de vaststelling van de afstamming dat in strijd is met de gevolgen van de adoptie. Na de adoptie oefent de adoptant immers het ouderlijk gezag over de geadopteerde uit (art. 353-8 eerste lid B.W., zie het oude art. 361 § 1 eerste lid B.W. inzake gewone adoptie en art. 356-1 eerste lid B.W., zie het oude art. 370 § 1 eerste lid B.W. na volle adoptie). Na erkenning van een geadopteerd kind door een derde blijft het ouderlijk gezag van de adoptant dus behouden (art. 350 tweede lid B.W., zie het oude art. 362 tweede lid B.W.); indien de adoptant zijn geadopteerd kind erkent, blijft hij uiteraard het ouderlijk gezag over dit kind uitoefenen, echter niet meer o.g.v. de adoptiewetgeving, maar als ouder in de zin van de artikelen 373-375 B.W.

• Een vaak gewenst gevolg van een erkenning is de naamswijziging van het kind in toepassing van artikel 335 § 3 eerste lid B.W., in die zin dat het kind na de erkenning, via een verklaring door de moeder en de erkenner afgelegd voor de ambtenaar van de burgerlijke stand, de familienaam van de erkenner zal dragen i.p.v. de naam van de moeder of deze van de adoptant. Het geadopteerde kind zal echter na een erkenning door een derde niet de naam van

de erkenner kunnen verkrijgen, aangezien dergelijke naamswijziging moet worden beschouwd als een gevolg van de erkenning dat strijdig is met de adoptie in de zin van artikel 350 tweede lid B.W. (zie het oude art. 362 tweede lid B.W.). Een mogelijk alternatief is de administratieve procedure tot naamswijziging.

Een meerderheidsstrekking in rechtspraak en rechtsleer heeft zich onder gelding van de oude adoptiewetgeving in die zin uitgesproken, meestal n.a.v. gevallen waarin de moeder haar eigen kind vóór 6 juni 1987 heeft geadopteerd (P. SENAEVE, "De weerslag van het nieuwe afstammingsrecht op de adoptie", in P. SENAEVE (ed.), *Adoptie. Verlatenverklaring van minderjarigen*, Leuven, Acco, 1990, 51-52, nr. 48 *j°* 53, nr. 51; zie reeds – onder het oude recht afstammings- en adoptierecht – C. VAN MALDEREN, *Adoptie en wettiging door adoptie*, in *A.P.R.*, Brussel, Larcier, 1970, 260-261, nr. 362; *anders*: J. GERLO, "Naamwijziging van adoptief buitenhuwelijks kind bij erkenning door de latere echtgenoot", (noot onder Rb. Gent 27 juli 1989), *R.W.* 1990-91, (25) 25-26, nr. 4, die van oordeel is dat art. 335 § 3 B.W. niet strijdig is met art. 362 B.W. omdat de naamswijziging het gevolg is van een totaal onafhankelijk staande, eventuele, vrijwillige handeling van adoptante en erkennende man).
De vraag of deze naamgeving in strijd is met de gevolgen van de adoptie is door een kamerlid aan de Minister van Justitie gesteld. De minister antwoordde dat hij, onder voorbehoud van de interpretatie door de hoven en rechtbanken, van mening was dat, aangezien de gevolgen van de adoptie voor wat de naam betreft geregeld worden door artikel 358 [oud] B.W., de verklaring tot naamsverandering bepaald bij artikel 335 § 3 B.W. niet kan worden gedaan. Door de naamsverandering die eruit zou volgen, zou deze verklaring een gevolg teweegbrengen dat strijdig is met de bepalingen van artikel 362 [oud] B.W. Tegelijk werd gewezen op het feit dat een naamswijziging in dergelijke gevallen wel nog kan worden bekomen via de administratieve procedure tot wijziging van de familienaam overeenkomstig de Wet van 15 mei 1987 betreffende namen en voornamen (*B.S.* 10 juli 1987) (*Vr. en Antw.* Kamer 1988-89, 17 februari 1989, 4545 (Vr. nr. 166 BEERDEN)).

In diezelfde zin oordeelde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel dat de verklaring tot naamswijziging bedoeld in artikel 335 § 3 eerste lid B.W. strijdig zou zijn met artikel 362 [oud] B.W. en met het gezag van gewijsde van het adoptievonnis. Zelfs indien de naam van het kind niet gewijzigd wordt door dit vonnis, betekent dit volgens de rechtbank dat de naam behouden wordt en dus toegekend (Rb. Brussel 29 oktober 1991, *Pas.* 1992, III, 22 en *Rev. trim. dr. fam.* 1992, 381). Indien dergelijke verklaring tot naamswijziging toch wordt afgelegd, kan ze nietig worden verklaard op vordering van de procureur des Konings (voor een toepassingsgeval, zie Rb. Brussel 16 november 1988, *Pas.* 1989, III, 53, adv. SACRÉ).
Nochtans is er ook rechtspraak in tegengestelde zin, die van oordeel is dat de naam van het kind toch na een verklaring voor de ambtenaar van de burgerlijke stand moet kunnen worden gewijzigd in de familienaam van de erkenner (Rb. Gent 27 juli 1989, *Pas.* 1990, III, 21 en *R.W.* 1990-91, 24, (goedkeurende) noot J. GERLO).

De rechtspraak van het Arbitragehof i.v.m. de gevolgen (onder het vroegere adoptierecht, zie het oude art. 362 tweede lid B.W.) van de erkenning door een man van een kind dat reeds vóór 6 juni 1987 door zijn moeder was geadopteerd, werd reeds eerder in dit werk besproken, in het raam van het overgangsrecht inzake de vaststelling van de afstamming van moederszijde (zie boven, nr. 110).

411 In het bijzondere geval dat een kind zou worden erkend tijdens een adoptieprocedure – na de opmaak van het verzoek tot adoptie, maar alvorens de adoptie is voltooid – gaat het niet om een geadopteerd kind dat wordt erkend en heeft de erkenning alle gevolgen die met de vaststelling van de afstamming gepaard gaan, ook al zouden ze strijdig zijn met de – latere

– adoptie (art. 350 tweede lid B.W. *a contrario*, vgl. het oude art. 362 B.W. *a contrario*). De adoptie is evenwel niet mogelijk indien de adoptant tevens de erkenner is. Dergelijke adoptie is sinds de inwerkingtreding van de Afstammingswet zonder voorwerp geworden; zij kan geen enkel voordeel meer bieden voor het kind dat al door de kandidaat-adoptant is erkend (H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité*, II/2, 1085, nr. 1174). Met de hervorming van het adoptierecht is deze regel in de wet ingeschreven: artikel 344-2 B.W. bepaalt dat een persoon van wie de afstamming van vaderszijde vaststaat, niet door zijn vader kan worden geadopteerd.

In de rechtsleer is een waaier aan opvattingen terug te vinden over de vraag of de toestemming van de erkenner tot de adoptie door een derde al dan niet vereist is (voor een overzicht onder het oude adoptierecht, zie B. POELEMANS, "Wijzigingen in de toestemming tot adoptie in de loop van de homologatieprocedure", *T. Not.* 1991, (455) 465-467, nrs. 30-40). Ons inziens zal de erkenner als ouder moeten toestemmen tot de adoptie door een andere man, nu de afstamming van de minderjarige ten aanzien van zijn vader is komen vast te staan (art. 348-3 eerste en tweede lid B.W., zie het oude art. 348 § 1 eerste en tweede lid B.W.). De griffier kan zijn toestemming akteren op het zittingsblad zonder dat een nieuw verzoek tot adoptie moet worden opgemaakt (in die zin (onder het oude adoptierecht): J. GERLO, *Handboek voor Familierecht*, I, *Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2000, 138-139, nr. 329 en B. POELEMANS, "Wijzigingen in de toestemming tot adoptie in de loop van de homologatieprocedure", *T. Not.* 1991, (455) 467, nr. 40; *anders*: G. BAETEMAN, *Overzicht*, 674, nr. 1088: deze auteur verdedigde onder gelding van het oude adoptierecht de stelling dat de toestemming van de erkenner niet meer vereist is, daar op het ogenblik van de adoptieakte reeds een geldige toestemming werd gegeven door de andere ouder, maar dat het advies van de erkenner door het Openbaar Ministerie moet worden gevraagd en hij eventueel moet gehoord worden door de rechtbank en kan tussenkomen in de homologatieprocedure).

§ 8. Procedure

A. ERKENNING MET DE DOOR DE WET VEREISTE TOESTEMMINGEN

412 Indien alle toestemmingen die de wet vereist ook daadwerkelijk worden bekomen, kan de erkenning van een kind – dat niet in overspel *a matre* werd verwekt – plaatsvinden zonder enige rechterlijke tussenkomst en wordt een erkenningsakte opgemaakt door een daartoe bevoegde ambtenaar (voor de personen die een erkenningsakte kunnen opmaken, zie boven, nrs. 385-387).

413 De erkenning is aan geen enkele termijn onderworpen. Hoewel artikel 331*ter* B.W. onbetwistbaar een zeer algemene draagwijdte heeft, blijft de erkenning, als vrijwillige rechtshandeling die principieel geen vordering impliceert, volledig buiten het toepassingsgebied van deze bepaling.

Artikel 331*ter* B.W. mag dan wel een termijn bepalen voor het instellen van vorderingen betreffende de afstamming, de staat zelf blijft principieel onverjaarbaar (J.-P. MASSON, "La prescription", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, (35) 40; M.-Th. MEULDERS-KLEIN, "L'établissement et les effets personnels de la filiation selon la loi belge du 31 mars 1987", *Ann. dr. Louvain* 1987, (213) 256, nr. 83; D. PIRE, "Droit judiciaire de la filiation", *Act. dr.* 1991, (689) 707, nr. 22; E. VIEUJEAN, "Le nouveau droit de la filiation", *Ann. dr. Liège* 1987, (97) 129, nr. 39).

B. ERKENNING ZONDER EEN DOOR DE WET VEREISTE TOESTEMMING

414 Zoals eerder al aangehaald, verloopt de procedure na de toestemmingsweigering door de moeder of het niet-ontvoogd kind dat de volle leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt in twee fasen: vooreerst is er een verplichte verzoeningspoging bij de vrederechter (1); indien deze mislukt, komt de zaak voor de rechtbank van eerste aanleg (2).

Deze procedure kan op elk moment worden ingeleid. Net zoals de erkenning zelf, is het inleiden van een verzoeningspoging bij de vrederechter in de zin van artikel 319 § 3 derde lid B.W. tot het bekomen van het oordeel van de rechtbank dat de erkenning kan plaatshebben na toestemmingsweigering van de moeder niet aan enige termijn onderworpen; artikel 331*ter* B.W. is niet van toepassing (J.-P. MASSON, "La prescription", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, (35) 40).

Hieronder wordt ingegaan op enkele procedurele aspecten van de rechtspleging voor elk van beide instanties.

1. Procedure voor de vrederechter

a. Gedinginleidend stuk: een verzoekschrift op tegenspraak

415 De aard van het "gewoon verzoekschrift" waarvan sprake in artikel 319 § 3 derde lid B.W., is in de wet niet nader gespecifieerd. Bij procedures op verzoekschrift is het verzoekschrift op tegenspraak de regel (art. 1034*bis* e.v. Ger. W.), met als gevolg dat dit soort verzoekschrift te beschouwen is als het "gewoon verzoekschrift" uit artikel 319 § 3 derde lid B.W. (Vred. Roeselare 24 oktober 1995, *T. Vred.* 1996, 286, noot).

Normaal gezien volstaat voor een zitting in verzoening een louter mondeling verzoek (zie art. 732 Ger. W.), maar omdat bij gebrek aan verzoening de zaak automatisch – zonder nieuwe gedinginleidende akte – naar de rechtbank van eerste aanleg wordt verwezen, is een schriftelijk verzoek noodzakelijk. Het moet bovendien gaan om een tegensprekelijk verzoekschrift aangezien het geding voor de rechtbank van eerste aanleg verplicht op tegenspraak verloopt (zie tevens verder, nr. 425). Een mondeling verzoek moet dan ook worden gelijkgesteld met een gebrek aan aanhangigmaking bij de rechter (Rb. Neufchâteau 25 juni 1997, *R.R.D.* 1997, 456).

Het tegensprekelijk verzoekschrift, beheerst door de artikelen 1034*bis-sexies* Ger. W., kan door de verzoeker in persoon worden ondertekend. Aangezien het niet gaat om een eenzijdig verzoekschrift vindt artikel 1025, 6° Ger. W. geen toepassing en moet het verzoekschrift niet op straffe van nietigheid worden ondertekend door een advocaat (voor modellen van een verzoekschrift tot oproeping in verzoening, zie *Rép. not.*, deel 1 Personenrecht, Boek

XII Afstamming, p. 6, model 4 en en *A.M.R.*, II, Burgerlijk Recht, Afstamming, (afl. 17, 1988), 13-14).

b. Geen rolrecht

416 Volgens een Omzendbrief van de Minister van Financiën d.d. 9 november 1995 (opgenomen als noot onder de hierboven reeds vermelde uitspraak van het Vredegerecht te Roeselare d.d. 24 oktober 1995, *T. Vred.* 1996, 287) is de procedure voor de vrederechter een procedure die de eigenlijke rechtspleging voorafgaat, met als gevolg dat het verzoekschrift op het vredegerecht niet moet worden ingeschreven in het register der verzoekschriften en er geen aanleiding bestaat tot het heffen van rolrecht. Het rolrecht is volgens deze omzendbrief echter wel verschuldigd bij de inschrijving van de zaak op de algemene rol van de rechtbank van eerste aanleg.

c. Procedureverloop

417 Na de neerlegging van het verzoekschrift tot oproeping in verzoening stelt de vrederechter de dag en het uur vast waarop de aspirant-erkenner en de personen wier toestemming vereist is, nl. moeder en kind indien dit de leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt, voor hem in raadkamer zullen verschijnen. Zij worden daartoe "in raadkamer opgeroepen" (art. 319 § 3 derde lid B.W.). Over de wijze waarop die oproeping geschiedt bestaat geen eensgezindheid.

Vóór de invoering van Titel V*bis* ("Het verzoekschrift op tegenspraak") van Boek II van Deel IV van het Gerechtelijk Wetboek met ingang van 1 januari 1993, waren er verschillende argumenten voor de stelling dat een gewone brief volstaat. Vooreerst bepaalt artikel 319 § 3 B.W. niet uitdrukkelijk dat deze oproeping bij gerechtsbrief moet gebeuren en is een gerechtsbrief slechts nodig in de gevallen die de wet bepaalt (zie art. 46 § 2 eerste lid Ger. W.). Een ander argument om een gewone brief toe te laten vormt artikel 732 Ger. W., waaruit blijkt dat inzake minnelijke schikking de griffier de partijen bij gewone brief oproept om te verschijnen op dag en uur door de rechter bepaald (J. MELLAERTS, "Afstammingsgeschillen: een procesrechtelijke benadering", *T.P.R.* 1991, (1139) 1176, nr. 96).

Aangezien de procedure aanhangig moet worden gemaakt bij tegensprekelijk verzoekschrift kan er ons inziens geen twijfel meer over bestaan dat de partijen door de griffier per gerechtsbrief worden opgeroepen, aangezien artikel 1034*sexies* Ger. W. dit met zoveel woorden voorschrijft.

418 Gelet op het hoogstpersoonlijk karakter van de erkenning en de toestemmingen die ervoor vereist zijn, moeten de man die het kind wil erkennen, de moeder en het kind dat de volle leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt, persoonlijk aanwezig zijn op de verzoeningszitting die plaatsvindt in raadkamer. Zij kunnen zich laten bijstaan door een advocaat; er kan evenwel niet worden aanvaard dat zij zich laten vertegenwoordigen door hun advocaat (in die zin: Gent (1ste kamer) nr. 1997/AR/596, 5 december 2002, *onuitg.*), mede gelet op het persoonsgebonden karakter van de verzoeningsprocedure.

In het geval dat moeder en/of kind onbekwaam zijn om tot de erkenning toe te stemmen, worden zij vertegenwoordigd door hun wettelijke vertegenwoordiger of een voogd *ad hoc*.

Er is geen wettelijke sanctie voor de eiser die niet verschijnt; in theorie is het niet onmogelijk dat moeder en/of kind in dat geval alsnog tot de erkenning toestemmen, maar in de praktijk zal dat zelden gebeuren. Indien enkel de aspirant-erkenner verschijnt en één weigerende partij afwezig is, verwijst de vrederechter de zaak onmiddellijk door naar de rechtbank van eerste aanleg, aangezien hij in die hypothese geen verzoening tussen alle partijen zal kunnen bewerkstelligen en de nodige toestemmingen nooit zal kunnen ontvangen.

419 Indien de vrederechter erin slaagt de partijen tot verzoening te brengen – wat in deze context betekent dat de weigerende partijen terugkomen op hun toestemmingsweigering en zich niet meer tegen de erkenning verzetten – "ontvangt hij de nodige toestemmingen". Van de zitting in verzoening kan een proces-verbaal worden opgemaakt (vgl. art. 733 Ger. W. inzake minnelijke schikking; voor een model zie *A.M.R.*, II, Burgerlijk Recht, Afstamming, (afl. 17, 1988), 15-16), waarin akte wordt genomen van de gegeven toestemmingen. Ons inziens kunnen de vereiste toestemmingen niet worden geakteerd in een akkoordvonnis (*anders:* G. BAETEMAN, *Overzicht*, 617, nr. 999), bij gebrek aan inleiding van een vordering.

420 In elk geval zijn de ambtenaar van de burgerlijke stand en de notaris bevoegd om na een succesvolle verzoeningspoging bij de vrederechter de erkenningsakte op te maken (voor een model van notariële akte, zie C. DE WULF en H. DE DECKER, *Het opstellen van notariële akten*, I, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 212-213).

421 Er bestaat betwisting omtrent de vraag of de vrederechter die de nodige toestemmingen ontvangt zelf meteen een erkenningsakte kan opmaken.

Sommige auteurs zijn van oordeel dat de authentieke erkenningsakte enkel door een notaris of ambtenaar van de burgerlijke stand kan worden verleden. De vrederechter zou als rechter van willige rechtsmacht slechts authentieke akten kunnen verlijden in de uitzonderingsgevallen die uitdrukkelijk in de wet zijn bepaald, zoals bv. een adoptieakte (art. 349 eerste lid B.W.) of een akte van bekendheid (art. 600 Ger. W.) (J. MELLAERTS, "Afstammingsgeschillen: een procesrechtelijke benadering", *T.P.R.* 1991, (1139) 1177, nr. 100; zie ook E. MEULDERS, "Erkenning – wie kan ze opmaken?", *De Burg. St.* 1988, (98) 98 *in fine*, die de bevoegdheid van de vrederechter met klem betwist; vgl. G. BAETEMAN, *Overzicht*, 211, nr. 357.2, die de vrederechter niet vermeldt als auteur van een authentieke erkenningsakte).

Ons inziens moet de vrederechter in die hypothese een erkenningsakte kunnen opmaken (eveneens in die zin: J. GERLO, *Handboek Personen- en familierecht*, 37, nr. 87). Hij is magistraat en dus een openbaar ambtenaar die authentieke

akten kan opmaken. De vrederechter die optreedt met de bevoegdheid van een magistraat van willige rechtsmacht en in die hoedanigheid de nodige toestemmingen "ontvangt" (en ze dus meteen authentiek vaststelt), kan op dat moment ook de erkenning zelf in één en dezelfde akte ontvangen (zie art. 62 § 1, 3° B.W.) (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 319 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 10, nr. 13).
Dit betekent echter niet dat de vrederechter buiten het kader van de verzoeningspoging kan ingaan op een verzoek om een erkenningsakte op te maken.

422 Slaagt de vrederechter er niet in de nodige toestemmingen te akteren, dan verwijst hij de zaak naar de rechtbank van eerste aanleg (voor een model van proces-verbaal van onmogelijkheid van verzoening en verwijzing naar de rechtbank van eerste aanleg, zie *A.M.R.*, II, Burgerlijk Recht, Afstamming, (afl. 17, 1988), 15-16).

2. Procedure voor de rechtbank van eerste aanleg

a. Procedureverloop

423 Na de verwijzing door de vrederechter – via de griffie van het vredegerecht – is de zaak automatisch aanhangig bij de rechtbank van eerste aanleg, zonder dat de aspirant-erkenner de weigerende partijen nog moet verzoeken om voor de rechtbank te verschijnen.

Deze automatische aanhangigheid wordt bevestigd in de voorbereidende werken: "Zo de poging tot verzoening is mislukt, wordt de betwisting door de vrederechter zelf verwezen naar de rechtbank van eerste aanleg" (Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 64).

424 De partijen zullen andermaal worden opgeroepen om op een bepaalde dag en een bepaald uur te verschijnen, ditmaal voor de rechtbank van eerste aanleg en in openbare terechtzitting.

Artikel 319 B.W. bepaalt niet dat de debatten voor de rechtbank van eerste aanleg moeten plaatshebben in raadkamer. Bijgevolg is het algemene principe van toepassing, nl. dat ze geschieden in openbare terechtzitting (Luik 10 december 1991, *J.L.M.B.* 1992, 949, noot D. PIRE en *J. dr. jeun.* 1992, afl. 118, 38; Luik 10 december 1991, *Pas.* 1992, II, 4 (in een quasi identieke feitenconstellatie)).

425 De oproeping gebeurt bij gerechtsbrief. Het Hof van Cassatie oordeelde dat wanneer een vordering wordt ingesteld o.g.v. artikel 319 § 3 B.W., de regelen van de artikelen 1025 tot 1034 Ger. W. (i.v.m. de vordering op eenzijdig verzoekschrift) niet toepasselijk zijn op de rechtspleging gevoerd voor de rechtbank van eerste aanleg, die in wezen een contradictoire rechtspleging is (Cass. 16 december 1999, *Arr. Cass.* 1999, 1629, *Pas.* 1999, I, 1699, *J.T.* 2000, 719 en *R.W.* 2000-01, 943, noot).
Uit deze beslissing kan worden afgeleid dat de regels i.v.m. het verzoekschrift op tegenspraak (art. 1034*bis-sexies* Ger. W.) toepassing moeten vinden, met als gevolg dat de partijen door de griffier via een gerechtsbrief worden opgeroepen, overeenkomstig artikel 1034*sexies* Ger. W.

Het hof oordeelde in dit arrest ook met zoveel woorden dat een naar zijn aard contradictoire procedure geen procedure op eenzijdig verzoekschrift wordt doordat de rechter die de partijen op onjuiste wijze laat oproepen, de zaak – ten onrechte – niet in openbare zitting behandelt en van het vonnis kennis laat geven door de griffier o.g.v. artikel 1030 Ger. W.

426 Op de rechtspleging voor de rechtbank van eerste aanleg is het gemeen recht toepasselijk, met dien verstande dat de rechtbank de partijen en het Openbaar Ministerie hoort (art. 319 § 3 vierde lid B.W.). De uitdrukking "de rechtbank hoort de partijen" betekent niet noodzakelijkerwijs dat de partijen persoonlijk moeten worden gehoord. Nu de wet geen bijzondere lastgeving eist, kan de advocaat als gevolmachtigde van een partij verschijnen zonder dat hij van enige volmacht moet doen blijken (art. 440 tweede lid Ger. W.). Overeenkomstig het gemeen recht kan de rechtbank echter te allen tijde – zelfs ambtshalve – de persoonlijke verschijning van de partijen of één van hen bevelen (art. 992 Ger. W.).

427 Een derde kan vrijwillig tussenkomen in het geding voor de rechtbank van eerste aanleg indien hij blijk geeft van een belang.

De vrijwillige tussenkomst van de echtgenoot van de moeder in een procedure waarin een man het kind wil erkennen zonder toestemming van de moeder werd ontvankelijk verklaard omdat hij een wettig, rechtstreeks en persoonlijk belang had, nu hij was overgegaan tot volle adoptie van dat kind en de homologatieprocedure voor de jeugdrechtbank nog hangende was (Rb. Luik 17 mei 1991, bevestigd door Luik 15 maart 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 647).

428 Volgens artikel 331 *quinquies B.W.* kunnen erfgenamen een reeds begonnen rechtsvordering voortzetten, tenzij de verzoeker er uitdrukkelijk afstand van heeft gedaan. Deze regel is echter niet van toepassing op de vordering bedoeld in artikel 319 § 3 B.W., aangezien het hier om een vordering gaat die persoonlijk is voorbehouden aan de vader van het kind of zijn wettelijke vertegenwoordiger en die geen vordering tot vaststelling van de afstamming is (Rb. Luik 8 november 1991, *J.L.M.B.* 1995, 170).

b. Gerechtskosten – Rechtsmiddelen

429 Volgens het gemeen recht verwijst het eindvonnis, zelfs ambtshalve, de in het ongelijk gestelde partij in de kosten, tenzij bijzondere wetten anders bepalen (art. 1017 eerste lid Ger. W.). Het afstammingsrecht bevat geen bijzondere bepalingen aangaande de kosten van het geding voor de rechtbank van eerste aanleg beschreven in artikel 319 § 3 derde en vierde lid B.W.

Luidens artikel 1017 derde lid Ger. W. kunnen de gerechtskosten worden omgeslagen zoals de rechter het raadzaam oordeelt, o.m. wanneer de partijen onderscheidenlijk omtrent enig geschilpunt in het ongelijk zijn gesteld.

430 Het deskundigenonderzoek dat bevolen werd om na te gaan of de erkenner wel degelijk niet de biologische vader van het kind is, wordt beheerst door het gemeen recht terzake (art. 962-991 Ger. W.). De kosten van

het deskundigenonderzoek maken – als uitgaven betreffende een onderzoeksmaatregel – deel uit van de gerechtskosten (art. 1018, 3° Ger. W.).
Voor de kosten van een deskundigenonderzoek is – als kosten die de rechtspleging met zich meebrengt – ook rechtsbijstand mogelijk (zie art. 664 *juncto* 692 Ger. W.; voor details, zie verder, nr. 995).

Dikwijls wordt bepaald dat de kosten voor een deskundigenonderzoek dat het niet-vaderschap van de aspirant-erkenner moet bewijzen, dienen te worden voorgeschoten door de partij die het onderzoek vraagt – en op wie de bewijslast inzake het niet-vaderschap rust –, in deze context de moeder (zie Gent (1ste kamer) nr. 1997/AR/596, 5 december 2002, *onuitg.*).

431 De advocaat die wordt aangeduid als voogd *ad hoc* in een procedure tot betwisting van een erkenning heeft geen recht op een rechtsplegingsvergoeding. De situatie is anders wanneer de voogd *ad hoc* zich zelf ook laat vertegenwoordigen door een advocaat (zie verder, nr. 996).

432 Overeenkomstig het gemeen recht is de beslissing van de rechtbank waarbij zij oordeelt of de erkenning al dan niet kan plaatsvinden vatbaar voor hoger beroep en verzet.

I.v.m. de aanvangsdatum voor de termijn waarbinnen hoger beroep moet worden aangetekend (art. 1051 eerste lid Ger. W.) heeft het Hof van Cassatie gepreciseerd dat een zaak die aanhangig is gemaakt o.g.v. artikel 319 § 3 B.W. geen zaak is bedoeld in artikel 704 eerste lid Ger. W., met als gevolg dat de termijn om hoger beroep aan te tekenen pas kan beginnen lopen vanaf de betekening van het vonnis. Ook al heeft de griffier – ten onrechte – het vonnis bij gerechtsbrief ter kennis gebracht van de partijen in toepassing van artikel 1030 Ger. W., deze kennisgeving kan niet de termijn zijn om van het vonnis in hoger beroep te komen (Cass. 16 december 1999, *Arr. Cass.* 1999, 1629, *Pas.* 1999, I, 1699, *J.T.* 2000, 719 en *R.W.* 2000-01, 943, noot).

In casu was in eerste aanleg – na een behandeling van de zaak in raadkamer – geoordeeld dat de erkenning door een man kon plaatsvinden ondanks de toestemmingsweigering van de moeder. Nadat het vonnis door de griffier op 22 april 1997 was aangezegd bij gerechtsbrief en op 4 juli 1997 werd betekend, stelde de moeder op 12 september 1997 hoger beroep in. Aangezien ingeval de termijn voor hoger beroep begint te lopen en eindigt tijdens het gerechtelijk verlof, hij verlengd wordt tot 15 september (zie art. 50 tweede lid Ger. W.) was het hoger beroep tijdig ingesteld en werd het ontvankelijk bevonden (zie het arrest op verwijzing: Brussel (3de kamer) A.R. nr. 2000/AR/1547, 6 februari 2001, *onuitg.*).

433 Derdenverzet is theoretisch denkbaar in het zeer uitzonderlijke geval dat de personen die tot de erkenning moesten toestemmen niet in het geding werden betrokken: enkel zij kunnen derdenverzet instellen (in dezelfde zin: J. MELLAERTS, "Afstammingsgeschillen: een procesrechtelijke benadering", *T.P.R.* 1991, (1139) 1178, nr. 106).

c. Uitwerking van de beslissing – Formaliteiten nadien

434 Artikel 333 B.W. is niet van toepassing op de beslissing van de rechtbank waarin wordt geoordeeld dat de erkenning kan plaatsvinden. Hoewel

luidens artikel 333 § 1 B.W. elk exploot van betekening van een "vonnis of arrest waarbij een vordering betreffende de afstamming wordt toegewezen" in afschrift moet worden medegedeeld aan het Openbaar Ministerie teneinde het in de registers van de burgerlijke stand bekend te maken, wordt aanvaard dat artikel 333 B.W. enkel geldt m.b.t. vonnissen en arresten waarbij een afstammingsband wordt vastgesteld of tenietgedaan, wat niet het geval is voor een beslissing die gewezen is o.g.v. artikel 319 § 3 vierde lid B.W. (J. MELLAERTS, "Afstammingsgeschillen: een procesrechtelijke benadering", *T.P.R.* 1991, (1139) 1178-1179, nr. 108; M.-Th. MEULDERS-KLEIN, "L'établissement et les effets personnels de la filiation selon la loi belge du 31 mars 1987", *Ann. dr. Louvain* 1987, (213) 281, nr. 140; D. PIRE, "Droit judiciaire de la filiation", *Act. dr.* 1991, (689) 722-723, nr. 41; J. SOSSON, "Quelques problèmes judiciaires d'application de la loi du 31 mars 1987", *J.T.* 1990, (301) 306, nrs. 32-33).

De Rechtbank van Eerste Aanleg te Aarlen bevestigde dat het dispositief van het vonnis waarin wordt geoordeeld dat een kind zonder toestemming van de moeder en zonder toetsing van het belang van het kind kan worden erkend wanneer het niet-vaderschap niet bewezen is, niet in de rand van de geboorteakte moet worden overgeschreven. Het is aan de verzoeker om het kind voor de ambtenaar van de burgerlijke stand te erkennen (Rb. Aarlen 16 december 1994, *J.T.* 1995, 388).

Ook de Minister van Justitie deed in zijn instructies aan de parketten en de ambtenaren van de burgerlijke stand opmerken dat de rechterlijke beslissingen die met toepassing van artikel 319 § 3 derde en vierde lid B.W. worden genomen buiten het toepassingsgebied van artikel 333 § 2 B.W. vallen, aangezien zij aan de vaststelling van de vaderlijke afstamming voorafgaan en dienvolgens aan de ambtenaar van de burgerlijke stand worden ter hand gesteld door hem die wenst te erkennen (Omz. 10 maart 1988 met ref. 7/Litt.EC/Fil. betreffende de Wet van 31 maart 1987 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming, *onuitg.*, p. 3).

435 De man die van de rechtbank de toelating heeft bekomen om het kind te erkennen, zal deze beslissing moeten laten betekenen aan de tegenpartij(en), nl. de moeder en/of het niet-ontvoogd minderjarig kind dat de leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt.

3. Erkenning voor een bevoegd ambtenaar

436 Van zodra de beslissing waarbij de rechtbank overeenkomstig artikel 319 § 3 vierde lid B.W. heeft geoordeeld dat de erkenning kan plaatsvinden in kracht van gewijsde is getreden, zal de aspirant-erkenner zich naar de ambtenaar van de burgerlijke stand of naar de notaris begeven teneinde de erkenning te laten akteren (voor een model van notariële akte na een toelating tot erkenning vanwege de rechtbank, zie C. DE WULF en H. DE DECKER, *Het opstellen van notariële akten*, I, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 213).

De bevoegde ambtenaar zal de erkenningsakte pas opmaken na overlegging van een uitgifte van de rechterlijke beslissing die de man toelaat het kind te erkennen en een attest waaruit blijkt dat geen rechtsmiddelen werden aangewend (J. SOSSON, "Quelques problèmes judiciaires d'application de la loi du 31 mars 1987", *J.T.* 1990, (301) 306, nrs. 33-34). De partijen die hun toestemming tot de erkenning weigerden moeten niet meer mede verschijnen (J.

MELLAERTS, "Afstammingsgeschillen: een procesrechtelijke benadering", *T.P.R.* 1991, (1139) 1178, nr. 108).

§ 9. Vertegenwoordiging

A. VERTEGENWOORDIGING VAN DE ERKENNER

437 Het is niet ondenkbaar dat een wilsbekwame aspirant-erkenner zich bestendig in het buitenland bevindt en desalniettemin in België een kind wil erkennen. Op dat ogenblik rijst de vraag of hij zich kan laten vertegenwoordigen. Op het eerste gezicht lijkt dit onmogelijk, gelet op het hoogstpersoonlijk karakter van de erkenning. In de doctrine wordt nochtans verdedigd dat de – wilsbekwame – erkenner zich kan laten vertegenwoordigen door een lasthebber of gevolmachtigde.

Sommige auteurs zijn van oordeel dat via een lasthebber tot de erkenning van een kind kan worden overgegaan. Zij voeren aan dat het feit dat wettelijke vertegenwoordiging is uitgesloten niet impliceert dat ook vrijwillige vertegenwoordiging niet mogelijk zou zijn. In dergelijk geval is in hun optiek het persoonlijk karakter van de erkenning gerespecteerd, aangezien de erkenner (lastgever) aan de oorsprong van de akte ligt en handelt bij monde van zijn vertegenwoordiger (de lasthebber). Erkenningen via mandataris zouden evenwel slechts mogelijk zijn na een bijzonder en authentiek mandaat (zie ook J.M. PAUWELS, *Personen- en familierecht*, III, *Jeugdrecht - Verwantschapsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1986, 44, nr. 15.76), resp. omwille van het persoonlijk karakter van de erkenning en het feit dat een authentieke akte vereist is voor de erkenning zelf. De volmacht die eraan gehecht moet blijven, zou ook in authentieke vorm moeten worden opgemaakt. Overeenkomstig het gemeen recht (art. 2044 B.W.) zou de lastgeving kunnen worden herroepen zolang de erkenningsakte niet is ondertekend door de lasthebber. Als de erkenner evenwel zou sterven alvorens zijn lasthebber de erkenningsakte heeft kunnen doen opmaken, zou niemand nog gerechtigd zijn om gevolg te geven aan de wilsuiting van de erkenner (H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité*, II/2, 887, nr. 886 *juncto* 886, nr. 884).
Als argument – naar analogie – ten voordele van deze zienswijze is aangevoerd dat een echtgenoot in het raam van een echtscheiding door onderlinge toestemming o.g.v. artikel 1289*bis* Ger. W. in uitzonderlijke omstandigheden vrijstelling van persoonlijke verschijning kan bekomen en toestemming kan worden verleend om zich te laten vertegenwoordigen door een bijzondere gemachtigde, die advocaat of notaris is (G. MAHIEU en D. PIRE, *Droit des personnes. La filiation*, in *Rép. not.*, Brussel, Larcier, 1999, 84, nr. 70 *juncto* 65, nr. 32).

Toch moet ons inziens worden aangenomen dat een erkenning via een lasthebber niet mogelijk is. De toepassing van de figuur van de lastgeving in het afstammingsrecht lijkt ongepast, aangezien lastgeving is geconcipieerd m.b.t. zaken (zie art. 1987 B.W.); kinderen kunnen bezwaarlijk met zaken worden gelijkgesteld. Afgezien van het gemeenschappelijk hoogstpersoonlijk karakter kan een erkenning overigens moeilijk worden vergeleken met een echtscheiding door onderlinge toestemming; bij een echtscheiding is enkel de staat van beide echtgenoten in het geding, niet de staat van het kind. Bovendien, nu uit de voorbereidende werken van de Afstammingswet blijkt dat een wilsonbekwame erkenner zich niet kan laten vertegenwoordigen, moet dit *a fortiori* gelden voor een wilsbekwame erkenner.

438 In het verslag van de kamercommissie, opgemaakt tijdens de voorbereiding van de Afstammingswet, staat ondubbelzinnig te lezen dat een wilsonbekwame erkenner zich niet kan laten vertegenwoordigen. "De erkenning is immers een persoonlijke rechtshandeling waarvoor geen vertegenwoordiging mogelijk is en waarbij geen bijstand kan worden verleend" (Verslag kamercommissie, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 378/16, 50; *anders*: F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgerlijk Recht*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2001, 736, nr. 955, die van oordeel is dat een erkenning via een vertegenwoordiger moet kunnen gebeuren indien deze geen afweging behoeft te maken maar de hem bekende en betrouwbare opvatting van de pupil louter vertolkt).

439 Aangezien de erkenning een rechtshandeling is die moet uitgaan van de erkenner zelf, is het overigens ook uitgesloten dat het vaderschap van een overleden man via erkenning – door een vertegenwoordiger van de overledene – wordt vastgesteld (P. SENAEVE, *Compendium*, 317, nr. 803).

B. VERTEGENWOORDIGING VAN DE MOEDER

440 Is de moeder van een minderjarig kind w i l s b e k w a a m , dan moet zij persoonlijk tot de erkenning van haar minderjarig kind toestemmen. Weigert zij haar toestemming tot de erkenning, dan is zij partij in het geding o.g.v. artikel 319 § 3 derde en vierde lid B.W. Zij kan zich niet laten vertegenwoordigen, noch ten overstaan van een bevoegde ambtenaar, noch in het geding voor de vrederechter en de rechtbank van eerste aanleg.

441 Is de moeder van de te erkennen minderjarige w i l s o n b e k w a a m , dan moet zij worden beschouwd als zijnde "in de onmogelijkheid haar wil te kennen te geven", in welke hypothese artikel 319 § 4 B.W. toepassing vindt. Uit deze bepaling blijkt dat de moeder niet vertegenwoordigd wordt en de erkenning kan doorgaan zonder haar toestemming of die van haar (eventuele) vertegenwoordiger.

C. VERTEGENWOORDIGING VAN HET TE ERKENNEN KIND

1. Bij de opmaak van een erkenningsakte door de ambtenaar van de burgerlijke stand of de notaris

442 Is het te erkennen kind m e e r d e r j a r i g o f o n t v o o g d en wilsbekwaam, dan kan hij zich niet laten vertegenwoordigen en moet hij persoonlijk tot zijn erkenning toestemmen voor een bevoegde ambtenaar.
Is het meerderjarig kind wilsonbekwaam, dan moet een onderscheid worden gemaakt naargelang de situatie waarin het te erkennen kind verkeert. Is de meerderjarige in staat van verlengde minderjarigheid geplaatst, dan hoeft hij niet eens toe te stemmen tot zijn erkenning omdat hij gelijkgesteld wordt met een minderjarige beneden de vijftien jaar; de gerechtelijk onbekwaamverklaarde wordt vertegenwoordigd door zijn wettelijke vertegenwoordiger; in

alle andere gevallen kan een voogd *ad hoc* worden aangesteld om tot de erkenning toe te stemmen, naar analogie met artikel 331*sexies* B.W.

443 Is de te erkennen niet-ontvoogde minderjarige van vijftien jaar of ouder wilsbekwaam, dan moet hij persoonlijk tot zijn erkenning toestemmen en is vertegenwoordiging uitgesloten. Is hij daarentegen om een of andere reden wilsonbekwaam, dan is vertegenwoordiging mogelijk onder hetzelfde regime als voor een meerderjarige wilsonbekwame (zie boven, nr. 442).

2. In het geding voor de vrederechter en de rechtbank van eerste aanleg

444 De vertegenwoordigingsregeling uit artikel 331*sexies* B.W. doet geen afbreuk aan het recht van de onbekwamen om (ook) persoonlijk in het geding op te treden dat de wet verleent aan de niet-ontvoogde minderjarige die de leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt (zie aanhef art. 331*sexies* B.W., dat o.m. verwijst naar art. 319 § 3 B.W.). Anderzijds moeten de onbekwamen slechts in het geding vertegenwoordigd worden wanneer zij daadwerkelijk partij zijn in het geding (J. MELLAERTS, "Procesrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 134, nr. 250).
Een geding o.g.v. artikel 319 § 3 derde en vierde lid B.W. is slechts mogelijk indien het te erkennen kind minderjarig en niet-ontvoogd is. Inzake de vertegenwoordiging van deze minderjarige moet een onderscheid worden gemaakt naargelang het kind al dan niet de volle leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt.

a. Het kind is jonger dan vijftien jaar

445 Het Hof van Cassatie heeft een duidelijk arrest gewezen over de procespositie van het minderjarig kind dat de leeftijd van vijftien jaar nog niet heeft bereikt. Het hof besliste dat artikel 331*sexies* B.W. enkel de vertegenwoordiging van de onbekwamen als eisers of als verweerders regelt, in de gedingen betreffende hun afstamming. Het kind van minder dan vijftien jaar dat het voorwerp is van een erkenning door een man, is geen partij in de procedure o.g.v. artikel 319 § 3 B.W., noch als eiser, noch als verweerder. Daaruit volgt dat het ook niet moet worden vertegenwoordigd door zijn wettelijke vertegenwoordiger, noch door een voogd *ad hoc* (Cass. 29 april 1993, *Arr. Cass.* 1993, 416, *Pas.* 1993, I, 411, *R.W.* 1993-94, 508 en *T.B.B.R.* 1994, 219, concl. J.-M. PIRET en noot N. DENIES; in dezelfde zin: Luik 19 oktober 1993, *J.L.M.B.* 1994, 410 en *Rev. trim. dr. fam.* 1994, 761).

De antecedenten van dit belangrijk arrest kunnen als volgt worden samengevat:

Na een mislukte verzoeningspoging voor de vrederechter werd met het oog op de daaropvolgende procedure voor de Rechtbank van Eerste Aanleg te Luik door het Openbaar Ministerie de aanstelling van een voogd *ad hoc* gevraagd bij de voorzitter van de rechtbank, teneinde het kind van minder dan vijftien jaar in de procedure te vertegenwoordigen. Het parket was immers van

oordeel dat het kind partij moest zijn in het geding en verzocht om de heropening van de debatten, teneinde partijen toe te laten dienaangaande een standpunt in te nemen. De voorzitter weigerde de aanstelling; tegen deze beslissing werd geen hoger beroep aangetekend. De rechtbank weigerde de debatten te heropenen omdat het naar haar oordeel duidelijk was dat artikel 319 § 3 B.W. niet vereist dat het kind van minder dan vijftien jaar partij is in dit geding omdat het niet tot de erkenning moet toestemmen. Het argument dat artikel 331*sexies* B.W. zou moeten worden toegepast, omdat het om een vordering betreffende de afstamming zou gaan, werd door de rechtbank verworpen: de vordering waarmee de aspirant-erkenner aanstuurt op een beslissing van de rechtbank dat de erkenning kan plaatshebben, is geen vordering waarna een afstamming vastgesteld of betwist is; zij betreft wel de afstamming, maar is op zichzelf niet afstammingsverklarend. Volgens de rechtbank heeft de wetgever slechts voor de vorderingen tot vaststelling of betwisting van de afstamming vereist dat alle betrokken partijen in het geding moeten worden geroepen en is dit dan ook duidelijk in de wet vermeld, bv. in de artikelen 332, 332*bis* en 332*ter* B.W. Bovendien zou de aanname dat het kind van minder dan vijftien jaar partij is bij de beslissing waarin de erkenning is toegestaan o.g.v. artikel 319 § 3 vierde lid B.W. leiden tot de conclusie dat het kind na zijn meerderjarigheid dit vaderschap niet meer o.g.v. artikel 330 § 1 derde lid B.W. zou kunnen betwisten, wat de wetgever zeker niet gewild heeft (Rb. Luik 12 oktober 1990, *Rev. trim. dr. fam.* 1992, 389).

Het Openbaar Ministerie tekende hoger beroep aan tegen deze beslissing en bleef van oordeel dat artikel 331*sexies* B.W. vereist dat het kind partij is in het geding en *in casu* vertegenwoordigd zou moeten worden door een voogd *ad hoc*. Het Hof van Beroep te Luik oordeelde dat de vraag of de minderjarige die de leeftijd van vijftien jaar niet heeft bereikt in het geding moet worden betrokken en vertegenwoordigd zonder voorwerp geworden is na het arrest van het Arbitragehof d.d. 21 december 1990. Die vraag rijst maar in de mate dat de voorafgaande toestemming van de moeder een ontvankelijkheidsvereiste is voor de erkenning door een man; ingevolge de rechtspraak van het Arbitragehof is dit niet meer het geval (Luik 10 december 1991, *J.L.M.B.* 1992, 949, noot D. PIRE en *J. dr. jeun.* 1992, afl. 118, 38).

Tegen dit arrest, waarin ten gronde geoordeeld werd dat het kind kan worden erkend met of zonder de voorafgaande toestemming van de moeder en de ambtenaar van de burgerlijke stand of de notaris werd toegelaten de erkenningsakte op te maken na voorlegging van het in kracht van gewijsde getreden arrest, stelde de moeder een voorziening in cassatie in. Zij was – op het vlak van de ontvankelijkheid – van oordeel dat de vordering waarvan de rechtbank kennis neemt op basis van artikel 319 § 3 B.W. een vordering met betrekking tot de afstamming is, die vereist dat de minderjarige in het geding vertegenwoordigd is o.g.v. artikel 331*sexies* B.W., nl. door zijn wettelijke vertegenwoordiger of, indien er tegenstrijdigheid van belangen is, door een voogd *ad hoc*.

Het Hof van Cassatie verwierp het cassatiemiddel dat betrekking had op de vertegenwoordiging van het kind, na gelijkluidende conclusie van Adv. Gen. PIRET, waarin werd geponeerd dat artikel 331*sexies* B.W., evenmin als artikel 319 § 3 B.W., de minderjarige die jonger is dan vijftien jaar niet het recht geeft zich te verzetten tegen een erkenning van vaderschap, persoonlijk of via een vertegenwoordiger. De Advocaat-generaal volgde D. PIRE die eerder al had verdedigd dat de wetgever de aanwezigheid van het kind heeft vereist in procedures tot betwisting of inroeping van staat (art. 332, 332*bis* en 332*ter* B.W.) en niet in het raam van machtiging tot of homologatie van de erkenning (art. 319, 319*bis* en 320 B.W.); enkel door de eerste categorie procedures wordt een afstammingsband bevestigd of ontkend, terwijl het bij de tweede categorie de erkenningsakte is die de staat van het kind wijzigt (PIRET, conclusie voor Cass. 29 april 1993, *T.B.B.R.* 1994, (219) 222; vgl. D. PIRE, noot onder Luik 10 december 1991, (952) 954 en voetnoot 8).

Opgemerkt moet worden dat deze cassatierechtspraak op de helling is komen te staan doordat het Arbitragehof in een arrest van 14 mei 2003 heeft geoordeeld dat het kind jonger dan vijftien jaar wordt gediscrimineerd bij zijn erkenning door een man door het ontbreken van een procedure die de rechter in staat stelt rekening te houden met de toestemming van deze minderjarige, hetzij met zijn persoonlijke toestemming indien hij in staat is zijn eigen mening

te vormen, "hetzij bij wege van vertegenwoordiging van de minderjarige door de personen die voor hem instaan" (overweging B.7.2 *in fine*; zie ook boven, nr. 340 en 360).

b. Het kind heeft de volle leeftijd van vijftien jaar bereikt

446 De niet-ontvoogde minderjarige van vijftien jaar of ouder is wel degelijk partij in het geding aangezien zijn toestemming vereist is. De vraag rijst dan ook of hij overeenkomstig artikel 331*sexies* B.W. in het geding waarvan sprake in artikel 319 § 3 vierde lid B.W. moet worden vertegenwoordigd.

Deze vraag kan positief worden beantwoord indien men van oordeel is dat het gaat om een vordering betreffende zijn afstamming (zie bv. PIRET, conclusie voor Cass. 29 april 1993, *T.B.B.R.* 1994, (219) 221, waar – verkeerdelijk – wordt verwezen naar J. VAN COMPERNOLLE, "Aspects judiciaires des actions relatives à la filiation", *Ann. dr. Louvain* 1987, (319) 320).

Ons inziens kan de niet-ontvoogde minderjarige die de volle leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt zelf optreden als verweerder in het geding en wordt hij niet vertegenwoordigd (in dezelfde zin: E. VIEUJEAN, "Le nouveau droit de la filiation", *Ann. dr. Liège* 1987, (97) 117, nr. 21; J. VAN COMPERNOLLE, "Aspects judiciaires des actions relatives à la filiation", *Ann. dr. Louvain* 1987, (319) 333). Elke andere zienswijze miskent de betekenis van het voorbehoud dat in de aanhef van artikel 331*sexies* B.W. voor deze categorie kinderen is geformuleerd, o.m. ook m.b.t. artikel 319 § 3 B.W. De vertegenwoordigingsregeling inzake vorderingen m.b.t. de afstamming is op hen niet van toepassing, aangezien het in de procedure o.g.v. artikel 319 § 3 vierde lid B.W. niet gaat om een vordering die ertoe strekt de afstamming vast te stellen of te betwisten, maar de staat van het kind pas door de – latere – erkenning wordt gewijzigd.

§ 10. Kosten

A. KOSTEN VERBONDEN AAN DE OPMAAK VAN EEN ERKENNINGSAKTE

447 Het leidt geen twijfel dat een erkenning voor een notaris meer kosten zal genereren dan een erkenning voor de ambtenaar van de burgerlijke stand, nu deze laatste aan de erkenner geen ereloon en dossierkosten doorrekent.

– Het ereloon van de notaris voor de "erkenning van natuurlijke kinderen, bij afzonderlijke akte" bedraagt 8,55 euro (zie art. 17.61 K.B. 16 december 1950 houdende het tarief van de honoraria der notarissen, *B.S.* 25 december 1950 (gewijzigd door art. 4 § 1 K.B. 20 juli 2000, *B.S.* 30 augustus 2000, dat als tarief 7,50 euro vermeldt, maar moet worden samengelezen met art. 1 K.B. 8 augustus 1978 (*B.S.* 19 augustus 1978; 20% bijgeteld) en art. 1 K.B. 23 december 1980 (*B.S.* 25 december 1980; vervolgens 5% afgetrokken))).
Voor de registratie van een erkenningsakte is bovendien het algemeen vast recht (25 euro) verschuldigd (art. 11 Wetboek der Registratie-, Hypotheek- en Griffierechten).
Daarnaast zijn er ook nog dossierkosten verbonden aan een notariële erkenning, waaronder de zegel- en rolrechten. De notariële erkenningsakte wordt immers opgemaakt op gezegeld papier, waarvoor een zegelrecht moet worden betaald van 7,50 euro per vel (A3-formaat) (art. 4 Wetboek

van Zegelrechten (R.B. 26 juni 1947, *B.S.* 14 augustus 1947). De – in minuut verleden – akte zal op het notariaat worden bewaard; voor het voor eensluidend verklaard afschrift – eveneens op zegelpapier – dat de erkenner meekrijgt, zal naast voormeld zegelrecht ook rolrecht moeten worden betaald *a rato* van 2,85 euro per rol, *i.e.* twee pagina's (art. 7 K.B. 16 december 1950).

– Aan de opmaak van een erkenningsakte door de ambtenaar van de burgerlijke stand zijn geen vaste kosten verbonden. Het is zelfs mogelijk dat een erkenning volledig gratis wordt geakteerd.
Teneinde de erkenningsakte te kunnen opmaken, zullen de gemeentelijke diensten van de burgerlijke stand soms echter documenten vragen die onderworpen zijn aan het zegelrecht en expeditierecht, bv. een uittreksel uit het bevolkingsregister (om de burgerlijke staat van moeder en erkenner te bepalen), waarvoor 5,00 euro zegelrecht (art. 8, 13° Wetboek van Zegelrechten) en een zeker bedrag gemeentebelasting moet worden betaald en/of een afschrift van de geboorteakte van het te erkennen kind, waarvoor 5,00 euro zegelrecht (art. 8, 13° Wetboek van Zegelrechten) en 1,50 euro (0,75 euro per bladzijde) expeditierecht (art. 288 eerste lid *j°* 272, 1° Wetboek der Registratie-, Hypotheek- en Griffierechten) wordt geheven. Gebeurlijk moet ook nog een (voor eensluidend verklaard) afschrift (*i.e.* een uitgifte) van het vonnis waarin de rechtbank na toestemmingsweigering van de moeder o.g.v. artikel 319 § 3 B.W. oordeelt dat de erkenning kan plaatsvinden en/of een afschrift van het vonnis dat o.g.v. artikel 320 B.W. machtiging tot erkenning verleent worden voorgelegd (waarop een expeditierecht van 2,85 euro per bladzijde wordt geheven, zie art. 271, 2° Wetboek der Registratie-, Hypotheek- en Griffierechten), samen met een bewijs van afwezigheid van hoger beroep tegen die vonnissen. Sommige gemeenten zullen niet vereisen dat de aspirant-erkenner de zonet vermelde documenten zelf voorlegt en zullen deze zelf opzoeken, waardoor de genoemde kosten wegvallen.
Wanneer het een niet-Belgisch kind betreft, kan – wanneer de burgerlijke stand hieromtrent zelf onvoldoende gedocumenteerd is – een bewijs van (buitenlandse) wetgeving i.v.m. erkenning worden gevraagd, teneinde met het persoonlijk statuut van het kind rekening te kunnen houden; dit bewijs wordt afgeleverd door de diplomatieke overheden van het betrokken land. Eventuele kosten die hiermee gepaard gaan, kunnen moeilijk vooraf worden begroot. Voor een erkenning van een in het buitenland geboren kind zal (zo nodig) een volledig gelegaliseerde en vertaalde geboorteakte moeten worden voorgelegd, waarvan de kostprijs varieert van land tot land. Indien aspirant-erkenner en/of moeder niet ingeschreven zijn in het bevolkings- of vreemdelingenregister wordt bovendien een bewijs van ongehuwde staat gevraagd, dat kan worden verkregen in hun buitenlandse woonplaats of op het consulaat of de ambassade van hun land. Ook dit zgn. celibaatsattest zal (zo nodig) gelegaliseerd en vertaald moeten zijn.

B. KOSTEN VAN HET GEDING O.G.V. ARTIKEL 319 § 3 DERDE EN VIERDE LID B.W.

448 Volgens het gemeen recht verwijst het eindvonnis, zelfs ambtshalve, de in het ongelijk gestelde partij in de kosten, tenzij bijzondere wetten anders bepalen (art. 1017 eerste lid Ger. W.). Het afstammingsrecht bevat geen bijzondere bepalingen aangaande de kosten van de procedure tot verzoening bij de vrederechter en het eventueel daaropvolgende geding voor de rechtbank van eerste aanleg.

De cassatierechtspraak op grond waarvan de kosten ten laste kunnen worden gelegd van de partij door wiens schuld ze werden veroorzaakt, zelfs indien de andere partij in het ongelijk werd gesteld (Cass. 24 april 1978, *Arr. Cass.* 1978, 965, *Pas.* 1978, I, 955 en *R.W.* 1978-79, 2669, noot J.L.), kan in deze context wellicht een minder grote rol spelen dan bij de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot (zie verder, nr. 993). Anders dan wat geldt voor de overspelige moeder wanneer het vaderschap van haar echtgenoot wordt betwist, kan moeilijk worden verdedigd dat de

moeder die haar toestemming tot de erkenning weigert *a priori* tot alle gerechtskosten wordt veroordeeld. Men kan haar immers niet verwijten dat ze niet tot de erkenning toestemt, waarna de wettelijk verplichte verzoeningspoging voor de vrederechter moet plaatsvinden, noch dat ze volhardt in haar toestemmingsweigering, zodat de zaak aanhangig wordt gemaakt bij de rechtbank van eerste aanleg.

Eerder werd reeds opgemerkt dat de moeder die insisteerde op de appreciatie van het belang van het kind bij de beoordeling door de rechtbank het risico liep te worden veroordeeld tot schadevergoeding wegens tergend en roekeloos geding (zie boven, nr. 357). In navolging van het arrest dat het Arbitragehof wees op 14 mei 2003 zal dit niet meer het geval zijn.

Hoewel de rechtbank ons inziens inzake erkenning niet ambtshalve een deskundigenonderzoek o.g.v. artikel 331*octies* B.W. kan bevelen (zie boven, nr. 320), belet dit niet dat een partij een deskundigenonderzoek vraagt en dat de rechter het beveelt in toepassing van het gemeen recht terzake (art. 962-991 Ger. W.). Het lot van de kosten voor een deskundigenonderzoek waardoor uitsluitsel kan worden bekomen omtrent het biologisch vaderschap van de aspirant-erkenner wordt verder verduidelijkt (zie *mutatis mutandis* verder, nr. 995).

§ 11. Uitwerking van een erkenning

A. DECLARATIEF KARAKTER

449 De erkenning van een buitenhuwelijks kind heeft een declaratief karakter (Cass. 28 januari 1988, *Arr. Cass.* 1987-88, 665 en *Pas.* 1988, I, 623). Zij creëert geen afstammingsband – op attributieve wijze –, maar constateert enkel dat er tussen ouder en kind een afstammingsband bestaat.
Dit declaratief karakter impliceert dat de erkenning, ongeacht het tijdstip waarop ze werd gedaan, retroactief terugwerkt tot de dag waarop het kind werd geboren en zelfs tot het ogenblik waarop het kind werd verwekt, indien dit in het voordeel van het erkende kind is.

Het declaratief karakter van de erkenning heeft o.m. tot gevolg dat een ander persoon dan de erkennende vader later niet meer kan worden veroordeeld tot het betalen van een uitkering o.g.v. artikel 336 B.W. (Cass. 28 januari 1988, *Arr. Cass.* 1987-88, 665 en *Pas.* 1988, I, 623).

450 Deze regel waardoor de erkenning terugwerkt in de tijd moet met gezond verstand worden toegepast. Zo zal het ouderlijk gezag van de erkenner pas een aanvang nemen na de erkenning en zal het huwelijk van een minderjarige niet vernietigd kunnen worden op de grond dat de man die het kind nadien heeft erkend niet – als ouder – tot dit huwelijk heeft toegestemd. Ook zal het erkende kind geen onderhoudsgeld van de erkenner kunnen vorderen voor de periode vóór de erkenning (H. De Page en J.-P. Masson, *Traité*, II/2, 894-895, nr. 899; zie ook boven, nr. 405, in de context van opeenvolgende erkenningen).

B. BEPERKTE UITWERKING VAN EEN ERKENNING ZONDER VOORAFGAANDE TOESTEMMING(EN) (ART. 319 § 4 B.W.)

451 Indien de voorwaarden van artikel 319 § 4 eerste lid B.W. zijn vervuld en een man tot erkenning is overgegaan met de toestemming van het minderjarig niet-ontvoogd kind van vijftien jaar of ouder en diens wettelijke vertegenwoordiger, dan heeft deze erkenning onmiddellijk uitwerking en werkt ze terug tot op de dag van de geboorte van het kind.
De aldus vastgestelde afstammingsband zal enkel nog kunnen worden betwist overeenkomstig artikel 330 B.W.

452 Indien de wettelijke vertegenwoordiger en/of het kind van vijftien jaar of ouder niet tot de erkenning hebben toegestemd, worden zij van de erkenning op de hoogte gebracht via een kennisgeving of betekening. Op dat moment begint een termijn van zes maanden lopen, binnen dewelke de personen aan wie de kennisgeving of betekening werd gedaan, een bijzondere vordering tot nietigverklaring van de erkenning kunnen instellen (zie verder, nr. 1129 e.v.). Tot het verstrijken van de termijn van zes maanden waarbinnen de vordering tot nietigverklaring kan worden ingesteld of totdat de beslissing die de vordering tot nietigverklaring heeft afgewezen in kracht van gewijsde is gegaan, heeft de erkenning geen volle uitwerking. Ze kan immers niet worden tegengeworpen aan het kind en aan zijn wettelijke vertegenwoordiger. Niettemin kunnen beiden zich op de gedane erkenning beroepen (art. 319 § 4 zevende lid B.W.).

Het gaat om een beschermingsmaatregel ten gunste van het erkende kind en zijn wettelijke vertegenwoordiger. Zolang zij nog de mogelijkheid hebben de zonder hun toestemming gedane erkenning aan te vechten, zullen zij – omwille van de wettelijk bepaalde niet-tegenwerpelijkheid – geen enkel nadeel van deze erkenning ondervinden. Gedurende zes maanden kunnen zij er echter ook voor kiezen toch te genieten van (al) de rechtsgevolgen van de erkenning. Hun keuzerecht vervalt eens de erkenning definitief is geworden. Indien geen vordering tot nietigverklaring werd ingeleid, zal dit het geval zijn na het verstrijken van zes maanden sinds de kennisgeving of betekening. Indien een vordering tot nietigverklaring overeenkomstig artikel 319 § 4 derde lid B.W. werd ingesteld, zal de erkenning pas definitief zijn wanneer het vonnis of arrest dat de vordering heeft afgewezen in kracht van gewijsde is getreden. Vanaf dat moment zal de erkenning met terugwerkende kracht gevolgen sorteren vanaf de geboorte van het kind. Is de bijzondere vordering tot nietigverklaring van de erkenning mislukt, dan kan zij nog op de gemeenrechtelijke wijze worden betwist, onder de voorwaarden van artikel 330 B.W.; enkel derden zullen in dat geval nog titularis zijn van het betwistingsrecht (zie art. 330 § 1 derde lid B.W.).

Indien slechts één van beiden – het kind *of* zijn wettelijke vertegenwoordiger – zich op de erkenning beroept, rijst de vraag of de erkenning daarom ook meteen moet worden tegengeworpen aan de andere partij. Wellicht mag worden aangenomen dat artikel 319 § 4 zevende lid B.W. een – tijdelijke – uitzondering vormt op het principe dat een erkenning *erga omnes* haar rechtsgevolgen sorteert. De partij die ervoor opteert om gebruik te maken van de niet-tegenwerpelijkheid van de erkenning mag geen nadeel ondervinden van de keuze van de andere partij om zich op de erkenning te beroepen. Het kind en zijn wettelijke vertegenwoordiger genieten van dezelfde prerogatieven.

§ 12. Publiciteit

453 Zodra de erkenningsakte door de ambtenaar van de burgerlijke stand is opgemaakt, moet daarvan melding worden gemaakt op de kant van de geboorteakte van het kind (art. 62 § 2 B.W.).

454 Strikt wettelijk weegt deze plicht van de ambtenaar van de burgerlijke stand tot kantmelding van de erkenningsakte in de geboorteakte van het kind niet op de notaris.

Uit de parlementaire voorbereiding van de Afstammingswet kan bovendien worden afgeleid dat het niet de bedoeling van de wetgever zou geweest zijn deze verplichting aan de notaris op te leggen. Er werd immers gewezen op "het occulte karakter van een notariële akte waardoor vele moeilijkheden kunnen ontstaan ingevolge het ontbreken van elke informatie" (zie Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 97). De bezorgdheid van het notariaat m.b.t. het gebrek aan publiciteit van een notariële erkenningsakte kwam tot uiting in het verslag van de kamercommissie, waaruit blijkt dat de notarissen verschillende oplossingen hebben voorgesteld (inschrijving van de akten in een centraal register of vermelding van de erkenning op de kant van de geboorteakte van de erkenner). In afspraak met de regering stelde de voorzitster van de bevoegde kamercommissie, mevr. GOOR-EYBEN, voor om de vaste commissie van de burgerlijke stand over die voorstellen te raadplegen en het probleem op een later tijdstip via een wetgevend initiatief te regelen (zie Verslag kamercommissie, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 378/16, 50). De vaste commissie voor de burgerlijke stand heeft dit probleem, in aanwezigheid van een afgevaardigde van de Koninklijke Federatie van Belgische Notarissen besproken op haar vergadering van 17 december 1986. De mogelijkheid om de notaris te verplichten een door hem geakteerde erkenning mede te delen aan de ambtenaar van de burgerlijke stand en de kantmelding ervan te vragen werd onderzocht. De vaststelling dat het belangrijkste kenmerk van de notariële erkenning, nl. de geheimhouding, door de Afstammingswet fel werd afgezwakt door het afschaffen van de erkenning bij testament en het invoeren van toestemmingsvereisten en een homologatieverplichting, bracht de commissie ertoe de afschaffing van de erkenning voor een notaris te overwegen. Tegen een centraal register van afstamming werden fundamentele bezwaren aangevoerd vanuit het standpunt van de bescherming van het privé-leven en omwille van het vertrouwelijke karakter van de gegevens, een bekommernis die overigens ook tot uiting kwam in de wijziging van artikel 45 B.W., waarna de bekendmaking van de afstamming aan derden via het afgeven van een eensluidend verklaard afschrift of uittreksel niet langer is overgelaten aan de appreciatie van de ambtenaar van de burgerlijke stand, maar enkel mogelijk is na toestemming van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg (*Vr. en Antw.* Kamer 1986-87, 20 oktober 1987, 4368-4369 (Vr. nr. 213 GOOR d.d. 17 juli 1987), eveneens opgenomen in X, "Afstamming – Erkenning van een kind", *De Burg. St.* 1988, (27) 28-29).

De verklaring waarom een erkenning bij notariële akte nog mogelijk is gebleven, ondanks het gebrek aan publiciteit, kan liggen in de bekommernis dat de openbaarheid van de registers van de burgerlijke stand sommige ouders er zou kunnen van weerhouden om hun buitenhuwelijks kind te erkennen, terwijl een notariële akte geheim blijft.
Het geheim karakter van een erkenning zal vnl. interessant kunnen zijn wanneer een gehuwde man wiens echtscheiding aansleept een kind verwekt bij een andere vrouw. Indien hij het kind voor de ambtenaar van de burgerlijke stand zou erkennen, moet deze laatste zijn echtgenote daarvan binnen de drie dagen in kennis stellen o.g.v. artikel 62 § 3 B.W. (zie verder, nrs. 678-680), wat de aspirant-erkenner wellicht niet opportuun acht. Erkent hij het kind voor een notaris en benaarstigt hij de homologatieprocedure niet, dan heeft zijn echtgenote geen uitstaans met de erkenning. Als de echtscheiding definitief is geworden, kan hij datzelfde kind voor de ambtenaar van de burgerlijke stand erkennen, zonder dat homologatie van deze laatste erkenning is vereist. Mocht de erkenner in de loop van de echtscheidingsprocedure overlijden, dan kan de moeder van het kind de notariële erkenningsakte ter homologatie voorleggen (i.v.m. de uitwerking van de erkenning na homologatie, zie verder, nr. 723).

Omwille van het feit dat het occulte karakter van de notariële erkenning nefast is voor de rechtszekerheid, is zelfs vanuit het notariaat gepleit voor een kennisgeving van de notariële erkenning aan de ambtenaar van de burgerlijke stand (G. MAHIEU en D. PIRE, *Droit des personnes. La filiation*, in *Rép. not.*, Brussel, Larcier, 1999, 89, nr. 82 *b)*; voor een model van brief, zie *Rép. not.*, deel 1 Personenrecht, Boek XII Afstamming, p. 31, model 17).

Het lijkt wenselijk dat de notaris de erkenningsakte onverwijld ter kennis brengt van de ambtenaar van de burgerlijke stand van de gemeente waarin de geboorteakte werd opgemaakt (in dezelfde zin: G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, V. DE SAEDELEER en K. JACOBS, "Overzicht van rechtspraak. Personen- en familierecht (1988-1994)", *T.P.R.* 1994, (2073) 2221, nr. 314; A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 327 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 3-4, nr. 7), mits toestemming van de betrokkenen, *in casu* de erkennende man en het erkende kind indien dit minstens vijftien jaar oud is (H. CASMAN, *Notarieel familierecht*, Gent, Mys & Breesch, 1991, 205, nr. 577).

455 Betreurenswaardig is dat een erkenning niet moet worden gekantmeld in de geboorteakte van de erkenner. De invoering van dergelijke verplichting zou nuttig kunnen zijn met het oog op de verdeling van nalatenschappen. *De lege lata* kan het exact aantal kinderen van de erflater immers niet met zekerheid worden vastgesteld.

De nadelen van het gebrek aan publiciteit van een notariële erkenning zouden ook kunnen verdwijnen indien de erkenner in zijn (authentiek) testament melding maakt van zijn erkenning bij notariële akte. In dergelijk geval zal het testament worden ingeschreven in het Centraal register der uiterste wilsbeschikkingen (CRT) en zal de erkenning aan het licht komen bij het overlijden van de erkenner (G. RASSON, "Reconnaissance d'un enfant dès sa conception et reconnaissance d'un enfant par acte notarié", *Rev. not. b.* 2002, (783) 786).
De lege ferenda lijkt de beste oplossing de invoering van een Centraal register van afstamming (CRA) te zijn. Daarin zouden, per ouder, alle kinderen waarvan de afstamming juridisch vaststaat moeten worden opgenomen, ongeacht ze binnen of buiten het huwelijk werden geboren.

456 De bijkomende formaliteit die bestaat in de kennisgeving of betekening van een erkenning die zonder voorafgaande toestemming(en) overeenkomstig artikel 319 § 4 B.W. werd verricht met het oog op een eventuele vordering tot nietigverklaring van deze erkenning, is eerder al vermeld (zie boven, nr. 311).

AFDELING II

GERECHTELIJKE VASTSTELLING VAN HET VADERSCHAP

§ 1. Begripsomschrijving

457 De gerechtelijke vaststelling van het vaderschap wordt in het Burgerlijk Wetboek "onderzoek naar het vaderschap" genoemd (zie afdeling 3 van Titel VII van Boek I: art. 322-325 B.W.). De rechtbank zal inderdaad onderzoeken of volgens de wettelijke regels een afstammingsband tussen het kind en zijn

vermeende vader kan worden vastgesteld. Het resultaat van een succesvol onderzoek naar het vaderschap is een vonnis of arrest dat het juridisch vaderschap van een man vaststelt.

In het wetboek is een onderzoek naar het vaderschap opgevat als een gedwongen wijze van vaststelling van de afstamming van een buitenhuwelijks kind, dit in tegenstelling tot de erkenning door een man die vrijwillig wordt gedaan.

§ 2. Grondvoorwaarde

A. EEN JURIDISCHE GRONDSLAG: ARTIKEL 322 EERSTE LID OF ARTIKEL 323 B.W.

458 Slechts twee wetsbepalingen kunnen een juridische grondslag vormen voor de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap, nl. artikel 322 eerste lid en artikel 323 B.W. Deze laatste bepaling moet steeds worden gelezen in combinatie met artikel 320 B.W.

Beide juridische grondslagen zijn in verschillende situaties van toepassing: artikel 322 eerste lid B.W. kan slechts worden toegepast indien het vaderschap van de echtgenoot niet (meer) vaststaat, terwijl artikel 323 B.W. precies de hypothese beoogt dat de vaderschapsregel speelt en het dus gaat om overspelige kinderen *a matre*.

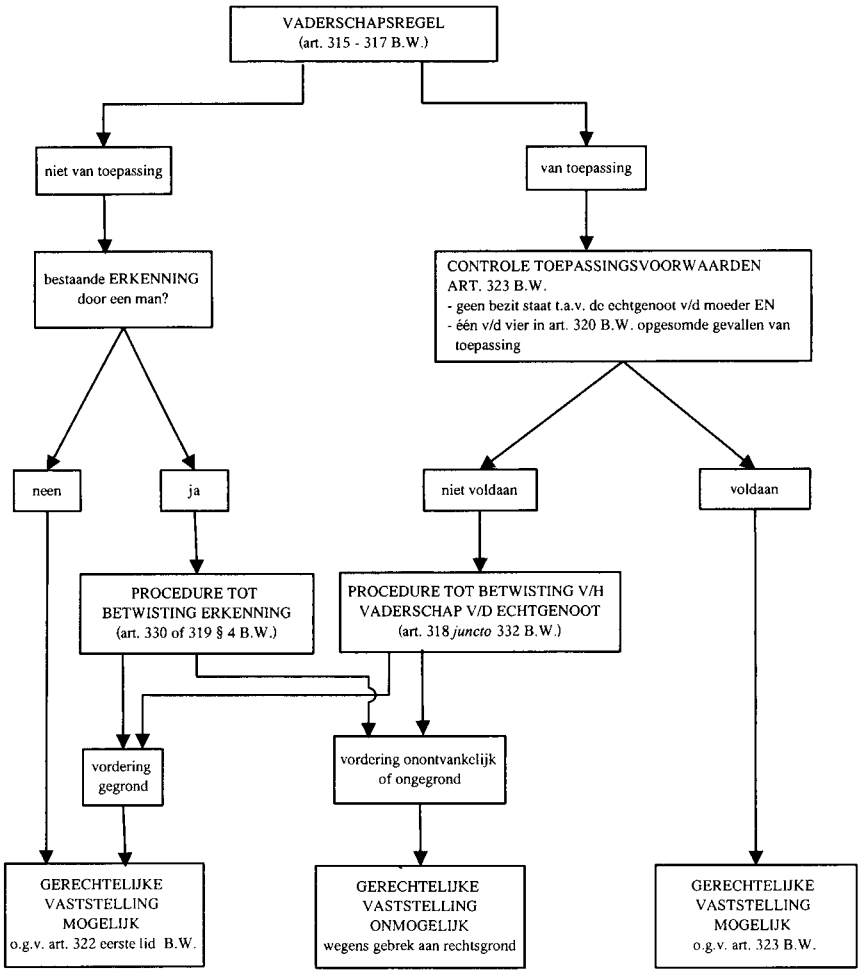
Dit blijkt duidelijk uit de aanhef van beide wetteksten: artikel 323 B.W.: "Wanneer het vaderschap dat v a s t s t a a t krachtens artikel 315 of 317 (...)"; vgl. artikel 322 eerste lid B.W.: "Wanneer het vaderschap n i e t v a s t s t a a t krachtens artikel 315 of 317, noch op grond van een erkenning (...)".

459 Anders dan bij een erkenning dient voor een succesvolle gerechtelijke vaststelling van vaderschap, het vaderschap van de beweerde vader steeds te worden bewezen. Dit bewijs dient te worden geleverd overeenkomstig artikel 324 B.W. (zie verder, nr. 473 e.v.).

Bovendien zijn geen toestemmingen vereist, maar degenen die tot de erkenning moeten toestemmen hebben een recht van verzet tegen de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap (zie verder, nrs. 463-472).

460 Het volgend schema geeft aan welke de toepasselijke rechtsgrond is voor de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap in elke denkbare hypothese.

Figuur 5



461 Wie het vaderschap gerechtelijk wil laten vaststellen, dient zich vooreerst af te vragen of de v a d e r s c h a p s r e g e l, vervat in de artikelen 315-317 B.W., al dan niet speelt.

– Speelt de vaderschapsregel niet – bv. omdat de moeder nooit gehuwd is geweest of het vaderschap van haar (gewezen) echtgenoot in het verleden reeds succesvol werd betwist – en staat het vaderschap ook niet vast via erkenning, dan kan het bij vonnis worden vastgesteld via de toepassing van artikel 322 eerste lid B.W.

De omstandigheid dat een man op grond van artikel 340*b* (oud) B.W. werd veroordeeld tot een uitkering tot levensonderhoud aan de moeder van het kind omdat zijn vaderschap waarschijnlijk

vaststaat, belet niet dat nadien een vordering tot gerechtelijke vaststelling van zijn vaderschap kan worden ingesteld (Rb. Brussel 19 januari 1993, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 668). Hetzelfde geldt wanneer een man o.g.v. artikel 336 B.W. als waarschijnlijke verwekker veroordeeld is tot het betalen van onderhoudsgeld voor een kind; het vonnis dat deze vordering heeft toegewezen is niet afstammingsverklarend.

Speelt de vaderschapsregel niet, maar werd het kind dat het voorwerp is van een vordering tot gerechtelijke vaststelling van vaderschap al eerder door een man erkend, dan kan het vaderschap alsnog gerechtelijk worden vastgesteld, op voorwaarde dat de eerder gedane erkenning voorafgaandelijk succesvol werd betwist.

De rechtbank die een erkenning vernietigt is evenwel niet bevoegd om in hetzelfde vonnis meteen het vaderschap vast te stellen van de man die de erkenning succesvol heeft betwist. Deze vaststelling kan overeenkomstig artikel 322 eerste lid B.W. slechts worden gevraagd indien het vaderschap niet vaststaat krachtens de artikelen 315 of 315 B.W., noch op grond van een erkenning. Deze toepassingsvoorwaarden zijn pas vervuld als het vonnis dat de erkenning vernietigt in kracht van gewijsde is getreden (Rb. Brussel 28 juni 1988, *Pas.* 1989, III, 21).

De erkenning van een kind door een man die op het ogenblik van de geboorte gehuwd was met een andere vrouw dan de moeder is echter niet definitief wanneer de erkenner nog niet om homologatie heeft verzocht. Niets verhindert dan de vordering tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap (Rb. Luik 17 mei 1991, *J.L.M.B.* 1993, 920, noot D. PIRE en *T.B.B.R.* 1992, 77); de gedane erkenning hoeft in dit geval niet te worden betwist.

– Is de echtgenoot van de moeder de juridische vader van het kind o.g.v. de vaderschapsregel (art. 315-317 B.W.), dan moet worden nagegaan of aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 323 B.W. voldaan is.

Wanneer het vaderschap van de echtgenoot van de moeder niet bevestigd wordt door bezit van staat, dan zal het vaderschap van een andere man dan de echtgenoot – bv. de biologische vader – bij vonnis worden vastgesteld o.g.v. artikel 323 B.W., zonder dat het vaderschap van de echtgenoot voorafgaandelijk moet worden betwist, op voorwaarde dat één van de vier hypotheses die in artikel 320 B.W. worden opgesomd zich voordoet en het bestaan van een grondslag voor de vestiging van die afstammingsband wordt bewezen overeenkomstig artikel 324 B.W. (voor toepassingsgevallen, zie bv. Brussel 26 november 2002, *NjW* 2003, 671, noot RdC en Bergen (2de kamer) R.G. nr. 2001/54 en 2001/104, 4 maart 2003, *onuitg.*, waar de vordering o.g.v. art. 323 *j°* art. 320, 4° B.W. gegrond werd verklaard).

Is aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 323 *juncto* artikel 320 B.W. niet voldaan, dan is een gerechtelijke vaststelling van vaderschap eventueel toch nog mogelijk o.g.v. artikel 322 eerste lid B.W., na een extra procedure, nl. een succesvolle betwisting van het vaderschap van de echtgenoot. Artikel 322 eerste lid B.W. kan immers enkel worden toegepast op voorwaarde dat de vaderschapsregel niet (meer) speelt. Welnu, de toepassing van de vaderschapsregel wordt uitgeschakeld indien een vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot gegrond wordt verklaard.

Zo oordeelde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Aarlen dat in een geval waarin het vaderschap van de echtgenoot vaststond krachtens de vaderschapsregel en de toepassingsvoorwaarden van artikel 323 B.W. niet vervuld waren, de vordering tot gerechtelijke vaststelling van vaderschap o.g.v. [art. 322 eerste lid en] artikel 324 B.W. pas kon worden ingeleid nadat het vaderschap van de echtgenoot werd betwist via een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke beslissing; ze kon dus niet worden ingewilligd in hetzelfde vonnis als datgene waarin de betwistingsvordering gegrond werd verklaard (Rb. Aarlen 16 december 1994, *J.T.* 1995, 301).

Hoe het vaderschap van de echtgenoot moet worden betwist en hoe een erkenning kan worden nietigverklaard, zal worden verduidelijkt in het deel i.v.m. de betwisting van de afstamming (resp. hoofdstuk I en hoofdstuk II van titel II van deel III).
Wordt de vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot of deze tot nietigverklaring van de erkenning onontvankelijk verklaard of ongegrond bevonden, dan is er geen enkele toepasselijke rechtsgrond voor een onderzoek naar het vaderschap. Immers, de toepassingsvoorwaarden van artikel 320 B.W. zijn niet vervuld en het juridisch vaderschap van de echtgenoot is overeind gebleven, met als gevolg dat artikel 322 eerste lid B.W. evenmin kan worden toegepast, zodat het vaderschap van het kind in dergelijk geval bij gebrek aan rechtsgrond niet kan worden vastgesteld.

Juridisch belet niets dat ook wanneer artikel 323 (in combinatie met art 320 B.W.) kan worden toegepast, het vaderschap van de echtgenoot eerst via een afzonderlijke procedure wordt betwist en het vaderschap van een andere man vervolgens wordt vastgesteld o.g.v. artikel 322 eerste lid B.W.

Het resultaat van het onderzoek naar het vaderschap zal niet steeds in overeenstemming zijn met de biologische werkelijkheid. Uit artikel 324 B.W. – dat het bewijs betreft – blijkt immers al meteen dat het juridisch vaderschap van een man kan worden bewezen door bezit van staat (zie art. 324 eerste lid B.W.).

B. OVERGANGSRECHT

462 Het onderzoek naar het buitenhuwelijks vaderschap was onder het oude afstammingsrecht uiterst restrictief geregeld. Het instellen van de vordering was onderworpen aan een aantal toelaatbaarheidsvereisten die limitatief in de wet werden opgesomd (art. 340*a* (oud) B.W.).

Onderzoek naar het vaderschap was enkel toegelaten in de volgende gevallen:
1° wanneer er bezit van staat van natuurlijk kind was, overeenkomstig de bepalingen van artikel 321 (oud) B.W.;
2° wanneer gedurende het wettelijk tijdperk van bevruchting hetzij schaking met geweld, list of bedreiging, hetzij willekeurige hechtenis of opsluiting, hetzij verkrachting heeft plaatsgehad.

Dit onderzoek was trouwens verboden wanneer de aldus vastgestelde afstammingsband een bloedschennige dan wel een overspelige verwekking tot uiting zou doen komen (oud art. 342*a* B.W. *j°* art. 335 (oud) B.W.). Voor kinderen die in overspel waren verwekt bestond er echter een uitzondering voor de

gevallen waarin de erkenning van die kinderen toegelaten was overeenkomstig artikel 331 (oud) B.W.

Hoe deze grondvoorwaarden in een overgangsrechtelijke situatie moeten worden bewezen, wordt verder besproken, bij de behandeling van het overgangsrecht inzake het bewijs (zie verder, nrs. 512-514).

§ 3. Recht van verzet

463 Een bijzondere grond tot afwijzing van de vordering tot gerechtelijke vaststelling van vaderschap vormt een recht van verzet tegen deze wijze van vaststelling van de afstamming, omschreven in artikel 322 eerste lid B.W.

Indien het een meerderjarige of een ontvoogde minderjarige betreft, kan het kind zelf verzet doen tegen de vaststelling van het vaderschap bij vonnis of, indien het kind een niet-ontvoogde minderjarige is, zijn moeder, of, indien het kind de volle leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt, dat kind zelf dan wel zijn wettelijke vertegenwoordiger bewijzen dat de vaststelling van vaderschap strijdig is met de belangen van het kind (art. 322 eerste lid B.W.).

Dit recht van verzet werd door de Kamercommissie ingevoerd via een eenparig aangenomen regeringsamendement met het doel artikel 322 eerste lid B.W. in overeenstemming te brengen met artikel 319 B.W. (Verslag kamercommissie, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 378/16, 48).

A. TITULARISSEN

464 Nu uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat het recht van verzet inzake de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap correspondeert met het verzetsrecht dat kan worden uitgeoefend inzake erkenning via de door de wet vereiste toestemmingen (zie art. 319 § 2 en § 3 eerste en tweede lid B.W.) of de vordering tot nietigverklaring van de erkenning indien de moeder niet kan toestemmen (art. 319 § 4 B.W.), moet worden aangenomen dat de volgende personen over een recht van verzet beschikken:
- het meerderjarig en ontvoogd minderjarig kind zelf;
- de moeder van een niet-ontvoogd minderjarig kind van minder dan vijftien jaar oud;
- de moeder van het minderjarig niet-ontvoogd kind dat de volle leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt en dit kind zelf;

Uit een samenlezing van artikel 322 eerste lid en artikel 331*sexies* B.W. volgt immers dat het minderjarig kind vanaf de leeftijd van vijftien jaar bekwaam is om zich te verzetten tegen het onderzoek naar het vaderschap, zonder enige bijstand of vertegenwoordiging (Brussel 15 mei 2003, *NjW* 2003, 1004, noot RdC; G. MAHIEU en D. PIRE, *Droit des personnes. La filiation*, in *Rép. not.*, Brussel, Larcier, 1999, 145, nr. 180; C. PANIER, "Problèmes de droit judiciaire relatifs à la filiation", in X (ed.), *La filiation et l'adoption*, Brussel, Ed. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1988, 105, nr. 42 en voetnoot 121; J. VAN COMPERNOLLE, "Aspects judiciaires des actions relatives à la filiation", *Ann. dr. Louvain* 1987, (319) 333).

– de wettelijke vertegenwoordiger van het minderjarig niet-ontvoogd kind dat jonger is dan vijftien jaar en wiens moeder onbekend, overleden of in de onmogelijkheid is haar wil te kennen te geven;
– het minderjarig niet-ontvoogd kind wiens moeder onbekend, overleden of in de onmogelijkheid is haar wil te kennen te geven dat de volle leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt en zijn wettelijke vertegenwoordiger.

B. UITWERKING: ABSOLUTE OF RELATIEVE GROND VAN ONTOELAATBAARHEID

465 Het meerderjarig kind en het ontvoogd minderjarig kind hebben een absoluut recht van verzet. Het recht van de moeder en het niet-ontvoogd minderjarig kind van vijftien jaar of ouder, evenals het recht van de wettelijke vertegenwoordiger van het kind is slechts relatief, in die zin dat zij nog moeten bewijzen dat de vaststelling van het vaderschap strijdig is met de belangen van het kind.

466 Aangezien de vordering tot gerechtelijke vaststelling van vaderschap kan worden ingesteld door het kind en door elk van zijn ouders persoonlijk (art. 332*ter* eerste lid B.W.) kunnen drie hypotheses zich voordoen: de vordering kan worden ingeleid door de moeder (1), door het kind (2) of door de echtgenoot van de moeder die juridische vader van het kind is (3).

De draagwijdte van het recht van verzet tegen de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap in deze drie onderscheiden gevallen wordt hieronder verduidelijkt.

1. De vordering is ingesteld door de moeder

467 Het meerderjarig of ontvoogd minderjarig kind heeft een absoluut vetorecht tegen de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap; zijn verzet vormt een absolute grond van ontoelaatbaarheid voor de ingestelde vordering.

468 Wat het minderjarig niet-ontvoogd kind betreft, moet een onderscheid worden gemaakt naargelang het kind al dan niet de volle leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt.

– Is het kind jonger dan vijftien jaar, dan heeft het o.g.v. artikel 322 eerste lid B.W. ons inziens geen recht van verzet tegen de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap (eveneens in deze zin, het weze impliciet: G. BAETEMAN, *Overzicht*, 629, nr. 1020).

De tekst van artikel 322 eerste lid B.W. voorziet immers in dat geval enkel in een verzetsmogelijkheid voor de moeder; zij zal het bewijs dat de vaststelling van het vaderschap strijdig is met de belangen van het kind evident niet leveren als ze zelf de vordering heeft ingesteld.

Volgens SENAEVE kan in deze hypothese de wettelijke vertegenwoordiger van het kind tegen de vaststelling van het vaderschap opkomen o.g.v. strijdigheid met het belang van het kind (P.

SENAEVE, *Compendium*, 333, nr. 854). HEYVAERT en VANCRAENENBROECK zijn van oordeel dat de vordering in dit geval moet worden ingesteld door de moeder in eigen naam en o.m. moet worden gericht tegen haarzelf in haar hoedanigheid van wettelijke vertegenwoordiger van haar kind. Wanneer een voogd *ad hoc* wordt aangesteld zou deze als wettelijke vertegenwoordiger van het kind de vordering tot onderzoek naar het vaderschap kunnen laten afwijzen wanneer hij bewijst dat deze strijdig is met de belangen van het kind (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 322 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 6-7, nr. 6).

Naar analogie met het arrest dat het Arbitragehof op 14 mei 2003 wees inzake erkenning (zie boven, nrs. 339-341) kan een verzetsrecht van het minderjarig kind dat jonger is dan vijftien jaar worden verdedigd, persoonlijk indien hij in staat is zijn eigen mening daaromtrent te vormen, zoniet vertegenwoordigd.

– Heeft het kind de volle leeftijd van vijftien jaar bereikt, dan kan het zonder twijfel zelf – zonder te worden vertegenwoordigd – opkomen tegen de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap en moet de vordering worden afgewezen indien het kind bewijst dat de vaststelling van vaderschap strijdig is met zijn belang.

In beide gevallen gaat het om een relatieve grond van ontoelaatbaarheid, aangezien de rechtbank beslist na een beoordeling van het belang van het kind.

Wanneer het kind tussen vijftien en achttien jaar oud zelf al – via de uitoefening van zijn recht van verzet – heeft aangegeven dat het de gerechtelijke vaststelling van vaderschap niet in zijn belang acht, rijst de vraag op welke gronden de rechtbank nog kan beslissen dat het onderzoek naar het vaderschap desondanks toch in het belang van het kind is; ook in dergelijk geval oordeelt de rechtbank souverein.

2. De vordering is ingesteld door het kind

469 Is het kind meerderjarig of ontvoogd, dan moet de rechtbank uitspraak doen over zijn vordering; niemand heeft een recht van verzet o.g.v. artikel 322 eerste lid B.W.

470 Is het kind minderjarig en niet-ontvoogd, dan wordt door sommige auteurs een onderscheid gemaakt naargelang het kind al dan niet de volle leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt.

Volgens HEYVAERT en VANCRAENENBROECK kan het kind jonger dan vijftien jaar de vordering niet zelf instellen, maar wel via vertegenwoordiging. De wettelijke vertegenwoordiger is in de regel de moeder, maar kan ook iemand anders zijn, bv. wanneer de moeder onbekwaam werd verklaard. In hun optiek zou ook een voogd *ad hoc* kunnen worden aangewezen. De vordering zou zonder meer behandeld moeten worden, nu de regel – gedistilleerd uit artikel 322 eerste lid B.W. – dat de moeder of de wettelijke vertegenwoordiger kunnen aanvoeren dat de vaststelling van vaderschap strijdig is met de belangen van het kind en dat de vordering (zo dit effectief wordt bewezen) moet worden afgewezen, zonder belang is wanneer zijzelf de vordering instellen (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 322 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 7, nr. 6).

– Een kind jonger dan vijftien jaar heeft ons inziens echter geen vorderingsrecht inzake de gerechtelijke vaststelling van vaderschap en ook geen recht van verzet (in dezelfde zin, het weze impliciet: P. SENAEVE, *Compendium*, 333,

resp. nr. 853 en 854); het moet immers evenmin toestemmen tot zijn erkenning door een man.

– Een kind ouder dan vijftien jaar en jonger dan achttien jaar kan de vordering zelf instellen, zonder vertegenwoordiging. In dat geval heeft de moeder een recht van verzet en zal de vordering worden afgewezen indien zij bewijst dat de vaststelling van het vaderschap strijdig is met de belangen van het kind. Het gaat om een relatieve grond van ontoelaatbaarheid, met een opportuniteitsoordeel voor de rechtbank.

Ook in dit geval rijst de vraag op welke gronden de rechtbank alsnog kan beslissen de vordering van het kind af te wijzen door ze strijdig met het belang van het kind te achten, nu het minderjarig niet-ontvoogd kind dat de volle leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt zelf deze vordering duidelijk in zijn belang acht door ze persoonlijk in te stellen.

HEYVAERT en VANCRAENENBROECK zijn van oordeel dat de moeder haar verzetsrecht in deze laatste hypothese uitoefent als wettelijke vertegenwoordiger van het kind (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 322 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 7, nr. 6), ons inziens ten onrechte. Het gaat immers om een eigen recht van de moeder, analoog aan haar eigen recht om toe te stemmen tot de erkenning van haar kind door een man.

3. De vordering is ingesteld door de echtgenoot-vader

471 Het recht van verzet, opgenomen in artikel 322 eerste lid B.W., moet ook gelden indien de rechtsgrond voor de gerechtelijke vaststelling van vaderschap artikel 323 *juncto* artikel 320 B.W. is (zie Arbitragehof nr. 104/98, 21 oktober 1998, *B.S.* 1 december 1998, 38512, verder besproken in de nrs. 745-747). Is de vordering tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap, gegrond op deze bepalingen, ingeleid door de echtgenoot van de moeder die juridische vader van het kind is o.g.v. artikel 315 of 317 B.W. – wat mogelijk is (zie verder, nr. 525), dan heeft dit recht van verzet de volgende draagwijdte:
– is het kind een meerderjarige of een ontvoogde minderjarige, dan beschikt het over een absoluut vetorecht tegen de vaststelling van het vaderschap;
– het minderjarig niet-ontvoogd kind dat jonger is dan vijftien jaar heeft zelf geen verzetsrecht. Zijn moeder kan zich echter – in eigen naam – verzetten tegen de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap; de vordering van haar (ex-)echtgenoot zal moeten worden afgewezen indien zij bewijst dat de vaststelling van het vaderschap strijdig is met de belangen van haar kind;
– het niet-ontvoogd kind dat ouder is dan vijftien, maar jonger is dan achttien jaar heeft een persoonlijk recht van verzet, dat hierin bestaat dat de vordering moet worden afgewezen indien ook de rechtbank van oordeel is dat de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap strijdig is met de belangen van dit kind.

C. (ON)VERENIGBAARHEID MET HET GRONDWETTELIJK GELIJKHEIDS- EN NON-DISCRIMINATIEBEGINSEL

472 De vraag rijst of dit verzetsrecht – dat wordt uitgeoefend op basis van het belang van het kind – wel verenigbaar is met de artikelen 10 en 11 van de

Grondwet, nu het enkel bestaat bij de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap en niet bij de gerechtelijke vaststelling van het moederschap. Met verwijzing naar de arresten die het Arbitragehof wees op 21 december 1990, 8 oktober 1992 (i.v.m. art. 319 § 3 B.W.) en 14 juli 1994 (i.v.m. art. 319 § 4 B.W.) kon een negatief antwoord worden verdedigd (expliciet in die zin: J. GERLO, *Handboek Personen- en familierecht*, 44, nr. 101). Na het arrest van 14 mei 2003 (zie boven, nrs. 339-341) lijkt er geen sprake meer te zijn van een strijdigheid met de artikelen 10 en 11 G.W.
In zijn arrest i.v.m. artikel 323 B.W. (zie verder, nrs. 745-747) heeft het Arbitragehof zich niet uitgesproken over de grondwettigheid van artikel 322 eerste lid B.W.

§ 4. Bewijsregeling (art. 324 B.W.)

473 Artikel 324 B.W. gaat uit van de principiële vrijheid van bewijslevering inzake de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap. Zowel bezit van staat t.a.v. de vermeende vader (A) als alle – andere – wettelijke bewijsmiddelen (B) kunnen het vaderschap bewijzen. Deze bepaling bevat ook een vermoeden van vaderschap na gemeenschap van een man met de moeder gedurende het wettelijk tijdperk van de verwekking (C).

De rechtspraak i.v.m. de bewijsproblematiek in de context van een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap is overvloedig.

A. BEWIJS DOOR BEZIT VAN STAAT T.A.V. DE VERMEENDE VADER

474 Het vaderschap kan bewezen worden door bezit van staat ten aanzien van de vermeende vader (art. 324 eerste lid B.W.).

1. Vereisten voor deugdelijk bezit van staat

475 Luidens artikel 331*nonies* eerste en tweede lid B.W. moet het bezit van staat (van een kind t.a.v. een ouder) voortdurend zijn en wordt het bewezen door feiten die tesamen of afzonderlijk de betrekking van afstamming aantonen.

Artikel 331*nonies* derde lid B.W. geeft een exemplatieve opsomming van zes feiten en gegevens die deze afstammingsbetrekking aantonen.
Toegepast op het gerechtelijk vast te stellen vaderschap zijn die feiten onder meer:
– dat het kind altijd de naam heeft gedragen van de man van wie wordt gezegd dat het afstamt;
– dat deze man het kind altijd als zijn kind heeft behandeld;
– dat die man als vader in het onderhoud en de opvoeding van het kind heeft voorzien;
– dat het kind die man heeft behandeld als zijn vader;
– dat het kind als zijn kind wordt erkend door de familie en de maatschappij;

– dat de openbare overheid het als zodanig beschouwt.

476 Om het bezit van staat in het raam van een vordering tot onderzoek naar het vaderschap te bewijzen, moet er niet noodzakelijk een samenloop zijn van alle omstandigheden waarin artikel 331*nonies* B.W. voorziet. De opsomming die deze bepaling bevat is slechts enonciatief (verklarend) en niet limitatief. De bodemrechter oordeelt soeverein of de opgeworpen feiten al dan niet bezit van staat kunnen aantonen (Cass. 9 juni 1938, *Pas.* 1938, I, 207, concl. Adv. Gen. GESCHÉ).

Wanneer de geboorteakten van de kinderen niet worden overgelegd, kan volgens het Hof van Beroep te Luik niet worden onderzocht of er al dan niet bezit van staat is t.a.v. de vermeende vader met het oog op de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap (Luik 19 maart 1990, *R.R.D.* 1992, 405, noot J. SOSSON; het hof beval de overlegging van voor eensluidend verklaarde afschriften van de geboorteakten en heropende de debatten).

Artikel 331*nonies* B.W. somt op exemplatieve wijze een aantal elementen op die bezit van staat kunnen vormen. Zelfs al lijkt de wettekst het tegenovergestelde te bedoelen, in principe kan één van die feiten niet volstaan. Een convergentie van indiciën is noodzakelijk, er moet zich een algemene indruk ontwikkelen (Luik 31 maart 1999, *J.L.M.B.* 1999, 1531).

Bezit van staat is ook mogelijk t.a.v. een overleden man.

Zo oordeelde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Aarlen dat een kind bezit van staat had t.a.v. zijn vermeende overleden vader, nu bleek dat deze zowel vóór als na de geboorte met zijn moeder heeft samengewoond en zelfs de intentie had met haar te trouwen, hij het kind altijd als het zijne heeft behandeld, zelfs *voogd ad hoc* was in het geding tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot van zijn vorige echtgenote en die laatste verklaarde nooit te hebben ontkend dat het kind de zoon van haar gewezen echtgenoot was. Dergelijk bezit van staat bewijst de afstammingsband (Rb. Aarlen 19 april 1991, *Rev. trim. dr. fam.* 1991, 388).

In een opmerkelijke zaak oordeelde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent dat de vordering tot gerechtelijke vaststelling van vaderschap t.a.v. een overleden priester kon worden ingewilligd o.g.v. artikel 324 eerste lid B.W., nu er in hoofde van de eiseres een voortdurend bezit van staat t.o.v. de overledene bestond omdat deze haar steeds als zijn dochter heeft beschouwd en behandeld in de mate dat zijn priesterschap in de katholieke kerk hem dat toeliet, hij in haar opvoeding en onderhoud heeft helpen voorzien en zij hem tevens heeft behandeld als haar vader (Rb. Gent 18 december 1997, *T.B.B.R.* 1998, 508, noot C. COUQUELET).

De Rechtbank van Eerste Aanleg te Luik oordeelde dat de vordering tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap o.g.v. artikel 324 B.W. gegrond kon worden verklaard wegens bezit van staat, ook al was de man vijftien dagen na de geboorte van het kind al overleden, nu uit de elementen van het dossier bleek dat hij met de moeder van het kind sinds lang als man en vrouw samenleefde, tijdens de zwangerschap aan de buitenwereld liet uitschijnen dat hij het kind verwekt had en daar gelukkig en fier op was, dat hij met de moeder mee op doktersbezoek ging en de evolutie van de zwangerschap volgde, bij de bevalling aanwezig was en ook nadien het kind geregeld in de couveuse ging bekijken (Rb. Luik 14 september 1990, *Rev. trim. dr. fam.* 1991, 200).

Voor een deugdelijk bezit van staat is echter niet altijd vereist dat het al van bij de geboorte bestaat en evenmin dat de relevante gedragingen blijven duren tot het moment dat het bezit van staat wordt ingeroepen (Rb. Brussel 12 januari 1993, *J.T.* 1993, 842, noot Y.-H. LELEU; *Rev. not. b.* 1994, 55, noot N. MAS-

SAGÉ). Indien dit wel zo is, zal er *a fortiori* kunnen besloten worden dat er sprake is van een deugdelijk bezit van staat.

Wanneer uit de feitelijke omstandigheden eigen aan de zaak blijkt dat de vermeende vader het kind vanaf de geboorte op voortdurende en ondubbelzinnig wijze als zijn dochter heeft behandeld en het kind ook door zijn familie als dusdanig is erkend, is er bezit van staat in de zin van artikel 331*nonies* B.W. t.a.v. de vermeende vader en volstaat dit om het vaderschap te bewijzen (Rb. Nijvel 14 december 1990, *J.T.* 1991, 525).

Of het vaderschap van een verlengd minderjarige o.g.v. bezit van staat kan worden vastgesteld is betwijfelbaar. Bezit van staat impliceert inzicht in de ouderlijke rechten en plichten, wat bij een verlengd minderjarige in de regel niet aanwezig kan zijn (H. WILLEKENS, "Art. 487*bis* B.W.", in *Comm. Pers.*, 1991, 7-8, nr. 6).

2. Draagwijdte

477 Discussie bestaat omtrent de vraag of het bezit van staat in artikel 324 eerste lid B.W. de draagwijdte heeft van een weerlegbaar, dan wel van een onweerlegbaar vermoeden van vaderschap.

– De overgrote meerderheid van auteurs neemt aan dat het het bezit van staat enkel een vermoeden *juris tantum* genereert, m.a.w. dat het kan worden weerlegd door alle wettelijke bewijsmiddelen zoals een deskundigenonderzoek.

In die zin: G. MAHIEU en D. PIRE, *Droit des personnes. La filiation*, in *Rép. not.*, Brussel, Larcier, 1999, 115, nr. 124; J.-P. MASSON, "Examen de jurisprudence (1984-1990). Les Personnes. Deuxième partie. Relations familiales", *R.C.J.B.* 1993, (487) 512-513, nr. 139; M.-Th. MEULDERS-KLEIN, "L'établissement et les effets personnels de la filiation selon la loi belge du 31 mars 1987", *Ann. dr. Louvain* 1987, (213) 266, nr. 105, voetnoot 102; V. POULEAU, "Les preuves", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, (85) 118, nr. 30; P. SENAEVE, *Compendium*, 332, nr. 851; E. VIEUJEAN, "Le nouveau droit de la filiation", *Ann. dr. Liège* 1987, (97) 120, nr. 25.

Er is ook rechtspraak die deze visie genegen is.

Zo oordeelde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Luik dat, ook al is de afstamming bewezen door het bezit van staat ten aanzien van de vermeende vader, tegenbewijs toch mogelijk blijft. Overwogen werd dat de rechter in elk geval zijn appreciatiebevoegdheid behoudt (Rb. Luik 28 april 1989, *Pas.* 1989, III, 109). De Rechtbank van Eerste Aanleg te Bergen preciseerde dat wanneer de verweerder via een onderzoek het vermoeden gevestigd door bezit van staat wil keren, hij de kosten voor de expert dient voor te schieten (Rb. Bergen 13 maart 1991, *J.L.M.B.* 1995, 187).

– Een minderheidsstrekking in de rechtsleer meent dat het bezit van staat de meest stevige grondslag voor de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap is, die niet moet wijken voor de genetische band en kent op die manier aan het bezit van staat de draagwijdte toe van een onweerlegbaar vermoeden (*juris et de jure*).

In die zin: G. BAETEMAN, *Overzicht*, 630, nr. 1021; A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 324 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 2, nr. 2.

Ons inziens geeft de wettekst zelf aan het bezit van staat (art. 324 eerste lid B.W.) de betekenis van een onweerlegbaar vermoeden, nu er in artikel 324 B.W. geen sprake is van het leveren van tegenbewijs (vgl. inzake moederschap art. 314 vijfde lid *in fine* B.W.), maar vooral door uitdrukkelijk in artikel 324 tweede lid B.W. te bepalen dat de afstamming van vaderszijde door alle wettelijke middelen kan worden bewezen – slechts – "bij gebreke van bezit van staat". Ook de parlementaire voorbereiding wijst duidelijk in deze zin: "Het bewijs door alle wettelijke middelen kan slechts worden aangewend wanneer het bezit van staat ontbreekt" (Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 91).

Luidens artikel 331*septies* B.W. beslechten de rechtbanken de geschillen betreffende de afstamming waarvoor de wet geen regeling getroffen heeft, door de meest waarschijnlijke afstamming met alle rechtsmiddelen vast te stellen. Zo de andere bewijsmiddelen onvoldoende zijn, wordt bezit van staat in aanmerking genomen. Aangezien de wet terzake wel degelijk een regeling heeft getroffen in een afzonderlijke wetsbepaling (art. 324 B.W.), dient te worden aangenomen dat artikel 331*septies* B.W. niet van toepassing is op de bewijsmiddelen en de bewijsvoering in afstammingsgeschillen die de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap betreffen. Aldus heeft het bezit van staat in deze materie zeker een primaire bewijsfunctie, ondanks het feit dat artikel 331*septies* B.W. aan het bezit van staat principieel de functie van een subsidiair bewijsmiddel toekent.

B. BEWIJS DOOR ALLE WETTELIJKE MIDDELEN

478 Bij gebreke van – deugdelijk – bezit van staat wordt de afstamming van vaderszijde door alle wettelijke middelen bewezen (art. 324 tweede lid B.W.).

1. Overzicht van de toegelaten wettelijke bewijsmiddelen

479 Niet alle bewijsmiddelen uit het algemeen verbintenissenrecht, nl. het geschrift, getuigen, vermoedens, de bekentenis en de eed, kunnen zonder beperking worden aangewend in afstammingszaken.

Aangezien het geschil de staat van de persoon raakt, kan geen gedingbeslissende eed worden opgedragen inzake het onderzoek naar het vaderschap. Dit bewijsmiddel kan enkel worden toegelaten in zaken van privaat belang, maar niet wanneer de te beslechten zaak de openbare orde raakt (Cass. 9 juni 1879, *Pas.* 1879, I, 293); over de staat van personen kan geen dading worden aangegaan.

Om dezelfde reden kan ook de gerechtelijke bekentenis principieel niet beslissend zijn. Rechtspraak en rechtsleer laten de bekentenis wel toe wanneer elk risico op collusie kan worden uitgesloten (vgl. inzake de echtscheidingvordering Cass. 4 december 1964, *Pas.* 1965, I, 341 en Cass. 7 maart 1975, *Arr. Cass.* 1975, 767, *Pas.* 1975, I, 695 en *R.W.* 1974-75, 2264). Toch gebeurt het zelden dat de rechtbank zich in een gerechtelijke procedure tot vaststelling van de afstamming daartoe zal beperken: de (gerechtelijke) bekentenis zal hoogstwaarschijnlijk verworpen worden bij afwezigheid van andere bewijselementen (Rb. Charleroi 17 mei 1989, *J.T.* 1989, 670); ze zal

daarentegen weerhouden worden indien ze bevestigd wordt door andere elementen (J.-P. MASSON, "Examen de jurisprudence (1984-1990). Les Personnes. Deuxième partie. Relations familiales", *R.C.J.B.* 1993, (487) 512, nr. 139).

De rechtbanken zullen het getuigenbewijs met dezelfde voorzichtigheid benaderen (zie bv. Rb. Brussel 26 januari 1988, *T.B.B.R.* 1989, 398, inzake een onderhoudsvordering ex artikel 336 e.v. B.W., waar het getuigenbewijs geen uitsluitsel bood en een genetisch bloedonderzoek verkozen werd omdat dit "alleszins nauwkeuriger is"; V. POULEAU, "Les preuves", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, (85) 128, nr. 41).

480 Uit de rechtspraak blijkt dus dat de bewijsmiddelen met omzichtigheid worden benaderd; er wordt pas tot de gegrondheid van de vordering besloten nadat verschillende overeenstemmende bewijsmiddelen werden aangevoerd. Het hoeft echter niet steeds om de voornoemde klassieke bewijsmiddelen uit het verbintenissenrecht te gaan.

Zo aanvaardde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Doornik dat de afstamming t.a.v. een overleden man werd bewezen door overeenstemmende feitelijke elementen, zoals de samenwoning met de moeder gedurende de zwangerschap, de voorafgaande erkenning van een ander kind, het feit dat het huwelijk van de overledene en een andere vrouw ontbonden was na echtscheiding door onderlinge toestemming en de voorafgaande overeenkomsten geen melding maakten van een kind en het feit dat de man op het ogenblik van zijn overlijden niet hertrouwd was (Rb. Doornik 29 juni 1998, *J.L.M.B.* 1999, 1536).

481 Hoewel alle wettelijke bewijsmiddelen – met uitzondering van de eed – toegelaten zijn, is in geval van gerechtelijk onderzoek naar het vaderschap het enige afdoende bewijsmiddel een deskundigenonderzoek, al dan niet op vordering van een partij. De rechtbanken kunnen, zelfs ambtshalve, een bloedonderzoek of enig ander onderzoek volgens beproefde wetenschappelijke methodes gelasten (art. 331*octies* B.W.).

2. Het meest waarheidsgetrouwe bewijsmiddel: een deskundigenonderzoek bevolen o.g.v. artikel 331octies B.W.

482 In procedures tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap wordt met de regelmaat van de klok toepassing gemaakt van artikel 331*octies* B.W., dat de rechtbanken toelaat, zelfs ambtshalve, een bloedonderzoek of enig ander onderzoek volgens beproefde wetenschappelijke methodes (zoals een genetische vingerafdruk, een onderzoek naar steriliteit e.d.) te gelasten. Artikel 331*octies* B.W. is de bevestiging in afstammingszaken van het gemeenrechtelijke artikel 962 Ger. W., hetgeen bepaalt dat de rechter, ter oplossing van o.m. een voor hem gebracht geschil, deskundigen kan gelasten vaststellingen te doen of een technisch advies te geven.
Als andere aangevoerde bewijsmiddelen onvoldoende worden geacht, kan een deskundigenonderzoek uitsluitsel bieden over het vaderschap.

Zo beval het Hof van Beroep te Luik de aanstelling van een expert teneinde een vergelijkend bloedonderzoek uit te voeren, nu de erfgenamen van de vermeende vader hoger beroep hadden ingesteld tegen de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap omdat het bezit van staat in hun optiek niet voortdurend en ondubbelzinnig was (Luik (1ste kamer) nr. 1996/RG/962, 2 december 1997, *onuitg.*).

Een genetisch onderzoek kan niet alleen negatief uitsluitsel geven over het bestaan van de biogenetische band, maar deze – met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid – ook positief bewijzen. De resultaten van een DNA-onderzoek zijn nog preciezer dan deze van een comparatieve bloedanalyse.

Om alle risico's op een fout te vermijden achtte het Hof van Beroep te Luik het in het raam van een onderzoek naar het vaderschap passend om, na een vergelijkend bloedonderzoek, complementair een beroep te doen op de genetische vingerafdruk, waarvoor de vermeende vader – die de resultaten van het eerste onderzoek betwistte – wel op voorhand de kosten diende te betalen (Luik 19 december 1989, *Rev. trim dr. fam.* 1990, 237, besproken door J.-P. MASSON en N. MASSAGÉ, "Chronique de jurisprudence. Les Personnes (1991-1993)", *J.T.* 1994, (746) 748, nr. 87).

Wanneer een bloedonderzoek en een bijkomend DNA-onderzoek met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid het bestaan van een genetische band bevestigen, volgt daaruit volgens het Hof van Beroep te Gent dat deze tot stand gekomen is via geslachtsverkeer. De aan- of afwezigheid van geslachtsbetrekkingen tussen de moeder en de vermeende vader werd irrelevant bevonden, aangezien het *in casu* niet ging om een onderhoudsvordering, maar om een onderzoek naar het vaderschap. De stelling van de vermeende vader dat de conceptie tot stand was gekomen nadat de moeder zichzelf had bevrucht met een door hem en zijn echtgenote achtergelaten condoom, achtte het hof totaal ongeloofwaardig (Gent 2 april 1999, *T.B.B.R.* 2000, 617; de voorziening in cassatie tegen dit arrest werd afgewezen door Cass. C.99.0337.N, 3 maart 2000, *onuitg.*).

Dat de conclusies van deskundigen na een genetisch onderzoek nauwkeuriger zijn dan deze na een bloedonderzoek wordt geïllustreerd door een vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Nijvel, waar beide onderzoeksmethoden werden gehanteerd: een in 1973 uitgevoerd bloedonderzoek gaf met een probabiliteit van 69% aan dat de vermeende vader de biologische vader van het kind was, terwijl een in 2001 voltooid genetisch onderzoek tot dezelfde slotsom kwam met een waarschijnlijkheidsgraad van 99,98% (Rb. Nijvel 13 maart 2001, *J.L.M.B.* 2001, 165, noot).

483 Hieronder worden drie bijzondere toepassingsproblemen behandeld, meer bepaald de toestemming tot een deskundigenonderzoek bij diverse categorieën onbekwamen en bij overleden personen (a), de rechtsgevolgen wanneer een niet-wilsdeficiënte persoon weigert een door de rechtbank bevolen deskundigenonderzoek te ondergaan (b) en de vraag of een dwangsom kan worden gekoppeld aan deze weigering (c).

a. Toestemming tot een deskundigenonderzoek

(i) Minderjarigen

484 Er bestaat geen discussie over het geval dat de rechtbank t.a.v. een minderjarige jonger dan vijftien jaar een deskundigenonderzoek heeft bevolen: voor de beslissing over de uitvoering van deze onderzoeksmaatregel wordt de minderjarige vertegenwoordigd door zijn wettelijke vertegenwoordiger. Wanneer een voogd *ad hoc* is aangesteld – bij tegenstrijdigheid van belangen –, lijkt het logisch dat deze laatste dient toe te stemmen.

485 Bij gebrek aan wettelijke regels inzake de bekwaamheid van minderjarigen bij medische handelingen, kunnen t.a.v. minderjarigen die de volle leeftijd van vijftien jaar hebben bereikt verschillende standpunten verdedigd worden.

– Vooreerst kan worden geponeerd dat voor deze categorie minderjarigen dezelfde regeling geldt als voor kinderen beneden vijftien jaar: ook zij zouden dan vertegenwoordigd worden door hun wettelijke vertegenwoordiger of hun voogd *ad hoc*.

– Een tweede standpunt is dat de minderjarige vanaf vijftien jaar ook persoonlijk moet toestemmen (samen met zijn vertegenwoordiger), omdat aan die leeftijd in afstammingszaken vaak belang wordt gehecht (zie art. 319 §§ 3 en 4 en art. 322 eerste lid B.W.; vgl. de regeling in de Orgaantransplantatiewet, die de toestemming vereist van de donor die de leeftijd van 15 jaar heeft bereikt, naast andere supplementaire toestemmingen (art. 7 § 2 Orgaantransplantatiewet)).

Wij sluiten ons aan bij een nog verregaander standpunt. Als men in de context van medische behandelingen aanneemt dat minderjarigen van vijftien à zestien jaar of ouder beschikken over het vereiste oordeels- of onderscheidingsvermogen (T. VANSWEEVELT, "Persoonlijkheidsrechten van minderjaringen en grenzen van het ouderlijk gezag: de toestemming van de minderjarige in een medische behandeling", *R.W.* 1987-88, (897) 900, nr. 13, voetnoot 33) en als wordt aanvaard dat minderjarigen met het oordeel des onderscheids hun persoonlijkheidsrechten zelf kunnen uitoefenen, dan menen wij dat de minderjarige vanaf 15 jaar zelfstandig moet kunnen beslissen een onderzoek al dan niet te ondergaan, zonder de toestemming van zijn wettelijke vertegenwoordiger of zijn voogd *ad hoc*, *a fortiori* omdat het hier niet gaat om behandelingen, maar slechts om onderzoeken (lichte ingrepen met een lage risicograad) (eveneens in die zin: T. VANSWEEVELT, "Persoonlijkheidsrechten van minderjaringen en grenzen van het ouderlijk gezag: de toestemming van de minderjarige in een medische behandeling", *R.W.* 1987-88, (897) 903-904, nr. 15 en voetnoot 52; A. VANDENBERGHE, Chr. VAN BROECKHOVEN en A. HEYVAERT, "De genetische vingerafdruk en zijn betekenis in het nieuwe afstammingsrecht", *R.W.* 1986-87, (2253) 2566-2567, nr. 22).

(ii) Andere onbekwamen

486 De gerechtelijk onbekwaamverklaarden worden vertegenwoordigd door hun voogd, ook wat hun persoon betreft (art. 509 B.W.). De leeftijd van de gerechtelijk onbekwaamverklaarde kan hier geen rol spelen, aangezien de oorzaak van zijn onbekwaamheid vreemd is aan zijn leeftijd. Het is mogelijk dat, bij tegenstrijdigheid van belangen, een voogd *ad hoc* dient op te treden.

487 De in staat van verlengde minderjarigheid gestelden worden door de wet gelijkgesteld met minderjarigen beneden de vijftien jaar (art. 487*bis* vierde lid B.W.) Voor hen geldt dus wat hierboven voor die minderjarigen is uiteengezet (zie boven, nr. 484).

488 De wettelijk onbekwamen (art. 20-24 Sw.) treden zelf op; zij blijven immers bekwaam wat hun persoon betreft en beslissen dus zelf of ze een onderzoek al dan niet ondergaan.

489 Artikel 331*sexies* B.W. bepaalt dat de geesteszieken vertegenwoordigd worden door hun wettelijke vertegenwoordiger. Hij zal beslissen. Heeft de geesteszieke geen wettelijke vertegenwoordiger, dan wordt – naar analogie met de vertegenwoordigingsregel van artikel 232 tweede lid B.W. inzake echtscheiding o.g.v. feitelijke scheiding ten gevolge van de geestesziekte van verweerder – gesuggereerd dat de voorzitter van de rechtbank een beheerder *ad hoc* zou aanstellen, zodat deze laatste de beslissing kan nemen (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 331*octies* B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 8, nr. 9).

(iii) Comateuze patiënten

490 In de praktijk is de vraag gerezen of een bloedstaal en/of ander genetisch materiaal kan worden afgenomen van een persoon die in de onmogelijkheid verkeert om zijn toestemming daartoe te geven omdat hij zich in een diepe comateuze toestand bevindt.

Initieel stond de rechtspraak daar weigerachtig tegenover en namen ook de commentatoren een eerder terughoudende stelling in.

Zo overwoog de Voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel dat ingaan op de eis om een bloedonderzoek uit te voeren op een persoon die zich in coma bevindt met de bedoeling om later diens vaderschap gerechtelijk vast te stellen zonder dat hij voorafgaandelijk heeft toegestemd tot een dergelijk onderzoek, onbetwistbaar een inbreuk uitmaakt op de fysieke integriteit van deze persoon. Hij oordeelde dat de vordering bijgevolg moest worden afgewezen (Kort Ged. Rb. Brussel 29 oktober 1991, *J.T.* 1993, 50, (goedkeurende) noot J. FIERENS (met verzoekschrift en beschikking, verkeerdelijk gepubliceerd als Brussel 31 oktober 1991); zie ook N. HUSTIN-DENIES, "La preuve par les empreintes génétiques en droit belge de la filiation", in Chr. HENNAU-HUBLET en B.M. KNOPPERS (red.), *L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'homme: aspects médico-scientifique, éthique et juridique*, Brussel, Bruylant, 1997, 326-330).

Vandaag wordt ook in deze situatie meer en meer aangenomen dat de fysieke integriteit van mensen moet wijken voor het recht van iedere persoon om zijn afstamming wetenschappelijk en juridisch te laten vaststellen (V. POULEAU, "Propos sur les modes de preuve retenus en matière d'établissement et de contestation de la filiation en droit belge", *Rev. trim. dr. fam.* 1995, (613) 632, nr. 35; J.-P. MASSON en N. MASSAGÉ, "Chronique de jurisprudence. Les Personnes (1991-1993)", *J.T.* 1994, (746) 749, nr. 91). De afname van lichaamsmateriaal als bewarende maatregel, met het oog op de latere aanwending ervan als bewijsmateriaal in een procedure tot gerechtelijke vaststelling van vaderschap werd in de rechtspraak geoorloofd bevonden.

– Zo stelde het Hof van Beroep te Brussel in toepassing van artikel 331*octies* B.W. een geneesheer aan met als opdracht de toestand te beschrijven van een man die na een zwaar ongeval in coma vertoefde en, bij wijze van bewarende maatregel, over te gaan tot de afname van bloed bij die persoon met het oog op het voorbehouden van nuttig bewijsmateriaal in een eventuele latere

procedure tot onderzoek naar het vaderschap (Brussel 31 oktober 1991, *J.T.* 1993, 51, (afkeurende) noot J. FIERENS; dit arrest werd verkeerdelijk gepubliceerd als Rb. Brussel 29 oktober 1991 en hervormt de beschikking van de voorzitter van dezelfde datum die met het inleidend verzoekschrift is gepubliceerd in *J.T.* 1993, 50).

– Enkele jaren later aanvaardde de Voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent, rechtsprekend in kort geding, dat wanneer de vermoedelijke vader van het kind in de onmogelijkheid verkeert zijn toestemming tot een deskundigenonderzoek te geven omdat hij in *coma* verkeert, op eenzijdig verzoekschrift bij hoogdringendheid en zonder schending van zijn fysieke integriteit de aanstelling van een deskundige kan worden bevolen met de opdracht een bloedstaal en/of enig ander genetisch materiaal af te nemen, als bewarende maatregel, tot de bevoegde rechtbank de aanwending ervan zal bevelen in het raam van een procedure tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap (Kort Ged. Rb. Gent 8 mei 1996, *T. Gez.* 1997-98, 209, noot N. JEGER).

Het onderzoek dat de rechter o.g.v. artikel 331*octies* B.W. beveelt, kan evenwel slechts worden uitgevoerd onder voorbehoud van de toelating daartoe door de vertegenwoordiger van de wilsongeschikte partij. Als de wilsongeschikte persoon verzet tegen het onderzoek (heeft ge)uit, moet de vertegenwoordiger dat verzet respecteren (F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgerlijk Recht*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2001, 741-742, nr. 961).

(iv) Overledenen

491 Sinds het begin van de jaren '90 wordt aanvaard dat de rechtbank ook een genetisch onderzoek *post mortem* kan gelasten, dus op het lichaam van een overleden persoon.

Na de vaststelling dat het technisch mogelijk is op weefsels en in beenmerg DNA-moleculen af te nemen en door een analyse ervan een DNA-cartografie van een overledene vast te stellen en door die cartografie te vergelijken met de resultaten van een bloedonderzoek afgenomen bij een kind en zijn moeder (door de PCR-methode) wetenschappelijke resultaten kunnen worden bekomen die gelijkwaardig zijn met deze van een bloedonderzoek onder levenden, oordeelde de Rechtbank van Eerste Aanleg Namen – voor het eerst in de gepubliceerde rechtspraak – dat zij een dergelijk genetisch onderzoek *post mortem* kan bevelen (Rb. Namen 2 december 1992, *J.L.M.B.* 1993, 593, noot C. PANIER en *J.T.* 1993, 558).

Een genetisch onderzoek *post mortem* is vandaag een algemeen aanvaard wettelijk bewijsmiddel in de zin van artikel 324 tweede lid B.W. dat kan worden aangewend in een procedure tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap van een overleden man.

Hierna volgen enkele toepassingsgevallen uit de rechtpraak.

– Nadat de Rechtbank van Eerste Aanleg te Namen een deskundigenonderzoek met het oog op een gerechtelijke vaststelling van vaderschap had bevolen (Rb. Namen 14 september 1994, *J.L.M.B.* 1997, (503) 504-505), slaagde de vermeende vader erin zich tot zijn dood aan het onderzoek te onttrekken. Eén dag na zijn overlijden oordeelde de voorzitter van de rechtbank dat hij, geadieerd door een verzoekschrift, o.g.v. artikel 584 derde lid Ger. W. kan gelasten dat een geneesheer op het stoffelijk overschot van een pas overleden persoon de nodige afnames zal doen, zelfs wanneer deze tijdens zijn leven had geweigerd zich aan een door de rechter bevolen deskundigenonderzoek te onderwerpen, zonder zich op ethische of filosofische gronden te beroepen (Kort Ged. Rb. Namen 25 september 1995, *J.L.M.B.* 1997, (503) 505-508). In hoger beroep

besliste het Hof van Beroep te Luik dat de resultaten van dit door de eerste rechter bevolen deskundigenonderzoek op zich geen nieuw element vormen dat de grond van het geschil bij het hof aanhangig kan maken. Nu de rechters in hoger beroep de in het aangevochten vonnis bevolen onderzoeksmaatregel noodzakelijk achtten, moest artikel 1068 tweede lid Ger. W. worden toegepast en de zaak worden verwezen naar de eerste rechter, aangezien de appèlrechter de uitvoering van de bevolen maatregel niet op zich kan nemen; artikel 1068 tweede lid Ger. W. maakt geen onderscheid naargelang deze maatregel al dan niet werd uitgevoerd (Luik 4 juni 1996, *J.L.M.B.* 1997, (503) 508-509).

– De Voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Luik oordeelde in kort geding dat het recht van iedere persoon om zijn afstamming te laten vaststellen en te trachten te dien einde alle bewijselementen te bekomen, in het bijzonder door het afnemen van organen en weefsels om de techniek van de genetische vingerafdruk toe te passen, belangrijker is dan de eerbied voor de dode, de integriteit van een stoffelijk overschot en de emotionele schok die de opgraving voor de weduwe kan betekenen (Kort Ged. Rb. Luik 25 oktober 1995, *Rev. not. b.* 1998, 53, noot).

– Het recht van een kind om zijn afstamming langs vaderszijde gevestigd te zien is van primordiaal belang en overheerst volgens de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brugge dan ook elk bezwaar tegen enerzijds een exhumatie van het stoffelijk overschot van de overledene en anderzijds het gevorderde bloedonderzoek. De rechtbank achtte het aangewezen om conform artikel 331*octies* B.W. een deskundigenonderzoek te bevelen, vooraleer enige andere vorm van bewijs te overwegen (Rb. Brugge 9 oktober 1995, *T.B.B.R.* 1998, 210, noot K. HERBOTS).

– Wanneer het bewijs van de afstamming langs vaderszijde wegens tegenstrijdige gegevens niet kan worden geleverd, dringt zich volgens het Hof van Beroep te Antwerpen een lijkschouwing op om de genetische afstamming te bepalen. Het verzet hiertegen o.g.v. eerbied voor de overledene en zijn privacy achtte het hof terzake irrelevant, minstens van ondergeschikt belang. Het bewijs van de genetische band kan door alle middelen van recht worden geleverd, inclusief een DNA-onderzoek *post mortem*. In het raam van een procedure tot onderzoek naar of betwisting van de afstammingsband bestaat volgens het hof een aanwijsbaar rechtmatig belang om tegen de wil van de nabestaanden in toelating te bekomen tot het verrichten van een autopsie (Antwerpen 1 oktober 1997, *T.B.B.R.* 1999, 60).

– Het Hof van Beroep te Luik overwoog dat een opgraving van het lichaam van de overleden vader en een DNA-onderzoek op dit stoffelijk overschot een superieure graad van betrouwbaarheid vertoont t.o.v. elke andere methode, zoals een analyse van het genetisch profiel van de kinderen van de vermoedelijke vader, te meer daar deze kinderen *in casu* ook al overleden waren en in het buitenland waren begraven (Luik 27 november 2001, *J.L.M.B.* 2002, 156, noot).

b. Rechtsgevolgen van de weigering om een deskundigenonderzoek te ondergaan

492 Discussie is gerezen over de vraag welke rechtsgevolgen moeten worden gekoppeld aan de weigering om een door de rechtbank in toepassing van artikel 331*octies* B.W. bevolen deskundigenonderzoek in afstammingszaken te ondergaan.

Tijdens de voorbereiding van de Afstammingswet werd geen uitsluitsel gegeven; de parlementaire stukken bieden argumenten voor tegenstrijdige stellingen.

– "Overeenkomstig artikel [331*octies* B.W.] kunnen de rechtbanken, zelfs ambtshalve, een bloedonderzoek of enig ander onderzoek volgens beproefde wetenschappelijke methodes gelasten. Dit betekent niet dat iemand er kan toe verplicht worden een dergelijk onderzoek te ondergaan. De rechtbanken moeten uit die weigering de passende besluiten trekken" (M.v.T. bij wetsontwerp-

VAN ELSLANDE, *Parl. St.* Senaat 1977-78, nr. 305/1, 16 en Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 109).
– De rechter zal uit de motieven die voor de weigering werden ingeroepen, de passende conclusies kunnen trekken (Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 51).
– De rechtbank kan wel een bloedonderzoek bevelen, doch de persoon kan niet worden gedwongen zich daaraan te onderwerpen. Er is in geen enkele sanctie voorzien zo hij weigert aan die beslissing gevolg te geven. Deze weigering moet als een fundamenteel recht worden beschouwd (Verslag senaatscommissie II, *Parl. St.* Senaat 1986-87, nr. 338/2, 15).

493 Lange tijd werd de problematiek benaderd op basis van een cassatiearrest in echtscheidingszaken. Reeds in 1975 maakte het Hof van Cassatie een onderscheid tussen enerzijds het gerechtelijk bevel tot een onderzoek en anderzijds de verplichting het te ondergaan: er werd beslist dat de uitvoering van het bevel niet bij dwanguitoefening op de persoon kan worden verwezenlijkt. Het hof oordeelde "dat het verbod van dwanguitoefening tegen de persoon (...) een algemeen rechtsbeginsel uitmaakt; dat dit verbod inhoudt dat *buiten de door de wet bepaalde gevallen* (eigen cursivering), elke fysieke dwanguitoefening op een persoon (...) verboden is; dat dit rechtsbeginsel het deskundigenonderzoek waarvan een persoon het voorwerp uitmaakt niet verbiedt, voor zover de persoon niet gedwongen wordt zich aan zulk onderzoek (...) te onderwerpen als hij er niet in toestemt en *met dien verstande dat een rechter die het eindvonnis wijst niet vermag uit die weigering zelf gevolgtrekkingen te maken* (eigen cursivering)" (Cass. 7 maart 1975, *Arr. Cass.* 1975, 764, noot E.K., *Pas.* 1975, I, 692 en *R.W.* 1974-75, 2236).

494 Nochtans aanvaardden diverse auteurs – in weerwil van dit cassatiearrest – dat uit de onverantwoorde weigering een o.g.v. artikel 331*octies* B.W. bevolen onderzoek te ondergaan, een feitelijk vermoeden kan worden afgeleid, dat, indien er nog andere gegevens in het dossier zijn die in dezelfde richting wijzen, leidt tot de toewijzing van de eis (G. BAETEMAN, *Overzicht*, 633, nr. 1026; D. PIRE, "Droit judiciaire de la filiation", *Act. dr.* 1991, (689) 721, nr. 39; J. VAN COMPERNOLLE, "Aspects judiciaires des actions relatives à la filiation", *Ann. dr. Louvain* 1987, (319) 337). De weigering op zich interpreteerden zij echter niet als een bekentenis dat de stelling van de tegenpartij gegrond is (J. DALCQ, "La réforme du droit de la filiation", *J.T.* 1987, (393) 400, nr. 35).

Ook in de lagere rechtspraak werd in deze zin geoordeeld.

De ongemotiveerde weigering van de moeder om zich te onderwerpen aan een bloedonderzoek werd als een element van feitelijk vermoeden van niet-vaderschap in aanmerking genomen, indien andere aanwijzingen in dezelfde richting gaan (Rb. Gent 2 mei 1991, *R.W.* 1991-92, 233, noot). De ongefundeerde weigering wekt weliswaar al het vermoeden op dat de weigerende partij iets te verbergen heeft, maar toch werd er *in concreto* nog steeds nagegaan of die weigering, samen met de andere bewijzen die aangevoerd werden (bv. foto's, brieven e.d.), voldoende was om de stelling van de eiser te kunnen bijtreden (zie bv. Rb. Luik 13 januari 1989, *J.L.M.B.* 1989, 458, noot Ch. P.; vgl. Rb. Luik 9 oktober 1987, *Pas.* 1988, III, 2, noot A.K.).

Sommige auteurs gingen nog iets verder en keerden de bewijslast om: een ongewettigde weigering zich te onderwerpen aan een op basis van artikel 331*octies* B.W. bevolen onderzoek, impliceert in hun optiek wel degelijk een vermoeden van aanvaarding van de stelling van de tegenpartij, met dien verstande dat de weigerende partij zelf andere elementen naar voren kan brengen die dit vermoeden weerleggen.

In die zin: A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 331*octies* B.W.", in *Comm. Pers.*,1997, 4, nr. 3; H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité*, II/2, 943, nr. 988; J.-P. MASSON, "Examen de jurisprudence (1984-1990). Les personnes", *R.C.J.B.* 1993, (487) 514, nr. 139; V. POULEAU, "Propos sur les modes de preuve retenus en matière d'établissement et de contestation de la filiation en droit belge", *Rev. trim. dr. fam.* 1995, (613) 631-632, in een latere publicatie blijkbaar iets milder, zie V. POULEAU, "Les preuves", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, (85) 121, nr. 33.

Niemand heeft echter ooit verdedigd dat artikel 331*octies* B.W. zo ver gaat dat de betrokkene *manu militari* zou kunnen worden gedwongen het onderzoek te ondergaan. Een deskundigenonderzoek kan niet met geweld worden opgelegd (zie Rb. Dinant 4 juni 1993, *J.L.M.B.* 1994, 414, noot J. DERMAGNE; *in casu* werd een bloedproef bevolen met het oog op het bewijs van niet-vaderschap).

495 Pas eind 1998 diende het Hof van Cassatie zich voor het eerst in afstammingszaken uit te spreken over de rechtsgevolgen van de weigering om een o.g.v. artikel 331*octies* B.W. bevolen deskundigenonderzoek te ondergaan.

In een eerste zaak overwoog het Hof van Beroep te Antwerpen in een ongepubliceerd arrest dat "het zich onttrekken aan een genetisch onderzoek zonder enige gegronde reden als een feitelijk vermoeden geldt dat samen met de andere feitelijke gegevens en omstandigheden van het dossier, het vermoeden van vaderschap van [de man die weigerde het bevolen onderzoek te ondergaan] versterkt". Het hof achtte tevens de vordering "tot vaststelling van vaderschap" gegrond en veroordeelde de man op vordering van de moeder tot het betalen van een onderhoudsbijdrage voor het kind (Antwerpen (3de kamer) nr. 1994/AR/1683, 20 december 1995, *onuitg.*). Op het eerste gezicht zou deze veroordeling een gevolg zijn van de vastgestelde afstammingsband en dus een toepassing vormen van de artikelen 203-203*bis* B.W.; na lezing van het cassatiemiddel blijkt echter dat de moeder namens het kind een onderhoudsuitkering vorderde van de waarschijnlijke vader o.g.v. artikel 336 e.v. B.W.

Het bestreden arrest in de tweede zaak was afkomstig van het Hof van Beroep te Gent en betrof wel degelijk een procedure tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap. Hierin oordeelden de appèlrechters dat het recht op afstamming uitdrukkelijk erkend is in artikel 8 E.V.R.M. en niet kan wijken voor het recht op fysieke integriteit, aangezien de aantasting daarvan bij een genetisch onderzoek *quasi* nihil is. Gelet op de manifeste wanverhouding tussen de praktisch te verwaarlozen ingreep voor het genetisch onderzoek enerzijds en het belang van het vaststellen van de afstammingsband anderzijds, moest volgens het hof worden aangenomen dat het recht op fysieke integriteit niet kan worden ingeroepen om de weigering zonder gevolgen te laten. Het hof van beroep was van oordeel dat de ongefundeerde weigering "doet (...) besluiten dat de weigerende partij m.b.t. de genetische relatie iets te verbergen heeft". Uit het feit dat de vermeende vader het bevolen bloedonderzoek weigerde, ontstaat volgens het hof een feitelijk vermoeden dat de man zijn genetische band met het kind wil verbergen. Dit vermoeden, aangevuld met andere concrete bewijzen die werden aangevoerd (foto's, brieven, een verjaardagskaart e.d.), leidde tot het besluit dat de man die het bloedonderzoek weigerde te ondergaan de vader van het kind was (Gent 6 februari 1997, *R.W.* 1997-98, 1391 en *T.G.R.* 1997, 118).
In beide zaken werd de voorziening in cassatie verworpen.

(i) Het verbod van dwanguitvoering tegen de persoon

496 Op 17 december 1998 – meer dan twintig jaar na het vermelde arrest in echtscheidingszaken – bevestigde het Hof van Cassatie, in twee afstammingszaken, de stelling dat het verbod van dwanguitvoering tegen de persoon en van het binnendringen in het gebied van de persoonlijkheid een algemeen rechtsbeginsel uitmaakt. Dit verbod houdt in "dat elke fysische [de tekst in *R.W.* vermeldt verkeerdelijk "fysieke"] dwanguitoefening op de persoon, onder meer om hem tot een daad te dwingen of zich aan een lichamelijk of geestesonderzoek te onderwerpen, verboden is". Het Hof van Cassatie erkent echter "dat het recht op lichamelijke integriteit niet onbeperkt is en moet uitgelegd worden in het licht van andere fundamentele rechten, zoals dit bepaald in artikel 8 E.V.R.M.". Het hof is van oordeel dat dit rechtsbeginsel het deskundigenonderzoek bepaald in artikel 331*octies* B.W. niet verbiedt, "voor zover de persoon niet gedwongen wordt zich aan dat onderzoek te onderwerpen", maar voegt daar onmiddellijk aan toe dat de rechter de weigering om zich aan een dergelijk onderzoek te onderwerpen mag beoordelen en dat hij "uit de weigering zonder rechtmatige reden een feitelijk vermoeden mag afleiden" (Cass. C. 96.182.N, 17 december 1998, *Arr. Cass.* 1998, 1141, *Pas.* 1998, I, (1233) 1234 en *R. Cass.* 1999, 197, noot S. Brijs, verwerpt de voorziening tegen Antwerpen 20 december 1995, gecit.; Cass. C. 97.294.N, 17 december 1998, *Arr. Cass.* 1998, 1144, *Pas.* 1998, I, (1233) 1240, *R.W.* 1998-99, 1144, noot F. Swennen en *R. Cass.* 1999, 198, noot S. Brijs, verwerpt de voorziening tegen Gent 6 februari 1997, gecit.).

Deze belangrijke cassatierechtspraak is in de doctrine diepgaand geanalyseerd (zie F. Swennen, "Art. 331*octies* B.W. en de 'rechtsvormende' taak van het Hof van Cassatie", (noot onder Cass. C. 97.294.N, 17 december 1998), *R.W.* 1998-99, 1145-1148 en S. Brijs, "DNA-onderzoek in afstammingsgeschillen: wie weigert, heeft (meestal) ongelijk", (noot bij Cass. C. 96.182.N en C. 97.294.N, 17 december 1998), *R. Cass.* 1999, 175-196).

(ii) Een feitelijk vermoeden (van vaderschap)

497 Uit deze arresten blijkt dat het Hof van Cassatie m.b.t. de gevolgen van de weigering een deskundigenonderzoek te ondergaan in afstammingszaken niet meer vasthoudt aan zijn vroegere rechtspraak inzake echtscheiding. Duidelijk is dat de rechter uit de onrechtmatige weigering om zich te onderwerpen aan een onderzoek bevolen o.g.v. artikel 331*octies* B.W. wel degelijk een gevolg kan trekken: hij kan er nl. een feitelijk vermoeden uit afleiden. Het gaat om een mogelijkheid, geen verplichting.

498 De vraag of de rechter met de onrechtmatige weigering als enige grondslag tot het vaderschap mag besluiten, is (nog) niet voorgelegd aan het Hof van Cassatie. Het Hof stelde immers vast dat in beide bestreden arresten de appèlrechters het feitelijk vermoeden dat zij afleidden uit de weigering hadden gevoegd bij "andere feitelijke gegevens en omstandigheden van het dossier" (eerste arrest) of "aanwijzingen die het [bestreden] arrest als bewijsstukken aanneemt". Uit de vermelde cassatierechtspraak kan niet worden afgeleid dat

een onrechtmatige weigering op zichzelf voldoende is opdat de rechter tot het vaderschap zou kunnen besluiten (in die zin: F. SWENNEN, "Art. 331*octies* B.W. en de 'rechtsvormende' taak van het Hof van Cassatie", (noot onder Cass. C. 97.294.N, 17 december 1998), *R.W.* 1998-99, (1145) 1147, nr. 13).

499 Het is wel zo dat een weigering zonder rechtmatige reden, in combinatie met andere elementen van het dossier die wijzen op het vaderschap, wel degelijk een afdoende juridische grondslag vormt voor de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap.

De hoven en rechtbanken passen de leer uit de cassatiearresten van 17 december 1998 gezagsgetrouw toe en besluiten met de regelmaat van de klok dat een onrechtmatige weigering een deskundigenonderzoek in afstammingszaken te ondergaan, een vermoeden van vaderschap genereert dat, aangevuld met andere feitelijke elementen in het dossier die in dezelfde richting wijzen, ertoe leidt dat het vaderschap van de vermeende vader wordt vastgesteld (zie bv. Gent (1ste kamer) nr. 1999/AR/1034, 13 juni 2002, *onuitg.*).

In echtscheidingszaken blijft de oudere cassatierechtspraak (Cass. 7 maart 1975, *Arr. Cass.* 1975, 764, noot E.K., *Pas.* 1975, I, 692 en *R.W.* 1974-75, 2236) onverkort gelden, met als gevolg dat "de rechter die het eindvonnis wijst niet vermag uit die weigering [een deskundigenonderzoek n.a.v. een echtscheidingsprocedure te ondergaan] zelf gevolgtrekkingen te maken", omdat in deze materie – anders dan in afstammingszaken – geen wettelijke bepaling analoog aan artikel 331*octies* B.W. bestaat, die de rechter uitdrukkelijk toelaat een deskundigenonderzoek te bevelen (vgl. Gent 21 oktober 1994, *R.W.* 1994-95, 1270, waar het verzoek een procespartij te onderwerpen aan een psychiatrisch onderzoek onder verbeurte van een dwangsom werd verworpen).

500 Over wat een "rechtmatige reden" zou kunnen zijn om te weigeren een o.g.v. artikel 331*octies* B.W. bevolen onderzoek te ondergaan, heeft de gepubliceerde rechtspraak zich nog niet uitgesproken in zaken die de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap betreffen.

Wel heeft het Hof van Beroep te Brussel in het raam van artikel 336 e.v. B.W. geoordeeld dat geen conclusies mogen worden getrokken uit de weigering van de vermeende vader zich te onderwerpen aan een genetisch onderzoek dat in eerste aanleg was bevolen, aangezien deze weigering – volgens het hof – kan gerechtvaardigd worden door het feit dat hij de afloop van een beroepsprocedure die hij had aangespannen, wilde afwachten. *In casu* was een onderhoudsvordering ingesteld tegen de waarschijnlijke verwekker en had de rechtbank in eerste aanleg, alvorens ten gronde te oordelen, een genetisch onderzoek bevolen omdat de vermeende vader zijn vaderschap bleef ontkennen en er tegenstrijdigheden bestonden tussen sommige verklaringen. Het hof van beroep bevestigde de in het aangevochten vonnis bevolen onderzoeksmaatregel en verwees de zaak overeenkomstig artikel 1068 tweede lid Ger. W. naar de eerste rechter (Brussel 26 oktober 1999, *J.T.* 2001, 50).

Ook andere motieven dan het respect voor de fysieke integriteit werden ingeroepen ter rechtvaardiging van de weigering een bevolen deskundigenonderzoek te ondergaan, zoals psychologische en filosofische bezwaren in hoofde van de verweerder.

Zo moest het Hof van Beroep te Brussel in een geding tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap oordelen over de weigering van de vermeende (Joodse) vader om zich aan een DNA-onderzoek te onderwerpen, wiens overtuiging was ingegeven door de jodenververvolging, tijdens dewelke zijn hele familie was vervolgd: hij verzette zich tegen de aanwending van de

genetica als middel tot controle en markering van het individu en tegen de preëminentie van de genetica op de vrije wil van elkeen. Het hof toonde begrip voor de filosofische overtuigingen van de man, maar overwoog dat het kind het fundamenteel recht heeft zijn afstamming gerechtelijk vastgesteld te zien via bewijsmiddelen die met dat doel in de wet worden voorzien en dat hem dit recht niet mag worden ontnomen omwille van het feit dat dit niet zou tegemoet komen aan de persoonlijke overtuigingen van de vermeende vader. De weigering van de man om zich aan een genetisch onderzoek te onderwerpen werd *in casu* dan ook ongerechtvaardigd geacht en beschouwd als een feitelijk vermoeden dat hij ernaar streeft zich te onttrekken aan afdoende onderzoeken en zijn genetische band met het kind te verbergen. Diverse andere feitelijke elementen van het dossier vormden, in combinatie met deze weigering, door hun concordantie een geheel van vermoedens die voldoende ernstig, precies en overeenstemmend waren dat ze het hof brachten tot de overtuiging dat de man werkelijk de vader van het kind was; de vordering tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap werd dan ook in toepassing van artikel 324 tweede lid B.W. gegrond verklaard (Brussel (3de kamer) R.G. nr. 1998/AR/2213, 18 september 2001, *onuitg.*).

Een partij in een afstammingsgeding kan niet worden verplicht zich te onderwerpen aan een gerechtelijk bevolen onderzoek indien bewezen wordt dat dit onderzoek voor die partij een reëel gevaar inhoudt: dit kan bv. het geval zijn indien een bloedonderzoek wordt bevolen bij een man die lijdt aan een stollingsziekte (hemofilie). Bij een genetisch onderzoek is de aantasting van de fysische integriteit echter *quasi* nihil. Een miniem stukje huid, een haarwortel of enig schraapsel van wangslijmvlies kan al volstaan voor een onderzoek, waarvan de resultaten de afstammingsvraag met wetenschappelijke zekerheid kunnen beantwoorden.
De conclusie inzake de rechtmatigheid van de weigering om een in toepassing van artikel 331*octies* B.W. bevolen deskundigenonderzoek te ondergaan is ons inziens dan ook de volgende: gegronde redenen om een door de rechtbank bevolen bloedonderzoek te ondergaan moeten van medische aard zijn; een bevolen genetisch onderzoek kan niet op rechtmatige wijze worden geweigerd, alle psychologische of filosofische bezwaren ten spijt.

501 In de rechtspraak is erkend dat de ongegronde weigering om zich, inzake afstamming, aan het bewijs via een bloedonderzoek te onderwerpen, van aard is een ernstige schade te veroorzaken.

Zo oordeelde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Namen dat er een overduidelijke onevenredigheid bestaat tussen de helemaal niet schadelijke inbreuk op het lichaam als gevolg van de bloedafname en het belang van het beroep op een dergelijk bewijsmiddel in verband met de staat van personen (Rb. Namen 14 september 1994, *J.L.M.B.* 1997, (503) 504-505).

In graad van hoger beroep is het mogelijk dat die schade begroot wordt en ook aanleiding geeft tot vergoeding via artikel 1072*bis* Ger. W.

Zo besliste het Hof van Beroep te Luik dat het instellen van hoger beroep door de vermeende vader na een ongerechtvaardigde weigering om een deskundigenonderzoek te ondergaan, aan de verweerders een zekere schade heeft veroorzaakt. Bij gebrek aan precieze evaluatiecriteria werd de schadevergoeding wegens tergend en roekeloos hoger beroep *in casu ex aequo et bono* begroot op 25 000 BEF (€ 619,73) (Luik 12 mei 1998, *J.T.* 1998, 727 en *Rev. trim. dr. fam.* 1999, 542).

Het Hof van Beroep te Brussel oordeelde dat de materiële en morele schade die de vermeende vader aan de moeder en haar minderjarige dochter had toegebracht door, ondanks een reeks overeenstemmende vermoedens – waaronder zijn weigering zich aan een DNA-onderzoek te onderwerpen – hoger beroep aan te tekenen tegen een vonnis dat zijn vaderschap vaststelde,

billijk werd vergoed door de betaling van een bedrag van € 600, zowel aan de moeder persoonlijk als aan de moeder in haar hoedanigheid van wettelijke vertegenwoordigster van haar minderjarige dochter (Brussel 18 september 2003, *NjW* 2003, 1372, noot RdC).

c. Dwangsom

502 Nu het verbod van dwanguitvoering op de persoon door het Hof van Cassatie in 1998 werd herbevestigd als algemeen rechtsbeginsel, blijft lijfsdwang uitgesloten. Onmiddellijk rijst dan de vraag of de weigering om een door de rechter bevolen deskundigenonderzoek in afstammingszaken te ondergaan, kan worden voorkomen via pecuniaire dwang, m.a.w. of een dwangsom kan worden opgelegd.

De discussie over de principiële toepasselijkheid van de dwangsom in het personen- en familierecht is definitief afgesloten sinds het Benelux-Gerechtshof op 11 mei 1982 twee arresten wees waarin werd geoordeeld dat de Eenvormige Wet van 26 november 1973 betreffende de dwangsom (Ger. W., dl. IV, b. IV, hfdst. XXIII), *B.S.* 20 februari 1980 (hierna afgekort: Dwangsomwet) ook van toepassing is op gevallen waarin de hoofdveroordeling in de zin van artikel 1 eerste lid van die wet strekt tot nakoming van een verplichting uit het familierecht (Benelux Hof nr. A 81/3 (Ladan / De Bruin), 11 mei 1982, *R.W.* 1982-83, 289, concl. F. DUMON en noot M. STORME en *Rev. trim. dr. fam.* 1982, 319 en Benelux Hof nr. 81/6 (Wassenburg / Petit), 11 mei 1982, *J.T.* 1982, 679).
Over de toelaatbaarheid van de dwangsom in gevallen waarin zij in conflict komt met het persoonlijkheidsrecht op eerbiediging van de fysieke integriteit zijn de meningen evenwel verdeeld gebleven.
Het recht op eerbiediging van de fysieke integriteit is een persoonlijkheidsrecht dat inhoudt dat elke aantasting van de integriteit van het lichaam door een derde, hoe miniem ook, in beginsel ongeoorloofd is. Als component van dit persoonlijkheidsrecht geldt het algemeen rechtsbeginsel van verbod van dwanguitoefening op de persoon, dikwijls weergegeven d.m.v. het adagium *Nemo praecise potest cogi ad factum* (P. SENAEVE, *Compendium*, 196, nrs. 448-449) dat kan worden vertaald als "niemand kan precies gedwongen worden iets te doen".

– In navolging van het hoger vermelde cassatiearrest van 7 maart 1975 heeft een deel van de rechtsleer zich gekant getoond tegen de toepassing van de dwangsom in afstammingsgedingen zoals procedures tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap, aangezien het opleggen ervan erop neerkomt dat de betrokken persoon wel degelijk gedwongen wordt het onderzoek te ondergaan, het weze door een beschaafder pressiemiddel (pecuniaire dwang) dan rechtstreekse (fysieke) dwang.

Volgens verschillende auteurs is de onaantastbaarheid van het menselijk lichaam een persoonlijkheidsrecht waar enkel op basis van een uitdrukkelijke wettekst – die ontbreekt inzake het opleggen van een dwangsom – een inbreuk op kan worden gemaakt (in die zin: J. DALCQ, "La réforme du droit de la filiation", *J.T.* 1987, (393) 400, nr. 35; H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité*, II/2, 943, nr. 988, voetnoot 1; N. HUSTIN-DENIES, "La preuve par les empreintes génétiques en droit belge de la filiation", in X (ed.), *L'analyse génétique à des fins de preuve et les droits de l'homme: aspects médico-scientifique, éthique et juridique*, in Travaux de la Faculté de droit de l'Université Catholique de Louvain, nr. 7, Brussel, Bruylant, 1997, 322; P. LEMMENS, "Het verbod van onderwerping van een persoon aan een lichamelijk of geestesonderzoek", in X (ed.), *Liber amicorum Prof. Em. E. Krings*, Brussel, E. Story-Scientia, 1991, 662, nr. 6; D. PIRE, "Droit judiciaire de la filiation", *Act. dr.* 1991, (689) 721, nr. 38; V. POULEAU, "Les preuves", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, (85) 126, nr. 39; P. SENAEVE, "De dwangsom in conflict met het persoonlijkheidsrecht op eerbiediging van de integriteit van het lichaam", (noot onder Rb. Gent 21 september 1995),

R.W. 1998-99, (98) 99, nr. 8 ; J. VAN COMPERNOLLE, "Aspects judiciaires des actions relatives à la filiation", *Ann. dr. Louvain* 1987, (319) 338).

Op het einde van de jaren '80 waren de Rechtbanken van Eerste Aanleg te Aarlen en te Brussel – in het raam van een onderhoudsvordering tegen de vermoedelijke verwekker o.g.v. artikel 336 B.W. – van oordeel dat het verzoek van een partij om een onderzoek, bevolen op grond van artikel 331*octies* B.W., te koppelen aan de verbeurte van een dwangsom moest worden afgewezen.

De dwang die uitgaat van een dwangsom is volgens deze rechtspraak evenzeer als de rechtstreekse fysieke dwang in strijd met het beginsel van de eerbiediging van de fysieke integriteit van de persoon (Rb. Aarlen 24 februari 1989, *Rev. trim. dr. fam.* 1990, 250 (onderzoek gevraagd om de vordering gegrond te doen verklaren o.g.v. art. 338 § 1 eerste lid B.W.); Rb. Brussel 24 oktober 1989, *Pas.* 1990, III, 51 en *T.B.B.R.* 1990, 162 (onderzoek gevraagd om de vordering te doen afwijzen o.g.v. art. 338*bis* B.W.)).

Ten gunste van die strekking is in de rechtsleer nog een juridisch-technisch argument ontwikkeld: LEMMENS leidt uit rechtspraak van het Hof van Cassatie af dat het gelasten van een onderzoeksmaatregel in het raam van artikel 331*octies* B.W. geen veroordeling in de zin van artikel 1385*bis* Ger. W. inhoudt, met als gevolg dat daaraan geen dwangsom zou kunnen worden gekoppeld (P. LEMMENS, "Het verbod van onderwerping van een persoon aan een lichamelijk of geestesonderzoek", in X (ed.), *Liber amicorum Prof. Em. E. Krings*, Brussel, E. Story-Scientia, 1991, 666, nr. 10).

Het Hof van Cassatie heeft inderdaad geoordeeld dat wanneer de rechter krachtens artikel 992 Ger. W. een bevel tot persoonlijke verschijning had gegeven, een dergelijk bevel geen veroordeling in de zin van artikel 1385*bis* Ger. W. inhield (Cass. 18 februari 1988, *Arr. Cass.* 1987-88, 786, *Pas.* 1988, I, 722, concl. J.-M. PIRET en *R.W.* 1989-90, 145, noot). Deze uitspraak is in de doctrine sterk bekritiseerd (zie F. LOOSVELDT, "De dwangsom: reikwijdte, toepassingsgebied en enkele betwistingen ter zake", *A.J.T.-Dossier* 1994-95, (93) 102) o.m. omdat zij zou getuigen van "een gekwalificeerde vorm van tekstuele obsessie" (M. STORME, "Nemo praecise potest cogi ad factum. Het adagium herbezocht", in M. STORME (red.), *Personen- en familierecht. Gezin en recht in een postmoderne samenleving. Twintig jaar Post-universitaire Cyclus Willy Delva (1973-1993)*, Gent, Mys & Breesch, 1994, 6), "een soort fetisjisme van de letterlijke bewoordingen" en een "sibillijns karakter" zou hebben (P. SENAEVE, "De dwangsom in het personen- en familierecht", in JURA FALCONIS (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 105).

Deze visie is echter op de helling komen te staan na latere rechtspraak van het Benelux-Gerechtshof.

De stelling van het Hof van Cassatie is ons inziens onrechtstreeks verworpen door het Benelux-Gerechtshof, dat in een arrest van 29 november 1993 – na een prejudiciële vraag van het Hof van Cassatie – besliste dat een rechterlijk bevel om de in artikel 1183, 11° Ger. W. bedoelde eed af te leggen een hoofdveroordeling in de zin van artikel 1 eerste lid van de Eenvormige Wet van 26 november 1973 betreffende de dwangsom (Ger. W., dl. IV, b. IV, hfdst. XXIII), *B.S.* 20 februari 1980 (hierna afgekort: Dwangsomwet) (en art. 1385*bis* Ger. W.) uitmaakt, waarvoor, in het geval dat er niet aan wordt voldaan, een veroordeling tot betaling van een dwangsom kan worden uitgesproken (Benelux Hof 29 november 1993, *R.W.* 1993-94, 705, concl. pl. verv. Adv. Gen. G. D'HOORE en *T. Not.* 1994, 458, concl. pl. verv. Adv. Gen. G. D'HOORE). Uit dit arrest mag volgens STORME worden geconcludeerd dat de hoofdveroordeling zoals bepaald in artikel 1385*bis* Ger. W. in de ruimste zin moet worden geïnterpreteerd, nl. als "elke uitspraak waarbij de rechter beveelt dat een wederpartij iets zou doen" en dat een veroordeling die niet voor rechtstreekse executie met

behulp van de sterke arm vatbaar is best door een dwangsom kan worden afgedwongen, nu daarin precies de betekenis en de draagwijdte van deze dwangsom ligt (M. STORME, "Nemo praecise potest cogi ad factum. Het adagium herbezocht", *t.a.p.*, 10; in dezelfde zin: concl. pl. ver. Adv. Gen. G. D'HOORE bij Benelux Hof 29 november 1993, *R.W.* 1993-94, (705) 707 *in fine*: "De dwangsom heeft als dwangmiddel slechts indirecte werking en is dan ook niet strijdig met het verbod dwangmiddelen op de persoon van de schuldenaar te bevelen aangezien deze laatste slechts via de aantasting van zijn vermogen tot uitvoering van de uitgesproken hoofdveroordeling wordt bewogen".

– Verschillende auteurs aanvaarden dat het gelasten van een bloedonderzoek of enig ander onderzoek volgens beproefde wetenschappelijke methodes gepaard kan gaan met het opleggen van een dwangsom.

Zij komen tot die conclusie na een afweging van de belangen van de weigerende partij enerzijds en het kind anderzijds (zie G. DE LEVAL, "L'instruction sans obstruction", in N. VERHEYDEN-JEANMART en J. VAN COMPERNOLLE (ed.), *La preuve*, Louvain-la-Neuve, U.C.L. Faculté de droit, 1987, 27; J. LAENENS, "Procedureaspecten", in JURA FALCONIS (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 35, nr. 11 en voetnoot 53; F. LOOSVELDT, "De dwangsom: reikwijdte, toepassingsgebied en enkele betwistingen ter zake", *A.J.T.-Dossier* 1994-95, (93) 106-107; M.-Th. MEULDERS-KLEIN, "L'établissement et les effets personnels de la filiation selon la loi belge du 31 mars 1987", *Ann. dr. Louvain* 1987, (213) 268, nr. 107; M. STORME, "Nemo praecise potest cogi ad factum. Het adagium herbezocht", *t.a.p.*, 19-20; A. VANDENBERGHE, Chr. VAN BROECKHOVEN en A. HEYVAERT, "De genetische vingerafdruk en zijn betekenis in het nieuwe afstammingsrecht", *R.W.* 1986-87, (2553) 2564-2565, nr. 19; K. WAGNER, *Dwangsom*, in *A.P.R.*, Brussel, Story-Scientia, 2003, 187, nr. 214).

Ook die strekking heeft weerklank gevonden in de rechtspraak.

Zo kwam het de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent passend voor om het onderzoek o.g.v. artikel 331*octies* B.W. te koppelen aan de veroordeling tot betaling van een dwangsom van 100 000 BEF (€ 2 478, 94) per weigering dit onderzoek te ondergaan, tenzij voor deze weigering gegronde medische redenen kunnen worden aangevoerd, gelet op het toenemende belang van de biogenetische band inzake afstamming, vooral in het licht van het recht van het kind om de identiteit van zijn ouders te kennen (art. 7.1 I.V.R.K.) en gelet op de vrees dat men zich aan de onderzoeksmaatregel zou pogen te onttrekken. De uiterst minieme aantasting van de fysieke integriteit van de vermeende vader weegt volgens de rechtbank niet op tegen het voornoemd belang (Rb. Gent 21 september 1995, *R.W.* 1998-99, 97, noot P. SENAEVE en *J. dr. jeun.* 1998, afl. 179, 40, noot, goedkeurend besproken door N. MASSAGER, "Droit de la filiation. Chronique de jurisprudence (1999-2001)", *Rev. dr. U.L.B.* 2003, (161) 231-232, nr. 26).
SENAEVE stelt hierbij – ons inziens zeer terecht – de vraag of het wel opgaat om inzake de persoonlijkheidsrechten het bestaan van gradaties van bescherming aan te nemen in de zin dat lichtere aantastingen zomaar aanvaard zouden kunnen worden (P. SENAEVE, "De dwangsom in het personen- en familierecht", in JURA FALCONIS (ed.), *De dwangsom*, Leuven, Jura Falconis Libri, 1999, 114; reeds identiek: P. SENAEVE, "De dwangsom in conflict met het persoonlijkheidsrecht op eerbiediging van de integriteit van het lichaam", (noot onder Rb. Gent 21 september 1995), *R.W.* 1998-99, (98) 99, nr. 5).

503 De vraag rijst of de cassatiearresten van 17 december 1998 een nieuw licht hebben geworpen op de problematiek van de dwangsom ter voorkoming van de weigering zich aan een deskundigenonderzoek in afstammingszaken te onderwerpen. Zowel m.b.t. de onderhoudsvordering tegen de waarschijnlijke verwekker als in de context van de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap overwoog het hof "dat het recht op lichamelijke integriteit niet onbeperkt is en moet uitgelegd worden in het licht van andere fundamentele rech-

ten, zoals dit bepaald in artikel 8 E.V.R.M." Deze overweging laat duidelijk ruimte voor belangenafweging. Verder is het hof van oordeel dat het verbod van dwanguitvoering tegen de persoon en van het binnendringen in het gebied van de persoonlijkheid – als algemeen rechtsbeginsel – het deskundigenonderzoek bepaald in artikel 331*octies* B.W. niet verbiedt, "voor zover de persoon niet gedwongen wordt zich aan dat onderzoek te onderwerpen" (zie resp. Cass. C. 96.182.N, 17 december 1998, *R. Cass.* 1999, 197, noot S. BRIJS en Cass. C. 97.294.N, 17 december 1998, *R.W.* 1998-99, 1144, noot F. SWENNEN en *R. Cass.* 1999, 198, noot S. BRIJS). Uit geen van beide arresten kan echter worden afgeleid dat het Hof van Cassatie met deze laatste zinsnede niet enkel de fysieke dwang, maar ook de pecuniaire dwang – die het verbeuren van een dwangsom genereert – bedoelt.

504 In de huidige stand van de wetgeving is het onmiskenbaar zo dat er nog steeds geen uitdrukkelijke wettekst is op basis waarvan de gelasting van een onderzoek bij toepassing van artikel 331*octies* B.W. kan worden gekoppeld aan de veroordeling tot betaling van een dwangsom indien wordt geweigerd het onderzoek te ondergaan. Voor het bevel tot een deskundigenonderzoek bestaat er sinds de Afstammingswet van 1987 een specifieke wettelijke basis, voor de gedwongen tenuitvoerlegging nog altijd niet (zie ook: F. SWENNEN, "Art. 331*octies* B.W. en de 'rechtsvormende' taak van het Hof van Cassatie", (noot onder Cass. C. 97.294.N, 17 december 1998), *R.W.* 1998-99, (1145) 1146, nr. 7). Het argument dat een genetisch onderzoek een uiterst geringe inbreuk op de fysieke integriteit vormt, kan niet overtuigen om de toelaatbaarheid van een dwangsom, gekoppeld aan de weigering het onderzoek te ondergaan, te rechtvaardigen. Een verplicht medisch onderzoek met de afname van lichaamsmateriaal – hoe miniem de hoeveelheid ook weze – vormt een inmenging in het recht op privé-leven, dat door artikel 8.1 E.V.R.M. wordt beschermd. De kleine ingreep heeft bovendien grote gevolgen voor het individu, nu er cruciale informatie uit kan worden afgeleid. Het minieme karakter van de aantasting van de fysieke integriteit kan uiteraard in aanmerking worden genomen bij het uitvoeren van de proportionaliteitstoets ter beoordeling van de rechtvaardiging van de inmenging in het raam van artikel 8.2 E.V.R.M., maar ook een minieme aantasting van een grondrecht vereist een wettelijke basis, die *in casu* ontbreekt. Om deze redenen kan men niet anders dan besluiten dat het de rechter *de lege lata* niet toekomt in deze context een dwangsom op te leggen (eveneens in die zin: S. BRIJS, "DNA-onderzoek in afstammingsgeschillen: wie weigert, heeft (meestal) ongelijk", (noot bij Cass. C. 96.182.N en C. 97.294.N, 17 december 1998), *R. Cass.* 1999, (175) 188-189, nrs. 26-28). Is het gewaagd te beweren dat de aantasting van het recht op fysieke integriteit zijn rechtvaardiging vindt in artikel 8.2 E.V.R.M. en moet bekeken worden in het licht van het recht op vaststelling van de afstamming, dat eveneens vervat ligt in artikel 8.1 E.V.R.M.? De beperking van het recht op lichamelijke integriteit die het Hof van Cassatie heeft erkend kan ook in die zin worden uitgelegd...

Volgens WAGNER dreigt de discussie over de mogelijkheid om een dwangsom te verbinden aan een genetisch onderzoek stilaan door de feiten te worden achterhaald, nu de aantasting van de fysieke integriteit in zijn optiek van uiterst miniem (bij een bloedonderzoek) tot volstrekt onbestaande is geworden (bij een genetisch onderzoek) (K. WAGNER, *Dwangsom*, in *A.P.R.*, Brussel, Story-Scientia, 2003, 189, nr. 216). Deze visie kan niet worden bijgetreden. Ook al volstaat bv. een haarwortel of de aanraking van mondslijmvlies met een wattenstaafje om het nodige genetisch materiaal te bekomen, het blijft zo dat deze daad nog steeds moet worden uitgevoerd, door een derde indien de betrokken persoon niet wenst mee te werken aan het onderzoek. Een schending van het recht op fysieke integriteit van de weigerende persoon blijft onvermijdelijk.

505 Verwacht kon worden dat de controverse die – vooral in de rechtsleer – bestaat i.v.m. de toelaatbaarheid van een dwangsom in afstammingszaken, aan belang zou hebben ingeboet nu de cassatierechtspraak toelaat dat de weigerende partij via een feitelijk vermoeden wordt bestraft. Sommige rechters achten deze sanctie blijkbaar onvoldoende; er zijn ook na 17 december 1998 nog rechterlijke uitspraken gepubliceerd waarin een dwangsom werd verbeurd.

– Zo willigde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Namen de eis van de vermeende vader in die ertoe strekte de moeder te doen veroordelen tot de betaling van een dwangsom van 5 000 BEF (€ 123,95) per dag indien zij zich niet samen met het kind zou onderwerpen aan een genetische expertise die door de rechtbank werd bevolen. De rechtbank liet zich hier leiden door de overweging dat er een duidelijke wanverhouding bestaat tussen het vrijwel te verwaarlozen karakter van een ingreep op het menselijk lichaam met het oog op een genetisch onderzoek en het belang van de vaststelling van de bloedverwantschap en stelde nog eens uitdrukkelijk dat het recht op eerbied voor de fysieke integriteit niet kan worden ingeroepen om de weigering een deskundigenonderzoek te ondergaan te verantwoorden (Rb. Namen 28 juni 1999, *Rev. trim. dr. fam.* 2000, 690).

– Het Hof van Beroep te Antwerpen oordeelde dat aangezien de aanwending van de dwangsom in materies van het familierecht principieel toegelaten is, niets er zich tegen verzet dat ook voor het afdwingen van een bloed- of ander lichamelijk onderzoek in het raam van een afstammingsgeschil een dwangsom wordt opgelegd. Volgens het hof is dienaangaande geen expliciete wettelijke bepaling vereist en is het geenszins zo dat de dwangsom uitgesloten zou zijn wanneer de rechtstreekse uitvoering van de hoofdveroordeling onmogelijk is. De dwangsom heeft als dwangmiddel slechts indirecte werking en is dan ook niet strijdig met het verbod dwangmiddelen op de persoon van de schuldenaar te bevelen, aangezien deze laatste slechts via de aantasting van zijn vermogen tot uitvoering van de uitgesproken hoofdveroordeling wordt bewogen. Gelet op de obstinate weigering van de man om zijn vrijwillige medewerking aan het bevolen deskundigenonderzoek te verlenen, werd hij veroordeeld tot de betaling van een dwangsom van 250 000 BEF (€ 6 197,34) per maal dat hij weigert zijn medewerking te verlenen aan het bevolen D.N.A.-deskundigenonderzoek; in toepassing van artikel 1385*ter* Ger. W. oordeelde het hof dat het totaal van de verbeurde dwangsommen evenwel maximaal 1 000 000 BEF (€ 24 789,35) mocht bedragen (Antwerpen 18 december 2001, *R.W.* 2002-03, 949, noot F. SWENNEN).

Na initiële aarzelingen blijkt de rechtspraak dus wel degelijk geneigd om een dwangsom in afstammingszaken toe te staan, teneinde de weigerende partij aan te sporen om het door de rechter o.g.v. artikel 331*octies* B.W. bevolen deskundigenonderzoek daadwerkelijk te ondergaan. Dergelijke beslissing wordt ons inziens ten onrechte genomen, bij gebrek aan wettelijke basis voor de verplichting het onderzoek te ondergaan. Het verbeuren van een dwangsom in een geval waarin er, naast de weigering om het onderzoek te ondergaan, nog andere elementen van het dossier wijzen op het vaderschap van de verweerder, lijkt ons niet alleen juridisch, maar ook maatschappelijk onaan-

vaardbaar, nu het beoogde doel, de vaststelling van de afstamming, in die hypothese op wettige wijze kan worden vastgesteld zonder de resultaten van het deskundigenonderzoek, op basis van het feitelijk vermoeden van vaderschap dat volgt uit de onrechtmatige weigering. Een additionele pecuniaire sanctie voor de verwerende partij is in dit geval dan ook volstrekt onnodig; het risico op misbruik vanwege de eisende partij – die het innen van de dwangsom als een doel op zich zou kunnen beschouwen – is bovendien niet denkbeeldig.

C. BEWIJS DOOR EEN VERMOEDEN VAN VADERSCHAP WEGENS GESLACHTSGEMEENSCHAP MET DE MOEDER GEDURENDE HET WETTELIJK TIJDPERK VAN DE VERWEKKING

506 Behalve wanneer er twijfel over bestaat, wordt het vaderschap vermoed wanneer is komen vast te staan dat de verweerder gedurende het wettelijk tijdperk van de verwekking gemeenschap heeft gehad met de moeder (art. 324 derde lid B.W.).

1. Gemeenschap gedurende het wettelijk tijdperk van de verwekking

507 Wanneer bewezen wordt dat een man in de periode vanaf de 300ste tot de 180ste dag voor de geboorte van het kind (zie art. 326 B.W.) geslachtsgemeenschap heeft gehad met de moeder, geldt een wettelijk vermoeden dat hij de vader van het kind is.

Deze gemeenschap kan op diverse wijzen worden bewezen.

– Zo kunnen uittreksels uit het bevolkingsregister worden voorgelegd waaruit blijkt dat de vermeende vader op een tijdstip binnen het wettelijk tijdperk van de verwekking was ingeschreven op hetzelfde adres als de moeder.

Het Hof van Beroep ter Brussel oordeelde in een zaak waarin gebleken was dat de vermeende vader meer dan anderhalf jaar vóór de geboorte van het kind tot meer dan zes maanden nadien was ingeschreven op hetzelfde adres als de moeder, dat er aldus minstens een vermoeden is dat de moeder tijdens het wettelijk tijdperk van de verwekking met de vermeende vader samenwoonde en dat partijen gemeenschap met elkaar hadden. De vermelding van de man als vader op een geboortekaartje van het kind en een door de moeder neergelegde foto wezen eveneens in de richting van zijn vaderschap (Brussel 15 mei 2003, *NjW* 2003, 1004, noot RdC; toch beval het hof een genetisch onderzoek, nu de vermeende vader bleef ontkennen met de moeder te hebben samengewoond en kennis te hebben van het geboortekaartje en in ondergeschikte orde dergelijk onderzoek zelf had gevorderd).

– De geslachtsgemeenschap gedurende het wettelijke tijdperk van de verwekking kan ook worden bewezen door een vonnis waaruit overspel blijkt.

In een zaak die beslecht werd door het Hof van Beroep te Gent was een man door een correctionele rechtbank veroordeeld wegens overspel en werd het vermoeden van zijn vaderschap nog versterkt door de aanwezigheid van de man bij de aangifte van de geboorte, zijn deelname aan de familieraad, zijn testament waarbij hij tweemaal schikkingen had getroffen ten aanzien van zijn "onwettige zoon", en tenslotte door zijn willekeurige weigering een door de rechtbank bevolen bloedonderzoek te ondergaan (Gent 2 december 1993, *R.W.* 1993-94, 1459).

– Daarnaast kan de gemeenschap met de moeder zelfs blijken uit foto's en brieven, evenals uit de weigering van de vermeende vader om een deskundigenonderzoek te ondergaan.

Zo oordeelde het Hof van Beroep te Antwerpen dat de vermeende vader in de wettelijke conceptieperiode gemeenschap heeft gehad met de moeder, nu voldoende was aangetoond dat er een relatie bestond tussen hemzelf en de moeder – die o.m. bleek uit een voorgelegde foto en brief – en deze man obstinaat en zonder enige gegronde reden weigerde zich aan een DNA-deskundigenonderzoek over de genetische afstammingsband te onderwerpen, maar zich integendeel uitputte in ongegronde procedureargumenten. Dit alles maakte gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens uit, waaruit met zekerheid kon worden afgeleid dat hij de vader is (Antwerpen 5 juni 2002, *NjW* 2002, 389, noot RdC).

2. *Draagwijdte: een vermoeden juris tantum*

508 Anders dan het bezit van staat t.a.v. de vermeende vader, heeft het vermoeden van vaderschap dat gegrond is op de geslachtsgemeenschap van een man met de moeder geenszins een onweerlegbaar karakter. Het gaat om een weerlegbaar vermoeden: de man die met de moeder gemeenschap heeft gehad gedurende het wettelijk tijdperk van de verwekking zal steeds mogen bewijzen dat hij niettemin geen biologische band met het kind heeft, m.a.w. dat zijn geslachtsgemeenschap met de moeder niet heeft geleid tot de verwekking van het kind. Hij kan dit bewijs leveren door alle wettelijke middelen. Een deskundigenonderzoek kan uitsluitsel brengen omtrent zijn niet-vaderschap.

3. *Twijfel*

509 De in de aanhef van artikel 324 derde lid B.W. bedoelde twijfel is deze aangaande het causaal verband tussen de (bewezen) geslachtsgemeenschap en de verwekking van het kind, m.a.w. twijfel over het biologisch vaderschap van de verweerder in de procedure tot gerechtelijke vaststelling van vaderschap.

Uit de wettekst mag niet *a contrario* worden afgeleid dat het in artikel 324 derde lid B.W. bepaalde vermoeden van vaderschap enkel zou gelden wanneer er geen twijfel bestaat over dat causaal verband. In dergelijke interpretatie zou het vermoeden enkel spelen wanneer er positief zekerheid bestaat over het causaal verband tussen de geslachtsgemeenschap en de verwekking, m.a.w. in een hypothese dat het vermoeden overbodig is geworden (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 324 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 3, nr. 3).

Verwezen wordt naar de innerlijke overtuiging van de rechter, zodat meer ruimte wordt gelaten aan de verdediging (verduidelijking door prof. VIEUJEAN in het Verslag kamercommissie, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 378/16, 49). De rechter *kan* bv. twijfelen aan het vaderschap van de verweerder wanneer deze de *exceptio plurium* of kennelijk wangedrag van de moeder bewijst of wanneer de moeder weigert een deskundigenonderzoek te ondergaan (J. GERLO, "De afstamming langs moederszijde en vaderszijde", in G. BAETEMAN (ed.), *Afstamming en adoptie*, Brussel, E. Story-Scientia, 1987, 92, nr. 93). Ons inziens kan ook het bewijs dat de gemeenschap met de vermeende vader plaatsvond op het ogenblik van de menstruatie, evenals het bewijs dat de moeder reeds

zwanger was op het ogenblik van de geslachtsgemeenschap en zelfs het bewijs dat de moeder nooit gemeenschap heeft gehad zonder gebruik van anticonceptiva volstaan om het in artikel 324 derde lid B.W. bepaalde vermoeden van vaderschap uit te schakelen wegens twijfel.

In de Senaatscommissie werd met zoveel woorden aangenomen dat ernstige twijfel als vaststaand kan worden beschouwd indien de *exceptio plurium* zou zijn bewezen (Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 92). Opgemerkt moet worden dat de *exceptio plurium* – in tegenstelling tot wat gold onder het oude afstammingsrecht (zie art. 340*d* (oud) B.W.) – *de lege lata* niet meer afdoende is om de vordering tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap te doen afwijzen; ze kan echter wel nog een element uitmaken tot weerlegging van het vermoeden ex artikel 324 derde lid B.W. (Antwerpen 5 juni 2002, *NjW* 2002, 389, noot RdC, in een *obiter dictum*).

Hoewel oorspronkelijk was bepaald dat de twijfel "ernstig" moest zijn, werd dit adjectief tijdens de parlementaire voorbereiding geschrapt als overbodig.

Zo werd in de Kamercommissie geoordeeld: "als twijfel niet ernstig is, twijfelt men eigenlijk niet". De wetgever wenste te vermijden dat advocaten zouden pleiten dat de twijfel niet ernstig was om het vermoeden uit te schakelen (zie Verslag kamercommissie, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 378/16, 49).

Toch overwoog het Hof van Beroep te Bergen dat de twijfel bedoeld in artikel 324 derde lid B.W. zwaarwichtig en ernstig moet zijn. Een louter tactische betwisting van het vaderschap door de moeder via een brief van haar advocaat aan de advocaat van de man, in antwoord op een vraag van de man tot het bekomen van bezoekrecht, doet volgens het hof geen ernstige twijfel ontstaan, aangezien het de moeder enkel te doen was om bezoekrecht van de man te verhinderen of uit te stellen (Bergen 3 mei 1994, *J.L.M.B.* 1995, 185).

510 Twijfel omtrent het causaal verband tussen geslachtsgemeenschap met de moeder en de verwekking van het kind sluit niet uit dat het vaderschap van de man die gemeenschap met de moeder heeft gehad alsnog wordt vastgesteld; het is immers mogelijk dat het kind ondanks deze twijfel toch door de vermeende vader werd verwekt. Door de rechtbank aanvaarde twijfel ontneemt de eiser enkel een bewijsmiddel in de vorm van een wettelijk vermoeden. Indien er geen bezit van staat van het kind t.a.v. de verweerder wordt aanvaard, zal de biogenetische band tussen vermeende vader en kind op een andere manier dan via een beroep op het vermoeden ex artikel 324 derde lid B.W. moeten worden bewezen.

511 Samengevat geniet de eisende partij in de procedure tot onderzoek naar het vaderschap het voordeel van twee vermoedens: één onweerlegbaar vermoeden gegrond op het bezit van staat (zie hierboven *sub* A) en één weerlegbaar vermoeden gegrond op de geslachtsgemeenschap van de vermeende vader met de moeder gedurende het wettelijk tijdperk van de verwekking (zie hierboven *sub* C). Wanneer noch bezit van staat, noch het bewijs van gemeenschap voldoende naar recht zijn aangetoond, dan rust op de eisende partij de bewijslast om door alle wettelijke middelen de biologische afstammingsband met de verweerder aan te tonen (zie hierboven *sub* B).

D. OVERGANGSRECHT

1. Er was op 6 juni 1987 een vordering tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap hangende

512 Luidens artikel 115 Afstammingswet is artikel 324 B.W. van toepassing op de rechtsvorderingen tot onderzoek naar het vaderschap, ingesteld vóór de inwerkingtreding van de Afstammingswet, indien ze nog niet zijn afgedaan door een in kracht van gewijsde gegane beslissing, zelfs wanneer de feiten waarop de vordering volgens dat artikel gegrond kan worden, niet voorkomen in de dagvaarding.

Vóór de inwerkingtreding van de Afstammingswet op 6 juni 1987 moest in de dagvaarding melding worden gemaakt van bezit van staat van natuurlijk kind t.a.v. de vermeende vader, overeenkomstig de bepalingen van artikel 321 (oud) B.W. (1°) of van hetzij schaking met geweld, list of bedreiging, hetzij willekeurige hechtenis of opsluiting, hetzij verkrachting gedurende het wettelijk tijdperk der bevruchting (2°) (art. 340*a* (oud) B.W.).

Onder gelding van het nieuwe recht (art. 324 B.W.) werd het bezit van staat als bewijsmiddel behouden, maar volstaat het bewijs van een biogenetische band tussen het kind en zijn vermeende vader – wat via een door de rechtbank bevolen deskundigenonderzoek kan worden bewezen (zie art. 331*octies* B.W.) – en kan de eiser zich zelfs beroepen op een vermoeden van vaderschap gegrond op geslachtsgemeenschap met de moeder gedurende het wettelijk tijdperk van de verwekking.

Ook al werd in de dagvaarding geen melding gemaakt van een door het huidig artikel 324 B.W. toegelaten bewijsmiddel, toch zal de bewijslevering volgens deze nieuwe regeling mogen plaatsvinden. Daarenboven zullen de vroegere gronden tot afwijzing van de vordering, zoals het bewijs van gemeenschap van de moeder met een andere man dan de vermeende vader tijdens het wettelijke tijdperk der bevruchting (de zgn. *exceptio plurium*) en het kennelijk wangedrag van de moeder (zie art. 340*d* (oud) B.W.) niet meer kunnen volstaan om de vordering af te wijzen, nu deze excepties in het nieuwe recht niet werden behouden. De *exceptio plurium* kan enkel nog worden aangewend om het vermoeden bepaald in artikel 324 derde lid B.W. te keren (zie boven, nr. 509).

In de hypothese dat er op 6 juni 1987 na een vordering tot onderzoek naar het vaderschap een rechterlijke beslissing bestond die nog niet in kracht van gewijsde was gegaan en dat er na 5 juni 1987 een rechtsmiddel tegen deze beslissing wordt ingesteld, zal luidens artikel 115 Afstammingswet bij de behandeling van de zaak op verzet of in hoger beroep toepassing worden gemaakt van het nieuwe artikel 324 B.W.

Met verwijzing naar artikel 115 Afstammingswet achtte het Hof van Beroep te Luik artikel 324 B.W. van toepassing op een vóór 6 juni 1987 ingeleide rechtsvordering tot onderzoek naar het vaderschap. De vordering werd gegrond bevonden, nu was aangetoond dat het kind bezit van staat had t.a.v. de vermeende vader en een bloedonderzoek uitwees dat dit vaderschap voor 99,995% waarschijnlijk was (Luik 28 juni 1988, *Pas.* 1989, II, 9 en *Rev. trim. dr. fam.* 1990, 225).

2. Er bestond op 6 juni 1987 al een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke beslissing die de vordering tot onderzoek naar het vaderschap heeft afgewezen

513 In de regel kunnen vonnissen gewezen krachtens het vroegere recht niet in het geding worden gebracht door de toepassing van de nieuwe wet (art. 111 eerste lid Afstammingswet). Een vordering tot onderzoek naar het vaderschap die krachtens opgeheven of gewijzigde regels is afgewezen bij een in kracht van gewijsde gegane beslissing, vormt luidens artikel 111 tweede lid Afstammingswet echter geen beletsel voor het instellen van een nieuwe vordering tot vaststelling van de afstamming onder de voorwaarden bepaald in de nieuwe wet, evenwel zonder dat daaruit enig recht voor het verleden kan volgen.

Zo zal een vordering tot onderzoek naar het vaderschap die onder de vroegere wetgeving werd afgewezen krachtens artikel 342*a* (oud) B.W. op grond van het feit dat het kind in overspel was verwekt, na 6 juni 1987 opnieuw kunnen worden ingesteld, nu de Afstammingswet het principiële verbod tot vaststelling van het overspelig vaderschap heeft afgeschaft. Evenzeer zal de vordering opnieuw kunnen worden ingesteld indien ze onder gelding van het oude recht werd afgewezen wegens de *exceptio plurium* of wegens de exceptie van kennelijk wangedrag, nu de Afstammingswet ook artikel 340*d* (oud) B.W. heeft opgeheven (Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 165).

Daarentegen is het niet mogelijk een vordering tot gerechtelijke vaststelling van vaderschap opnieuw in te stellen indien de in kracht van gewijsde gegane beslissing deze vordering onder gelding van het oude recht heeft afgewezen op een grond die ook onder het nieuwe recht bestaat, bv. wanneer de beslissing gesteund was op een bloedonderzoek waaruit bleek dat de verweerder niet de biologische vader is.

De bedoeling van de wetgever bestond erin de eiser alle kansen te geven die hij zou hebben gehad indien hij voor het eerst een vordering zou hebben ingesteld onder de nieuwe wet en niet onder de vroegere wet, noch min, noch meer (Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 165-166).

3. Er was op 6 juni 1987 nog geen vordering ingesteld

514 Uit artikel 107 Afstammingswet en uit de artikel 115 Afstammingswet kan – respectievelijk logisch en *a fortiori* – worden afgeleid dat het de nieuwe wet is die bepaalt welke feiten moeten worden bewezen opdat de vordering tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap gegrond zou kunnen worden verklaard.

§ 5. Procedureregels

A. TITULARISSEN VAN DE VORDERING (ART. 332*TER* EERSTE EN TWEEDE LID B.W.)

515 De vordering tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap is een rechtsvordering tot inroeping van staat die door de wet werd voorbehouden aan welbepaalde personen. Krachtens artikel 332*ter* eerste B.W. kan deze vordering worden ingesteld
- door het kind; en
- door elk van zijn ouders persoonlijk.

Na het overlijden van het kind, kan de vordering worden ingesteld door de afstammelingen van het kind, die dat evenwel enkel kunnen doen vóór de vijfentwintigste verjaardag van hun ouder (art. 332*ter* tweede lid B.W.), *i.e.* het kind.

516 Het Openbaar Ministerie heeft alleszins geen vorderingsrecht (P. SENAEVE, *Compendium*, 333, nr. 852).

Tegen een vorderingsrecht voor de procureur des Konings werden tijdens de parlementaire voorbereiding bezwaren geuit. Een hoedanigheid van eiser, gecombineerd met een adviesfunctie (art. 764, 1° Ger. W.) in hoofde van het Openbaar Ministerie werd niet aanvaardbaar geacht (Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 120).

1. Het kind of diens afstammelingen

a. Het kind is nog in leven

517 Uiteraard kan het onderzoek naar het vaderschap worden gestart door het kind zelf (art. 332*ter* eerste lid B.W.).

De rechtsvordering van het kind houdt noodzakelijk een moreel belang in en slaat niet alleen op materiële belangen, welke de beweegredenen voor die rechtsvordering ook mogen zijn (Cass. 10 november 1977, *Arr. Cass.* 1978, 303 en *Pas.* 1978, I, 289, noot).

b. Het kind is overleden

(i) Inleiding van de vordering door zijn afstammelingen

518 Na het overlijden van het kind kan de vordering tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap worden ingesteld door de afstammelingen van het overleden kind, maar zij kunnen de vordering enkel instellen vóór de vijfentwintigste verjaardag van hun ouder (*i.e.* het overleden kind) (art. 332*ter* tweede lid B.W.). Deze afstammelingen moeten de vordering dus inleiden vooraleer hun ouder vijfentwintig jaar zou zijn geworden indien hij niet was overleden.

Indien er meerdere afstammelingen zouden zijn, volstaat het dat één van hen in rechte optreedt.

Voor alle duidelijkheid moet worden opgemerkt dat enkel "afstammelingen" de vordering kunnen inleiden, geen (andere) "erfgenamen" van het overleden kind. De vraag of het vorderingsrecht van de ouders vervalt na het overlijden van het kind, wordt verder in dit werk – positief – beantwoord (zie verder, nr. 528).

(ii) Voortzetting van de vordering door erfgenamen

519 Erfgenamen kunnen de reeds begonnen rechtsvorderingen tot onderzoek naar het vaderschap voortzetten, tenzij de (overleden) verzoeker er uitdrukkelijk afstand van heeft gedaan (art. 331*quinquies* B.W.).
Door deze regel wordt geen afbreuk gedaan aan het strikt persoonlijk karakter van de afstammingsrelatie; de afstammingsvordering werd immers door de titularis initieel persoonlijk ingesteld.

520 In artikel 331*quinquies in fine* B.W. wordt verkeerdelijk verwezen naar de afstand van de begonnen rechtsvordering. Het is duidelijk dat enkel een afstand van geding bedoeld kan zijn (zie eveneens D. PIRE, "Aspects de droit judiciaire relatifs à la filiation", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, (53) 75). Luidens artikel 331*quater* B.W. kan van het vorderingsrecht betreffende de afstamming immers niet worden afgezien (zie tevens art. 823 Ger. W., hetgeen bepaalt dat afstand van rechtsvordering slechts mogelijk is met betrekking tot een recht dat mag worden prijsgegeven en waarover een partij kan beschikken); bovendien kan men niet beschikken over de staat van personen (D. PIRE, "Aspects de droit judiciaire relatifs à la filiation", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, (53) 75; H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité*, II/2, 105, nr. 91).
Reeds onder het oude afstammingsrecht heeft het Hof van Cassatie dit principe bevestigd in een zaak die de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap betrof.

Het hof besliste dat het kind niet rechtsgeldig afstand kan doen van zijn rechtsvordering tot onderzoek naar het buitenhuwelijks vaderschap die de wet aan het buitenhuwelijks kind toekent, nu deze vordering betrekking heeft op de staat van de personen en bijgevolg op de openbare orde (Cass. 10 november 1977, *Arr. Cass.* 1978, 303 en *Pas.* 1978, I, 289, noot).

521 De uitdrukkelijke afstand van geding veronderstelt een akte die aan de tegenpartij betekend wordt, indien deze de afstand niet vooraf heeft aangenomen (art. 824 Ger. W.). Omwille van het feit dat de erfgenamen vanuit die hoedanigheid geen persoonlijk initiatiefrecht hebben inzake de afstammingsvorderingen van hun erflater, mag worden aangenomen dat zij het geding niet kunnen voortzetten wanneer er een akte van afstand bestaat, maar deze tijdens het leven van de verzoeker niet is betekend of niet is aangenomen door de verweerder (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 331*quinquies* B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 2-3, nr. 3).

Afstand van geding heeft niet tot gevolg dat het recht zelf wordt prijsgegeven (art. 820 tweede lid Ger. W.). Een mogelijk gevolg zou wel kunnen zijn dat het recht niet meer kan worden uitgeoefend, bv. na het overlijden van de eiser of door verjaring.

522 Ondanks een afstand door de overleden verzoeker, kunnen erfgenamen uitzonderlijk toch zelf ageren, indien ze een eigen recht hebben op basis van artikel 332*ter* tweede lid B.W.

Dit is bv. het geval wanneer een kind op 24-jarige leeftijd sterft na afstand te hebben gedaan van de ingestelde rechtsvordering tot inroeping van staat. In die hypothese hebben zijn eigen kinderen (tevens zijn erfgenamen) het recht diezelfde vordering opnieuw in te stellen vóór de vijfentwintigste verjaardag van hun ouder, dit echter in hun hoedanigheid van afstammelingen (E. VIEUJEAN, "Le nouveau droit de la filiation", *Ann. dr. Liège*, 1987, (97) 128, nr. 38; zie eveneens D. PIRE, "Aspects de droit judiciaire relatifs à la filiation", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, (53) 76 en voetnoot 66, die deze laatste nuancering ten onrechte niet maakt).

2. De ouders van het kind

523 De vordering tot onderzoek naar het vaderschap kan als rechtsvordering tot inroeping van staat worden ingesteld door elk van de ouders van het kind persoonlijk (art. 332*ter* eerste lid *in fine* B.W.).

a. De moeder

524 Het is duidelijk dat de moeder – als ouder van het andere geslacht – persoonlijk het recht heeft een vordering tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap t.a.v. haar kind in te stellen (G. BAETEMAN, *Overzicht*, 629, nr. 1019; zie ook A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 332*ter* B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 2, nr. 1).

b. De (ex-)echtgenoot van de moeder

525 In het geval dat een man een kind heeft verwekt bij een gehuwde vrouw (hypothese van art. 323 B.W.) moet ons inziens ook worden aanvaard dat de (ex-)echtgenoot van de moeder die vader is o.g.v. de vaderschapsregel (art. 315-317 B.W.) de gerechtelijke vaststelling van de afstamming van de biologische vader kan vorderen. Hij is immers de juridische vader en dus ouder van het kind in de zin van artikel 332*ter* eerste lid B.W.

Wordt zijn vordering tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap gegrond verklaard, dan vervalt zijn eigen vaderschap dat vaststaat o.g.v. artikel 315 of 317 B.W. retroactief (zie verder, nr. 1016).

De gewezen echtgenoot van de moeder wiens vaderschap eerder al succesvol werd betwist via een procedure o.g.v. artikel 318 B.W. is uiteraard geen titularis van het vorderingsrecht, aangezien hij niet meer als juridische vader kan worden beschouwd na het in kracht van gewijsde treden van het vonnis of arrest dat de betwistingsvordering gegrond verklaarde.

c. De beweerde vader

526 De vraag of de man die beweert vader van het kind te zijn zelf een vordering tot vaststelling van zijn vaderschap kan instellen, wordt niet eensluidend beantwoord. De woorden "elk van zijn ouders persoonlijk" hebben aanleiding gegeven tot uiteenlopende standpunten in de rechtsleer.

– Een meerderheidsstrekking is van oordeel dat uitsluitend het kind en de moeder de vordering tot onderzoek naar het vaderschap kunnen instellen (G. BAETEMAN, *Overzicht*, 629, nr. 1019; A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 332*ter* B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 2, nr. 1; P. SENAEVE, *Compendium*, 333, nr. 852). Met "ouders" in de zin van artikel 332*ter* eerste lid B.W. worden dan enkel de juridische ouders bedoeld; de "persoon" wiens vaderschap wordt onderzocht – en die in het geding moet worden geroepen – is geen "ouder" (vgl. art. 332*ter* derde lid B.W.).

– Toch wijzen de bewoordingen van artikel 332*ter* eerste lid B.W "door *elk* (eigen cursivering) van zijn ouders persoonlijk" ons inziens in een andere richting: ook de vermeende vader bezit wel degelijk een vorderingsrecht in geval van onderzoek naar het vaderschap (in dezelfde zin, hoewel ten onrechte als louter theoretische mogelijkheid beschouwd: J. MELLAERTS, "Afstammingsgeschillen: een procesrechtelijke benadering", *T.P.R.* 1991, (1139) 1145, nr. 7).

Dat de beweerde vader geen juridische ouder is op het ogenblik van de inleiding van de vordering, lijkt ons geen sterk argument voor de stelling dat hij het onderzoek naar het vaderschap niet zelf kan starten. Inzake erkenning spreekt de wet immers eveneens over de "vader" (art. 319 § 1 B.W.), ook al wordt daarmee zonder enige twijfel de beweerde vader bedoeld die slechts juridische vader van het kind zal worden op het ogenblik dat zijn erkenning definitief is.

527 De mogelijkheid dat de beweerde vader zijn eigen vaderschap gerechtelijk wil laten vaststellen is niet louter theoretisch. Ook al kan hij steeds overgaan tot – vrijwillige – erkenning van zijn kind, toch is het denkbaar dat een man zijn juridisch vaderschap slechts wil opnemen voor zover een door de rechtbank – in het raam van een onderzoek naar het vaderschap – bevolen deskundigenonderzoek heeft uitgewezen dat hij de biologische vader van het kind is (in die zin: J. GERLO, *Handboek Personen- en familierecht*, 22, nr. 46). Bovendien kan een vaderlijke erkenning door iedere belanghebbende worden betwist (art. 330 § 1 eerste lid B.W.), terwijl de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap enkel via derdenverzet kan worden bestreden (art. 331*decies* eerste lid B.W; zie verder, nr. 1159 e.v.). Hieruit blijkt dat het onderzoek naar het vaderschap leidt tot een standvastiger wijze van vaststelling van de afstamming.

528 Een ander twistpunt betreft de vraag of na het overlijden van het kind de rechtsvordering van de ouders (de moeder, haar (ex-)echtgenoot (in voorkomend geval) en de beweerde vader) al dan niet vervalt.
Artikel 332*ter* B.W. kan immers op verschillende manieren gelezen worden.

Een eerste – strikte – interpretatie, gesteund op de letterlijke tekst van artikel 332*ter* tweede lid B.W., leidt tot de vaststelling dat alleen de afstammelingen van het kind nog kunnen overgaan tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap na het (vroegtijdig) overlijden van het kind, indien zij de vordering instellen vóór de vijfentwintigste verjaardag van hun ouder, *i.e.* het kind.

Volgens een tweede – mediane – interpretatie kan de moeder de vordering tot gerechtelijke vaststelling van vaderschap inleiden, maar enkel in de hypothese dat het overleden kind afstammelingen heeft (vgl. art. 328 tweede lid B.W. i.v.m. de erkenning) (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 332*ter* B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 2, nr. 2; deze auteurs aanvaarden blijkbaar niet dat de ex-echtgenoot en de beweerde vader de vordering kunnen instellen). Nu artikel 332*ter* derde lid B.W. bepaalt dat de vordering op zodanige wijze moet worden ingesteld "dat het kind *of* (eigen cursivering) zijn afstammelingen (...) in het geding worden geroepen", kan worden verdedigd dat de term "afstammelingen" betrekking heeft op het geval dat de vordering tegen de afstammelingen is ingesteld, wat meteen impliceert dat de vordering door een ouder is ingeleid.

In een derde – ruime – interpretatie kan de moeder (evenals haar ex-echtgenoot en de beweerde vader) de vordering instellen tegen de erfgenamen van het zonder afstammelingen overleden kind (argument ex art. 332*quater* B.W., dat betrekking heeft op de hypothese waarin een van de personen die moeten worden gedagvaard overleden is).

Wij menen dat een strikte interpretatie de voorkeur verdient, hetgeen inhoudt dat de moeder, haar (ex-)echtgenoot en de beweerde vader na het overlijden van het kind niet meer gerechtigd zijn om het vaderschap gerechtelijk te doen vaststellen. Deze oplossing vindt steun in de duidelijke tekst van artikel 332*ter* tweede lid B.W., dat precies in de hypothese dat het kind overleden is enkel de afstammelingen vernoemt (*Interpretatio cessat in claris*). Bovendien, mocht men niet aanvaarden dat er sprake is van een verval van vorderingsrecht in hoofde van de ouders, dan leidt dit standpunt tot de onlogische conclusie dat bv. de moeder na het overlijden van haar kind – in de hypothese dat de dertigjarige termijn uit artikel 331*ter* B.W. is beginnen lopen vanaf de geboorte (zie verder, nr. 535 e.v.) – nog vijf jaar de tijd heeft om de vordering tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap eventueel ten behoeve van haar kleinkinderen in te stellen, terwijl deze laatsten dit zelf niet meer zouden kunnen, gelet op het feit dat zij moeten ageren vóór de vijfentwintigste verjaardag van hun ouder (het overleden kind). Ten slotte kan de onontvankelijkheid van de vordering tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap over een zonder afstammelingen overleden kind worden verdedigd (argument naar analogie met art. 328 tweede lid B.W. *a contrario*: de erkenning van een overleden kind is – strikt wettelijk – enkel toegelaten indien dit afstammelingen heeft nagelaten, al moet worden vastgesteld dat een duidelijke wettekst in het raam van het onderzoek naar het vaderschap ontbreekt).

3. *Overgangsrecht*

529 Uit artikel 107 eerste lid Afstammingswet volgt dat al degenen die volgens de nieuwe wet titularis zijn van de vordering, maar enkel zij, het vorderingsrecht ook hebben t.a.v. kinderen die werden geboren vóór 6 juni 1987.

Onder het vroegere recht was alleen het kind titularis van een dergelijke vordering (zie art. 341*b* eerste lid (oud) B.W.). Na zijn overlijden kon deze vorde-

ring door de afstammelingen van het kind worden voortgezet, maar enkel voor zover dezen de hoedanigheid van erfgenaam hadden (R. VANCRAENENBROECK, "Overgangsbepalingen", in G. BAETEMAN (ed.), *Afstamming en adoptie*, Brussel, E. Story-Scientia, 1987, 450, nr. 684). Nu kunnen ook de moeder, de man wiens vaderschap vaststaat o.g.v. de vaderschapsregel en de beweerde vader in eigen naam de vordering tot onderzoek naar het vaderschap instellen (art. 332*ter* eerste lid B.W.).

Uit artikel 119 § 1 Afstammingswet, dat alleen het tweede lid – en dus niet het eerste lid (waarin de ouders zijn opgenomen) – van artikel 332*ter* B.W. van toepassing verklaart op de rechtvorderingen die nog niet zijn ingesteld op 6 juni 1987, zou *a contrario* het tegendeel kunnen worden afgeleid. De parlementaire voorbereiding verduidelijkt echter dat deze *a contrario* -redenering niet aan de wil van de wetgever beantwoordt. In de Kamercommissie werden m.b.t. het uiteindelijke artikel 119 Afstammingswet "technische correcties" (Verslag kamercommissie, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 378/16, 83) doorgevoerd ten opzichte van de in de Senaatscommissie aangenomen tekst. Het daar aangenomen toenmalige artikel 110 Afstammingswet bevatte een verwijzing naar het toenmalige artikel 332b eerste lid B.W., dat finaal artikel 332*ter* eerste lid B.W. is geworden (zie Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 122 *j°* 180).

In elk geval kan deze vordering na het overlijden van het kind nu ook worden ingesteld door diens afstammelingen indien zij dit doen vóór de vijfentwintigste verjaardag van hun ouder (*i.e.* "het kind") (zie art. 119 § 1 Afstammingswet, dat art. 332*ter* tweede lid B.W. mede van toepassing verklaart op de rechtsvorderingen die nog niet zijn ingesteld op 6 juni 1987).

530 Uit artikel 119 § 3 Afstammingswet kan *a contrario* worden afgeleid dat de erfgenamen van het beweerde wettig kind, die vóór 6 juni 1987 de rechtsvordering tot inroeping van staat van hun rechtsvoorganger konden instellen indien het kind was overleden tijdens zijn minderjarigheid of binnen vijf jaar na zijn meerderjarigheid (art. 329 (oud) B.W.), dit recht op 6 juni 1987 hebben verloren. Zij kunnen enkel een reeds vóór de inwerkingtreding van de Afstammingswet ingestelde rechtsvordering voortzetten (art. 119 § 3 *in fine* Afstammingswet) (J. HERBOTS, "Het overgangsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, 331, nr. 468).

B. TERMIJN (ART. 331*TER* B.W.)

531 Wanneer de wet geen kortere termijn stelt, verjaren de vorderingen betreffende de afstamming door verloop van 30 jaar. Voor vorderingen tot inroeping van staat – zoals het onderzoek naar het vaderschap – moet die termijn worden gerekend vanaf de dag waarop het kind de staat die hij inroept is ontzegd (art. 331*ter* B.W.).
Hieronder wordt vooreerst de juridische aard (1) en het vertrekpunt (2) van deze termijn ontleed en wordt vervolgens ingegaan op problemen van overgangsrecht i.v.m. de termijn om de vordering tot de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap van een buiten het huwelijk geboren kind in te stellen (3).

1. Juridische aard

532 De rechtsleer is zeer verdeeld over de vraag of de in artikel 331*ter* B.W. bedoelde termijn van 30 jaar een verjaringstermijn of een vervaltermijn is. Het praktisch belang van deze kwestie is groot: een verjaringstermijn kan gestuit of geschorst worden; een vervaltermijn niet.

Een minderheid onder de auteurs meent dat het om een vervaltermijn gaat, op basis van:

– een passus uit het verslag van de Kamercommissie: "De regering [bij monde van de Minister van Justitie] verduidelijkt dat artikel 2252 B.W., dat voorziet in de schorsing van de verjaringstermijnen tijdens de minderjarigheid, hier niet geldt" (Verslag kamercommissie, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 378/16, 52; zie J. GERLO, "De afstamming langs moederszijde en vaderszijde", in G. BAETEMAN (ed.), *Afstamming en adoptie*, Brussel, E. Story-Scientia, 1987, 105, nr. 115; J. GERLO en G. TRAEST, "De vaststelling van de afstamming", *T.P.R.* 1987, (1051) 1090, nr. 34; M.-Th. MEULDERS-KLEIN, "L'établissement et les effets personnels de la filiation selon la loi belge du 31 mars 1987", *Ann. dr. Louvain* 1987, (213) 232-233, nr. 36; vgl. nochtans de bijdrage van dezelfde auteur m.b.t. het oorspronkelijke wetsontwerp – dat op dit punt ongewijzigd bleef – waarin gepleit werd voor een verjaringstermijn: " La réforme du droit de la filiation en Belgique", *Rev. trim. dr. fam.* 1979, (5) 41, nr. 69; E. VIEUJEAN, "Le nouveau droit de la filiation", *Ann. dr. Liège* 1987, (97) 129, nr. 39; zie ook C. PANIER, "Problèmes de droit judiciaire relatifs à la filiation", in X (ed.), *La filiation et l'adoption*, Brussel, Ed. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1988, 103, nr. 39, die toegeeft dat deze interpretatie moeilijk verenigbaar is met de letter van de wet en de lengte van de termijn, maar er toch van overtuigd is dat een dertigjarige vervaltermijn – als compromisoplossing – de wil van de wetgever het meest benadert; zie tevens J. VAN COMPERNOLLE, "Aspects judiciaires des actions relatives à la filiation", *Ann. dr. Louvain* 1987, (319) 330, hoewel deze laatste auteur in het midden laat of het om een vervaltermijn dan wel om een verjaringstermijn gaat);

– de vervaltermijn uit het vroegere afstammingsrecht, vastgelegd in het oude artikel 341*b* B.W., waarin was bepaald dat de rechtsvordering tot inroeping van staat niet later dan vijf jaren na de meerderjarigheid van het kind kon worden ingesteld; was er evenwel bezit van staat, dan werd deze termijn verlengd tot het einde van het jaar dat volgt op het overlijden van de beweerde ouder (zie E. VIEUJEAN, "Conclusion", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, II, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, 484, die opmerkt dat vóór de Afstammingswet deze termijn van 26 jaar, verlengbaar in geval van bezit van staat, zonder twijfel werd gekwalificeerd als een vervaltermijn, terwijl men twijfelt aan die kwalificatie voor de termijn van artikel 331*ter* B.W., die slechts vier jaar langer is en niet verlengbaar is door bezit van staat);

– artikel 2226 B.W., dat zonder uitzondering bepaalt dat men door verjaring de eigendom niet kan verkrijgen van zaken die buiten de handel zijn (zie hierover, naar Frans recht: R. SAVATIER, "Parenté et prescription civile", *Rev. trim. dr. civ.* 1975, (1), 2, nr. 1);

– de aanvang van artikel 331*ter* B.W.: "Wanneer de wet geen kortere termijn stelt..."; telkens de wet een kortere termijn stelt, gaat het duidelijk om een vervaltermijn (art. 332, 332*ter* tweede lid en 319 § 4 derde lid B.W.); er is geen reden om in het afstammingsrecht in de regel met een verjaringstermijn te werken en, bij wijze van uitzondering, met een vervaltermijn (J. GERLO, *Handboek Personen- en familierecht*, 23, nr. 49).

Een meerderheidsstrekking in de rechtsleer is echter van oordeel dat het om een verjaringstermijn gaat, op basis van:

– de duidelijke wettekst, die het heeft over "verjaren", waartegen een verklaring van de Minister van Justitie tijdens de voorbereidende werkzaamheden niet kan opwegen (zie P. SENAEVE, "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 57, nr. 86; G. BAETEMAN, "De

vaststelling van de afstamming van vaderszijde en moederszijde", *T.B.B.R.* 1987, (10) 24, nr. 39; J. DE GAVRE, "Réflexions sur la prescription des actions en matière de la filiation", *Rev. trim. dr. fam.* 1991, (465) 471-472, nr. 8; J. MELLAERTS, "Afstammingsgeschillen: een procesrechtelijke benadering", *T.P.R.* 1991, (1139) 1150, nr. 20; H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité*, II/2, 945, nr. 993, voetnoot 2);

– de regel *Specialia generalibus derogant*, die artikel 2226 B.W. buitenspel zet (P. SENAEVE, "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 57-58, nr. 86);

– de duur van de termijn, die dezelfde is als de dertigjarige verjaringstermijn (voor zakelijke rechtsvorderingen) uit artikel 2262 B.W., terwijl een vervaltermijn doorgaans korter is (zie H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité*, II/2, 945, nr. 993, voetnoot 2; *anders*: J. DE GAVRE, "Réflexions sur la prescription des actions en matière de la filiation", *Rev. trim. dr. fam.* 1991, (465) 472, voetnoot 16: deze auteur betwist de juistheid van dit argument en merkt op dat indien de termijn een verjaringstermijn zou zijn, in dat geval – bij gebrek aan uitdrukkelijke andersluidende bepaling (de voorbereidende werken zijn in dit opzicht onvoldoende) – art. 2252 B.W. van toepassing moet zijn; zie eveneens J. DALCQ, "La réforme du droit de la filiation", *J.T.* 1987, (393) 399, nr. 29);

– de aanvang van artikel 331*ter* B.W.: de gevallen waarin de wet "een kortere termijn" stelt worden uitgesloten, niet de gevallen waarin de wet de vordering onderwerpt aan "een kortere verjaring", waardoor meteen het verschil tussen een vervaltermijn en een verjaringstermijn tot uiting komt (P. SENAEVE, "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 57, nr. 86; zie voor het Franse recht: D. HUET-WEILLER, noot onder Cass. (Fr). 10 januari 1990, *D.* 1990, 194);

– het rechtsvergelijkend argument: artikel 331*ter* B.W. is een overname van artikel 311-7 C.c.: "Toutes les fois qu'elles ne sont pas enfermées par la loi dans des termes plus courts, les actions relatives à la filiation se prescrivent par trente ans à compter du jour où l'individu aurait été privé de l'état qu'il réclame, ou a commencé à jouir de l'état qui lui est contesté"; het Franse Hof van Cassatie heeft uitdrukkelijk beslist dat deze 30-jarige termijn een verjaringstermijn is (Cass. (Fr). 10 januari 1990, *D.* 1990, 193, noot D. HUET-WEILLER), met alle gevolgen vandien (zie tevens P. SENAEVE, "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 58, nr. 87 met verwijzingen).

De lege ferenda is het alleszins wenselijk dat de wetgever op een ondubbelzinnige wijze de juridische aard van de termijn, bepaald in artikel 331*ter* B.W., zou vaststellen (in deze zin: J.-P. MASSON, "La prescription", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, (35) 48 met voetnoot 38; zie ook N. MASSAGÉ, "La prescription de l'action en recherche de paternité", (noot onder Rb. Brussel 12 januari 1993), *Rev. not. b.* 1994, (59) 84-85, nr. 23).

533 Verwant met de vraag naar de aard van de termijn uit artikel 331*ter* B.W. is de vraag of de verjaring wordt geschorst tijdens de minderjarigheid van het kind. Uit artikel 2252 B.W. kan worden afgeleid dat de verjaring principieel niet loopt tegen minderjarigen, hetgeen een schorsing tijdens de minderjarigheid impliceert.

Zoals vermeld heeft de regering luidens een passus uit het verslag van de Kamercommissie verduidelijkt dat artikel 2252 B.W. hier niet geldt (Verslag kamercommissie, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 378/16, 52).
Waar artikel 2252 B.W. bepaalt dat de verjaring niet loopt tegen minderjarigen en onbekwaamverklaarden (...) "met uitzondering van de bij de wet bepaalde gevallen", moeten deze gevallen niet noodzakelijk in een uitdrukkelijke wetsbepaling vastgelegd zijn; het is voldoende dat de wil

van de wetgever om af te wijken van de regel van de schorsing van de verjaring volgt uit het voorwerp of het oogmerk van de wet die een bijzondere verjaring instelt (Cass. 1 juni 1995, *Arr. Cass.* 1995, 561 en *Pas.* 1995, I, 583 en Cass. 21 april 1961, *Pas.* 1961, I, 896 en *J.T.* 1961, 668 (telkens in verzekeringszaken)).

De rechtsleer is het echter oneens over de werkelijke bedoeling van de wetgever.

Volgens één strekking was het duidelijk de bedoeling van de wetgever om de mogelijkheid van schorsing van de termijn tijdens de minderjarigheid uit te sluiten (J. GERLO, *Handboek Personen- en familierecht*, 23, nr. 50; zie ook A. VAN OEVELEN, "Algemeen overzicht van de bevrijdende verjaring en de vervaltermijnen in het Belgische privaatrecht", *T.P.R.* 1987, (1755) 1780, nr. 22, die pleit voor een verjaringstermijn, maar niet uitsluit dat die termijn niet wordt geschorst tijdens de minderjarigheid van de titularis; J. VAN COMPERNOLLE, "Aspects judiciaires des actions relatives à la filiation", *Ann. dr. Louvain* 1987, (319) 330 en voetnoot 22; E. VIEUJEAN, "Conclusion", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, II, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, 485; vgl. R. SAVATIER, "Parenté et prescription civile", *Rev. trim. dr. civ.* 1975, (1) 10, nr. 13).

Een andere groep auteurs is van oordeel dat de verjaringstermijn uit artikel 331*ter* B.W. wel degelijk geschorst wordt tijdens de minderjarigheid van het kind, overeenkomstig artikel 2252 B.W. (zie G. BAETEMAN, *Overzicht*, 592, nr. 951 (inzake de gerechtelijke vaststelling van het moederschap); G. BAETEMAN, "De vaststelling van de afstamming van vaderszijde en moederszijde", *T.B.B.R.* 1987, (10) 24, nr. 39; Y.-H. LELEU, "Le droit transitoire de la prescription de actions relatives à la recherche de filiation adultérine", (noot onder Rb. Brussel 12 januari 1993 en onder Rb. Brussel 20 februari 1990), *J.T.* 1993, (845) 847, nr. 10; N. MASSAGÉ, "La prescription de l'action en recherche de paternité", (noot onder Rb. Brussel 12 januari 1993), *Rev. not. b.* 1994, (59) 84-85, nr. 23; J. MELLAERTS, "Afstammingsgeschillen: een procesrechtelijke benadering", *T.P.R.* 1991, (1139) 1147, nr. 19 *a) in fine*; S. MOSSELMANS, "Vóór 6 juni 1987 geboren overspelige kinderen en hun onderzoek naar het overspelig vaderschap", (noot onder Cass. 19 september 1997), *R.W.* 1998-99, (436) 439, nr. 10).
Het Franse Hof van Cassatie heeft uitdrukkelijk in dezelfde zin beslist: "Attendu que la prescription de trente ans instaurée par l'article 311-7 C.C. pour les actions relatives à la filiation est soumise au droit commun de sorte que *son cours est suspendu pendant la minorité des intéressés* (eigen cursivering)" (Cass. (Fr). 10 januari 1990, *D.* 1990, 193, noot D. HUET-WEILLER).

Een passus uit de voorbereidende werkzaamheden in tegengestelde zin weegt ons inziens niet op tegen een duidelijke wettekst van artikel 331*ter* B.W. die spreekt over "verjaren" en de ontstentenis van uitdrukkelijke wettelijke bepaling of duidelijke wil van de wetgever om de termijn niet te schorsen tijdens de minderjarigheid, zodat moet worden aangenomen dat artikel 2252 B.W. van toepassing is in afstammingszaken en dat de verjaring niet loopt tegen minderjarigen.

De Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen bevestigde deze visie en overwoog in een vonnis uitdrukkelijk dat "ten aanzien van het kind zelf de loop van de verjaringstermijn geschorst wordt tijdens zijn minderjarigheid (art. 2252 B.W.), waarvan niet wordt afgeweken in het afstammingsrecht" (Rb. Antwerpen 15 november 1996, *R.W.* 1997-98, (856) 857). Dit vonnis werd in hoger beroep bevestigd (Antwerpen 1 oktober 1997, *T.B.B.R.* 1999, 60). In de gevallen waar de rechtspraak uitging van een verjaringstermijn, werd evenwel niet altijd toepassing van artikel 2252 B.W. gemaakt (zie bv. Rb. Brussel 8 april 1988, *T.B.B.R.* 1989, 263 en Rb. Brussel 20 februari 1990, *J.T.* 1993, 844).

534 Het feit dat de verjaringstermijn uit artikel 331*ter* B.W. wordt geschorst tijdens de minderjarigheid is betreurenswaardig vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid. Het leidt immers tot verschillende maximumtermijnen – ge-

rekend vanaf de geboorte van het kind – om de vordering tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap in te stellen naargelang de titularis:
– 30 jaar indien de vordering wordt ingeleid door een ouder (art. 331*ter* B.W.);
– 48 jaar indien de vordering wordt ingeleid door het kind (30 jaar o.b.v. art. 331*ter* B.W. plus 18 jaar schorsing van de termijn ingevolge art. 2252 B.W.);
– 25 jaar indien de vordering wordt ingeleid door de afstammelingen van het kind, na diens overlijden (art. 332*ter* tweede lid B.W.).

2. Vertrekpunt

535 Artikel 331*ter* B.W. bepaalt voor de vorderingen tot inroeping van staat dat wanneer de wet geen kortere termijn stelt, deze vorderingen betreffende de afstamming verjaren "door verloop van 30 jaar te rekenen vanaf de dag waarop het kind de staat die hij inroept is ontzegd".

Ook op het vlak van het exacte vertrekpunt van de verjaringstermijn is de wettekst dus geen toonbeeld van duidelijkheid.

a. De dag waarop het kind de staat die hij inroept is ontzegd

536 Door verschillende commentatoren werd kort na de invoering van de Afstammingswet beweerd dat het vertrekpunt van de termijn steeds de geboortedag van het kind was.

Zie o.m. G. BAETEMAN, "De vaststelling van de afstamming van moederszijde en vaderszijde", *T.B.B.R.* 1987, (10) 24, nr. 39; A. HEYVAERT, "De afstamming langs vaderszijde buiten het huwelijk", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1987, 156, nr. 213; P. SENAEVE, "De afstamming langs moederszijde", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1987, 50, nr. 41; M.-Th. MEULDERS-KLEIN, "La réforme du droit de filiation en Belgique", *Rev. trim. dr. fam.* 1979, (5) 41, nr. 70.
In die optiek zou het kind t.o.v. de vermeende vader tegen wie het onderzoek werd ingesteld nooit de "staat" hebben gehad die wordt ingeroepen. Het doet er dan niet toe of het kind t.a.v. de vermeende vader bezit van staat heeft gehad (zie Rb. Brussel 8 april 1988, *T.B.B.R.* 1989, (263) 264-265).

537 Deze interpretatie werd gaandeweg verlaten ten voordele van een visie die ook rekening houdt met het bezit van staat van het kind t.o.v. zijn vermeende vader: wanneer artikel 331*ter* B.W. bepaalt dat vorderingen betreffende de afstamming verjaren door verloop van dertig jaar te rekenen van de dag waarop het kind de staat die hij inroept is ontzegd, dan wil dit zeggen vanaf de dag van de geboorte of vanaf de dag dat, na de geboorte, het kind heeft opgehouden bezit van staat te hebben t.a.v. de beweerde vader.

Deze nieuwe zienswijze werd initieel ontwikkeld door DE GAVRE (zie J. DE GAVRE, "Réflexions sur la prescription des actions en matière de la filiation", *Rev. trim. dr. fam.* 1991, (465) 466, nr. 3) en nadien door verschillende andere auteurs onderschreven (zie G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, V. DE SAEDELEER en K. JACOBS, "Overzicht van rechtspraak. Personen- en familierecht (1988-1994)", *T.P.R.* 1994, (2073) 2254-2255, nr. 374; N. MASSAGÉ, "La prescription de l'action en recherche de paternité", (noot onder Rb. Brussel 12 januari 1993), *Rev. not. b.*

1994, (59) 73-79, nrs. 15-19; Y.-H. LELEU, "Le droit transitoire de la prescription de actions relatives à la recherche de filiation adultérine", (noot onder Rb. Brussel 12 januari 1993 en onder Rb. Brussel 20 februari 1990), *J.T.* 1993, (845) 847-848, nrs. 12-15; P. SENAEVE, "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 62-66, nrs. 94-100; A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "B.W. Art 331*ter*", *Comm. Pers.*, 1997, 3, nr. 3).

In de rechtspraak zijn verschillende illustraties van deze zienswijze terug te vinden.

– Zo oordeelde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent dat, aangezien het bezit van staat bij het onderzoek naar het vaderschap een autonome grondslag uitmaakt tot vestiging van de afstamming (art. 324 eerste lid B.W.), dient te worden aangenomen dat de termijn eerst begint te lopen wanneer dit bezit van staat wordt verstoord en dus ophoudt. *In casu* werd aangenomen dat een in 1949 geboren vrouw bezit van staat had t.a.v. haar in 1990 overleden vermeende vader, minstens tot dit overlijden, en dat haar enkele maanden later ingestelde vordering tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap niet verjaard was (Rb. Gent 21 maart 1991, *T.G.R.* 1992, 11).

– In dezelfde zin overwoog de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel dat de dag waarop het kind de staat die hij inroept is ontzegd niet noodzakelijkerwijs de geboortedag van het kind is, maar deze waarop het kind opgehouden heeft bezit van staat te hebben ten aanzien van de vermeende vader. Opgemerkt werd dat de overgangsbepalingen van de Afstammingswet geen bijzondere verjaringstermijn hebben ingesteld voor de vorderingen tot inroeping van staat die werden ingeleid door kinderen die onder gelding van het oude afstammingsrecht geboren zijn. Bijgevolg is de dertigjarige verjaringstermijn uit artikel 331*ter* B.W. van toepassing op de vorderingen die worden ingesteld door overspelige kinderen die geboren werden vóór 6 juni 1987 en begint hij te lopen vanaf de dag waarop het bezit van staat ten aanzien van de vermeende vader is beëindigd (Rb. Brussel 12 januari 1993, *J.T.* 1993, 842, noot Y.-H. LELEU en *Rev. not. b.* 1994, 55, noot N. MASSAGÉ; zie ook Rb. Brussel 20 februari 1990, *T.B.B.R.* 1991, 86, *Pas.* 1990, III, 93 en *J.T.* 1993, 844, waar partijen voorafgaandelijk werd toegestaan een aantal feiten door alle middelen van recht te bewijzen).

– Deze rechtbank proclameerde in een vonnis van latere datum de volgende vuistregel: indien het kind bezit van staat geniet, gaat de dertigjarige termijn pas in op het ogenblik dat dit bezit van staat is beëindigd. Wanneer er geen bezit van staat is, dan begint de verjaringstermijn te lopen vanaf de geboortedag van het kind. De rechtbank oordeelde *in casu* dat het kind vanaf zijn geboorte in 1946 bezit van staat genoot t.a.v. de vermeende vader, zodat zijn in 1994 ingestelde vordering tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap t.a.v. een in 1967 overleden man ontvankelijk was (Rb. Brussel 4 januari 1995, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 674 en *T.B.B.R.* 1995, 501).

– De Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen nam deze regel quasi letterlijk over door te oordelen "dat, indien het kind het bezit van staat geniet ten opzichte van de ouder ten aanzien van wie hij zijn afstamming wenst vast te stellen, de dertigjarige termijn pas begint te lopen vanaf het ogenblik waarop dit bezit van staat is afgebroken" en "dat, ingeval het kind nooit het bezit van staat ten opzichte van die ouder heeft genoten, de dertigjarige termijn begint te lopen vanaf zijn geboorte" (Rb. Antwerpen 15 november 1996, *R.W.* 1997-98, (856) 857, in hoger beroep bevestigd door Antwerpen 1 oktober 1997, *T.B.B.R.* 1999, 50).

Deze interpretatie leidt tot ruime vorderingsmogelijkheden en is duidelijk in het belang van het kind (Y.-H. LELEU, "Le droit transitoire de la prescription des actions relatives à la recherche de filiation adultérine", (noot onder Rb. Brussel 12 januari 1993 en onder Rb. Brussel 20 februari 1990), *J.T.* 1993, (845) 848, nrs. 15 *j°* 17).

b. Nooit vóór de geboorte

538 Een vordering tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap kan niet worden ingesteld vóór de geboorte van het kind en evenmin indien het kind niet levensvatbaar ter wereld is gekomen (P. SENAEVE, *Compendium*, 335, nr. 858). Rechtsvorderingen m.b.t. de afstamming zijn immers luidens artikel 331*bis* B.W. niet ontvankelijk indien het kind niet levensvatbaar geboren is. Deze bepaling is van toepassing op vorderingen tot onderzoek naar het vaderschap (J. SOSSON, "Quelques problèmes judiciaires d'application de la loi du 31 mars 1987", *J.T.* 1990, (301) 303, nr. 13), die worden beschouwd als rechtsvorderingen tot inroeping van staat.

Hoewel een erkenning door een man kan geschieden ten gunste van een verwekt kind, volstaat de verwekking niet voor het instellen van een tegensprekelijke afstammingsvordering zoals de vordering tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap; een niet geboren kind kan overigens geen partij zijn in een rechtsgeding (vgl. *mutatis mutandis* J. GERLO, *Handboek Personen- en familierecht*, 22, nr. 48).

De toepassing van het adagium *Infans conceptus pro jam nato habetur quoties de commodis eius agitur* kan er ook niet toe leiden dat het ongeboren kind een afstammingsrelatie verkrijgt. Een voorwaarde voor de toepasselijkheid van deze rechtsspreuk is immers de geboorte als levensvatbaar kind; zolang het kind niet levensvatbaar is geboren heeft de vordering tot vaststelling van zijn afstamming geen oorzaak en kan de eiser er ook geen belang bij hebben in de zin van de artikelen 17-18 Ger. W. (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 331*bis* B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 1, nr. 1).

De beslissing of een kind al dan niet levensvatbaar geboren is, berust op een appreciatie *in concreto*, die gesteund moet worden op medisch-deskundig advies.

3. Overgangsrecht

539 Het vertrekpunt van de termijn in een overgangsrechtelijke situatie is een specifieke vraag die hieronder wordt beantwoord.

Preliminair moet worden opgemerkt dat de gerechtelijke vaststelling van het buitenhuwelijks vaderschap vóór de inwerkingtreding van de Afstammingswet aan zeer strikte toelaatbaarheidsvoorwaarden was onderworpen.

Onderzoek naar het vaderschap was enkel toegelaten in de volgende gevallen:
1° indien het kind bezit van staat had t.a.v. de vermeende vader;
2° indien gedurende het wettelijk tijdperk der bevruchting hetzij schaking met geweld, list of bedreiging, hetzij willekeurige hechtenis of opsluiting, hetzij verkrachting door de vermeende vader had plaatsgehad (zie art. 340*a* (oud) B.W.).

Het onderzoek naar het vaderschap was niet alleen verboden wanneer bloedschande aan het licht zou komen, maar eveneens wanneer de afstamming van een in overspel verwekt kind zou worden vastgesteld. Voor overspelige kinderen werd dit principieel verbod opgeheven in de – uitzonderlijke – gevallen waarin zij erkend konden worden (zie art. 342*a j°* art. 331 tweede lid (oud) B.W.).

Bovendien kon de vordering tot onderzoek naar het vaderschap niet later dan vijf jaar na de meerderjarigheid van het kind worden ingesteld; indien er bezit van staat was, werd die termijn verlengd tot het einde van het jaar dat volgt op het overlijden van de beweerde vader (art. 341*b* tweede en derde lid (oud) B.W.; zie boven, nr. 462).

Een vorderingsrecht bestond dus, maar de vordering was lang niet algemeen toelaatbaar, gelet op de strikte toepassingsvoorwaarden enerzijds en korte vervaltermijnen anderzijds.

Artikel 119 § 6 Afstammingswet bepaalt dat indien de termijn die vroeger gold voor een rechtsvordering, bij de inwerkingtreding van de Afstammingswet verstreken is, het vorderingsrecht vervallen blijft, zelfs ingeval artikel 331*ter* (of art. 332 vierde lid) B.W. een langere termijn stelt.
Het verjaringsregime voor de vordering tot onderzoek naar het vaderschap over kinderen die werden geboren vóór 6 juni 1987 verschilt naargelang de vordering onder het oude afstammingsrecht al dan niet kon worden toegelaten.

a. Verschillend regime naargelang de toelaatbaarheid van de vordering onder het oude recht

(i) Toelaatbare vorderingen

540 Vorderingen tot onderzoek naar het vaderschap die ook onder het oude afstammingsrecht toelaatbaar waren, kunnen in toepassing van artikel 119 § 6 Afstammingswet niet meer worden ingesteld indien de door de vroegere wetgeving bepaalde (verval)termijn verstreken was op 6 juni 1987. Luidens deze bepaling blijft het vorderingsrecht immers vervallen indien de termijn die vroeger gold voor een rechtsvordering bij de inwerkingtreding van de Afstammingswet verstreken is, zelfs nu artikel 331*ter* B.W. een langere termijn (30 jaar) stelt.

Is de door het vroegere recht bepaalde termijn nog niet verstreken vóór de inwerkingtreding van de Afstammingswet, dan geldt de termijn van het nieuwe artikel 331*ter* B.W., die aanvangt op het ogenblik van de geboorte of, indien het kind bezit van staat heeft, op het ogenblik waarop dit bezit van staat is beëindigd.

(ii) Ontoelaatbare vorderingen

541 Voor vorderingen die onder het oude afstammingsrecht ontoelaatbaar waren, zijn in de rechtspraak en de rechtsleer verschillende oplossingen gesuggereerd.

– Volgens een eerste opvatting dient de termijn, bepaald door het oude artikel 341*b* B.W. te worden toegepast op dergelijke vorderingen, hetgeen impliceert dat artikel 119 § 6 Afstammingswet ook van toepassing is wanneer de door artikel 341*b* (oud) B.W. bepaalde (verval)termijn al

verstreken was op 6 juni 1987 (Brussel 20 februari 1990, *Rev. not. b.* 1990, 402, (andersluidend) adv. J. LOTZ, goedkeurend besproken door J.-P. MASSON, "Examen de jurisprudence (1984-1990). Les Personnes. Deuxième partie. Relations familiales", *R.C.J.B.* 1993, (487) 521, nr. 146, voetnoot 1027; een in 1986 ingeleide vordering tot onderzoek naar het overspelig vaderschap werd ontoelaatbaar geacht). In die optiek zou dus dezelfde overgangsregeling van toepassing zijn als deze voor de vorderingen die onder het oude recht wel toelaatbaar waren.

– Een tweede strekking verdedigt – ons inziens terecht – een andere opvatting: artikel 119 § 6 Afstammingswet kan alleen toepassing vinden op vorderingen die onder het oude afstammingsrecht toelaatbaar waren (P. SENAEVE, "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 73, nr. 119), niet op de te dien tijde ontoelaatbare vorderingen (zie in de rechtspraak bv. Rb. Antwerpen 15 november 1996, *R.W.* 1997-98, 856, bevestigd door Antwerpen 1 oktober 1997, *T.B.B.R.* 1999, 60).

Indien *in concreto* blijkt dat een vordering onder het oude recht niet had kunnen worden ingesteld – bv. omdat de in artikel 340*a* (oud) B.W. opgesomde toelaatbaarheidsvoorwaarden niet voldaan waren, of omdat een bloedschennige, dan wel een overspelige afstammingsband tot uiting zou komen en erkenning onmogelijk was (zie art. 342*a j°* art. 331 tweede lid (oud) B.W.) – kan onmogelijk worden geponeerd dat het vorderingsrecht op 6 juni 1987 "verstreken" is. Artikel 119 § 6 Afstammingswet geldt in dergelijk geval niet.
Op de vorderingen die slechts sedert 6 juni 1987 toelaatbaar geworden zijn, dient dus de dertigjarige termijn uit artikel 331*ter* B.W. te worden toegepast.

542 Ook over het aanvangspunt van deze termijn bestond verdeeldheid.

Zowel in de rechtspraak als in de rechtsleer werd geoordeeld dat artikel 331*ter* B.W. retroactief kon worden toegepast en werd aanvaard dat het beginpunt van de termijn kan vallen vóór de inwerkingtreding van de Afstammingswet.
– Zo werd er besloten dat op een pas sinds de inwerkingtreding van de nieuwe Afstammingswet toegelaten vordering tot onderzoek naar het overspelig vaderschap de nieuwe dertigjarige termijn van artikel 331*ter* B.W. van toepassing is, ook al valt het beginpunt van die termijn vóór 6 juni 1987 (Rb. Brussel 20 februari 1990, *J.T.* 1993, 844; Rb. Brussel 8 april 1988, *T.B.B.R.* 1989, 263; vgl. N. MASSAGÉ, "La prescription de l'action en recherche de paternité", (noot onder Rb. Brussel 12 januari 1993), *Rev. not. b.* 1994, (59) 67-68, nr. 10).
– Volgens VIEUJEAN en MASSON zou de vordering niet meer kunnen worden ingeleid eens de dertigjarige termijn van artikel 331*ter* B.W. verstreken is, zoniet zou aan de Afstammingswet een retroactieve kracht worden toegekend die ze niet heeft (zie J.-P. MASSON, "La prescription", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, (35), 50-51 en E. VIEUJEAN, "Conclusion", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, II, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, 487-489).

Ons inziens moet op een andere wijze toepassing worden gemaakt van het principe dat een nieuwe wet niet terugwerkt in de tijd. De vordering tot onderzoek naar het buitenhuwelijks vaderschap die pas ontstaan is op het ogenblik van de inwerkingtreding van de Afstammingswet onderwerpen aan de verjaringstermijn van artikel 331*ter* B.W. – en deze verjaringstermijn laten starten op het ogenblik van de geboorte van het kind – zou een nieuwe wet een terugwerkende kracht geven waarin de wetgever niet heeft voorzien.

Uit de algemene beginselen inzake overgangsrecht en via een redenering naar analogie met wat in artikel 119 § 2 Afstammingswet is bepaald (inzake vorderingen die krachtens het oude recht niet vatbaar waren voor verjaring)

vloeit voort dat de door artikel 331*ter* B.W. bedoelde termijn slechts kan beginnen lopen vanaf het ogenblik van de inwerkingtreding van de Afstammingswet, tenminste wanneer de geboorte of het verlies van het bezit van staat te situeren zijn vóór deze inwerkingtreding (Y.-H. LELEU, "Le droit transitoire de la prescription des actions relatives à la recherche de filiation adultérine", (noot onder Rb. Brussel 12 januari 1993 en onder Rb. Brussel 20 februari 1990), *J.T.* 1993, (845) 849-850, nrs. 24-29; in dezelfde zin: J. LOTZ, advies voor Brussel 20 februari 1990, *Rev. not. b.* 1990, 402-405; S. MOSSELMANS, "Vóór 6 juni 1987 geboren overspelige kinderen en hun onderzoek naar het overspelig vaderschap", (noot onder Cass. 19 september 1997), *R.W.* 1998-99, (436) 439, nrs. 7 en 10).
Het Hof van Cassatie heeft deze visie bevestigd in een zaak die het onderzoek naar het overspelig vaderschap betrof: voor vorderingen die pas door de Afstammingswet in het Belgische recht zijn opgenomen, is het uitgesloten dat de verjaringstermijn voor de rechtsvordering is kunnen ingaan vóór 6 juni 1987 (Cass. 19 september 1997, *Arr. Cass.* 1997, 843, *T.B.B.R.* 1999, 45, noot Y.-H. LELEU en *R.W.* 1998-99, 435, noot S. MOSSELMANS; zie verder, nr. 755).

543 Samengevat: voor de beoordeling of een vordering tot gerechtelijke vaststelling van het buitenhuwelijks vaderschap al dan niet laattijdig is ingesteld moet een onderscheid worden gemaakt naargelang de eiser zich al dan niet ooit bevonden heeft in de – zeer strikte – voorwaarden gesteld door artikel 340*a* (oud) B.W.:

– zijn de grondvoorwaarden voor het onderzoek naar het buitenhuwelijks vaderschap zoals opgenomen in deze bepaling vervuld (geweest), dan moet rekening worden gehouden met de oude vervaltermijn voor het instellen van de vordering (art. 341*b* tweede en derde lid (oud) B.W.) en met artikel 119 § 6 Afstammingswet, waaruit moet worden afgeleid dat indien de termijn die vroeger gold voor het instellen van een rechtsvordering op 6 juni 1987 verstreken is, het vorderingsrecht vervallen blijft, zelfs al geldt voor vorderingen die na die datum werden ingesteld de langere termijn van artikel 331*ter* B.W.;

– heeft het kind nooit bezit van staat t.a.v. zijn vermeende vader gehad zoals omschreven in artikel 340*a*, 1° (oud) B.W. en heeft geen van de in artikel 340*a*, 2° (oud) B.W. opgesomde gebeurtenissen zich voorgedaan, dan heeft de eisende partij nooit over een vorderingsrecht beschikt, met als gevolg dat de vordering ook nooit verjaard kan zijn (*Actioni nondum natae non praescribitur*). Aangezien een vordering die niet bestaat niet kan verjaren, kan de verjaringstermijn van artikel 331*ter* B.W. pas beginnen lopen op het ogenblik van de inwerkingtreding van de Afstammingswet, nl. vanaf 6 juni 1987, met als gevolg dat de vordering tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap vóór 6 juni 2017 niet verjaard kan zijn (in dezelfde zin: N. MASSAGER, "Droit de la filiation. Chronique de jurisprudence (1999-2001)", *Rev. dr. U.L.B.* 2003, (161) 259-260, nr. 49).

In de recente rechtspraak wordt deze visie gevolgd.

– In een zaak waarin de situatie van de in 1942 geboren eiser nooit heeft beantwoord aan de voorwaarden van artikel 340*a* (oud) B.W. en zowel de vervaltermijn van vijf jaar na de meerderjarigheid als de termijn van dertig jaar na de geboorte verstreken was, transponeerde het Hof van Beroep te Luik zijn visie op de problematiek van verjaring die het ontwikkelde inzake het onderzoek naar het overspelig vaderschap (zie verder, nr. 755), in toepassing van de hierboven vermelde principes, naar het geval waarin een buiten het huwelijk geboren, maar niet overspelig kind gerechtelijke vaststelling vorderde van zijn afstamming van vaderszijde. De vordering werd ontvankelijk verklaard; alvorens de gegrondheid te beoordelen werd een DNA-onderzoek *post mortem* bevolen (Luik 27 november 2001, *J.L.M.B.* 2002, 156, noot; een voorziening in cassatie werd ingesteld).

– In een soortgelijk geval stelde een in 1953 geboren man die vóór de inwerkingtreding van de Afstammingswet door zijn moeder was erkend en geadopteerd pas in 2001 een vordering tot gerechtelijke vaststelling van vaderschap in tegen een nog levende man, waarna de rechter in eerste aanleg de vordering ontvankelijk verklaarde en een deskundigenonderzoek beval. In hoger beroep riep de vermeende vader de verjaring van de vordering in. Na de vaststelling dat de voorwaarden van artikel 340*a* (oud) B.W. nooit waren vervuld geweest, oordeelde het Hof van Beroep te Gent dat deze pas sedert 6 juni 1987 toegelaten vordering overeenkomstig artikel 331*ter* B.W. slechts kan verjaren door verloop van dertig jaar na die datum. Nu het buitenhuwelijks kind op 6 juni 1987 al meerderjarig was, kon het de vordering tot onderzoek naar het vaderschap instellen tot en met 6 juni 2017 en was van verjaring dus geen sprake (Gent (1ste kamer) nr. 2002/AR/1792, 28 november 2002, *onuitg.*).

b. (On)verenigbaarheid van artikel 341*b* tweede en derde lid (oud) B.W. met het E.V.R.M. en de Grondwet

544 De vraag rijst of het oude artikel 341*b* tweede en derde lid B.W. – dat voor het onderzoek naar het moederschap en het vaderschap een strikte vervaltermijn vooropstelde – niet strijdig is met het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel (art. 10 en 11 van de Grondwet en art. 14 *juncto* 8 E.V.R.M.), in zoverre deze bepaling, gelet op artikel 119 § 6 Afstammingswet, zou verhinderen dat een buitenhuwelijks kind na 6 juni 1987 een onderzoek naar het vaderschap zou inleiden.

Onder het oude recht bestond een dergelijke vervaltermijn niet voor binnen het huwelijk geboren kinderen. Hun vorderingen zijn overeenkomstig artikel 119 § 2 Afstammingswet onderworpen aan de dertigjarige termijn uit artikel 331*ter* B.W., die – zoals hierboven betoogd – ten vroegste is beginnen lopen op de dag van de inwerkingtreding van de Afstammingswet, met als gevolg dat huwelijkse kinderen in ieder geval nog tot 6 juni 2017 een vordering tot onderzoek naar het vaderschap kunnen instellen. Men kan zich afvragen of buitenhuwelijkse kinderen niet gediscrimineerd worden.

In een onuitgegeven arrest van 2 april 1992 oordeelde het Hof van Beroep te Gent dat de vordering tot onderzoek naar het vaderschap, ingeleid in 1988 door een vrouw die geboren was in 1943 ten opzichte van een man die overleden was op 30 september 1987, vervallen was. Het hof stelde vast dat er geen bezit van staat was en dat haar vordering in toepassing van artikel 341*b* (oud) B.W. vervallen was op het ogenblik van de inwerkingtreding van de Afstammingswet. Met verwijzing naar artikel 119 § 6 Afstammingswet kwam men dan ook tot de conclusie dat haar vorderingsrecht vervallen bleef, aangezien de termijn die vroeger gold voor haar rechtsvordering op 6 juni 1987 verstreken is. Het hof was van oordeel dat de door de (oude) Belgische wetgeving gestelde tijdsbeperking m.b.t. de toelaatbaarheid van het bewijs van vaderschap van buitenhuwelijkse kinderen geen discriminatie gegrond op de geboorte in het leven riep, noch in stand hield. Deze strikte tijdsbeperking beoogde – volgens het hof – het recht op eerbiediging van het familie-

leven, zowel de wettige als de natuurlijke familie, te verzoenen met andere door het E.V.R.M. erkende rechten en vrijheden, zodat zij niet in strijd werd geacht met de artikelen 8.1 en 14 E.V.R.M. (Gent (1ste kamer) AR nr. 39084/89, 2 april 1992, *onuitg.*).

Tegen dit arrest werd een voorziening in cassatie ingesteld. In het cassatiemiddel werd o.m. de schending aangevoerd van artikel 8.1 en 14 E.V.R.M., de artikelen 6 en 6*bis* (thans 10 en 11) van de Grondwet en het algemeen rechtsbeginsel luidens hetwelk geen willekeurig onderscheid kan worden gemaakt tussen huwelijkse en buitenhuwelijkse kinderen.

Het Hof van Cassatie oordeelde in 1994 dat artikel 14 E.V.R.M. niet op zichzelf staat en enkel kan worden ingeroepen i.v.m. het genot van de door het verdrag en de daarbij horende protocollen toegekende rechten en vrijheden. Bescherming van het gezinsleven o.g.v. artikel 8.1 E.V.R.M. vereist dat er een gezin is. Aangezien het bestreden arrest vaststelde dat het kind geen bezit van staat had t.a.v. de vermeende vader, werd volgens het Hof van Cassatie vastgesteld dat beiden geen gezin vormden. Het cassatiemiddel m.b.t. tot de ongrondwettigheid van het oude artikel 341*b* (oud) B.W. was slecht opgesteld aangezien het gewag maakte van afstammingsvorderingen onder het oude recht terwijl voor de eiseres enkel een discriminatie met de afstammingsvorderingen van de wettige kinderen onder het thans geldende recht belang vertoont; het werd dan ook niet-ontvankelijk geacht (Cass. 11 februari 1994, *Arr. Cass.* 1994, 164, *Pas.* 1994, I, 164 en *R.W.* 1994-95, 547).

Het is niet denkbeeldig dat de ongrondwettigheid van het oude artikel 341*b* B.W. – dat via artikel 119 § 6 Afstammingswet in beperkte mate toepasselijk is gebleven – ooit nog aanleiding geeft tot een prejudiciële vraag aan het Arbitragehof, dat dan op zijn beurt kan nagaan of het opgeworpen verschil in behandeling van huwelijkse en buitenhuwelijkse kinderen in overeenstemming is met het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel.

C. PARTIJEN IN HET GEDING (ART. 332*TER* DERDE LID B.W.)

545 Krachtens artikel 332*ter* derde lid B.W. moet de vordering tot onderzoek naar het vaderschap – als rechtsvordering tot inroeping van staat – op zodanige wijze worden ingesteld dat het kind of zijn afstammelingen en degenen van de ouders wiens vaderschap of moederschap vaststaat, alsook de persoon wiens vaderschap of moederschap wordt onderzocht in het geding worden geroepen.

Concreet moet de vordering tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap worden ingesteld tegen de volgende personen:
– indien de moeder de vordering instelt: tegen het kind en tegen de vermeende vader;
– indien het kind de vordering instelt: tegen de moeder, zo het moederschap vaststaat en tegen de vermeende vader;

Dit impliceert dat de moeder die partij was in het geding in eerste aanleg niet vrijwillig in de procedure kan tussenkomen wanneer de zaak in graad van hoger beroep wordt behandeld, aangezien de tussenkomst een rechtspleging is waarbij een derde persoon partij wordt in het geding (art. 15 eerste lid Ger. W.); de moeder is geen derde (Luik 27 november 2001, *J.L.M.B.* 2002, 156, noot), maar verweerster.

– indien de vordering werd ingesteld door een man die beweert de vader van het kind te zijn: tegen het kind en tegen de moeder, zo het moederschap vaststaat;
– indien de vordering werd ingesteld door de (ex-)echtgenoot van de moeder die vader is o.g.v. artikel 315 of 317 B.W.: tegen het kind, tegen de moeder en tegen de vermeende vader.

De (ex-)echtgenote van de vermeende vader moet niet mee gedagvaard worden, omdat zij tengevolge van de vordering niet de moeder wordt.

Verschillende titularissen van het vorderingsrecht kunnen uiteraard ook samen de vordering instellen; wie als eisende partij al in het geding is, moet evident niet meer worden opgeroepen als verweerder.

Als moeder en kind bv. samen een onderzoek naar het vaderschap instellen, dan moet de vordering enkel tegen de vermeende vader worden ingesteld, nu moeder en kind al als eisers in het geding zijn.

546 Indien één van de personen die moet worden gedagvaard overleden is – bv. telkens wanneer de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap *post mortem* wordt gevorderd – moet de vordering worden ingesteld tegen de anderen en de erfgenamen van de overledene (art. 332*quater* eerste lid B.W.).

Zo oordeelde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Hasselt dat de vordering tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap van een overleden man door de meerderjarige dochter moet worden ingesteld tegen de moeder-weduwe, in haar hoedanigheid van moeder alsook in haar hoedanigheid van wettige erfgenaam van de overledene (Rb. Hasselt 30 maart 1993, *Limb. Rechtsl.* 1994, 27).

Indien het kind – na afstammelingen te hebben nagelaten (zie boven, nr. 528) – is overleden, dan moet de vordering tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap over dit overleden kind worden ingesteld tegen de moeder, de beweerde vader en de afstammelingen (tevens erfgenamen) van het kind.

547 Het tweede lid van artikel 332*quater* B.W. behandelt de zeer uitzonderlijke hypothese dat "allen die krachtens de voorafgaande bepalingen moeten worden gedagvaard overleden zijn". De vraag rijst of voor de toepasselijkheid van deze hypothese ook alle erfgenamen van de te dagvaarden personen overleden moeten zijn.

Ter verdediging van een negatief antwoord kan worden aangevoerd dat in het eerste lid van artikel 332*quater* B.W. de situatie wordt bedoeld dat nog minstens één van de personen die gedagvaard moeten worden – kind, (beweerde) vader en moeder – in leven is, terwijl het tweede lid het heeft over de hypothese waarin al die personen overleden zijn.

Het verdient de voorkeur om te argumenteren dat tot de voorafgaande bepalingen van artikel 332*quater* tweede lid B.W. ook het eerste lid van datzelfde artikel behoort – zeker als men vaststelt dat de wet over "bepalingen" en niet over "artikelen" spreekt – zodat kan worden besloten dat voor de toepassing van het tweede lid van artikel 332*quater* B.W. ook alle erfgenamen overleden moeten zijn (in dezelfde zin: A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art.

332*quater* B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 2, nr. 2). Uit art. 332*ter* tweede lid B.W. kan echter worden afgeleid dat een vordering tot vaststelling van het vaderschap over een overleden kind onontvankelijk is – en dus ook niet bij eenzijdig verzoekschrift kan worden ingeleid – wanneer zowel moeder, beweerde vader als de afstammelingen van het kind overleden zijn, of als het kind geen afstammelingen heeft nagelaten.

548 De rechtbank kan, zelfs ambtshalve, gelasten dat alle belanghebbenden jegens wie zij oordeelt dat de beslissing mede moet gelden, in het geding worden geroepen (art. 331*decies* tweede lid B.W.).

Deze bepaling is duidelijk een afwijking van artikel 811 Ger. W. dat stelt dat de rechtbanken niet ambtshalve kunnen bevelen dat derden in het geding worden betrokken; ze is er op gericht het risico op derdenverzet zoveel mogelijk te beperken (zie P. TAELMAN, *Het gezag van het rechterlijk gewijsde – een begrippenstudie*, Diegem, Kluwer, 2001, 322-323, nr. 434, die in art. 331*decies* tweede lid B.W. een bevestiging ziet van het onderscheid tussen de concepten "(absoluut) gezag van gewijsde" en "tegenwerpelijkheid": pas na de tussenkomst van de derde wordt deze onderworpen aan het gezag van gewijsde, *normaliter* kan de uitspraak hem enkel worden tegengeworpen).

In het geval dat de vordering tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap i.v.m. een overspelig kind *a matre* werd ingeleid, is het sterk aangewezen dat de rechtbank ambtshalve de (ex-)echtgenoot van de moeder in het geding roept als deze nog niet vrijwillig is tussengekomen. Het risico op derdenverzet van zijnentwege is immers niet denkbeeldig, nu zijn vaderschap dat vaststaat o.g.v. artikel 315 of 317 B.W. retroactief vervalt wanneer de vordering tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap van een andere man in toepassing van artikel 323 *juncto* 320 B.W. gegrond wordt verklaard.

549 Een vordering tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap die bij een rechtbank aanhangig is, leidt tot een geding dat essentieel onsplitsbaar is in de zin van artikel 31 Ger. W. Het is immers uitgesloten dat de afstammingsband van de vermeende vader bv. zou worden vastgesteld ten opzichte van de moeder, maar niet tegenwerpelijk zou zijn aan het kind zelf.

Het onsplitsbaar karakter van het geding impliceert onder meer dat, wanneer één of meer verweerders verstek laten gaan, maar er minstens één verschijnt, de niet verschenen partij, op straffe van ontoelaatbaarheid van de vordering, opnieuw moet worden gedagvaard. Het vonnis wordt dan geacht t.a.v. alle partijen op tegenspraak te zijn gewezen (art. 753 Ger. W.) (zie J. MELLAERTS, "Afstammingsgeschillen: een procesrechtelijke benadering", *T.P.R.* 1991, (1139) 1148, nr. 14).

D. VERTEGENWOORDIGING VAN DE PROCESPARTIJEN

550 De niet-ontvoogde minderjarige, de onbekwaamverklaarde en de geesteszieke worden in gedingen betreffende hun afstamming, als eiser of als ver-

weerder, vertegenwoordigd door hun wettelijke vertegenwoordiger en, indien er tegenstrijdigheid van belangen is, door een voogd *ad hoc* aangewezen door de voorzitter van de rechtbank op verzoek van elke belanghebbende of van de procureur des Konings (art. 331*sexies* B.W.).

1. Toepassingsgebied van artikel 331sexies B.W.

551 Hieronder worden twee interpretatieproblemen i.v.m. het toepassingsgebied van artikel 331*sexies* B.W. besproken.

a. Wat dient begrepen te worden onder "de geesteszieke"?

552 Uit een letterlijke interpretatie van artikel 331*sexies* B.W. zou kunnen volgen dat alleen de geesteszieke die een wettelijke vertegenwoordiger heeft, vertegenwoordigd moet worden. De voorkeur moet echter worden gegeven aan een doelgerichte interpretatie: ook de geesteszieke die niet onder een beschermingsstatuut staat, moet, bij gebrek aan een in de wet voorziene vertegenwoordiger, vertegenwoordigd worden door een voogd *ad hoc*, aangewezen door de voorzitter van de rechtbank.
Artikel 232 tweede lid *in fine* B.W. – m.b.t. de vertegenwoordiging van de diep geestesgestoorde of krankzinnige echtgenoot-verweerder in een procedure echtscheiding o.g.v. feitelijke scheiding als gevolg van geestesziekte – kan naar analogie worden toegepast, ook al is daar deze oplossing expliciet door de wetgever verwoord, wordt in deze bepaling over een "beheerder" *ad hoc* i.p.v. een voogd *ad hoc* gesproken en kan deze beheerder *ad hoc* enkel op verzoek van de echtgenoot-eiser worden aangesteld, terwijl de voogd *ad hoc* uit artikel 331*sexies* B.W. door elke belanghebbende kan worden aangevraagd.

553 In de praktijk kunnen problemen rijzen aangaande de vertegenwoordiging van een onder voorlopig bewind geplaatste persoon. Verschillende zienswijzen werden verdedigd.

– Een deel van de rechtsleer verdedigt de stelling dat de voorlopige bewindvoerder niet kan optreden, omdat zijn bevoegdheden beperkt zijn tot het vermogensrechtelijke vlak; procedures die de persoon en de staat van de onder voorlopig bewind geplaatste persoon betreffen, zoals afstammingsprocedures, vallen in die optiek buiten dit bevoegdheidsveld, met als gevolg dat de beschermde persoon zelf zou moeten kunnen optreden (in die zin: E. De Groote, "Art. 488*bis*, f): § 3 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1995, 3, nr. 3; M.-Th. Meulders-Klein, "La protection des malades mentaux et des personnes inaptes à gérer leur biens après les réformes", in M.-Th. Meulders-Klein (ed.), *Protection des malades mentaux et incapacités des majeurs: le droit belge après les réformes*, Diegem, E. Story-Scientia, 1996, (3) 9; E. Vieujean, "Protection du majeur physiquement ou mentalement inapte à gérer ses biens", *T.B.B.R.* 1993, (5) 10, nr. 6; D. Simoens, "Recente wetgeving ter bescherming van de persoon en de goederen van de fysiek of mentaal gehandicapte personen", *R.W.* 1991-92, (350) 356). Indien de onder voorlopig bewind geplaatste persoon – of een andere juridisch bekwame persoon – wilsongeschikt zou zijn, zou de voorzitter van de rechtbank eventueel tot aanstelling van een gerechtelijk bewindvoerder o.g.v. artikel 584 derde lid 3° Ger. W. kunnen overgaan (F. Swennen, *Geestesgestoorden in het Burgerlijk Recht*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2001, 738-739, nr. 959).
Het voorlopig bewind werd gestroomlijnd door de Wet van 3 mei 2003 tot wijziging van de wetgeving betreffende de bescherming van de goederen van de personen die wegens hun lichaams-

of geestestoestand geheel of gedeeltelijk onbekwaam zijn die te beheren (*B.S.* 31 december 2003, in werking getreden op de dag van de bekendmaking in het *Belgisch Staatsblad*, zie art. 15, toegevoegd bij art. 383 van de Programmawet van 22 december 2003, *B.S.* 31 december 2003). Tijdens de parlementaire voorbereiding was de vraag aan de orde of het nieuwe regime beperkt moest blijven tot vertegenwoordiging in vermogensrechtelijke aangelegenheden, dan wel diende te worden uitgebreid tot persoonsgebonden bevoegdheden. De wetgever heeft er duidelijk voor geopteerd de verbeteringen in het stelsel te beperken tot de bescherming van de goederen van de beschermde persoon (zie Verslag namens de commissie voor de Justitie uitgebracht door de heer Karel VAN HOOREBEKE inzake wetsvoorstel tot wijziging van de wetgeving betreffende de bescherming van de goederen van de personen die wegens hun lichaams- of geestestoestand geheel of gedeeltelijk onbekwaam zijn die te beheren, *Parl. St.* Kamer 2001-02, nr. 0107/012, 35-36), waardoor de problemen inzake vertegenwoordiging van de beschermde persoon in afstammingszaken zijn blijven bestaan (zie ook F. SWENNEN, "De hervorming vzan het voorlopig bewind", in P. SENAEVE en F. SWENNEN (eds.), *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, Antwerpen-Groningen-Oxford, Intersentia, 146-147, nr. 320).

– SENAEVE en HEYVAERT zijn echter van oordeel dat de personen onder voorlopig bewind in afstammingsgedingen toch door hun voorlopige bewindvoerder kunnen worden vertegenwoordigd (P. SENAEVE, *Compendium*, 335, nr. 860 en 279, nr. 684; A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 331*sexies* B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 1, nr. 1).
Het Hof van Beroep te Antwerpen achtte – impliciet – de voorlopige bewindvoerder van de moeder bevoegd tot vertegenwoordiging van deze verwerende partij in een geding tot gerechtelijke vaststelling van vaderschap (Antwerpen 18 december 2001, *R.W.* 2002-03, 949, (afkeurende) noot F. SWENNEN).

– De opgeheven Krankzinnigenwet vereiste de machtiging van de vrederechter opdat de voorlopige bewindvoerder als eiser zou kunnen optreden (art. 31 W. 18 juni 1850). Krachtens artikel 488*bis* f): § 3 tweede lid a) B.W. heeft de voorlopige bewindvoerder die is aangesteld bij toepassing van de Wet van 18 juli 1991 in beginsel eveneens de machtiging van de vrederechter nodig om de beschermde persoon als eiser in rechte te vertegenwoordigen. Dit principe is herbevestigd in de Wet van 3 mei 2003. Verschillende auteurs zijn van oordeel dat artikel 331*sexies* B.W. deze bepaling niet buiten werking stelt en besluiten dan ook dat de voorlopige bewindvoerder slechts kan optreden mits machtiging van de vrederechter (zie – resp. onder het oude en onder het geldende recht – J. VAN COMPERNOLLE, "Aspects judiciaires des actions relatives à la filiation", *Ann. dr. Louvain* 1987, (319) 332 en D. PIRE, "Droit judiciaire de la filiation", *Act. dr.* 1991, (689) 712, nr. 26 en voetnoot 113, gevolgd door A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 331*sexies* B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 2, nr. 2). WYLLEMAN meent dat als de voorlopige bewindvoerder – met zeer grote welwillendheid – in artikel 331*sexies* B.W. een uitbreiding van zijn bevoegdheid leest, hij in elk geval, gelet op de algemene formulering van artikel 488*bis* f): § 3 tweede lid a) B.W., de bijzondere machtiging van de vrederechter moet bekomen wanneer hij als eiser voor de beschermde persoon wil optreden (A. WYLLEMAN, *Onvolwaardige wilsvorming en onbekwaamheid in het materieel en formeel privaatrecht*, onuitg. proefschrift U.G., 1998, 82-83, nr. 218).

Wij zijn nog een andere mening toegedaan en verdedigen het standpunt dat de geestesgestoorde die onder voorlopig bewind geplaatst werd, zelf kan optreden als hij over het daartoe noodzakelijke onderscheidingsvermogen beschikt; is dit niet het geval, dan wordt hij vertegenwoordigd door zijn voorlopige bewindvoerder. Om proceseconomische redenen is het zeker niet zinvol een voogd *ad hoc* aan te duiden, wanneer de geestesgestoorde – met de voorlopige bewindvoerder – al een vertegenwoordiger heeft. Ons inziens is een machtiging van de vrederechter om de onder voorlopig bewind geplaatste persoon in rechte als eiser in een afstammingsprocedure te vertegenwoordigen noodzakelijk, gelet op artikel 488*bis* f) § 3 tweede lid a) B.W.

Aangezien er onenigheid in de rechtsleer bestaat, is het vanuit praktisch oogpunt aangewezen dat men de persoon onder voorlopig bewind en de voorlopig bewindvoerder samen laat optreden als eiser of verweerder in een afstammingsgeding.

b. Wat wordt bedoeld met "gedingen betreffende hun afstamming"?

554 Een aanzienlijk deel van de doctrine beperkt het begrip "gedingen betreffende hun afstamming" tot geschillen inzake de afstamming van de onbekwame als kind.

In die zin: D. PIRE, "Droit judiciaire de la filiation", *Act. dr.* 1991, (689) 712-713, nr. 26; D. PIRE, "Inédits de droit de la famille (V-3). Filiation", *J.L.M.B.* 1991, (1082) 1101-1102; C. PANIER, "Problèmes de droit judiciaire relatifs à la filiation", in X (ed.), *La filiation et l'adoption*, Brussel, Ed. Jeune Barreau, 1988, (75) 104-105, nr. 41; J. DALCQ, "La réforme du droit de la filiation", *J.T.* 1987, (393) 399, nr. 32; E. VIEUJEAN, "Le nouveau droit de la filiation", *Ann. dr. Liége* 1987, (97) 130, nr. 41; J. VAN COMPERNOLLE, "Aspects judiciaires des actions relatives à la filiation", *Ann. dr. Louvain* 1987, (319) 332.

Dit is onaanvaardbaar. De afstammingsrelatie van de onbekwame speelt immers in twee richtingen: als kind èn als ouder. Dit blijkt uit de parlementaire voorbereiding van de Afstammingswet.

De opstellers van het wetsontwerp-VAN ELSLANDE hadden uitdrukkelijk de situatie voor ogen van een gehuwde onbekwame wiens echtgenote een in overspel verwekt kind ter wereld brengt, dit is wel degelijk de hypothese van de onbekwame als ouder (M.v.T. bij wetsontwerp-VAN ELSLANDE, *Parl. St.* Senaat 1977-78, nr. 305/1, 16; in dezelfde zin: J. MELLAERTS, "Procesrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 133, nr. 248).

Zo is artikel 331*sexies* B.W. van toepassing wanneer de geestesgezonde moeder een vordering tot onderzoek naar het vaderschap van een geestesgestoorde man inleidt.

555 Artikel 331*sexies* B.W. speelt ook nog wanneer de vordering betrekking heeft op een afstammingsrelatie die de onbekwame zelf betreft, maar in een verdere dan de eerste graad, bv. wanneer het kind na het overlijden van zijn vermeende vader een vordering tot gerechtelijke vaststelling van vaderschap zou inleiden tegen een (vermeende) onbekwame grootouder (als erfgenaam, zie art. 332*quater* eerste lid B.W.). De "afstamming" betreft immers de band die bestaat tussen een persoon, zijn ouders en zijn grootouders. Het begrip mag niet beperkt worden tot de relatie ouder-kind, maar is voorbehouden voor alle bloedverwanten in opgaande en nederdalende rechte lijn.

556 Vorderingen met betrekking tot de afstammingsrelatie van een andere persoon dan de onbekwame – bv. de vordering van de geestesgestoorde moeder tot onderzoek naar het vaderschap van de geestesgezonde vader – ressorteren in geen geval onder artikel 331*sexies* B.W.

I.v.m. de vraag welk standpunt t.a.v. dergelijke vorderingen dient te worden ingenomen, werden drie zienswijzen werden verdedigd:

– vertegenwoordiging is uitgesloten, gelet op het gemeen recht inzake vorderingen met een hoogstpersoonlijk karakter (C. PANIER, "Problèmes de droit judiciaire relatifs à la filiation", in X (ed.), *La filiation et l'adoption*, Brussel, Ed. Jeune Barreau, 1988, (75) 105, nr. 41 *in fine*; J. MELLAERTS, "Afstammingsgeschillen: een procesrechtelijke benadering", *T.P.R.* 1991, (1139) 1168, nr. 74);
– de onbekwame kan als verweerder vertegenwoordigd worden, niet als eiser, gelet op het strikt persoonlijk karakter van de vordering (A. HEYVAERT, "Art. 331*sexies* B.W.", in *Comm. Pers.*, nr. 3, zoals – zonder datumvermelding – aangehaald door J. MELLAERTS, "Procesrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 132, nr. 245);
– de onbekwame wordt, ongeacht zijn procespositie, vertegenwoordigd door zijn wettelijke vertegenwoordiger overeenkomstig het gemeen recht (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 331*sexies* B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 3, nr. 4; E. VIEUJEAN, "Le nouveau droit de la filiation", *Ann. dr. Liège* 1987, (97) 130, nr. 41, evenwel zonder motivering; D. PIRE, "Droit judiciaire de la filiation", *Act. dr.* 1991, (689) 712, nr. 26; J. VAN COMPERNOLLE, "Aspects judiciaires des actions relatives à la filiation", *Ann. dr. Louvain* 1987, (319) 332: deze twee laatste auteurs verwijzen naar VIEUJEAN).

Het standpunt dat de onbekwame, overeenkomstig het gemeen recht, ongeacht zijn procespositie, wordt vertegenwoordigd door zijn wettelijke vertegenwoordiger moet de voorkeur genieten: het afstammingsgeding kan voor de betrokken onbekwame moeilijk als hoogstpersoonlijk worden gekwalificeerd, daar het betrekking heeft op de afstamming van een derde. Daarenboven, wanneer onbekwamen in gedingen betreffende hun eigen afstammingsrelatie vertegenwoordigd kunnen worden (zoals bepaald in art. 331*sexies* B.W.), dan moet de vertegenwoordiging van onbekwamen in gedingen inzake de afstamming van derden *a fortiori* mogelijk zijn, met dien verstande dat deze op gemeenrechtelijke wijze zal verlopen (zie eveneens J. MELLAERTS, "Procesrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 132, nr. 246).

HEYVAERT en MELLAERTS hebben hun standpunt dus gewijzigd in bijgewerkte, latere publicaties, waarin ze opteerden voor laatstvermelde zienswijze.

2. *Aanwijzing van een voogd ad hoc*

a. Tegenstrijdigheid van belangen: appreciatie *in concreto*

557 De vraag of in afstammingsgedingen een voogd *ad hoc* moet worden aangesteld telkens wanneer tegenstrijdigheid van belangen tussen een onbekwame en zijn wettelijke vertegenwoordiger m o g e l i j k i s, of alleen wanneer een dergelijke tegenstrijdigheid *i n c o n c r e t o* w o r d t a a n g e t o o n d, is het voorwerp van discussie.

– Ter ondersteuning van het standpunt dat een minderjarige of geesteszieke o.m. in gedingen tot gerechtelijke vaststelling van vaderschap steeds moet worden vertegenwoordigd door een voogd *ad hoc*, wordt aangehaald dat het kind bij een vordering tot inroeping van staat steeds zelf partij is in het geding, naast zijn beweerde vader en zijn moeder (zie art. 332*ter* B.W.) en dus steeds een eigen standpunt moet kunnen innemen (in die zin: M.-Th. MEULDERS-KLEIN, "L'établissement et

les effets personnels de la filiation selon la loi belge du 31 mars 1987", *Ann. dr. Louvain* 1987, (213) 253, nr. 76; C. PANIER, "Problèmes de droit judiciaire relatifs à la filiation", in X (ed.), *La filiation et l'adoption*, Brussel, Ed. Jeune Barreau, 1988, (75) 109, nr. 47).

Het Hof van Beroep te Gent achtte de aanstelling van een voogd *ad hoc* verantwoord in een zaak waarin de moeder naast de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap tegelijk ook onderhoudsgeld voor haar tienjarig kind vorderde. Het hof overwoog: "De belangen van moeder en kind zijn niet steeds gelijklopend in dergelijke procedures. Men moet niet wachten tot er een conflict is ontstaan om tot de aanstelling van een voogd *ad hoc* over te gaan" (Gent (1ste kamer) nr. 1999/AR/1034, 13 juni 2002, *onuitg.*).

– Het standpunt dat telkens *in concreto* moet worden nagegaan worden of er tegenstrijdigheid van belangen bestaat, vindt hoofdzakelijk steun in de tekst van artikel 331*sexies* B.W., waaruit blijkt dat de vertegenwoordiging van de onbekwame door zijn wettelijke vertegenwoordiger de regel is, en de aanstelling van een voogd *ad hoc* de uitzondering (J. MELLAERTS, "Procesrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 137, nr. 257; J.-P. MASSON, "Examen de jurisprudence (1984-1990). Les Personnes. Deuxième partie. Relations familiales", *R.C.J.B.* 1993, (487) 511, nr. 138; J. SOSSON, "Quelques problèmes judiciaires d'application de la loi du 31 mars 1987", *J.T.* 1990, (301) 305, nr. 25).

Het standpunt dat enkel een voogd *ad hoc* moet worden aangesteld indien *in concreto* wordt aangetoond dat er belangentegenstelling bestaat tussen de vertegenwoordigde onbekwame en zijn wettelijke vertegenwoordiger moet de voorkeur genieten.
Zo kan een geding tot onderzoek naar het vaderschap, namens de minderjarige eiser (zie art. 332*ter* eerste lid B.W.), door zijn moeder (wettelijke vertegenwoordiger) worden ingeleid (J. GERLO, *Handboek Personen- en familierecht*, 26, nr. 58).

Toch lijkt er in een aantal gevallen een principiële tegenstrijdigheid van belangen te bestaan tussen de wettelijke vertegenwoordiger en de vertegenwoordigde.

– Indien de moeder (als eiseres) het geding in eigen naam heeft ingeleid, kan het kind, dat in het geding wordt geroepen (zie art. 332*ter* derde lid B.W.), ons inziens niet geldig worden vertegenwoordigd door zijn moeder en dringt de aanstelling van een voogd *ad hoc* zich op (*anders*: J. GERLO, *a.w.*, 26, nr. 58). De hoedanigheden van eiser en verweerder kunnen niet worden gecombineerd. In voorkomend geval kan het kind wel rechtsgeldig worden vertegenwoordigd door de echtgenoot van zijn moeder (juridische vader en co-verweerder).

– Telkens wanneer een wettelijke vertegenwoordiger van een onbekwame verstek laat gaan, kan daaruit worden afgeleid dat hij zich niet om de procedure bekommert; in dat geval is de aanstelling van een voogd *ad hoc* noodzakelijk.

558 De vertegenwoordigingsregeling uit artikel 331*sexies* B.W. doet geen afbreuk aan het recht om (ook) persoonlijk in het geding op te treden dat de wet verleent aan de niet ontvoogde minderjarige die de volle leeftijd van

vijftien jaar heeft bereikt (aanhef art. 331*sexies* B.W., waarin melding wordt gemaakt van art. 322 eerste lid B.W.).

Persoonlijk optreden van de onbekwame is echter geenszins verplicht. In de rechtspraak wordt aanvaard dat het minderjarig kind dat ouder is dan vijftien jaar in een procedure tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap rechtsgeldig kan worden vertegenwoordigd door zijn moeder, ook al leidde zij in haar hoedanigheid van wettelijke vertegenwoordiger de vordering in als formele procespartij voor haar minderjarig kind en als formele en materiële procespartij, in zoverre zij optrad in eigen naam.

– Het Hof van Beroep te Antwerpen oordeelde dat de aanstelling van een voogd *ad hoc* niet vereist was, nu er *in casu* geen tegenstrijdigheid van belangen was tussen de moeder en een kind dat in de loop van de procedure voor de eerste rechter de leeftijd van vijftien jaar bereikte en zelf materiële procespartij was. De loutere mogelijkheid tot strijdigheid van belangen achtte het hof niet voldoende om de aanstelling van een voogd *ad hoc* te noodzaken. Deze strijdigheid van belangen moest *in concreto* aanwezig geweest zijn (Antwerpen 7 november 2001, *R.W.* 2002-03, 907), *quod in casu non.*

– Het Hof van Beroep te Brussel is dezelfde mening toegedaan en oordeelde dat het kind dat tijdens de procedure de leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt, kan tussenkomen in de procedure en, nu het o.g.v. artikel 322 eerste lid en 331*sexies* B.W. vanaf die leeftijd bekwaam is om zich zonder bijstand of vertegenwoordiging te verzetten tegen het onderzoek naar het vaderschap, *mutatis mutandis* evenzeer handelingsbekwaam [bedoeld wordt wellicht: procesbekwaam] is om te kennen te geven dat het instemt met de procedure tot gerechtelijke vaststelling van zijn vaderschap. In tegenstelling tot wat de vermeende vader voorhield, moest het kind niet vertegenwoordigd worden door een voogd *ad hoc*. Bij gebrek aan tegenstrijdigheid van belangen tussen het kind en zijn moeder was er tevens geen bezwaar tegen het feit dat beiden door dezelfde raadsman werden vertegenwoordigd (Brussel 15 mei 2003, *NjW* 2003, 1004, noot RdC).

559 De verlengd minderjarige kan zich niet zelf verzetten tegen de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap. Artikel 322 eerste lid B.W. voorziet enkel in die mogelijkheid indien het kind de volle leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt, terwijl de persoon die in staat van verlengde minderjarigheid is verklaard, wordt gelijkgesteld met een minderjarige beneden de vijftien jaar (art. 487*bis* vierde lid B.W.).

560 Een onbekwaamverklaarde kan zelf niet optreden als verweerder in een vordering tot gerechtelijke vaststelling van vaderschap, zelfs niet tijdens een heldere tussenpoos. Hij wordt vertegenwoordigd door zijn voogd.

b. Procedurele aspecten van de aanwijzing

561 De procedurele aspecten van de wijze waarop de voogd *ad hoc* wordt aangesteld, zullen verder worden behandeld, bij de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot, nu nagenoeg alle rechtspraak terzake in deze context is gewezen (zie *in extenso* verder, nrs. 965-969).

E. BEVOEGDE RECHTBANK

562 Om diezelfde reden zullen de algemene principes i.v.m. de rechtbank die bevoegd is om uitspraak te doen over afstammingsgeschillen in die context uitgebreider worden besproken (zie verder, nrs. 973-986). Hieronder volgt een synthese, toegepast op de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap.

1. Ratione materiae

563 Alleen de rechtbank van eerste aanleg is bevoegd om kennis te nemen van de vorderingen tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap (art. 331 § 1 B.W.).
Deze uitsluitende bevoegdheidstoekenning raakt de openbare orde (art. 9 Ger. W.).

2. Ratione loci

564 *Ratione loci* is de rechtbank van eerste aanleg van de woonplaats van het kind bevoegd (art. 331 § 1 B.W.) en dit ongeacht het feit of het kind eiser dan wel verweerder is.
Verder zullen wij verdedigen dat deze territoriale bevoegdheidsregel de openbare orde raakt en dat het begrip "woonplaats" in de zin van artikel 36 Ger. W. moet worden begrepen (zie verder, resp. nrs. 980-982 en 983-986). Daarom zal de plaats waar het kind is ingeschreven in de bevolkingsregisters bepalend zijn voor de territoriale bevoegdheid van de rechtbank van eerste aanleg.

565 Wanneer het kind al overleden is, zou de bevoegde rechtbank deze van de laatste woonplaats kunnen zijn (G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, V. DE SAEDELEER en K. JACOBS, "Overzicht van rechtspraak. Personen- en familierecht (1988-1994)", *T.P.R.* 1994, (2073) 2240, nr. 355). Eveneens kan, bij gebrek aan andersluidende wettelijke bepaling, de gelding van het gemeen recht (art. 624 Ger. W.) worden verdedigd (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 331 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 5, nr. 6), hetgeen een beperkt keuzerecht voor de eiser impliceert.

Luidens artikel 624 B.W. kan met uitzondering van de gevallen waarin de wet uitdrukkelijk bepaalt welke rechter bevoegd is om kennis te nemen van de vordering, deze naar keuze van de eiser worden gebracht voor de rechter van de woonplaats van de verweerder of van één der verweerders (art. 624, 1° Ger. W.) of voor de rechter van de plaats waar de gerechtsdeurwaarder heeft gesproken tot de verweerder in persoon indien noch de verweerder, noch, in voorkomend geval, één van de verweerders een woonplaats heeft in België of in het buitenland (art. 624, 4° Ger. W.).

F. WIJZE WAAROP HET GEDING WORDT INGELEID

566 De vordering tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap is een vordering tot inroeping van staat en wordt, overeenkomstig het gemeen recht, ingeleid bij dagvaarding (art. 700 Ger. W.); voor modellen van dagvaar-

ding tot gerechtelijke vaststelling van vaderschap o.g.v. artikel 322 B.W., zie *Rép. not.*, deel 1 Personenrecht, Boek XII Afstamming, p. 15, model 9 en *A.M.R.*, II, Burgerlijk Recht, Afstamming, (afl. 17, 1988), 24-26).

567 Gelet op de algemene draagwijdte van artikel 706 Ger. W. – dat vorderingen van staat niet uitsluit – kunnen de partijen ook vrijwillig verschijnen voor de rechtbank.

568 In de zeer uitzonderlijke hypothese dat alle partijen die moeten worden gedagvaard overleden zijn (zie boven, nr. 547), wordt de procedure ingeleid bij eenzijdig verzoekschrift en zijn de artikelen 1025-1034 Ger. W. van toepassing (art. 332*quater* tweede lid B.W.), met als gevolg dat het verzoekschrift verplicht door een advocaat moet worden ondertekend (zie art. 1026, 5° Ger. W.).
De wetgever heeft twee bepalingen uitdrukkelijk niet van toepassing verklaard (art. 332*quater* tweede lid *in fine* B.W.): vooreerst is de beschikking niet uitvoerbaar bij voorraad (in afwijking van art. 1029 tweede lid Ger. W.); daarnaast kan, bij gebrek aan veranderde omstandigheden (in afwijking van art. 1032 Ger. W.), geen wijziging of intrekking van de beschikking worden gevraagd.

569 De vordering tot uitkering voor levensonderhoud, opvoeding en passende opleiding op basis van artikel 336 B.W. mag worden gewijzigd door nieuwe, op tegenspraak genomen conclusies (art. 807 Ger. W.) in een vordering tot onderzoek naar het vaderschap op grond van artikel 322 B.W. (Rb. Brussel 13 december 1988, *Pas.* 1989, III, 59, noot).

G. GERECHTSKOSTEN

570 Volgens het gemeen recht verwijst het eindvonnis, zelfs ambtshalve, de in het ongelijk gestelde partij in de kosten, tenzij bijzondere wetten anders bepalen (art. 1017 eerste lid Ger. W.). Het afstammingsrecht bevat geen bijzondere bepalingen aangaande de kosten van het geding tot onderzoek naar het vaderschap.

Luidens artikel 1017 derde lid Ger. W. kunnen de gerechtskosten worden omgeslagen zoals de rechter het raadzaam oordeelt, hetzij wanneer de partijen onderscheidenlijk omtrent enig geschilpunt in het ongelijk zijn gesteld, hetzij over echtgenoten, bloedverwanten in de rechte lijn, broers en zussen of aanverwanten in dezelfde graad.

Een billijke wijze waarop de kosten kunnen worden omgeslagen in het geval van een succesvol onderzoek naar het vaderschap van een overspelig kind *a matre* zou er kunnen in bestaan de man wiens vaderschap gerechtelijk wordt vastgesteld te veroordelen tot de gerechtskosten gemaakt in hoofde van de moeder en in hoofde van de voogd *ad hoc* (indien deze werd aangesteld), maar de moeder te veroordelen tot de gerechtskosten in hoofde van haar (ex-)echtgenoot, nu dit ook het geval zou geweest zijn indien zij een afzonderlijke procedure tot betwisting van diens vaderschap had ingesteld (Brussel 26 november 2002, *NjW* 2003, 671, noot RdC).

571 Het deskundigenonderzoek dat bevolen werd om met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid op wetenschappelijke wijze uitsluitsel te bekomen over de vraag of de verweerder al dan niet de biologische vader van het kind is, wordt beheerst door het gemeen recht terzake (art. 962-991 Ger. W.). De kosten van het deskundigenonderzoek maken – als uitgaven betreffende een onderzoeksmaatregel – deel uit van de gerechtskosten (art. 1018, 3° Ger. W.).
Voor de kosten van een deskundigenonderzoek is – als kosten die de rechtspleging met zich meebrengt – ook rechtsbijstand mogelijk (zie art. 664 *juncto* 692 Ger. W.). Het verzoek tot rechtsbijstand kan zowel vóór de aanvang van de rechtspleging als tijdens het verloop ervan worden ingediend, bv. wanneer een provisie aan de onvermogende procespartij zou worden gevraagd.

In principe kan de deskundige de uitvoering van zijn opdracht uitstellen totdat de meest gerede partij een voorschot op de griffie in consignatie heeft gegeven (art. 990 eerste lid Ger. W.). In weerwil van de wettelijke voorschriften, wordt de provisie veelal rechtstreeks in handen van de deskundigen gestort en wordt weinig beroep gedaan op de consignatieprocedure (J. EMBRECHTS, "Het ereloon van de deskundige en de kosten van het deskundigenonderzoek", in E. GULDIX (ed.), *Deskundigenonderzoek in privaatrechtelijke geschillen*, Antwerpen/Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen, 1999, 96, nr. 9).

Het is aan de eisende partij om de deskundige te provisioneren wanneer zij het vaderschap wil laten vaststellen door een deskundigenonderzoek (Rb. Bergen 13 maart 1991, *J.L.M.B.* 1995, 187). De persoon die om het genetisch onderzoek *post mortem* verzoekt dient de kosten voor te schieten, tenzij een andere partij zich bereid verklaart ze te dekken (Luik (1ste kamer) nr. 1996/RG/962, 2 december 1997, *onuitg.*; vgl. reeds Rb. Namen 2 december 1992, *J.L.M.B.* 1993, 593, noot C. PANIER en *J.T.* 1993, 558: het voorschot op de kosten van het onderzoek zou – in de regel – moeten worden gedragen door de eisende partij omdat dit haar in staat stelt haar eis te ondersteunen. De rechtbank kan echter een andere partij – bv. verweerder – akte verlenen van het feit dat deze bereid is het voorschot te betalen).

Wanneer de rechtbank ambtshalve een deskundigenonderzoek beveelt, wordt in het vonnis dat de deskundige aanstelt in de meeste gevallen ook de partij aangeduid die de deskundige moet provisioneren.

Aangezien de gerechtskosten kunnen worden omgeslagen naar het oordeel van de rechter is het perfect mogelijk – en gebeurt het in de praktijk ook zeer vaak – dat de partij die de provisie voor de deskundige stortte, niet de partij is die in het raam van de vereffening van de gerechtskosten voor de kosten van het onderzoek moet instaan. De partij die de staat van kosten en erelonen van de deskundige betaalde, zal dan uit het vonnis een titel putten om de terugbetaling te vorderen lastens de partij die in deze kosten werd verwezen (J. EMBRECHTS, "Het ereloon van de deskundige en de kosten van het deskundigenonderzoek", in E. GULDIX (ed.), *Deskundigenonderzoek in privaatrechtelijke geschillen*, Antwerpen/Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen, 1999, 108, nr. 40).

H. RECHTSMIDDELEN

572 Tegen het vonnis waarin uitspraak werd gedaan over de vordering tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap kunnen – overeenkomstig het gemeen recht – de gewone rechtsmiddelen (verzet en hoger beroep) worden ingesteld.

Duidelijk moet zijn dat het geding onsplitsbaar is in de zin van artikel 31 Ger. W.
Het hoger beroep dat enkel gericht is tegen de moeder en niet tegen de (vertegenwoordigde) minderjarige zelf is ontoelaatbaar in toepassing van artikel 1053 derde lid Ger. W.; het moet worden gericht tegen de moeder in eigen naam èn in haar hoedanigheid van wettelijke vertegenwoordiger van het kind (Antwerpen 7 november 2001, *R.W.* 2002-03, 907: ook al was de minderjarige in eerste aanleg rechtsgeldig vertegenwoordigd door zijn moeder die optrad *qualitate qua*, het vonnis heeft t.a.v. de minderjarige gezag van gewijsde en kan voor of tegen hem worden uitgevoerd).

Wanneer één of meer partijen verstek laat gaan, maar er ten minste één verschijnt, kan tegen de niet verschijnende partijen, na verwittiging, op de ex artikel 753 Ger. W. vastgestelde rechtsdag een vonnis worden gevorderd dat geacht wordt op tegenspraak te zijn gewezen (art. 753 zesde lid Ger. W.); in die hypothese is er enkel nog hoger beroep mogelijk.
Ook in het uitzonderlijk geval dat de vordering krachtens artikel 332*quater* tweede lid B.W. werd ingesteld op eenzijdig verzoekschrift, is uiteraard enkel hoger beroep mogelijk.

573 Personen die geen partij waren in het geding kunnen derdenverzet instellen (art. 331*decies* eerste lid B.W.; zie verder, nr. 1161). Tegen de beslissing waarbij derdenverzet wordt toegekend of afgewezen kunnen de gewone rechtsmiddelen worden aangewend. Hoger beroep is vanzelfsprekend niet meer mogelijk wanneer het rechtscollege dat uitspraak deed over het derdenverzet al zetelde in hoger beroep (art. 1131 Ger. W.).

Indien een partij derdenverzet vreest, is het zeer nuttig om de beslissing waarbij een man als vader wordt aangewezen aan die derden te betekenen, hetgeen de termijn om derdenverzet in te stellen verkort van dertig jaar (art. 1128 eerste lid Ger. W.) tot drie maanden (art. 1129 Ger. W.).

574 Nadat de gewone rechtsmiddelen zijn aangewend, kan worden overgegaan tot een voorziening in cassatie (over de schorsende kracht van deze voorziening, zie verder, nr. 579).

575 Indien tegen de beslissing die de vordering tot gerechtelijke vaststelling van vaderschap heeft beoordeeld een voorziening bij een hogere rechtsmacht wordt ingesteld, verzoekt de griffier van deze rechtsmacht, binnen vijf dagen na de inschrijving van de zaak op de rol, de griffier die het dossier van de

rechtspleging onder zich heeft, hem dit binnen vijf dagen na de ontvangst van het verzoek toe te zenden (art. 723 § 1 Ger. W.). Artikel 723 § 2 Ger. W. bepaalt dat de bij akte van gerechtsdeurwaarder ingestelde voorziening tegen een beslissing waarvan het beschikkend gedeelte, om gevolg te hebben, binnen een door de wet bepaalde termijn in de registers van de burgerlijke stand dient te worden overgeschreven, binnen vijf dagen, na de dag waarop de voorziening werd ingesteld, bij akte van gerechtsdeurwaarder ter kennis wordt gebracht van de griffier van de rechtsmacht die de bestreden beslissing heeft gewezen, op straffe van verval indien de laattijdige kennisgeving aanleiding gaf tot overschrijving van de beslissing in de registers van de burgerlijke stand.

Een deel van de rechtsleer meent dat deze bepaling in afstammingsgeschillen dient te worden toegepast (G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, V. DE SAEDELEER en K. JACOBS, "Overzicht van rechtspraak. Personen- en familierecht (1988-1994)", *T.P.R.* 1994, (2073) 2260, nr. 381; J. LAENENS, "De aanzegging van het hoger beroep aan de griffier van de eerste rechter", *R.W.* 1990-91, (268) 269, voetnoot 14; L. AMEELE, "De aanzegging aan de griffier van een verhaal", *De Gerechtsd.* 1991, (135) 136; V. POULEAU, "A propos des récentes modifications des articles 723 et 1266 code judiciaire et de l'abrogation de l'article 1273 du code judiciaire", *Cah. dr. jud.* 1991, (39) 40).

Ons inziens moet worden aangenomen dat artikel 723 § 2 Ger. W. in afstammingszaken niet van toepassing is: beslissingen waardoor een vordering betreffende de afstamming wordt toegewezen, hebben gevolg van zodra zij in kracht van gewijsde zijn gegaan; het beschikkend gedeelte ervan moet dus niet in de registers van de burgerlijke stand worden overgeschreven "om gevolg te hebben" (eveneens in deze zin: P. SENAEVE, "De procedure tot echtscheiding op grond van bepaalde feiten", in P. SENAEVE en W. PINTENS (ed.), *De hervorming van de echtscheidingsprocedure en het hoorrecht van minderjarigen*, Antwerpen, Maklu, 1997, 166, nr. 332; J. MELLAERTS, "Afstammingsgeschillen: een procesrechtelijke benadering", *T.P.R.* 1991, (1139) 1155, nr. 39; C. PANIER, "Problèmes de droit judiciaire relatifs à la filiation", in X (ed.), *La filiation et l'adoption*, Brussel, Ed. Jeune Barreau, 1988, (75) 125, nr. 76; M.-Th. MEULDERS-KLEIN, "L'établissement et les effets personnels de la filiation selon la loi belge du 31 mars 1987", *Ann. dr. Louvain* 1987, (213) 281, nr. 141; A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 333 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 3, nr. 2).

§ 6. Uitwerking van het vonnis

576 De beslissing waarbij de vordering tot gerechtelijke vaststelling van vaderschap wordt toegewezen of afgewezen, heeft uitwerking zodra het vonnis of arrest in kracht van gewijsde is getreden; overschrijving in de registers van de burgerlijke stand gebeurt enkel met het oog op de publiciteit van van de beslissing (C. PANIER, "Problèmes de droit judiciaire relatifs à la filiation", in X (ed.), *La filiation et l'adoption*, Brussel, Ed. Jeune Barreau, 1988, (75) 125, nr. 76).

A. DECLARATIEF KARAKTER

577 Een vonnis of arrest dat het vaderschap vaststelt, heeft een declaratief karakter; het stelt immers een vooraf bestaande afstammingsband tussen man en kind vast.

578 Rechterlijke beslissingen inzake afstamming kunnen worden tegengeworpen zelfs aan personen die geen partij waren in het geding (art. 331*decies* eerste lid B.W.). Toch gelden deze gerechtelijke beslissingen niet op absolute wijze *erga omnes*, anders dan gerechtelijke beslissingen die constitutief van staat zijn (bv. een echtscheidings- of adoptievonnis); de afstammingswetgeving laat immers de mogelijkheid van derdenverzet in het algemeen open. Er kan dus besloten worden dat een rechterlijke beslissing in afstammingszaken, overeenkomstig het gemeen recht, t.a.v. derden de bewijswaarde heeft van een vermoeden *juris tantum*, waartegen die derden kunnen opkomen door derdenverzet (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 331*decies* B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 2, nr. 3; voor de betwisting van het gerechtelijk vastgesteld vaderschap, zie verder, nr. 1159 e.v.).

Zo oordeelde het Hof van Cassatie dat, hoewel het gezag van het rechterlijk gewijsde als onweerlegbaar vermoeden betrekkelijk is in die zin dat het slechts tussen de partijen kan worden ingeroepen, de betrokken beslissing toch wettelijke bewijswaarde heeft t.a.v. derden, meer bepaald als weerlegbaar vermoeden en onder voorbehoud van de rechtsmiddelen die de wet toekent, inzonderheid derdenverzet (Cass. 16 oktober 1981, *Arr. Cass.* 1981-82, 251, *Pas.* 1982, I, 245 en *R.W.* 1981-82, 2477; lees echter de uitvoerige kritiek op deze cassatierechtspraak, zoals geformuleerd door P. TAELMAN, *Het gezag van het rechterlijk gewijsde – een begrippenstudie,* Diegem, Kluwer, 2001, 194-196, nrs. 265-267 *j°* 212-228, nrs. 293-315 en 248-270, nrs. 332-369).

B. SCHORSENDE KRACHT VAN DE VOORZIENING IN CASSATIE

579 De vraag rijst of de termijn voor het instellen van een voorziening in cassatie en de voorziening zelf in afstammingszaken schorsende kracht hebben.

In burgerlijke zaken heeft de voorziening alleen schorsende kracht in de gevallen die de wet bepaalt (art. 1118 Ger. W.). Voor andere uitspraken die de staat van de persoon betreffen – maar constitutief i.p.v. declaratief van staat zijn – zoals deze inzake echtscheiding en adoptie, voorziet de wet wel uitdrukkelijk in de schorsende kracht van de termijn en/of de voorziening in cassatie. Voorziening in cassatie tegen een arrest waarbij de echtscheiding wordt uitgesproken schorst de tenuitvoerlegging (art. 1302 derde lid Ger. W.); de termijn om zich in cassatie te voorzien en het cassatieberoep tegen het arrest dat de adoptie uitspreekt, hebben schorsende kracht (art. 1231-18 eerste lid Ger. W. en art. 353 § 5 tweede lid (oud) B.W.). Een analoge interpretatie voor uitspraken die een afstammingsvordering toewijzen lijkt logisch, hoewel een uitdrukkelijke wetsbepaling die afwijkt van de artikelen 28 en 1118 Ger. W. en waaruit de schorsende kracht in afstammingszaken blijkt, ontbreekt (C. PANIER, "Problèmes de droit judiciaire relatifs à la filiation", in X (ed.), *La*

filiation et l'adoption, Brussel, Ed. Jeune Barreau, 1988, (75) 124-125, nr. 76), zeker nu moeilijk valt in te zien waarom een beslissing m.b.t. de staat van de persoon moet worden overgeschreven indien ze nog vatbaar is voor een voorziening in cassatie (eveneens in die zin: M.-Th. MEULDERS-KLEIN, "L'établissement et les effets personnels de la filiation selon la loi belge du 31 mars 1987", *Ann. dr. Louvain* 1987, (213) 281, nr. 141 en voetnoot 132).

De schorsende kracht van de termijn van voorziening in cassatie en de voorziening zelf kan impliciet maar zeker worden afgeleid uit artikel 333 § 2 B.W., hetgeen bepaalt dat het Openbaar Ministerie – met het oog op de overschrijving ervan in de registers van de burgerlijke stand – onverwijld het beschikkend gedeelte van elk vonnis of arrest waarbij een vordering betreffende de afstamming wordt toegewezen zendt aan de ambtenaar van de burgerlijke stand "*na het verstrijken van de termijn van hoger beroep of van voorziening in cassatie of, in voorkomend geval, na de uitspraak van het arrest waarbij de voorziening wordt afgewezen (...)*" (J. MELLAERTS, "Procesrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 171-172, nrs. 342-344; zie reeds J. MELLAERTS, "Afstammingsgeschillen: een procesrechtelijke benadering", *T.P.R.* 1991, (1139) 1154-1155, nrs. 36-38).

C. PATRIMONIALE GEVOLGEN

580 Een overzicht van de gevolgen van een juridisch vastgestelde afstammingsband werd al gegeven in de inleiding van dit werk (zie boven, nr. 19). Hieronder wordt iets dieper ingegaan op de belangrijkste patrimoniale gevolgen van de afstamming, nl. deze inzake onderhoudsgeld en erfrecht. Uiteraard geldt het hierna volgende *mutatis mutandis* voor elke ouder en kind tussen wie een afstammingsband is vastgesteld, dus ook voor de erkenner en het erkende kind.

1. Onderhoudsplicht

581 De gerechtelijke vaststelling van het vaderschap wordt niet zelden gevorderd met het oog op het bekomen van onderhoudsgeld voor het kind van de man waarmee de eisende partij het via een afstammingsband wil verbinden.

Een vordering tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap en een vordering die ertoe strekt onderhoudsgeld voor het kind te bekomen, zijn samenhangende vorderingen met als gevolg dat ze voor de rechtbank van eerste aanleg samengevoegd kunnen worden (art. 566 *juncto* 565 Ger. W.) (Gent (1ste kamer) nr. 1999/AR/1034, 13 juni 2002, *onuitg.*, met verwijzing naar D. PIRE, "La connexité entre les demandes de recherche de paternité et de condamnation à des aliments", (noot onder Rb. Brussel 18 mei 1994), *J.L.M.B.* 1995, (195) 195-196; zie ook reeds Rb. Nijvel 18 december 1990, *onuitg.*, aangehaald door D. PIRE, "Inédits de droit de la famille (V-3). Filiation", *J.L.M.B.* 1991, (1082) 1100).

Nochtans is er ook rechtspraak in andere zin: zo oordeelde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel dat een vordering die ertoe strekte een man te veroordelen tot het betalen van een bijdrage in de kosten van onderhoud en opvoeding van een kind, geformuleerd in hetzelfde gedinginleidend exploot als de vordering tot gerechtelijke vaststelling van vaderschap van datzelfde kind, onontvankelijk was – ook al werd die laatste vordering na een deskundigenonderzoek gegrond verklaard – o.g.v. de overweging dat de beslissing m.b.t. de afstamming op dat ogenblik nog niet definitief was en de rechtbank daarom enkel kon constateren dat de eisende partij niet de vereiste hoedanigheid had om de vordering in te stellen (art. 17 Ger. W.) (Rb. Brussel 18 mei 1994, *J.L.M.B.* 1995, 195, noot D. PIRE).
Het is echter niet noodzakelijk te wachten tot de beslissing omtrent het vaderschap in kracht van gewijsde is getreden alvorens over de onderhoudsvordering te oordelen: de beslissing over het onderzoek naar het vaderschap en de beslissing aangaande de alimentatie zullen op hetzelfde moment in kracht van gewijsde treden (D. PIRE, "La connexité entre les demandes de recherche de paternité et de condamnation à des aliments", (noot onder Rb. Brussel 18 mei 1994), *J.L.M.B.* 1995, (195) 196), nl. één maand na de betekening van het vonnis.

De onderhoudsplicht is wederkerig: niet alleen zal de man als ouder naar evenredigheid van zijn middelen moeten zorgen voor het levensonderhoud van het kind waarvan hij als vader is aangewezen (art. 203 § 1 en later art. 205 B.W.); het kind zal op zijn beurt levensonderhoud verschuldigd zijn aan zijn vader en zelfs aan diens ouders (grootouder(s) van het kind) indien deze behoeftig zijn (art. 205 B.W.).

2. *Erfrecht*

582 Vermits de rechterlijke uitspraak waarbij de vordering tot gerechtelijke vaststelling van vaderschap gegrond wordt verklaard niet constitutief, maar declaratief van aard is, werkt zij retroactief terug tot op het moment van de geboorte en zelfs, wanneer dit relevant zou zijn, tot op het ogenblik van de verwekking. De retroactieve werking van de uitspraak tot op het moment van de verwekking zal bv. tot gevolg hebben dat het kind erfgerechtigd is in de nalatenschap van de betrokken man indien deze na de verwekking maar vóór de geboorte is overleden.

583 Het vonnis dat het vaderschap van een man na diens overlijden (*post mortem*) vaststelt, heeft dus erfrechtelijke gevolgen voor het kind. Niet zelden is het erfrecht zelfs het enige motief voor een buitenechtelijk kind om na de dood van zijn biologische vader een afstammingsband met deze man te doen vaststellen.

Als gevolg van de afstamming kan erfrecht pas ontstaan wanneer de afstamming definitief is vastgesteld, dus op het ogenblik dat het vonnis of arrest dat het vaderschap vaststelt in kracht van gewijsde is getreden. Pas vanaf dat ogenblik verwerft het kind de hoedanigheid van erfgenaam in de nalatenschap van zijn vader.

Luidens artikel 331*ter* B.W. moet de vordering tot vaststelling van de afstamming worden ingesteld binnen de dertig jaar te rekenen van de dag waarop het kind de staat die het inroept is ontzegd: concreet betekent dit voor de vaststelling van het vaderschap *post mortem* dat het kind de vordering dient in te leiden binnen de dertig jaar na zijn geboorte of, ingeval het kind bezit van staat heeft, binnen de dertig jaar nadat aan dit bezit van staat een einde is gekomen (uiterlijk door

het overlijden van de man, eventueel ook vroeger). Hoger werd er al op gewezen dat in de gevallen waarin het onderzoek naar het vaderschap onder het oude afstammingsrecht ontoelaatbaar was, de verjaringstermijn pas zal beginnen lopen vanaf de inwerkingtreding van de Afstammingswet, met als gevolg dat de vordering nog tot 6 juni 2017 zal kunnen worden ingeleid (zie boven, nr. 543).
Nemen we het extreem – maar niet denkbeeldig – voorbeeld van een man die enkele dagen vóór zijn dood nog een buitenechtelijk kind heeft verwekt. De vordering tot vaststelling van vaderschap kan dan door dit kind worden ingesteld tot bijna 48 jaar na de geboorte, nu de dertigjarige verjaringstermijn geschorst wordt tijdens de minderjarigheid. Zo is het mogelijk dat meer dan 48 jaar na het openvallen van de nalatenschap een persoon nog de hoedanigheid verwerft van wettige erfgenaam, nl. op het ogenblik dat het vonnis dat de afstamming vaststelt in kracht van gewijsde treedt.

584 Opgemerkt moet worden dat de wetgever – ondanks de principiële gelijkstelling van alle categorieën kinderen voor wat betreft de gevolgen van de afstamming (zie art. 334 B.W.) – op het vlak van het erfrecht van buitenhuwelijkse kinderen een aantal beperkende maatregelen heeft genomen, met het oog op rechtszekerheid.

– Uit artikel 828 B.W. blijkt de bekommernis om problemen n.a.v. een *post mortem* vastgestelde afstammingsband te voorkomen. De erfgenamen wier banden van verwantschap met de overledene niet zijn vastgesteld en die hun rechten niet hebben opgeëist binnen zes maanden na het openvallen van de nalatenschap, kunnen de geldigheid van de handelingen die later te goeder trouw zijn verricht door de andere erfgenamen of legatarissen niet meer betwisten, noch hun aandeel in natura opvorderen van de goederen die door deze laatsten na die termijn zijn vervreemd of verdeeld (art. 828 eerste lid B.W.). De erfgenaam die niet bij de verdeling werd betrokken, behoudt het recht om de tegenwaarde van zijn aandeel te vorderen (art. 828 tweede lid B.W.).
Erfgenamen die zich niet hebben gemeld binnen de zes maanden na het overlijden van de erflater kunnen hun erfdeel dus niet meer in natura opvorderen, doch wel bij equivalent. Aangenomen mag worden dat het inleiden van een vordering tot gerechtelijke vaststelling van vaderschap tegen de andere erfgenamen van de overleden vermeende vader (zie art. 332*quater* eerste lid B.W.) volstaat als kennisgeving van de wil van het buitenhuwelijks kind om zijn erfrechten op te eisen.

– Overspelige kinderen kunnen van de verdeling in natura worden uitgesloten door de echtgenoot van de overledene en de kinderen die uit dit huwelijk werden geboren (art. 837 eerste lid B.W.). De mogelijkheid tot uitsluiting van de verdeling in natura bestaat echter niet wanneer de overspelige kinderen in de gemeenschappelijke woning zijn opgevoed (art. 837 eerste lid *in fine* B.W.), noch wanneer het huwelijk vóór het openvallen van de nalatenschap door echtscheiding werd ontbonden (art. 837 derde lid B.W.). De van de verdeling in natura uitgesloten overspelige kinderen ontvangen de tegenwaarde van hun aandeel (art. 837 tweede lid B.W.).

Deze beperkende modaliteiten verhinderen niet dat het erfdeel van buitenhuwelijkse kinderen in kwantiteit gelijk is aan datgene van kinderen die binnen het huwelijk werden geboren.

585 Het feit dat een afstammingsband tussen een buitenhuwelijks kind en zijn overleden vader jaren na diens dood bij vonnis wordt vastgesteld, kan leiden tot een herverdeling van de nalatenschap indien deze al verdeeld zou zijn zonder rekening te houden met het erfdeel van het buitenhuwelijks kind.

Wie met louter patrimoniale motieven de vordering tot gerechtelijke vaststelling van vaderschap wenst in te stellen, moet zich bewust zijn van het feit dat de erfrechtelijke roeping uitdooft na dertig jaar, een principe dat vervat ligt in artikel 789 B.W. Het is zeer de vraag of dit betekent dat de vordering tot gerechtelijke vaststelling van vaderschap reeds binnen de dertig jaar na het overlijden van de vermeende vader moet worden ingesteld om erfrechten in diens nalatenschap te bekomen.

Het recht om een nalatenschap te aanvaarden of te verwerpen verjaart door verloop van de tijd die voor de langste verjaring van onroerende rechten is vereist (art. 789 B.W.); ingevolge artikel 2262 B.W. betekent dit dat de uitoefening van het optierecht verjaart na dertig jaar.
Ons inziens begint deze termijn van dertig jaar pas te lopen op het ogenblik dat de afstamming definitief vaststaat, dus op het ogenblik dat het vonnis of arrest dat het vaderschap gerechtelijk vaststelt in kracht van gewijsde is getreden. Het recht ontstaat immers pas op dat ogenblik (zie H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, IX, *Les successions*, Brussel, Bruylant, 1974, 434, nr. 572 en 435, nr. 573, die bovendien opmerken dat de termijn wordt geschorst gedurende de minderjarigheid van het kind, in toepassing van art. 2252 B.W.). Anders dan voor kinderen met een afstammingsband die reeds vaststond op het ogenblik van het overlijden van hun vader (werkelijke of "geroepen" erfgerechtigden), zijn kinderen waarvan de afstamming pas *post mortem* werd vastgesteld slechts potentieel erfgerechtigd op het ogenblik dat de nalatenschap openvalt: de dertigjarige termijn begint voor hen dan ook niet te lopen op de datum van overlijden, maar vanaf het ogenblik van hun werkelijke roeping (vgl. J. DU MONGH, "Art. 789 B.W.", in M. COENE, W. PINTENS en A. VASTERSAVENDTS (red.), *Erfenissen, schenkingen en testamenten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1999, 5, nr. 9). Deze stelling vindt steun in artikel 2257 B.W., hetgeen bepaalt dat de verjaring niet loopt tegen een voorwaardelijk recht, zolang de voorwaarde niet vervuld is.

Nefast gevolg van deze visie is dat er gedurende een zeer lange periode rechtsonzekerheid kan heersen m.b.t. de verdeling van de nalatenschap.

De huwelijkse kinderen en eventuele andere wettige erfgenamen zouden zich kunnen beroepen op de verkrijgende verjaring (art. 2262 e.v. B.W.), teneinde de vordering van een buitenhuwelijks kind dat zijn erfdeel opeist af te weren (zie evenwel H. DE PAGE en R. DEKKERS, *a.w.*, 434, nr. 572, die de verjaring van het optierecht van het buitenhuwelijks kind beschouwen als "une prespription extinctive, indépendante de la durée de la possession qu'aurait acquise le défendeur qui l'oppose"). Uit de wet kan niet worden afgeleid hoe dit conflict beslecht moet worden; het Hof van Cassatie zou deze kwestie kunnen beslechten, maar rechtspraak van het hof in dit verband ontbreekt vooralsnog.

586 De rechtspraak van het Arbitragehof en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, inzake het (beperkte) erfrecht van buitenhuwelijkse kinderen dat gold vóór de inwerkingtreding van de Afstammingswet en ook

na 6 juni 1987 nog in beperkte mate is blijven doorwerken, werd reeds besproken in het inleidend deel bij dit werk (zie boven, nrs. 73-80 en 37).

D. OVERGANGSRECHT

587 Hieronder volgt het overgangsrecht inzake de uitwerking van een vonnis tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap.

1. Er was op 6 juni 1987 nog geen vordering tot gerechtelijke vaststelling van vaderschap ingeleid of de rechterlijke beslissing, gewezen krachtens het vroegere recht, was op die datum nog niet in kracht van gewijsde getreden

588 Indien de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap werd gevorderd m.b.t. kinderen geboren vóór de inwerkingtreding van de Afstammingswet vinden de bepalingen betreffende het onderzoek naar het vaderschap (art. 322-325 B.W.) onmiddellijk toepassing (art. 107 eerste lid Afstammingswet); er is echter niet bepaald dat dit geschiedt "zonder dat daaruit enig recht voor het verleden kan volgen" (vgl. art. 108 Afstammingswet, dat dergelijke precisering wel vermeldt wanneer het moederschap komt vast te staan o.g.v. art. 312 B.W.). Er mag dus worden aangenomen dat alle afstammingsrechten (zie bv. de onderhoudsverplichting die ex art. 203-203*bis* B.W. weegt op de ouders) vanaf de geboorte zullen gelden. Ingevolge artikel 107 eerste lid *in fine* Afstammingswet kunnen kinderen geboren vóór 6 juni 1987 echter geen rechten opeisen in de vóór die datum opengevallen erfenissen. Zoals vroeger reeds uiteengezet (boven, nrs. 73-80 en 37) is deze bepaling strijdig met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en met artikel 14 *juncto* artikel 8 E.V.R.M.

589 In het geval dat een vóór 6 juni 1987 gewezen beslissing die op die dag nog niet in kracht van gewijsde is getreden en waartegen geen rechtsmiddel werd aangewend hoewel de vervaltermijn voor de aanwending lopend was of pas is beginnen lopen op 6 juni 1987, moet de mogelijkheid om het geding te herbeginnen behouden blijven, ook al gaat de vroeger gewezen beslissing pas na 6 juni 1987 in kracht van gewijsde.

Voor de toepassing van artikel 111 tweede lid Afstammingswet is de datum van de beslissing (en niet de datum van het in kracht van gewijsde treden) bepalend: deze beslissing moet gewezen zijn vóór 6 juni 1987 (zie, *mutatis mutandis*, A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 314 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1998, 14, nr. 30 en voetnoot 1).

2. Er bestond op 6 juni 1987 een in kracht van gewijsde getreden rechterlijke beslissing, gewezen krachtens het vroegere recht

590 Rechterlijke beslissingen die vóór 6 juni 1987 in kracht van gewijsde zijn gegaan, kunnen niet in het geding worden gebracht door de toepassing van de nieuwe wet (art. 111 eerste lid Afstammingswet).

591 Indien echter een vordering tot inroeping van staat, tot onderzoek naar het vaderschap krachtens opgeheven of gewijzigde regels is afgewezen bij een in kracht van gewijsde gegane beslissing, vormt deze geen beletsel voor het instellen van een [nieuwe] vordering tot vaststelling van de afstamming onder de voorwaarden bepaald in de Afstammingswet (art. 111 tweede lid Afstammingswet).

Het was zeker niet de bedoeling van de wetgever om alle vroeger gewezen afwijzende beslissingen betreffende het onderzoek naar het vaderschap hier te viseren; het is immers zinloos onder het nieuwe recht een geding te laten overdoen wanneer de vordering werd afgewezen op een grond die ook onder de nieuwe wet wordt aanvaard (zie boven, nr. 473 e.v.). Anders ligt het bij vorderingen die onder het oude recht werden afgewezen omdat bv. de toelaatbaarheidsgronden niet voldoende bewezen waren (art. 340*a* (oud) B.W.), de moeder van kennelijk wangedrag was of was komen vast te staan dat de moeder gedurende het wettelijk tijdperk van de bevruchting met een andere man gemeenschap had gehad (art. 340*d* (oud) B.W.): in deze gevallen kan – binnen de wettelijke termijn (zie boven, nr. 540) – het geding worden herbegonnen, aangezien het nieuwe recht deze beperkingen niet kent.

592 De nieuwe beslissing waarbij de vordering – in toepassing van de nieuwe bepalingen – gegrond wordt verklaard nadat een eerder ingestelde vordering bij een in kracht van gewijsde gegane beslissing werd afgewezen, stelt de afstamming vast "evenwel zonder dat daaruit enig recht voor het verleden kan volgen" (zie art. 111 tweede lid *in fine* Afstammingswet). Analoog met hetgeen vermeld is i.v.m. de onmiddellijke toepassing van artikel 312 B.W. (zie aanhef art. 108 Afstammingswet), ontzegt deze bepaling aan het kind niet alleen ieder recht in de vroeger opengevallen erfenissen, maar tevens, voor het verleden, ieder ander recht dat voortvloeit uit de afstammingsrelatie.
De vraag rijst of onder "het verleden" de hele periode voorafgaand aan het instellen van een nieuwe vordering moet begrepen worden – met inbegrip van de periode na de inwerkingtreding van de Afstammingswet –, dan wel slechts de periode vóór 6 juni 1987. Ondanks het feit dat het hier minder duidelijk is, moet worden aangenomen dat "het verleden" in artikel 111 tweede lid Afstammingswet dezelfde periode dekt als artikel 108 Afstammingswet, nl. enkel deze voorafgaand aan 6 juni 1987.

Het argument dat de vroegere beslissing kracht van gewijsde heeft tot ze werd herzien, zoals een beslissing die (slechts) kracht van gewijsde heeft *rebus sic stantibus*, snijdt o.i. geen hout. Er wordt immers geen vordering tot herziening van een vroegere beslissing ingesteld, maar een totaal nieuwe vordering, die mogelijk is gemaakt door de Afstammingswet. Verdedigbaar lijkt de stelling dat de kracht van het gewijsde van de vroeger uitgesproken afwijzende beslissing precair is geworden vanaf 6 juni 1987, nu het kind sinds die datum over een nieuw recht beschikt (in deze zin: A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 314 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1998, 15, nr. 33).

§ 7. Publiciteit

593 Indien de vordering tot gerechtelijke vaststelling van vaderschap werd afgewezen, is geen wijziging aangebracht aan de staat van de betrokkenen; deze beslissing wordt niet bekendgemaakt.

Indien de afstammingsvordering gegrond werd verklaard, geniet het vonnis of arrest dat de vordering heeft toegewezen publiciteit, volgens een regeling die is vervat in artikel 333 B.W.: ze wordt meegedeeld aan het Openbaar Ministerie (A), toegezonden aan de ambtenaar van de burgerlijke stand (B), overgeschreven in diens registers en gekantmeld in de akten van de betrokkenen (C).

A. MEDEDELING AAN HET OPENBAAR MINISTERIE

594 Elk exploot dat tot doel heeft een vonnis of arrest waarbij een afstammingsvordering werd toegewezen te betekenen aan de tegenpartij, moet in afschrift worden medegedeeld aan het Openbaar Ministerie (art. 333 § 1 B.W.).
Een gewone fotokopie volstaat niet, het afschrift dient door de gerechtsdeurwaarder voor eensluidend te worden verklaard (Verslag kamercommissie, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 378/16, 54; Omz. 14 oktober 1987 met ref. R. nr. 50/87 betreffende Burgerlijke stand – Akten van de burgerlijke stand – Wet van 31 maart 1987, *onuitg.*, p. 19).

595 Hoewel dit niet uitdrukkelijk is bepaald, rust de mededelingsplicht op de gerechtsdeurwaarder die tot betekening is overgegaan (M.v.T. bij wetsontwerp-VAN ELSLANDE, *Parl. St.* Senaat 1977-78, nr. 305/1, 17).

Hoe het Openbaar Ministerie kennis krijgt van een beschikking, gewezen op eenzijdig verzoekschrift overeenkomstig artikel 332 *quater* tweede lid B.W., is niet wettelijk geregeld, aangezien er in deze context van een betekening bij gerechtsdeurwaardersexploot geen sprake is. Het lijkt aangewezen dat de griffier die o.g.v. artikel 1030 eerste lid Ger. W. binnen de drie dagen na de uitspraak bij gerechtsbrief de beschikking ter kennis brengt van de verzoeker, tegelijk een afschrift van de beschikking aan het parket overmaakt. Die opdracht ligt dus niet bij de verzoekende partij (eveneens in die zin: J. MELLAERTS, "Afstammingsgeschillen: een procesrechtelijke benadering", *T.P.R.* 1991, (1139) 1156, nr. 43).

596 De vraag rijst aan welk Openbaar Ministerie de gerechtsdeurwaarder de mededeling dient te doen. De meest logische oplossing is een mededeling aan het Openbaar Ministerie bij de rechtsinstantie die de betekende beslissing heeft gewezen (en dus niet aan het Openbaar Ministerie van het ambtsgebied waarbinnen tot betekening is overgegaan).

597 De wet bepaalt niets over de wijze waarop de mededeling aan het Openbaar Ministerie moet worden gedaan. In instructies van de Minister van Justitie staat te lezen dat de gerechtsdeurwaarder gelijktijdig met de betekening een afschrift van het exploot van betekening dient te sturen aan het Openbaar Ministerie, bij ter post aangetekende brief en tegen ontvangstbewijs (Omz. 10 maart 1988 met ref. 7/Litt.EC/Fil. betreffende de Wet van 31 maart 1987 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming, *onuitg.*, p. 1).

Een terhandstelling of een toezending over de post, steeds tegen ontvangstbewijs, kunnen volstaan. Een gerechtsdeurwaardersexploot lijkt niet noodzakelijk; de gerechtsdeurwaarder die de betekening uitvoert is immers niet noodzakelijk bevoegd in het ambtsgebied waar de mededeling moet gebeuren (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 333 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 2, nr. 1).

B. TOEZENDING AAN DE AMBTENAAR VAN DE BURGERLIJKE STAND

598 Na het verstrijken van de termijn van hoger beroep of van voorziening in cassatie of, in voorkomend geval, na de uitspraak van het arrest waarbij de voorziening in cassatie wordt afgewezen, zendt het Openbaar Ministerie onverwijld het beschikkend gedeelte van het vonnis of arrest waarbij een afstammingsvordering wordt toegewezen aan de ambtenaar van de burgerlijke stand van de Belgische gemeente waar de geboorteakte van het kind is opgemaakt of overgeschreven (art. 333 § 2 eerste lid B.W.).

De wettelijke formulering i.v.m. het tijdstip van de toezending is ongelukkig, daar de termijnen van hoger beroep of van de voorziening in cassatie ook "verstrijken" wanneer die rechtsmiddelen tijdig worden aangewend. Het is in elk geval duidelijk dat de toezending dient te gebeuren "onverwijld" nadat het vonnis of arrest uitvoerbaar is geworden (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 333 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 3, nr. 2).

Luidens instructies van de Minister van Justitie moet het Openbaar Ministerie zich er van vergewissen dat het vonnis of arrest kracht van gewijsde heeft. Te dien einde wendt het zich tot de griffier van het gerecht waarvan de beslissing uitgaat en verzoekt het om de kosteloze afgifte van een uittreksel houdende het beschikkend gedeelte van voornoemde beslissing en van een attest waaruit blijkt dat geen rechtsmiddelen zijn ingesteld. Het Openbaar Ministerie stuurt het uittreksel houdende het beschikkend gedeelte van het vonnis of arrest aan de bevoegde ambtenaar van de burgerlijke stand, preciseert dat deze beslissing kracht van gewijsde heeft en verzoekt om de overschrijving ervan in de registers (Omz. 10 maart 1988 met ref. 7/Litt.EC/Fil. betreffende de Wet van 31 maart 1987 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming, *onuitg.*, p. 1-2).

599 Indien de geboorteakte niet in België is ingeschreven, wordt het beschikkend gedeelte toegezonden aan de ambtenaar van de burgerlijke stand van de verblijfplaats van het kind in België. Heeft het kind geen verblijfplaats in België, dan gebeurt de toezending aan de ambtenaar van het eerste district van Brussel (art. 333 § 2 tweede lid B.W.).

C. OVERSCHRIJVING IN DE REGISTERS EN KANTMELDING

600 De ambtenaar van de burgerlijke stand schrijft, binnen de maand na de toezending, het beschikkend gedeelte over in zijn registers; melding daarvan wordt gemaakt op de kant van de akten betreffende de burgerlijke stand van het kind en van zijn afstammelingen (art. 333 § 2 derde lid B.W.).

De overschrijving in de registers van de burgerlijke stand en de kantmelding zijn louter administratieve formaliteiten.

Heeft de ambtenaar de akte niet onder zich, dan zal hij de nodige opzoekingen moeten doen en van de door hem gedane overschrijving kennis moeten geven aan zijn collega's, die dan de nodige maatregelen moeten nemen (G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, V. DE SAEDELEER en K. JACOBS, "Overzicht van rechtspraak. Personen- en familierecht (1988-1994)", *T.P.R.* 1994, (2073) 2261, nr. 381).
Hoe dit alles praktisch moet functioneren, wordt nergens in de wet bepaald. Er bestaat geen specifieke sanctie tegen de ambtenaar die nalatig zou geweest zijn.

AFDELING III

VASTSTELLING VAN DE AFSTAMMING LANGS VADERSZIJDE VAN EEN IN OVERSPEL VERWEKT KIND

§ 1. Erkenning door een man

A. OVERZICHT

601 Een kind dat door een gehuwd persoon is verwekt met een andere persoon dan diens echtgenoot (*i.e.* een overspelig kind) kan niet door een man worden erkend zonder tussenkomst van de rechtbank. Voor de erkenning van een kind verwekt door een andere man dan de echtgenoot van de moeder (*i.e.* een overspelig kind *a matre*) moet machtiging tot erkenning worden bekomen; de akte waarin een gehuwd man een (overspelig) kind (*a patre*) erkent, moet ter homologatie aan de rechtbank worden voorgelegd. Wanneer beide ouders met een ander persoon gehuwd zijn (en het kind dus zowel *a matre* als *a patre* overspelig is), moeten de twee rechtsplegingen hun verloop kennen.

Hieronder wordt de procedure waarbij een man een in overspel verwekt kind erkent geanalyseerd, met respect voor de gebruikelijke chronologie: eerst wordt de machtiging tot erkenning die krachtens artikel 320 B.W. kan worden verleend besproken (A); daarna volgt kort de kennisgeving van de opmaak van de erkenningsakte aan de echtgenote van de erkenner (B). Vervolgens wordt uitgebreid ingegaan op de homologatie van de erkenningsakte waartoe artikel 319*bis* B.W. verplicht (C). Ten slotte wordt nagegaan in welke mate de toestemming tot erkenning of de procedure na toestemmingsweigering kan samengaan met de machtigings- en homologatieprocedure en of machtiging en homologatie niet in één enkele rechtspleging – gecombineerd – kunnen plaatsvinden (D).

B. MACHTIGING TOT ERKENNING VAN EEN KIND VERWEKT DOOR EEN ANDERE MAN DAN DE ECHTGENOOT VAN DE MOEDER (OVERSPELIG KIND *A MATRE*)

1. Ratio – Ontstaansgeschiedenis – Draagwijdte

602 Het is begrijpelijk dat de wetgever de mogelijkheid tot erkenning van een kind waarvan het vaderschap al wettelijk vaststaat o.g.v. de vaderschapsregel (art. 315 of 317 B.W.) aan bijzondere voorwaarden heeft onderworpen: deze kinderen hebben juridisch al een vader en zullen deze afstammingsband na de erkenning door een andere man verliezen omwille van het principe dat een kind maar één vader kan hebben (de zgn. "enkelvoudigheid van de staat"). Behalve in de situatie vermeld in artikel 320, 1° B.W., gaat het bovendien om de vaststelling van een afstammingsband waaruit meteen het overspel van de moeder blijkt, zodat rechterlijk toezicht verantwoord is.

De *ratio* voor het vereisen van een machtiging, voorafgaand aan de erkenning, is volgens het Hof van Cassatie gelegen in het feit dat de erkenning van een overspelig kind niet alleen het kind en de erkenner, maar eventueel ook derden (nl. de huwelijkse kinderen) aanbelangt. Het ontbreken van rechterlijk toezicht – wanneer een erkenning zonder machtiging is geschied – kan leiden tot een miskenning van de rechten van derden die niet alleen de openbare orde raakt maar tevens een met de openbare orde dermate strijdige toestand ten gevolge heeft, dat die in geen geval mag blijven bestaan (Cass. 3 oktober 1983, *Arr. Cass.* 1983-84, 110, concl. E. KRINGS, *Pas.* 1984, I, 108, *R.W.* 1983-84, 1972 en *R.C.J.B.* 1984, 605, noot F. RIGAUX).

603 Aangezien artikel 320 B.W. niets bepaalt omtrent de te volgen rechtspleging tot het verkrijgen van de machtiging, lijkt het zinvol de ontstaansgeschiedenis van deze bepaling in herinnering te brengen, zeker omdat deze aanleiding heeft gegeven tot onenigheid in de rechtsleer omtrent de controletaak van de rechtbank bij de beoordeling van het machtigingsverzoek (zie verder, nrs. 688-690).

In het wetsontwerp-VAN ELSLANDE werd als principe vooropgesteld dat een erkenning niet kan geschieden wanneer het kind geniet van het vermoeden van vaderschap, wat verantwoord werd "door de "rust der families" die hier de bovenhand moet hebben op de drang naar waarheid". Toch werden twee uitzonderingen voorzien waarin een man dergelijk kind zonder verdere formaliteiten kan erkennen omdat "het verkeerd zou zijn de uitschakeling van het vermoeden van vaderschap door erkenning [...] zonder uitzondering onmogelijk te maken" (M.v.T. bij wetsontwerp-VAN ELSLANDE, *Parl. St.* Senaat 1977-78, nr. 305/1, 15 en het voorgestelde art. 327 B.W. op p. 39).

Tegen deze tekst werd gedurende de parlementaire voorbereiding ingeroepen dat de ambtenaar van de burgerlijke stand in de onmogelijkheid verkeert de echtheid van de – in de uitzonderingsgevallen – opgesomde voorwaarden na te gaan. "Daarom drong een lid [van de senaatscommissie voor de Justitie] erop aan dat de rechtbank de juistheid van de na te leven voorwaarden zou nagaan en dat zij tevens zou onderzoeken of de erkenning aan de werkelijkheid beantwoordt. De rechtbank mag evenwel niet oordelen over de opportuniteit van de erkenning" (Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 85).

Nadien werden de twee initieel opgenomen uitzonderingsgevallen uitgebreid tot vier, teneinde een parallellisme tot stand te brengen met de gevallen waarin het vaderschap van de echtgenoot op eenvoudige verklaring kan worden betwist.

604 De draagwijdte van de vereiste machtiging tot erkenning is niet gering. Een erkenningsakte die op verzoek van de biologische vader werd opgemaakt zonder machtiging van de rechtbank van eerste aanleg, kan niet werkzaam zijn indien dit kind valt onder de toepassing van het vermoeden van vaderschap.

De afwezigheid van machtiging leidt echter niet – op zichzelf – tot de nietigheid van de erkenningsakte en evenmin tot de nietigheid van de erkenning zelf. Elke erkenning kan door elke belanghebbende worden betwist onder de voorwaarden van artikel 330 B.W. In deze context beschikt het Openbaar Ministerie over een vorderingsrecht teneinde de nietigverklaring van een zonder machtiging gedane erkenning te bekomen (Cass. 3 oktober 1983, *Arr. Cass.* 1983-84, 110, concl. E. KRINGS, *Pas.* 1984, I, 108, *R.C.J.B.* 1984, 605, noot F. RIGAUX en *R.W.* 1983-84, 1972). Een erkenning van een kind dat onder het toepassingsgebied van de vaderschapsregel valt zonder de vereiste machtiging is immers strijdig met de openbare orde (zie art. 138 tweede lid Ger. W.).

In een geval waarin het zonder machtiging erkende kind geboren was minder dan 300 dagen na de echtscheiding van de moeder, de vereiste machtiging pas na de erkenning werd bekomen en dezelfde man het kind vervolgens voor een tweede maal erkende, oordeelde het Hof van Beroep te Brussel dat het Openbaar Ministerie een vordering tot verbetering van de eerste erkenningsakte kon instellen. Het gaat in dergelijk geval niet om een vordering (tot betwisting) van staat, maar om een vordering die uitsluitend strekt tot opheffing van de tegenstrijdigheid tussen twee opeenvolgende erkenningsakten (Brussel 23 november 2000, *Rev. trim. dr. fam.* 2001, 67).

2. Toepassingsgebied: artikel 320 B.W.

605 De aanhef van artikel 320 B.W. leert dat deze bepaling slechts van toepassing kan zijn indien het vaderschap vaststaat krachtens artikel 315 of 317 B.W., m.a.w. indien de vaderschapsregel speelt en de echtgenoot van de moeder als de juridische vader van het kind moet worden beschouwd.

Wanneer een vonnis dat de vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot gegrond heeft verklaard, is overgeschreven in de registers van de ambtenaar van de burgerlijke stand, staat het vaderschap niet meer vast o.g.v. de artikelen 315 of 317 B.W. en kan de machtiging tot erkenning niet worden verleend. De gewone procedure ex artikel 319 B.W. is terzake van toepassing (Rb. Gent 28 januari 1993, *T.B.B.R.* 1994, 66). Opgemerkt moet worden dat het vaderschap van de echtgenoot zelf al op een vroeger tijdstip vervalt, nl. op het ogenblik dat het vonnis dat de betwistingsvordering gegrond verklaart in kracht van gewijsde treedt.

Instructies van de Minister van Justitie bevestigden met zoveel woorden dat wanneer een kind ingevolge een rechtsvordering houdende betwisting van het vaderschap geen vaderlijke afstamming meer heeft, dit kind zonder machtiging van de rechtbank kan worden erkend in toepassing van artikel 319 B.W. (Omz. 10 maart 1988 met ref. 7/Litt.EC/Fil. betreffende de Wet van 31 maart 1987 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming, *onuitg.*, p. 3).

In dezelfde zin oordeelde het Hof van Beroep te Luik in een geval waarin de biologische vader om machtiging tot erkenning had verzocht (art. 320, 4° B.W.) en de moeder tegelijk het vaderschap van haar gewezen echtgenoot op eenvoudige verklaring betwistte (art. 318 § 3 eerste lid, 2° B.W.) dat, nu de betwistingsvordering gegrond kon worden verklaard, er geen reden was om de biologische vader te machtigen om het kind te erkennen, aangezien hij het kind zonder machtiging kan erkennen van zodra het arrest dat de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot gegrond verklaarde in kracht van gewijde was getreden (Luik 16 oktober 2000, *J.L.M.B.* 2002, 139, noot I. MASSIN).

Voor de toepassing van artikel 320 B.W. is evenwel niet vereist dat het huwelijk van de moeder – dat de basis vormt voor de toepassing van de vaderschapsregel – nog bestaat. Ook al is dit huwelijk nietigverklaard of ontbonden door echtscheiding of door het overlijden van één of beide echtgenoten, de door dit huwelijk krachtens artikel 315 of 317 B.W. gevestigde afstamming blijft onverkort bestaan.

606 Alvorens een andere man dan de echtgenoot machtiging tot erkenning kan bekomen, mag het vaderschap van de echtgenoot van de moeder niet bevestigd zijn door bezit van staat (a) en moet het kind geboren zijn (of worden) in één van de vier gevallen die in artikel 320 B.W. worden omschreven en waaruit blijkt dat het vaderschap van de echtgenoot onwaarschijnlijk is (b).

a. Grond van ontoelaatbaarheid: bezit van staat t.a.v. de echtgenoot van de moeder

607 Het sterkste bewijs dat de reeds bestaande juridische afstammingsband met de echtgenoot van de moeder ook in de praktijk goed functioneert, wordt geleverd indien het te erkennen kind bezit van staat heeft t.a.v. zijn juridische vader. In dergelijk geval kan geen enkele man machtiging tot erkenning van dit kind bekomen, zelfs niet de biologische vader.

Voor een toepassingsgeval, zie Luik 7 februari 1995, *J.L.M.B.* 1995, 522 en *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 655: wanneer de echtgenoot van de moeder van een kind zijn vrouw heeft bijgestaan tijdens haar zwangerschap, aan de zijde van zijn echtgenote stond tijdens de arbeid en de bevalling, van bij de geboorte toegewijd heeft gezorgd voor dat kind en dit laatste door de familieleden werd beschouwd als zijn zoon, bestaat er een voortdurend en ondubbelzinnig bezit van staat.

Teneinde het kind alsnog te kunnen erkennen, rest de biologische vader niets anders dan aan te sturen op een betwisting van het vaderschap van de echtgenoot door een persoon die daartoe gerechtigd is. Pas na een succesvolle betwisting van het vaderschap dat vaststaat krachtens artikel 315 of 317 B.W. zal hij het kind kunnen erkennen o.g.v. artikel 319 § 1 B.W.

608 De feitelijke hereniging van de echtgenoten ten tijde van de verwekking werd niet weerhouden als algemene grond van ontoelaatbaarheid van het verzoek tot machtiging, maar speelt enkel een rol in één hypothese (zie art. 320, 3° B.W.).

Dit is merkwaardig, aangezien artikel 320 B.W. grote gelijkenissen vertoont met artikel 318 § 3 B.W. inzake de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot op eenvoudige verklaring, waarvoor de feitelijke hereniging van beide echtgenoten ten tijde van de verwekking – op gelijke voet met het bezit van staat t.a.v. beide echtgenoten – in het eerste lid als algemene ontoelaat-

baarheidgrond voor de vordering is opgenomen (zie verder, nrs. 842-844), terwijl in de aanhef van artikel 320 B.W. enkel het bezit van staat t.a.v. de echtgenoot de machtiging steevast verhindert. De soepeler regeling in artikel 320 B.W. zou te verklaren zijn door het feit dat het kind bij toepassing van deze bepaling niet alleen een vader verliest – zoals ook het geval is bij toepassing van artikel 318 § 3 B.W. – maar tegelijk een andere in de plaats krijgt (zie A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 318 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 3, nr. 5). Deze verklaring kan niet volledig overtuigen, aangezien de man die machtiging tot erkenning verkrijgt geenszins verplicht is ook daadwerkelijk tot erkenning van het betrokken kind over te gaan (zie ook verder, nr. 675).

b. Vier gevallen waarin de rechtbank machtiging tot erkenning kan verlenen

609 Voor de toepassing van artikel 320 B.W. is niet alleen noodzakelijk dat het vaderschap vaststaat o.g.v. artikel 315 of 317 B.W. en dat het kind geen bezit van staat t.a.v. de echtgenoot van de moeder heeft, de machtiging kan enkel worden verleend in de gevallen die in artikel 320 B.W. worden omgeschreven. Het gaat om een limitatieve opsomming van vier gevallen waarin een andere man dan de echtgenoot machtiging tot erkenning kan bekomen.

610 Ondanks de verruiming van het toepassingsgebied van artikel 320 B.W. door de Wet van 27 december 1994 wordt de biologische vader dus nog steeds geconfronteerd met beperkingen om zijn kind te erkennen. In 1997 stelde het Hof van Beroep te Luik een prejudiciële vraag die gelijkaardig was aan deze die het Arbitragehof niet beantwoordde in zijn arrest nr. 59/95 van 12 juli 1995 (zie verder, nr. 625). Het hof vroeg zich af of de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet geschonden worden door artikel 320 B.W. in zoverre het de biologische vader die een overspelig kind *a matre* wil erkennen niet toestaat zijn vaderschap met alle wettelijke middelen te bewijzen, terwijl het vaderschap van de aspirant-erkenner wordt bevestigd door bezit van staat en de afstamming van vaderszijde niet wordt betwist (Luik 28 mei 1996, *J.L.M.B.* 1996, 971 en *R.R.D.* 1997, 29).

Het Arbitragehof was o.g.v. een zuiver tekstuele interpretatie van de vraag van oordeel dat ook deze vraag geen antwoord behoefde: artikel 320 B.W. – dat in uitzonderlijke gevallen een andere man dan de echtgenoot, mits machtiging van de rechtbank, toelaat een huwelijks kind te erkennen en op die manier het vaderschap van de echtgenoot op onrechtstreekse wijze te betwisten – heeft immers niet tot voorwerp om aan een man, wie dan ook, al dan niet toelating te verlenen om met alle wettelijke middelen het bewijs van zijn vaderschap te leveren; bovendien is de omstandigheid dat het vaderschap van de kandidaat-erkenner wordt bevestigd door het bezit van staat en niet wordt betwist, vreemd aan de hypotheses die deze bepaling beoogt (Arbitragehof nr. 41/97, 14 juli 1997, *B.S.* 20 september 1997, 24553, *J.L.M.B.* 1997, 1232, *Rev. trim. dr. fam.* 1997, 184 en *R.W.* 1997-98, 943; de redenering van het Arbitragehof werd later hernomen in de lagere rechtspraak, zie Rb. Brussel 19 november 1997, *Pas.* 1996, III, 100).

Het lijdt inderdaad geen twijfel dat enkel (de afwezigheid van) bezit van staat ten aanzien van de echtgenoot relevant is, niet de aanwezigheid van bezit van staat in hoofde van de erkenner (zie

aanhef art. 320 B.W.). Toch kan worden betreurd dat het Arbitragehof de vraag niet geherformuleerd heeft, in die zin dat ze zou peilen naar het eventueel discriminatoir karakter van de regeling die een algemene mogelijkheid voor de biologische vader om zijn kind te erkennen verhindert (al zou een dergelijke vraag wellicht ook negatief worden beantwoord, zie daaromtrent P. SENAEVE, "De vaderschapsregel in het spanningsveld van de mensenrechtenbescherming en van het gelijkheidsbeginsel", in X (ed.), *Liber amicorum Roger Blanpain*, Brugge, die Keure, 1998, 814 e.v. en P. SENAEVE, "Capita selecta inzake afstammingsrecht", in X (ed.), *Notariële actualiteit*, 12, *Familiaal vermogensrecht*, Brugge, die Keure, 2002, 72-73).

Een biologische vader die toegaf dat het vaderschap van de echtgenoot werd bevestigd door bezit van staat en dat geen van de in artikel 320 B.W. voorziene hypotheses kon worden toegepast, wenste dat aan het Arbitragehof zou worden gevraagd of artikel (319*bis* en) 320 B.W. het gelijkheidsbeginsel schendt in zoverre overspelige kinderen *a patre* en overspelige kinderen *a matre* niet op dezelfde manier worden behandeld, omdat de overspelige kinderen *a matre* slechts kunnen worden erkend door hun biologische vader indien er geen bezit van staat is tussen het kind en de echtgenoot van de moeder en deze laatsten feitelijk gescheiden leefden op het moment van de verwekking. Het Hof van Beroep te Antwerpen weigerde de prejudiciële vraag te stellen, met verwijzing naar het zonet besproken arrest van 14 juli 1997, na de vaststelling dat de biologische vader zelf niet voldeed aan de grondvoorwaarden van de artikelen 319*bis* en 320 B.W. die hij aan de grondwettigheidstoets onderworpen wilde zien en met als motivering dat de vraag "hier geen aarde aan de dijk brengt en zeker niet onontbeerlijk is om uitspraak te kunnen doen" (Antwerpen (3de kamer) nr. 2001/AR/2248, 17 september 2003, *onuitg.*).

611 In 2001 heeft het Arbitragehof zich positief uitgesproken over de vraag of de limitatieve opsomming van hypotheses waarin de rechtbank de machtiging tot erkenning kan verlenen – en die alleen gevallen betreffen waarbij het kind verwekt is tijdens het huwelijk van de moeder op een ogenblik dat zij wellicht gescheiden leefde van haar echtgenoot – verenigbaar is met het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel, gelezen in samenhang met de artikelen 8 en 14 E.V.R.M. en artikel 7 I.V.R.K.

In een onuitgegeven vonnis van 18 januari 2000 vroeg de Rechtbank van Eerste Aanleg te Nijvel het Arbitragehof of kinderen niet gediscrimineerd worden naargelang het tijdstip waarop ze verwekt zijn: een kind verwekt tijdens het huwelijk van de moeder op een ogenblik waarop de moeder van haar echtgenoot gescheiden leefde kan door een andere man worden erkend, terwijl diezelfde man o.g.v. artikel 320 B.W. geen machtiging kan krijgen voor de erkenning van een kind dat verwekt werd vóór het huwelijk van de moeder.
Het is duidelijk dat het hier om een uitzonderlijke hypothese gaat. Het onderscheid in behandeling is enkel relevant in het geval dat bij een vrouw een kind wordt verwekt en zij nadien trouwt met een andere man dan de verwekker. De moeder van het kind en haar echtgenoot wierpen op dat de prejudiciële vraag niet relevant was omdat het vaderschap van de echtgenoot bevestigd werd door bezit van staat, maar de verwijzende rechtbank stelde de vraag toch omdat ze van oordeel was dat dit bezit van staat *in casu* dubbelzinnig was.

Het Arbitragehof merkte op dat de wetgever twee verschillende doelstellingen met elkaar wou verenigen: enerzijds de biologische waarheid in aanmerking nemen, maar anderzijds ook de rust in de families bewaren. Het hof was van mening dat wanneer het kind geboren wordt in een op het huwelijk gebaseerd gezin, zonder enig gerechtelijk spoor van ontwrichting, de wetgever mocht oordelen dat de rust der families voorrang moest hebben op de biologische waarheid, zelfs wanneer het kind verwekt is vóór het huwelijk. Het belang van het kind zou verstoord kunnen worden als een nieuwe afstammingsband buiten het gezin het vaderschap van de echtgenoot zou komen vervangen.

Tegelijk overwoog het Arbitragehof dat de echtgenoten bij het aangaan van hun huwelijk erop mochten vertrouwen dat hun gezinsleven ook na de geboorte van een kind dat verwekt werd vóór het huwelijk niet zou kunnen worden verstoord, "althans wanneer er bezit van staat is", door het feit dat een andere man dan de echtgenoot gemachtigd zou kunnen worden het kind te erkennen.

Deze laatste overweging wekt verwondering, aangezien de verwijzende rechter net van oordeel was dat dit bezit van staat "dubbelzinnig" was.

Het Arbitragehof herinnerde aan de artikelen 3.1 en 7.1 I.V.R.K. die respectievelijk stellen dat bij alle maatregelen betreffende kinderen, hun belangen de eerste overweging vormen en dat het kind, voor zover mogelijk, het recht heeft zijn ouders te kennen en door hen te worden verzorgd. In één adem poneerde het hof meteen zeer expliciet dat die bepalingen niet het recht impliceren om een andere afstammingsband vast te stellen dan diegene die al bestaat op basis van het huwelijk van de ouders. Ook de artikelen 8 en 14 E.V.R.M. verzetten er zich volgens het hof niet tegen dat de wetgever de erkenning van een huwelijks kind waarop de vaderschapsregel van toepassing is afhankelijk maakt van bepaalde voorwaarden met de bedoeling de stabiliteit en de eerbiediging van het gezinsleven binnen het huwelijk te vrijwaren. De prejudiciële vraag werd dan ook negatief beantwoord (Arbitragehof nr. 56/2001, 8 mei 2001, *B.S.* 28 juni 2001, 22298, *R.W.* 2001-02, 629, *Rev. trim. dr. fam.* 2001, 323, *T.J.K.* 2001, 110, noot en *J.L.M.B.* 2001, 942, noot I.M.).

Over de conformiteit van de limitatieve omschrijving van de gevallen waarin machtiging tot erkenning mogelijk is met de artikelen 8 en 14 E.V.R.M. heeft het Hof van Cassatie zich reeds onder de gelding van het vroegere afstammingsrecht uitgesproken. De vereisten die de oude artikelen 331 en 335 B.W. stelden voor de erkenning van overspelige kinderen beoogden volgens het Hof van Cassatie, zowel voor de wettige als de onwettige familie, het recht op eerbiediging van het gezinsleven te verzoenen met andere door het E.V.R.M. erkende rechten en vrijheden; de vroegere wettelijke regeling werd niet strijdig bevonden met de artikelen 8 en 14 E.V.R.M. (Cass. 20 november 1987, *Arr. Cass.* 1987-88, 364 en *Pas.* 1988, I, 341).

612 In alle gevallen die in artikel 320 B.W. worden opgesomd blijkt de onwaarschijnlijkheid van het biologisch vaderschap van de echtgenoot uit onbetwistbaar vaststaande gegevens, waardoor meteen waarschijnlijk wordt dat het kind door een andere man dan de echtgenoot van de moeder werd verwekt.
Hieronder wordt dieper ingegaan op de vier hypotheses waarin de rechtbank van eerste aanleg aan een man machtiging tot erkenning van een kind kan verlenen indien het vaderschap van de echtgenoot van de moeder niet bevestigd is door bezit van staat.

(i) Het kind is geboren ten minste 180 dagen na de ontbinding of de nietigverklaring van het huwelijk van de moeder (art. 320, 1° B.W.)

613 Wanneer een kind ter wereld komt meer dan 180 dagen na de ontbinding van het huwelijk (door echtscheiding of door overlijden) of de nietigver-

klaring van het huwelijk van zijn moeder, kan een andere man dan de echtgenoot gemachtigd worden dit kind te erkennen.

614 De hypothese bedoeld in artikel 320, 1° B.W. is de enige waarin machtiging tot erkenning mogelijk en vereist is voor kinderen die niet – steeds – uit een overspelige moeder zijn geboren. Kinderen bedoeld in deze bepaling zijn immers niet *per se* door een overspelige moeder verwekt. Zij kunnen slechts als overspelige kinderen *a matre* worden beschouwd indien ze tijdens het huwelijk van hun moeder werden verwekt.

De termijn van 180 dagen komt overeen met de wettelijke minimumduur van een zwangerschap. De wettelijke maximumduur van een zwangerschap – bepaald op 300 dagen (zie art. 326 B.W.) illustreert dat de kinderen "geboren ten minste 180 dagen" na het huwelijk van hun moeder ook nog tijdens dit huwelijk verwekt kunnen zijn.

(ii) Het kind is verwekt nadat een vordering tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed is ingeleid (art. 320, 2° B.W.)

615 Artikel 320, 2° B.W. bevat drie subhypotheses met als gemeenschappelijk kenmerk dat de echtgenoten blijk hebben gegeven van de intentie het huwelijk dat aanleiding geeft tot de toepassing van de vaderschapsregel uit artikel 315 of 317 B.W. te willen ontbinden door een vordering tot echtscheiding o.g.v. bepaalde feiten of door onderlinge toestemming in te leiden, dan wel sommige huwelijksverplichtingen willen uitschakelen via een scheiding van tafel en bed, hetzij o.g.v. bepaalde feiten, hetzij door onderlinge toestemming.

– Vooreerst kan machtiging tot erkenning worden verleend indien het kind geboren is meer dan 300 dagen na de inleidingszitting bedoeld in artikel 1258 § 1 eerste lid Ger. W. – dus in het raam van een vordering tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed o.g.v. bepaalde feiten –, maar slechts op voorwaarde dat er geen proces-verbaal van verzoening is opgemaakt. Een dergelijk proces-verbaal kan worden opgemaakt wanneer de rechter op verzoek van beide echtgenoten of van één van hen op de inleidingszitting tot een verzoeningspoging overgaat en deze succesvol is (art. 1258 § 1 eerste en tweede lid Ger. W.).

– Daarnaast kan een man ook machtiging tot erkenning bekomen wanneer het kind geboren is meer dan 300 dagen nadat de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, rechtsprekend in kort geding, de partijen heeft gemachtigd een afzonderlijke verblijfplaats te betrekken.
Wanneer de vordering tot echtscheiding o.g.v. bepaalde feiten is ingeleid, kan de voorzitter een dergelijke machtiging verlenen o.g.v. artikel 1280 Ger. W. Deze voorlopige maatregel kan zelfs nog vóór de inleidingszitting worden uitgesproken (Verslag namens de Commissie voor de Justitie, uitgebracht

door mevr. DE T'SERCLAES inzake wetsontwerp tot wijziging van de art. 318 en 320 van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* Kamer 1994-95, nr. 1562/4, 5-6; P. SENAEVE, "De 'Reparatiewet' van 27 december 1994 betreffende de echtscheidingsprocedure", *E.J.* 1995, (2) 3).

– Tenslotte kan de rechtbank machtiging tot erkenning verlenen wanneer het kind geboren is meer dan 300 dagen na de verklaring die de echtgenoten afleggen tijdens hun eerste verschijning in het raam van een echtscheiding of scheiding van tafel en bed door onderlinge toestemming (art. 1289 Ger. W.).

In feite vereist de wet in deze drie gevallen dat er meer dan 300 dagen zijn verlopen tussen een gerechtelijke akte en de geboorte van het kind, zodat mag worden uitgegaan van het feit dat het kind verwekt is na deze gerechtelijke akte. De termijn van 300 dagen is immers de maximale wettelijke duur van een zwangerschap (zie art. 326 B.W.).
Het is echter mogelijk dit wettelijke vermoeden *in concreto* te weerleggen: zo wordt bewezen dat een zwangerschap langer heeft geduurd dan 300 dagen blijkt meteen dat het kind verwekt werd vóór de gerechtelijke akte, met als gevolg dat de rechtbank de machtiging tot erkenning niet o.g.v. artikel 320, 2° B.W. kan verlenen.

616 Machtiging tot erkenning kan pas o.g.v. artikel 320, 2° B.W. worden verleend op voorwaarde dat het kind geboren is "minder dan 180 dagen na de definitieve afwijzing van de eis of na de verzoening van de echtgenoten" (zie art. 320, 2° *in fine* B.W.).

Concreet betekent dit dat, ook al verkeren de betrokkenen in één van de drie in het vorige randnummer besproken subhypotheses, de machtiging niet kan worden verleend wanneer het kind geboren is
– meer dan 180 dagen na de definitieve afwijzing van de vordering tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed; of
– meer dan 180 dagen na de verzoening van de echtgenoten.

De onmogelijkheid om machtiging te verlenen is logisch t.a.v. kinderen die geboren worden vanaf de 180ste dag na de verzoening, omdat de echtgenoten na verzoening het echtelijke (samen-)leven hervatten. 180 dagen is immers de wettelijke minimumduur van een zwangerschap (zie art. 326 B.W.). De definitieve afwijzing van de vordering impliceert echter geenszins de hernieuwing van de echtelijke samenleving. Betreurd kan dan ook worden dat de verzoening en de definitieve afwijzing van de eis door de wetgever werden gelijkgesteld.

Wanneer de vordering tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed vervalt of niet wordt voortgezet om andere redenen dan de definitieve afwijzing ervan (bv. wegens afstand van geding, niet-naleving van de wettelijke minimumduur van het huwelijk voor echtscheiding door onderlinge toestemming (art. 276 B.W.), overlijden van een echtgenoot enz.), moet de machtiging tot erkenning kunnen worden verleend (art. 320, 2° B.W. *a contrario*).

Indien de vordering tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed niet definitief is afgewezen en de echtgenoten ook niet verzoend zijn, speelt de termijn bepaald in artikel 320, 2° *in fine* B.W. geen enkele rol en moet de machtiging

worden verleend indien het kind geboren is meer dan 300 dagen na één van de drie gevallen die in artikel 320, 2° B.W. worden opgesomd.

617 De algemene principes van overgangsrecht i.v.m. artikel 320 B.W. worden verder uiteengezet (zie verder, nrs. 632-634). Artikel 320, 2° B.W. geeft echter aanleiding tot een specifiek overgangsrechtelijk probleem door te verwijzen naar artikel 1258 Ger. W.

De Afstammingswet van 31 maart 1987 voorzag in drie vertrekpunten voor de termijn van 300 dagen uit artikel 320, 2° B.W.: vooreerst het proces-verbaal bedoeld in het oude artikel 1258 Ger. W., nl. het proces-verbaal van niet-verzoening in het raam van een echtscheidingsprocedure o.g.v. bepaalde feiten, daarnaast de beschikking van de voorzitter in kort geding, waarbij de echtgenoten gemachtigd worden een afzonderlijke verblijfplaats te betrekken en ten slotte de verklaring bedoeld in artikel 1289 Ger. W.
De twee laatstgenoemde vertrekpunten bestaan nog steeds, maar de verzoeningspoging door de rechter die onder gelding van het oude artikel 1258 Ger. W. nog verplicht was, is na de Wet van 30 juni 1994 facultatief geworden (zie art. 5 W. 30 juni 1994 houdende wijziging van art. 931 van het Gerechtelijk Wetboek en van de bepalingen betreffende de procedures van echtscheiding (*B.S.* 21 juli 1994)), met als gevolg dat in de meerderheid van de gevallen er dan ook geen proces-verbaal meer werd opgesteld. Via de Wet van 27 december 1994 (tot wijziging van de art. 318, 320 en 348 van het Burgerlijk Wetboek en van de art. 1306, 1309 en 1310 van het Gerechtelijk Wetboek, *B.S.* 28 januari 1995) is het eerstgenoemde vertrekpunt dan ook gewijzigd: luidens de aanhef van het vigerende artikel 320, 2° B.W. moet het kind geboren zijn meer dan 300 dagen na de inleidingszitting in het raam van een echtscheiding of scheiding van tafel en bed o.g.v. bepaalde feiten en mag er geen proces-verbaal van verzoening zijn opgemaakt (wijziging door art. 2 W. 27 december 1994).

Zonder overgangsbepaling zou artikel 320, 2° B.W. met zijn gewijzigde libellering pas in werking zijn getreden op 7 februari 1995 (datum van inwerkingtreding van de Wet van 27 december 1994); nochtans werd de verplichte verzoeningspoging al afgeschaft met ingang van 1 oktober 1994 (datum van inwerkingtreding van de Wet van 30 juni 1994).

Artikel 7 van de Wet 27 december 1994 regelt dit probleem van overgangsrecht en stelt dat het oude artikel 320, 2° B.W. van kracht blijft voor procedures aangaande de afstamming die betrekking hebben op een vordering tot echtscheiding die werd ingediend vóór 1 oktober 1994. Concreet komt deze overgangsbepaling erop neer dat ingeval de echtscheidingsprocedure werd ingeleid vóór 1 oktober 1994, het vertrekpunt van de termijn van 300 dagen nog steeds bepaald kan worden door het proces-verbaal van niet-verzoening bedoeld in het oude artikel 1258 Ger. W. (vgl. P. SENAEVE, "De 'Reparatiewet' van 27 december 1994 betreffende de echtscheidingsprocedure", *E.J.* 1995, (2) 5). Werd de vordering tot echtscheiding ingeleid op 1 oktober 1994 of op een latere datum, dan vindt artikel 320, 2° B.W. toepassing, zodat het vertrekpunt van de termijn van 300 dagen de inleidingszitting bij een echtscheiding of scheiding van tafel en bed o.g.v. bepaalde feiten is en geen proces-verbaal van verzoening mag zijn opgemaakt.

(iii) Het kind is verwekt nadat de vrederechter de echtgenoten gemachtigd heeft om afzonderlijk te verblijven (art. 320, 3° B.W.)

618 Krachtens artikel 320, 3° B.W. kan machtiging tot erkenning worden verleend wanneer het kind geboren is meer dan 300 dagen na een beschikking van de vrederechter gegeven krachtens artikel 223 B.W., waarbij de echtgenoten gemachtigd worden een afzonderlijke verblijfplaats te betrekken, en minder dan 180 dagen na de datum waarop aan deze maatregel een einde is gekomen, of nadat de echtgenoten feitelijk "verenigd" (uiteraard wordt bedoeld: "herenigd" (vgl. art. 318 § 3 eerste lid, 2° B.W.)) zijn geweest.

619 Het kind moet niet alleen geboren zijn meer dan 300 dagen na de beschikking van de vrederechter, maar tegelijk ook minder dan 180 dagen nadat aan de machtiging tot afzonderlijk verblijf een einde is gekomen of nadat de echtgenoten feitelijk herenigd geweest zijn.

Enerzijds kan door de verweerder(s) worden bewezen dat voor een kind geboren 301 dagen na de beschikking, de zwangerschap nog langer dan 300 dagen – de wettelijke maximumduur van de zwangerschap (zie art. 326 B.W.) – heeft geduurd, bv. 302 dagen, waardoor zou blijken dat het kind vóór de beschikking werd verwekt, met als gevolg dat een machtiging tot erkenning o.g.v. art. 320, 3° B.W. niet mogelijk is.

Anderzijds kan de aspirant-erkenner het bewijs leveren dat voor een kind geboren 180 dagen of meer (bv. 181 dagen) na het einde van de machtiging of de feitelijke hereniging van de echtgenoten, de zwangerschap minder dan 180 dagen – de wettelijke minimumduur van een zwangerschap (zie art. 326 B.W.) heeft geduurd –, bv. 178 dagen, waardoor zou blijken dat het kind na de uitwerking van de maatregel of na de feitelijke hereniging van de echtgenoten is verwekt, met als gevolg dat de machtiging tot erkenning o.g.v. artikel 320, 3° B.W. kan worden verleend.

In het – eerder uitzonderlijk – geval dat de vrederechter zijn machtiging tot afzonderlijk verblijf niet in de tijd heeft beperkt en de echtgenoten niet feitelijk herenigd zijn, moet met de termijn van 180 dagen uit artikel 320, 3° B.W. evident geen rekening worden gehouden.

620 Wanneer de vrederechter de machtiging tot afzonderlijk verblijf in de tijd beperkt en de rechtbank van eerste aanleg in hoger beroep de maatregel verlengt, dan volstaat het dat het kind is verwekt (of: geboren minder dan 180 dagen) vóór het verstrijken van de in hoger beroep bepaalde geldingsduur. Er mag zelfs worden aangenomen dat hetzelfde geldt in het geval waarin een dergelijke verlenging door de rechtbank van eerste aanleg pas gebeurt nadat aan de maatregel van de vrederechter een einde is gekomen (vgl. *mutatis mutandis* P. SENAEVE, "De afstamming langs vaderszijde binnen het huwelijk", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1987, 92, nr. 98).

621 In rechtspraak en rechtsleer bestaat betwisting omtrent de vraag of artikel 320, 3° B.W. restrictief, dan wel extensief moet worden geïnterpreteerd.

– Het grootste deel van de rechtspraak is van oordeel dat artikel 320, 3° B.W. strikt moet worden geïnterpreteerd omdat de wetgever duidelijk de bedoeling had om de machtiging maar mogelijk te maken indien uit een gerechtelijke akte blijkt dat de echtgenoten feitelijk gescheiden leefden op het ogenblik van de verwekking; de geest van de wet bestaat erin dat rekening moet gehouden worden met een feitelijke scheiding die door een rechterlijke beslissing is bekrachtigd (Rb. Luik 31 januari 1992, *Rev. trim. dr. fam.* 1993, 454).

Zo oordeelde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel dat de machtiging tot erkenning niet kon worden verleend o.g.v. artikel 320, 3° B.W., nu het kind geboren was meer dan 180 dagen nadat een einde gekomen is aan de maatregel van de vrederechter waarbij echtgenoten gemachtigd werden afzonderlijk te verblijven (Rb. Brussel 19 november 1997, *Pas.* 1996, III, 100; zie ook reeds Rb. Brussel 24 februari 1988, *Pas.* 1988, III, 64 en weergegeven door C. PANIER, "Inédits de droit de la famille (II-2). Le nouveau droit de la filiation (loi du 31 mars 1987)", *J.L.M.B.* 1988, (685) 687-688, m.b.t. een verwekt, maar nog niet geboren kind).

In dezelfde zin oordeelde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Luik dat de machtiging tot erkenning van een verwekt maar nog niet geboren kind niet kan worden verleend o.g.v. artikel 320, 3° B.W. wanneer de vrederechter geen machtiging tot afzonderlijk verblijf heeft verleend, omdat hij zich onbevoegd achtte wegens gebrek aan bewijs van het dringend karakter van de gevraagde maatregel (Rb. Luik 31 januari 1992, *Rev. trim. dr. fam.* 1993, 454).

Het Hof van Beroep te Bergen heeft daarentegen de machtiging tot erkenning o.g.v. artikel 320, 3° B.W. verleend, niettegenstaande het kind geboren werd meer dan 300 dagen na de machtiging van de vrederechter tot afzonderlijk verblijf, maar ook meer dan 180 dagen na het einde van die maatregel.

Het hof overwoog dat uit stukken was gebleken dat de moeder en haar echtgenoot niet meer hebben samengeleefd sinds de machtiging en zij de gevolgen van de beslissing van de vrederechter in onderling akkoord hadden uitgebreid, dat de moeder enkel voor andere kinderen onderhoudsgeld van haar echtgenoot vroeg en dat die echtgenoot geen recht van bewaring vorderde, noch bezit van staat t.o.v. het kind had (Bergen 4 mei 1999, *T.B.B.R.* 2001, (585) 586, noot I. MASSIN).

Deze uitspraak is manifest *contra legem*. In de doctrine is artikel 320, 3 ° B.W. echter bekritiseerd met verwijzing naar het E.V.R.M. en de Belgische Grondwet. Zo acht MASSIN een extensieve interpretatie van deze bepaling verdedigbaar in het licht van de positieve verplichtingen voor de Staat die voortvloeien uit artikel 8 E.V.R.M. Zij is tevens de mening toegedaan dat artikel 320, 3° B.W., in zoverre het vereist dat het kind geboren is minder dan 180 dagen nadat een einde is gekomen aan de maatregel van de vrederechter zonder de partijen de mogelijkheid te geven te bewijzen dat de feitelijke scheiding langer heeft geduurd dan het tijdstip waarop de maatregel een einde nam, onevenredig is met de doelstellingen van de wetgever (nl. de rust der families en de rechtszekerheid beschermen) en aldus een discriminatie uitmaakt die het gelijkheidsbeginsel schendt. De biologische vader van een kind verwekt bij een gehuwde vrouw die feitelijk gescheiden leeft van haar echtgenoot na een in de tijd beperkte machtiging van de vrederechter die niet meer werkzaam is, zou worden gediscrimineerd t.o.v. de verwekker wiens gehuwde partner zonder tijdsbeperking tot afzonderlijk verblijf werd gemachtigd of wiens in de tijd beperkte machtiging nog niet verstreken is op het ogenblik dat de machtiging wordt gevraagd (I. MASSIN, "L'établissement de la paternité du père biologique par la contestation indirecte de paternité du père légal – Article 320, 3° du Code civil", (noot onder Bergen 4 mei 1999 en Luik 12 mei 1999), *T.B.B.R.* 2001 (589) resp. 596-597, nr. 11 en 598-599, nrs. 14-15).
Deze kritiek op de wettelijke regeling is terecht. Het lijkt inderdaad moeilijk te verantwoorden dat geen machtiging tot erkenning kan worden bekomen voor een kind dat bv. verwekt is 60 dagen (twee maanden) vóór de datum waarop aan de door de vrederechter verleende machtiging tot afzonderlijk verblijf een einde is gekomen en na een normale zwangerschap van 270 dagen (9

maanden) ter wereld komt, aangezien dit kind 210 dagen (*i.e.* méér dan 180 dagen) na het einde van de maatregel zal worden geboren.

622 In de huidige stand van de wetgeving kan ons inziens geen machtiging tot erkenning worden verleend wanneer het kind geboren is meer dan 300 dagen nadat de vrederechter de echtgenoten machtigde om afzonderlijk verblijf te houden, maar tegelijk ook *meer* dan 180 dagen nadat aan deze maatregel een einde is gekomen, zelfs al is bewezen dat de echtgenoten sindsdien nooit meer samen hebben geleefd (Rb. Brussel 8 maart 1995, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 677). De redactie van artikel 320 B.W. sluit een extensieve interpretatie uit. Het vertrekpunt van de termijn van 180 dagen is het loutere einde van de maatregel; verzoening van de echtgenoten is niet relevant (Luik 12 mei 1999, *T.B.B.R.* 2001, (585) 587, noot I. MASSIN, goedkeurend besproken door N. MASSAGER, "Droit de la filiation. Chronique de jurisprudence (1999-2001)", *Rev. dr. U.L.B.* 2003, (161) 225, nr. 22).

(iv) Het kind is verwekt na de feitelijke scheiding van de echtgenoten die gevolgd werd door een echtscheiding (art. 320, 4° B.W.)

• Toepassingsgebied van artikel 320, 4° B.W.

623 Artikel 320, 4° B.W. laat machtiging tot erkenning toe wanneer het kind geboren is meer dan 300 dagen na de datum van de feitelijke scheiding ingeval de echtscheiding is uitgesproken krachtens de artikelen 229, 231 of 232 B.W.

Ook hier is het tegenbewijs aangaande de maximale wettelijke duur van de zwangerschap principieel toegelaten (zie art. 326 B.W. en boven, nr. 259). Wordt door de verweerder(s) bewezen dat de zwangerschap langer dan 300 dagen heeft geduurd, dan is het kind nog vóór de datum van de feitelijke scheiding verwekt, hetgeen betekent dat een machtiging tot erkenning o.g.v. artikel 320, 4° B.W. niet mogelijk is.

624 Ons inziens is voor de toepassing van artikel 320, 4° B.W. niet vereist dat het echtscheidingsvonnis in kracht van gewijsde is gegaan (vgl. verder, nr. 853 i.v.m. art. 318 § 3 eerste lid 2° B.W.); gelet op de bewoordingen van de wet moet worden aangenomen dat de uitspraak van de echtscheiding volstaat; een definitief geworden echtscheiding is niet noodzakelijk.

N. MASSAGER is dezelfde mening toegedaan, maar maakt voorbehoud voor het geval waarin in het rechtsmiddel dat werd aangewend tegen het echtscheidingsvonnis de verzoening van de echtgenoten zou worden opgeworpen. Zij wijst erop dat artikel 320, 4° B.W. uitgaat van het vermoeden dat de echtgenoten op het ogenblik van de verwekking niet feitelijk herenigd waren, nu hun aangehouden wil om hun huwelijk te beëindigen zich veruitwendigd heeft in een echtscheidingsvonnis (N. MASSAGER, "Droit de la filiation. Chronique de jurisprudence (1999-2001)", *Rev. dr. U.L.B.* 2003, (161) 218, nr. 20, voetnoot 2).

625 Artikel 320, 4° B.W. beoogt dus de hypothese dat de feitelijke scheiding van de echtgenoten naderhand is uitgelopen op een uitgesproken echtscheiding. Merkwaardig is dat in deze bepaling slechts twee echtscheidingsvormen zijn opgenomen: de echtscheiding o.g.v. fout, nl. overspel (art. 229 B.W.) en gewelddaden, mishandelingen en grove beledigingen (art. 231 B.W.) enerzijds,

en de echtscheiding o.g.v. feitelijke scheiding van meer dan twee jaar (art. 232 B.W.; de vereiste duur van de feitelijke scheiding werd gereduceerd van vijf tot twee jaar door art. 2 W. 16 april 2000 tot wijziging van art. 232 van het Burgerlijk Wetboek en van de art. 1270*bis*, 1309 en 1310 van het Gerechtelijk Wetboek met betrekking tot echtscheiding op grond van feitelijke scheiding, *B.S.* 19 mei 2000, in werking getreden op 29 mei 2000) anderzijds.

Oorspronkelijk was het toepassingsgebied van artikel 320, 4° B.W. nog beperkter: in de versie zoals ingevoerd door de Afstammingswet van 31 maart 1987 kon o.g.v. deze bepaling enkel machtiging tot erkenning worden verleend in de hypothese dat het kind geboren was meer dan 300 dagen na de datum van de feitelijke scheiding die gevolgd werd door een echtscheiding o.g.v. feitelijke scheiding van – toen nog – meer dan vijf jaar (art. 232 B.W.).

Te dien tijde werd het verschil in behandeling van de overspelige kinderen naargelang ze geboren waren binnen of buiten de termijn van 300 dagen vermeld in artikel 320 B.W. door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Leuven strijdig bevonden met artikel 8.1 *juncto* 14 E.V.R.M. In een geval waarin de echtscheiding o.g.v. overspel was uitgesproken en de moeder gedurende het hele wettelijk tijdvak van de verwekking in overspel leefde samen met de erkenner, was de rechtbank van oordeel dat artikel 320 B.W., gelet op de directe werking van voormelde verdragsbepalingen, niet mocht worden toegepast en werd de machtiging tot erkenning verleend (Rb. Leuven 4 januari 1988, opgenomen in P. SENAEVE en A. DE WOLF, *Rechtspraak Personen- en familierecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1994, 137).

In een onuitgegeven vonnis van 28 september 1994 wierp de Rechtbank van Eerste Aanleg te Bergen prejudicieel de vraag op of artikel 320 B.W. het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel niet schendt inzoverre het de eiser niet toestaat met alle wettelijke middelen het bewijs te leveren dat de echtgenoot niet de vader van het kind kan zijn, terwijl artikel 318 § 1 B.W. voor de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot dat bewijs door alle wettelijke middelen toestaat. *In casu* wou een man zijn buitenhuwelijks kind erkennen dat geboren was meer dan 300 dagen na de feitelijke scheiding die naderhand was uitgelopen op een echtscheiding o.g.v. bepaalde feiten.
Gelet op het feit dat de Wet van 27 december 1994 de machtiging tot erkenning mogelijk heeft gemaakt wanneer het kind werd geboren meer dan 300 dagen na de feitelijke scheiding die gevolgd werd door een echtscheiding o.g.v. fout (aanvulling van art. 320, 4° met de art. 229 en 231 B.W., zie art. 2 W. 27 december 1994) – waarna de verzoeker zich wel op artikel 320, 4° B.W. kon beroepen – werd de prejudiciële vraag niet beantwoord. Het Arbitragehof verzocht de verwijzende rechtbank te oordelen of het antwoord op de vraag nog steeds onontbeerlijk was om haar vonnis te wijzen (Arbitragehof nr. 59/95, 12 juli 1995, *B.S.* 12 augustus 1995, 23511 en *R.W.* 1995-96, 983).
Eventuele problemen van overgangsrecht n.a.v. de Wet 27 december 1994 werden opgelost door haar artikel 7 waaruit volgt dat artikel 320, 4° B.W. in zijn initiële – en beperkte – libellering van kracht blijft voor procedures aangaande de afstamming die betrekking hebben op een vordering tot echtscheiding die werd ingediend vóór 1 oktober 1994. Concreet komt deze overgangsbepaling erop neer dat ingeval de echtscheidingsprocedure werd ingeleid vóór 1 oktober 1994 enkel machtiging tot erkenning kan worden verkregen o.g.v. artikel 320, 4° B.W. indien het kind geboren is meer dan 300 dagen na de feitelijke scheiding die werd gevolgd door een uitgesproken echtscheiding o.g.v. feitelijke scheiding van meer dan vijf jaar.

• Onverenigbaarheid met de artikelen 8 en 14 E.V.R.M. – Strijdigheid met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet

626 Het is opmerkelijk dat een machtiging tot erkenning *stricto jure* niet mogelijk is wanneer de feitelijke scheiding gevolgd wordt door een echtscheiding door onderlinge toestemming. De wettekst is duidelijk: artikel 320, 4° B.W. vermeldt enkel de artikelen 229, 231 en 232 B.W., en niet artikel 233 B.W.
Deze bepaling is vatbaar voor kritiek, zowel vanuit de invalshoek van de mensenrechten als vanuit Belgisch grondwettelijk perspectief.

627 De Rechtbank van Eerste Aanleg te Dendermonde stelde vast dat alle overspelige kinderen *a matre* niet op dezelfde wijze worden behandeld en dat dit verschil in behandeling gebaseerd is op de echtscheidingsvorm die gekozen werd door de moeder en haar echtgenoot. Zij achtte dit onderscheid discriminatoir en strijdig met artikel 8.1 *juncto* artikel 14 E.V.R.M. Op grond van de directe werking van deze bepalingen verleende de rechtbank machtiging tot erkenning van een kind dat geboren was meer dan 300 dagen na de feitelijke scheiding die gevolgd werd door een echtscheiding door onderlinge toestemming (Rb. Dendermonde 2 juni 1999, *A.J.T.* 1999-2000, 609, noot G. VERSCHELDEN).

Dit resultaat mag dan vanuit pragmatisch standpunt zeker toe te juichen zijn, juridisch is deze oplossing niet alleen duidelijk *contra legem*, maar ook moeilijk te verenigen met de cassatierechtspraak die op het vlak van de vaststelling van de afstamming de directe werking van artikel 8.1 E.V.R.M. afwijst (Cass. 19 september 1997, *Arr. Cass.* 1997, 843, *T.B.B.R.* 1999, 45, noot Y.-H. LELEU en *R.W.* 1998-99, 435, noot S. MOSSELMANS; zie *in extenso* boven, nr. 48).
Nu de directe werking van internationale verdragsbepalingen geen sluitende oplossing biedt in het geval dat een kind geboren is meer dan 300 dagen na de feitelijke scheiding die gevolgd werd door een echtscheiding door onderlinge toestemming, kon een prejudiciële vraag niet uitblijven.

628 Nog geen jaar later werd het Arbitragehof ondervraagd over de verenigbaarheid van artikel 320, 4° B.W. met het grondwettelijk gelijkheids- en nondiscriminatiebeginsel.

Een man wendde zich tot de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel, teneinde zich te laten machtigen om een kind te erkennen dat zijn levensgezellin ter wereld had gebracht. Het kind was geboren enkele dagen vooraleer de rechtbank de echtscheiding door onderlinge toestemming uitsprak tussen de moeder en de man die o.g.v. artikel 315 B.W. geacht werd de juridische vader van het kind te zijn maar ten aanzien van wie het kind geen bezit van staat had. Het Openbaar Ministerie verzette zich tegen dit verzoek tot machtiging, met als reden dat geen enkele hypothese voorzien in artikel 320 B.W. van toepassing was en het kind niet was geboren meer dan 300 dagen na het proces-verbaal opgemaakt ter gelegenheid van de eerste verschijning (vgl. art. 320, 2° B.W. *j°* 1292 Ger. W.). In een onuitgegeven vonnis van 9 juni 1999 vroeg de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel aan het Arbitragehof of artikel 320, 4° B.W. de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet schendt "doordat het aan de biologische vader – en dus aan het kind wanneer dit ten laatste meer dan 300 dagen na de datum van de feitelijke scheiding van de echtgenoten is geboren – de mogelijkheid biedt het biologische vaderschap in de plaats te stellen van het wettelijke vaderschap alleen in die gevallen waarin de echtscheiding van de moeder is uitgesproken op grond van de artikelen 229, 231 of 232 B.W., waarbij aldus wordt uitgesloten dat ten aanzien van diezelfde persoon diezelfde datum van feitelijke scheiding in aanmerking kan worden genomen indien de echtgenoten door onderlinge toestemming uit de echt gescheiden zijn".

Het Arbitragehof erkende in zijn arrest van 25 mei 2000 dat artikel 320, 4° B.W., zowel onder de kinderen als onder diegenen die beweren de biologische vader ervan te zijn, een verschil in behandeling in het leven roept ten aanzien van de mogelijkheid om "het biologisch vaderschap in de plaats te stellen van het wettelijke vaderschap" naargelang de echtscheiding van de vermoedelijke verwekkers van het kind [bedoeld wordt: de wettelijk vermoede verwekkers, nl. de moeder en haar echtgenoot] verkregen is op basis van artikel 229, 231 of 232 B.W., dan wel of het daarentegen gaat om een echtscheiding door onderlinge toestemming uitgesproken op basis van artikel 233 B.W. Dit verschil in behandeling berust weliswaar op een objectief criterium – nl. de echtscheidingsvorm –, maar dit criterium vertoont volgens het hof geen relevante band met de nagestreefde doelstellingen. Het Arbitragehof verduidelijkte de ontstaansgeschiedenis van de in het geding zijnde bepaling en stelde vast dat de wetgever bij de aanneming van de Afstammingswet een dubbele doelstelling nastreefde. Inzake afstamming moest "de waarheid" – *i.e.* "de biologische afstamming" – zoveel mogelijk benaderd worden, maar dat objectief werd getemperd door de wil van de wetgever om eveneens "de rust der families" in acht te nemen en te beschermen. Om beide doelstellingen met elkaar te verzoenen heeft de wetgever de indeplaatsstelling van vaderschap – *i.e.* een gevolg van de erkenning na machtiging o.g.v. artikel 320 B.W. – uitgesloten wanneer het vaderschap van de echtgenoot bevestigd wordt door bezit van staat en vervolgens heeft hij aan de rechtbank van eerste aanleg de zorg toevertrouwd om de juistheid van de na te leven voorwaarden na te gaan en te onderzoeken of de erkenning aan de werkelijkheid beantwoordt, zonder evenwel te oordelen over de opportuniteit van de erkenning.
Het Arbitragehof illustreerde dat het criterium van de wijze van echtscheiding geen relevante band met de nagestreefde doelstellingen vertoont – en dus niet pertinent is – door erop te wijzen dat ook wanneer de feitelijke scheiding gevolgd wordt door een echtscheiding door onderlinge toestemming, de machtiging van de rechter vereist blijft en wordt onderzocht of de feitelijke scheiding werkelijk heeft plaatsgevonden meer dan 300 dagen voor de geboorte, wat overeenkomt met de zorg van de wetgever om te garanderen dat de erkenning overeenstemt met de werkelijkheid. Het Arbitragehof voegde daar nog aan toe dat in elk geval waarin de echtscheiding wordt uitgesproken – ongeacht de echtscheidingsvorm – de gezinskern verdwijnt en er dan geen "rust der families" meer is die dient te worden beschermd.
Artikel 320, 4° B.W. schendt dus het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel omdat het een andere man dan de echtgenoot van de moeder niet toelaat zijn kind te erkennen wanneer het kind geboren is meer dan 300 dagen na de datum van de feitelijke scheiding die gevolgd wordt door een echtscheiding door onderlinge toestemming (Arbitragehof nr. 61/2000, 25 mei 2000, *B.S.* 8 augustus 2000, 27234 en *A.J.T.* 2000-01, 289, noot G. VERSCHELDEN, *J.L.M.B.* 2000, 1070, noot D. PIRE en *R.W.* 2000-01, 620).

629 Ten gevolge van dit arrest kan de rechtbank van eerste aanleg die uitspraak moet doen over een verzoek om machtiging tot erkenning te verlenen in een geval dat het kind geboren is meer dan 300 dagen na de feitelijke

scheiding van zijn moeder en haar echtgenoot die naderhand werd gevolgd door een uitgesproken echtscheiding door onderlinge toestemming, zich voegen naar de rechtspraak van het Arbitragehof en de machtiging in een dergelijk geval verlenen. Gelet op het feit dat het standpunt van het Arbitragehof – net als de vastgestelde de discriminatie – duidelijk is, lijkt het zinloos en proceseconomisch onverantwoord dat de bodemrechters zouden weigeren zich bij de visie van het Arbitragehof neer te leggen en ervoor zouden opteren om een nieuwe prejudiciële vraag te stellen.

In toepassing van en met omstandige verwijzing naar het arrest dat het Arbitragehof wees op 25 mei 2000, hervormde het Hof van Beroep te Brussel een vonnis waarin op 8 maart 2000 nog in eerste aanleg was beslist dat de machtiging tot erkenning niet kon worden verleend in een geval dat de feitelijke scheiding gevolgd was door een echtscheiding door onderlinge toestemming (Brussel (3de kamer) R.G. nr. 2000/AR/1039, 26 februari 2002, *onuitg.*).

630 Anders dan wat het geval is voor de meeste andere arresten van het Arbitragehof i.v.m. de erkenning, kan de ongrondwettigheid die in het arrest van 25 mei 2000 werd vastgesteld op een zeer eenvoudige manier verdwijnen, na een minieme wetswijziging. Het Arbitragehof kon moeilijk een duidelijker wenk geven aan de wetgever dan door in het *dictum* van zijn arrest expliciet te poneren dat artikel 320, 4° B.W. de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt "in zoverre het de echtscheiding door onderlinge toestemming niet vermeldt". *De lege ferenda* zal artikel 320 B.W. dan ook moeten worden aangepast zodanig dat wanneer het vaderschap dat vaststaat krachtens artikel 315 of 317 B.W. niet bevestigd wordt door bezit van staat, het kind met machtiging van de rechtbank van eerste aanleg van zijn woonplaats kan worden erkend door een andere man dan de echtgenoot: "*4° ingeval het kind geboren is meer dan 300 dagen na de datum van de feitelijke scheiding wanneer de echtscheiding is uitgesproken krachtens de artikelen 229, 231, 232 of 233*".

Na die aanvulling kan artikel. 320 B.W. ons inziens de grondwettigheidstoets doorstaan (zie hierover uitgebreider: G. VERSCHELDEN, "Het Arbitragehof en de erkenning: het gelijkheidsbeginsel andermaal geschonden", (noot onder Arbitragehof nr. 61/2000, 25 mei 2000), *A.J.T.* 2000-01, (291) 296-297, nr. 23).

• Bewijs van de feitelijke scheiding

631 I.v.m. de datum van de feitelijke scheiding zullen er meestal geen bewijsmoeilijkheden zijn bij de echtscheiding o.g.v. feitelijke scheiding: in het beschikkende gedeelte van het vonnis of arrest dat de echtscheiding o.g.v. feitelijke scheiding uitspreekt, moet verplicht melding worden gemaakt van het tijdstip waarop de feitelijke scheiding een aanvang heeft genomen (art. 1269 tweede lid Ger. W.). Nochtans kan ook in geval van echtscheiding o.g.v. feitelijke scheiding worden bewezen dat de datum van het werkelijke begin van de feitelijke scheiding de in het echtscheidingsvonnis vermelde datum voorafgaat (Rb. Brugge 13 maart 1990, *R.W.* 1990-91, 1240, noot).

Hoewel uit de praktijk kan worden afgeleid dat de rechters die de echtscheiding uitspreken o.g.v. de artikelen 229 en 231 B.W. in het echtscheidingsvonnis ook de datum van de feitelijke scheiding opnemen (G. MAHIEU en D. PIRE, *Droit des personnes. La filiation*, in *Rép. not.*, Brussel, Larcier, 1999, 107, nr. 113, voetnoot 3), is er geen enkele wettekst die hen tot een dergelijke precisering verplicht. Bij de echtscheiding o.g.v. fout (en de echtscheiding door onderlinge toestemming) kunnen er dus bewijsproblemen rijzen aangaande het moment waarop echtgenoten uit elkaar gegaan zijn.
De exacte datum van de feitelijke scheiding kan worden bewezen door alle wettelijke bewijsmiddelen, met uitzondering van de gedingbeslissende eed, gelet op de onbeschikbaarheid van de staat van de persoon. Om dezelfde reden is de bekentenis wel een toegelaten bewijsmiddel, maar is zij voor de rechter niet bindend (P. SENAEVE, "De 'Reparatiewet' van 27 december 1994 betreffende de echtscheidingsprocedure", *E.J.* 1995, (2) 4-5). Sterke bewijsmiddelen zijn bv. de afzonderlijke inschrijving van de echtgenoten in de bevolkingsregisters en hun verschillende geregistreerde huurcontracten. Het feit dat echtgenoten op hetzelfde adres zijn ingeschreven, sluit evenwel niet uit dat de aspirant-erkenner door alle middelen van recht het bewijs kan leveren dat één van beide echtgenoten er niet daadwerkelijk verbleef en dat het kind geboren werd meer dan 300 dagen na de feitelijke scheiding van de echtgenoten.

Een gewone geschreven verklaring uitgaande van een derde is echter onvoldoende als bewijsmiddel in dergelijk geval, nu de voorwaarden en de modaliteiten voor de erkenning van een kind de openbare orde aanbelangen (Brussel (3de kamer) R.G. nr. 2000/QR/65, 14 december 2000, *onuitg.*; de verzoeker werd d.m.v. dit tussenarrest dat de zaak *sine die* uitstelde in de mogelijkheid geplaatst het bewijs van de ononderbroken feitelijke scheiding te leveren door alle wettelijke middelen, met inbegrip van getuigen).

c. Overgangsrecht

632 Wat de algemene principes inzake het overgangsrecht m.b.t. artikel 320 B.W. betreft, is de datum waarop de procedure tot het bekomen van machtiging tot erkenning is ingeleid van cruciaal belang.

(i) Het verzoek tot machtiging is bij de rechtbank ingediend vóór 6 juni 1987

633 Wanneer al vóór de datum van inwerkingtreding van de Afstammingswet een verzoek bij de rechtbank aanhangig was om machtiging tot erkenning van een in overspel *a matre* verwekt kind te bekomen – al dan niet in het raam van een wettiging (zie resp. de art. 331 en 335 (oud) B.W.) – verliest die procedure haar oorzaak wanneer het vaderschap van de echtgenoot op die datum al succesvol was betwist. Na de inwerkingtreding van de Afstammingswet kunnen dergelijke kinderen immers zonder machtiging worden erkend, aangezien hun vaderschap na een succesvolle betwistingsprocedure niet (meer) vaststaat krachtens artikel 315 of 317 B.W. In alle gevallen waarin het vaderschap van de echtgenoot nog vaststaat, moet de rechtbank de machtiging tot erkenning nog verlenen in toepassing van het nieuwe artikel 320 B.W. Dit artikel – met zijn verruimde mogelijkheden – is, met uitzondering

van het 1°, immers van toepassing op de machtigingen tot erkenning aangevraagd o.g.v. de oude en opgeheven artikelen 331 en 335 B.W., indien op 6 juni 1987 nog geen in kracht van gewijsde gegane beslissing is gevolgd op het verzoekschrift (art. 114 Afstammingswet).

(ii) Het verzoek tot machtiging is op 6 juni 1987 of op latere datum ingediend

634 Artikel 320 B.W. is integraal toepasselijk wanneer het verzoek om machtiging tot erkenning te bekomen bij de rechtbank werd ingediend na de inwerkingtreding van de Afstammingswet, ook al betreft het de machtiging tot erkenning van een kind dat geboren is vóór 6 juni 1987.

3. Taak van de rechtbank

635 In tegenstelling tot vroeger, staat buiten kijf dat de rechtbank, gevat in het raam van artikel 320 B.W., haar uitspraak over het verzoek tot machtiging niet mag laten afhangen van een opportuniteitsoordeel over de erkenning.

Onder het vroegere afstammingsrecht werd soms aanvaard dat de rechtbank over een opportuniteitsoordeel beschikte terzake het belang van het gezin en de huwelijkse kinderen (zie G. BAETEMAN, *Overzicht*, 609, nr. 980). I.v.m. het oude artikel 331 B.W. oordeelde het Hof van Cassatie echter al dat de rechter die vaststelt dat de voorwaarden voor de machtiging tot erkenning van een overspelig kind *a matre* niet zijn vervuld, de belangen van de wettige familie niet nader moet preciseren of vaststellen (Cass. 20 november 1987, *Arr. Cass.* 1987-88, 364 en *Pas.* 1988, I, 341).

636 Wat de controletaak van de rechtbank aangaande de conformiteit van de – latere – erkenning met de biologische werkelijkheid betreft, blijkt uit de ontstaansgeschiedenis van artikel 320 B.W. (zie boven, nr. 603) dat er een tegenstrijdigheid bestaat tussen de tekst van de wet en de parlementaire voorbereiding.

Enerzijds werd, luidens het Verslag van de senaatscommissie voor de Justitie, erop aangedrongen "dat de rechtbank de juistheid van de na te leven voorwaarden zou nagaan en dat zij tevens zou onderzoeken of de erkenning aan de werkelijkheid beantwoordt" (Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 85). Uit deze passus zou kunnen worden afgeleid dat de rechtbank het biologisch vaderschap van de erkenner moet hebben vastgesteld vooraleer de machtiging kan worden verleend.
Anderzijds kan uit de tekst van artikel 320 B.W. worden afgeleid dat de rechtbank slechts twee zaken moet vaststellen: *primo* de afwezigheid van bezit van staat t.a.v. de echtgenoot van de moeder en *secundo* dat het kind geboren is op één van de vier tijdstippen die in deze bepaling worden opgesomd.

Deze contradictie heeft aanleiding gegeven tot uiteenlopende interpretaties in de rechtsleer.

– Zo wordt gesteund op de parlementaire voorbereiding ter staving van de stelling dat de rechtbank de werkelijkheid van de vastgestelde afstamming moet nagaan zo dit gevraagd wordt (J. GERLO, "De afstamming langs moederszijde en vaderszijde", in G. BAETEMAN (ed.), *Afstamming en adoptie*, Brussel, E. Story-Scientia, 1987, 98, nr. 101, met verwijzing naar de homologatieprocedure die volgt na de erkenning van een overspelig kind *a patre*). Tevens is beweerd dat de echtgenoot van de moeder moet kunnen bewijzen dat hijzelf de biologische vader van het te erkennen kind is; voorhouden dat de juridische vader het vaderschap van de aspirant-erkenner

kan betwisten zonder te bewijzen dat hijzelf de biologische vader is, zou een stap te ver zijn, hoewel ook die mogelijkheid op basis van de parlementaire voorbereiding zou kunnen worden verantwoord (J. SOSSON, "Quelques problèmes judiciaires d'application de la loi du 31 mars 1987 réformant le droit de la filiation", *J.T.* 1990, (301) 302, nrs. 6-7 (verkeerdelijk als 8 genummerd)).

– De meeste auteurs zijn echter van oordeel dat de rechtbank enkel moet nagaan of het vaderschap van de echtgenoot niet bevestigd is door bezit van staat en of één van vier termijnvoorwaarden van artikel 320 B.W. vervuld is, zonder de realiteit van het vaderschap van de erkenner te onderzoeken (G. BAETEMAN, *Overzicht*, 609, nr. 980 en vooral 607, nr. 977 *in fine* B.W.; H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité*, II/2, 921, nr. 947; N. MASSAGER, "Droit de la filiation. Chronique de jurisprudence (1999-2001)", *Rev. dr. U.L.B.* 2003, (161) 170, nr. 2: "(...) le méchanisme de l'article 320 du code civil est purement méchanique"; E. VIEUJEAN, "Le nouveau droit de la filiation", *Ann. dr. Liège* 1987, (97) 119, nr. 24). Ter rechtvaardiging van deze stelling wordt aangevoerd dat artikel 320 B.W., in tegenstelling tot artikel 319*bis* B.W., nergens bepaalt dat de vordering moet worden afgewezen indien bewezen wordt dat de verzoeker niet de vader is en ook geen bepaling bevat zoals artikel 318 § 3 tweede lid B.W., op grond waarvan het bewijs van het vaderschap door alle wettelijke middelen kan worden geleverd (J. MELLAERTS, "Procesrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 154, nr. 303).

– Tenslotte is ook een tussenpositie ingenomen die erin bestaat dat de rechtbank zich niet zou mogen inlaten met de vraag of de erkenner al dan niet de genetische vader is, "tenzij in geval van manifeste onmogelijkheid van genetisch vaderschap" (P. SENAEVE, *Compendium*, 321, nr. 814).

Ons inziens moet de duidelijke wettekst de voorkeur krijgen op een passus uit de voorbereidende werken: alvorens de machtiging te verlenen moet de rechtbank vooreerst vaststellen dat het kind geen bezit van staat heeft t.a.v. de echtgenoot van zijn moeder en vervolgens nagaan of het kind geboren is op een tijdstip dat vermeld is in één van de vier gevallen opgesomd in artikel 320 B.W. De controle naar de realiteit van het vaderschap van de aspirant-erkenner ligt ingebed in de controle van de voorwaarden voor toepassing van artikel 320 B.W., waartoe de controletaak van de rechtbank wettelijk is beperkt. Het vrijwillig karakter van de erkenning verzet zich tegen meer garanties aangaande het biologisch vaderschap van de man die de machtiging vraagt: om het even welke bereidwillige man kan een kind met machtiging van de rechtbank erkennen onder de voorwaarden van artikel 320 B.W.

Opmerkelijk is dat de wetgever artikel 320 B.W. dusdanig heeft geconstrueerd dat er wel garanties werden ingebouwd aangaande het biologisch niet-vaderschap van de (ex-)echtgenoot van de moeder, maar dat niets de biologische grondslag van het vaderschap van de aspirant-erkenner garandeert. Een erkenning die niet aan de biologische werkelijkheid beantwoordt zal evenwel – *a posteriori* en onder de voorwaarden bepaald in artikel 330 B.W. – door elke belanghebbende kunnen worden betwist.

637 In één – uitzonderlijk – geval zal de rechtbank niet kunnen volstaan met het nagaan of aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 320 B.W. voldaan is. Wanneer de rechtbank die reeds gevat is teneinde machtiging tot erkenning van een bepaald kind te verlenen, alvorens zij uitspraak heeft gedaan, wordt geconfronteerd met een tweede verzoek om machtiging tot erkenning van hetzelfde kind, uitgaande van een andere man, dient de rechter, in toepassing van artikel 331*septies* B.W., met alle rechtsmiddelen te onderzoeken welke afstamming de meest waarschijnlijke is (H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité*,

II/2, 921, nr. 947). Op die manier beslecht hij dit geschil m.b.t. de afstamming waarvoor de wet geen regeling heeft getroffen.

4. Modaliteiten

a. Machtiging tot erkenning van een verwekt, maar nog niet geboren kind

638 Vrij snel na de inwerkingtreding van de Afstammingswet rees de vraag of de rechtbank machtiging tot erkenning kan verlenen wanneer het kind wel al verwekt, maar nog niet geboren is.

Twee wetsbepalingen lijken zich te verzetten tegen het verlenen van een machtiging tot erkenning vóór de geboorte van het kind:
– vooreerst is er artikel 320 B.W. zelf, dat in zijn aanhef er van uitgaat dat het vaderschap van de echtgenoot "vaststaat", wat slechts juridisch mogelijk is wanneer het kind geboren is; bovendien begint deze bepaling voor elk van de vier hypotheses waarin de machtiging tot erkenning kan worden verleend, zijn omschrijving met de woorden "ingeval het kind geboren is (...)";
– daarnaast is het zo dat een erkenning mits machtiging impliciet een betwisting van het vaderschap van de echtgenoot van de moeder inhoudt en om die reden zou kunnen worden gekwalificeerd als een "vordering met betrekking tot de afstamming" in de zin van artikel. 331*bis* B.W. , die onontvankelijk is indien het kind nog niet is geboren.

Nochtans is de tekst van artikel 328 tweede lid B.W. niet mis te verstaan: een erkenning kan geschieden ten gunste van een verwekt kind. De machtiging slechts mogelijk achten voor reeds geboren kinderen zou een niet te rechtvaardigen beperking impliceren van het toepassingsgebied van artikel 328 tweede lid B.W. tot kinderen die niet verwekt zijn door een andere man dan de echtgenoot van hun moeder.

639 Na een initiële aarzeling aanvaardt de rechtspraak vandaag unaniem dat artikel 331*bis* B.W. niet van toepassing is op de vordering die strekt tot het bekomen van gerechtelijke machtiging tot erkenning, met als gevolg dat het machtigingsverzoek dat betrekking heeft op een nog niet geboren kind niet *a priori* onontvankelijk is.

In 1988 was de Rechtbank van Eerste Aanleg te Dinant nog van oordeel dat de rechtbank in toepassing van artikel 331*bis* B.W. niet kan beginnen met haar oordeel over de gegrondheid van een verzoek om machtiging tot erkenning o.g.v. artikel 320 B.W. alvorens dit verzoek ontvankelijk is. Nu uit medische getuigschriften was gebleken dat het kind slechts enkele maanden later zou worden geboren, werd de zaak naar de algemene rol verzonden om de verzoeker toe te laten te gepasten tijde de ontvankelijkheid van zijn verzoek te rechtvaardigen (Rb. Dinant 27 oktober 1988, *J.L.M.B.* 1989, 124, noot C. PANIER). Dit vonnis werd in hoger beroep hervormd.
Het Hof van Beroep te Luik zag in artikel 328 tweede lid B.W. een principe dat algemeen wordt aangenomen, gesteld is in algemene bewoordingen en deel uitmaakt van een hoofdstuk betreffende gemeenschappelijke bepalingen nopens de wijze waarop de afstamming wordt vastgesteld. Niets wijst er volgens het hof op dat de wetgever de mogelijkheid om een verwekt kind te erkennen heeft willen beperken tot die gevallen waar homologatie of machtiging niet vereist is. Het verzoek

om machtiging tot erkenning van een verwekt maar nog niet geboren kind werd ontvankelijk bevonden en in toepassing van artikel 320, 2° B.W. gegrond verklaard (Luik 21 maart 1989, *J.L.M.B.* 1989, 612 en *Rev. trim. dr. fam.* 1990, 232).

Eerder had de Rechtbank van Eerste Aanleg te Doornik al – op principieel vlak – geoordeeld dat een verwekt maar nog niet geboren kind kan worden erkend, zelfs in de hypothese dat dit kind onder de toepassing van de vaderschapsregel valt (Rb. Doornik 18 april 1988, *J.L.M.B.* 1989, 121, noot C. PANIER).

Machtiging tot erkenning kan nooit worden verleend indien het te erkennen kind bezit van staat heeft t.a.v. de echtgenoot van de moeder. Wanneer het verzoek tot machtiging vóór de geboorte van het verwekte kind is ingediend, moet de rechtbank dus verifiëren of het gedrag van de echtgenoot van de moeder niet kan worden beschouwd als "prenataal" bezit van staat.

Uit de feiten kan blijken dat er geen prenataal bezit van staat is, bv. wanneer de moeder al een tijdlang gescheiden leeft van haar echtgenoot en niet de intentie heeft zich met hem te verzoenen (J. SOSSON, "Quelques problèmes judiciaires d'application de la loi du 31 mars 1987 réformant le droit de la filiation", *J.T.* 1990, (301) 304, nr. 17; in dezelfde zin: Rb. Hasselt (1ste kamer) nr. 00/1075B, 29 juni 2000, *onuitg.*).

In de volgende gevallen werd de machtiging tot erkenning van een verwekt kind vóór de geboorte verleend.

– De Rechtbank van Eerste Aanleg te Namen oordeelde dat de vordering tot het bekomen van machtiging tot erkenning van een nog niet geboren kind die bij dagvaarding was ingeleid vóór de geboorte van het kind ontvankelijk was. Machtiging kon worden verleend o.g.v. artikel 320, 2° B.W. nu uit voorgelegde medische attesten bleek dat het kind geboren zou worden meer dan 357 dagen na de datum van de eerste verschijning in het raam van een echtscheiding door onderlinge toestemming (zie art. 1289 Ger. W.) en de echtgenoten nog niet verzoend waren (Rb. Namen 3 mei 1989, *Rev. trim. dr. fam.* 1990, 286; zie ook reeds Rb. Brussel 21 oktober 1987, *J.T.* 1988, 160). Krachtens dezelfde bepaling verleende de Rechtbank van Eerste Aanleg te Doornik de gevraagde machtiging in een geval waarin het kind zeker zou worden geboren meer dan 300 dagen na de inleidingszitting bedoeld in artikel 1258 Ger. W. (Rb. Doornik 18 april 1988, *J.L.M.B.* 1989, 121, noot C. PANIER).

Strikt wettelijk moet in deze gevallen ook vaststaan dat indien de echtscheidingseis definitief zou worden afgewezen, het kind zal worden geboren minder dan 180 dagen na de definitieve afwijzing van de echtscheidingseis. Artikel 320, 2° B.W. *in fine* B.W. stelt dezelfde termijnvereiste voorop in de hypothese van verzoening van de echtgenoten. Aangezien nooit vooraf kan worden bepaald of de echtscheidingseis zal worden afgewezen en verzoening van de echtgenoten evenmin kan worden voorspeld, mogen deze vereisten het verlenen van de machtiging tot erkenning van een verwekt maar nog niet geboren kind niet in de weg staan. Wanneer het vonnis dat de machtiging verleent kracht van gewijsde heeft gekregen, kan de erkenning – die nadien heeft plaatsgevonden – wel nog worden betwist overeenkomstig artikel 330 B.W. (in dezelfde zin: J.-P. MASSON, "Examen de jurisprudence (1984-1990). Les Personnes. Deuxième partie. Relations familiales", *R.C.J.B.* 1993, (487) 502-503, nr. 133 en voetnoot 947).

– O.g.v. artikel 320, 3° B.W. kon machtiging tot erkenning worden verkregen door een andere man dan de echtgenoot in een geval dat de moeder vermoedelijk zou bevallen meer dan 300 dagen na de beschikking van de vrederechter die de echtgenoten zonder tijdsbeperking had gemachtigd afzonderlijk te verblijven (Rb. Oudenaarde 5 maart 1991, *R.W.* 1991-92, 262; zie voor een soortgelijk geval met zeer summiere motivering: Rb. Luik 2 juni 1992, *Rev. trim. dr. fam.* 1992, 400).

Krachtens diezelfde bepaling verleende de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen een machtiging tot prenatale erkenning, na een omstandige weergave van de argumenten *contra*. Artikel 331*bis* B.W. moet volgens de rechtbank beperkt blijven tot de vordering tot betwisting van vader-

schap, beschreven in artikel 318 B.W. Aangezien op de *sui generis*-procedure machtiging tot erkenning bijzondere procedureregels van toepassing zijn, moet artikel 328 tweede lid B.W. prevaleren op artikel 331*bis* B.W. (Rb. Antwerpen 12 oktober 1993, *T.B.B.R.* 1994, 255).

De Rechtbank van Eerste Aanleg te Hasselt overwoog nog eens expliciet dat een verzoek om machtiging tot erkenning van een verwekt kind te bekomen geen rechtsvordering met betrekking tot de afstamming als bedoeld in artikel 331*bis* B.W. is. De rechtbank ging ook in op de afwezigheid van bezit van staat door op te merken dat nu de moeder en haar echtgenoot in meer dan vijf jaar vóór de geboorte geen contact meer met elkaar hebben gehad, het vaderschap van haar (ex-)echtgenoot dat bij de geboorte zal komen vast te staan krachtens artikel 315 B.W. niet zal worden bevestigd door bezit van staat; de gevraagde machtiging werd verleend o.g.v. artikel 320, 3° B.W. (Rb. Hasselt (1ste kamer) nr. 00/1075B, 29 juni 2000, *onuitg.*).

In de volgende gevallen werd het verzoek tot machtiging ontvankelijk verklaard, maar ongegrond bevonden:

– nu het kind vermoedelijk zou worden geboren meer dan 180 dagen nadat een einde gekomen is aan de beschikking van de vrederechter waarbij de echtgenoten gemachtigd werden afzonderlijk te verblijven, weigerde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel de machtiging tot erkenning te verlenen (Rb. Brussel 24 februari 1988, *Pas.* 1988, III, 64, noot F.B.);

– wanneer een kind vermoedelijk zal worden geboren minder dan 300 dagen na de eerste verschijning van de moeder en haar echtgenoot in het raam van een procedure echtscheiding door onderlinge toestemming kan geen toepassing worden gemaakt van artikel 320, 2° B.W. Nu geen van de andere limitatief in artikel 320 B.W. bepaalde gevallen van toepassing was, oordeelde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brugge dat zij geen andere gevallen kan toevoegen, zodat geen machtiging werd verleend (Rb. Brugge 26 juni 1990, *R.W.* 1990-91, 1241, noot J. GERLO).

640 Ook de rechtsleer is eensgezind van oordeel dat een man kan worden gemachtigd tot erkenning van een verwekt kind, nog vóór dit kind geboren is.

Een verzoek tot machtiging tot erkenning is geen rechtsvordering m.b.t. de afstamming, zodat artikel 331*bis* B.W. hier niet van toepassing is (J. GERLO, "De erkenning, door een man, van een buitenhuwelijks kind", (noot onder Rb. Brugge 26 juni 1990), *R.W.* 1990-91, (1241) 1243; in dezelfde zin: J.-P. MASSON, "Examen de jurisprudence (1984-1990). Les Personnes. Deuxième partie. Relations familiales", *R.C.J.B.* 1993, (487) 495-496, nr. 130). Het is de – daarop volgende – erkenning die de staat van de persoon wijzigt, niet het vonnis dat de machtiging tot erkenning verleent (D. PIRE, "Aspects de droit judiciaire relatifs à la filiation", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, (53) 72; reeds eerder in dezelfde zin: F.B., noot onder Rb. Antwerpen 14 juli 1987, *Pas.* 1987, III, (98) 98-99 en C. PANIER, "De la recevabilité des actions relatives à la filiation d'un enfant à naître", (noot onder Rb. Dinant 27 oktober 1988), *J.L.M.B.* 1989, (125) 126). De toepassing van artikel 331*bis* B.W. moet beperkt blijven tot de werkelijke vorderingen tot betwisting (of inroeping) van staat (J. MELLAERTS, "Procesrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 142, nr. 269, die deze stelling motiveert vanuit de ontstaansgeschiedenis van de Afstammingswet, waaruit blijkt dat de bijzondere procedureregels i.v.m. de erkenning door een man pas werden ingevoerd na de algemene procedureregels voor vorderingen tot inroeping en betwisting van staat). Wie zou vereisen dat artikel 331*bis* B.W. op het verzoek tot machtiging moet worden toegepast, moet ook aannemen dat artikel 331*ter* B.W. van toepassing is, hetgeen zou impliceren dat het verzoek tot machtiging binnen de dertig jaar na de geboorte van het kind moet worden ingeleid; niemand verdedigt deze consequentie (J. MELLAERTS, "Afstammingsgeschillen: een procesrechtelijke benadering", *T.P.R.* 1991, (1139) 1193, nr. 142). Het zou tegenstrijdig zijn om de erkenning van een verwekt kind toe te laten, maar de noodzakelijke machtiging daartoe te verbieden (in die zin: J. SOSSON, "Quelques problèmes judiciaires d'application de la loi du 31 mars 1987 réformant le droit de la filiation", *J.T.* 1990, (301) 303, nr. 15).

Aangenomen mag worden dat de terminologie in artikel 320 B.W. is afgestemd op het *quod plerumque fit*, dat de aanhef van artikel 320 B.W. ook slaat op het vaderschap dat zal komen vast te staan op het ogenblik van de geboorte en dat ook machtiging tot erkenning kan worden verleend als het kind met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid geboren zal worden in één van de vier hypotheses die in deze bepaling worden vermeld (J. GERLO, *Handboek Personen- en familierecht*, 53, nr. 119).

641 Machtiging tot erkenning van een verwekt, maar nog niet geboren kind moet uiteraard slechts worden gevraagd voor zover het betrokken kind op het ogenblik van de geboorte onder het toepassingsgebied van de vaderschapsregel bepaald in de artikelen 315 of 317 B.W. zal vallen. Teneinde dat na te gaan, kan de ambtenaar van de burgerlijke stand (of de notaris) zich een zwangerschapsattest laten afleveren waarin de vermoedelijke datum van de geboorte door een gynaecoloog wordt bepaald.

Wanneer uit de feiten zou blijken dat het kind geboren is meer dan 300 dagen na – het in kracht van gewijsde treden van – de echtscheiding van de moeder en haar echtgenoot, valt het te erkennen kind niet meer onder de vaderschapsregel en moet de aspirant-erkenner niet gemachtigd worden om tot erkenning over te gaan (Rb. Gent 5 april 2001, *T.G.R.* 2001, 169; in een *obiter dictum* voegde de rechtbank daar nog aan toe dat zelfs indien het kind nog onder de vaderschapsregel zou vallen, de afwezigheid van machtiging niet leidt tot nietigheid van de erkenningsakte en dus ook niet tot nietigheid van de erkenning; zie daaromtrent boven, nr. 604).

642 Een medisch certificaat waaruit de waarschijnlijke datum van de bevalling blijkt, is ook een noodzakelijk gegeven voor de rechtbank om de gegrondheid van het verzoek te beoordelen.
Wanneer op het ogenblik dat uitspraak wordt gedaan over het verzoek tot machtiging niet met quasi-zekerheid kan worden uitgemaakt dat het kind in één van de gevallen die artikel 320 B.W. opsomt verkeert, doet de rechtbank er best aan haar beslissing uit te stellen tot na de geboorte (J. GERLO, *Handboek Personen- en familierecht*, 54, nr. 120; in dezelfde zin: J. SOSSON, "Quelques problèmes judiciaires d'application de la loi du 31 mars 1987 réformant le droit de la filiation", *J.T.* 1990, (301) 303, nr. 17).

b. Machtiging tot erkenning van een overleden kind

643 Eerder werd al vermeld dat de erkenning luidens artikel 328 tweede lid B.W. slechts kan geschieden ten gunste van een overleden kind, op voorwaarde dat dit afstammelingen heeft nagelaten. Het vereiste dat de te erkennen overledene zelf al kinderen heeft, wordt in de rechtspraak achterwege gelaten. Machtiging tot erkenning van een zonder afstammelingen overleden kind werd al meermaals verleend, rekening houdend met de doelstelling van de wet die er in bestaat erfenisjagerij tegen te gaan (zie boven, nr. 398).

– Zo interpreteerde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent artikel 328 tweede lid B.W. doelgericht: machtiging tot erkenning van een kind dat vier dagen na de geboorte – uiteraard zonder afstammelingen – was overleden, werd o.g.v. artikel 320, 2° B.W. toegestaan, omdat uit de debatten bleek dat de erkenner geen oneerlijke bedoelingen had, noch de machtiging nastreefde met het motief de erfenis van het kind na te jagen, doch enkel de biogenetische band tussen hem en het kind in een authentieke akte wilde laten opnemen (Rb. Gent 13 februari 1992, *R.W.* 1992-93, 410, noot J.G(ERLO)).

– Enkele jaren later werd een man door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Leuven in een zaak met *quasi*-identieke feiten gemachtigd een overleden kind te erkennen dat vier dagen oud was geworden. De rechtbank stelde – zonder verdere motivering – vast dat aan de voorwaarden van artikel 320, 2° B.W. werd voldaan (Rb. Leuven nr. 98/1291/A, 28 september 1998, *onuitg.*).

644 Elke erkenning van een overleden kind dat geen afstammelingen heeft nagelaten is *contra legem*. In de rechtsleer is de vraag gesteld of het louter morele belang van de erkenner een dergelijke manifeste afwijking van een duidelijke wettekst rechtvaardigt (J. G(ERLO), noot onder Rb. Gent 13 februari 1992, *R.W.* 1992-93, 410; zie ook A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 328 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 2, nr. 4, voetnoot 2).

Geconfronteerd met beide in het vorige randnummer vermelde uitspraken, merkte de Minister van Justitie op dat de rechtspraak – laat staan de rechtspraak *contra legem* – geen bindende bron van recht is en in de hiërarchie der normen te situeren is onder de wet. Hij keurde elke interpretatie van de wet *contra legem* af (zie *Hand.* Senaat 2002-03, 7 november 2002, nr. 2-239, 28, na de vraag om uitleg van mevrouw Sabine de Bethune aan de Minister van Justitie over "de erkenning van een levenloos geboren kind door de ongehuwde vader").

Een teleologische interpretatie van artikel 328 tweede lid *in fine* B.W. verdient ongetwijfeld goedkeuring wanneer het gaat om de erkenning van zeer jonge kinderen die zelf nog geen vermogen hebben opgebouwd; de doelstelling om erfenisjagerij tegen te gaan weegt in die gevallen niet op tegen het moreel belang van de aspirant-erkenner om een afstammingsband met het kind tot stand te brengen (vgl. P. SENAEVE, "Actuele ontwikkelingen inzake het afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Personen- en familierecht (Themis-cahier nr. 7)*, Brugge, die Keure, 2001-2002, 27, nr. 45; deze auteur acht de wettelijke bepaling al te zeer gedetermineerd door het vermogensrechtelijke aspect van de problematiek en beschouwt ze in haar algemeenheid als onmenselijk).

De rechtbanken doen er goed aan enige terughoudendheid aan de dag te leggen wanneer zij worden geconfronteerd met een verzoek tot postume erkenning. Het is immers onmogelijk voor een rechter om de omvang van het patrimonium van een overleden kind correct in te schatten en tegelijk de intenties van de kandidaat-erkenner volledig te doorgronden.

5. *Procedureregels*

a. Personen die om machtiging kunnen verzoeken

645 Het verzoek tot machtiging kan enkel worden gevraagd door de man die het kind wenst te erkennen (D. PIRE, "Aspects de droit judiciaire relatifs à la filiation", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, (53) 66; J. VAN COMPERNOLLE, "Aspects judiciaires des actions relatives à la filiation", *Ann. dr. Louvain* 1987, (319) 326), niet door de moeder of het kind zelf, noch door erfgenamen van de aspirant-erkenner.

In een zaak waarin bij dagvaarding machtiging werd gevraagd door zowel de kandidaat-erkenner als de moeder – als "tweede eiseres" – verklaarde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel de eis van de man ontvankelijk (en gegrond) en preciseerde ze m.b.t. de eis van de moeder dat zij de vordering niet kan inleiden. Wel verleende de rechtbank haar akte van haar tussenkomst en haar volledige instemming met de vordering van de eiser zoals in conclusies geformuleerd. Een en ander kon gelden als verzoekschrift tot (vrijwillige) tussenkomst in de zin van artikel 813 Ger. W. (Rb. Brussel (12de kamer) 15 november 1988, *onuitg.*, weergegeven door D. PIRE, "Inédits de droit de la famille (V-3). Filiation", *J.L.M.B.* 1991, (1082) 1093-1094).

De reden waarom noch de moeder, noch het kind zelf het recht hebben om het verzoek tot machtiging in te leiden, ligt in het feit dat de erkenning nog niet is gebeurd op het ogenblik dat de machtiging wordt gevraagd (in tegenstelling tot wat het geval is op het ogenblik dat de procedure tot homologatie van de erkenning (art. 319*bis* B.W.) wordt ingeleid).

Volgens artikel 331*quinquies* B.W. kunnen erfgenamen een reeds begonnen rechtsvordering voortzetten, tenzij de verzoeker er uitdrukkelijk afstand van heeft gedaan. Er werd geoordeeld dat deze regel niet van toepassing is op de vordering bedoeld in artikel 320 B.W., aangezien het hier om een vordering gaat die persoonlijk voorbehouden is aan de man die het kind wil erkennen. Een vordering die ertoe strekt machtiging tot erkenning te bekomen is geen vordering tot vaststelling van de afstamming, maar een vordering tot machtiging tot het stellen van een daad van erkenning, die uiterst persoonlijk is (Rb. Luik 8 november 1991, *J.L.M.B.* 1995, 190; in dezelfde zin: E. VIEUJEAN, "Le nouveau droit de la filiation", *Ann. dr. Liège* 1987, (97) 127, nr. 37).

b. Afwezigheid van termijn

646 Aangezien de erkenning zelf aan geen enkele termijn onderworpen is, wordt daaruit afgeleid dat er ook geen termijn bestaat waarbinnen de aspirant-erkenner de machtiging tot erkenning waarvan sprake is in artikel 320 B.W. aan de rechtbank moet vragen. De dertigjarige verjaringstermijn in afstammingszaken uit artikel 331*ter* B.W. geldt hier niet (G. MAHIEU en D. PIRE, *Droit des personnes. La filiation*, in *Rép. not.*, Brussel, Larcier, 1999, 142, nr. 176; M.-Th. MEULDERS-KLEIN, "L'établissement et les effets personnels de la filiation selon la loi belge du 31 mars 1987", *Ann. dr. Louvain* 1987, (213) 256, nr. 83, voetnoot 84; E. VIEUJEAN, "Le nouveau droit de la filiation", *Ann. dr. Liège* 1987, (97) 129, nr. 39). Het verzoek tot machtiging kan dus te allen tijde worden ingediend.

c. Partijen in de procedure tot het bekomen van machtiging

647 De vraag welke partijen in de machtigingsprocedure betrokken zijn is onlosmakelijk verbonden met de vraag naar de aard van deze rechtspleging (eenzijdig of op tegenspraak). Artikel 320 B.W. bevat geen bepalingen daaromtrent en zwijgt ook over de wijze waarop het verzoek moet worden ingeleid (zie daaromtrent verder, nrs. 655-662).

De oude afstammingswetgeving m.b.t. erkenning van overspelige kinderen (zie de art. 335 *j°* 331 (oud) B.W.) bepaalde daarentegen wel degelijk dat de (vorige) echtgenoot van de ouder die overspel gepleegd heeft (hier de (ex-)echtgenoot van de moeder), "gehoord of althans opgeroepen" moest worden nadat een verzoekschrift tot machtiging was ingediend (art. 331 vierde lid (oud) B.W.). Het ging om een eenzijdig verzoekschrift, ingediend door de overspelige moeder, waarbij haar vorige echtgenoot verplicht opgeroepen moest worden, niet als procespartij, maar louter ter inlichting (P. SENAEVE, *Handboek van familieprocesrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1986, 397, nr. 910, 399, nr. 915 en 402-403, nr. 924).

648 In rechtspraak en rechtsleer bestaat sinds de inwerkingtreding van de Afstammingswet onenigheid over de aard van de rechtspleging en dus ook over de personen die partij zijn in een procedure waarin machtiging tot erkenning wordt gevraagd.

In hoofdorde kunnen twee strekkingen worden onderscheiden.
– Volgens een eerste strekking dient de procedure tot het bekomen van machtiging tot erkenning verplicht op tegenspraak te verlopen, aangezien de machtigingsaanvraag een impliciete betwisting van het vaderschap van de (ex-)echtgenoot van de moeder inhoudt. Dergelijke zienswijze impliceert dat, naast de verzoekende aspirant-erkenner, alleszins ook deze (ex-) echtgenoot procespartij in het geding moet zijn.
– Volgens een tweede strekking houdt de procedure bedoeld in artikel 320 B.W. een eenzijdige rechtspleging in, met als gevolg dat de aspirant-erkenner – althans op het ogenblik dat het verzoek wordt ingeleid – de enige procespartij is.

Beide strekkingen, met elk hun nuances, zijn al omstandig weergegeven in doctrinebijdragen (zie J. MELLAERTS, "Procesrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 152-163, nrs. 297-325; J. MELLAERTS, "Afstammingsgeschillen: een procesrechtelijke benadering", *T.P.R.* 1991, (1139) 1196-1200, nrs. 149-155; A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 320 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 10-13, nr. 10).

Uit de jurisprudentie i.v.m. de wijze waarop het machtigingsverzoek moet worden ingeleid (zie verder, nrs. 658-659) blijkt dat een meerderheidsstrekking in de rechtspraak lijkt te aanvaarden dat de procedure tot het bekomen van machtiging o.g.v. artikel 320 B.W. in essentie een eenzijdige rechtspleging is.

In de gepubliceerde rechtspraak is er nochtans slechts één vonnis dat op de aard van de rechtspleging ingaat: de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen oordeelde dat bij een procedure o.g.v. artikel 320 B.W. aan de rechtbank alleen maar een machtiging wordt gevraagd en in wezen niets tegen iemand wordt geëist. Bij gebreke van tegenpartij betreft het volgens de rechtbank geen contradictoire rechtspleging. Doordat de moeder en de juridische vader in het geding worden betrokken krijgt de rechtspleging geen contradictoir karakter, nu van hen niets wordt gevorderd (Rb. Antwerpen 18 december 1990, *R.W.* 1990-91, 1306, noot).

649 Duidelijk is dat de wetgever – anders dan in artikel 319*bis* B.W. – in artikel 320 B.W. niet heeft bepaald dat een andere partij in het geding betrokken moet zijn. Desondanks worden in de praktijk de moeder en haar (ex-)echtgenoot wel degelijk in de procedure betrokken.

Dit gebeurt op verschillende wijzen.
– Naar analogie met het oude artikel 331 vierde lid B.W. komt het voor dat de moeder en haar echtgenoot gehoord, althans bij gerechtsbrief opgeroepen worden, evenwel zonder dat zij daardoor partij worden in het geding.

Deze oproeping bij gerechtsbrief blijkt in de meeste gerechtelijke arrondissementen gangbaar te zijn (uitdrukkelijk bevestigd voor het arrondissement Luik door G. MAHIEU en D. PIRE, *Droit des personnes. La filiation*, in *Rép. not.*, Brussel, Larcier, 1999, 111, nr. 117; zie ook Rb. Nijvel (7e kamer) 30 april 1998, *Rev. trim. dr. fam.* 1999, 652; Rb. Antwerpen (2de B kamer) 30 juni 1998, *R.W.* 2000-01, 311, noot K. SWERTS; Rb. Brugge (7de kamer) 13 maart 1990 en 26 juni 1990, *R.W.* 1990-91, resp. 1240 en 1241, (goedkeurende) noot J. GERLO; Rb. Leuven 4 januari 1988, opgenomen in P. SENAEVE en A. DE WOLF, *Rechtspraak Personen- en familierecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1994, 137).
Over de toelaatbaarheid van deze praktijk bestaat verdeeldheid in de rechtsleer (*pro*: J. GERLO, "De erkenning, door een man, van een buitenhuwelijks kind", (noot onder Rb. Brugge 26 juni 1990), *R.W.* 1990-91, (1241) 1242; G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, W. DE MULDER en R. DE WIT, "Overzicht van de rechtspraak. Personen- en familierecht (1981-1987)", *T.P.R.* 1988, (415) 561, nr. 244; inhoudelijk akkoord, maar vanuit formeel oogpunt *contra*, wegens gebrek aan uitdrukkelijke rechtsgrond: J. MELLAERTS, "Procesrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 162, nr. 323; J. MELLAERTS, "Afstammingsgeschillen: een procesrechtelijke benadering", *T.P.R.* 1991, (1139) 1199, nr. 154).

Feit is dat het gemeen recht inzake procedures op eenzijdig verzoekschrift zich verzet tegen deze werkwijze. Artikel 1028 tweede lid Ger. W. bepaalt immers dat de rechter – enkel – de verzoeker en de tussenkomende partijen in raadkamer kan oproepen, via een gerechtsbrief die door de griffier aan de partijen wordt gezonden. In dit scenario zijn de overspelige moeder en haar bedrogen echtgenoot procespartijen na (en omwille van) hun tussenkomst.

– Indien zij op de hoogte zijn van het feit dat een machtigingsprocedure is ingeleid, kunnen moeder en echtgenoot daarin vrijwillig tussenkomen bij verzoekschrift (art. 812 en 813 eerste lid Ger. W.).
– Zij kunnen ook in gedwongen tussenkomst door de aspirant-erkenner worden gedagvaard (art. 813 tweede lid Ger. W.).
– Ten slotte kan de rechtbank ook ambtshalve hun tussenkomst gelasten door hen in het geding te roepen in toepassing van artikel 331*decies* tweede lid B.W.

Aangenomen mag worden dat artikel 331*decies* B.W. in deze context kan spelen, nu het vonnis dat machtiging verleent zeker als een "rechterlijke beslissing inzake afstamming" kan worden gekwalificeerd (zie de aanhef van art. 331*decies* eerste lid B.W.).
De toepassing van artikel 331*decies* tweede lid B.W. impliceert dat de moeder en/of haar (gewezen) echtgenoot door de meest gerede partij – in deze context is dit de aspirant-erkenner – in gedwongen tussenkomst worden gedagvaard (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 331*decies* B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 6, nr. 13; J. MELLAERTS, "Procesrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 163, nr. 325; C. PANIER, "Problèmes de droit judiciaire relatifs à la filiation", in X (ed.), *La filiation et l'adoption*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 1988, 117-118, nr. 63; D. PIRE, "Aspects de droit judiciaire relatifs à la filiation", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, (53) 75; voor een toepassing, zie Rb. Bergen 13 april 1988, *J.L.M.B.* 1988, 939, noot Th. CORDIER, waar de echtgenoot van de moeder als juridische vader door de rechtbank ambtshalve in het geding werd geroepen).

Artikel 332*ter* derde lid B.W. – waarin wordt bepaald dat o.m. het kind of zijn afstammelingen en degene van de ouders wiens vaderschap of moederschap vaststaat in het geding moeten worden geroepen – vormt geen argument voor de stelling dat alle belanghebbenden moeten worden gedagvaard in een procedure o.g.v. artikel 320 B.W. (in dezelfde zin: G. MAHIEU en D. PIRE, *Droit des personnes. La filiation*, in *Rép. not.*, Brussel, Larcier, 1999, 111, nr. 117; *anders*: J. SOSSON, "Quelques problèmes judiciaires d'application de la loi du 31 mars 1987 réformant le droit de la filiation", *J.T.* 1990, (301) 302, nr. 8; die uit art. 332*ter* derde lid B.W. een *a fortiori*-argument put).

Een verzoek tot machtiging is immers geen vordering tot inroeping van staat (vgl. art. 332*ter* eerste lid B.W.).

Na vrijwillige, gedwongen of ambtshalve door de rechtbank bevolen tussenkomst zullen de moeder en haar (ex-)echtgenoot procespartij worden in het geding, waardoor de procedure meteen een tegensprekelijk karakter zal krijgen.

d. Vertegenwoordiging van de procespartijen

650 Ook al wordt door de machtiging tot erkenning de afstamming nog niet vastgesteld, toch zullen, wat de vertegenwoordiging van de aspirant-erkenner betreft, dezelfde principes gelden als voor de erkenning zelf (zie boven, nrs. 437-439). Dit volgt uit het hoogstpersoonlijk karakter van de machtigingsprocedure, die enkel door de aspirant-erkenner kan worden ingeleid.

651 De machtigingsprocedure ex artikel 320 B.W. kan als een geding betreffende de afstamming worden beschouwd, waardoor artikel 331*sexies* B.W. voor de andere procespartijen kan worden toegepast. Wordt de machtiging via eenzijdig verzoekschrift gevraagd, dan rijzen op dit vlak geen problemen inzake vertegenwoordiging bij ontstentenis van andere partijen.
Wordt het machtigingsverzoek via dagvaarding ingeleid, dan dienen moeder en haar (gewezen) echtgenoot gedagvaard te worden. Zo zij onbekwaam zouden zijn, kunnen zij worden vertegenwoordigd door hun wettelijke vertegenwoordiger. Indien het kind mede zou gedagvaard geweest zijn, dan is de aanstelling van een voogd *ad hoc* slechts noodzakelijk indien *in concreto* tegenstrijdigheid van belangen zou worden aangetoond tussen het kind enerzijds en de ouder die als zijn wettelijke vertegenwoordiger (co-verweerder) optreedt anderzijds.

e. Bevoegde rechtbank

652 Artikel 320 B.W. bepaalt zelf dat de rechtbank van eerste aanleg van de woonplaats van het kind bevoegd is om de machtiging te verlenen.

653 Het verzoek om machtiging tot erkenning van een nog niet geboren kind te bekomen, dient *normaliter* te worden ingeleid voor de rechtbank van eerste aanleg van de woonplaats van de moeder.

De Rechtbank van Eerste Aanleg te Nijvel besliste dat bij gebrek aan effectieve woonplaats in de zin van artikel 36 Ger. W. in het geval van een verwekt kind en zonder tegenstrijdige elementen eigen aan de zaak, de toekomstige, waarschijnlijke en gebruikelijke woonplaats van het kind met zijn moeder de territoriaal bevoegde rechtbank zal bepalen tot dewelke het verzoek om machtiging tot erkenning te bekomen moet worden gericht (Rb. Nijvel 10 januari 1991, *J.T.* 1991, 568; in

dezelfde zin: Rb. Brussel 21 oktober 1987, *J.T.* 1988, 160 en weergegeven door C. PANIER, "Inédits de droit de la famille (II). Le nouveau droit de filiation et de l'adoption", *J.L.M.B.* 1987, (1549) 1549; Rb. Doornik 18 april 1988, *J.L.M.B.* 1989, 121, noot C. PANIER; J.-P. MASSON, "Examen de jurisprudence (1984-1990). Les Personnes. Deuxième partie. Relations familiales", *R.C.J.B.* 1993, (487) 506, nr. 135).

654 Deze specifieke bevoegdheidsregel inzake de machtiging tot erkenning uit artikel 320 B.W. raakt de openbare orde, net zoals de algemene bevoegdheidsregel voor vorderingen m.b.t. de afstamming, vervat in artikel 331 § 1 B.W. (zie daarover *in extenso* verder, nrs. 980-982).

Logisch gevolg daarvan is dat het aan de gevatte rechter behoort om ambtshalve zijn onbevoegdheid i.v.m. de machtiging tot erkenning o.g.v. artikel 320 B.W. op te werpen (Rb. Brussel 12 april 1989, *Pas.* 1989, III, 102; *in casu* werd, in toepassing van art. 640 Ger. W., de verwijzing naar de arrondissementsrechtbank bevolen).

f. Wijze waarop het verzoek tot machtiging wordt ingeleid

655 Artikel 320 B.W. bepaalt niets over de wijze waarop de machtiging van de rechtbank van eerste aanleg kan worden bekomen. Het antwoord op de vraag op welke manier de procedure tot het bekomen van machtiging kan/moet worden ingeleid, wordt gedetermineerd door de vraag welke personen in deze procedure moeten worden betrokken en is dus afhankelijk van de aard van de rechtspleging (zie daaromtrent boven, nrs. 647-649).

– Is men van oordeel dat de procedure tot het bekomen van machtiging verplicht op tegenspraak dient te verlopen, dan moet zij overeenkomstig artikel 700 Ger. W. bij dagvaarding worden ingeleid tegen de moeder, haar (ex-) echtgenoot en het kind.
– Wordt aangenomen dat op basis van artikel 320 B.W. een eenzijdige procedure wordt ingeleid, dan moet de machtiging tot erkenning bij eenzijdig verzoekschrift in de zin van artikel 1025 e.v. Ger. W. kunnen worden gevorderd.

Modellen van (eenzijdig) verzoekschrift en dagvaarding tot het bekomen van een machtiging tot erkenning zijn voorhanden (zie *Rép. not.*, deel 1 Personenrecht, Boek XII Afstamming, 1999, resp. p. 9-10 (verzoekschrift), model 6 en p. 11-12, model 7 (dagvaarding); het model van verzoekschrift opgenomen in *A.M.R.*, II, Burgerlijk Recht, Afstamming, 22-23 (afl. 18, 1989) is verouderd).

656 Geen discussie bestaat over het gegeven dat de gemeenrechtelijke wijze van gedinginleiding, nl. een dagvaarding bij gerechtsdeurwaardersexploot (art. 700 Ger. W.) mogelijk is. Evenmin bestaat betwisting over het feit dat de aspirant-erkenner, samen met de moeder en haar (ex-)echtgenoot vrijwillig kunnen verschijnen (art. 706 Ger. W.) (Rb. Bergen 13 april 1988, *J.L.M.B.* 1988, 939, noot T. CORDIER).
Een verzoekschrift op tegenspraak in de zin van artikel 1034*bis-sexies* Ger. W. is geen optie, nu artikel 320 B.W. niet bepaalt dat de vordering bij verzoekschrift kan worden ingeleid (Cass. 27 mei 1994, *Arr. Cass.* 1994, 534, concl. DU JARDIN, zie verder, nr. 661) en bovendien ook niet voorziet in het oproepen van een tegenpartij.

(i) Controverse i.v.m. de toelaatbaarheid van het eenzijdig verzoekschrift

657 Rechtspraak en rechtsleer zijn echter diepgaand verdeeld over de vraag of een dagvaarding (of vrijwillige verschijning) noodzakelijk is, dan wel of de machtiging tot erkenning ook via eenzijdig verzoekschrift kan worden bekomen.

Hieronder wordt dieper ingegaan op de houding van de rechtspraak en volgt een bondig overzicht van de verschillende standpunten in de doctrine.

658 In de rechtspraak wordt de discussie aangaande de toelaatbaarheid van het eenzijdig verzoekschrift tot nog toe uitsluitend gevoerd op het niveau van de rechtbanken van eerste aanleg. Geen enkel hof van beroep – laat staan het Hof van Cassatie – heeft al stelling genomen i.v.m. deze problematiek.
De houding van de rechtbanken verschilt naargelang het gerechtelijk arrondissement waarin de machtiging wordt gevorderd.

– De Rechtbanken van Eerste Aanleg te Bergen, Neufchâteau en Turnhout hebben het eenzijdig verzoekschrift in deze context onontvankelijk verklaard en hebben vereist dat de procedure tot het bekomen van machtiging ex artikel 320 B.W. bij dagvaarding (of vrijwillige verschijning) wordt ingeleid.

Volgens de Rechtbank van Eerste Aanleg te Bergen vormt het verzoek tot machtiging gebaseerd op artikel 320 B.W. de verwezenlijking van een vordering van staat en kan het niet worden ingeleid bij verzoekschrift, gelet op de procedureregels die terzake toepasselijk zijn en zich, zowel aan de rechter als aan partijen, opdringen. Werd de vordering toch ingeleid bij verzoekschrift, dan is niet de theorie van de nietigheden van toepassing, maar betreft het de voorafgaande vraag naar de ontvankelijkheid van het verzoek (Rb. Bergen (1ste kamer) 30 maart 1988, *J.L.M.B.* 1988, 718). De inleiding via eenzijdig verzoekschrift is volgens dezelfde rechtbank enkel toelaatbaar voor die vorderingen waarvan geen kennis wordt genomen door een tegenpartij; in het globaal kader van de afstammingsvorderingen – waartoe het verzoek tot machtiging behoort – heeft de wetgever daarentegen uitdrukkelijk gewild dat de direct betrokkenen in het geding zouden zijn en heeft hij het zelfs mogelijk gemaakt dat de rechtbank ambtshalve alle belanghebbenden in het geding roept (art. 331*decies* tweede lid B.W.). M.b.t. een prenataal ingeleid machtigingsverzoek werd overwogen dat, nu de rechtbank het ogenblik van de verwekking en de afwezigheid van bezit van staat ten aanzien van de echtgenoot moet nagaan, het bijzonder moeilijk zou zijn mocht die rechtbank moeten oordelen in een louter eenzijdige procedure buiten aanwezigheid van de moeder en de wettelijke vader. Bij ontstentenis van wettelijke bepaling die voorziet in een bijzondere wijze van rechtsingang voor de inleiding van het verzoek tot machtiging kan de rechter zich niet in de plaats stellen van de wetgever, maar moet hij het gemeen procedurerecht toepassen, hetgeen een inleiding bij eenzijdig verzoekschrift niet toelaat (Rb. Bergen (1ste kamer) 18 mei 1988, *J.L.M.B.* 1988, 944); de vordering die werd ingeleid bij verzoekschrift is volgens deze rechtbank onontvankelijk; een vrijwillige verschijning is wel ontvankelijk (Rb. Bergen (1ste kamer) 13 april 1988, *J.LM.B.* 1988, 939, noot Th. CORDIER). Ten slotte werd nog opgemerkt dat geen enkele wettelijke bepaling toelaat dat men in het raam van artikel 320 B.W. zijn toevlucht neemt tot een verzoekschrift om een bilaterale procedure in te leiden (Rb. Bergen (1ste kamer) 15 mei 1991, *onuitg.*, weergegeven door D. PIRE, "Inédits de droit de la famille (V-3). Filiation", *J.L.M.B.* 1991, (1082) 1094).

De Rechtbank van Eerste Aanleg te Neufchâteau wees erop dat de bepalingen van de Afstammingswet slechts uitzonderlijk afwijken van de regel van het gemeen procesrecht volgens dewelke vorderingen worden ingeleid bij dagvaarding of bij vrijwillige verschijning. Bij gebrek aan specifieke procedureregel die bepaalt hoe de vordering o.g.v. artikel 320, 2° B.W. moet worden inge-

leid, moet volgens de rechtbank het gemeen recht worden gevolgd (dagvaarding of vrijwillige verschijning). De vordering die werd ingeleid bij verzoekschrift werd niet ontvankelijk geacht (Rb. Neufchâteau (ch. civ.) 9 november 1988, *J.L.M.B.* 1989, 133 en *R.R.D.* 1989, 22).

Ook de Rechtbank van Eerste Aanleg te Turnhout was van oordeel dat het verzoek om machtiging tot erkenning te bekomen niet kan worden ingeleid bij "eenvoudig" [lees: eenzijdig] verzoekschrift; dergelijk verzoek is volgens de rechtbank onontvankelijk. Aangezien de moeder, de vader en het kind in het geding moeten worden geroepen, kan er geen sprake zijn van een eenzijdig verzoekschrift: een procedure waarin derden moeten worden betrokken – zonder de minste twijfel om hen in de mogelijkheid te stellen het verzoek te betwisten – is geen eenzijdige procedure. De rechtbank overwoog dat indien de procedure zou mogen worden ingeleid bij eenzijdig verzoekschrift, artikel 1029 Ger. W. van toepassing zou zijn, zodat de beslissing uitvoerbaar zou zijn bij voorraad, hetgeen i.v.m. een beslissing aangaande de staat van de persoon ondenkbaar is. Artikel 700 Ger. W. geldt onbetwistbaar, aangezien er in dit verband geen bijzondere regel is om hiervan af te wijken, met als gevolg dat de vordering tot het bekomen van machtiging bij dagvaarding moet worden ingesteld (Rb. Turnhout 28 april 1988, *R.W.* 1990-91, 334, noot A. VAN DEN BERGHEN en *Turnh. Rechtsl.* 1989, 65, noot J. CUYPERS).

– In vonnissen van de Rechtbanken van Eerste Aanleg te Antwerpen en te Namen werd uitdrukkelijk ingegaan op de toelaatbaarheid van een eenzijdig verzoekschrift als wijze van gedinginleiding.

Volgens de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen kan het verzoek tot het bekomen van een machtiging tot erkenning worden ingeleid bij "eenvoudig" [lees: eenzijdig] verzoekschrift, aangezien aan de rechtbank alleen maar een machtiging wordt gevraagd en in wezen niets tegen [n]iemand wordt geëist. Doordat de moeder en de juridische vader in het geding worden betrokken, krijgt de rechtspleging geen contradictoir karakter, nu van hen niets wordt gevorderd. Een verzoekschrift strekkende tot machtiging is – aldus de rechtbank – ontvankelijk, ook al houdt dit impliciet de betwisting van het vaderschap in (Rb. Antwerpen 18 december 1990, *R.W.* 1990-91, 1306, noot; het argument van de rechtbank dat tegen deze vorm van rechtsingang geen formeel bezwaar bestaat aangezien artikel 700 Ger. W. niet van openbare orde is, kan niet meer gelden, nu dit door het Hof van Cassatie expliciet is tegengesproken, zie verder, nr. 661).

De Rechtbank van Eerste Aanleg te Namen overwoog dat de wet geen enkele bepaling bevat die de aspirant-erkenner verplicht om de juridische vader van het kind of wie dan ook te dagvaarden op straffe van de onontvankelijkheid van de vordering. In het raam van de vorderingen m.b.t. de afstamming heeft de wetgever wel meermaals de wil geuit om alle belanghebbenden in het geding te roepen, teneinde de toename van gedingen te vermijden. De rechtbank achtte een dagvaarding of vrijwillige verschijning "zonder twijfel verkieselijk", maar oordeelde dat het verzoekschrift niet als een onontvankelijke wijze van gedinginleiding kan worden beschouwd als alle belanghebbende personen effectief opgeroepen en verschenen zijn (Rb. Namen (4de kamer) 7 september 1988, *onuitg.*, weergegeven door D. PIRE, "Inédits de droit de la famille (V-3). Filiation", *J.L.M.B.* 1991, (1082) 1093).

De Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent oordeelde uitdrukkelijk dat de procedure o.g.v. artikel 320 B.W. geregeld wordt door de artikelen 1025 e.v. Ger. W. (Rb. Gent (3de kamer) 12 november 1992, *R.W.* 1992-93, 1203, noot J. MELLAERTS).

659 Uit analyse van de integrale gepubliceerde rechtspraak i.v.m. artikel 320 B.W., aangevuld met diverse onuitgegeven uitspraken, blijkt dat een verzoekschrift tot machtiging in de meeste gerechtelijke arrondissementen ontvankelijk wordt bevonden, evenwel zonder dat op de toelaatbaarheid van deze wijze van gedinginleiding wordt ingegaan.

Zie in Vlaanderen: Rb. Hasselt (1ste kamer) nr. 00/1075B, 29 juni 2000, *onuitg.*; Rb. Dendermonde (8ste kamer) 2 juni 1999, *A.J.T.* 1999-2000, 609, noot G. VERSCHELDEN; Rb. Leuven (2de kamer) nr. 98/1291/A, 28 september 1998, *onuitg.*; Rb. Leuven 4 januari 1988, opgenomen in P. SENAEVE en A. DE WOLF, *Rechtspraak Personen- en familierecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1994, 137; Rb. Antwerpen (2de B kamer) 30 juni 1998, *R.W.* 2000-01, 311, noot K. SWERTS; Rb. Antwerpen (2de kamer) 12 oktober 1993, *T.B.B.R.* 1994, 255 Rb. Antwerpen (2de kamer) 6 mei 1992, *T.B.B.R.* 1994, 77; Rb. Gent (3de kamer) 25 juni 1992, *R.W.* 1992-93, 1203, noot; Rb. Brugge (7de kamer) 13 maart 1990 en 26 juni 1990, *R.W.* 1990-91, resp. 1240 en 1241, noot J. GERLO.

In Brussel: Rb. Brussel (12de kamer) 19 november 1997, *Pas.* 1996, III, 100; Rb. Brussel (12de kamer) 8 maart 1995, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 677; Rb. Brussel (13de kamer) 24 februari 1988, *Pas.* 1988, III, 64, noot en weergegeven door C. PANIER, "Inédits de droit de la famille (II-2). Le nouveau droit de la filiation (loi du 31 mars 1987)", *J.L.M.B.* 1988, (685) 687-688; Rb. Brussel (13de kamer) 21 oktober 1987, *J.T.* 1988, 160.

In Wallonië: Rb. Nijvel (7de kamer) 30 april 1998, *Rev. trim. dr. fam.* 1999, 652; Rb. Luik (3de kamer) 2 juni 1992, *Rev. trim. dr. fam.* 1992, 400; Rb. Luik (3de kamer) 31 januari 1992, *Rev. trim. dr. fam.* 1993, 454. Rb. Luik (3de kamer) 5 mei 1989, *onuitg.*, aangehaald door D. PIRE, "Inédits de droit de la famille (V-3). Filiation", *J.L.M.B.* 1991, (1082) 1093; Rb. Charleroi (1ste kamer) 8 mei 1989, *J.L.M.B.* 1989, 870, noot C. LECLERCQ.

660 Ook de rechtsleer antwoordt verdeeld op de vraag aangaande de toelaatbaarheid van een eenzijdig verzoekschrift.

– Een groot aantal auteurs vereist dat de procedure wordt ingeleid bij dagvaardingsexploot of vrijwillige verschijning.

Expliciete voorstanders van deze wijze van gedinginleiding: Th. CORDIER, "Divers problèmes de procédure suscités par la reconnaissance des enfants 'adultérins privilégiés'", (noot onder Rb. Bergen 13 april 1988) *J.L.M.B.* 1988, (942) 944; J. CUYPERS, noot onder Rb. Turnhout 28 april 1988, *Turnh. Rechtsl.* 1989, (65) 66; J.-P. MASSON, "Examen de jurisprudence (1984-1990). Les Personnes. Deuxième partie. Relations familiales", *R.C.J.B.* 1993, (487) 508-510, nr. 137; vgl. H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité*, II/2, 941, nr. 987 en zie reeds J.-P. MASSON, "Les personnes – Chronique de jurisprudence (1985-1990)", *J.T.* 1991, (417) 430, nr. 100; C. PANIER, "Problèmes de droit judiciaire relatifs à la filiation", in X (ed.), *La filiation et l'adoption*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 1988, 111, nr. 51 *a contrario*; J. SOSSON, "Quelques problèmes judiciaires d'application de la loi du 31 mars 1987 réformant le droit de la filiation", *J.T.* 1990, (301) 301, nr. 4 en A. VAN DEN BERGHEN, "De rechtspleging bij de procedure inzake machtiging tot erkenning van een overspelig kind a matre", (noot onder Rb. Turnhout 28 april 1988), *R.W.* 1990-91, (335) 337, nr. 11.
Met sympathie voor deze stelling: G. BAETEMAN, *Overzicht*, 610, nr. 981; C. PANIER, "Inédits de droit de la famille (II-2). Le nouveau droit de la filiation (loi du 31 mars 1987), *J.L.M.B.* 1988, (685) 687, voetnoot 4.

– Andere auteurs achten een inleiding van de procedure ex artikel 320 B.W. mogelijk bij wijze van eenzijdig verzoekschrift.

Uitdrukkelijk: C. LECLERCQ, "L'application de l'article 320 du Code civil", (noot onder Rb. Charleroi 8 mei 1989), *J.L.M.B.* 1989, (871) 872, nrs. 5-6; J. MELLAERTS, "Afstammingsgeschillen: een procesrechtelijke benadering", *T.P.R.* 1991, (1139) 1200, nr. 157; J. MELLAERTS, "Procesrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 161, nr. 321; D. PIRE, "Requiem pour la présomption de paternité", (noot onder Rb. Luik 27 oktober 1989), *Ann. dr. Liège* 1990, (390) 394-396, later hernomen in D. PIRE, "Droit judiciaire de la filiation", *Act. dr.* 1991, (689) 716-718,

nr. 33 en D. PIRE, "Aspects de droit judiciaire relatifs à la filiation", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, 80-82.
Impliciet akkoord met deze wijze van gedinginleiding: J. GERLO, "De afstamming langs moederszijde en vaderszijde", in G. BAETEMAN (ed.), *Afstamming en adoptie*, Brussel, E. Story-Scientia, 1987, 98, nr. 101; E. VIEUJEAN, "Conclusion", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, II, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, 491-492.

Het feit dat artikel 320 B.W. niet bepaalt dat het verzoek tot machtiging via een eenzijdige procedure kan worden bekomen, belet niet dat het bij eenzijdig verzoekschrift kan worden ingeleid. Het eenzijdig verzoekschrift moet immers niet enkel worden aangewend in de gevallen die uitdrukkelijk in de wet zijn opgenomen, maar ook in de gevallen waar de rechtspleging op tegenspraak niet kan worden aangewend omdat er geen tegenstrever voor de vordering is (A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Luik, P.U.L., 1987, 307, nr. 412; Ch. VAN REEPINGHEN, *Verslag over de gerechtelijke hervorming*, Brussel, *Belgisch Staatsblad*, 1964, 399 en voetnoot 274).

(ii) Conclusie

661 Artikel 320 B.W. biedt een man de mogelijkheid om een in essentie eenzijdige procedure te voeren. Het nut van deze bepaling bestaat er immers in dat het vaderschap van een andere man dan de echtgenoot van de moeder via erkenning kan worden vastgesteld zonder dat het vaderschap van deze echtgenoot van de moeder voorafgaandelijk – via een tegensprekelijke procedure – moet worden betwist.
Er zijn echter grote bezwaren om de procedure haar volledige verloop te laten kennen zonder enige tegenspraak. Hoewel geen enkele wetsbepaling vereist dat de moeder en haar (gewezen) echtgenoot in het geding moeten worden geroepen, zal het in sommige gevallen noodzakelijk zijn dat zij in de procedure worden betrokken. De rechtbank zal immers in vele gevallen niet met kennis van zaken kunnen oordelen of één van de vier in artikel 320 B.W. opgesomde gevallen al dan niet van toepassing is en of het kind al dan niet bezit van staat heeft t.a.v. de (ex-)echtgenoot van de moeder als zij zich enkel baseert op de verklaringen van de verzoekende aspirant-erkenner. De praktijk waarbij de rechtbank de moeder en haar (gewezen) echtgenoot – na een inleiding via eenzijdig verzoekschrift – bij gerechtsbrief oproept ten titel van inlichting, heeft geen wettelijke basis meer sinds 6 juni 1987, datum van inwerkingtreding van de Afstammingswet.
Toch is het aangewezen dat zij in het geding betrokken worden. Welnu, omdat nooit kan worden gegarandeerd dat zij vrijwillig in de procedure tussenkomen en omdat de rechtbank *proprio motu* de moeder en haar (ex-)echtgenoot slechts op één wijze rechtsgeldig in het geding kan roepen – nl. ambtshalve in toepassing van artikel 331*decies* tweede lid B.W. – en dit een wijze is waarbij zij door de meest gerede partij, nl. de aspirant-erkenner in gedwongen tussenkomst moeten worden gedagvaard (zie boven, nr. 649), is het alleen al om deze redenen aangewezen hen dadelijk in het geding te roepen door hen *ab initio* te dagvaarden via gerechtsdeurwaardersexploot.

Dagvaarding brengt weliswaar hogere kosten mee dan een eenzijdig verzoekschrift en is niet in overeenstemming met de eigenlijke aard van de procedure; toch biedt deze wijze van gedinginleiding de meeste garanties, nu de aanwending van het eenzijdig verzoekschrift niet geringe risico's inhoudt (in dezelfde zin: G. MAHIEU en D. PIRE, *Droit des personnes. La filiation*, in *Rép. not.*, Brussel, Larcier, 1999, 111, nr. 117). Artikel 700 Ger. W. bepaalt immers dat de hoofdvorderingen bij dagvaarding voor de rechter worden gebracht onverminderd de bijzondere regels inzake vrijwillige verschijning en rechtspleging op verzoekschrift. Volgens de vigerende cassatierechtspraak raakt artikel 700 Ger. W. de openbare orde; de eis die met miskenning van deze bepaling werd ingeleid op een andere wijze dan via dagvaarding moet als niet-toelaatbaar worden beschouwd.

Het Hof van Cassatie heeft het principe geponeerd dat de regel uit artikel 700 Ger. W. geldt tenzij een bijzondere wet hiervan afwijkt; de miskenning van deze regel ressorteert onder de gerechtelijke organisatie (zie Cass. 30 oktober 1997, *Arr. Cass.* 1997, 1052 en *R.W.* 1998-99, 163, waar werd geoordeeld dat na de beschikking ex art. 338 § 2 tweede lid B.W. de wederpartij die niet verschenen is of die het niet eens was met het gevorderde, door de betrokkene bij dagvaarding dient te worden opgeroepen; een oproeping bij gerechtsbrief volstond niet). Bij de miskenning van deze regel is de nietigheidsregeling van de artikelen 860-867 Ger. W. niet van toepassing (zie Cass. 27 mei 1994, *Arr. Cass.* 1994, 534, concl DU JARDIN, *Pas.* 1994, I, 519, *J.L.M.B.* 1995, 8, noot G. DE LEVAL, *R.W.* 1994-95, 1017, noot K. BROECKX, *R.C.J.B.* 1995, 639, noot G. CLOSSET-MARCHAL en *R. Cass.* 1994, 317, noot K. SEYEN en R. DE CORTE, m.b.t. een eis in herziening inzake onteigening; reeds in dezelfde zin: C. PANIER, "Inédits de droit de la famille (II-2). Le nouveau droit de la filiation (loi du 31 mars 1987), *J.L.M.B.* 1988, (685) 687, voetnoot 4).

662 Samengevat: als de moeder en haar (ex-)echtgenoot niet vrijwillig willen verschijnen, zal elkeen die een machtiging tot erkenning wil bekomen, de voor- en nadelen van een inleiding bij dagvaarding enerzijds en bij eenzijdig verzoekschrift anderzijds moeten afwegen, rekening houdend met de houding die de territoriaal bevoegde rechtbank van eerste aanleg in het verleden heeft ingenomen (zie boven, nrs. 658-659).
Vanuit dogmatisch oogpunt is een dagvaarding bij gerechtsdeurwaardersexploot de meest aangewezen manier om de procedure o.g.v. artikel 320 B.W. in te leiden. Deze wijze van gedinginleiding neemt het risico op de onontvankelijkheid van de vordering weg en vermijdt tegelijk dat de rechtbank haar toevlucht moet nemen tot de onwettige praktijk van de oproeping bij gerechtsbrief.

g. Procedureverloop

663 Gelet op de praktijk, die uitwijst dat de procedure in sommige gevallen eenzijdig en in andere gevallen op tegenspraak wordt gevoerd, moet het procedureverloop gedifferentieerd worden benaderd, naargelang de wijze van gedinginleiding.

(i) Inleiding bij eenzijdig verzoekschrift

664 Werd het verzoek tot machtiging bij eenzijdig verzoekschrift ingeleid, dan verloopt de procedure overeenkomstig de artikelen 1025-1034 Ger. W. Hoger werd al gewezen op de – onwettige – praktijk die erin bestaat dat de rechtbank in deze hypothese de moeder en haar (ex-)echtgenoot bij gerechtsbrief laat oproepen en hen ter inlichting hoort, ondanks het feit dat de rechter krachtens artikel 1028 tweede lid Ger. W. enkel de verzoeker en de (vrijwillig of gedwongen) tussenkomende partijen in raadkamer kan oproepen. Roept de rechtbank de moeder en haar gewezen echtgenoot – op wettige wijze – ambtshalve in het geding overeenkomstig artikel 331*decies* tweede lid B.W., dan vereist dit een dagvaarding door de aspirant-erkenner, waardoor de procedure meteen een tegensprekelijk karakter krijgt (zie boven, nr. 649).

665 Na een inleiding op eenzijdig verzoekschrift zouden zowel de behandeling van de vordering als de uitspraak *normaliter* in raadkamer moeten geschieden (zie resp. art. 1028 en 1029 eerste lid Ger. W.).

Evenwel is geoordeeld dat de behandeling van de vordering in openbare terechtzitting moet plaatsvinden, o.g.v. het argument dat men zich niet binnen het terrein van de zuiver willige rechtsmacht bevindt (Rb. Antwerpen 18 december 1990, *R.W.* 1990-91, 1306, noot). Dit argument snijdt echter geen hout, nu sinds de invoering van het Gerechtelijk Wetboek aan het onderscheid tussen (vrij)willige (oneigenlijke) en eigenlijke rechtsmacht geen concreet belang meer mag worden toegekend (zie in dat verband Ch. VAN REEPINGHEN, *Verslag over de gerechtelijke hervorming*, Brussel, *Belgisch Staatsblad*, 1964, 399).

Onder gelding van het oude afstammingsrecht vond de behandeling van het verzoek in raadkamer plaats (art. 331 vierde lid (oud) B.W.), maar volgde de uitspraak in openbare terechtzitting (zie P. SENAEVE, *Handboek van familieprocesrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1986, 400, nr. 916). Ook na de inwerkingtreding van de Afstammingswet gaan sommige rechtbanken nog op deze manier te werk.
In de rechtsleer is geopperd dat de uitspraak in openbare terechtzitting zou moeten gebeuren telkens een derde (vrijwillig of gedwongen) in het geding is tussengekomen, omdat een afwijking van het grondwettelijk principe dat elke rechterlijke uitspraak in openbare zitting gebeurt in deze gevallen niet meer verantwoord is (S. RAES, "Art. 1029 Ger. W.", in P. DEPUYDT, J. LAENENS, D. LINDEMANS en S. RAES (red.), *Gerechtelijk Recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, 1988, 1).

(ii) Inleiding bij dagvaarding of vrijwillige verschijning

666 Werd de machtiging gevraagd bij dagvaarding of zijn partijen vrijwillig verschenen, dan moet zonder twijfel de algemene regel gelden dat de zaak in het openbaar wordt behandeld (art. 148 eerste lid Grondwet) en het vonnis dat de machtiging verleent of weigert in openbare terechtzitting wordt uitgesproken (art. 149 Grondwet).

h. Gerechtskosten

667 Na een via eenzijdig verzoekschrift ingeleide procedure blijven de kosten ten laste van de verzoeker. Dit principe geldt ook indien de rechtbank de moeder en haar (ex-)echtgenoot bij gerechtsbrief heeft opgeroepen, aangezien zij door deze oproeping geen procespartij geworden zijn.

668 Is de procedure op tegenspraak ingeleid via dagvaarding of vrijwillige verschijning, dan moeten de kosten in principe ten laste worden gelegd van "de in het ongelijk gestelde partij" (art. 1017 eerste lid Ger. W.). Indien de machtiging wordt geweigerd, is het evident dat de kosten ten laste van de verzoeker blijven.
Nochtans kunnen de kosten ook worden omgeslagen zoals de rechter het raadzaam oordeelt (art. 1017 derde lid Ger. W.). Ons inziens kan ook in het geval dat de rechtbank de machtiging heeft verleend, worden verdedigd dat de kosten volledig ten laste van de aspirant-erkenner moeten blijven; zij zouden echter ook verdeeld kunnen worden tussen hem en de overspelige moeder. De moeder zal immers in bijna alle gevallen waarin de machtiging ex artikel 320 B.W. werd verleend een burgerrechtelijke fout kunnen worden verweten (schending van de getrouwheidsplicht ex art. 213 B.W.). Haar echtgenoot ligt echter geenszins aan de oorzaak van het feit dat de biologische vader zich tot de rechtbank moet wenden teneinde machtiging te bekomen om zelf het kind dat hij bij een gehuwde vrouw heeft verwekt te kunnen erkennen.

Illustratief in dat verband is een overweging van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Oudenaarde: "Daar echter bezwaarlijk kan worden gezegd dat [de juridische vader] aan de basis ligt van de vordering dienen de kosten ten laste van de eiser te blijven" (Rb. Oudenaarde 5 maart 1991, *R.W.* 1991-92, 262).

i. Rechtsmiddelen

(i) Na inleiding bij eenzijdig verzoekschrift

669 Indien de machtiging bij eenzijdig verzoekschrift werd gevorderd, kan de aspirant-erkenner overeenkomstig artikel 1031 Ger. W. hoger beroep aantekenen binnen de maand na de kennisgeving van de beschikking waarin de rechtbank weigert de door hem gevraagde machtiging te verlenen. Deze termijn van één maand begint te lopen op datum van de toezending van een afschrift van de rechterlijke beslissing en niet op de datum van de aanbieding of de ontvangst ervan (Cass. 20 februari 1998, *Arr. Cass.* 1998, 236, *R.C.J.B.* 1999, 191, noot J. VAN DROOGHENBROECK en *P.&B.* 1998, 130, noot E. BREWAEYS). Overeenkomstig artikel 1030 Ger. W. dient de griffier binnen de drie dagen na de uitspraak kennis te geven van de beschikking aan de verzoeker en de tussenkomende partijen.

670 Voor de bepaling van de rechtsmiddelen die door de moeder, haar (gewezen) echtgenoot en eventueel het (vertegenwoordigde) kind kunnen wor-

den aangewend, moet een onderscheid worden gemaakt naargelang de wijze waarop ze in de procedure werden betrokken:
– zijn zij vrijwillig of gedwongen in het geding tussengekomen of door de rechtbank ambtshalve in het geding geroepen, dan kunnen zij zonder twijfel hoger beroep instellen binnen de maand na voormelde kennisgeving (art. 1031 Ger. W.);
– werden zij naar analogie met het oude artikel 331 vierde lid B.W. ten titel van inlichting opgeroepen, dan zijn zij geen procespartij en staat het rechtsmiddel hoger beroep voor hen niet open. Aangenomen mag worden dat zij in dat geval wel derdenverzet kunnen aantekenen (art. 1033 Ger. W. en art. 331*decies* eerste lid B.W.).

Deze oplossing kan worden verdedigd op grond van een redering naar analogie met cassatierechtspraak in adoptiezaken: krachtens het oude artikel 350 § 3 derde lid B.W. moet de rechtbank de verschijning gelasten van een ascendent die een ongunstig advies uitbracht over de adoptie, waarna die persoon wordt opgeroepen en, indien hij verschijnt, bij eenvoudige akte kan verklaren in het geding tussen te komen (vgl. art. 1231-10 eerste lid, 4° en tweede lid Ger. W. *j°* art. 1231-5, 2° Ger. W.). Volgens het Hof van Cassatie worden de ascendenten die een ongunstig advies uitbrengen en door de rechtbank worden opgeroepen echter niet opgeroepen "tot tussenkomst", maar blijven ze "derden" wanneer ze bij hun verschijning niet verklaren in het geding te willen tussenkomen. Het hof oordeelde dat zij in die hoedanigheid derdenverzet kunnen doen tegen het adoptievonnis (Cass. 23 maart 1990, *Arr. Cass.* 1989-90, 955, concl. E. KRINGS, *Pas.* 1990, I, 856, concl. E. KRINGS en *R.W.* 1990-91, 543). Ook al bestaat er in een procedure ex artikel 320 B.W. geen oproepingsplicht voor de rechtbank, de ten titel van inlichting bij gerechtsbrief opgeroepen moeder en/of haar (gewezen) echtgenoot mogen als derden worden beschouwd, die derdenverzet kunnen instellen.

Derdenverzet verjaart door verloop van dertig jaar (art. 1128 eerste lid Ger. W.). Wanneer de beschikking na eenzijdig verzoekschrift aan de derde is betekend moet het derdenverzet niet binnen de gemeenrechtelijke termijn van drie maanden (art. 1129 Ger. W.), maar reeds binnen de maand na de betekening worden ingesteld (art. 1034 Ger. W.).

Werden moeder, (ex-)echtgenoot en/of kind op geen enkele wijze in de procedure betrokken, dan hebben zij ook het recht derdenverzet in te stellen (art. 1033 Ger. W. en 331*decies* eerste lid B.W.). Andere personen hebben dat recht niet. Nu het verzoek tot machtiging een toegewezen rechtsvordering is – enkel de aspirant-erkenner kan ze inleiden –, moet worden aangenomen dat enkel de personen die de hoedanigheid hadden om als partij in het geding op te treden en dat niet hebben gedaan, gerechtigd zijn derdenverzet in te stellen (zie daarover – uitgebreid – verder, bij de betwisting van het gerechtelijk vastgesteld vaderschap, nr. 1161).

671 Of het Openbaar Ministerie uit artikel 138 tweede lid Ger. W. het recht kan putten hoger beroep in te stellen tegen een vonnis dat na een procedure ex artikel 320 B.W. is gewezen, hangt af van het antwoord op de vraag of door het verlenen of weigeren van de machtiging "de openbare orde in gevaar wordt gebracht door een toestand die dient verholpen te worden" (vgl. Cass. 28 maart 1974, *Arr. Cass.* 1974, 829, noot, *Pas.* 1974, I, 773, noot en *R.W.* 1974-75, 343, noot, inzake betwisting van een reeds gedane erkenning). Ook al wordt aangenomen dat deze mogelijkheid strikt moet worden geïnterpreteerd en is een optreden van het Openbaar Ministerie met dit doel

veel minder waarschijnlijk bij de vaststelling van de afstamming dan bij de betwisting ervan (C. PANIER, "Problèmes de droit judiciaire relatifs à la filiation", in X (ed.), *La filiation et l'adoption*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 1988, 81, nr. 7), nu de machtiging tot erkenning niet alleen een noodzakelijke voorwaarde is voor de vaststelling van de op de biologische werkelijkheid gebaseerde afstammingsband, maar tegelijk ook de weg vrijmaakt voor een (impliciete) betwisting van het vaderschap van de echtgenoot, mag worden aanvaard dat het Openbaar Ministerie hoger beroep kan instellen tegen een vonnis dat uitspraak doet over een verzoek strekkende tot het bekomen van machtiging tot erkenning.

Onder het oude afstammingsrecht was het recht van het Openbaar Ministerie om hoger beroep aan te tekenen tegen de beslissing waarin de machtiging geweigerd of verleend wordt *expressis verbis* in de wet opgenomen (oud art. 331 vierde lid *j°* oud art. 335 B.W.). Het feit dat een gunstig advies was gegeven verhinderde zelfs niet dat het Openbaar Ministerie hoger beroep zou instellen tegen de beslissing die de machtiging verleende (Luik 10 oktober 1989, *J.L.M.B.* 1989, 1449, noot C. PANIER).

(ii) Na inleiding bij dagvaarding of vrijwillige verschijning

672 Heeft de kandidaat-erkenner de machtigingsprocedure bij dagvaarding of vrijwillige verschijning ingeleid, dan kan hij hoger beroep instellen binnen de maand na de betekening van het vonnis waarin de machtiging werd geweigerd (art. 1050 eerste lid *j°* art. 1051 Ger. W.). Mocht de eiser verstek hebben laten gaan, kan hij alsnog pogen de machtiging te bekomen door verzet aan te tekenen binnen de maand vanaf de betekening of de kennisgeving van het vonnis (art. 1047 eerste lid *j°* art. 1048 Ger. W.).

673 Elk van de gedagvaarde of vrijwillig verschenen partijen beschikt eveneens over de mogelijkheid deze beide gewone rechtsmiddelen aan te wenden, ook indien de rechtbank de machtiging heeft geweigerd.

Het is nutteloos dat de aspirant-erkenner vordert dat het vonnis dat de machtiging o.g.v. artikel 320 B.W. verleent "gemeen en tegenwerpelijk aan elk van de gedagvaarde partijen" zou worden verklaard, nu het vonnis tussen partijen gezag van gewijsde heeft en een partij die gedagvaard is geen derdenverzet kan instellen (Rb. Doornik 18 april 1988, *J.L.M.B.* 1989, 121, noot C. PANIER). Rechterlijke beslissingen inzake afstamming kunnen o.g.v. artikel 331*decies* eerste lid B.W. zelfs worden tegengeworpen aan personen die geen partij waren in het geding. Enkel deze laatsten kunnen derdenverzet instellen; voor de gedagvaarde partijen is er enkel mogelijkheid tot hoger beroep.

674 Aangenomen moet worden dat het buitengewoon rechtsmiddel derdenverzet enkel kan worden aangewend door de moeder en haar (ex-) echtgenoot, indien zij niet gedagvaard zijn, noch vrijwillig zijn verschenen en evenmin in de procedure zijn tussengekomen (art. 1122 Ger. W. en art. 331*decies* eerste lid B.W.). Zij behouden deze mogelijkheid indien zij door de rechtbank bij gerechtsbrief ten titel van inlichting opgeroepen geweest zijn (zie boven, nr. 649). Derdenverzet door het vertegenwoordigde kind lijkt uitgesloten, aangezien dit rechtsmiddel niet kan worden ingesteld door vertegen-

woordigde personen, behalve bij bedrog van hun vertegenwoordiger (zie art. 1122 tweede lid 4° Ger. W.).

6. Uitwerking van de beslissing die de machtiging verleent – Formaliteiten nadien

675 Het feit dat de rechtbank een man gemachtigd heeft om een kind te erkennen, impliceert geenszins een verplichting voor die man om ook daadwerkelijk tot erkenning van dat kind over te gaan. De erkenning is immers een rechtshandeling die de erkenner volkomen vrijwillig stelt.
Uit de machtiging tot erkenning kan het betrokken kind geen enkel recht putten; enkel de erkenner wordt erdoor gerechtigd het kind voor een bevoegde ambtenaar, nl. een notaris of een ambtenaar van de burgerlijke stand, te erkennen. De machtiging tot erkenning ontslaat de aspirant-erkenner evenwel niet van de verplichting om de door artikel 319 B.W. vereiste toestemming(en) te verkrijgen (Antwerpen 28 juni 1989, *R.W.* 1991-92, 507, noot J. MELLAERTS; G. BAETEMAN, *Overzicht*, 609, nr. 980; *anders*: A.-Ch. VAN GYSEL, "Les nouvelles lois concernant la filiation et l'adoption", *Rev. not. b.* 1987, (506) 518, nr. 2, die aanneemt dat de machtiging de toestemming van de moeder en kind tot de erkenning vervangt).

676 De kandidaat-erkenner dient voor de bevoegde ambtenaar te bewijzen dat hij tot de erkenning werd gemachtigd alvorens daadwerkelijk tot erkenning te kunnen overgaan.
Zo zal hij in elk geval een uitgifte moeten kunnen voorleggen van de beslissing die de machtiging tot erkenning verleent. Dergelijke uitgifte kan onderaan op een exemplaar van het (eenzijdig) verzoekschrift worden gesteld (art. 1030 tweede lid Ger. W.).

De vraag of de aspirant-erkenner ook moet kunnen bewijzen dat de machtigingsbeslissing in kracht van gewijsde is getreden, moet genuanceerd worden benaderd, naargelang de aard van de procedure die geleid heeft tot de machtiging.

– Wanneer de machtiging na een tegensprekelijke procedure werd bekomen, kan er geen discussie bestaan over het feit dat de aspirant-erkenner een attest waaruit blijkt dat geen rechtsmiddelen werden aangewend moet voorleggen; hij zal dit attest kunnen bekomen een maand na de betekening van het vonnis aan de verwerende partijen.
– Wanneer de machtiging via eenvoudig verzoekschrift werd verkregen, kan enerzijds worden verdedigd dat een attest waaruit blijkt dat geen rechtsmiddelen werden aangewend niet moet worden voorgelegd, aangezien artikel 1029 tweede lid Ger. W. bepaalt dat deze beschikking uitvoerbaar is bij voorraad, niettegenstaande voorziening. Anderzijds zou de ambtenaar ook in dat geval kunnen vereisen dat hem een in kracht van gewijsde getreden beschikking wordt voorgelegd, met als gevolg dat de kandidaat-erkenner zich na het verstrijken van de termijn voor hoger beroep (*i.e.* een maand na de kennisgeving ex art. 1030 eerste lid Ger. W. (art. 1031 Ger. W.)) – naar de ambtenaar zou dienen te begeven met een attest waaruit blijkt dat geen rechtsmiddelen werden aangewend.

Aangenomen moet worden dat artikel 1029 tweede lid Ger. W. in deze context geen toepassing vindt en dat, samen met een uitgifte van de beslissing die de machtiging verleent, steeds ook een attest waaruit blijkt dat geen rechtsmiddelen werden aangewend moet worden voorgelegd. Ook al verliep de procedure eenzijdig, de stabiliteit van de staat van de persoon verzet zich tegen de uitvoerbaarheid bij voorraad van een beschikking die het resultaat is van een zonder tegenspraak gevoerde procedure (in die zin: A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 320 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 15-16, nr. 10; D. PIRE, "Droit judiciaire de la filiation", *Act. dr.* 1991, (689) 724, nr. 43, voetnoot 178, hernomen in G. MAHIEU en D. PIRE, *Droit des personnes. La filiation*, in *Rép. not.*, Brussel, Larcier, 1999, 151, nr. 188, voetnoot 2).

De Rechtbank van Eerste Aanleg te Turnhout achtte de uitvoerbaarheid bij voorraad van een beslissing i.v.m. de staat van de persoon ondenkbaar en gebruikte artikel 1029 tweede lid Ger. W. als argument voor haar stelling dat de procedure ex artikel 320 B.W. een procedure op tegenspraak moet inhouden (Rb. Turnhout 28 april 1988, *R.W.* 1990-91, 334, noot A. VAN DEN BERGHEN en *Turnh. Rechtsl.* 1989, 65, noot J. CUYPERS).

Ook onder het oude afstammingsrecht werd respect voor de beroepstermijn al essentieel geacht. In een zaak waarin de procureur des Konings de erkenning en de overschrijving ervan in de geboorteakte van het kind had toegelaten vóór het verstrijken van de termijn voor hoger beroep tegen het vonnis dat machtiging tot erkenning na een eenzijdige procedure verleende, oordeelde het Hof van Beroep te Luik dat het Openbaar Ministerie op die manier zijn goedkeuring had betuigd ten aanzien van het vonnis en impliciet verzaakte aan zijn recht hoger beroep in te stellen tegen het vonnis dat de machtiging verleende. Het vorderingsrecht van het Openbaar Ministerie kan niet onderworpen zijn aan een berusting, stilzwijgend of expliciet; berusting is verboden inzake afstamming, aangezien de materie de openbare orde raakt. Het hof oordeelde dat deze overschrijving onterecht was gebeurd (Luik 10 oktober 1989, *J.L.M.B.* 1989, 1449, noot C. PANIER).

7. *Geen overschrijving in de registers van de burgerlijke stand*

677 Artikel 333 B.W. betreft vonnissen en arresten "waarbij een vordering betreffende de afstamming wordt toegewezen". Aangenomen wordt dat hiermee enkel beslissingen waardoor de afstamming wordt vastgesteld of teniet-gedaan worden bedoeld. De machtigingsprocedure ex artikel 320 B.W. gaat de vaststelling van de afstamming van de erkenner – en de impliciete betwisting van het vaderschap van de echtgenoot van de moeder – echter vooraf, zodat de beschikking tot machtiging in geen geval moet worden overgeschreven in de registers van de burgerlijke stand.

Een meerderheidsstrekking binnen rechtspraak en rechtsleer heeft zich in deze zin uitgesproken (zie A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 320 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 15, nr. 10; J. MELLAERTS, "Afstammingsgeschillen: een procesrechtelijke benadering", *T.P.R.* 1991, (1139) 1205, nr. 175; D. PIRE, "Droit judiciaire de la filiation", *Act. dr.* 1991, (689) 722-723, nr. 41; J. SOSSON, "Quelques problèmes judiciaires d'application de la loi du 31 mars 1987 réformant le droit de la filiation", *J.T.* 1990, (301) 307, nr. 37; zie zeer expliciet: Rb. Aarlen 16 december 1994, *J.T.* 1995, 266).

Ook de Minister van Justitie deed in zijn instructies aan de parketten en de ambtenaren van de burgerlijke stand opmerken dat de rechterlijke beslissingen die met toepassing van artikel 320 B.W. worden genomen buiten het toepassingsgebied van artikel 333 § 2 B.W. vallen, aangezien zij

aan de vaststelling van de vaderlijke afstamming voorafgaan en dienvolgens aan de ambtenaar van de burgerlijke stand worden ter hand gesteld door hem die wenst te erkennen (Omz. 10 maart 1988 met ref. 7/Litt.EC/Fil. betreffende de Wet van 31 maart 1987 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming, *onuitg.*, p. 3).

Impliciet *anders*: C. PANIER, "Le moment de la transcription d'une reconnaissance autorisée", (noot onder Luik 10 oktober 1989), *J.L.M.B.* 1989, 1450; duidelijk *anders*: Rb. Hasselt (1ste kamer) nr. 00/1075B, 29 juni 2000, *onuitg.*: in dit vonnis stelde de rechtbank vast dat, nadat het vonnis – waarin een man werd gemachtigd een kind prenataal te erkennen en de op te maken erkenningsakte tegelijk al werd gehomologeerd – in kracht van gewijsde zal zijn getreden, de overschrijving ervan in de registers van de bevoegde stad of de bevoegde gemeente dient te gebeuren op last van het Openbaar Ministerie overeenkomstig het bepaalde in artikel 333 § 2 B.W.

C. KENNISGEVING VAN DE ERKENNING DOOR DE AMBTENAAR VAN DE BURGERLIJKE STAND AAN DE ECHTGENO(O)T(E) VAN DE ERKENNER (OVERSPELIG KIND *A PATRE*)

678 De ambtenaar van de burgerlijke stand die een akte opmaakt waarin een man een kind erkent, is gehouden daarvan binnen drie dagen kennis te geven aan de echtgenoot van de erkenner (art. 62 § 3 B.W.).

In toepassing van artikel 50 § 3 B.W. is de vervaldag in de termijn begrepen. Is die dag een zaterdag, een zondag of een wettelijke feestdag, dan wordt de vervaldag uitgesteld tot de eerstvolgende werkdag.

De Wet van 13 februari 2003 tot openstelling van het huwelijk heeft de tekst van artikel 62 § 3 B.W. niet gewijzigd in die zin dat expliciet zou worden bepaald dat de kennisgeving dient te geschieden aan de echtgenoot "of echtgenote" van de erkenner. Dit was ook niet noodzakelijk, aangezien de term "echtgenoot" ook voordien reeds zowel in vrouwelijke als mannelijke betekenis werd begrepen (zie ook boven, nr. 218).

679 Een ministeriële omzendbrief heeft verduidelijkt dat de kennisgeving van de erkenning door de ambtenaar van de burgerlijke stand aan de echtgeno(o)t(e) van de erkenner, zoals bepaald in artikel 62 § 3 B.W., dient te geschieden bij aangetekende brief, waarin een afschrift van de erkenningsakte wordt opgestuurd (Ministeriële circulaire van 22 mei 1987 betreffende de toepassing van de Wet van 31 maart 1987 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming, *B.S.* 27 mei 1987, (8323) 8326).

680 Anders dan bij de erkenning door een gehuwde vrouw (zie art. 313 § 3 tweede lid B.W. en boven, nr. 218), wordt bij de erkenning door een gehuwde man enkel een verplichting tot kennisgeving opgelegd aan de ambtenaar van de burgerlijke stand, niet aan de notaris die een dergelijke akte van erkenning door een man van een overspelig kind *a patre* verlijdt (G. RASSON, "Reconnaissance d'un enfant dès sa conception et reconnaissance d'un enfant par acte notarié", *Rev. not. b.* 2002, (783) 785 en voetnoot 13).

Het bezwaar dat tegen dit ontbreken van informatie ten behoeve van de echtgenote van de erkenner kan worden geuit is echter grotendeels opgevangen door de vereiste homologatie van de erkenning via een procedure waarin de echtgenote dient te worden betrokken (H. CASMAN, *Notarieel familierecht*, Gent, Mys & Breesch, 1991, 205-206, nr. 578).

D. HOMOLOGATIE VAN DE ERKENNING DOOR EEN GEHUWD MAN VAN EEN KIND DAT VERWEKT IS BIJ EEN ANDERE VROUW DAN ZIJN ECHTGENOTE (OVERSPELIG KIND *A PATRE*)

1. Ontstaansgeschiedenis – Ratio – Draagwijdte

681 De invoering van een bijkomende vormvereiste voor de erkenning in het geval dat de erkenner gehuwd is, was het voorwerp van een uitvoerig parlementair debat (zie Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 74-85 en Verslag kamercommissie, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 378/16, 42-48).

Het oorspronkelijk wetsontwerp dat aan de basis lag van de Afstammingswet ging uit van de absolute vrijheid van erkenning (M.v.T. bij wetsontwerp-VAN ELSLANDE, *Parl. St.* Senaat 1977-78, nr. 305/1, 13), ook ten aanzien van overspelige kinderen.
Dit principe stuitte op weerstand in de Senaat en vervolgens ook in de Kamer.

– In de Senaatscommissie voor de Justitie werden verschillende soorten beperkingen voorgesteld. Uiteindelijk werd met negen stemmen bij vier onthoudingen een tekst aangenomen waardoor de erkenning zou moeten worden medegedeeld aan de echtgenote van de erkenner, zoniet zou de erkenning niet tegen haar, noch tegen de kinderen geboren uit haar huwelijk met de erkenner kunnen worden tegengeworpen. Een recht van verzet voor de echtgenote werd echter verworpen (Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 83-84).
– Door de Bijzondere Commissie belast met het onderzoek van het wetsontwerp tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming en de adoptie, werd – met een nipte meerderheid van vijf tegen vier stemmen – een amendement van de heer BOURGEOIS aanvaard, waardoor de mededeling aan de echtgenote werd vervangen door een verplicht homologatieverzoek, te richten tot de rechtbank, waarbij de echtgenote van de erkenner in het geding moet worden betrokken (Verslag kamercommissie, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 378/16, 44 *j°* 48).

Opmerkelijk is dat, waar de Senaatscommissie nog naar een parallellisme streefde tussen de bijkomende vormvereisten aangaande de erkenning door een gehuwde vrouw en deze door een gehuwde man – en dus de gelijkheid tussen man en vrouw nog huldigde –, deze gelijkheid door de Kamercommissie en in de uiteindelijke wettekst duidelijk werd doorbroken.

682 Luidens de parlementaire voorbereidingsstukken is de ratio van de verplichte homologatieprocedure tweeledig: vooreerst heeft de wetgever de bedrogen echtgenote van de erkenner willen beschermen tegen een leugenachtige erkenning die het belang van het op het huwelijk gebaseerde gezin kan schaden; daarnaast heeft de wetgever willen vermijden dat de echtgenote van de erkenner een procedure tot betwisting ex artikel 330 B.W. zou moeten instellen m.b.t. een erkenning die niet aan de biologische werkelijkheid beantwoordt (Verslag kamercommissie, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 378/16, 45).

Volgens het Hof van Beroep te Brussel heeft de homologatieprocedure maar één doel, nl. de echtgenote toelaten een leugenachtige erkenning te betwisten zonder de procedure o.g.v. artikel 330 B.W. te moeten inleiden (Brussel (3de kamer) R.G. nr. 1998/AR/2749, 14 maart 2002, *onuitg.*). Nochtans is de homologatieprocedure ook in zekere zin een middel om de waarheidsgetrouwheid van de erkenning na te gaan (Rb. Neufchâteau 23 september 1987, weergegeven door C. PANIER, "Inédits de droit de la famille (II). Le nouveau droit de filiation et de l'adoption", *J.L.M.B.* 1987, (1549) 1549): als het vaderschap van de erkenner in vraag wordt gesteld, is het oordeel van de rechtbank of de erkenning al dan niet gehomologeerd kan worden enkel en alleen gebaseerd op de biologische werkelijkheid (zie verder, nrs. 688-690).

Tien jaar na de inwerkingtreding van de Afstammingswet ontkent VIEUJEAN – die tijdens de parlementaire voorbereiding ervan als expert optrad in de Kamercommissie – dat de opstellers van artikel 319*bis* B.W. beoogden de echtgenote van de erkenner te beschermen tegen diens leugenachtige erkenning, maar dat zij met de verplichting in hoofde van de erkenner om de erkenningsakte bij verzoekschrift ter homologatie voor te leggen de overspelige man wilden ontraden om zijn eigen kind te erkennen. Deze auteur wijst erop dat door de homologatieverplichting de kansen van overspelige kinderen om te worden erkend verminderd zijn (E. VIEUJEAN, "Conclusion", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, II, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, 530).

683 De draagwijdte van de homologatie is zeer groot: indien de erkenningsakte krachtens artikel 319*bis* B.W. moet worden gehomologeerd, kan een erkenning zonder homologatie nooit definitief worden en haar rechtsgevolgen sorteren (zie art. 319*bis* vierde lid B.W. en ook verder, nrs. 721-723).

Zij blijft dan zonder uitwerking en dit ten aanzien van alle betrokkenen. Zo is de erkenning nog niet definitief wanneer de erkenner nog niet om homologatie heeft verzocht; niets verhindert dan de vordering van de moeder tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap (Rb. Luik 17 mei 1991, *J.L.M.B.* 1993, 920, noot D. PIRE en *T.B.B.R.* 1992, 77).

684 Indien artikel 319*bis* B.W. toepassing vindt, moet de ambtenaar die de erkenningsakte opmaakt de erkenning akteren onder voorbehoud van homologatie door de rechtbank (Ministeriële circulaire van 22 mei 1987 betreffende de toepassing van de Wet van 31 maart 1987 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming, *B.S.* 27 mei 1987, (8323) 8326).

Artikel 62 B.W. bevat nochtans geen verplichting voor de ambtenaar van de burgerlijke stand om in de akte waarin een gehuwd man een kind erkent dat verwekt is met een andere vrouw dan zijn echtgenote uitdrukkelijk te vermelden dat die erkenning slechts definitief zal zijn na homologatie door de rechtbank. Het kan dan ook voorkomen dat dergelijke vermelding ontbreekt. Heeft de ambtenaar nagelaten die vermelding te doen, dan is de erkenningsakte niet nietig, maar kan er, indien de verzoekers te goede trouw zijn, worden overgegaan tot verbetering van de akte (Rb. Luik 9 maart 1990, *Rev. trim. dr. fam.* 1991, 193, noot J.-L. RENCHON; G. BAETEMAN, *Overzicht*, 613, nr. 991, met foutieve verwijzing in voetnoot 55).

Na hoger beroep van het Openbaar Ministerie – dat de nietigverklaring van de erkenning vorderde o.g.v. artikel 138 tweede lid Ger. W. – bevestigde het Hof van Beroep te Luik het bestreden vonnis en oordeelde het dat wanneer de geboorteakte waarin een kind door een overspelige man wordt erkend niet vermeldt dat die erkenning is geschied onder opschortende voorwaarde van homologatie door de rechtbank van eerste aanleg, uit die omstandigheid noch de nietigheid van de erkenningsakte, noch – *a fortiori* – de nietigheid van de erkenning zelf kan worden afgeleid. De geboorteakte moet alleen worden verbeterd in die zin dat moet worden toegevoegd dat de erkenning is geschied onder voorbehoud van homologatie door de rechtbank van eerste aanleg (Luik 14 februari 1995, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 659).

2. *Toepassingsgebied: artikel 319bis B.W.*

685 Luidens artikel 319*bis* eerste lid B.W. moet de erkenningsakte ter homologatie worden voorgelegd "wanneer de vader gehuwd is en een kind erken[t] dat is verwekt bij een vrouw waarvan hij niet de echtgenoot is".

Deze bepaling werd geslachtsneutraal gemaakt door artikel 11 van de Wet van 13 februari 2003 tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht en tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek (*B.S.* 28 februari 2003, in werking getreden op 1 juni 2003). De tekst van deze wijzigingsbepaling, zoals opgenomen in het *Belgisch Staatsblad*, bevat een flagrante spellingsfout: "erkend" in de onvoltooid tegenwoordige tijd, derde persoon enkelvoud. Voordien was de homologatieverplichting anders gelibelleerd en gold ze wanneer een gehuwde vader een kind erkent dat verwekt is bij "een andere vrouw dan zijn echtgenote".

Met de term "vader" wordt uiteraard de erkenner bedoeld. Het kind moet "verwekt" zijn bij een andere vrouw dan deze waarmee de erkenner gehuwd is. De verwekking moet echter niet noodzakelijk via geslachtsgemeenschap van de aspirant-erkenner en een andere vrouw hebben plaatsgevonden (zie verder, nr. 1319).

De homologatieverplichting speelt dus enkel wanneer twee voorwaarden cumulatief vervuld zijn: *primo* moet de erkennende man gehuwd zijn op het ogenblik van de erkenning en *secundo* moet het erkende kind verwekt zijn bij een andere vrouw dan deze waarmee hij gehuwd is.

686 Uit de bewoordingen van artikel 319*bis* eerste lid B.W. kan worden afgeleid dat, enerzijds, het toepassingsgebied van de homologatieverplichting niet beperkt is tot de overspelige kinderen *a patre* en dat, anderzijds, ook niet alle overspelige kinderen *a patre* onder het toepassingsgebied vallen.

Enerzijds moet de homologatieprocedure niet alleen worden doorlopen nadat een gehuwd man een kind heeft erkend dat tijdens zijn huwelijk is verwekt bij een andere vrouw dan zijn echtgenote (*i.e.* een overspelig kind *a patre*), maar ook na de erkenning, tijdens zijn huwelijk, van een kind dat vóór dit huwelijk is verwekt bij een andere vrouw dan degene met wie hij na de verwekking gehuwd is (*i.e.* géén overspelig kind *a patre*).
Anderzijds kan een man na de ontbinding van zijn huwelijk (door een in kracht van gewijsde getreden echtscheidingsvonnis of door overlijden) een kind erkennen dat hij tijdens zijn huwelijk heeft verwekt bij een andere vrouw dan zijn echtgenote (*i.e.* een overspelig kind *a patre*), zonder dat deze erkenning moet worden gehomologeerd (voor een toepassingsgeval, zie Rb. Turnhout 29 oktober 1992, *Turnh. Rechtsl.* 1993, 12, waar het verzoek tot homologatie in dergelijk geval zonder oorzaak werd bevonden).

Reeds tijdens de parlementaire voorbereiding werd getwijfeld aan de conformiteit van de homologatieverplichting met het E.V.R.M. (zie de kritiek vanwege de Vice-Eerste Minister in het Verslag kamercommissie, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 378/16, 45 en vanwege een aantal senatoren in het Verslag senaatscommissie II, *Parl. St.* Senaat 1986-87, nr. 338/2, 14 en 16).
In de rechtsleer werd later in het bijzonder kritiek geuit op het feit dat de wetgever, door de homologatieverplichting afhankelijk te maken van het ogenblik van de erkenning, een regeling in het leven zou hebben geroepen die strijdig zou zijn met artikel 8 E.V.R.M., eventueel in combinatie met artikel 14 E.V.R.M., omdat voor kinderen die werden erkend tijdens het huwelijk

homologatie verplicht is en voor voordien (en nadien) erkende kinderen niet (zie F. RIGAUX, "Le nouveau droit de la filiation à l'épreuve des droits de l'homme", *Ann. dr. Louvain* 1987, (379) 403, nr. 26, die hierin een discriminatie van de erkende kinderen ziet; vgl. A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 319*bis* B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 12-13, nr. 14, die de problematiek vanuit het oogpunt van de erkennende man benaderen).
Ons inziens wordt het kind niet gediscrimineerd door de homologatieverplichting ex artikel 319*bis* B.W., omdat de vaststelling van de afstamming die overeenstemt met de biologische werkelijkheid er niet door verhinderd wordt; de oproeping van de echtgenote van de erkenner is verdedigbaar; haar gezinsbelang houdt minstens het recht in geïnformeerd te worden (J. GERLO, *Handboek Personen- en familierecht*, 46, nr. 108; zie reeds J. GERLO, "De afstamming langs moederszijde en vaderszijde", in G. BAETEMAN (ed.), *Afstamming en adoptie*, Brussel, E. Story-Scientia, 1987, 94, nr. 98).
Dat de erkennende man die een kind heeft verwekt bij een andere vrouw dan zijn echtgenote zonder duidelijk aanwijsbare reden anders wordt behandeld dan de erkennende vrouw die een kind heeft verwekt bij een andere man dan haar echtgenoot is evenwel onmiskenbaar, nu de man als erkennende vader een homologatieprocedure moet doorlopen en de vrouw als erkennende moeder slechts een mededelingsplicht heeft. Diverse auteurs zijn van oordeel dat de erkennende man daarom wordt gediscrimineerd (in die zin: A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 319*bis* B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 13, nr. 14; J. GERLO, "De afstamming langs moederszijde en vaderszijde", in G. BAETEMAN (ed.), *Afstamming en adoptie*, Brussel, E. Story-Scientia, 1987, 95, nr. 98; F. RIGAUX, "Le nouveau droit de la filiation à l'épreuve des droits de l'homme", *Ann. dr. Louvain* 1987, (379) 403, nr. 26; M.-Th. MEULDERS-KLEIN, "L'établissement et les effets personnels de la filiation selon la loi belge du 31 mars 1987", *Ann. dr. Louvain* 1987, (213) 264, nr. 98).

687 De vraag rijst of de erkenning nog gehomologeerd moet worden wanneer de man tijdens zijn huwelijk een kind heeft erkend dat hij verwekt heeft bij een vrouw waarvan hij niet de echtgenoot is, indien zijn huwelijk na de erkenning werd ontbonden (door echtscheiding of door het overlijden van de man en/of zijn echtgeno(o)t(e)), maar nog vooraleer het homologatieverzoek is ingeleid of vooraleer de erkenningsakte is gehomologeerd. In dat geval is er geen "echtgenoot of echtgenote" meer die in het geding betrokken moet worden, resp. betrokken moet blijven.

Als de erkenner sterft vóór de uitspraak van het homologatievonnis, heeft de erkenning volgens RIGAUX geen enkel effect; de moeder en het kind hebben wel nog de mogelijkheid om een vordering tot onderzoek naar het vaderschap in te stellen. De erkenning zal dan als een bewijselement kunnen worden gezien waarmee de rechter in toepassing van artikel 324 tweede lid B.W. rekening kan houden bij de beoordeling van de gegrondheid van de vordering tot gerechtelijke vaststelling van vaderschap (F. RIGAUX, "Le nouveau droit de la filiation à l'épreuve des droits de l'homme", *Ann. dr. Louvain* 1987, (379) 396, nr. 18). Deze auteur gaat er blijkbaar van uit dat de inschrijving van het homologatievonnis in de rand van de erkenningsakte een constitutief element van de erkenning is, wat verdedigbaar is o.g.v. de tekst van artikel 319*bis* vierde lid B.W. (zie verder, nr. 719).

Volgens andere auteurs vervalt de specifieke reden voor de bijzondere regeling van artikel 319*bis* B.W. door de ontbinding van het huwelijk en zou in dergelijk geval niet meer om homologatie moeten worden verzocht of zou de hangende homologatieprocedure ophouden een oorzaak te hebben en daardoor vervallen (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 319*bis* B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 2-3, nr. 3).

Ons inziens moet een onderscheid worden gemaakt naargelang de echtgeno(o)t(e) van de erkenner nog in leven is of niet. Is hij/zij vóór de inleiding van het homologatieverzoek of vóór de homologatie overleden, dan is de homologatieprocedure vanaf dit overlijden zinloos (geworden). Is hij/zij

nog in leven, dan moet hem/haar via de homologatieprocedure de mogelijkheid worden geboden te bewijzen dat de erkenner niet de biologische vader van het erkende kind is, zodat de erkenning niet zal worden gehomologeerd en dus geen uitwerking zal hebben. Op die manier kan worden vermeden dat de weduwe/weduwnaar of ex-echtgeno(o)t(e) van de erkenner de door haar/zijn (ex-)echtgenoot gedane erkenning overeenkomstig artikel 330 B.W. moet betwisten, via een afzonderlijke procedure waartoe zij/hij zelf het initiatief moet nemen, wat tegemoet komt aan de doelstellingen van de wetgever.

3. Taak van de rechtbank

688 Luidens artikel 319*bis* derde lid B.W wijst de rechtbank het verzoek tot homologatie af indien wordt bewezen dat de verzoeker niet de vader is.

Uit de wettekst zelf blijkt al expliciet dat moet worden aangetoond dat de erkenner niet de vader is (niet: dat het vaderschap van de erkenner moet worden bewezen). De bewijslast rust op de echtgenoot of echtgenote van de verzoeker: hij/zij moet het bewijs van niet-vaderschap leveren.

689 Wanneer de echtgeno(o)t(e) aanvoert dat de erkenner niet de biologische vader van het kind is, bestaat de taak van de rechtbank erin het biologisch vaderschap van de erkenner na te gaan. Een deskundigenonderzoek kan nuttig zijn, maar de rechtbank kan haar oordeel ook vormen op basis van andere elementen.

De vraagt rijst of de rechtbank ambtshalve een deskundigenonderzoek kan bevelen in toepassing van artikel 331*octies* B.W. indien de echtgenoot of echtgenote van de erkenner het bewijs van niet-vaderschap wenst te leveren, maar faalt in zijn/haar opzet. Sommigen senatoren lijken dit aanvaard te hebben (zie Verslag senaatscommissie II, *Parl. St.* Senaat 1986-87, nr. 338/2, 15). Ons inziens is dit niet mogelijk, aangezien artikel 331*octies* B.W. niet van toepassing is op de rechtsplegingen inzake erkenning, zodat de rechtbank moet oordelen op basis van de bewijsmiddelen die de echtgeno(o)t(e) zelf naar voren brengt (vgl. de problematiek bij de procedure ex art. 319 § 3 B.W. wanneer de moeder het bewijs van niet-vaderschap wenst te leveren na haar weigering om toe te stemmen tot de erkenning door een man, zie boven, nr. 320).

Volgens het Hof van Beroep te Brussel is de rechtbank zelfs niet verplicht in te gaan op de uitdrukkelijke vraag van de echtgenote van de erkenner om een DNA-onderzoek te bevelen – teneinde diens niet-vaderschap aan te tonen – indien geen (begin van) bewijs voorhanden is dat de erkenner niet de biologische vader van het kind is. De enkele omstandigheid dat de echtgenote van de erkenner twijfels heeft omtrent zijn vaderschap volstaat volgens het hof niet om een DNA-onderzoek te bevelen (Brussel (3de kamer) A.R. nr. 2002/AR/771, 12 juni 2003, *onuitg.*; *in casu* bleek uit stukken dat de echtgenote er zelf van overtuigd was dat de erkenner al geruime tijd vóór de geboorte een overspelige relatie met de moeder onderhield en bijna voltijds met haar samenwoonde).

Opportuniteitsredenen – zoals de bescherming van het op het huwelijk gebaseerde gezin – mogen de beslissing van de rechtbank om de erkenning al dan niet te homologeren niet beïnvloeden. Haar oordeel is enkel en alleen gebaseerd op de biologische werkelijkheid (Brussel (3de kamer) A.R. nr. 2002/AR/771, 12 juni 2003, *onuitg.*; Brussel (3de kamer) R.G. nr. 1998/AR/2749, 14 maart 2002, *onuitg.*; A. HEYVAERT, "De afstamming langs vaderszijde buiten

het huwelijk", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1987, 152, nr. 203).

De voorbereidende werken zijn zeer duidelijk op dit punt: "In elk geval mag men de publieke opinie en de parlementsleden niet de indruk geven dat de rol van de rechtbank verder zou reiken dan na te gaan of de erkenner al dan niet de biologische vader is; de rechtbank heeft bijgevolg niet te oordelen over de belangen van de wettige kinderen en de wettige echtgenote in geval van erkenning van een ingevolge een overspelige relatie verwekt kind (Verslag senaatscommissie II, *Parl. St.* Senaat 1986-87, nr. 338/2, 12; zie ook reeds Verslag kamercommissie, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 378/16, 43).

Ook bezit van staat (bv. dat het kind geniet t.a.v. de echtgenoot van zijn moeder) kan de homologatie van de erkenning niet verhinderen indien de echtgenoot of echtgenote van de erkenner niet bewijst dat hij niet de biologische vader is (G. BAETEMAN, *Overzicht*, 614, nr. 992).

690 Samengevat:
Indien wordt bewezen dat de erkenner niet de biologische vader is, moet het verzoek tot homologatie worden afgewezen.

De verplichte afwijzing van het homologatieverzoek is vreemd en zelfs contradictorisch in het geval dat het kind bezit van staat heeft t.a.v. de erkenner (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 319*bis* B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 6, nr. 6). Mocht in die hypothese een vordering tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap worden ingeleid, dan zou die vordering gegrond moeten worden verklaard, omwille van het bezit van staat (zie art. 324 eerste lid B.W.). De bijkomende vormvereiste voor de vaststelling van de afstamming is bij de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap daarenboven beduidend lichter van aard: het vonnis zou enkel aan de echtgenoot of echtgenote moeten worden betekend indien het kind tijdens het huwelijk werd verwekt bij een vrouw waarvan hij niet de echtgenoot is (art. 322 tweede lid B.W.), al behoudt de rechtbank wel de mogelijkheid om de echtgeno(o)t(e) van de man wiens vaderschap moet worden vastgesteld in het geding te roepen in toepassing van artikel 331*decies* tweede lid B.W.
Naast de homologatieprocedure *in globo*, werd in het bijzonder deze verplichte afwijziging van het homologatieverzoek bekritiseerd in de plenaire zitting van de Senaat (zie de tussenkomst van mevr. HERMAN-MICHIELSENS, *Hand.* Senaat 1986-87, 16 maart 1987, (1533) 1535).

Indien niet wordt bewezen dat de erkenner niet de biologische vader is, moet de erkenningsakte worden gehomologeerd.

Zo werd de homologatie toegestaan indien de echtgenote van de erkenner
– niet verscheen wanneer ze regelmatig in het geding werd geroepen (Rb. Neufchâteau 23 september 1987, weergegeven door C. PANIER, "Inédits de droit de la famille (II). Le nouveau droit de filiation et de l'adoption", *J.L.M.B.* 1987, (1549) 1549);
– zich ertoe beperkte te verklaren dat ze niet zeker is dat deze erkenning met de biologische werkelijkheid overeenstemt (Rb. Nijvel 4 mei 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1994, 776 en Rb. Hasselt 24 oktober 2000, *Limb. Rechtsl.* 2001, 77);
– een bloedonderzoek vroeg, maar uit de feiten bleek dat haar echtgenoot op overspel werd betrapt met de moeder van het kind gedurende het wettelijk tijdvak van de verwekking en zij bovendien niet kon weerleggen dat de erkenner en de moeder op het ogenblik van de verwekking onder hetzelfde dak leefden (Luik 19 mei 1998, *J.T.* 1998, 811, *Rev. trim. dr. fam.* 1999, 547 en *J.L.M.B.* 1999, 1523, noot D. PIRE);
– een DNA-onderzoek vroeg, maar er geen bewijs, noch enig begin van bewijs voorhanden was dat de echtgenoot niet de vader van het kind was en partijen het erover eens waren dat de echtgenoot reeds vele maanden vóór de geboorte een overspelige relatie onderhield met de moeder van het kind (Brussel (3de kamer) A.R. nr. 2002/AR/771, 12 juni 2003, *onuitg.*).

4. *Modaliteiten*

a. Homologatie van de erkenningsakte m.b.t. een verwekt, maar nog niet geboren kind

(i) Toelaatbaarheid

691 Luidens artikel 331*bis* B.W. zijn rechtsvorderingen met betrekking tot de afstamming niet ontvankelijk indien het kind niet levensvatbaar geboren is. Anderzijds is de erkenning van een verwekt, maar nog niet geboren kind toegelaten door een duidelijke wetsbepaling (art. 328 tweede lid B.W.).

De vraag rijst nu of, na de erkenning van een verwekt kind, het vóór de geboorte ingediend homologatieverzoek ontvankelijk is.

– Uit de gepubliceerde rechtspraak – die op dit vlak niet verder is gemotiveerd – blijkt dat wanneer een gehuwde man een kind erkent dat verwekt is bij een andere vrouw dan zijn echtgenote, de erkenningsakte nog vóór de geboorte bij verzoekschrift aan de rechtbank ter homologatie kan worden voorgelegd en dat de homologatie kan worden verleend, zelfs al is het kind nog niet geboren (Rb. Antwerpen 14 juli 1987, *Pas.* 1987, III, 98, noot F.B.).
Het verzoek tot homologatie van de akte waarin een overspelige vader een verwekt kind heeft erkend is ontvankelijk van zodra het kind voldoende geïdentificeerd kan worden, zonder risico op verwarring, ook al zijn niet alle verplichte vermeldingen opgesomd in artikel 62 B.W. – zoals geslacht en geboortedatum – in de erkenningsakte vermeld (Rb. Dinant 27 april 1988, *J.L.M.B.* 1989, 123, noot C. PANIER).

– De rechtsleer is verdeeld over het vraagstuk.

Zo hebben BAETEMAN en SENAEVE de onontvankelijkheid van het prenataal ingediende homologatieverzoek verdedigd, gesteund op artikel 331*bis* B.W. (G. BAETEMAN, *Overzicht*, 614-615, nr. 993, later nog bevestigd: G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, V. DE SAEDELEER en K. JACOBS, "Overzicht van rechtspraak. Personen- en familierecht (1988-1994)", *T.P.R.* 1994, (2073) 2241, nr. 357; P. SENAEVE, "Juridische aspecten van het draagmoederschap", *Vl. T. Gez.* 1988, (247) 254, nr. 18).

Ondanks het feit dat een verzoek tot homologatie een rechtsvordering "met betrekking tot" de afstamming is (J. GERLO, *Handboek Personen- en familierecht*, 47, nr. 111; J. SOSSON, "Quelques problèmes judiciaires d'application de la loi du 31 mars 1987 réformant le droit de la filiation", *J.T.* 1990, (301) 303, nr. 15; *anders*: J. MELLAERTS, "Afstammingsgeschillen: een procesrechtelijke benadering", *T.P.R.* 1991, (1139) 1180, nr. 112), aanvaarden de meeste auteurs toch dat een erkenningsakte die vóór de geboorte ter homologatie is voorgelegd gehomologeerd kan worden. Zij steunen zich hiervoor niet alleen op de duidelijke wettekst uit artikel 328 tweede lid B.W. (zie F.B., noot onder Rb. Antwerpen 14 juli 1987, *Pas.* 1987, III, 98; C. PANIER, "De la recevabilité des actions relatives à la filiation d'un enfant à naître", (noot onder Luik 15 maart 1988, Rb. Doornik 18 april 1988, Rb. Dinant 27 april 1988 en Rb. Dinant 27 oktober 1988), *J.L.M.B.* 1989, (125) 125), maar wijzen ook op het beperkte toepassingsgebied van artikel 331*bis* B.W., dat – net als bv. artikel 331*ter* B.W. – enkel betrekking zou hebben op vorderingen tot inroeping of betwisting van staat (J. GERLO, *Handboek Personen- en familierecht*, 46-47, nr. 111; J. MELLAERTS, "Afstammingsgeschillen: een procesrechtelijke benadering", *T.P.R.* 1991, (1139) 1180-1181, nrs. 113-114;

G. MAHIEU en D. PIRE, *Droit des personnes. La filiation*, in *Rép. not.*, Brussel, Larcier, 1999, 104, nr. 107).

MASSON neemt een genuanceerd standpunt in: deze auteur is van oordeel dat de erkenningsakte kan worden gehomologeerd, wanneer de echtgenote van de erkenner zich niet verzet tegen de homologatie en dus het vaderschap van haar echtgenoot niet betwist. Betwist zij het vaderschap van de erkenner, dan kan het homologatieverzoek wel worden ingeleid, maar kan de erkenningsakte niet worden gehomologeerd vóór de geboorte van het kind, teneinde het vaderschap van de erkenner te kunnen verifiëren (H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité*, II/2, 925, nr. 953). BAETEMAN veroordeelde dit standpunt door erop te wijzen dat de reden die MASSON aanvoerde om het homologatieverzoek niet toe te staan erin bestaat dat "het vaderschap moet vastgesteld worden" en vervolgde: "Deze bijkomende voorwaarde lijkt wel een toevoeging aan de wettelijke regeling en heeft geen uitstaans met de grondslagen van deze regeling" (zie G. BAETEMAN, *Overzicht*, 615, nr. 993 *in fine*, later nog in quasi-identieke bewoordingen bevestigd: G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, V. DE SAEDELEER en K. JACOBS, "Overzicht van rechtspraak. Personen- en familierecht (1988-1994)", *T.P.R.* 1994, (2073) 2241, nr. 357).

692 Het prenataal ingediend homologatieverzoek kan ons inziens niet onontvankelijk worden verklaard omwille van artikel 331*bis* B.W: het homologatieverzoek is weliswaar een rechtsvordering met betrekking tot de afstamming, maar kan niet worden gekwalificeerd als een vordering tot vaststelling (of tot betwisting) van staat. Niet het vonnis dat de homologatie verleent stelt de afstamming vast; de vaststelling van de afstamming gebeurde al eerder, op het ogenblik van de erkenning zelf.
Aangezien de erkenning van een verwekt maar nog niet geboren kind door artikel 328 tweede lid B.W. – een duidelijke wettekst – is toegelaten, zou dergelijke erkenning ook nog vóór de geboorte definitief moeten kunnen worden en uitwerking kunnen krijgen door de homologatie van de erkenningsakte. Nu de machtiging tot erkenning o.g.v. artikel 320 B.W. kan worden verkregen m.b.t. een verwekt, maar nog niet geboren kind (zie daaromtrent boven, nrs. 638-642), moet ook worden verdedigd dat de erkenningsakte nog vóór de geboorte gehomologeerd kan worden. Wanneer de echtgenoot of echtgenote van de erkenner zich tegen de erkenning verzet, moet hij/zij, omwille van artikel 319*bis* derde lid B.W., de kans krijgen om te bewijzen dat de verzoeker niet de vader is; na positief bewijs van niet-vaderschap van de erkenner mag de homologatie immers niet plaatsvinden. Het oordeel van de rechtbank is enkel en alleen gebaseerd op de biologische werkelijkheid. De stelling dat het homologatieverzoek vóór de geboorte nooit gegrond kan worden verklaard, is ons inziens te absoluut; de rechtbank kan de beslissing over de gegrondheid pas nemen vanaf het moment dat met zekerheid kan worden nagegaan of de erkenner al dan niet de biologische vader van het kind is.

(ii) Gevolgen

693 Een prenataal ingediend homologatieverzoek biedt het voordeel dat het kind vanaf zijn geboorte de familienaam van de erkenner kan dragen, ook al wordt de erkenningsakte pas na de geboorte gehomologeerd, aangezien de afstamming van vaderszijde op die manier zelfs nog vóór de afstamming

van moederszijde zal komen vast te staan (argument ex art. 335 § 1 B.W. *a fortiori* en art. 319*bis* vierde lid *in fine* B.W.; zie ook verder, nr. 722).

694 Ook qua erfrecht kan een prenataal ingeleid homologatieverzoek interessant zijn: indien de erkenningsakte wordt gehomologeerd, zal het erkende kind van zijn erkenner kunnen erven, mocht deze overlijden vóór de geboorte (zie ook verder, nr. 722).

b. Homologatie van de erkenningsakte m.b.t. een overleden kind

695 Strikt wettelijk kan een overleden kind enkel worden erkend, op voorwaarde dat het afstammelingen heeft nagelaten (art. 328 tweede lid B.W.).

Indien de erkenning werd gedaan op een ogenblik dat het kind nog leefde, kan de erkenningsakte worden gehomologeerd, ook al is het kind na de opmaak van de erkenningsakte, maar vóór de inleiding van het homologatieverzoek overleden zonder afstammelingen na te laten. De erkenner heeft een moreel recht om zijn vaderschap *post mortem* erkend te zien, des te meer wanneer de erkenning werd gedaan toen het kind nog leefde (Rb. Luik 2 oktober 1992, *Rev. trim. dr. fam.* 1992, 413; *in casu* overleed het kind twee maanden na de erkenning en ongeveer vier maanden vóór de indiening van het verzoekschrift tot homologatie).

Indien een kind zonder afstammelingen – *contra legem* – werd erkend, rijst de vraag of het homologatieverzoek gegrond kan worden verklaard. Een positief antwoord kan worden verdedigd, met verwijzing naar de taak van de rechtbank die het verzoek enkel mag afwijzen indien wordt bewezen dat de erkenner niet de vader is; een wettigheidscontrole van de erkenning als rechtshandeling behoort niet tot haar bevoegdheid in het raam van artikel 319*bis* B.W.

5. Procedureregels

a. Personen die het homologatieverzoek kunnen indienen

696 Vast staat dat de erkenner gerechtigd is het verzoekschrift tot homologatie van zijn erkenning in te dienen.
Uit de tekst van artikel 319*bis* B.W. kan worden afgeleid dat hij de enige is die dit kan.

Artikel 319*bis* eerste lid *in fine* B.W. bepaalt immers dat de echtgenoot of de echtgenote van de "verzoeker" (mannelijk, enkelvoud) in het geding betrokken dient te worden; in artikel 319*bis* derde lid B.W. staat bovendien te lezen dat het verzoek moet worden afgewezen indien wordt bewezen dat de "verzoeker" niet de "vader" is. In een letterlijke interpretatie van de wettekst kan dus noch de moeder (*i.e.* een vrouw, die evident nooit vader kan zijn), noch het kind de homologatieprocedure inleiden.

697 Indien de erkenner niet geneigd is om de homologatieprocedure op te starten – bv. omdat hij op zijn erkenning wil terugkomen – of niet meer in

staat is het homologatieverzoek in te dienen – bv. omdat hij na de erkenning is overleden – rijst de vraag of de moeder en het kind (eventueel via zijn wettelijke vertegenwoordiger) een verzoek tot homologatie van de erkenning kunnen indienen.

Aangezien het homologatieverzoek geen rechtsvordering tot inroeping van staat is, besluiten de meeste auteurs dat de moeder en het kind zich niet kunnen beroepen op artikel 332*ter* eerste lid B.W. als juridische grondslag voor een eigen recht om de homologatie te vorderen (J. GERLO, "De erkenning, door een man, van een buitenhuwelijks kind", (noot onder Rb. Brugge 7 november 1989, Rb. Brugge 13 maart 1990, Rb. Brugge 10 april 1990 en Rb. Brugge 26 juni 1990), *R.W.* 1990-91, (1241) 1243, nr. 6; J. MELLAERTS, "Afstammingsgeschillen: een procesrechtelijke benadering", *T.P.R.* 1991, (1139) 1182-1183, nr. 118; D. PIRE, "Droit judiciaire de la filiation", *Act. dr.* 1991, (689) 697, met reserves in voetnoot 37); D. PIRE, "Le caractère réservé des actions en homologation de reconnaissance", (noot onder Rb. Luik 17 mei 1991 en Rb. Doornik 1 april 1993), *J.L.M.B.* 1993, (922)-923; *anders*: A. HEYVAERT, "De afstamming langs vaderszijde buiten het huwelijk", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1987, 152, nr. 202 *in fine*, die nadien evenwel geen standpunt meer inneemt, zie A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 319*bis* B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 3-4, nr. 4; vgl. G. BAETEMAN, *Overzicht*, 614, nr. 991, die deze mogelijkheid openlaat).

Uit het principe dat de erkenning niet langer een louter eenzijdige rechtshandeling is, leidt MELLAERTS af dat de moeder en eventueel het kind (indien dit vijftien jaar of ouder is) het homologatieverzoek kunnen indienen, omdat zij door het verlenen van hun toestemming tot de erkenning rechtstreeks betrokken partij zijn bij de erkenning. Indien zij dit zouden doen, dan zou – volgens deze auteur – het feit dat de erkenner tijdens de homologatieprocedure op zijn erkenning zou terugkomen de homologatie niet in de weg staan indien niet wordt bewezen dat de erkenner niet de biologische vader is (J. MELLAERTS, "Afstammingsgeschillen: een procesrechtelijke benadering", *T.P.R.* 1991, (1139) 1183-1184, nrs. 119 en 121; zie ook J. MELLAERTS, "Procesrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 147, nr. 283 en voetnoot 78, met melding van een geval waarbij de moeder de homologatieprocedure inleidde toen de erkenner weigerde dit te doen, zie Rb. Gent A.R.V. 1408/92, 10 september 1992, *onuitg.*).

Wanneer de erkenner overleden is, achten verschillende auteurs het mogelijk dat het kind of zijn wettelijke vertegenwoordiger de homologatieprocedure starten (M.-Th. MEULDERS-KLEIN, "L'établissement et les effets personnels de la filiation selon la loi belge du 31 mars 1987", *Ann. dr. Louvain* 1987, (213) 263, nr. 97; N. MASSAGER, "Droit de la filiation. Chronique de jurisprudence (1999-2001)", *Rev. dr. U.L.B.* 2003, (161) 210, nr. 17; D. PIRE, "Aspects de droit judiciaire relatifs à la filiation", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, (53) 66; E. VIEUJEAN, "Conclusion", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, II, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, 591, zie reeds E. VIEUJEAN, "L'établissement de la paternité", in X (ed.), *La filiation et l'adoption*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 1988, (45) 60 en E. VIEUJEAN, "Le nouveau droit de la filiation", *Ann. dr. Liège* 1987, (97) 124, nr. 31), blijkbaar o.g.v. een *a fortiori*-argument dat het kind een vordering tot onderzoek naar het vaderschap kan instellen.

In de gepubliceerde rechtspraak waarin dit probleem aan bod is gekomen, werd geoordeeld dat enkel de erkenner gerechtigd is het verzoekschrift tot homologatie in te dienen, ons inziens terecht.

De Rechtbank van Eerste Aanleg te Doornik oordeelde dat het verzoekschrift dat werd ingediend door de wettelijke vertegenwoordiger van het kind – nadat de erkenner de homologatieprocedure niet diligent had gevoerd – onontvankelijk was (Rb. Doornik 1 april 1993, *J.L.M.B.* 1993, 921, noot D. PIRE).

De Rechtbank van Eerste Aanleg te Nijvel verduidelijkte dat de homologatieprocedure na het overlijden van de erkenner wel kan worden voortgezet door het kind of zijn wettelijke vertegen-

woordiger (Rb. Nijvel 2 april 1998, *Rev. trim. dr. fam.* 1999, 650; *in casu* werd de procedure door de moeder voortgezet).

Wanneer de erkenner – om welke reden dan ook – de homologatie niet benaarstigt, kunnen de moeder en/of het kind een vordering tot onderzoek naar het vaderschap instellen (Rb. Luik 17 mei 1991, *J.L.M.B.* 1993, 920, waar de eis van de moeder gegrond werd verklaard; in dezelfde zin: J. GERLO, *Handboek Personen- en familierecht*, 48, nr. 111; A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 319*bis* B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 4, nr. 4; J. MELLAERTS, "Procesrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 147, nr. 283). Indien de vaderschapsregel niet speelt, kan de vordering gebaseerd worden op artikel 322 eerste lid B.W.: wanneer de erkenningsakte nog niet is gehomologeerd staat het vaderschap immers nog niet vast op grond van erkenning, nu de erkenning geen uitwerking heeft bij gebrek aan homologatie (art. 319*bis* vierde lid B.W.).

De vordering tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap wordt via dagvaarding ingeleid, de homologatieprocedure bij tegensprekelijk verzoekschrift. Ook de bewijslast is wezenlijk verschillend: zo moet degene die om homologatie verzoekt geenszins het vaderschap van de erkenner bewijzen; de eisende partij in een onderzoek naar het vaderschap moet daarentegen zelf het bewijs leveren dat de gedagvaarde man de biologische vader is.

b. Afwezigheid van termijn

698 Nergens in de wet is een termijn bepaald waarbinnen het homologatieverzoek moet worden ingeleid.

De meeste auteurs aanvaarden dat de dertigjarige verjaringstermijn in afstammingszaken uit artikel 331*ter* B.W. hier niet geldt (G. MAHIEU en D. PIRE, *Droit des personnes. La filiation*, in *Rép. not.*, Brussel, Larcier, 1999, 142, nr. 176; E. VIEUJEAN, "Le nouveau droit de la filiation", *Ann. dr. Liège* 1987, (97) 128-129, nr. 39; vgl. nochtans C. PANIER, "Problèmes de droit judiciaire relatifs à la filiation", in X (ed.), *La filiation et l'adoption*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 1988, 102, nr. 37, die twijfelt tussen de onverjaarbaarheid van het homologatieverzoek en de mogelijkheid om – bij gebrek aan wettelijke bepaling terzake – art. 331*ter* B.W. toch toe te passen, zodat het vorderingsrecht zou verjaren dertig jaar na de dag van de erkenning).

Aangenomen moet worden dat het homologatieverzoek aan geen enkele termijn is onderworpen en dus te allen tijde kan worden ingeleid, aangezien de erkenning zelf aan geen enkele termijn wordt onderworpen.

c. Partijen in het geding

699 Luidens artikel 319*bis* eerste lid *in fine* B.W. dient de echtgenoot of de echtgenote van de verzoeker "in het geding betrokken te worden".

Deze bepaling werd geslachtsneutraal gemaakt door artikel 11 van de Wet van 13 februari 2003 tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht en tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek (*B.S.* 28 februari 2003, in werking getreden op 1

juni 2003). Voordien moest enkel de (vrouwelijke) echtgenote van de verzoeker in het geding worden betrokken.

Artikel 319*bis* tweede lid B.W. bepaalt o.m. dat de rechtbank "de partijen" (meervoud) en het Openbaar Ministerie hoort.

Uit de wettekst kan duidelijk worden afgeleid dat de echtgeno(o)t(e) van de erkenner partij is in het geding.

Tijdens de voorbereidende werkzaamheden werden nochtans zeer verwarrende verklaringen afgelegd i.v.m. de rol van de echtgenote van de verzoeker. In de kamercommissie werd als krachtlijn van het amendement dat leidde tot de uiteindelijke wettekst vermeld: "de echtgenote van de verzoeker wordt bij de homologatieprocedure betrokken: zij wordt bij verzoekschrift voor de rechtbank opgeroepen" (Verslag kamercommissie, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 378/16, 43). In het verslag van de tweede senaatscommissie is de volgende passus terug te vinden: "De *echtgenote* die in de homologatieprocedure wordt opgeroepen, *kan niet worden beschouwd als een partij in het geding*: zij verschijnt niet vrijwillig, doch wordt opgeroepen en is dus verplicht de homologatieprocedure te ondergaan" (eigen cursivering) (Verslag senaatscommissie II, *Parl. St.* Senaat 1986-87, nr. 338/2, 13).

Ondanks verwarde passages in de voorbereidende werken is de echtgenoot of echtgenote van de erkenner zonder twijfel verweerder, resp. verweerster – en dus procespartij – in het geding, aangezien hem of haar wettelijk de mogelijkheid wordt geboden de homologatie te verhinderen door voor de rechtbank het bewijs te leveren dat de erkenner niet de biologische vader van het kind is (zie art. 319*bis* derde lid B.W.).

700 De moeder en het kind moeten niet in de procedure worden betrokken (J. GERLO, *Handboek Personen- en familierecht*, 47, nr. 111; zie reeds J. GERLO, "De erkenning, door een man, van een buitenhuwelijks kind", (noot onder – o.m. – Rb. Brugge 7 november 1989), *R.W.* 1990-91, (1241) 1243, nr. 6). Zij hebben *normaliter* al hun toestemming tot de erkenning gegeven.
Aangezien het verzoek tot homologatie niet kan worden gekwalificeerd als een vordering tot inroeping van staat (zie art. 332*ter* eerste lid B.W.), moeten het kind, zijn moeder – en eventueel haar echtgenoot – niet o.g.v. artikel 332*ter* derde lid B.W. in het geding worden geroepen.

De Rechtbank van Eerste Aanleg te Hasselt bevestigde uitdrukkelijk dat het erkende kind geen partij is in de homologatieprocedure en er dus, net als zijn moeder, niet moet in betrokken worden (Rb. Hasselt 24 oktober 2000, *Limb. Rechtsl.* 2001, 77).

Het feit dat zij niet in het geding moeten zijn, belet niet dat moeder en/of kind in het geding kunnen zijn, bv. omdat ze vrijwillig (of eventueel gedwongen) in de procedure zijn tussengekomen, of omdat de rechtbank hen ambtshalve in het geding heeft geroepen in toepassing van artikel 331*decies* tweede lid B.W.

d. Vertegenwoordiging van de procespartijen

701 Blijkt de erkennende man onbekwaam op het ogenblik dat hij de homologatieprocedure wenst in te leiden, dan moet worden nagegaan of hij

daartoe over het vereiste onderscheidingsvermogen beschikt. Dezelfde regeling geldt als voor een onbekwame erkenner (zie boven, nrs. 438-439); er valt niet in te zien waarom meer wilsbekwaamheid zou worden vereist voor het inleiden van de homologatieprocedure dan voor de erkenning zelf. De erkenner kan niet worden vertegenwoordigd, gelet op het hoogstpersoonlijk karakter van de homologatieprocedure in zijnen hoofde.

702 De hypothese dat de echtgenoot of echtgenote van de erkenner niet in staat is op rechtsgeldige wijze zijn of haar wil te uiten, is evenmin wettelijk geregeld. Of hij of zij in de homologatieprocedure kan worden vertegenwoordigd is omstreden.

SENAEVE is van oordeel dat het in hoofde van de echtgenote gaat het om een hoogstpersoonlijke procedure, zodat zij hierbij niet vertegenwoordigd kan worden (P. SENAEVE, *Compendium*, 321, nr. 815).
MELLAERTS is daarentegen van mening dat de procedure in hoofde van de echtgenote "zeker niet hoogstpersoonlijk is" – omdat de homologatieprocedure betrekking heeft op de afstamming van een derde – zodat de echtgenote van de erkenner kan worden vertegenwoordigd door haar wettelijke vertegenwoordiger indien zij er één heeft. Heeft zij geen wettelijke vertegenwoordiger en verschijnt zij niet ter zitting, dan kan artikel 331*sexies* B.W. volgens deze auteur niet worden toegepast en heeft de rechtbank geen andere mogelijkheid dan de homologatie toe te staan, aangezien het homologatieverzoek enkel bij bewijs van niet-vaderschap kan worden geweigerd (J. MELLAERTS, "Procesrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 149, nr. 287 *j°* 132, nr. 246).

703 Aangezien het erkende kind geen partij is in de homologatieprocedure, moet het bijgevolg ook niet vertegenwoordigd worden overeenkomstig artikel 331*sexies* B.W. (Rb. Hasselt 24 oktober 2000, *Limb. Rechtsl.* 2001, 77).

De wetgever heeft de aanwezigheid van het kind vereist in procedures tot betwisting of inroeping van staat (art. 332, 332*bis* en 332*ter* B.W.) en niet in het raam van machtiging tot of homologatie van de erkenning (art. 319, 319*bis* en 320 B.W.); enkel door de eerste categorie procedures wordt een afstammingsband bevestigd of ontkend, terwijl het bij de tweede categorie de erkenningsakte is die de staat van het kind wijzigt (PIRET, conclusie voor Cass. 29 april 1993, *T.B.B.R.* 1994, (219) 222; vgl. reeds D. PIRE, noot onder Luik 10 december 1991, (952) 954 en voetnoot 8).

e. Bevoegde rechtbank

704 Artikel 319*bis* eerste lid B.W. bepaalt uitdrukkelijk dat het verzoekschrift ter homologatie moet worden voorgelegd aan de rechtbank van eerste aanleg van de woonplaats van het kind.

705 Indien het homologatieverzoek wordt ingediend na de erkenning van een verwekt, maar nog niet geboren kind – dat dus per definitie nog geen woonplaats heeft – lijkt het logisch dat de rechtbank van de woonplaats die het kind naar alle waarschijnlijkheid na de geboorte zal hebben bevoegd is (J. MELLAERTS, "Afstammingsgeschillen: een procesrechtelijke benadering", *T.P.R.* 1991, (1139) 1182, nr. 117). Dit zal in de regel de woonplaats van de moeder zijn; omwille van de zeer nauwe band tussen de moeder en het kind dat zij draagt, mag ervan worden uitgegaan dat beiden op dezelfde plaats

zullen wonen (F.B., noot onder Rb. Antwerpen 14 juli 1987, *Pas.* 1987, III, (98) 98-99).

De territoriaal bevoegde rechtbank voor de beoordeling van het homologatieverzoek m.b.t. een nog niet geboren kind blijkt dus dezelfde te zijn als deze die *ratione loci* bevoegd is om kennis kan nemen van het verzoek dat ertoe strekt machtiging tot erkenning van een nog niet geboren kind te bekomen (zie boven, nr. 653). De rechtsleer is eenduidig op dit punt (zie bv. G. MAHIEU en D. PIRE, *Droit des personnes. La filiation*, in *Rép. not.*, Brussel, Larcier, 1999, 131, nr. 158; J. MELLAERTS, "Procesrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 142-143, nr. 271; C. PANIER, "Problèmes de droit judiciaire relatifs à la filiation", in X (ed.), *La filiation et l'adoption*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 1988, 95-96, nr. 28).

706 Betwisting bestaat over de vraag of de regel van territoriale bevoegdheid die in artikel 319*bis* B.W. is opgenomen al dan niet de openbare orde raakt.

Volgens de Rechtbank van Eerste Aanleg te Luik is de territoriale bevoegdheidsregel ex artikel 319*bis* B.W. niet van openbare orde, o.m. omdat de beoordelingsvrijheid van de rechtbank die zich over het homologatieverzoek uitspreekt, beperkt is. Partijen zouden kunnen overeenkomen of aanvaarden dat het verzoekschrift tot homologatie aan een andere rechtbank wordt voorgelegd dan aan deze van de woonplaats van het kind (Rb. Luik 22 december 1989, *Rev. trim. dr. fam.* 1991, 183; in dezelfde zin: G. MAHIEU en D. PIRE, *Droit des personnes. La filiation*, in *Rép. not.*, Brussel, Larcier, 1999, 131, nr. 157).

Ons inziens raakt deze specifieke bevoegdheidsregel inzake de homologatie van de erkenning uit artikel 319*bis* B.W. de openbare orde, net zoals de even specifieke bevoegdheidsregel inzake machtiging tot erkenning (art. 320 B.W.; zie boven, nr. 654) en de algemene bevoegdheidsregel voor vorderingen m.b.t. de afstamming, vervat in artikel 331 § 1 B.W. (zie daarover *in extenso* verder, nrs. 980-982).

f. Wijze waarop het homologatieverzoek wordt ingeleid

707 Artikel 319*bis* eerste lid B.W. bepaalt uitdrukkelijk dat de homologatie "bij verzoekschrift" moet worden gevraagd. Aangezien de echtgenote van de verzoeker luidens diezelfde bepaling in het geding moet worden betrokken, moet worden aangenomen dat het om een verzoekschrift op tegenspraak gaat in de zin van de artikelen 1034*bis-sexies* Ger. W.

Ten tijde van de inwerkingtreding van de Afstammingswet was enkel het eenzijdig verzoekschrift (art. 1025-1034 Ger. W.) in het Gerechtelijk Wetboek uitgewerkt. Hoogstwaarschijnlijk is dit de oorzaak van het feit dat de homologatieprocedure in de voorbereidende werken is omschreven als een eenzijdige rechtspleging waarbij de echtgenote van de erkenner als derde optreedt (in die zin: Verslag senaatscommissie II, *Parl. St.* Senaat 1986-87, nr. 338/2, 13) en ook de Minister van Justitie deze mening was toegedaan in de instructies die hij naar aanleiding van de Afstammingswet uitbracht ten behoeve van de parketten-generaal, de parketten en de ambtenaren van de burgerlijke stand (Omz. 10 maart 1988 met ref. 7/Litt.EC/Fil. betreffende de Wet van 31 maart 1987 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming, *onuitg.*, p. 2; vgl. ook J. SOSSON, "Quelques problèmes judiciaires d'application de la loi du 31 mars 1987 réformant le droit de la filiation", *J.T.* 1990, (301) 307, nr. 36, die op haar beurt van oordeel is dat de homologatieprocedure aanvankelijk een eenzijdig karakter heeft, maar een tegensprekelijk karakter krijgt wanneer de echtgenote die in het geding is geroepen de vordering betwist).

De bepalingen van artikelen 1025-1034 Ger. W. i.v.m. het eenzijdig verzoekschrift zijn hier niet van toepassing, omdat de procedure *ab initio* een tegensprekelijk karakter heeft. Artikel 319*bis* tweede lid B.W. spreekt immers over "partijen" (in het meervoud), dit zijn alleszins de verzoekende man (erkenner) en zijn echtgenoot of echtgenote, die als tegenpartij moet worden beschouwd.

Sinds de Wet van 3 augustus 1992 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek (*B.S.* 31 augustus 1992, in werking getreden op 1 januari 1993) is duidelijk dat een rechtspleging die op tegenspraak verloopt beheerst wordt door de artikelen 1034*bis -sexies* Ger. W. i.v.m. het verzoekschrift op tegenspraak.

Dit impliceert o.m. dat
– het verzoekschrift op straffe van nietigheid een aantal vermeldingen moet bevatten, opgesomd in artikel 1034*ter* Ger. W.; ondertekening door een advocaat is evenwel niet vereist (zie art. 1034*ter*, 6° Ger. W.);
– bij het verzoekschrift, eveneens op straffe van nietigheid, een getuigschrift van woonplaats van de op te roepen echtgenoot of echtgenote van de erkenner moet worden gevoegd (art. 1034*quater* eerste lid Ger. W.);
– het verzoekschrift met zijn bijlage in zoveel exemplaren als er partijen zijn – dus minstens in tweevoud – bij aangetekende brief moet worden verzonden aan de griffier van de bevoegde rechtbank of ter griffie neergelegd (art. 1034*quinquies* Ger. W.);
– partijen door de griffier per gerechtsbrief worden opgeroepen en de echtgenoot of echtgenote daarbij een afschrift van het verzoekschrift zal ontvangen (art. 1034*sexies* Ger. W.).

Voor een model van verzoekschrift tot homologatie van een erkenning, zie *Rép. not.*, deel 1 Personenrecht, Boek XII Afstamming, p. 7-8, model 5; het model opgenomen in *A.M.R.*, II, Burgerlijk Recht, Afstamming, (afl. 18, 1989), 21 beantwoordt niet aan de vereisten van artikel 1034*quater* Ger. W. en is dus verouderd.

g. Procedureverloop

708 Nadat het verzoekschrift neerligt worden de partijen bij gerechtsbrief opgeroepen om voor de rechter te verschijnen (art. 1034*sexies* Ger. W.). Luidens artikel 319*bis* tweede lid B.W. behandelt de rechtbank het verzoek i n r a a d k a m e r en hoort de rechtbank de partijen en het Openbaar Ministerie.

Meestal verschijnt de echtgenote niet (zie bv. Rb. Neufchâteau 23 september 1987, weergegeven door C. PANIER, "Inédits de droit de la famille (II). Le nouveau droit de filiation et de l'adoption", *J.L.M.B.* 1987, (1549) 1549) of verklaart ze geen bezwaar te hebben tegen de erkenning (zie bv. Rb. Brugge 7 november 1989, *R.W.* 1990-91, 1239, noot J. GERLO), in welk geval de homologatie wordt verleend. Enkel indien de echtgenoot of echtgenote van de erkenner diens vaderschap betwist, controleert de rechtbank of de erkenner wel degelijk niet de biologische vader is; in voorkomend geval moet de homologatie worden geweigerd.

Het bijzonder probleem dat de moeder – die bij wijze van uitzondering in het geding zou zijn tussengekomen – tijdens de homologatieprocedure terugkomt op haar toestemming tot de erkenning wordt later besproken (zie verder, nr. 730).

709 Gelet op het tegensprekelijk karakter van de rechtspleging en bij ontstentenis van afwijkende bepaling, vindt de uitspraak – anders dan de behandeling van de zaak – plaats in openbare terechtzitting (J. MELLAERTS, "Procesrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 146, nr. 280).

h. Gerechtskosten

710 Onduidelijkheid bestaat over het lot van de kosten van de homologatieprocedure, waaronder eventueel ook de kosten van een deskundigenonderzoek – uitgevoerd na verweer van de echtgeno(o)t(e) – begrepen kunnen worden.

Tijdens de voorbereidende werken is over dit probleem gediscussieerd. Uit het verslag van de tweede senaatscommissie blijkt dat men van oordeel was dat de kosten die n.a.v. de homologatie werden gemaakt, inherent zijn aan deze procedure en dus ten laste zijn van degene die om de homologatie heeft verzocht, dit naar analogie met de kosten die voortvloeien uit notariële akten of akten van de burgerlijke stand. De Staatssecretaris voor de Justitie was van oordeel dat de echtgenote van de erkenner de procedurekosten niet zou moeten dragen, ook al betwistte zij het vaderschap van de erkenner zonder succes – waarna de homologatie toch moest plaatsvinden –; hij werd hierin bijgetreden door de senaatscommissie. Deze oplossing werd gegrond op de overwegingen dat de homologatie een constitutief element is van de erkenning en dat de echtgenote geen partij is in het geding (zie Verslag senaatscommissie II, *Parl. St.* Senaat 1986-87, nr. 338/2, 13-14).

Wat er tijdens de voorbereidende werkzaamheden ook gezegd is, er kan niet worden voorbijgegaan aan het feit dat de echtgeno(o)t(e) partij is in het geding, met als gevolg dat artikel 1017 Ger. W. ten volle toepassing vindt en dat de rechtbank in principe de kosten ten laste legt van de verliezende partij (art. 1017 eerste lid Ger. W.). Indien de homologatie geweigerd wordt, zouden de kosten dus ten laste van de erkenner vallen; indien de homologatie verleend wordt, komen ze ten laste van de echtgenoot of echtgenote (dit laatste wordt verdedigd door M.-Th. MEULDERS-KLEIN, "L'établissement et les effets personnels de la filiation selon la loi belge du 31 mars 1987", *Ann. dr. Louvain* 1987, (213) 263, nr. 96). Nochtans kunnen de kosten ook worden omgeslagen zoals de rechter het raadzaam oordeelt (art. 1017 derde lid Ger. W.), waardoor alle kosten eventueel ten laste van de erkenner zouden kunnen vallen. Van een verplichting om alle kosten ten laste van de erkenner te leggen kan ons inziens echter geen sprake zijn (in dezelfde zin: J. MELLAERTS, "Afstammingsgeschillen: een procesrechtelijke benadering", *T.P.R.* 1991, (1139) 1189, nr. 132).

i. Rechtsmiddelen

711 Overeenkomstig het gemeen recht kan h o g e r b e r o e p worden ingesteld door de echtgenoot of echtgenote van de erkenner tegen het vonnis dat de homologatie verleent en door de erkenner zelf tegen het vonnis dat de homologatie weigert. Verscheen de echtgenoot of echtgenote niet ter zitting

hoewel hij/zij werd opgeroepen, dan kan hij/zij verzet aantekenen tegen het vonnis waarin de homologatie werd geweigerd.

Of het Openbaar Ministerie uit artikel 138 tweede lid Ger. W. het recht kan putten hoger beroep in te stellen tegen een vonnis dat na een procedure ex artikel 319*bis* B.W. is gewezen, hangt af van het antwoord op de vraag of door het verlenen of weigeren van de homologatie "de openbare orde in gevaar wordt gebracht door een toestand die dient verholpen te worden" (vgl. Cass. 28 maart 1974, *Arr. Cass.* 1974, 829, noot, *Pas.* 1974, I, 773, noot en *R.W.* 1974-75, 343, noot, inzake betwisting van een reeds gedane erkenning). Ook al wordt aangenomen dat deze mogelijkheid strikt moet worden geïnterpreteerd en is een optreden van het Openbaar Ministerie met dit doel veel minder waarschijnlijk bij de vaststelling van de afstamming dan bij de betwisting ervan (C. PANIER, "Problèmes de droit judiciaire relatifs à la filiation", in X (ed.), *La filiation et l'adoption*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 1988, 81, nr. 7), nu de rechten en verplichtingen die uit de erkenning voortvloeien slechts kunnen worden uitgeoefend na de inschrijving van het homologatievonnis in de rand van de erkenningsakte, mag worden aanvaard dat het Openbaar Ministerie hoger beroep kan instellen tegen een vonnis dat uitspraak doet over een homologatieverzoek.

712 De vraag rijst of de beroeptermijn van één maand al begint te lopen vanaf de kennisgeving van het vonnis, dan wel vanaf de betekening ervan (zie art. 1051 eerste lid Ger. W.; zie ook verder, nr. 715). Aangezien de homologatieprocedure een procedure op tegenspraak is, moet worden aangenomen dat het vertrekpunt voor de beroepstermijn van één maand de betekening van het vonnis is; de kennisgeving van het vonnis dat zich uitspreekt over het verzoek tot homologatie doet de beroepstermijn dus niet lopen (Luik 19 mei 1998, *J.T.* 1998, 811, *Rev. trim. dr. fam.* 1999, 547 en *J.L.M.B.* 1999, 1523, noot D. PIRE).

Uit deze beslissing aangaande het vertrekpunt van de beroepstermijn kan overigens meteen worden afgeleid dat het verzoekschrift tot homologatie niet eenzijdig kan zijn, maar daarentegen op tegenspraak moet zijn. Hoger beroep tegen een beschikking gewezen op eenzijdig verzoekschrift moet volgens artikel 1031 Ger. W. immers worden ingesteld binnen de maand na de kennisgeving.
Dit arrest sluit aan bij de besproken rechtspraak i.v.m. het "gewoon verzoekschrift" uit artikel 319 § 3 derde lid B.W., waaruit eveneens blijkt dat een verzoekschrift op tegenspraak in de zin van de artikelen 1034*bis* e.v. Ger. W. wordt beoogd (zie boven, nr. 415).

713 Derdenverzet kan krachtens artikel 331*decies* eerste lid B.W. enkel worden ingesteld door personen die geen partij waren in het geding. Derdenverzet tegen een vonnis dat uitspraak deed over een verzoek tot homologatie van de erkenning kan enkel worden ingesteld door personen die zelf de hoedanigheid hebben om het homologatieverzoek in te leiden, er zich tegen te verweren of in de procedure tussen te komen, maar die om een of andere reden niet in de procedure werden betrokken (zie *in extenso* verder, bij de betwisting van het gerechtelijk vastgesteld vaderschap, nr. 1161).

Volgens MELLAERTS is het mogelijk dat de moeder of het kind derdenverzet aantekenen, wanneer zij – zoals gebruikelijk is – niet in de procedure werden betrokken (J. MELLAERTS, "Afstammingsgeschillen: een procesrechtelijke benadering", *T.P.R.* 1991, (1139) 1189-1190, nr. 134).

6. *Formaliteiten na de homologatie*

a. Betekening van het homologatievonnis

714 Overeenkomstig het gemeen recht inzake procedures op tegenspraak zou het vonnis dat de homologatie verleent, bij gebrek aan andersluidende bepaling, via gerechtsdeurwaardersexploot moeten worden betekend aan de tegenpartij (*i.e.* de echtgeno(o)t(e) van de erkenner), teneinde – na het verstrijken van de termijnen voor het instellen van de gewone rechtsmiddelen verzet en hoger beroep – in kracht van gewijsde te kunnen treden (in die zin: J. MELLAERTS, "Procesrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 146-147, nr. 281; J. SOSSON, "Quelques problèmes judiciaires d'application de la loi du 31 mars 1987 réformant le droit de la filiation", *J.T.* 1990, (301) 307, nr. 36).

715 In de praktijk is het echter vaak zo dat het vonnis niet wordt betekend, maar dat er enkel een kennisgeving van het vonnis door de griffie plaatsvindt. Deze werkwijze vindt haar oorsprong in instructies die de Minister van Justitie na de inwerkingtreding van de Afstammingswet heeft gericht aan de parketten en aan de ambtenaren van de burgerlijke stand.

De minister meende uit de voorbereidende werkzaamheden (Verslag senaatscommissie II, *Parl. St.* Senaat 1986-87, nr. 338/2, 13) te mogen besluiten dat de bepalingen i.v.m. de inleiding en de behandeling van de vordering op eenzijdig verzoekschrift op de procedures ex artikel 319*bis* B.W. van toepassing zijn. Zijn instructies luiden dan ook als volgt: "Dienvolgens is de griffier die belast is met de kennisgeving van de beslissing aan de partijen, gehouden om aan het Openbaar Ministerie een uittreksel houdende het beschikkend gedeelte van de beslissing waarvan kennis is gegeven toe te sturen met vermelding van de datum waarop de kennisgeving is gedaan.
Het Openbaar Ministerie vergewist zich er van of de beslissing in kracht van gewijsde is gegaan en wendt zich tot de griffier voor de kosteloze afgifte van een attest waaruit blijkt dat geen rechtsmiddelen zijn ingesteld.
Het Openbaar Ministerie stuurt het uittreksel houdende het beschikkend gedeelte van het vonnis of arrest aan de ambtenaar van de burgerlijke stand die de erkenning ontvangen heeft, preciseert dat deze beslissing kracht van gewijsde heeft en verzoekt om inschrijving ervan in de rand van de betrokken akte" (Omz. 10 maart 1988 met ref. 7/Litt.EC/Fil. betreffende de Wet van 31 maart 1987 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming, *onuitg.*, p. 2).

Gelet op de datum waarop ze zijn uitgevaardigd (vóór de invoering van het verzoekschrift op tegenspraak door de Wet van 3 augustus 1992), is het niet verwonderlijk dat deze instructies uitgaan van de – verkeerde – veronderstelling dat de homologatieprocedure een eenzijdige rechtspleging inhoudt en veronderstellen dat van het homologatievonnis kennis moet worden gegeven i.p.v. – correct – te vermelden dat het vonnis betekend moet worden.

Het scenario waarin de griffie zorgt voor een kennisgeving – maar waarin geen sprake is van een betekening – kan beter niet worden gevolgd, omdat het vonnis dat de erkenning homologeert zonder betekening nooit in kracht van gewijsde kan treden. Nu het Hof van Beroep te Luik beslist heeft dat

de kennisgeving van het homologatievonnis de beroepstermijn niet doet lopen (Luik 19 mei 1998, *J.T.* 1998, 811, *Rev. trim. dr. fam.* 1999, 547 en *J.L.M.B.* 1999, 1523, noot D. PIRE) – en dit impliceert dat het vonnis dat de erkenning homologeert pas in kracht van gewijsde kan treden een maand na de betekening van het vonnis – is het aangewezen dat de erkenner overgaat tot betekening ervan aan zijn echtgenoot of echtgenote. Doet hij dit niet, dan loopt hij het risico dat er maanden of jaren na de uitspraak nog hoger beroep wordt ingesteld tegen de ter kennis gebrachte beslissing waarvan iedereen – ten onrechte – dacht dat ze al definitief was (in die zin: D. PIRE, "Droit judiciaire et filiation: un arrêt important", (noot onder Luik 19 mei 1998), *J.L.M.B.* 1999, (1526) 1529, nr. 6).

Een bijkomende betekening van het vonnis aan de moeder en het kind – die niet in het geding werden betrokken – kan aangewezen zijn indien derdenverzet wordt gevreesd, omdat de betekening de termijn van drie maanden voor het instellen van derdenverzet doet lopen (art. 1129 Ger. W.).

b. Randmelding van het homologatievonnis in de erkenningsakte

716 Het homologatievonnis dient krachtens artikel 319*bis* vierde lid B.W. te worden ingeschreven in de rand van de erkenningsakte.
Die randmelding gebeurt door de ambtenaar die de erkenningsakte heeft opgemaakt; meestal is dit een ambtenaar van de burgerlijke stand.

717 Aangezien om homologatie wordt verzocht via een verzoekschrift op tegenspraak, moet het initiatief tot de randmelding ons inziens – anders dan bij een eenzijdige rechtspleging – uitgaan van de erkenner en niet van de griffie (zie boven, nr. 715). Het is de erkenner zelf die de griffie moet verzoeken om de afgifte van een attest waaruit blijkt dat tegen de homologatiebeslissing geen rechtsmiddelen werden aangewend en vervolgens – met dit attest in de hand – de bevoegde ambtenaar moet vragen de randmelding te verrichten.

De ambtenaren van de burgerlijke stand kunnen omwille van artikel 1388 Ger. W. het homologatievonnis niet inschrijven in de rand van de erkenningsakte dan na voorlegging van een attest waaruit blijkt dat geen rechtsmiddelen werden aangewend. De griffies zouden dit attest niet mogen afleveren vooraleer ze hebben kunnen constateren dat het homologatievonnis daadwerkelijk betekend is aan alle betrokken partijen (D. PIRE, "Droit judiciaire et filiation: un arrêt important", (noot onder Luik 19 mei 1998), *J.L.M.B.* 1999, (1526) 1527, nr. 3) en de termijn van één maand na de betekening is verstreken.

718 De plicht tot randmelding rust ook op de notaris die een erkenningsakte heeft opgemaakt waarin een gehuwde man tijdens zijn huwelijk een kind erkent dat hij verwekt heeft bij een andere vrouw dan zijn echtgenote.

De randmelding aan een notariële akte bestaat uit een bijzondere gedagtekende en door de notaris ondertekende akte aan de voet van de erkenningsakte, met bijvoeging van de grosse van het homologatievonnis. Een gewone melding aan de voet van de minuut die gedagtekend en ondertekend wordt door de notaris volstaat niet. De inschrijving in de rand van de erkenningsakte moet bestaan uit een volwaardige notariële akte die voldoet aan alle vereisten van de Organieke Wet Notariaat en gerepertorieerd en geregistreerd wordt. Deze akte wordt bij voorkeur opgesteld op de minuut van de erkenningsakte, of op een zegel die aan de minuut van de erkenningsakte wordt

toegevoegd (C. DE WULF en H. DE DECKER, *Het opstellen van notariële akten*, I, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1994, 213-215, nr. 176; voor een model, zie *ibid.*, 214-215).

719 De inschrijving van het homologatievonnis in de rand van de erkenningsakte is een formaliteit die niet constitutief van aard is (Rb. Gent 25 juni 1992, *R.W.* 1992-93, 1203, noot J. MELLAERTS), ook al laat artikel 319*bis* vierde lid B.W. het tegendeel uitschijnen, door te bepalen dat de erkenning pas "definitief" wordt door de inschrijving van het vonnis van homologatie in de rand van de erkenningsakte (J. MELLAERTS, "Afstammingsgeschillen: een procesrechtelijke benadering", *T.P.R.* 1991, (1139) 1190, nr. 136; zie ook verder, nrs. 721-722).

Hoewel deze verplichting niet in de wet is opgenomen, zou de ambtenaar van de burgerlijke stand die de randmelding heeft verricht, ingevolge instructies van de Minister van Justitie, het Openbaar Ministerie daarvan kennis moeten geven (Omz. 10 maart 1988 met ref. 7/Litt.EC/Fil. betreffende de Wet van 31 maart 1987 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming, *onuitg.*, p. 3).

c. Geen toepassing van artikel 333 B.W.

720 Artikel 333 B.W. regelt de bekendmaking van vonnissen en arresten "waarbij een vordering betreffende de afstamming wordt toegewezen".

In rechtsleer en rechtspraak bestaat geen eensgezindheid over de vraag of de rechterlijke beslissing die een erkenningsakte homologeert, krachtens deze bepaling moet worden bekendgemaakt.

Volgens een aantal auteurs is een verzoek tot homologatie van een erkenning een "vordering betreffende de afstamming" en moet artikel 333 B.W. daarom worden toegepast, met als gevolg dat het vonnis dat de erkenningsakte homologeert door toedoen van het Openbaar Ministerie aan de ambtenaar van de burgerlijke stand moet worden overgemaakt en door deze laatste moet worden overgeschreven in zijn registers (in die zin: G. BAETEMAN, *Overzicht*, 614, nr. 991; C. PANIER, "Problèmes de droit judiciaire relatifs à la filiation", in X (ed.), *La filiation et l'adoption*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 1988, 126, nr. 78 en voetnoot 231; Th. OVERLAET, "Erkenning van een kind door een gehuwd man: art. 319bis B.W.", *De Burg. St.* 1990, (208) 210).

Deze strekking vindt in beperkte mate weerklank in de lagere rechtspraak: zie bv. Rb. Hasselt 27 maart 2001, *Limb. Rechtsl.* 2001, 323, noot van de redactie; Rb. Hasselt (1ste kamer) nr. 00/1075B, 29 juni 2000, *onuitg.*; Rb. Luik 2 oktober 1992, *Rev. trim. dr. fam.* 1992, 413.

Omwille van de aan de homologatie eigen bijzondere publiciteit, bepaald in artikel 319*bis* vierde lid B.W., wijken de instructies die de Minister van Justitie heeft verspreid echter af van artikel 333 B.W., enerzijds door niet te vereisen dat de homologatiebeslissing overeenkomstig artikel 333 § 2 B.W. in de registers van de burgerlijke stand van de geboorteplaats moet worden overgeschreven – zoals de minister zelf opmerkt (zie Omz. 10 maart 1988 met ref. 7/Litt.EC/Fil. betreffende de Wet van 31 maart 1987 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming, *onuitg.*, p. 3) – maar anderzijds ook door een kennisgeving te veronderstellen i.p.v. een betekening van het homologatievonnis bij gerechtsdeurwaardersexploot (art. 333 § 1 B.W.).

Ons inziens moet worden aangenomen dat artikel 333 B.W. enkel betrekking heeft op beslissingen waardoor de afstamming wordt vastgesteld of tenietgedaan. Het homologatievonnis stelt de afstammingsband echter niet vast; het is de erkenning zelf die de afstamming van vader en kind vaststelt. Daarom is

artikel 333 B.W. niet van toepassing op beslissingen die gewezen werden na de procedures bedoeld in artikel 319*bis* B.W. (J. MELLAERTS, "Procesrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 150-151, nr. 293; J. MELLAERTS, "Afstammingsgeschillen: een procesrechtelijke benadering", *T.P.R.* 1991, (1139) 1190, nr. 135; D. PIRE, "Droit judiciaire et filiation: un arrêt important", (noot onder Luik 19 mei 1998), *J.L.M.B.* 1999, (1526) 1528, nr. 5; J. SOSSON, "Quelques problèmes judiciaires d'application de la loi du 31 mars 1987 réformant le droit de la filiation", *J.T.* 1990, (301) 307, nr. 35).
Overigens moet worden opgemerkt dat artikel 319*bis* B.W. zelf al in een specifieke publiciteitsmaatregel voorziet door de randmelding van het homologatievonnis in de erkenningsakte voor te schrijven.

De Hoven van Beroep te Luik en te Brussel hebben zich uitdrukkelijk – en terecht – tegen de toepassing van artikel 333 B.W. uitgesproken o.g.v. dit laatste argument.
– Nadat in eerste aanleg was beslist dat artikel 333 § 2 B.W. moest worden toegepast nadat een erkenningsakte bij vonnis was gehomologeerd, stelde het Openbaar Ministerie hoger beroep in, o.m. omdat het van oordeel was dat de homologatiebeslissing niet moest worden overgeschreven. Het Hof van Beroep te Luik overwoog uitdrukkelijk dat de homologatiebeslissing niet het voorwerp is van een overschrijving, maar van een randmelding in de erkenningsakte en voegde daar nog aan toe dat de ambtenaar van de burgerlijke stand overeenkomstig artikel 62 § 2 B.W. de erkenningsakte moet kantmelden in de geboorteakte van het kind (Luik 11 december 1990, *onuitg.*, aangehaald door D. PIRE, "Inédits de droit de la famille (V-3). Filiation", *J.L.M.B.* 1991, (1082) 1092; zie later ook – impliciet – Luik 19 mei 1998, *J.T.* 1998, 811, *Rev. trim. dr. fam.* 1999, 547 en *J.L.M.B.* 1999, 1523, noot D. PIRE).
– Eveneens omwille van de specifieke publiciteit die artikel 319*bis* B.W. vereist, oordeelde het Hof van Beroep te Brussel – in een geval waarin een kind van Thaïsche nationaliteit bij notariële akte was erkend – dat de eerste rechter zich vergist had door te bevelen "dat het vonnis zal overgeschreven worden in de registers van de burgerlijke stand door toedoen van het Openbaar Ministerie overeenkomstig de bepalingen van artikel 333 B.W.". In het dispositief van zijn arrest oordeelde het hof op zijn beurt "dat het Openbaar Ministerie nadat het vonnis kracht van gewijsde heeft bekomen een uittreksel van het beschikkend gedeelte ervan aan de instrumenterende notaris zal toezenden [met het oog op] inschrijving in de rand van de erkenningsakte en nadat hij de uitgifte houdende de akte van randmelding van deze notariële akte zal hebben ontvangen, een afschrift van het homologatievonnis samen met voormelde uitgifte zal toezenden aan de ambtenaar van de burgerlijke stand die de geboorteakte van het kind onder zich heeft om van deze erkenning melding te maken op de kant van deze akte" (Brussel 28 mei 1991, *Pas.* 1991, II, 166, concl. O.M.).

7. *Gevolgen van de gehomologeerde erkenning (art. 319bis vierde lid B.W.)*

a. Definitief karakter na randmelding van het homologatievonnis in de erkenningsakte

721 Luidens artikel 319*bis* vierde lid B.W. wordt de erkenning "definitief" vanaf de inschrijving van het homologatievonnis in de rand van de erkenningsakte.

Onder een "definitieve" rechtshandeling zou een rechtshandeling kunnen worden verstaan waarvan alle bestanddelen voorhanden zijn, wat zou betekenen dat de randmelding in de erkenningsakte geen louter administratieve formaliteit is – zoals de overschrijving van een vonnis tot vaststelling of betwisting van staat –, maar verheven zou worden tot een essentieel bestanddeel

van elke erkenning waarvoor homologatie nodig is. Voor sommige auteurs is dit moeilijk aanvaardbaar; zij besluiten dat aan het "definitief" worden van de erkenning elke specifieke betekenis moet worden ontzegd (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 319*bis* B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 10, nr. 11).

Uit de koppeling van het "definitief" karakter van de erkenning aan de randmelding kan worden afgeleid dat de rechten en verplichtingen voortvloeiend uit de erkenning slechts vanaf de randvermelding kunnen worden uitgeoefend (J. GERLO, *Handboek Personen- en familierecht*, 48-49, nr. 113, die meent dat de randmelding een essentieel bestanddeel van de procedure vormt).

Hieruit volgt dat de overspelige erkenner niet gerechtigd is om overeenkomstig artikel 56 § 1 B.W. als vader de aangifte te doen van de geboorte van het door hem erkende kind vooraleer de randmelding is geschied (in dezelfde zin: standpunt van het parket te Leuven d.d. 8 juli 1988, opgenomen in X, "Aangifte van de geboorte van een in overspel verwekt en erkend kind door een gehuwde man", *De Burg. St.* 1988, (84) 85).

722 Het principe dat de rechten en plichten die uit de erkenning voortvloeien slechts kunnen worden uitgeoefend vanaf de randmelding kan worden geïllustreerd aan de hand van de gevolgen van de afstamming, zowel op het vlak van erfrecht als op het vlak van de toekenning van de familienaam.

– Aanvaard moet worden dat er wel degelijk e r f r e c h t bestaat in hoofde van het kind in de nalatenschap van zijn erkenner die is overleden vóór het verzoekschrift tot homologatie – en dus zeker vóór de randmelding – , maar dat het kind zijn rechten niet kan uitoefenen door bv. de inbezitstelling van de goederen die tot de nalatenschap behoren te vragen (E. VIEUJEAN, "Le nouveau droit de la filiation", *Ann. dr. Liège* 1987, (97) 124, nr. 31).

– Het Hof van Cassatie heeft geoordeeld dat uit de samenhang van artikel 335 § 3 eerste en derde lid, artikel 319 § 1 en artikel 319*bis* eerste en vierde lid B.W. volgt dat de in artikel 335 § 3 derde lid B.W. bepaalde termijn van een jaar voor de moeder en de erkenner waarbinnen zij gezamenlijk kunnen verklaren dat het kind de f a m i l i e n a a m van de erkenner zal dragen, ingaat de dag volgend op de in artikel 319*bis* laatste lid B.W. bepaalde randmelding (Cass. 10 februari 2000, *Arr. Cass.* 2000, 371, *R.W.* 2000-01, 1527, noot en *Rev. trim. dr. fam.* 2000, 685; reeds eerder in dezelfde zin: Rb. Nijvel 17 maart 1998, *Rev. trim. dr. fam.* 1998, 682).
Het is dus pas zinvol om een verklaring tot naamswijziging overeenkomstig artikel 335 § 3 B.W. af te leggen na deze randmelding.

Zo oordeelde het Hof van Beroep te Brussel, in toepassing van artikel 319*bis* vierde lid B.W., in een zaak waar het homologatieverzoek vóór de geboorte van het kind werd ingediend en de erkenner de eerste rechter verweet niet te hebben gepreciseerd dat het erkende kind zijn naam zou dragen, dat aangezien de erkenning pas effecten sorteert – het weze retroactief – vanaf de inschrijving van de homologatiebeslissing in de rand van de erkenningsakte, zijn verzoek tot naamswijziging vroegtijdig was (Brussel (3de kamer) R.G. nr. 1998/AR/2749, 14 maart 2002, *onuitg.*). Indien vóór de erkenning enkel de afstamming langs moederszijde vaststond, behoudt

het kind de naam van de moeder in toepassing van artikel 335 § 2 B.W., totdat de moeder en de erkenner – na de randmelding – gezamenlijk een verklaring tot naamswijziging voor de ambtenaar van de burgerlijke stand hebben afgelegd.

Ook de Minister van Justitie was in zijn instructies aan de parketten en aan de ambtenaren van de burgerlijke stand van oordeel dat de gezamenlijke verklaring tot naamswijziging, afgelegd door de erkenner en de moeder van het kind, pas ontvangen kan worden "wanneer de vaderlijke afstamming definitief is geworden, in de zin van artikel 319*bis* vierde lid van het Burgerlijk Wetboek" (Omz. 10 maart 1988 met ref. 7/Litt.EC/Fil. betreffende de Wet van 31 maart 1987 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming, *onuitg.*, p. 3).

b. Uitwerking vanaf de geboorte van het kind

723 Artikel 319*bis* vierde lid *in fine* B.W. bepaalt dat de erkenning "uitwerking" heeft vanaf de datum van het verzoekschrift. Aan deze bepaling mag geen enkele betekenis worden toegeschreven; zij moet als nonsens worden verworpen.
De erkenning is immers een rechtshandeling die een afstammingsband constateert die reeds vaststond op het ogenblik van de geboorte (*i.e.* het declaratief karakter van de erkenning, zie boven, nrs. 449-450). Een erkenning doet rechtsgevolgen, nl. rechten en plichten ontstaan – heeft dus "uitwerking" – vanaf de geboorte.
Door de erkenning slechts uitwerking te geven vanaf de datum van het verzoek tot homologatie en niet vanaf de geboorte wordt het declaratief karakter van de erkenning miskend (Rb. Gent 25 juni 1992, *R.W.* 1992-93, 1203, noot J. MELLAERTS; A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 319*bis* B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 11, nr. 12; J. MELLAERTS, "Afstammingsgeschillen: een procesrechtelijke benadering", *T.P.R.* 1991, (1139) 1190-1191, nr. 137). Indien op deze fundamentele regel een uitzondering zou worden gemaakt voor het overspelig kind *a patre* zou dit gediscrimineerd worden (J. GERLO, *Handboek Personen- en familierecht*, 49, nr. 113 *in fine*).

De Minister van Justitie heeft er nochtans op gewezen dat bij de inschrijving van het homologatievonnis op de kant van de erkenningsakte de datum van het verzoekschrift duidelijk moet worden vermeld, "gelet op de gevolgen die daaruit krachtens de wet voortvloeien" (Ministeriële circulaire van 22 mei 1987 betreffende de toepassing van de Wet van 31 maart 1987 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming, *B.S.* 27 mei 1987, (8323) 8326).

De idee dat de erkenning "retroactief" uitwerking moest krijgen vanaf de datum van het verzoekschrift was blijkbaar ingegeven door de vrees van een aantal kamerleden dat de echtgenote van de homologatieprocedure gebruik zou maken om de erkenning op de lange baan te schuiven en de – (wellicht ten onrechte) aan VIEUJEAN toegeschreven – misvatting dat de erkenning zonder voltooide homologatieprocedure een nog onbestaande afstammingsband in het leven roept (zie Verslag kamercommissie, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 378/16, resp. 44 en 45). In werkelijkheid heeft de wetgever – behoudens het geval waarin het homologatieverzoek reeds vóór de geboorte werd ingediend – de uitwerking van de erkenning vertraagd door de invoering van artikel 319*bis* vierde lid *in fine* B.W.

In vergelijking met de sanctie bij de niet-naleving van de bijkomende vormvereiste bij de erkenning door een overspelige vrouw ex artikel 313 § 3 derde lid B.W. (de niet-tegenwerpelijkheid van de erkenning zonder mededeling) is het bovendien merkwaardig dat de wetgever bij de miskenning van een aspect van de bijkomende formaliteiten bij de erkenning door een overspelige man ex artikel 319*bis* B.W. (geen uitwerking van de erkenning zonder homologatie) gekozen heeft voor een sanctie met absolute i.p.v. relatieve werking: de erkenning zonder de vereiste homologatie zou

niet alleen t.a.v. de echtgenoot of echtgenote van de erkenner en de uit diens huwelijk geboren of geadopteerde kinderen geen uitwerking hebben, ze zou t.a.v. iedereen uitwerking missen.

8. *Overgangsrecht*

724 Erkenningen van overspelige kinderen *a patre* die overeenkomstig het oude afstammingsrecht – met machtiging van de rechtbank – rechtsgeldig werden gedaan, blijven hun uitwerking behouden en werken terug tot op de dag van de geboorte. Dergelijke erkenningen moeten niet gevolgd worden door een homologatie, aangezien de homologatieverplichting ex artikel 319*bis* B.W. slechts door de Afstammingswet werd ingevoerd en deze, overeenkomstig de algemene principes inzake overgangsrecht, geen retroactieve werking heeft.

Onder het oude afstammingsrecht was de erkenning van een overspelig kind in principe verboden, ook al was er enkel sprake van overspel *a patre*. Bij wijze van uitzondering kon een overspelig kind *a patre* toch worden erkend – in dezelfde gevallen als een overspelig kind *a matre* – mits machtiging van de rechtbank van eerste aanleg van de woonplaats van de verzoeker (art. 335 *j°* art. 331 (oud) B.W.).

Tot en met 5 juni 1987 is het oude artikel 337 B.W. – krachtens hetwelk de erkenning door een gehuwde man van een kind dat hij vóór zijn huwelijk heeft gehad bij een andere vrouw, niet aan zijn echtgenote, noch aan de kinderen die uit zijn huwelijk met haar werden geboren nadeel kan toebrengen – wel nog blijven doorwerken. Het overspelig kind had tot die datum wel het recht te worden onderhouden en opgevoed door zijn erkenner.

725 Door de inwerkingtreding van de Afstammingswet op 6 juni 1987 hebben de hangende verzoeken die ertoe strekten machtiging te bekomen tot erkenning van een kind dat enkel overspelig is *a patre* hun oorzaak verloren en kunnen ze als vervallen worden beschouwd. Het is sinds die datum immers mogelijk om een overspelig kind *a patre* zonder voorafgaande machtiging van de rechtbank te erkennen, als de erkenning – nadien – gehomologeerd wordt door de rechtbank overeenkomstig artikel 319*bis* B.W.

Opmerkelijk is dat de overgangsregeling qua techniek verschilt naargelang het kind overspelig is *a matre*, dan wel *a patre*. Wanneer het – volgens het oude afstammingsrecht noodzakelijke – machtigingsverzoek op 6 juni 1987 nog niet was beoordeeld door een in kracht van gewijsde gegane beslissing, dan bepaalt artikel 114 Afstammingswet – voor overspelige kinderen *a matre* – dat het nieuwe artikel 320 B.W., met uitzondering van het 1°, moet worden toegepast, met als gevolg dat de erkenning slechts mogelijk is na voorafgaande machtiging van de rechtbank o.g.v. het nieuwe artikel 320 B.W. I.v.m. overspelige kinderen *a patre* bepaalt artikel 114 Afstammingswet echter niets, zodat moet worden aangenomen dat als de procedure tot machtiging, ingesteld volgens het oude afstammingsrecht, nog hangende was op 6 juni 1987, het nieuwe artikel 319*bis* B.W. moet worden toegepast en het machtigingsverzoek, zoals gezegd, vervalt.

726 Een bijzonder probleem vormt de erkenning door een gehuwd man die geakteerd is vóór de inwerkingtreding van de Afstammingswet, maar zonder de vereiste machtiging van de rechtbank. Dergelijke erkenning *contra legem (antiquam)* kan volgens het Hof van Cassatie nietig worden verklaard op vordering van het Openbaar Ministerie, zelfs al waren de voorwaarden van het oude artikel 331 B.W. vervuld (Cass. 3 oktober 1983, *Arr. Cass.* 1983-84, 110, concl. E. KRINGS, *Pas.* 1984, I, 108, *R.C.J.B.* 1984, 605, noot F. RIGAUX

en *R.W.* 1983-84, 1972). De vraag rijst wat het lot is van dergelijke erkenning indien ze op 6 juni 1987 nog niet was nietigverklaard bij een in kracht van gewijsde getreden beschikking.
Aangezien de Afstammingswet van toepassing is op de kinderen die geboren zijn vóór 6 juni 1987 en op die datum nog in leven waren (art. 107 eerste lid Afstammingswet) mag worden aangenomen dat deze ongeldig gedane erkenningen geldig zijn geworden door de inwerkingtreding van de Afstammingswet op 6 juni 1987, met dien verstande dat zij overeenkomstig het geldende recht (art. 319*bis* B.W.) moeten worden gehomologeerd (vgl. art 110 Afstammingswet i.v.m. de erkenning door een gehuwde vrouw, waar de nieuwe wetsbepaling – art. 313 B.W. – van toepassing wordt verklaard, zelfs indien de – vroeger ongeldige – erkenning door een gehuwde vrouw heeft plaatsgehad vóór 6 juni 1987) (in dezelfde zin: A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 319*bis* B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 14, nr. 17).

E. CUMUL VAN PROCEDURES M.B.T. DE ERKENNING VAN OVERSPELIGE KINDEREN (ART. 319 § 2 OF 3, ART. 319*BIS* EN ART. 320 B.W.)

727 Elke erkenning door een man vereist de toestemming van één of meerdere personen. Dikwijls zal de erkenning moeten worden voorafgegaan door een machtiging tot erkenning o.g.v. artikel 320 B.W, of zal een opgemaakte erkenningsakte nadien gehomologeerd moeten worden krachtens artikel 319*bis* B.W.
Niet zelden zal zowel een voorafgaande machtiging tot erkenning als een homologatie van de erkenningsakte noodzakelijk zijn. Dit is het geval wanneer het te erkennen kind overspelig is *a matre* en *a patre* (samenloop van art. 320 en 319*bis* B.W.).

Omdat de wet zwijgt over het procedureverloop in het geval dat meerdere van deze bepalingen cumulatief moeten worden toegepast, wordt hieronder systematisch nagegaan of en in welke mate zij tegelijkertijd toepassing kunnen vinden.
Eerst wordt nagegaan in hoeverre de toestemming tot de erkenning kan worden gegeven tijdens een machtiging- en/of homologatieprocedure (1). Daarna wordt verduidelijkt hoe de onderscheiden procedures dienen te verlopen wanneer een partij haar toestemming tot de erkenning weigert (2).

1. Erkenning met de door de wet vereiste toestemmingen

728 Voor elke erkenning door een man is toestemming nodig. Het te erkennen meerderjarig of ontvoogd kind moet zelf tot zijn erkenning toestemmen (art. 319 § 2 B.W.). Is het kind minderjarig en niet-ontvoogd, dan is de toestemming van zijn moeder vereist (art. 319 § 3 eerste lid B.W.); indien deze minderjarige vijftien jaar of ouder is, moet hijzelf op zijn beurt ook tot de erkenning toestemmen (art. 319 § 3 tweede lid B.W.). Hoger werd verduidelijkt dat de ambtenaar van de burgerlijke stand en de notaris niet gebonden zijn door de rechtspraak van het Arbitragehof en geen erkenningsakte mogen

opmaken zonder de door de wet vereiste toestemming(en) (zie boven, nrs. 344-346).

a. Samenloop van machtiging en toestemming (art. 320 en art. 319 §§ 2-3 B.W.)

729 I.v.m. de erkenning van een overspelig kind *a matre* is de vraag gerezen of de overspelige moeder en eventueel het kind hun toestemming tot de erkenning al tijdens de machtigingsprocedure zouden kunnen geven, indien ze bij deze procedure werden betrokken. Op die manier zou kunnen worden vermeden dat zij nog moeten verschijnen voor de ambtenaar die de erkenningsakte opmaakt.

Het lijkt nuttig te herhalen dat de aspirant-erkenner die machtiging tot erkenning vraagt – en eventueel zelfs heeft verkregen – nog steeds de krachtens artikel 319 B.W. vereiste toestemming(en) moet bekomen (Antwerpen 28 juni 1989, *R.W.* 1991-92, 507, noot J. MELLAERTS; G. BAETEMAN, *Overzicht*, 609, nr. 980; *anders:* A.-Ch. VAN GYSEL, "Les nouvelles lois concernant la filiation et l'adoption", *Rev. not. b.* 1987, (506) 518, nr. 2, die aanneemt dat de machtiging de toestemming van moeder en kind tot de erkenning vervangt).

Uit een ministeriële circulaire zou kunnen worden afgeleid dat de instemming van moeder en/of kind met de erkenning die gebleken is tijdens het machtigingsgeding niet volstaat, nu de toestemming – net als de erkenning zelf – dient geakteerd te worden in een notariële akte of een akte opgemaakt door de ambtenaar van de burgerlijke stand (Ministeriële circulaire van 22 mei 1987 betreffende de toepassing van de Wet van 31 maart 1987 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming, *B.S.* 27 mei 1987, (8323) 8325).
Tevens is beweerd dat de ambtenaar van de burgerlijke stand de aanwezigheid van de moeder moet eisen bij het verlijden van de erkenningsakte en dat het onwettig zou zijn dat de uitgifte van het vonnis waaruit blijkt dat de moeder haar toestemming in de loop van het geding heeft gegeven, als bewijs van haar toestemming zou gelden (J. MELLAERTS, "Afstammingsgeschillen: een procesrechtelijke benadering", *T.P.R.* 1991, (1139) 1194, nr. 145; J. MELLAERTS, "De machtiging tot erkenning van een kind verwekt in overspel a matre en het vereiste van toestemming in de erkenning", (noot onder Antwerpen 28 juni 1989), *R.W.* 1991-92, (508) 508-509, nr. 5).
Nochtans lijkt het logisch dat, nu de rechtbank o.i. in het raam van een onderzoek naar het vaderschap een bekentenis kan akteren die als erkenning zal gelden (zie boven, nr. 386), tegelijk ook zou worden aanvaard dat wanneer moeder en/of kind in de loop van de machtigingsprocedure persoonlijk een verklaring afleggen waaruit ondubbelzinnig blijkt dat tot de erkenning wordt toegestemd, en deze verklaring authentiek wordt vastgesteld in het vonnis dat de machtiging verleent, een latere authentieke toestemming tot de erkenning niet meer vereist is.
Zo is het bv. voorgekomen dat de rechtbank met zoveel woorden overweegt "dat de moeder van het kind ter zitting uitdrukkelijk toestemt in de erkenning van het kind door verzoeker" (Rb. Antwerpen 18 december 1990, *R.W.* 1990-91, 1306, noot) en dat in het beschikkend gedeelte van het vonnis dat de machtiging tot erkenning van een verwekt maar nog niet geboren kind verleende de volgende passus werd opgenomen: "Le Tribunal, statuant contradictoirement: (...) Donne acte aux parties de ce que la [mère] consent à ce que le [père] reconnaisse l'enfant à naître (...)" (Rb. Namen 3 mei 1989, *Rev. trim. dr. fam.* 1990, 286).

Aangenomen mag worden dat moeder en/of kind reeds tijdens de procedure tot het bekomen van een machtiging tot erkenning ex artikel 320 B.W. hun toestemming tot de erkenning kunnen verlenen, voor zover ze in de procedure zijn tussengekomen of in tussenkomst werden geroepen: wanneer de toestemming in de machtigingsbeslissing is geakteerd, geldt de uitgifte van deze beslissing als een authentieke vaststelling van de wilsuiting van moeder en/of kind,

die voor de ambtenaar van de burgerlijke stand of de notaris die de erkenningsakte opmaakt moet volstaan (J. GERLO, *Handboek Personen- en familierecht*, 54, nr. 121; zie ook J. MELLAERTS, "Procesrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 168, nr. 337 en voetnoot 151, die blijkbaar op zijn eerder ingenomen standpunt is teruggekomen; deze auteur merkt nog terecht op dat een verklaring dat men "geen bezwaar" heeft tegen de erkenning onvoldoende is; in dergelijk geval zal de uitdrukkelijke toestemming ten overstaan van de bevoegde ambtenaar nog vereist zijn).

De advocaat van moeder of kind kan ons inziens niet namens zijn cliënt toestemmen tot de erkenning tijdens het machtigingsgeding, ook niet indien hij over een bijzondere en authentieke volmacht daartoe zou beschikken (*anders*: J. MELLAERTS, "Procesrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 168, nr. 337, voetnoot 148). De toestemming tot een erkenning is immers een grondvoorwaarde voor de erkenning met een hoogstpersoonlijk karakter, net zoals de erkenning zelf; vertegenwoordiging is uitgesloten (zie ook boven, nr. 294 en nrs. 440-446).

b. Samenloop van toestemming en homologatie (art. 319 §§ 2-3 en art. 319*bis* B.W.): probleem van intrekking van de gegeven toestemming tijdens de homologatieprocedure

730 Hoewel de moeder en/of het erkende kind niet in de homologatieprocedure moeten worden betrokken, is het niet onmogelijk dat zij toch partij zijn in het geding (bv. na vrijwillige of gedwongen tussenkomst) en dat zij willen terugkomen op hun eerder gegeven toestemming tot de erkenning door een man. Dit is echter onmogelijk; hun in de erkenningsakte gegeven toestemming is definitief (J. MELLAERTS, "Afstammingsgeschillen: een procesrechtelijke benadering", *T.P.R.* 1991, (1139) 1184-1185, nr. 121), in die zin dat de intrekking van hun toestemming tijdens de homologatieprocedure de homologatie van de erkenning niet kan tegenhouden.

Zo kon het feit dat de moeder – die tot de erkenning had toegestemd – haar toestemming tijdens de daaropvolgende homologatieprocedure heeft ingetrokken, volgens de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brugge geen afbreuk meer doen aan de in de erkenningsakte gegeven toestemming die – behoudens procedure tot nietigverklaring – definitief is. De intrekking van de gegeven toestemming kon daarenboven ook de homologatie niet beletten, nu de echtgenote van de verzoeker verklaard had geen bezwaar te hebben tegen de erkenning en niet beweerde, laat staan bewees, dat de erkenner niet de vader was (Rb. Brugge 7 november 1989, *R.W.* 1990-91, 1239, noot J. GERLO). Het Hof van Beroep te Brussel oordeelde expliciet dat de moeder tijdens de homologatieprocedure niet het recht heeft haar toestemming tot de erkenning in te trekken of de geldigheid ervan te betwisten (Brussel (3de kamer) R.G. nr. 1998/AR/2749, 14 maart 2002, *onuitg.*, met verwijzing naar de aangehaalde bijdrage van MELLAERTS: het hof merkte *in casu* op dat de aanwezigheid van de moeder bij de opmaak van de erkenningsakte en de ondertekening ervan haar toestemming impliceert, zodat niet kon worden aangenomen dat haar toestemming door een wilsgebrek was aangetast).

Wel zijn moeder en kind gerechtigd om de erkenning – eens ze definitief is geworden – overeenkomstig artikel 330 B.W. te betwisten.

Hun betwistingsvordering zal pas succesvol zijn op voorwaarde dat zij erin slagen te bewijzen dat hun toestemming was aangetast door een wilsgebrek (art. 330 § 1 tweede lid B.W.), indien de

erkenning niet bevestigd wordt door bezit van staat en zij bovendien kunnen bewijzen dat de erkenner niet de biologische vader is (art. 330 § 2 B.W.). De procedure tot betwisting zal evenwel pas kunnen worden ingeleid na de inschrijving van het homologatievonnis in de rand van de erkenningsakte; voordien is de erkenning immers niet definitief (art. 319*bis* vierde lid B.W.).
In de rechtsleer is de vraag gesteld of niet moet worden aangenomen dat de gehomologeerde erkenning niet meer kan worden betwist door de moeder en het kind wanneer zij er vooraf reeds in hebben toegestemd, ook al zou hun wilsuiting behept geweest zijn met een wilsgebrek, dit naar analogie met artikel 330 § 1 derde lid B.W., hetgeen bepaalt dat de erkenning niet kan worden betwist door hen die partij geweest zijn in een procedure ex artikel 319 § 3 vierde lid of 319 § 4 B.W. (J. MELLAERTS, "Afstammingsgeschillen: een procesrechtelijke benadering", *T.P.R.* 1991, (1139) 1185, nr. 122). Ons inziens is artikel 330 § 1 derde lid B.W. een uitzonderingsbepaling die restrictief moet worden geïnterpreteerd (*exceptio est strictissimae interpretationis*), met als gevolg dat betwisting van de gehomologeerde erkenning in de beschreven hypothese mogelijk blijft. Het principe is immers dat een erkenning door iedere belanghebbende kan worden betwist (art. 330 § 1 eerste lid B.W.); de enige uitzondering die geldt voor degenen die hun voorafgaande toestemming hebben gegeven is artikel 330 § 1 tweede lid B.W.: zij moeten bewijzen dat hun toestemming was aangetast door een wilsgebrek.

c. Samenloop van machtiging en homologatie (art. 320 en 319*bis* B.W.)

731 In de hypothese dat het te erkennen kind verwekt is door een man en een vrouw die beiden gehuwd zijn, maar niet met elkaar (overspelig *a matre* en *a patre*) is de vraag gerezen of het homologatieverzoek o.g.v. artikel 319*bis* B.W. gelijktijdig met het verzoek tot machtiging o.g.v. artikel 320 B.W. bij de rechtbank van eerste aanleg kan worden ingeleid en behandeld in één allesomvattende procedure. De tekst van de wet – twee verschillende procedures in twee afzonderlijke bepalingen – laat dit niet toe.

732 De rechtsleer is verdeeld over de kwestie.

Volgens RENCHON zou een minder formalistische lezing van de Afstammingswet toelaten dat de aspirant-erkenner samen met het verzoek tot machtiging meteen ook een verzoek inleidt tot homologatie van de toekomstige erkenningsakte. Refererend aan de *ratio* van artikel 319*bis* B.W. ziet deze auteur niet in dat indien de echtgenote van de erkenner – die effectief ter zitting verschenen is – nooit bezwaren heeft gehad tegen de erkenning en er de waarachtigheid niet van betwist, iets de rechtbank er zou van weerhouden om samen met het verlenen van de machtiging tot erkenning de nog op te maken erkenningsakte preventief te homologeren (J. RENCHON, noot onder Rb. Luik 9 maart 1990, *Rev. trim. dr. fam.* 1991, (196) 197; in dezelfde zin: N. MASSAGER, "Droit de la filiation. Chronique de jurisprudence (1999-2001)", *Rev. dr. U.L.B.* 2003, (161) 212-213, nr. 18).
CORDIER houdt voor dat een cumulatieve toepassing van de artikelen 319*bis* en 320 B.W. nooit gewild is door de wetgever en dat de controle die de rechtbank in het raam van de machtigingsprocedure verricht een daaropvolgende homologatie nutteloos maakt. Deze auteur vereist eveneens dat de echtgenote van de overspelige erkenner in het machtigingsgeding wordt geroepen (Th. CORDIER, "Divers problèmes de procédure suscités par la reconnaissance des enfants 'adultérins privilégiés'", (noot onder Rb. Bergen 13 april 1988) *J.L.M.B.* 1988, (942) 944).

De meeste auteurs nemen aan dat beide procedures opeenvolgend moeten worden doorlopen: de man moet vooreerst machtiging tot erkenning verkrijgen o.g.v. artikel 320 B.W., vervolgens het kind erkennen en dan overeenkomstig artikel 319*bis* B.W. de homologatie van de erkenning vorderen via een procedure waarin zijn echtgenote wordt betrokken (G. BAETEMAN, *Overzicht*, 616, nr. 995; J. GERLO, *Handboek Personen- en familierecht*, 54-55, nr. 122; J. MELLAERTS, "Procesrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 170, nrs. 340-341 en J. MELLAERTS, "Dienen de procedures van de artikelen 319*bis* en 320 B.W. inzake de vaderlijke erkenning

achtereenvolgens te worden toegepast?", (noot onder Rb. Gent 25 juni 1992 en Rb. Gent 12 november 1992), *R.W.* 1992-93, (1204) 1204-1205, nrs. 5-6; P. SENAEVE, *Compendium*, 322, nr. 818), al wordt de noodzakelijke opeenvolging van procedures "weinig zinvol" (G. BAETEMAN, "Het afstammingsrecht in België", *T.P.R.* 1989, (1539) 1565, nr. 38) en zelfs "absurd" genoemd (A. HEYVAERT, "De afstamming langs vaderszijde buiten het huwelijk", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1987, 154-155, nr. 208).

733 Ook de rechtspraak neemt geen eenduidig standpunt in.

– De Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent homologeerde dadelijk een nog op te maken erkenningsakte (Rb. Gent 12 november 1992, *R.W.* 1992-93, 1203, noot J. MELLAERTS) en verleende zelfs vrijstelling van de homologatievereiste (Rb. Gent 25 juni 1992, *R.W.* 1992-93, 1203, noot J. MELLAERTS).

De argumentatie van deze rechtbank kan als volgt worden samengevat:
– "om proceseconomische redenen" moet worden aanvaard dat de vordering van artikel 319*bis* B.W. gelijktijdig met de vordering tot machtiging tot erkenning kan worden ingesteld. Beide procedures worden geregeld door de artikelen 1025 e.v. Ger. W.;
– aan de *ratio legis* van artikel 319*bis* B.W. – het voorkomen van bedrieglijke erkenningen gedurende het huwelijk, ten nadele van de echtgenoot en de huwelijkse kinderen – is voldaan indien de echtgenote van verzoeker is opgeroepen en niet blijkt dat zij het vaderschap van de aspirant-erkenner betwist.

Enerzijds meende de rechtbank de verzoeker te kunnen machtigen het kind te erkennen en te kunnen zeggen dat de akte van erkenning die zal worden opgemaakt ingevolge voormelde machtiging, gehomologeerd zal zijn, derwijze dat de erkenning definitief zal zijn door de inschrijving van de homologatie in de rand van de erkenningsakte en de erkenning uitwerking heeft te rekenen vanaf de datum van neerlegging van het verzoekschrift (Rb. Gent 12 november 1992, *R.W.* 1992-93, 1203, noot J. MELLAERTS). In deze zaak werd de echtgenote van de kandidaat-erkenner opgeroepen en in raadkamer gehoord en betwistte zij niet dat haar man de verwekker van het te erkennen kind was.

Anderzijds meende de rechtbank de aspirant-erkenner te kunnen machtigen een kind te erkennen en hem – tegelijk – te kunnen ontslaan van de formaliteiten voorzien door artikel 319*bis* B.W. (Rb. Gent 25 juni 1992, *R.W.* 1992-93, 1203, noot J. MELLAERTS). Ook in deze zaak was de echtgenote van de aspirant-erkenner opgeroepen en bleek niet dat zij het vaderschap van haar man over het te erkennen kind betwistte.

– De Rechtbank van Eerste Aanleg te Nijvel is duidelijk een andere mening toegedaan en oordeelde in een zaak waarin om machtiging tot een prenatale erkenning werd verzocht dat het tegelijkertijd ingediende homologatieverzoek vroegtijdig was. De rechtbank verleende de machtiging, maar stelde dat de bewoordingen van artikel 319*bis* B.W. impliceren dat de homologatie volgt na de opmaak van de erkenningsakte en de erkenningsakte niet voorafgaat. Het homologatieverzoek werd naar de bijzondere rol verzonden om opnieuw gefixeerd te worden voor pleidooien op vraag van de verzoeker (Rb. Nijvel 30 april 1998, *Rev. trim. dr. fam.* 1999, 652).

– De Rechtbank van Eerste Aanleg te Hasselt negeerde dan weer de kritiek op de gelijktijdige vordering van de machtiging tot erkenning en de homologatie van de erkenningsakte. Zij machtigde de verzoeker om het verwekte kind te erkennen en homologeerde tegelijk in toepassing van artikel 319*bis* B.W. de

nog in de geboorteakte dan wel bij authentieke akte te verlijden erkenningsakte (Rb. Hasselt (1ste kamer) nr. 00/1075B, 29 juni 2000, *onuitg.*).

De rechtbank kwam tot dit oordeel vanuit proceseconomische overwegingen en omdat de leugenachtigheid van de erkenning in hoofde van alle betrokken partijen en collusie in hunnen hoofde uitgesloten was, zodat aan de *ratio* van artikel 319*bis* B.W. was voldaan. *In casu* verkeerden de moeder van het kind en de aspirant-erkenner in de voorwaarden van artikel 320, 3° B.W. en hadden zij na vijf jaar echtelijke moeilijkheden *de facto* een nieuwe richting aan hun familiaal leven gegeven. Daarom achtte de rechtbank het proceseconomisch – mede omwille van de kosten van procesvoering, zowel de geldelijke, de emotionele als de praktische kosten – onuitlegbaar dat eerst de aspirant-erkenner, de moeder en haar gewezen echtgenoot voor de rechtbank moeten verschijnen teneinde de verzoeker te horen machtigen het verwekte kind te erkennen en dat vervolgens de verzoeker en zijn echtgenote voor de rechtbank moeten verschijnen om de erkenningsakte te homologeren, terwijl geen enkele partij ter zake enige betwisting naar voren had gebracht en zij unaniem maar één wens hadden: de feitelijke gezinstoestand van het verwekte kind in een wettelijke vorm gieten.

734 Ons inziens is de homologatie van een nog niet tot stand gekomen rechtshandeling juridisch onmogelijk, aangezien de homologatie een vorm van rechterlijke controle veronderstelt m.b.t. een vooraf bestaande voltrokken rechtshandeling. Bovendien is de aard van beide procedures verschillend; daar waar artikel 319*bis* B.W. een procedure op tegenspraak inhoudt en een behandeling in raadkamer vereist, is artikel 320 B.W. in essentie een eenzijdige procedure die in openbare terechtzitting moet worden behandeld van zodra een derde zoals de echtgenoot of echtgenote van de verzoeker is tussengekomen. De wet zelf heeft in de artikelen 319*bis* en 320 B.W. twee specifieke, chronologisch duidelijk gescheiden procedures voorzien.

Deze argumenten nopen tot de conclusie dat het *de lege lata* niet mogelijk is om de rechtsplegingen ex artikel 320 en 319*bis* B.W. in één allesomvattende procedure te behandelen. Beide procedures moeten consecutief worden doorlopen: eerst dient de aspirant-erkenner machtiging tot erkenning te bekomen (art. 320 B.W.), vervolgens kan hij het kind erkennen en nadien moet de erkenningsakte ter homologatie worden voorgelegd (art. 319*bis* B.W.), teneinde – retroactief – gevolgen te kunnen sorteren.

De handelwijze waarbij de rechtbank, samen met het verlenen van de machtiging tot erkenning van een nog niet geboren kind aan partijen "akte verleent" dat de echtgenote van de erkenner zal toestemmen in de homologatie van de erkenning (Rb. Namen 3 mei 1989, *Rev. trim. dr. fam.* 1990, 286) moet dan ook worden afgekeurd.

2. Erkenning na toestemmingsweigering

735 Indien een meerderjarig of ontvoogd overspelig kind zijn toestemming tot de erkenning – die vereist is door artikel 319 § 2 B.W. – weigert, kan de erkenning niet doorgaan. De meerderjarige heeft, net als de ontvoogde minderjarige, een vetorecht tegen de erkenning door een man.

736 Indien de moeder (al dan niet overspelig) en/of het minderjarig niet-ontvoogd kind van vijftien jaar of ouder hun toestemming tot de erkenning

weigeren, dient een verzoeningspoging door de vrederechter plaats te vinden. Indien deze mislukt volgt daarna het oordeel van de rechtbank of de erkenning al dan niet kan plaatshebben (art. 319 § 3 derde en vierde lid B.W.). Indien het kind in overspel *a matre* of *a patre* is verwekt, wordt de aspirant-erkenner geconfronteerd met de samenloop van twee procedures: de procedure na toestemmingsweigering en de machtiging, resp. de homologatie (hieronder resp. a en b). Indien een van hen zijn toestemming tot de erkenning weigert en het kind als overspelig *a matre* en *a patre* moet worden aangemerkt, dienen zelfs drie procedures cumulatief te worden toegepast, nl. deze beschreven in de artikelen 320, 319 § 3 derde-vierde lid en 319*bis* B.W. (c).

a. Samenloop van machtiging en toestemmingsweigering tot erkenning (art. 320 en art. 319 § 3 derde-vierde lid B.W.)

737 De vraag rijst of reeds tijdens de machtigingsprocedure kan worden beslist over het verhaal van de aspirant-erkenner tegen de toestemmingsweigering van de moeder en/of het kind.

Een positief antwoord kan worden verdedigd, o.g.v. het argument dat zowel de procedure van artikel 319 § 3 B.W. als deze van artikel 320 B.W. de erkenning voorafgaat (uitdrukkelijk in die zin: J. GERLO, *Handboek Personen- en familierecht*, 54, nr. 121). Ook HEYVAERT leek deze cumul van procedures aanvankelijk te aanvaarden toen hij schreef dat de man die vader is o.g.v. de vaderschapsregel en de personen die volgens artikel 319 § 3 B.W. voorafgaand moeten toestemmen in het machtigingsgeding moeten worden betrokken en tot de volgende conclusie kwam: "Aldus kunnen alle mogelijke betwistingen in één rechtspleging worden beslecht, zodat na het verlenen van de machtiging, de erkenning zonder verdere formaliteiten (...) gedaan kan worden" (A. HEYVAERT, "De afstamming langs vaderszijde buiten het huwelijk", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1987, 154, nr. 207).
De Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen volgde deze opvatting in een – geïsoleerd – onuitgegeven vonnis door te overwegen dat "[de moeder], die overeenkomstig artikel 319 § 3 B.W. moet toestemmen in de erkenning van haar minderjarig kind, precies om die reden in de procedure van artikel 320 B.W. werd betrokken; dat op die manier alle betwistingen in één rechtspleging werden beslecht zodat na het verlenen van de machtiging de erkenning zonder verdere formaliteiten (...) kan worden gedaan" (Rb. Antwerpen A.R. 31.171, 21 juni 1988, *onuitg.*, aangehaald door J. MELLAERTS, "Procesrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 166-167, nr. 334).
Deze rechtspraak heeft echter geen navolging gekregen; ook HEYVAERT blijkt later op zijn standpunt te zijn teruggekomen (zie A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 320 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 17, nr. 11).

Ter staving van een negatief antwoord op de vraag of gedurende het machtigingsgeding al uitspraak kan worden gedaan over een toestemmingsweigering tot de erkenning, kan worden aangevoerd dat artikel 319 § 3 B.W. zelf een rechtspleging bepaalt die moet worden gevolgd indien de moeder en/of het minderjarig niet-ontvoogd kind van vijftien jaar of ouder hun toestemming tot de erkenning weigeren. Artikel 319 § 3 derde lid B.W. verplicht de aspirant-erkenner een verzoeningsprocedure bij de vrederechter in te leiden; pas indien de verzoeningspoging van de vrederechter mislukt is, komt de zaak voor de rechtbank van eerste aanleg. De verzoeningspoging voor de vrederechter is verplicht en kan niet achterwege worden gelaten (vgl. Rb. Luik 23 februari 1990, *Pas.* 1990, III, 98, noot F.B. en *Rev. trim. dr. fam.* 1991, 187, waar geoordeeld werd dat de verzoeningsprocedure voor de vrederechter uitdrukkelijk en dwingend gewenst is door de wetgever; een soortgelijke poging om ze te vermijden – nl. door rechtstreeks de toelating van de rechtbank te bekomen om het kind te erkennen in een vonnis dat de betwisting van een erkenning door een andere man gegrond verklaarde – slaagde niet).

738 Valt het kind onder de toepassing van de vaderschapsregel en weigert de (overspelige) moeder of haar niet-ontvoogd minderjarig kind van vijftien jaar of ouder tot de erkenning toe te stemmen, dan dient de aspirant-erkenner daadwerkelijk twee procedures te doorlopen: hij moet de voorafgaande machtiging van de rechtbank van eerste aanleg bekomen in een procedure o.g.v. artikel 320 B.W. en hij dient de verzoeningsprocedure bij de vrederechter in te leiden, teneinde in eerste instantie de nodige toestemming(en) tot de erkenning te bekomen. Wordt geen overeenstemming bereikt, dan zal de rechtbank oordelen of de erkenning al dan niet kan plaatsvinden (art. 319 § 3 derde en vierde lid B.W.). De voorafgaande verzoeningspoging door de vrederechter blijft – hoewel ze meestal tot mislukken is gedoemd – een essentiële formaliteit die niet mag worden verzuimd of omzeild (J. MELLAERTS, "Procesrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 167, nr. 335; zie reeds: J. MELLAERTS, "De machtiging tot erkenning van een kind verwekt in overspel a matre en het vereiste van toestemming in de erkenning", (noot onder Antwerpen 28 juni 1989), *R.W.* 1991-92, (508) 509, nr. 5 *in fine*).

Hoewel is beweerd dat beide procedures "achtereenvolgens" moeten worden doorlopen ("eerst" een voorafgaande machtiging en "vervolgens" een procedure bij de vrederechter, zie P. SENAEVE, *Compendium*, 326, nr. 827), mag ons inziens ook worden aanvaard dat een aspirant-erkenner die machtiging tot erkenning nodig heeft en geconfronteerd is met een toestemmingsweigering van moeder en/of kind op het ogenblik waarop hij zijn dagvaarding (of eenzijdig verzoekschrift) tot machtiging inleidt, tegelijk ook al via een verzoekschrift op tegenspraak de verzoeningsprocedure voor de vrederechter kan opstarten.

b. Samenloop van toestemmingsweigering tot erkenning en homologatie (art. 319 § 3 derde-vierde lid en art. 319*bis* B.W.)

739 Weigert de moeder of haar niet-ontvoogd minderjarig kind van vijftien jaar of ouder tot de erkenning door een gehuwde man toe te stemmen, dan dient de vaststelling van de afstamming – strikt genomen – in drie fasen te verlopen: vooreerst moet de procedure bepaald in artikel 319 § 3 derde en vierde lid B.W. worden gevolgd, vervolgens wordt het kind erkend en ten slotte wordt de erkenningsakte ter homologatie voorgelegd (art. 319*bis* B.W.).

Sommige auteurs pleiten voor de geldigheid van één rechtspleging, waarin de echtgenote van de kandidaat-erkenner wordt betrokken en die leidt tot één vonnis, krachtens hetwelk de aspirant-erkenner, zonder verdere formaliteiten (*in casu* homologatie) definitief tot erkenning zou kunnen overgaan. Deze procedure zou verlopen overeenkomstig artikel 319 § 3 derde en vierde lid B.W.; de oproeping van de echtgenote zou kunnen geschieden via artikel 331*decies* tweede lid B.W. (G. BAETEMAN, *Overzicht*, 615, nr. 994; A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 319*bis* B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 11-12, nr. 13).

Hoewel het overbodig kan lijken dat de rechtbank een erkenning moet homologeren waarvan ze zelf eerder al heeft geoordeeld dat ze mag plaatsvinden, moet *de lege lata* toch worden aangenomen dat de procedures ex artikel 319 § 3 derde-vierde lid B.W. en artikel 319*bis* B.W. niet gezamenlijk kunnen worden behandeld (in die zin: J. GERLO, *Handboek Personen- en familierecht*, 48, nr. 112; P. SENAEVE, *Compendium*, 326, nr. 827).
De aard van beide procedures is immers verschillend: het oordeel van de rechtbank of de erkenning kan plaatsvinden (art. 319 § 3 vierde lid B.W.) volgt na een behandeling van de zaak in openbare terechtzitting, terwijl de homologatieprocedure zich afspeelt in raadkamer (art. 319*bis* tweede lid B.W.). Bovendien kan de homologatieverplichting niet worden herleid tot het in het geding roepen van de echtgenoot of echtgenote van de kandidaat-erkenner, nu artikel 319*bis* B.W. expliciet bepaalt dat de erkenning*sakte* – die op het ogenblik dat de rechtbank zich ex artikel 319 § 3 B.W. uitspreekt nog niet bestaat – ter homologatie moet worden voorgelegd (in die zin: J. MELLAERTS, "Procesrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 166, nr. 332 *j°* 170, nr. 340).

c. Samenloop van machtiging, toestemmingsweigering en homologatie (art. 320, art. 319 § 3 derde-vierde lid en art. 319*bis* B.W.)

740 Uit het voorgaande blijkt dat eerst de machtiging tot erkenning moet worden bekomen, dat daarna de verzoeningsprocedure voor de vrederechter dient plaats te vinden, eventueel gevolgd door het oordeel van de rechtbank dat de erkenning kan plaatshebben, dat het kind vervolgens kan worden erkend en dat de erkenningsakte ten slotte ter homologatie aan de rechtbank moet worden voorgelegd.

§ 2. Gerechtelijke vaststelling van het vaderschap

OVERZICHT

741 Net zoals voor de erkenning van een in overspel verwekt kind door een man (art. 320 B.W.) bestaat ook voor de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap een specifieke juridische grondslag voor de vaststelling van de afstamming van overspelige kinderen *a matre*. Analoog met de homologatieverplichting inzake erkenning (art. 319*bis* B.W.) geldt voor de gerechtelijke vaststelling van de vaderlijke afstamming van overspelige kinderen *a patre* ook een bijkomende vormvereiste.

Hieronder wordt vooreerst de betekenis van het onderzoek naar het vaderschap o.g.v. artikel 323 (*juncto* art. 320 B.W.) in herinnering gebracht en tevens verduidelijkt waarom het recht van verzet tegen de gerechtelijke vaststelling ook in dit geval bestaat (A). Vervolgens wordt ingegaan op de door artikel 322 tweede lid B.W. vereiste betekening van het vonnis dat de afstamming gerechtelijk vaststelt aan de echtgenoot of echtgenote van de overspelige

vader en de sanctie bij niet-naleving van deze formaliteit (B). Ten slotte zal aandacht worden besteed aan een bijzonder probleem van overgangsrecht, nl. de vraag naar de termijn waarbinnen de vordering tot onderzoek naar het vaderschap moet worden ingesteld wanneer het overspelig kind (*a patre* of *a matre*) geboren is vóór 6 juni 1987 (C).

A. HET KIND IS VERWEKT DOOR EEN ANDERE MAN DAN DE ECHTGENOOT VAN DE MOEDER (OVERSPELIG KIND *A MATRE*)

1. Juridische grondslag: artikel 323 juncto artikel 320 B.W.

742 Bij de bespreking van de grondvoorwaarden voor de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap (zie boven, nr. 461) werd er al op gewezen dat het vaderschap van een overspelig kind *a matre* bij vonnis kan worden vastgesteld o.g.v. artikel 323 B.W. indien aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 320 B.W. is voldaan. Alvorens tot de gegrondheid van de vordering wordt besloten, dient het vaderschap van een andere man dan de echtgenoot van de moeder nog te worden bewezen overeenkomstig artikel 324 B.W. (zie boven, nr. 473 e.v.).

Zo oordeelde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Bergen in een geval waarin het kind manifest geen bezit van staat had t.a.v. de echtgenoot van de moeder, maar wel ten aanzien van de vermeende verwekker en geboren was meer dan 300 dagen na de neerlegging van het (toentertijd geldig) verzoekschrift tot echtscheiding, dat het vaderschap van die vermeende vader o.g.v. artikel 323 *juncto* artikel 320 B.W. en artikel 324 eerste lid B.W. kon worden vastgesteld (Rb. Bergen 26 september 1990, *J.L.M.B.* 1992, 552, noot J. Sosson).

In een zeer logisch en helder gemotiveerd arrest stelde het Hof van Beroep te Brussel in toepassing van dezelfde bepalingen het vaderschap van een man over twee kinderen vast. In het beschikkend gedeelte van het arrest werd gespecifieerd dat de echtgenoot van de moeder niet de vader is en dat de kinderen zijn naam niet mogen dragen en niet tot zijn familie behoren (Brussel 26 november 2002, *NjW* 2003, 671, noot RdC).

743 Deze vaststelling van vaderschap houdt een impliciete betwisting in van het vaderschap van de echtgenoot; indien de vordering in toepassing van artikel 323 *juncto* artikel 320 B.W. gegrond wordt verklaard, vervalt het vaderschap van de echtgenoot, zonder dat een afzonderlijke procedure tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot ex artikel 318 B.W. succesvol moet zijn afgerond (zie ook verder, nr. 1016).

744 Indien er tussen de gehuwde moeder en haar minnaar een goede verstandhouding bestaat, maar deze zelf ook nog gehuwd is, is een beroep op de procedure van gerechtelijke vaststelling in een dubbel opzicht interessanter dan een erkenning door de biologische vader. Wanneer de moeder of de biologische vader het vaderschap gerechtelijk laat vaststellen o.g.v. artikel 323 *juncto* 320 B.W. wordt niet alleen een dubbele procedure vermeden – voorafgaandelijke machtiging tot erkenning en homologatie van de erkenningsakte – maar dient de echtgeno(o)t(e) van de biologische vader – in tegenstelling tot wat het geval is in de homologatieprocedure – niet in het geding te

worden betrokken; het vonnis waarbij de afstamming wordt vastgesteld moet slechts aan hem of haar worden betekend overeenkomstig artikel 322 tweede lid B.W. (zie verder, nr. 748 e.v.).

Hoewel de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap in essentie een gedwongen wijze van vaststelling van de afstamming is, moet ook worden aangenomen dat een man vrijwillig zijn eigen vaderschap gerechtelijk kan laten vaststellen (zie boven, nrs. 526-527).

2. *Recht van verzet tegen de gerechtelijke vaststelling (Arbitragehof nr. 104/98, 21 oktober 1998)*

745 In de rechtspraak is de vraag gerezen of in het raam van de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap m.b.t. een overspelig kind *a matre* (art. 323 B.W.) ook een recht van verzet kan worden uitgeoefend. Een verzetsrecht is immers enkel vermeld in artikel 322 eerste lid B.W., dat handelt over het onderzoek naar het vaderschap in de hypothese dat het vaderschap niet vaststaat krachtens de vaderschapsregel en het kind niet is erkend.

De Rechtbank van Eerste Aanleg te Luik peilde in een prejudiciële vraag naar de verenigbaarheid van de artikelen 322 en 323 B.W. met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in zoverre zij een onderscheid instellen tussen de kinderen wier moeder op het ogenblik van hun geboorte niet gehuwd was (art. 322 B.W.) en kinderen wier moeder op het ogenblik van hun geboorte wel gehuwd was (art. 323 B.W.), door enkel aan eerstgenoemden een bescherming toe te kennen die is gebaseerd op het onderzoek van hun persoonlijk belang en aan laatstgenoemden die bescherming te weigeren.

In de zaak die aanleiding gaf tot de prejudiciële vraag was een overspelig kind *a matre* in Burundi door zijn biologische vader erkend; deze erkenning was aldaar bij vonnis bekrachtigd. De moeder had tegen die beslissing hoger beroep aangetekend, maar zich sindsdien niet meer om de zaak bekommerd.
Omdat er vragen waren gerezen omtrent de geldigheid van de erkenning, vorderde de man in België de gerechtelijke vaststelling van zijn vaderschap o.g.v. artikel 323 B.W.: de moeder was immers gehuwd op het ogenblik van de geboorte, met als gevolg dat haar echtgenoot de juridische vader van het kind was. Diens vaderschap werd niet bevestigd door bezit van staat en er was voldaan aan artikel 320 B.W.: de echtscheiding o.g.v. feitelijke scheiding van (toen nog) meer dan vijf jaar was uitgesproken en het kind was geboren meer dan 300 dagen na de datum van de feitelijke scheiding (art. 320, 4° B.W.). De moeder betwistte het biologisch vaderschap niet, maar verzette zich tegen de gerechtelijke vaststelling. Op het ogenblik dat de prejudiciële vraag werd gesteld was het kind zeven jaar. Volgens de Rechtbank van Eerste Aanleg te Luik kon de moeder zich niet verzetten tegen de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap door te bewijzen dat die vaststelling strijdig is met de belangen van het kind, nu dit verzetsrecht enkel zou gelden voor de in artikel 322 B.W. bedoelde kinderen en niet voor in overspel *a matre* verwekte kinderen.

746 De verwijzende rechter interpreteerde de betrokken bepalingen – o.i. terecht – in de zin dat de biologische vader van een kind een vordering tot onderzoek naar zijn eigen vaderschap kan instellen. Het is enkel in deze interpretatie dat het Arbitragehof in een arrest van 21 oktober 1998 besliste dat er geen enkele aannemelijke reden bestaat om een bijzondere bescherming te weigeren aan de kinderen op wie artikel 323 B.W. betrekking heeft, terwijl die bijzondere bescherming wel aan de in artikel 322 B.W. bedoelde kinderen

wordt toegekend. Ook de parlementaire voorbereiding verschaft voor dit onderscheid geen enkele verantwoording.
Het Arbitragehof kwam tot de conclusie dat artikel 323 B.W. de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt voor zover het een dergelijk verschil in behandeling instelt (Arbitragehof nr. 104/98, 21 oktober 1998, *B.S.* 1 december 1998, 38512, *R.W.* 1998-99, 917, *Rev. trim. dr. fam.* 1999, 126 en *J. dr. jeun.* 1999, afl. 182, 57, noot A. JONCKHEERE).

747 Van groot praktisch belang is de vraag naar de rol van de rechtbank die zich voegt naar dit arrest van het Arbitragehof dat op prejudiciële vraag is gewezen.
Twee mogelijke oplossingen zijn denkbaar: ofwel wordt het ongrondwettig bevonden artikel 323 B.W. buiten toepassing gelaten, ofwel wordt het systeem van verzet en appreciatie door de rechtbank dat voorzien is in artikel 322 B.W. ook toegepast als het vaderschap gerechtelijk wordt vastgesteld o.g.v. artikel 323 B.W.

De eerste oplossing moet worden verworpen aangezien zij een nieuwe discriminatie zou creëren, nl. deze van moeder en kind t.o.v. de (beweerde) vader. Indien artikel 323 B.W. niet meer zou kunnen worden toegepast, ontneemt dit de moeder en het kind de mogelijkheid om het vaderschap van een man gerechtelijk te laten vaststellen zonder het vaderschap van de echtgenoot van de moeder voorafgaandelijk succesvol te betwisten, terwijl de man zijn eigen vaderschap wel nog zonder deze extra procedure zou kunnen vaststellen via een erkenning o.g.v. artikel 320 B.W. (het weze mits de nodige toestemmingen).

Het Arbitragehof heeft zich in zijn arrest van 21 oktober 1998 niet uitgesproken over de vraag of de artikelen 322 en 323 B.W. een verschil in behandeling in het leven zouden roepen tussen de vader en de moeder, noch over de vraag of artikel 322 B.W. de Grondwet schendt.
Er moet worden aangenomen dat de rechtbank die met een vordering tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap van overspelige kinderen *a matre* wordt geconfronteerd ook rekening houdt met de persoonlijke belangen van deze kinderen. Dit is ons inziens de enige manier waarop de rechtbank zich zinvol kan voegen naar de uitspraak van het Arbitragehof.
Net zoals artikel 320 B.W. inhoudelijk onlosmakelijk verbonden is met artikel 319 B.W., was het o.i. overigens ook al vóór dit arrest duidelijk dat artikel 323 B.W. steeds moet worden samengelezen met artikel 322 B.W.

B. HET KIND IS VERWEKT DOOR EEN GEHUWD MAN (OVERSPELIG KIND *A PATRE*)

1. Verplichting tot betekening van het vonnis (art. 322 tweede lid B.W.)

748 Indien de verweerder gehuwd is en het kind tijdens het huwelijk is verwekt bij een vrouw waarvan hij niet de echtgenoot is, moet, luidens artikel 322 tweede lid B.W., het vonnis waarbij de afstamming wordt vastgesteld, aan die echtgenoot of echtgenote worden betekend.

Deze bepaling werd geslachtsneutraal gemaakt door artikel 12 van de Wet van 13 februari 2003 tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht en tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek (*B.S.* 28 februari 2003, in werking getreden op 1 juni 2003). Voordien was enkel sprake van een betekening aan de (vrouwelijke) echtgenote van de man die een kind had verwekt bij een andere vrouw dan zijn echtgenote.

Met "de verweerder" wordt uiteraard de man bedoeld wiens vaderschap bij vonnis is vastgesteld.

749 Anders dan de homologatieverplichting ex artikel 319*bis* B.W. (zie boven, nr. 686) blijft de verplichting tot betekening ex artikel 322 tweede lid B.W. beperkt tot gevallen waarin het vaderschap van een in overspel *a patre* verwekt kind wordt vastgesteld en is ze van toepassing in alle gevallen waarin het vaderschap van een overspelig kind *a patre* wordt vastgesteld.

Een ander verschil met de homologatieprocedure bestaat erin dat de echtgeno(o)t(e) van de overspelige man wiens vaderschap wordt vastgesteld niet in het geding moet worden betrokken. Pas nadat de procedure haar verloop heeft gekend, zal het eindvonnis aan hem of haar worden betekend. Aangenomen moet worden dat deze betekening niet vereist is indien de echtgenoot of echtgenote van de verweerder reeds in het geding werd betrokken, bv. na vrijwillige tussenkomst of na ambtshalve door de rechtbank in het geding te zijn geroepen overeenkomstig artikel 331*decies* tweede lid B.W. Indien de echtgeno(o)t(e) in het geding betrokken is geweest, dan geldt de beslissing die het vaderschap van zijn of haar echtgenoot vaststelt mede tegen hem of haar, waardoor de regeling opgenomen in artikel 322 tweede lid B.W. geen betekenis heeft en zonder oorzaak is (in die zin: A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 322 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 9, nr. 13 *j°* 8, nr. 7).

Bij nader inzien vertoont de betekeningsverplichting ex artikel 322 tweede lid B.W. – merkwaardig genoeg – meer gelijkenissen met de mededelingsverplichting bij de erkenning door een gehuwde vrouw (art. 313 § 3 B.W.), dan met de homologatieverplichting bij de erkenning door een man (art. 319*bis* B.W.). Dit is te verklaren aan de hand van de parlementaire ontstaansgeschiedenis van de betrokken bepalingen. In de door de eerste senaatscommissie aangenomen teksten bestond wel degelijk een parallellisme tussen artikel 322 tweede lid en artikel 319*bis* B.W.: in beide gevallen was er sprake van betekening van het vonnis (zie Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 90 en 84-85). Later werd in de kamercommissie de door de eerste senaatscommissie aangenomen tekst van artikel 313 B.W. aangepast aan de door de eerste senaatscommissie aangenomen teksten van artikel 319*bis* en artikel 322 tweede lid B.W. (Verslag kamercommissie, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 378/16, 32 en 92). In diezelfde kamercommissie werd uiteindelijk de door de eerste senaatscommissie aangenomen tekst van artikel 319*bis* B.W. nog gewijzigd (Verslag kamercommissie, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 378/16, 48 en 94), evenwel zonder dat de artikelen 313 § 3 en 322 tweede lid B.W. nog werden gewijzigd.

De vraag rijst of betekening nog wel vereist is na de ontbinding van het huwelijk van de man wiens vaderschap gerechtelijk is vastgesteld door echtscheiding of door overlijden of na de eventuele nietigverklaring van zijn huwelijk. Deze vraag werd reeds behandeld in het raam van de mededelingsverplichting bij de erkenning door een overspelige vrouw (zie *mutatis mutandis* boven, nr. 216).

2. Sanctie bij gebrek aan (vereiste) betekening: relatieve niet-tegenwerpelijkheid van het vonnis

750 De afstamming van vaderszijde staat vast vanaf het ogenblik dat het vonnis waarin het vaderschap werd vastgesteld in kracht van gewijsde is getreden. Maar "totdat de betekening heeft plaatsgehad, kan het vonnis niet worden tegengeworpen aan de echtgenoot of echtgenote, noch aan de kinderen geboren uit het huwelijk met de verweerder of geadopteerd door beide echtgenoten" (art. 322 tweede lid *in fine* B.W.).

Deze passus werd geslachtsneutraal gemaakt door artikel 12 van de Wet van 13 februari 2003 tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht en tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek (*B.S.* 28 februari 2003, in werking getreden op 1 juni 2003). Voordien was enkel sprake van een niet-tegenwerpelijkheid aan de (vrouwelijke) echtgenote en aan de kinderen geboren uit haar huwelijk met de verweerder of geadopteerd door beide echtgenoten.

751 Nu de personen aan wie het vonnis niet kan worden tegengeworpen in de wet worden opgesomd, is duidelijk dat het om een relatieve niet-tegenwerpelijkheid gaat. Tot op het moment waarop de betekening heeft plaatsgehad, kunnen noch de vader, noch het kind zich beroepen op de normale gevolgen van de gerechtelijk vastgestelde afstammingsband (o.m. op het vlak van onderhoudsgeld en erfrecht) t.a.v. de echtgenoot of echtgenote en de kinderen die uit het huwelijk van de vader werden geboren of door beide echtgenoten werden geadopteerd. Deze laatsten kunnen zich daarentegen wel op de vastgestelde afstammingsband en zijn gevolgen beroepen. De gerechtelijke vaststelling van het vaderschap kan wel worden tegengeworpen aan andere verwanten (kinderen, ouders, ...) van de man wiens vaderschap gerechtelijk werd vastgesteld en aan de verwanten van zijn echtgenote of echtgenoot.

752 Precies de relativiteit van deze niet-tegenwerpelijkheid kan leiden tot omstreden toepassingen op het vlak van het erfrecht.

Eerste voorbeeld: een gehuwde vader van drie kinderen overlijdt:
- kind A is uit het huwelijk geboren;
- kind B is een buitenhuwelijks kind;
- kind C is een overspelig kind *a patre*, wiens afstamming van vaderszijde (tijdens het huwelijk) bij vonnis werd vastgesteld.

Wanneer het vonnis dat het vaderschap van kind C heeft vastgesteld aan de echtgenoot of echtgenote van de overspelige man werd betekend, heeft ieder kind recht op 1/3 van de nalatenschap (in blote eigendom zo de echtgeno(o)t(e) van de overleden man nog leeft).

Zo het vonnis niet werd betekend, kunnen twee oplossingen worden verdedigd:

In een eerste oplossing erft
kind A: 1/2;
kind B: 1/4;
kind C: 1/4 van de nalatenschap.

Het vonnis is immers niet tegenwerpelijk aan A, wel aan B.

Tegen deze oplossing kan worden aangevoerd dat het onaanvaardbaar is dat een buitenhuwelijks kind (B) minder dan 1/3 erft door het feit dat de afstamming van het overspelig kind *a patre* (C) niet tegenwerpelijk is aan het huwelijks kind (A) en dat dit laatste gegeven de rechten van het buitenhuwelijks kind (B) niet mag aantasten.

In een tweede oplossing die aan deze bezwaren tegemoetkomt erft
kind A: 1/2;
kind B: 1/3;
kind C: 1/6 van de nalatenschap.

Onlogisch in deze tweede oplossing is echter dat kind C slechts de helft krijgt van kind B, waarmee het nochtans op gelijke voet staat.

De oplossing waarbij beide buitenhuwelijkse kinderen (B en C) evenveel (nl. 1/4) erven, moet, niettegenstaande haar onvolmaaktheid, de voorkeur krijgen.

Tweede voorbeeld: Een vader die onder het wettelijk stelsel is gehuwd en tijdens zijn huwelijk een kind heeft verwekt bij een andere vrouw dan zijn echtgenote overlijdt en laat na
– zijn echtgenote (A);
– één ouder (vader of moeder van de man wiens vaderschap werd vastgesteld) (B);
– het overspelig kind *a patre* (C).

De nalatenschap van de vader bestaat dan uit zijn eigen vermogen en zijn aandeel in de huwgemeenschap.

Zo het vonnis werd betekend aan zijn echtgenote erft

– langstlevende echtgenote (A): vruchtgebruik op de gehele nalatenschap (art. 745*bis* § 1 eerste lid B.W.);
– ouder (B): niets, omdat er een erfgenaam in de eerste orde is, nl. het kind;
– kind (C): blote eigendom op de gehele nalatenschap.

Zo het vonnis niet werd betekend, kan het niet worden tegengeworpen aan de langstlevende echtgenote, maar wel aan de ouder. De nalatenschap wordt dan als volgt verdeeld:

– langstlevende echtgenote (A): volle eigendom op het deel van de overspelige man in de huwgemeenschap en vruchtgebruik op zijn eigen vermogen (art. 745*bis* § 1 tweede lid B.W.), met als gevolg dat de volledige huwgemeenschap in volle eigendom aan de langstlevende zal toekomen;
– ouder (B): niets, omdat er een erfgenaam in de eerste orde is, nl. het kind, nu de erkenning tegenwerpelijk is aan deze ouder;
– kind (C): blote eigendom op het eigen vermogen van zijn vader.

Het erfdeel van de langstlevende echtgenote en datgene van het kind verschilt dus naargelang het vonnis al dan niet werd betekend:

– de langstlevende echtgenote wint de helft van de huwgemeenschap in blote eigendom zo het vonnis haar niet werd betekend;
– het kind verliest de blote eigendom van het aandeel van zijn vader in de huwgemeenschap indien het vonnis niet werd betekend aan de echtgenote van zijn vader.

Indien wordt aanvaard dat de verplichting tot betekening vervalt bij overlijden van de vader, speelt de sanctie van de niet-tegenwerpelijkheid niet en is er geen sprake van de geschetste erfrechtelijke disputen. Pro memorie kan nog worden vermeld dat de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap van een in overspel verwekt kind zonder twijfel tegenwerpelijk is indien de echtgeno(o)t(e) van de vader in het geding werd betrokken (zie boven, nr. 749).

C. TERMIJN VOOR HET INSTELLEN VAN DE VORDERING – OVERGANGSRECHT

1. Situering van de problematiek

753 Onder gelding van het oude afstammingsrecht was het onderzoek naar het vaderschap verboden wanneer de aldus vastgestelde afstammingsband een overspelige verwekking tot uiting zou doen komen (oud art. 342*a* B.W. *j°* art. 335 (oud) B.W.). Voor kinderen die in overspel waren verwekt, bestond er echter een uitzondering voor de gevallen waarin de erkenning van die kinderen toegelaten was overeenkomstig artikel 331 (oud) B.W.

De vordering was daarenboven onderworpen aan een strikte vervaltermijn: in beginsel moest ze worden ingesteld vóór het verloop van vijf jaar sinds de meerderjarigheid van het kind (toentertijd – vóór art. 388 B.W. werd gewijzigd door de Wet van 19 januari 1990 – lag de meerderjarigheidsgrens nog op 21 jaar), dus vóór de zesentwintigste verjaardag van het kind; ingeval er bezit van staat was t.o.v. de beweerde vader werd deze termijn – uitzonderlijk – verlengd tot één jaar na het overlijden van de beweerde vader (art. 341*b* tweede en derde lid B.W.). In dat laatste geval kon het onderzoek dus nog worden ingesteld binnen het jaar na het overlijden, en dit ongeacht de leeftijd van het kind.

754 Artikel 119 § 6 Afstammingswet bepaalt dat indien de termijn die vroeger gold voor het instellen van een rechtsvordering, bij de inwerkingtreding van de Afstammingswet (op 6 juni 1987) verstreken is, het vorderingsrecht vervallen blijft, zelfs in het geval dat artikel 331*ter* B.W. een langere termijn stelt.

In de praktijk is de vraag gerezen of deze bepaling van toepassing is op vorderingen die onder het oude afstammingsrecht ontoelaatbaar waren, zoals een vordering tot onderzoek naar het overspelig vaderschap. Verschillende stellingen hieromtrent werden reeds eerder besproken (zie *in extenso* boven, nrs. 541-543).

2. *Oplossing in de rechtspraak (Cass. 19 september 1997)*

755 Op 19 september 1997 kwam met een arrest van het Hof van Cassatie een einde aan een procedure tot onderzoek naar het vaderschap van een in overspel *a patre* verwekt kind die bijna tien jaar heeft aangesleept en voor diverse jurisdicties een verschillende afloop kende. Het gaat om een vrij klassieke casus; omwille van het groot praktisch belang ervan wordt de volledige procedure hieronder gesynthetiseerd.

Een man overleed in 1983 en liet een echtgenote, een uit het huwelijk geboren zoon en een in overspel verwekte dochter na. Deze laatste werd geboren in 1947 en startte in 1986 – op 38-jarige leeftijd – een procedure tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap, o.m. om mede erfgerechtigd te zijn in de nalatenschap van haar overleden overspelige vader, voor een deel dat gelijk is aan dat van de binnen het huwelijk geboren zoon.

In eerste aanleg en in hoger beroep werd geoordeeld dat de vordering van eiseres verjaard was. De Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel overwoog dat de overgangsbepalingen uit artikel 119 § 2 Afstammingswet (voor vorderingen die krachtens de opgeheven bepalingen niet vatbaar waren voor verjaring) en artikel 119 § 6 Afstammingswet enkel van toepassing zijn op vorderingen die bestonden onder de oude wetgeving. Daarom werd de dertigjarige verjaringstermijn uit artikel 331*ter* B.W. toepasselijk geacht, die begint lopen vanaf het ogenblik waarop het kind de staat die het inroept werd ontzegd, *in casu* vanaf de geboorte aangezien nooit een afstammingsband tussen vermeende vader en kind werd vastgesteld. Nu meer dan dertig jaar was verlopen tussen de geboorte en het inleiden van de procedure, werd geoordeeld dat de vordering verjaard was (Rb. Brussel 8 april 1988, *T.B.B.R.* 1989, 263). Deze uitspraak werd in hoger beroep bevestigd, het weze op totaal andere gronden. Het Hof van Beroep te Brussel deed opmerken dat aangezien de vordering in toepassing van het oude recht (art. 321 en 341*b* tweede en derde lid (oud) B.W.) al verjaard was vóór de inwerkingtreding van de Afstammingswet op 6 juni 1987, de betrokkene geen aanspraak kan maken op de dertigjarige verjaringstermijn uit artikel 331*ter* B.W. De vordering tot onderzoek naar het overspelig vaderschap werd onontvankelijk verklaard wegens laattijdigheid (Brussel 20 februari 1990, *Rev. not. b.* 1990, 402, (andersluidend) advies J. LOTZ; voor een analyse van beide uitspraken, zie N. MASSAGÉ, "La prescription de l'action en recherche de paternité", (noot onder Rb. Brussel 12 januari 1993, *Rev. not. b.* 1990, (59) 67-70, nrs. 10-11).

Dit arrest van het Hof van Beroep te Brussel werd door het Hof van Cassatie in een ongepubliceerd arrest van 21 januari 1993 verbroken omdat het de naam, voornaam en woonplaats van de tweede verweerder niet vermeldde (*sic*) (zie Y.-H. LELEU, "Les actions en recherche de paternité tardives", (noot onder Cass. 19 september 1997), *T.B.B.R.* 1999, (49) 49, voetnoot 2). Daarna werd de zaak verwezen naar het Hof van Beroep te Luik.

Dit hof stelde vast dat een overspelig kind de vordering tot onderzoek naar het vaderschap vóór de inwerkingtreding van de Afstammingswet niet kon instellen en overwoog dat een vordering niet kan verjaren voor ze bestaat. Het vertrekpunt van de dertigjarige verjaringstermijn kan dan ook niet gesitueerd zijn vóór de datum van inwerkingtreding van de Afstammingswet. Artikel 107 Afstammingswet is volgens het hof geen beletsel voor deze vordering. Het overgangsrecht kan enkel vorderingen viseren die mogelijk waren onder gelding van de oude wetgeving. De vordering tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap, ingesteld door de in overspel verwekte dochter van de vermeende vader, werd dan ook ontvankelijk verklaard. Ten gronde liet het Hof van Beroep te Luik eiseres toe, alvorens verder uitspraak te doen, een aantal in het arrest gepreciseerde feiten door alle wettelijke middelen te bewijzen en werd een mogelijk bewijs van vaderschap via een te bevelen bloedonderzoek in het vooruitzicht gesteld (Luik 13 februari 1996, *T.B.B.R.* 1999, (62) 63-64). De echtgenote van de overleden man en zijn uit het huwelijk geboren zoon stelden tegen dit arrest een voorziening in cassatie in.

Het Hof van Cassatie antwoordde eerst op het tweede cassatiemiddel waarin de schending van de motiveringsplicht werd aangevoerd, nu het hof van beroep niet zou geantwoord hebben op de onontvankelijkheidsgrond die erin bestond dat een o.g.v. de nieuwe wet vastgestelde afstammingsband geen uitwerking kan hebben voor het verleden en evenmin tot gevolg kan hebben dat kan worden teruggekomen op nalatenschappen die zijn opengevallen vóór de inwerkingtreding van de nieuwe wet. Het hof was van oordeel dat het middel feitelijke grondslag mist, nu het hof van beroep de vordering tot onderzoek naar het vaderschap heeft losgekoppeld van de eventuele gevolgen ervan wat de nalatenschap betreft en aldus de argumentatie van de echtgenote en de zoon heeft afgewezen.
Belangrijk is dat het Hof van Cassatie zich op die manier ook – het weze impliciet – akkoord heeft verklaard met de interpretatie die in het bestreden arrest tot uiting kwam i.v.m. het vertrekpunt van de verjaringstermijn voor het instellen van een vordering tot gerechtelijke vaststelling van het overspelig vaderschap, nl. dat het "uitgesloten is dat die verjaringstermijn is kunnen ingaan vóór 6 juni 1987, datum van inwerkingtreding van de Afstammingswet" (Cass. 19 september 1997, *Arr. Cass.* 1997, (843) 843-844 en *T.B.B.R.* 1999, (45) 46, noot Y.-H. LELEU).

Deze interpretatie werd vroeger al op overtuigende wijze in de rechtsleer verdedigd (zie Y.-H. LELEU, "Le droit transitoire de la prescription des actions relatives à la recherche de filiation adultérine", (noot onder Rb. Brussel 12 januari 1993 en onder Rb. Brussel 20 februari 1990), *J.T.* 1993, (845) 849-850, nrs. 24-28).

In het eerste middel betwistten de eisers in cassatie dat de vordering tot onderzoek naar het overspelig vaderschap een nieuwe vordering was, gecreëerd door de Afstammingswet, en beriepen zij zich op de directe werking van de artikelen 14 *juncto* 8 E.V.R.M., zoals geïnterpreteerd in het Marckx-arrest, die enerzijds concreet zou impliceren dat vanaf 13 juni 1979 in het Belgisch recht een recht was ontstaan voor overspelige kinderen om een vordering tot onderzoek naar het vaderschap in te stellen, maar anderzijds ook inhoudt dat die vordering moest worden ingesteld binnen de termijn die het (oude) artikel 341*b* B.W. bepaalde, met als gevolg dat het vorderingsrecht *in casu* vervallen was.

Het Hof van Cassatie weigerde directe werking te verlenen aan deze extensieve interpretatie van het Marckx-arrest. Het hof overwoog dat artikel 8.1 E.V.R.M., in zoverre het de Staat in beginsel verbiedt zich te mengen in het privé-leven en het gezinsleven van individuen, een norm stelt die, in de regel, voldoende nauwkeurig en volledig is om directe werking te hebben, maar dat die bepaling, in zoverre zij de Staat verplicht om bij het bepalen van een stelsel van familiebanden, zoals dat van het recht van natuurlijke kinderen op de nalatenschap van hun overleden vader, regels vast te stellen waardoor de betrokkenen een normaal gezinsleven kunnen leiden, niet voldoende nauwkeurig en volledig is om directe werking te kunnen hebben. Het Hof van Cassatie merkt tenslotte nog op dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in het Marckx-arrest heeft toegegeven dat zijn beslissing niet als

zodanig de litigieuze bepalingen die in hoofdzaak een verklaring van recht inhouden, kan tenietdoen of opheffen en dat dit arrest aan de Staat de keuze van de middelen laat om in de interne rechtsorde te voldoen aan de verplichting zich te houden aan de beslissingen van het Europees Hof (Cass. 19 september 1997, *Arr. Cass.* 1997, (843) 844-846, *R.W.* 1998-99, 435, noot S. MOSSELMANS en *T.B.B.R.* 1999, (45) 46-48, noot Y.-H. LELEU).

De merkwaardige verwijzing in dit arrest m.b.t. de vaststelling van de afstamming naar het erfrecht van natuurlijke kinderen m.b.t. de nalatenschap van hun overleden vader als illustratie van een "stelsel van familiebanden" impliceert ons inziens niet dat het Hof van Cassatie is teruggekomen op zijn rechtspraak die sinds 1993 de directe werking van de artikelen 14 *juncto* 8.1 E.V.R.M. op erfrechtelijk vlak – een gevolg van de afstamming – wel aanvaardt (zie boven, nrs. 43-44). Wellicht is het arrest enkel wat ongelukkig geformuleerd (in dezelfde zin: Y.-H. LELEU, "Les actions en recherche de paternité tardives", (noot onder Cass. 19 september 1997), *T.B.B.R.* 1999, (49) 56 en 58, nrs. 13 en 16).

756 Gelet op het adagium *Actioni nondum natae non praescribitur* (een rechtsvordering die nog niet kan worden ingesteld kan niet verjaren), kan moeilijk worden verdedigd dat een vorderingsrecht dat op 6 juni 1987 nog niet bestond "vervallen blijft". Na dit cassatiearrest is duidelijk dat de verjaringstermijn voor het instellen van de vordering tot gerechtelijke vaststelling van het overspelig vaderschap – die pas sinds 6 juni 1987 is toegelaten – pas op dat moment kan beginnen lopen en dat deze vordering overeenkomstig artikel 331*ter* B.W. zal verjaren (in dezelfde zin: Luik (1ste kamer) nr. 1997/RG/684, 31 mei 1999, *onuitg.*).

757 Het verjaringsregime voor de vordering tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap m.b.t. in overspel verwekte kinderen die vóór de inwerkingtreding van de Afstammingswet werden geboren en waarvan het vaderschap na die datum bij vonnis moet worden vastgesteld, kan dan als volgt worden samengevat:
– was het overspelig kind op 6 juni 1987 al meerderjarig, dan kan de vordering tot onderzoek naar het overspelig vaderschap worden ingesteld tot en met 6 juni 2017;
– was het kind nog niet meerderjarig op 6 juni 1987, dan dient de verjaringstermijn uit artikel 331*ter* B.W. overeenkomstig artikel 2252 B.W. gedurende de minderjarigheid te worden geschorst, zodat de vordering in dat geval slechts zal verjaren dertig jaar na de meerderjarigheid;
– in de hypothese dat het kind bezit van staat heeft t.a.v. de vermeende vader zal de dertigjarige verjaringstermijn pas beginnen lopen vanaf het ogenblik dat het kind geen deugdelijk bezit van staat meer heeft (in dezelfde zin: S. MOSSELMANS, "Vóór 6 juni 1987 geboren overspelige kinderen en hun onderzoek naar het overspelig vaderschap", (noot onder Cass. 19 september 1997), *R.W.* 1998-99, (436) 439-440, nr. 10).

De recente rechtspraak volgt deze visie en oordeelt – met verwijzing naar het zonet vermelde cassatiearrest – dat het vertrekpunt van de verjaringstermijn voor de vordering tot onderzoek naar het overspelig vaderschap pas kan worden gesitueerd na de dag waarop die vordering mogelijk is geworden, nl. 6 juni 1987, datum van inwerkingtreding van de Afstammingswet. Artikel 119 § 6 Afstammingswet kan in dergelijk geval niet worden toegepast (Gent (1ste kamer)

nr. 2002/AR/907, 31 oktober 2002, *onuitg.*; Luik 31 maart 1999, *J.L.M.B.* 1999, 1531; Rb. Nijvel 13 maart 2001, *J.L.M.B.* 2002, 165, noot: in deze drie gevallen was het kind al meerderjarig op 6 juni 1987).

AFDELING IV

VASTSTELLING VAN DE AFSTAMMING LANGS VADERSZIJDE WAARUIT EEN HUWELIJKSBELETSEL BLIJKT

§ 1. Erkenning door een man

A. WETTELIJKE REGELING: VERBOD TOT ERKENNING VAN EEN BLOEDSCHENNIG KIND (ART. 321 B.W.)

758 Luidens artikel 321 B.W. kan de vader het kind niet erkennen wanneer uit die erkenning een huwelijksbeletsel zou blijken tussen hem en de moeder waarvoor de Koning geen ontheffing kan verlenen.

Ook onder gelding van het oude afstammingsrecht kon de erkenning niet geschieden ten voordele van in bloedschande verwekte kinderen (oud art. 335 B.W.).

759 Van een bloedschennige afstamming in juridische zin kan slechts sprake zijn indien de afstamming ten opzichte van beide ouders vaststaat. De onmogelijkheid voor een man om tot een erkenning over te gaan waaruit absoluut incest zou blijken, veronderstelt dus dat de afstamming langs moederzijde voordien – of gelijktijdig – is vastgesteld; dit zal bijna steeds het geval zijn, nu de naam van de moeder in de geboorteakte moet worden vermeld. Indien de moeder anoniem is bevallen, kan de afstamming van moederszijde ook vaststaan, bv. na erkenning door een vrouw.

760 Het verbod tot erkenning van een bloedschennig kind kan niet kan worden omzeild via een prenatale erkenning.

SENAEVE is nochtans van oordeel dat, wanneer de vader een kind erkent vóór de geboorte, niets zou beletten dat de ambtenaar van de burgerlijke stand de naam van de moeder vermeldt in de geboorteakte en dat die vermelding de – zelfs bloedschennige – moederlijke afstamming bewijst (zie P. SENAEVE, "De afstamming langs moederszijde", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, 1987, 33, nr. 15).

Ons inziens moet worden aangenomen dat een prenatale erkenning door de vader waaruit bloedschennis zou blijken niet kan plaatsvinden omwille van artikel 321 B.W.: de identificatie van het kind, nodig voor het opmaken van de erkenningsakte, veronderstelt dan immers de identificatie van de zwangere vrouw; daardoor zou incest blijken (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 313 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 5, nr. 6). Het bloedschennig vaderschap kan dus niet worden vastgesteld – ook niet vóór de geboorte – wanneer

het moederschap blijkt uit de geboorteakte (J. GERLO, *Handboek Personen- en familierecht*, 30, nr. 68).

1. Ratio

761 Tijdens de parlementaire voorbereiding van de Afstammingswet werd geoordeeld dat de vestiging van een bloedschennige afstamming in strijd was met het belang van het kind; terloops werd er ook op gewezen dat de vrijheid van erkenning aanleiding zou kunnen geven tot misbruiken: een man zou bv. het kind van zijn dochter kunnen erkennen om het huwelijk van die dochter te bemoeilijken. De patrimoniale rechten van het kind zouden op een andere wijze gevrijwaard kunnen worden dan door de vaststelling van de bloedschennige afstamming (Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 88).

Voor een bloedschennig kind kan immers een onderhoudsvordering tegen de vermoedelijke verwekker o.g.v. de artikelen 336-341 B.W. worden ingesteld; dat de bloedschande ook tijdens die procedure aan het licht komt, was – merkwaardig genoeg – geen bezwaar.

Het oorspronkelijk wetsontwerp-VAN ELSLANDE, zoals het op 15 februari 1978 na het advies van de Raad van State bij de Senaat werd ingediend, liet de vaststelling van de bloedschennige afstamming nochtans vrij toe.
De Memorie van Toelichting verklaarde daaromtrent: "Is het niet zo dat reeds in het huidige recht de afstamming van bloedschennige kinderen van met elkaar gehuwde bloed- of aanverwanten blijft vaststaan na de nietigverklaring van het huwelijk van die ouders? In sommige landen (...) wordt het verbod behouden niet als een discriminatie, maar omdat men meent dat men zo best het belang van het kind dient. Men denke hierbij minder aan de mogelijkheid dat door het consulteren van de akten van de burgerlijke stand het kind de waarheid over zijn afstamming verneemt, dan wel aan het feit dat die schandelijk geachte afstamming ten gevolge van een erkenning of onderzoek officieel geboekstaafd wordt. De rechtsvergelijking leert dat men recentelijk minder zwaar aan deze objectie tilt (...). Daarenboven blijft de erkenning een vrijwillige daad, waaraan de ouder kan verzaken en is het kind meester van de vordering tot onderzoek naar het ouderschap" (M.v.T. bij wetsontwerp-VAN ELSLANDE, *Parl. St.* Senaat 1977-78, nr. 305/1, 13-14).

Naast de artikelen 8 *juncto* 14 E.V.R.M. en artikel 7.1 I.V.R.K. (zie verder, nrs. 764-765) kunnen nog andere argumenten worden aangevoerd ten gunste van de mogelijkheid tot vaststelling van een bloedschennige afstamming:
– een erkenning is allicht in het patrimoniaal belang van het kind (vgl. Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 88: sommige leden suggereerden dat een onderscheid zou worden gemaakt tussen het persoonlijk statuut van de kinderen en de patrimoniale gevolgen);
– hoewel kan worden aangenomen dat een kind er niet bij gebaat is bv. op school te worden geïdentificeerd als kind van een vader en zijn dochter of een moeder en haar zoon, belet de regel dat de afstamming juridisch geheim blijft niet dat zij in feite vaak gekend zal zijn;
– bedoeling is een huwelijk tussen nauwe verwanten vermijden, maar door het verbod tot vaststelling van de afstamming wordt een dergelijk huwelijk juist in de hand gewerkt; het verbod van vaststelling van een bloedschennige afstamming in een eerste generatie bevordert bloedschennis in een verdere generatie.

Het tegelijk verbieden van het huwelijk en van de vaststelling van de afstamming tussen personen die door een nauwe band van verwantschap verbonden zijn, is absurd (J. GERLO, *Handboek Personen- en familierecht*, 31, nr. 70).

Indien de bloedschennige vader het kind erkent dat hij bij zijn anoniem bevallen dochter verwekt heeft, kan de afstamming van moederszijde niet meer worden vastgesteld, noch o.g.v. erkenning (art. 313 § 2 B.W.), noch bij vonnis (art. 314 tweede lid B.W.). Juridisch is het dan perfect mogelijk dat dit kind, na dispensatie vanwege de Koning, huwt met een ander kind (met vastgestelde afstamming) van de dochter (in feite zijn zij broer en zus, maar juridisch slechts oom en nicht/tante en neef). Evenmin kan worden belet dat, zelfs zonder dispensatie vanwege de Koning, een kind van dit kind huwt met een ander kind van de dochter (in feite zijn zij oom en nicht/tante en neef, maar juridisch slechts neef en nicht). Ten slotte kan ook niet worden vermeden dat een kind van dit kind, na dispensatie vanwege de Koning, huwt met de dochter (in feite zijn zij grootmoeder en kleinzoon, maar juridisch slechts tante en neef).

2. *Concrete gevolgen*

762 In een systematische benadering van de bestaande absolute huwelijksverboden leidt artikel 321 B.W. tot de volgende beperkingen inzake het recht van een man een kind te erkennen.

– Een man kan een kind dat hij verwekt heeft bij zijn dochter, moeder, kleindochter of grootmoeder niet erkennen. Het huwelijk is immers absoluut verboden tussen bloedverwanten in de rechte opgaande en nederdalende lijn (art. 161 B.W.).
– Een man kan een kind dat hij verwekt heeft bij zijn schoondochter, schoonmoeder, schoonkleindochter of schoongrootmoeder niet erkennen, evenmin als een kind dat hij verwekt heeft bij zijn stiefmoeder of stiefdochter en zijn aanverwanten in verdere graad, zoals zijn stiefgrootmoeder en stiefkleindochter. Het huwelijk is immers absoluut verboden tussen aanverwanten in de rechte opgaande en nederdalende lijn (art. 161 B.W.). Uit een arrest van het Arbitragehof d.d. 17 december 2003 (zie *in extenso* verder, nr. 768) kan echter worden afgeleid dat dit verbod tot erkenning vervalt vanaf het ogenblik dat het huwelijk dat de aanverwantschap deed ontstaan, ontbonden is.
– Een man kan geen kind erkennen dat hij bij zijn zus heeft verwekt. Het huwelijk is immers absoluut verboden tussen broer en zus (art. 162 B.W.).

Nu het huwelijksverbod tussen schoonbroer en schoonzus sinds de Wet van 27 maart 2001 (tot wijziging van de art. 162 en 164 van het Burgerlijk Wetboek, *B.S.* 11 mei 2001, 15482, in werking getreden op 21 mei 2001) is afgeschaft, bestaat er evenwel geen bezwaar meer tegen een erkenning van een kind dat een man verwekt heeft bij zijn schoonzus, maar wel nog tegen een erkenning van een kind dat hij verwekt heeft bij zijn halfzus, aangezien zij een bloedverwante is.

– Een man kan geen kind erkennen dat hij verwekt heeft bij de vrouw die hij gewoon heeft geadopteerd of bij één van haar kinderen. Het huwelijk is immers absoluut verboden tussen adoptant enerzijds en geadopteerde of zijn afstammelingen na gewone adoptie anderzijds (art. 353-13, 1° B.W., zie het oude art. 363 eerste lid, eerste liggend streepje B.W.).
– Een man kan geen kind erkennen dat hij verwekt heeft bij de (vorige) echtgenote van de man die hem gewoon heeft geadopteerd of bij de (vorige)

echtgenote van de man die hijzelf heeft geadopteerd. Het huwelijk is immers absoluut verboden tussen een geadopteerde en de (vorige) echtgenoot van de adoptant en, omgekeerd, tussen de adoptant en de (vorige) echtgenoot van de geadopteerde na gewone adoptie (art. 353-13, 2° en 4° B.W., zie het oude art. 363 eerste lid, tweede liggend streepje B.W.).

Er bestaat echter geen bezwaar tegen een erkenning door een man wiens vader gewoon is geadopteerd, van een kind dat hij verwekt heeft bij de echtgenote, zus of moeder van de man die zijn vader heeft geadopteerd, noch tegen een erkenning door een man wiens vader een kind heeft geadopteerd en die een kind heeft verwekt bij de echtgenote, zus, of moeder van dat gewoon geadopteerde kind.

– Sinds de inwerkingtreding van het nieuwe adoptierecht kan een man geen kind erkennen dat hij verwekt heeft bij de vrouw met wie de man die hem gewoon heeft geadopteerd, heeft samengewoond of samenwoont. Evenmin kan een man een kind erkennen dat hij verwekt heeft bij de vrouw met wie de man die hijzelf heeft geadopteerd, heeft samengewoond of samenwoont. Het huwelijk is immers absoluut verboden tussen een geadopteerde en de persoon met wie de adoptant heeft samengewoond of samenwoont en, omgekeerd, tussen de adoptant en de persoon met wie de geadopteerde na gewone adoptie heeft samengewoond of samenwoont (art. 353-13, 3° en 5° B.W.; aangenomen moet worden dat deze samenwoning slechts een huwelijksbeletsel genereert indien de samenwonenden twee personen van ongelijk geslacht zijn die geen verwanten zijn van elkaar en die op een permanente en affectieve wijze samenwonen of hebben samengewoond sedert ten minste drie jaar op het tijdstip van het indienen van het verzoek tot adoptie, zie art. 343 § 1, *b*) B.W.).

– Een man die een kind ten volle heeft geadopteerd kan geen kind erkennen dat hij heeft verwekt bij zijn oorspronkelijke moeder of grootmoeder; een ten volle geadopteerde man kan geen kind erkennen dat hij heeft verwekt bij zijn eigen dochter of kleindochter. Het huwelijk is immers absoluut verboden tussen degene die ten volle adopteert en zijn (groot)ouders enerzijds en degene die ten volle geadopteerd wordt en zijn afstammelingen anderzijds (art. 356-1 tweede lid B.W., zie het oude art. 370 § 1 tweede lid B.W.).
– Een man wiens vader ten volle is geadopteerd kan geen kind erkennen dat hijzelf heeft verwekt bij de echtgenote, zus, of moeder van de adoptant; evenmin kan de zoon van de adoptant een kind erkennen dat hij verwekt heeft bij de echtgenote, zus, of moeder van de geadopteerde. De man die gehuwd is met een ten volle geadopteerde vrouw kan ook geen kind erkennen dat hij verwekt heeft bij haar moeder of grootmoeder. Na volle adoptie gelden immers alle huwelijksbeletselen die tussen bloedverwanten zouden bestaan (art. 356-1 tweede lid B.W., zie het oude art. 370 § 1 tweede lid B.W.).

763 Een overzicht van de gevallen waarin een bestaand huwelijksverbod bij koninklijk besluit kan worden opgeheven, leidt tot de volgende vaststellingen i.v.m. de mogelijke erkenning van een bloedschennig kind.

– Een man kan een kind erkennen dat hij bij de dochter van zijn broer of zus heeft verwekt; eveneens kan hij een kind erkennen dat hij verwekt heeft bij de zus van zijn vader of moeder. De Koning kan immers "om gewichtige redenen" het huwelijksverbod opheffen tussen oom en nicht, tante en neef (art. 163 *juncto* art. 164 B.W.).

Een man kan een kind erkennen dat hij verwekt heeft bij de dochter van zijn neef of nicht, bij de echtgenote van zijn grootoom en bij zijn nicht. Het huwelijk is immers niet verboden is tussen grootoom en achternicht, groottante en achterneef en evenmin tussen neef en nicht.
Een man kan een kind erkennen dat hij verwekt heeft bij de dochter van de broer of zus van zijn overleden echtgenote of bij de zus van de vader of moeder van haar overleden echtgenoot. Het huwelijksverbod, vervat in artikel 163 B.W., strekt zich immers ook niet uit tot de aanverwantschap in de zijlijn in de derde graad: een huwelijk tussen een oom (weduwnaar) en de nicht van zijn (overleden) echtgenote of een huwelijk tussen een tante (weduwe) en de neef van haar (overleden) echtgenoot is geldig (art. 163 B.W. *a contrario*).

– Een geadopteerde man kan een kind erkennen dat hij verwekt heeft bij een vrouw die door dezelfde man als hijzelf is geadopteerd. De Koning kan immers "om wettige redenen" ontheffing verlenen van het huwelijksverbod tussen adoptieve kinderen van dezelfde adoptant (art. 353-13, 6° B.W., zie het oude art. 363 eerste lid derde liggend streepje *juncto* tweede lid B.W.).
– Een geadopteerde man kan een kind erkennen dat hij verwekt heeft bij een dochter van zijn adoptant, aangezien de Koning "om wettige redenen" ontheffing kan verlenen van het huwelijksverbod tussen de geadopteerde en de kinderen van de adoptant (art. 353-13, 7° B.W., zie het oude art. 363 eerste lid vierde liggend streepje *juncto* tweede lid B.W.).

B. (ON)VERENIGBAARHEID MET HET VERDRAGSRECHT (ART. 8-14 E.V.R.M. EN ART. 7.1 I.V.R.K.)

764 De vraag rijst of artikel 321 B.W. verenigbaar is met de artikelen 8 en 14 E.V.R.M.

Hoewel er sterke argumenten bestaan om het verbod van vaststelling van de bloedschennige afstamming onverenigbaar te achten met artikel 8.1 E.V.R.M. (zie reeds A. HEYVAERT en H. WILLEKENS, *Beginselen van het gezins- en familierecht na het Marckxarrest*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1981, 63, nr. 41) wordt het – zoals gezegd – gemotiveerd door het belang van het kind, gelet op de maatschappelijke verwerping van geslachtsbetrekkingen tussen nauwe verwanten. Verschillende auteurs verwijzen naar artikel 8.2 E.V.R.M., waaruit blijkt dat de overheid het recht op eerbiediging van het gezinsleven bij wet kan beperken ter bescherming van de openbare orde, de gezondheid en de goede zeden (zie A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 313 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 5, nr. 7; F. RIGAUX, "Le nouveau droit de la filiation à l'épreuve des droits de l'homme", *Ann. dr. Louvain* 1987, (379) 402, nr. 25; F. RIGAUX, "Une politique de la filiation", in X (ed.), *La filiation et l'adoption*, Brussel, Ed. Jeune Barreau, 1988, (303)

333, nr. 29; E. VIEUJEAN, "Le nouveau droit de la filiation", *Ann. dr. Liège* 1987, (97) 123, nr. 29).

In de gepubliceerde rechtspraak is één uitspraak terug te vinden waarin de vraag naar de conformiteit van artikel 321 B.W. met de artikelen 8.1 en 14 E.V.R.M. aan de orde was.

Het Hof van Beroep te Luik werd geconfronteerd met een verzoek van een man om machtiging te bekomen tot erkenning van een kind dat hij verwekt had bij de ex-echtgenote van zijn zoon, hoewel er tussen hemzelf en zijn schoondochter een absoluut huwelijksverbod bestaat (art. 161 B.W.). De moeder van het kind – wiens afstammingsband met haar dochter was vastgesteld – leefde feitelijk gescheiden van de zoon van de aspirant-erkenner; na de geboorte werd dit huwelijk dat de aanverwantschap deed ontstaan ontbonden door echtscheiding. De aspirant-erkenner wierp op dat het verbod tot erkenning ex artikel 321 B.W. in strijd was met de artikelen 8.1 en 14 E.V.R.M.

Met omstandige verwijzing naar het cassatiearrest van 10 mei 1985 (zie boven, nr. 46) weigerde het Hof van Beroep te Luik directe werking toe te kennen aan de positieve verplichtingen die voortvloeien uit artikel 8.1 E.V.R.M. Het hof wees erop dat artikel 8.2 E.V.R.M. inmenging van het openbaar gezag toelaat wanneer dit een noodzakelijke maatregel is ter bescherming van de orde, de gezondheid, de goede zeden of de rechten en vrijheden van anderen. Wat artikel 14 E.V.R.M. betreft, stelde het hof dat deze bepaling niet elk verschil in behandeling inzake de uitoefening van de rechten en vrijheden opgenomen in het verdrag verbiedt; de gelijkheid is slechts geschonden als het onderscheid willekeurig is, nl. als er geen objectieve en redelijke verantwoording voor bestaat. Het hof oordeelde dat dit echter niet het geval is voor de artikelen 161 en 321 B.W., die het resultaat zijn van een morele opvatting van de familie en een maatschappelijke keuze (Luik 27 februari 1990, *J.L.M.B.* 1990, 1168, noot D. PIRE en *Rev. trim. dr. fam.* 1990, 239).

De gegrondheid van die laatste overweging kan worden betwijfeld, aangezien ook de discriminatie van de buitenhuwelijkse kinderen vóór de inwerkingtreding van de Afstammingswet werd verantwoord door een morele opvatting i.v.m. de familie en een maatschappelijke keuze (in dezelfde zin: J.-P. MASSON, "Examen de jurisprudence (1984-1990). Les Personnes. Deuxième partie. Relations familiales", *R.C.J.B.* 1993, (487) 494-495, nr. 129).
Daarnaast is de vraag gesteld of het verbod tot erkenning door een schoonvader van een kind dat hij bij zijn schoondochter heeft verwekt (zelfs na het overlijden van haar echtgenoot die de aanverwantschap deed ontstaan) geen inmenging van het openbaar gezag vormt die verder gaat dan deze die nodig is voor de bescherming van de goede zeden in de zin van artikel 8.2 E.V.R.M. (D. PIRE, "L'enfant 'incestueux' et la Convention européenne des droits de l'Homme", (noot onder Luik 27 februari 1990), *J.L.M.B.* 1990, (1169) 1170, voetnoot 8; D. PIRE, "Droit judiciaire de la filiation", *Act. dr.* 1991, (689) 704-705, nr. 17, voetnoot 77).

Bij de toetsing van artikel 321 B.W. aan artikel 8 E.V.R.M. mag niet worden vergeten dat het Hof van Cassatie zijn vroegere rechtspraak inzake de afwezigheid van directe werking van de positieve verplichtingen die voortvloeien uit artikel 8.1 E.V.R.M. op het vlak van de vaststelling van de afstamming nog heeft bevestigd (zie *in extenso* boven, nr. 48; Cass. 19 september 1997, *Arr. Cass.* 1997, 843, *T.B.B.R.* 1999, 45, noot Y.-H. LELEU en *R.W.* 1998-99, 435, noot S. MOSSELMANS, in een zaak die het onderzoek naar het vaderschap betrof).

De motivering voor het verbod tot vaststelling van de bloedschennige afstamming met verwijzing naar de strijdigheid met het belang van het kind (tijdens de parlementaire voorbereiding) en naar de zgn. "escape-clausule" vervat in artikel 8.2 E.V.R.M. (door rechtspraak en rechtsleer) lijkt ons onvoldoende om het recht op eerbiediging van het gezinsleven en privé-leven van het bloedschennig kind aan banden te leggen, nu dit kind niet in het minst verantwoordelijk is voor zijn toestand.

765 Naast een schending van de artikelen 8.1 en 14 E.V.R.M. kan bovendien ook een schending van artikel 7.1 I.V.R.K. ingeroepen worden; deze bepaling verleent ieder kind het recht, voor zover mogelijk, zijn ouders te kennen en door hen te worden verzorgd; aangenomen mag worden dat aldus impliciet het recht erkend wordt op vaststelling van de afstamming t.a.v. beide ouders (J. GERLO, *Handboek Personen- en familierecht*, 31, nr. 69; J. GERLO, "Het Verdrag inzake de Rechten van het Kind en het Belgisch personen- en familierecht", in X (ed.), *KINDERRECHTENGIDS*, I, Gent, Mys & Breesch, 1998, 1.2, p. 15-16, nr. 22).

C. (ON)VERENIGBAARHEID MET HET GELIJKHEIDSBEGINSEL (ARBITRAGEHOF NR. 169/2003, 17 DECEMBER 2003)

766 In de doctrine is de vraag gesteld of het (te) absoluut karakter van het verbod tot vaststelling van de bloedschennige afstamming de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet schendt (D. PIRE, "Aspects de droit judiciaire relatifs à la filiation", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, (53) 73).

767 Inmiddels heeft de Rechtbank van Eerste Aanleg te Mechelen twee vragen naar de verenigbaarheid van artikel 321 B.W. met het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel voorgelegd aan het Arbitragehof. Beide vragen vertrekken vanuit een verschillend perspectief, nl. enerzijds de onmogelijkheid voor het zgn. "bloedschennig" kind om een tweevoudige afstammingsband te verkrijgen (in tegenstelling tot alle andere categorieën kinderen) en anderzijds de onmogelijkheid voor de biologische vader van dergelijk kind om zijn vaderschap vast te stellen (in vergelijking tot het moederschap van datzelfde kind dat in de regel vaststaat o.g.v. artikel 312 § 1 B.W.).

De feiten die aanleiding gaven tot de prejudiciële vragen kunnen als volgt worden samengevat. Een man verwekte tijdens zijn huwelijk een kind bij de dochter van zijn echtgenote (zijn stiefdochter). Kort na de ontbinding van zijn huwelijk door echtscheiding erkende hij dit kind op een ogenblik dat het één jaar was. Nadien verwekte hij bij diezelfde vrouw een tweede kind, dat hij een negental dagen na de geboorte eveneens erkende. Er bestond geen betwisting over het feit dat de erkenner de biologische vader is van beide kinderen. Uit een in opdracht van het Openbaar Ministerie bevolen informatieonderzoek bleek dat de man en zijn stiefdochter oorspronkelijk de intentie hadden met elkaar te huwen, maar daar later hebben van afgezien; zij waren ten tijde van de erkenningen niet op de hoogte van het huwelijksbeletsel. Tussen de erkenner, zijn exechtgenote en haar dochter (de moeder van de kinderen) bestond een zeer goede verstandhouding.

De procureur des Konings vorderde de vernietiging van beide erkenningen o.g.v. artikel 321 B.W., nu er tussen de erkenner en de moeder een huwelijksbeletsel bestaat waarvan de Koning geen ontheffing kan verlenen; de gedane erkenningen zijn volgens het O.M. dan ook strijdig met de openbare orde.
Na een tussenvonnis werden de debatten heropend teneinde partijen toe te laten standpunt in te nemen over de vraag in hoeverre adoptie een aanvaardbare oplossing zou kunnen bieden. Volgens de voogd *ad hoc* zou een adoptieprocedure geen bevredigend resultaat opleveren bij gebrek aan wettige redenen in de zin van artikel 343 (oud) B.W. (huidig art. 344-1 B.W.), nu de moeder na de adoptie door haar stiefvader de stiefzus van haar eigen kinderen zou worden, wat volgens sommige rechtspraak strijdig is met de openbare orde. Daarenboven zou de adoptie ook niet in het voordeel van de geadopteerden strekken, aangezien de moeder – volgens een meerderheidsstrekking in de rechtspraak [onder gelding van het oude adoptierecht, zie art. 361 § 2 *a contrario* (oud) B.W.] – haar ouderlijk gezag zou verliezen, gewone adoptie slechts beperkte rechten verleent in de nalatenschap van de adoptant en volle adoptie tot gevolg zou hebben dat de kinderen erfrecht zouden verliezen in de nalatenschap van hun moeder en in deze van haar afstammelingen. De moeder voegde daaraan toe dat zij nooit haar toestemming tot de adoptie zou verlenen en dat een adoptie nooit een alternatief kan vormen voor de erkenning, gelet op de hieraan gekoppelde obstakels en onzekerheden (o.a. bijkomende kosten, risico op verzet van het O.M.) en de fundamenteel verschillende rechtsgevolgen die de onderscheiden rechtsfiguren sorteren.

De Rechtbank van Eerste Aanleg te Mechelen – die uitspraak moest doen over de vordering tot nietigverklaring van de erkenningen – was van oordeel dat artikel 161 B.W. het huwelijk tussen stiefouder en stiefkind verbiedt en dat dit huwelijksbeletsel waarvoor geen ontheffing kan worden verleend blijft bestaan, niet alleen na overlijden van diegene die de band heeft doen ontstaan, maar ook na echtscheiding. Bijgevolg kon volgens de rechtbank de afstamming langs vaderszijde *in casu* niet worden vastgesteld, wat o.m. tot gevolg heeft dat de kinderen nooit de naam van de vader kunnen dragen, dat deze laatste geen onderhoudsplicht heeft o.g.v. artikel 203 B.W. en dat de kinderen nooit erfrechten kunnen laten gelden in de nalatenschap van hun biologische vader, dit in tegenstelling tot kinderen verwekt in en geboren uit een huwelijk of concubinaat of uit een overspelige relatie *a matre* of *a patre*. De rechtbank achtte een adoptie in dit geval niet alleen bijzonder precair maar zelfs onmogelijk, nu er vragen kunnen worden gesteld over de wettige redenen daartoe; zij ging in op het verzoek van de verwerende partijen om, alvorens ten gronde te oordelen, twee prejudiciële vragen aan het Arbitragehof te stellen.

– Vooreerst werd gepeild of artikel 321 B.W. de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, gelezen in samenhang met artikel 7.1 I.V.R.K., niet schendt, in zoverre het een kind geboren uit een relatie waaruit een huwelijksbeletsel blijkt waarvoor geen ontheffing kan worden verleend, de mogelijkheid ontneemt om de afstamming t.a.v. zijn vader vast te stellen, zodat dit kind slechts één afstammingsband kan hebben – nl. langs moederszijde – terwijl een kind geboren uit een huwelijk of concubinaat, of uit een overspelige relatie *a matre* of *a patre* waaruit geen huwelijksbeletsel blijkt, de mogelijkheid heeft om ook de afstamming langs vaderszijde te laten vaststellen en dus van twee afstammingsbanden kan genieten.
– Daarnaast werd gevraagd of artikel 321 B.W., in samenlezing met de artikelen 312 en 313 B.W. enerzijds en de artikelen 315, 317 en 319 B.W. anderzijds, het grondwettelijk gelijkheids- en nondiscriminatiebeginsel niet schendt in zoverre het niet toelaat aan de vader van een kind dat geboren is uit een relatie waaruit een huwelijksbeletsel blijkt waarvoor de Koning geen ontheffing kan verlenen, om de afstammingsband langs vaderszijde vast te stellen, terwijl de afstammingsband van de moeder van een kind, geboren uit een relatie waaruit een huwelijksbeletsel blijkt waarvoor de Koning geen ontheffing kan verlenen, wel steeds zal vaststaan.
De rechtbank achtte het niet nodig in de vragen tevens te verwijzen naar de artikelen 8.1 en 14 E.V.R.M. aangezien deze bepalingen luidens het cassatiearrest van 19 september 1997 (zie boven, nr. 48) wat de vaststelling van de afstamming betreft, onvoldoende nauwkeurig en volledig zijn om directe werking te hebben (Rb. Mechelen (3de kamer) A.R. nr. 02/90/A, 31 oktober 2002, *onuitg.*).

768 Het Arbitragehof behandelde de twee gestelde prejudiciële vragen afzonderlijk.

– M.b.t. de eerste vraag naar de opgeworpen discriminatie van het zgn. "bloedschennig" (hier: aanverwant) kind merkte het Arbitragehof op dat, hoewel de vraag in algemene bewoordingen was gesteld, het probleem "in zekere mate verschillend [is] naargelang de zogenaamde incestueuze relatie die zou blijken, heeft plaatsgevonden tussen aanverwanten of bloedverwanten, de enigen die door het bloed verbonden zijn". De vraag dient zo begrepen te worden dat ze betrekking heeft op de enkele probleemgevallen waarin de aanverwantschap in het geding is en het huwelijk dat de aanverwantschap heeft doen ontstaan, ontbonden is. *In casu* ging het immers om kinderen met een vastgestelde afstamming van moederszijde, waarvan de biologische vader een aanverwant van de moeder was in rechte opgaande lijn.
Het hof preciseerde dat de vraag geen betrekking heeft op de toelaatbaarheid van huwelijksbeletsels, maar op het totaal andere probleem van (het verbod inzake) erkenning.
Het Arbitragehof wees niet alleen op de basisdoelstellingen van de Afstammingswet – de gelijkheid van de afstammingsbanden verzekeren en de biologische waarheid zoveel mogelijk benaderen – maar ook op de bijzondere doelstelling van de wetgever om inzake de zgn. bloedschennige afstamming de belangen van het kind alle andere belangen te laten primeren. Ten slotte werd ook melding gemaakt van de – o.i. betwistbare – premisse van de wetgever dat een erkenning waaruit incest blijkt zelden de belangen van het erkende kind dient (zie ook boven, nr. 761). Het hof achtte het niet noodzakelijk te onderzoeken of het belang van het kind of de maatschappelijke orde kunnen lijden onder het feit dat het incestueuze karakter van de relatie waaruit het kind geboren is aan het licht komt, zelfs wanneer de belemmering voor die relatie een band van aanverwantschap en niet van bloedverwantschap was. Het wettelijk verbod tot erkenning werd onevenredig bevonden wanneer de band van aanverwantschap ontbonden is. Hoewel sommige kinderen kunnen lijden onder het feit dat een erkenning op een ogenblik dat de band van aanverwantschap is verdwenen retrospectief aan het licht brengt dat ze geboren zijn uit een relatie die schandelijk wordt geacht, volgt daaruit volgens het Arbitragehof niet noodzakelijk dat voor hen elk belang verdwijnt om het fundamenteel door art. 7.1 I.V.R.K. gewaarborgd recht van het kind om te worden opgevoed door zijn ouders "dit wil zeggen door zijn verwekkers", te laten gelden. De prejudiciële vraag werd bevestigend beantwoord: in het beschikkend gedeelte van zijn arrest oordeelde het Arbitragehof dat art. 321 B.W. het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel schendt in zoverre het de vader niet toestaat het kind te erkennen wanneer uit de erkenning tussen de moeder en hemzelf een huwelijksverbod zou blijken waarvoor de Koning geen ontheffing kan verlenen en dat te wijten is aan aanverwantschap wanneer die band van aanverwantschap is verdwenen.

– M.b.t. de tweede prejudiciële vraag naar de vermeende discriminatie van de (biologische) vader van een kind dat geboren is uit een relatie waaruit een absoluut huwelijksbeletsel tussen deze man en de moeder van het kind blijkt, corrigeerde het Arbitragehof vooreerst dat de moederlijke afstamming van

een kind "meestal" (maar niet "steeds") vaststaat. Na de vaststelling dat het opgeworpen grondwettigheidsprobleem verband lijkt te houden met het feit dat het verbod om, via de vaststelling van een afstammingsband, een "bloedschennige" relatie aan het licht te brengen, enkel geldt t.a.v. de vaders en niet t.a.v. de moeders, vermits de afstamming van moederszijde doorgaans eerst vaststaat (o.g.v. art. 312 § 1 *j°* art. 57, 2° B.W.), merkte het hof op dat het verschil in de regels betreffende de vaststelling van de afstamming van moederszijde en deze van vaderszijde grotendeels "in de aard zelf der dingen" ligt. Het Arbitragehof concludeerde dat de vraag geen antwoord behoeft (Arbitragehof nr. 169/2003, 17 december 2003, *B.S.* 20 februari 2004, 10283).

Uit de bewoordingen van het arrest blijkt duidelijk dat het Arbitragehof het begrip "ouders" uit art. 7.1 I.V.R.K. interpreteert als "biologische ouders" die het kind samen hebben verwekt, *in casu* via geslachtsgemeenschap.
Merkwaardig is tevens dat het Arbitragehof niet alleen de geslachtsgemeenschap tussen bloedverwanten die niet wettig een huwelijk kunnen aangaan als "incest" beschouwt, maar blijkbaar ook deze tussen aanverwanten waartussen een absoluut huwelijksbeletsel bestaat, hoewel er in dit laatste geval strikt genomen geen sprake is van bloedschande.
Opmerkelijk is ten slotte dat het Arbitragehof in dit arrest m.b.t. de vaststelling van de afstamming zijn oordeel baseert op een overweging m.b.t. een gevolg van de afstamming, nl. de opvoedingsplicht van de ouders (zie art. 203 B.W., dat ook een onderhoudsplicht inhoudt).

Deze uitspraak van het Arbitragehof is een duidelijke hint voor de wetgever, nu het hof in niet mis te verstane bewoordingen heeft aangegeven dat het verbod tot erkenning uit art. 321 B.W. te absoluut is en dat de draagwijdte van deze bepaling vanuit grondwettigheidsperspectief moet worden beperkt. Zelfs in afwachting van een wetswijziging heeft het hier besproken arrest d.d. 17 december 2003 al belangrijke praktische gevolgen.

In de specifieke zaak die aanleiding gaf tot de besproken prejudiciële vragen zal de rechtbank de vordering van het openbaar ministerie tot nietigverklaring van beide erkenningen als ongegrond moeten afwijzen.

Het Arbitragehof heeft het voorheen algemeen geldend wettelijk verbod tot erkenning waaruit een absoluut huwelijksbeletsel tussen vader en moeder blijkt, afgezwakt, in die zin dat het niet meer geldt voor een man die een aanverwant kind erkent na de ontbinding van het huwelijk dat de aanverwantschap deed ontstaan, het weze door overlijden en zelfs – zoals *in casu* – door echtscheiding. Een grondwetsconforme interpretatie van art. 321 B.W. vereist dus dat de biologische vader rechtsgeldig een kind moet kunnen erkennen dat hij bij een (gewezen) aanverwante vrouw heeft verwekt van zodra het huwelijk dat de aanverwantschap deed ontstaan ontbonden is, zelfs al vond de verwekking plaats op een ogenblik dat het huwelijk nog bestond.
Concreet betekent dit niet alleen dat een man een kind kan erkennen dat hij verwekt heeft bij zijn stiefdochter, schoondochter, stiefkleindochter of schoonkleindochter (aanverwanten in rechte nederdalende lijn), maar ook dat hij kan overgaan tot erkenning van een kind dat hij verwekt heeft bij zijn stiefmoeder, schoonmoeder, stiefgrootmoeder of schoongrootmoeder (aanverwanten in rechte opgaande lijn), evenwel steeds op voorwaarde dat de

erkenning plaatsvindt op een moment dat het huwelijk dat de aanverwantschap deed ontstaan reeds ontbonden is. Aan het verbod tot erkenning van bloedverwanten heeft het besproken arrest geenszins afbreuk gedaan.

Het lijkt nuttig te herinneren aan het feit dat de ambtenaren van de burgerlijke stand en de notarissen niet gebonden zijn door de rechtspraak van het Arbitragehof, met als gevolg dat zij – in weerwil van het besproken arrest – nog steeds art. 321 B.W. in de oorspronkelijke geldingskracht moeten toepassen, hetgeen betekent dat zij, zolang deze bepaling niet is aangepast, de erkenning niet mogen akteren indien zij op de hoogte zijn van het feit dat daardoor een absoluut huwelijksverbod tussen de erkenner en de moeder zou blijken. Nu de rechtbanken zich daarentegen wel kunnen voegen naar een arrest waarin het Arbitragehof op prejudiciële vraag een wetsbepaling ongrondwettig heeft verklaard, zal dergelijke *contra legem* tot stand gekomen erkenning door een man wiens huwelijk op het ogenblik van de erkenning reeds was ontbonden (*i.e.* een gewezen aanverwant van de moeder) hoogstwaarschijnlijk niet nietig worden verklaard.

§ 2. Gerechtelijke vaststelling van het vaderschap

769 Luidens artikel 325 B.W. is het onderzoek naar het vaderschap onontvankelijk, wanneer uit het vonnis een huwelijksbeletsel tussen de vermeende vader en de moeder zou blijken waarvoor de Koning geen ontheffing kan verlenen.

Onder gelding van het oude afstammingsrecht was het onderzoek naar het vaderschap ook al verboden wanneer de aldus vastgestelde afstammingsband een bloedschennige verwekking tot uiting zou doen komen (oud art. 342*a* B.W. *j°* art. 335 (oud) B.W.) en de Koning de bloed- of aanverwanten geen ontheffing kon verlenen van het verbod om met elkaar te trouwen (art. 342*b* (oud) B.W.).

Een eventueel huwelijksbeletsel in hoofde van een erfgenaam die als verweerder in de procedure optreedt, heeft echter niet de onontvankelijkheid van de vordering tot gevolg (Verslag kamercommissie, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 378/16, 49).

770 Voor de *ratio* en de concrete gevolgen van dit verbod tot onderzoek naar het vaderschap waaruit een huwelijksbeletsel zou blijken, kan *mutatis mutandis* worden verwezen naar hetgeen zonet werd vermeld inzake het verbod tot erkenning van een bloedschennig kind door een man (zie boven, nrs. 761-763).

DEEL III

BETWISTING VAN DE AFSTAMMING

ALGEMEEN

771 Iedere vaststaande afstamming kan worden betwist, ongeacht de wijze waarop ze werd vastgesteld, mits daartoe een rechtsvordering tot betwisting van staat wordt ingesteld.

772 Praktisch komt de betwisting van de afstamming neer op een aanvechting van de inhoudelijke waarde van haar bewijs. Zoals in deel II is uiteengezet, kan het bewijs van een afstammingsband van rechtswege worden geleverd door de wet zelf (*Mater semper certa est* en *Pater is est quem nuptiae demonstrant*), maar dit bewijs kan ook voortvloeien uit een vrijwillig opgemaakte akte (erkenning) of door een rechter zijn vastgesteld in een vonnis (gerechtelijke vaststelling).

773 Aangezien de principiële grondslag voor de vaststelling van de afstamming de biologische werkelijkheid is, zal bij de betwisting in principe de ontstentenis van een biologische band tussen ouder en kind moeten worden bewezen. Het bewijs dat er tussen hen geen biogenetische band bestaat is echter niet steeds voldoende om de vastgestelde afstamming met succes te kunnen betwisten.

Vooreerst blijft de afstammingsband die d.m.v. een leugenachtige erkenning is gevestigd behouden, ook al zouden de erkenner en degenen die tot de erkenning hebben toegestemd de afwezigheid van een biologische band bewijzen. Daarnaast heeft de toestemming van de echtgenoot van de moeder tot de aanwending van kunstmatige voortplantingstechnieken tot gevolg dat zijn vaderschap onbetwistbaar vaststaat, wanneer het kind als gevolg daarvan werd geboren, ook al is het verwekt met het sperma van een andere man. In beide gevallen vormt de wilsverklaring om een afstammingsband te vestigen op zichzelf de grondslag voor de afstammingsband en moet de ontstentenis van of een gebrek in die wil worden bewezen.

774 De algemene bepalingen i.v.m. de afstammingsvorderingen vormen afdeling 1 van hoofdstuk IV van titel VII "Afstamming" (art. 331 tot 331*decies* B.W.). Zij zijn niet alleen van toepassing op de rechtsvorderingen tot inroeping van staat, maar ook op de rechtsvorderingen tot betwisting van staat.
Bijzondere regels i.v.m. afstammingsvorderingen werden opgenomen in afdeling 2 van datzelfde hoofdstuk en hebben hoofdzakelijk betrekking op de titularissen van het vorderingsrecht en de partijen in het geding (art. 332, 332*bis*, 332*ter* en 332*quater* B.W.). De vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot is bovendien aan een bijzonder korte (verval)termijn onderworpen (zie art. 332 vierde en vijfde lid B.W.).
De wettelijke regeling inzake de betwisting van een erkenning is – merkwaardig genoeg – niet opgenomen in het hoofdstuk m.b.t. afstammingsvorderingen. Artikel 330 B.W. figureert onder een vorig hoofdstuk i.v.m. gemeenschappelijke bepalingen nopens de wijze waarop de afstamming wordt vastgesteld.

775 In het derde deel van dit werk worden de verschillende betwistingsprocedures ontleed, op een analoge wijze als deze waarop de vaststelling van de afstamming werd besproken. Eerst komt de betwisting aan bod van de drie verschillende wijzen waarop het moederschap kan worden vastgesteld (titel I). Vervolgens wordt – eveneens in drie hoofdstukken – de betwisting van het vaderschap besproken (titel II).

TITEL I

BETWISTING VAN DE AFSTAMMING LANGS MOEDERSZIJDE

INLEIDING

776 In deze titel wordt nagegaan of en hoe een vastgestelde afstammingsband tussen moeder en kind kan worden betwist. Verschillende regels gelden al naargelang het moederschap vaststaat o.g.v. de vermelding van de naam van de moeder in de geboorteakte (hoofdstuk I), dan wel na erkenning door een vrouw (hoofdstuk II) of omdat het bij vonnis werd vastgesteld (hoofdstuk III).

777 Wordt de vordering tot betwisting van het moederschap toegewezen en heeft geen man het kind erkend of werd het vaderschap niet gerechtelijk vastgesteld, dan blijft het kind achter zonder vastgestelde afstammingsband. In dat geval zal de ambtenaar van de burgerlijke stand die in zijn registers het beschikkend gedeelte van de rechterlijke beslissing overschrijft waarbij de betwistingsvordering werd toegewezen, gehouden zijn daarvan binnen drie dagen kennis te geven aan de in toepassing van artikel 390 B.W. bevoegde vrederechter (art. 50 § 1 B.W.), met het oog op de organisatie van de voogdij.

HOOFDSTUK I

BETWISTING VAN HET MOEDERSCHAP DAT BLIJKT UIT DE GEBOORTEAKTE

778 Zoals eerder al is vermeld, bestaat er een wettelijk vermoeden dat de vrouw wiens naam in de geboorteakte wordt vermeld, bevallen is van het kind (art. 312 § 1 *j°* art. 57, 2° B.W.; zie boven, nr. 93). De afstamming t.a.v. de persoon die als moeder in de geboorteakte wordt vermeld kan door alle wettelijke middelen worden betwist (art. 312 § 2 B.W.; afdeling I), tenzij het kind bezit van staat heeft dat overeenstemt met de geboorteakte (art. 312 § 3 B.W.; afdeling II).

AFDELING I

BEWIJS

§ 1. Bewijs dat de moeder niet van het kind bevallen is

779 Concreet moet worden bewezen dat de vrouw die als moeder in de geboorteakte is vermeld, niet bevallen is van het kind.

Het bewijs dat het kind niet genetisch verwant is met de vrouw wiens naam in de geboorteakte werd vermeld, is niet doorslaggevend voor een succesvolle betwisting. Deze vaststelling is van belang wanneer het moederschap van een draagmoeder die een eicel kreeg ingeplant zou worden betwist (zie verder, nr. 1304).

Het principe dat de bevalling primeert op de genetische band kan niet rechtstreeks uit artikel 312 B.W. worden afgeleid, maar blijkt uit artikel 314 derde lid B.W., dat – in het raam van de gerechtelijke vaststelling van het moederschap – bepaalt dat de eiser het bewijs moet leveren dat het kind hetzelfde is als dat van wie de vermeende moeder is bevallen.

§ 2. Bewijslevering door alle wettelijke middelen

780 Bij de betwisting van het moederschap, blijkend uit de geboorteakte, zijn alle wettelijke bewijsmiddelen toegelaten (art. 312 § 2 B.W.), evenwel met uitzondering van de eed, aangezien de staat van de persoon in het geding is. De rechtbank kan, zelfs ambtshalve, een bloedonderzoek of enig ander onderzoek volgens beproefde wetenschappelijke methodes gelasten (art. 331*octies* B.W.), maar het bewijs dat er geen genetische band bestaat tussen een vrouw en een kind garandeert – zoals zonet vermeld – nog geen succesvolle betwisting. Na de aanwending van kunstmatige voortplantingstechnieken impliceert de ontstentenis van een genetische band immers niet noodzakelijk dat deze vrouw niet van het kind bevallen is (zie verder, nr. 1252). Buiten de hypothese dat het kind geboren is met behulp van artificiële procreatietech-

nieken zal dit bewijs wel een sterk feitelijk vermoeden uitmaken voor de stelling dat de als moeder aangeduide vrouw niet van het kind is bevallen. Wie voorhoudt dat een vrouw toch van een kind bevallen is, niettegenstaande er tussen hen geen genetische banden bestaan, zal op zijn beurt het bewijs moeten leveren dat het kind werd geboren dankzij de aanwending van een kunstmatige voortplantingstechniek (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 312 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 6, nr. 12). Het bewijs van de afwezigheid van genetische verwantschap tussen moeder en kind dat door de eisende partij wordt geleverd, is dus zeker niet betekenisloos. Aangenomen mag worden dat het tot gevolg heeft dat de bewijslast wordt omgekeerd: om de vordering af te weren zal een verwerende partij moeten bewijzen dat een artificiële procreatietechniek werd aangewend, meer bepaald dat bij de moeder een eicel van een andere vrouw werd ingeplant.

AFDELING II

GROND VAN NIET-ONTVANKELIJKHEID: BEZIT VAN STAAT

781 De vordering tot betwisting van het moederschap dat blijkt uit de geboorteakte is niet ontvankelijk wanneer het kind een bezit van staat heeft dat overeenstemt met de akte van geboorte (art. 312 § 3 B.W.). Bezit van staat t.a.v. de vrouw die als moeder in de geboorteakte is vermeld, vormt dus een onontvankelijkheidsgrond voor de vordering tot betwisting van haar moederschap.

782 De vraag rijst of een bezit van staat "te goeder trouw" vereist is, in die zin dat de betrokkenen er enerzijds van overtuigd zouden moeten zijn dat er een biofysiologische grondslag bestaat voor de vestiging van de afstammingsrelatie langs moederszijde die feitelijk wordt beleefd en anderzijds dat bezit van staat "te kwader trouw" – bv. na verwisseling van kinderen – niet als onontvankelijkheidsgrond voor de betwisting van de afstamming langs moederszijde die blijkt uit de geboorteakte zou kunnen dienen. Bedenkingen in die richting (zie Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 40-41) hebben in elk geval geen weerslag gevonden in de tekst van de wet, zodat kan worden besloten dat de goede trouw geen voorwaarde kan zijn voor een deugdelijk bezit van staat (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 331*nonies* B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 4, nr. 6).

Illustratief in dat verband is een arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen, waaruit blijkt dat een Belgische vrouw – die zelf geen kinderen kon hebben omwille van het feit dat ze HIV-positief was – in Haïti meer dan drie jaar na de geboorte van een kind op rechtsgeldige wijze een geboorteakte had laten opmaken waarin zij als moeder werd vermeld. Na haar overlijden stelden de moeder en de zus van de overleden vrouw (resp. grootmoeder en tante van het kind) een vordering in tot betwisting van dit moederschap, blijkend uit de geboorteakte. Het hof oordeelde o.g.v. een aantal feitelijke gegevens dat het kind deugdelijk en voortdurend bezit van staat had t.a.v. de vrouw die in de geboorteakte zijn moeder werd genoemd. Voorts werd overwogen dat niet kan geëist worden dat het bezit van staat te goeder trouw moet zijn: de sociale realiteit (bezit van staat)

moet niet overeenkomen met de biologische realiteit; de wetgever heeft door artikel 312 § 3 B.W. uitdrukkelijk de voorrang willen geven aan de bescherming van de sociale realiteit in overeenstemming met de geboorteakte. De betwistingsvordering werd onontvankelijk verklaard vermits het kind bezit van staat had dat overeenstemt met de geboorteakte (Antwerpen (3de kamer) nr. 1997/AR/1901, 4 november 1998, *onuitg.*).

783 Zelfs in geval van verwisseling van een kind met een ander of toeschrijving van een kind aan een vrouw die er niet van is bevallen – misdrijven die aanleiding geven tot het opmaken van een valse geboorteakte en door artikel 363 eerste lid Sw. met opsluiting van vijf tot tien jaar worden bestraft – is de door bezit van staat bevestigde afstamming langs moederszijde niet vatbaar voor betwisting.
In geval van draagmoederschap bv. betekent dit concreet dat als het kind wordt aangegeven als kind van de wensmoeder en niet als kind van de draagmoeder, en er zich nadien een bezit van staat gevormd heeft t.a.v. de wensmoeder, haar moederschap niet meer kan worden betwist (zie ook verder, nr. 1305).

AFDELING III

PROCEDUREREGELS

§ 1. Titularissen van de vordering

784 De vordering tot betwisting van het moederschap dat blijkt uit de vermelding van de naam van een vrouw in de geboorteakte van het kind is een rechtsvordering tot betwisting van staat die kan worden ingesteld door e e n - i e d e r d i e v a n e n i g b e l a n g d o e t b l i j k e n d a t n i e t l o u t e r v e r m o g e n s r e c h t e l i j k i s (art. 332*bis* eerste lid B.W.).

De wet legt geen abstracte criteria vast volgens dewelke moet worden uitgemaakt of een belang al dan niet louter vermogensrechtelijk is; de rechter zal dit *in concreto* dienen te beoordelen (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 332*bis* B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 2, nr. 3).

785 Van sommige categorieën personen mag worden verondersteld dat zij een moreel belang hebben.

– Het O p e n b a a r M i n i s t e r i e heeft het vereiste (moreel) belang om een vordering tot betwisting van het moederschap dat blijkt uit de geboorteakte in te stellen. Aangezien geen enkele wetsbepaling het optreden van het Openbaar Ministerie vereist in het raam van de betwisting van de afstamming, treedt het niet ambtshalve op, maar moet worden aangenomen dat het bij wege van rechtsvordering (zie art. 138 tweede lid Ger. W.) een vastgestelde afstamming kan betwisten wanneer de openbare orde in gevaar wordt gebracht door een

toestand die moet verholpen worden (zie Cass. 28 maart 1974, *Arr. Cass.* 1974, 829, noot, *Pas.* 1974, I, 773, noot en *R.W.* 1974-75, 343, noot (inzake betwisting van een erkenning door een man); vgl. Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 103). Dit is bv. het geval wanneer er sprake is van een valse geboorteaangifte.

– De vrouw die beweert het kind te hebben gebaard heeft zeker een moreel belang bij de betwistingsvordering (A.-Ch. VAN GYSEL, "Désaveu de paternité et de maternité: de la supposition d'enfant au triomphe de la vérité biologique et affective", (noot onder Rb. Brussel 7 januari 1998), *T.B.B.R.* 2002, (214) 216).

– Ook de pleegouders van het kind zijn moreel belanghebbenden (vgl. Cass. 18 december 1980, *Arr. Cass.* 1980-81, 447, *Pas.* 1981, I, 451, noot en *R.W.* 1981-82, 1537, noot, inzake de betwisting van een erkenning door een persoon – *in casu* een bloedverwant – zonder juridische verwantschapsbanden met het kind, die blijk heeft gegeven van voortdurende genegenheid en toewijding jegens het kind).

– Erfgenamen hebben slechts een betwistingsrecht als ze, naast een patrimoniaal belang, ook een moreel belang hebben. Aangenomen mag worden dat niet alleen de rechtstreeks betrokkenen – moeder, vader en kind (zie art. 332*bis* tweede lid B.W.) –, maar ook de bloedverwanten in opgaande en neerdalende lijn van de moeder, zoals de grootouders, broers of zusters van het kind (vgl. Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 102, i.v.m. art. 330 B.W.) en de kinderen van het kind (vgl. art. 332 tweede lid B.W.) het vereiste moreel belang hebben (J. GERLO, *Handboek Personen- en familierecht*, 57, nr. 129).

Het vermoeden dat al deze personen een moreel belang hebben bij het inleiden van de betwistingprocedure kan echter door de rechter zelf worden weerlegd, wanneer hij *in concreto*, op basis van de gegevens uit het dossier, meent te moeten vaststellen dat de eiser enkel en alleen een patrimoniaal belang heeft. De kans dat de rechter oordeelt dat de eiser slechts een louter vermogensrechtelijk belang heeft, is omgekeerd evenredig met de graad van betrokkenheid van de eiser bij het sociaal functioneren van het kind waarvan de afstamming wordt betwist.

In een reeds vermeld arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen werd ingegaan op de vraag of de grootmoeder en de tante van het kind betwistingsgerechtigd zijn. Het hof constateerde – met verwijzing naar de zonet aangehaalde passus uit de parlementaire voorbereiding (van art. 330 B.W.) – dat artikel 332*bis* B.W. een toelaatbaarheidsvereiste oplegt aan de vordering tot betwisting van het moederschap blijkend uit de geboorteakte in de zin van artikel 17 Ger. W. en dat van de eiser vereist wordt dat hij ook een moreel belang heeft. Het hof overwoog "dat van bloedverwanten in de opgaande en neerdalende lijn van de personen die in de eerste graad in de afstammingsrelatie zijn betrokken verondersteld wordt dat zij een niet louter vermogensrechtelijk belang hebben, omdat zij rechtstreeks betrokken zijn of zouden moeten zijn bij de hoofdzakelijk sociale functie van de afstammingsrelatie, nl. de socialisering van het kind o.m. door zijn opvoeding". Het hof was van oordeel dat dit verondersteld moreel belang door de feitenrechter *in*

concreto moet worden beoordeeld. Nu *in casu* bleek dat de eisers in betwisting hoegenaamd niet bij de socialisering van het kind – dat in Haïti leefde – betrokken waren en zij gewacht hadden tot na het overlijden van de moeder om de betwistingsvordering in te stellen, terwijl ze perfect op de hoogte waren van het bestaan van de geboorteakte en zelfs van het plan ze op te maken, oordeelde het hof dat zij geen ander dan een louter erfrechtelijk belang hadden, met als gevolg dat hun oorspronkelijke vordering om die reden onontvankelijk was (Antwerpen (3de kamer) nr. 1997/AR/1901, 4 november 1998, *onuitg.*).

Schuldeisers – personen met een louter vermogensrechtelijk belang – hebben alleszins geen betwistingsrecht.

§ 2. Partijen in het geding

786 De vordering moet op zodanige wijze worden ingesteld dat het kind of zijn afstammelingen, de vader en de moeder in het geding worden geroepen (zie art. 332*bis* tweede lid B.W.).

Concreet moet de vordering tot betwisting van het moederschap dat blijkt uit geboorteakte worden ingesteld tegen de volgende personen:
– indien de moeder zelf de vordering instelt: tegen het kind (of zo dit overleden is, tegen zijn afstammelingen) en, indien het vaderschap vaststaat, tegen de vader;
– indien het kind de vordering instelt: tegen de moeder en, indien het vaderschap vaststaat, tegen de vader;
– indien de vader de vordering instelt: tegen moeder en kind;
– indien een derde de vordering instelt: tegen de moeder, tegen het kind en tegen de vader, indien het vaderschap vaststaat.

787 Indien één van de personen die moet worden gedagvaard overleden is, moet de vordering alleen worden ingesteld tegen de anderen (art. 332*quater* eerste lid B.W.).

§ 3. Bevoegde rechtbank en wijze van gedinginleiding

788 De rechtbank van eerste aanleg van de woonplaats van het kind is bevoegd om kennis te nemen van de vordering tot betwisting van het moederschap dat blijkt uit de geboorteakte (art. 331 § 1 B.W.; voor bijzonderheden, zie verder, nr. 973 e.v. inzake de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot).

789 Deze vordering is een vordering tot betwisting van staat en wordt, overeenkomstig het gemeen recht, ingeleid bij d a g v a a r d i n g (art. 700 Ger. W.; voor een model van dagvaarding tot betwisting van het moederschap blijkend uit de geboorteakte, zie *A.M.R.*, II, Burgerlijk Recht, Afstamming, (afl. 17, 1988), 1-2).

Gelet op de algemene draagwijdte van artikel 706 Ger. W. – dat vorderingen van staat niet uitsluit – kunnen de partijen ook vrijwillig verschijnen voor de rechtbank.

In de zeer uitzonderlijke hypothese dat alle partijen die moeten worden gedagvaard overleden zijn, wordt de procedure ingeleid bij eenzijdig verzoekschrift en zijn de artikelen 1025-1034 Ger. W. van toepassing (art. 332*quater* tweede lid B.W.).

§ 4. Gerechtskosten

790 De kosten van het geding tot betwisting van het moederschap blijkend uit de geboorteakte worden geregeld overeenkomstig het gemeen recht (zie verder, nr. 993 e.v.).

In een vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel dat de vordering van de vrouw die beweert moeder te zijn gegrond verklaart, werden alle gedingkosten ten laste gelegd van de eiseres die het kind heeft gebaard en vrijwillig was tussengekomen in een procedure tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot van de vrouw die valselijk verklaard had de moeder te zijn (Rb. Brussel 7 januari 1998, *Pas.* 1997, III, 2 en *T.B.B.R.* 2002, 212, noot A.-Ch. VAN GYSEL; de passage i.v.m. de kosten is enkel in de *Pasicrisie* terug te vinden). Het feit dat de rechtbank – impliciet – morele overwegingen laat spelen bij de tenlastelegging van de kosten is vatbaar voor kritiek. Het is uiterst moeilijk om op moreel vlak te arbitreren tussen de biologische moeder die zich niet heeft durven bekendmaken (eiseres) en de vrouw die zich ertoe heeft geleend een kind aan haar te laten toeschrijven waarvan zij niet bevallen is (verweerster). In toepassing van het adagium *In pari causa* lijkt het billijker dat beide vrouwen elk tot de helft van de kosten zouden worden veroordeeld (in die zin: A.-Ch. VAN GYSEL, "Désaveu de paternité et de maternité: de la supposition d'enfant au triomphe de la vérité biologique et affective", (noot onder Rb. Brussel 7 januari 1998), *T.B.B.R.* 2002, (214) 216).

AFDELING IV

TOEPASSINGSGEVALLEN

791 Buiten de hypothese dat de bevalling is voorafgegaan door de aanwending van kunstmatige voortplantingstechnieken (zie daaromtrent verder, deel IV), zal de betwisting van het moederschap dat blijkt uit de geboorteakte vooral plaatsvinden na onderschuiving of verwisseling van kinderen, maar de mogelijkheid tot betwisting is niet tot die gevallen beperkt (Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 40 *juncto* M.v.T. bij wetsontwerp-VAN ELSLANDE, *Parl. St.* Senaat 1977-78, nr. 305/1, 10).
Rechtspraak in dit verband is bijzonder zeldzaam.

792 De verwisseling van een kind met een ander of de toeschrijving van een kind aan een vrouw die er niet van is bevallen, zijn misdrijven die worden bestraft met opsluiting van vijf tot tien jaar (art. 363 eerste lid Sw.).

Op burgerrechtelijk vlak verklaarde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel de vordering van de biologische moeder tot betwisting van het moederschap van een vrouw die valselijk aan de ambtenaar van de burgerlijke stand had verklaard dat zij het kind gebaard had ontvankelijk en gegrond, na de overweging dat het kind geen bezit van staat had ten aanzien van de (gehuwde) vrouw wiens naam in de geboorteakte is vermeld (Rb. Brussel 7 januari 1998, *Pas.* 1997, III, 2 en *T.B.B.R.* 2002, 212, noot A.-Ch. VAN GYSEL; *in casu* werd de vordering ingesteld bij wijze van vrijwillige tussenkomst in een procedure tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot).

Wie het bewijs van de burgerlijke staat van een kind vernietigt of de opmaak ervan verhindert – wat vroeger werd omschreven als de "verduistering van een kind" (zie Cass. 6 juli 1857, *Pas.* 1857, I, 342) – wordt gestraft met gevangenisstraf van zes maanden tot vijf jaar (art. 363 tweede lid Sw.). Dezelfde straffen worden ook toegepast op de opdrachtgevers van de in het eerste en tweede lid van artikel 363 Sw. omschreven misdrijven (art. 363 derde lid Sw.).

De ambtenaar die zich schuldig maakt aan onderschuiving van personen wordt gestraft met opsluiting van tien tot vijftien jaar (art. 194 Sw.).

AFDELING V

OVERGANGSRECHT

793 De afstamming langs moederzijde die vaststaat o.g.v. de vermelding van de naam van een vrouw in de geboorteakte van een kind dat geboren werd vóór 6 juni 1987 – de datum van waarop de Afstammingswet in werking trad – kan worden betwist overeenkomstig de regels aangaande de betwisting van de afstamming die de Afstammingswet heeft ingevoerd (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 312 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 8, nr. 18).

HOOFDSTUK II
BETWISTING VAN EEN MOEDERLIJKE ERKENNING

AFDELING I

ONTVANKELIJKHEIDSVOORWAARDEN

§ 1. Algemeen: afwezigheid van bezit van staat t.a.v. de erkennende vrouw

794 Artikel 330 § 2 tweede lid B.W. bepaalt dat het verzoek tot betwisting van de erkenning moet worden afgewezen indien het kind bezit van staat heeft t.a.v. de erkennende vrouw.

Bezit van staat kan worden beschouwd als een exceptie tegen de betwistingsvordering. De bewijslast rust dus op de verweerder die de exceptie opwerpt: het is niet de eiser die moet bewijzen dat er geen bezit van staat is om zijn vordering gegrond te laten verklaren; het is de verweerder in het betwistingsgeding die moet aantonen dat het kind bezit van staat heeft t.a.v. de erkenner.
De rechtbank oordeelt soeverein of er al dan niet bezit van staat t.a.v. de erkennende vrouw is.

795 Anders dan wat het geval is voor de betwisting van het moederschap dat blijkt uit de geboorteakte en bevestigd wordt door bezit van staat (art. 312 § 3 B.W.), is de onontvankelijkheid van de vordering tot betwisting van een erkenning die bevestigd wordt door bezit van staat niet in die bewoordingen in de wettekst opgenomen: er is enkel bepaald dat "het verzoek moet (...) worden afgewezen". *De facto* is het echter wel zo dat de aanwezigheid van bezit van staat de vordering onontvankelijk maakt. De grond van de zaak mag immers – luidens artikel 330 § 2 tweede lid B.W. – niet meer door de rechter worden beoordeeld: hij *moet* het verzoek afwijzen.

Deze regel heeft belangrijke gevolgen bij draagmoederschap: wanneer een draagmoeder in het buitenland anoniem is bevallen, zal een erkenning door de wensmoeder niet meer vatbaar zijn voor betwisting van zodra dit kind bezit van staat heeft t.o.v. de wensmoeder.

796 Luidens artikel 331*nonies* B.W. moet bezit van staat voortdurend zijn en wordt het bewezen door feiten die tezamen of afzonderlijk de betrekking van afstamming aantonen (art. 331*nonies* eerste en tweede lid B.W.).

Toegepast op het moederschap dat volgt uit een erkenning zijn die feiten onder meer:
– dat het kind altijd de naam heeft gedragen van de erkennende vrouw;
– dat laatstgenoemde het kind als haar kind heeft behandeld;
– dat de erkennende vrouw in het onderhoud en de opvoeding van het kind heeft voorzien;

– dat het kind de erkennende vrouw heeft behandeld als zijn moeder;
– dat het kind als kind van de erkennende vrouw wordt erkend door de familie en in de maatschappij;
– dat de openbare overheid het als zodanig beschouwt (vgl. art. 331*nonies* derde lid B.W.).

797 Voor de toepassing van deze onontvankelijkheidsgrond is niet vereist dat het bezit van staat zich (volledig) heeft gerealiseerd nadat de erkenning werd gedaan. Indien er bezit van staat was t.a.v. een vrouw vóór zij het kind erkende en haar erkenning wordt onmiddellijk nadat ze werd geakteerd betwist, dan moet worden aangenomen dat de betwistingsvordering onontvankelijk is omwille van het aan de erkenning voorafgaande bezit van staat (in dezelfde zin: A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 330 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 6, nr. 6).

798 Wanneer de gedragingen van de erkennende vrouw verklaard kunnen worden door een andere hoedanigheid dan deze van moeder, dan kunnen de feiten die erop wijzen dat er een diepe genegenheid en verbondenheid tussen vrouw en kind bestaat – hoe talrijk ook – nooit betekenisvol zijn voor een bezit van staat als moeder.

Van dit principe is een toepassingsgeval in de rechtspraak terug te vinden. Een Belgische vrouw die een éénjarig Indisch kind had erkend – dat zij naar België had gehaald met het oog op een volle adoptie – werd geconfronteerd met een vordering tot nietigverklaring van deze erkenning, ingeleid door het Openbaar Ministerie. Toen de erkennende vrouw opwierp dat het kind bezit van staat had t.a.v. haarzelf, oordeelde het Hof van Beroep te Antwerpen dat de feiten en gedragingen die de vrouw inriep als elementen van bezit van staat niet het voortdurende karakter hadden dat artikel 331*nonies* eerste lid B.W. voorschrijft en bovendien eerder uitingen waren van de uitvoering van een gerechtelijke beslissing van de Indische rechter die haar (en haar echtgenoot) het kind hadden toevertrouwd, dan wel uitingen van haar moederschap ten opzichte van dit kind. De nietigverklaring van de erkenning werd bevestigd (Antwerpen (1ste kamer) A.R. 297-90, 27 februari 1991, *onuitg.*, besproken door P. SENAEVE, "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE, (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 87, nr. 148).

799 Bij de bespreking van de betwisting van een vaderlijke erkenning zal worden verdedigd dat het bezit van staat een onontvankelijkheidsgrond is voor elke vordering tot betwisting van een erkenning, ook al wordt de erkenning door de erkenner zelf (man of vrouw) betwist (zie *in extenso* verder, nrs. 1034-1036).

800 Eerder werd al vermeld dat een prenatale erkenning door een vrouw niet kan worden toegelaten (zie boven, nr. 133); in deze context moet dan ook niet worden ingegaan op het verbod ex artikel 331*bis* B.W. om de erkenning van een niet levensvatbaar geboren kind door een vrouw te betwisten.

§ 2. Bijzondere voorwaarde voor een betwisting door de erkennende vrouw zelf: een wilsgebrek

801 De erkennende vrouw is alleen gerechtigd de erkenning te betwisten indien zij bewijst dat aan haar toestemming een gebrek kleefde (art. 330 § 1 tweede lid B.W.).

Omdat de erkenning door een vrouw niet is onderworpen aan enige toestemmingsvereiste (vgl. met art. 319 §§ 2 en 3 B.W. waarin resp. de toestemming van het meerderjarig kind en de moeder wordt vereist bij de erkenning door een man), zijn in deze context enkel relevant de wilsgebreken in hoofde van de erkennende vrouw die haar eigen erkenning wil betwisten.

A. HET BEWEZEN WILSGEBREK ALS ONTVANKELIJKHEIDSVOORWAARDE, LOSSTAAND VAN DE GEGRONDHEID VAN DE VORDERING

802 Het bestaan van een wilsgebrek – dwaling, bedrog of geweld, of een volledig gemis aan toestemming – is een voorwaarde voor de ontvankelijkheid van de vordering tot betwisting van een erkenning; alleen dan kan de erkennende vrouw het bewijs leveren dat zij niet van het kind bevallen is; zij kan een door haar bewust en vrij gedane leugenachtige erkenning niet betwisten (J. GERLO, *Handboek Personen- en familierecht*, 58, nr. 133).

Een bewezen wilsgebrek in hoofde van de erkennende vrouw leidt echter niet automatisch tot het tenietdoen van de erkenning. Voor de gegrondheid van de eis moet ons inziens daarenboven nog worden bewezen dat de erkennende vrouw niet van het kind bevallen is. De controverse hieromtrent wordt later uitgebreid besproken, bij de betwisting van een erkenning door een man (zie verder, nr. 1042 e.v.).

B. WILSGEBREKEN EN HUN MOGELIJKE TOEPASSINGSGEVALLEN

803 Met een "gebrek" in de zin van artikel 330 § 1 tweede lid B.W. worden zowel de wilsongeschiktheid (totale afwezigheid van toestemming) als de klassieke wilsgebreken – dwaling, bedrog en geweld – bedoeld.

– In zeer uitzonderlijke gevallen zou een kind erkend kunnen zijn door een vrouw die elk bewustzijn miste op het ogenblik van de erkenning, bv. tengevolge van een toevallige geestesstoornis, dronkenschap, hypnose of druggebruik.

– Krachtens het algemeen verbintenissenrecht dient dwaling, om in aanmerking te komen als grond tot nietigverklaring van een rechtshandeling, betrekking te hebben op de zelfstandigheid van de zaak (art. 1110 eerste lid B.W.). In de context van een erkenning kan dit niets anders betekenen dan dat de erkennende vrouw gedwaald moet hebben omtrent het feit dat ze van het

kind bevallen is; ze zou m.a.w. gedacht moeten hebben dat ze het kind dat ze erkend heeft ook effectief heeft gebaard, terwijl dit niet het geval was. Deze dwaling dreigt *a priori* onverschoonbaar te zijn: er valt moeilijk in te zien hoe een redelijk mens, geplaatst in dezelfde omstandigheden, omtrent de bevalling gedwaald zou kunnen hebben.

Toch valt verschoonbare dwaling niet volledig uit te sluiten. Gedacht kan worden aan de hypothese waarin een vrouw anoniem bevallen is, haar kind vervolgens heeft afgestaan voor adoptie en jaren later haar kind en zijn adoptieouders opspoort met het oog op een erkenning. In dat geval is het mogelijk dat zij, geconfronteerd met onjuiste informatie over de bestemming van het kind, overgaat tot de erkenning van een geadopteerd kind waarvan zij – ten onrechte – meent dat zij het ter wereld heeft gebracht.

– Bedrog – als opzettelijk verwekte dwaling – lijkt in hoofde van de erkennende vrouw nog minder evident, doch kan eveneens niet volledig worden uitgesloten.

– Ernstig, ongeoorloofd en onmiddellijk inwerkend geweld dat doorslaggevend was voor de erkenning vormt tenslotte ook een wilsgebrek waardoor de vordering tot betwisting van een erkenning door de erkennende vrouw zelf ontvankelijk kan worden. Hier kan vooral worden gedacht aan moreel geweld (familiale druk) t.a.v. een jonge vrouw die anoniem is bevallen en haar kind nadien onder druk heeft erkend.

804 Het bewijs van een wilsgebrek in hoofde van de erkennende vrouw moet door haarzelf worden geleverd; artikel 330 § 1 tweede lid B.W. is daarin zeer duidelijk.

AFDELING II

VOORWAARDE VOOR DE GEGRONDHEID VAN DE VORDERING

§ 1. Het bewijs dat de erkennende vrouw niet van het kind bevallen is

805 De erkenning wordt tenietgedaan indien wordt bewezen dat de vrouw die het kind erkend heeft niet de moeder is (art. 330 § 2 eerste lid B.W.).

In het licht van de regel *Mater semper certa est* (art. 312 § 1 *j°* art. 57, 2° B.W.) en het bepaalde in artikel 314 derde lid B.W. betekent dit concreet dat moet worden bewezen dat de erkennende vrouw niet bevallen is van het door haar erkende kind.

806 De bewijslast i.v.m. het niet-moederschap van de erkennende vrouw rust op de eiser die de betwistingsvordering instelt.

§ 2. Bewijslevering door alle wettelijke middelen

807 Luidens artikel 330 § 2 eerste lid B.W. kan dit bewijs door alle wettelijke middelen worden geleverd, dus ook via een deskundigenonderzoek, bevolen o.g.v. artikel 331*octies* B.W.
Net zoals bij de betwisting van het moederschap dat blijkt uit de geboorteakte, zal het bewijs dat de erkennende vrouw niet genetisch verwant is met het door haar erkende kind, niet doorslaggevend zijn voor een succesvolle betwisting. Dit bewijs heeft wel tot gevolg dat de bewijslast wordt omgekeerd: om de vordering af te weren zal een verwerende partij moeten bewijzen dat een artificiële procreatietechniek werd aangewend, meer bepaald dat bij de erkennende vrouw een eicel van een andere vrouw werd ingeplant.

§ 3. Geen toetsing van het belang van het kind

808 Het Hof van Cassatie heeft zich – in verschillende arresten i.v.m. de betwisting van een vaderlijke erkenning – steeds ondubbelzinnig negatief uitgesproken over de vraag of het belang van het kind een rol speelt bij de betwisting van een erkenning (zie verder, nrs. 1065-1068).

AFDELING III

BIJZONDERE PROCEDUREREGELS

§ 1. Titularissen van de vordering

809 De erkenning kan door iedere belanghebbende worden betwist (art. 330 § 1 eerste lid B.W.).

Er bestaat grote onenigheid in de rechtsleer over de vraag of een louter materieel (patrimoniaal) belang volstaat om de betwistingsvordering te kunnen inleiden, dan wel of een moreel belang in hoofde van de betwistende partij vereist is.
Ons inziens volstaat het dat een persoon een louter patrimoniaal belang heeft bij de nietigverklaring van de erkenning en is een moreel belang niet noodzakelijk voor de ontvankelijkheid van de vordering (voor de argumentatie ten gunste van deze stelling, zie *in extenso* verder, bij de behandeling van de betwisting van de vaderlijke erkenning, nrs. 1069-1071).
De vordering tot betwisting van de erkenning door een vrouw kan dus worden ingesteld door de schuldeisers en alle erfgenamen van de erkennende vrouw, naast de personen vermeld in nr. 785, die het moederschap dat blijkt uit de geboorteakte kunnen betwisten.

Ook het Openbaar Ministerie is gerechtigd om de betwistingsvordering in te leiden, niet o.g.v. artikel 330 § 1 eerste lid B.W., maar o.g.v. artikel 138 tweede lid Ger. W. (zie *in extenso* verder, nrs. 1082-1086).

Er is slechts één toepassingsgeval bekend van een procedure waarbij een erkenning die uitging van een vrouw werd betwist. Een Belgische vrouw die een in India geboren kind van Indische nationaliteit had laten overkomen naar België met het oog op een volle adoptie, was in 1988 voor een Belgische ambtenaar van de burgerlijke stand overgegaan tot erkenning van dit éénjarig kind, nadat procedureproblemen waren gerezen m.b.t. de adoptie. Het Openbaar Ministerie vorderde de nietigverklaring van haar erkenning o.g.v. zijn bevoegdheid om in burgerlijke zaken ambtshalve op te treden als de openbare orde zijn tussenkomst vergt (art. 138 tweede lid Ger. W.). Zowel in eerste aanleg als in hoger beroep werd geoordeeld dat de openbare orde zich verzette tegen dergelijke leugenachtige erkenning en werd de eis tot nietigverklaring gegrond verklaard (Antwerpen (1ste kamer) A.R. 297-90, 27 februari 1991, *onuitg.*, besproken door P. SENAEVE, "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE, (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 27, nr. 18).

§ 2. Termijn

810 De termijn waarbinnen de erkenning door een vrouw moet worden betwist is de gemeenrechtelijke termijn waarbinnen afstammingsvorderingen moeten worden ingesteld. De vorderingen betreffende de afstamming verjaren door verloop van 30 jaar te rekenen vanaf de dag waarop het kind in het bezit van de betwiste staat is gekomen (art. 331*ter* B.W.).

Aangenomen mag worden dat de aanvangsdatum van de dertigjarige termijn de dag is waarop de erkenningsakte werd opgemaakt (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 330 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 7-8, nr. 9; zie verder, nr. 1087).

§ 3. Partijen in het geding

811 De vordering tot betwisting van een moederlijke erkenning moet – als vordering tot betwisting van staat – op zodanige wijze worden ingesteld dat het kind of zijn afstammelingen, de vader en de moeder in het geding worden geroepen (zie art. 332*bis* tweede lid B.W.).

Concreet moeten de volgende personen in het geding zijn:
– indien de moeder de vordering inleidt: het kind (of zo dit overleden is, zijn afstammelingen) en, indien het vaderschap vaststaat, de vader;
– indien het kind de vordering inleidt: de moeder en, indien het vaderschap vaststaat, de vader;
– indien de vader de vordering inleidt: de moeder en het kind;
– indien een derde de vordering inleidt: de moeder, het kind en de vader, indien het vaderschap vaststaat.

Indien één van de personen die moet worden gedagvaard overleden is, moet de vordering alleen worden ingesteld tegen de anderen (art. 332*quater* eerste lid B.W.).

812 Voor de overige procedureregels zoals deze inzake vertegenwoordiging van de procespartijen, de bevoegde rechtbank, de wijze van gedinginleiding, de gerechtskosten, de rechtsmiddelen, de uitwerking van de rechterlijke beslissing en de bekendmaking ervan in de registers van de burgerlijke stand kan *mutatis mutandis* worden verwezen naar de tekst i.v.m. de betwisting van een erkenning door een man (zie verder, nrs. 1094-1120).

AFDELING IV

OVERGANGSRECHT

813 Het geldende recht inzake de betwisting van een erkenning verschilt op meerdere vlakken van de oude bepalingen:
– de erkennende vrouw zelf kan in principe – behoudens een bewezen wilsgebrek – haar eigen erkenning niet meer betwisten (art. 330 § 1 tweede lid B.W.), terwijl ze dat vroeger wel kon;
– het bewijs van bezit van staat t.a.v. de erkennende vrouw is nu voldoende opdat de betwistingsvordering zou worden afgewezen (art. 330 § 2 tweede lid B.W.), terwijl dat vroeger niet zo was;
– het betwistingsrecht verjaart nu na verloop van dertig jaar (art. 331*ter* B.W.), terwijl de rechtsvordering vroeger onverjaarbaar was.

814 Indien een vrouw een kind zou hebben erkend vóór de inwerkingtreding van de Afstammingswet, geldt als basisbeginsel dat de bepalingen betreffende de betwisting van de erkenning die door de Afstammingswet werden ingevoerd ook op deze erkenningen van toepassing zijn (art. 107 eerste lid Afstammingswet). Een specifieke overgangsbepaling wijkt echter af van dit algemeen principe. Luidens artikel 118 Afstammingswet zijn de laatste twee leden van § 1 en het laatste lid van § 2 van artikel 330 B.W. niet van toepassing indien de betwiste erkenning heeft plaatsgehad vóór de inwerkingtreding van de Afstammingswet en indien de vordering wordt ingesteld binnen een jaar na die inwerkingtreding.

In de hypothese dat de betwiste erkenning vóór 6 juni 1987 werd geakteerd en de betwistingsvordering uiterlijk op 6 juni 1988 werd ingeleid, leidt het voorgaande al meteen tot de volgende vaststellingen :
– de meeste rechtbanken zullen de betwistingsvordering ingesteld door personen met een louter vermogensrechtelijk belang allicht niet ontvankelijk verklaren, aangezien het eerste lid van § 1 van het huidige artikel 330 B.W. toepasselijk is (zie verder, nr. 1075 e.v.).
– voor de gegrondheid van de betwistingsvordering is in elk geval vereist dat wordt bewezen dat de erkennende vrouw niet van het kind bevallen is, aangezien het eerste lid van § 2 van het huidige artikel 330 B.W. eveneens toepasselijk is (art. 118 Afstammingswet *a contrario*).

Voor alle duidelijkheid kan in hoofdorde een onderscheid worden gemaakt naargelang de vordering tot betwisting van de erkenning vóór of na 6 juni 1987 – de datum van inwerkingtreding van de Afstammingswet – werd ingesteld.

§ 1. De betwistingsvordering werd ingesteld vóór 6 juni 1987

815 Een betwistingsvordering die onder de gelding van het oude recht werd ingesteld, maar nog niet werd afgedaan door een in kracht van gewijsde gegane beslissing, wordt beoordeeld o.g.v. het nieuwe recht, met uitzondering van de correcties die werden aangebracht door artikel 118 Afstammingswet. Concreet betekent dit het volgende.

– De vrouw die een kind erkende vóór 6 juni 1987 en eveneens vóór die datum haar eigen erkenning betwistte, moet geen wilsgebrek aantonen. Het bezit van staat t.a.v. de erkennende vrouw is niet voldoende om de betwistingsvordering af te wijzen.

Artikel 330 § 1 tweede lid en § 2 laatste lid B.W. zijn immers al niet van toepassing wanneer de betwiste erkenning heeft plaatsgehad vóór de inwerkingtreding van de Afstammingswet indien de vordering werd ingesteld binnen een jaar na de inwerkingtreding ervan, dus zeker niet indien de vordering nog op een eerder tijdstip werd ingesteld (art. 118 Afstammingswet *a fortiori*).

– De vordering is tijdig ingesteld, ook al waren op het ogenblik dat ze werd ingeleid al dertig jaren verstreken sinds het kind werd erkend (art. 119 § 2 Afstammingswet *a fortiori*).

De rechtsvordering tot betwisting van een erkenning door een vrouw was onder gelding van het vroegere recht immers niet vatbaar voor verjaring en de nieuw ingevoerde dertigjarige verjaringstermijn begint krachtens artikel 119 § 2 Afstammingswet pas te lopen op 6 juni 1987. Hij kan dus onmogelijk verstreken zijn als de vordering al vóór die datum werd ingeleid.

– Het vonnis dat de vordering tot betwisting van een erkenning die door een vrouw vóór 6 juni 1987 werd gedaan, na die datum gegrond verklaart, moet worden bekendgemaakt in de registers van de burgerlijke stand overeenkomstig artikel 333 B.W.

§ 2. De betwistingsvordering was op 6 juni 1987 nog niet ingesteld

816 De toestand is verschillend naargelang de vordering tot betwisting van de erkenning door een vrouw al dan niet binnen het jaar na de inwerkingtreding van de Afstammingswet werd ingesteld (zie art. 118 Afstammingswet).

– De vrouw die vóór 6 juni 1987 een kind erkende, kan haar eigen erkenning betwisten zonder een wilsgebrek te moeten aantonen indien ze de betwistingsvordering heeft ingesteld vóór 6 juni 1988. Vanaf die datum zal de betwisting enkel succesvol kunnen verlopen indien de erkennende vrouw in toepassing van artikel 330 § 1 tweede lid B.W. bewijst dat haar toestemming was aangetast door een wilsgebrek.

– Het bewijs van bezit van staat t.a.v. de erkennende vrouw zal geen afdoende exceptie zijn wanneer de erkenning plaatsvond vóór 6 juni 1987 en de betwistingsvordering binnen het jaar na die datum werd ingesteld. Vorderingen ingesteld na 5 juni 1988 zullen echter moeten worden afgewezen; voor dergelijke betwistingen geldt artikel 330 § 2 tweede lid B.W. immers wel.

De dertigjarige termijn uit artikel 331*ter* B.W. voor de betwisting van erkenningen gedaan vóór 6 juni 1987 begint pas op die datum te lopen, indien "het begin van het bezit van de betwiste staat" daaraan voorafgaat (art. 119 § 2 Afstammingswet). Later wordt verduidelijkt dat de aanvangsdatum van de termijn niet het moment is waarop er bezit van staat t.a.v. de erkennende vrouw is ontstaan, maar wel de dag waarop de erkenningsakte werd opgemaakt (zie verder, nr. 1087). Is de erkenningsakte opgemaakt vóór 6 juni 1987, dan heeft degene die deze erkenning wil betwisten zeker nog tot 6 juni 2017 de tijd om de betwistingsvordering in te stellen, rekening houdend met stuiting of schorsing van de termijn, nu mag worden aangenomen dat artikel 331*ter* B.W. een verjaringstermijn bevat (zie eveneens boven, nrs. 532-534).

HOOFDSTUK III

BETWISTING VAN HET GERECHTELIJK VASTGESTELD MOEDERSCHAP

817 Rechterlijke beslissingen inzake afstamming – zoals vonnissen of arresten waarin het moederschap gerechtelijk wordt vastgesteld – zijn tegenwerpelijk, zelfs aan personen die geen partij waren in het geding. Deze personen kunnen echter derdenverzet instellen (art. 331*decies* B.W.); op die manier kunnen zij het gerechtelijk vastgesteld moederschap betwisten.

Derdenverzet tegen een beslissing waarin het moederschap werd vastgesteld heeft geen schorsende werking (C. PANIER, "Problèmes de droit judiciaire relatifs à la filiation", in X (ed.), *La filiation et l'adoption*, Brussel, Ed. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1988, 123, nr. 73).

AFDELING I

GEEN WETTELIJKE ONONTVANKELIJKHEIDSGROND

818 Anders dan bij de betwisting van het moederschap dat blijkt uit de geboorteakte (vgl. art. 312 § 3 B.W.) of bij de betwisting van een erkenning door een vrouw (vgl. art. 330 § 2 tweede lid B.W.) bepaalt de wet niet dat de vordering tot betwisting van het gerechtelijk vastgesteld moederschap onontvankelijk is of moet worden afgewezen wanneer deze laatste wijze van vaststelling van de afstamming bevestigd wordt door bezit van staat.

In de rechtsleer wordt desalniettemin aangenomen dat het derdenverzet in die hypothese moet worden afgewezen (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 331*decies* B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 5, nr. 10).

AFDELING II

BIJZONDERE PROCEDUREREGELS

§ 1. Titularissen van de vordering

819 Aangenomen moet worden dat het rechtsmiddel derdenverzet slechts openstaat voor personen die de hoedanigheid hadden om de vordering tot onderzoek naar het moederschap in te leiden of er zich tegen te verweren, maar die om een of andere reden niet in de procedure werden betrokken (in die zin: P. SENAEVE, "De afstamming langs moederszijde", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieu-*

we afstammingsrecht, Leuven/Amersfoort, 1987, 53, nr. 45; zie uitgebreider verder, nr. 1161, inzake de vordering tot betwisting van het gerechtelijk vastgesteld vaderschap, een procedure die in de praktijk meer voorkomt dan de betwisting van het gerechtelijk vastgesteld moederschap).

Dit zal bv. het geval zijn wanneer, na het overlijden van het kind, één of meerdere, maar niet al diens afstammelingen de vordering hebben ingeleid, of wanneer na het overlijden van de moeder de vordering werd ingesteld of voortgezet tegen enkele maar niet alle erfgenamen van de moeder; dit zal uiteraard ook het geval zijn wanneer de vader, het kind, de echtgenoot of de gewezen echtgenoot van de moeder ten onrechte niet in het geding werden betrokken.

Het minderjarig kind dat vertegenwoordigd is geweest in de procedure tot vaststelling van het moederschap zal na zijn meerderjarigheid niet persoonlijk derdenverzet kunnen instellen; de vertegenwoordigde is immers partij geweest in het geding (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 331*decies* B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 4, nr. 6).

§ 2. Termijn

820 Het recht om derdenverzet in te stellen verjaart door verloop van 30 jaar vanaf de uitspraak, indien het vonnis niet is betekend aan de derde (art. 1128 eerste lid Ger. W.).
Indien het vonnis betekend is aan de derde, moet hij derdenverzet instellen binnen drie maanden te rekenen vanaf de betekening (art. 1129 Ger. W.; Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 111).

§ 3. Partijen in het geding

821 Al wie partij is geweest in de bestreden beslissing tot gerechtelijke vaststelling van het moederschap moet worden gedagvaard. De ondeelbaarheid van de staat gebiedt dat dit zowel de hoofdpartijen als de tussengekomen of tussengeroepen partijen zijn (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 331*decies* B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 4, nr. 7).

§ 4. Bevoegde rechter en wijze van gedinginleiding

822 Het derdenverzet moet, met dagvaarding aan alle partijen, worden gebracht voor de rechter die de bestreden beslissing heeft gewezen (art. 1125 eerste lid Ger.W.). Incidenteel kan het bij schriftelijke conclusie worden gebracht voor de rechter bij wie het geschil aanhangig is, indien deze de gelijke of de meerdere is van de rechter die de bestreden beslissing heeft gewezen, voor zover alle partijen tussen wie deze beslissing is gevallen, in het geding zijn (art. 1125 tweede lid Ger. W.).

823 Derdenverzet is een rechtsmiddel – de gemeenrechtelijke bepalingen dienaangaande zijn terug te vinden in Titel V van Boek III van het Ger. W. – met als gevolg dat de bevoegdheid tot kennisneming ervan wordt bepaald door de territoriale vestiging van de rechtsinstantie wiens beslissing door het rechtsmiddel wordt bestreden.
Dit alles impliceert dat in de hypothese dat het kind inmiddels een andere woonplaats zou hebben, de rechter van die nieuwe woonplaats niet bevoegd is om kennis te nemen van de vordering tot betwisting van het gerechtelijk vastgesteld moederschap (in die zin: A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 331*decies* B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 4-5, nr. 9).

AFDELING III

GEVOLGEN VAN EEN SUCCESVOLLE BETWISTING VAN HET GERECHTELIJK VASTGESTELD MOEDERSCHAP NA DERDENVERZET

824 Wordt het derdenverzet door de rechtbank toegewezen, dan is artikel 1130 tweede lid Ger. W. van toepassing (Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 111). De vernietiging van het vonnis of arrest dat het moederschap gerechtelijk vaststelde – die het gevolg is van de toewijzing van het derdenverzet – geldt dus t.a.v. alle partijen in het geding tot betwisting van het gerechtelijk vastgesteld moederschap, nu de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing noodgedwongen onverenigbaar is met de tenuitvoerlegging van de vernietigende beslissing. De vernietiging geldt evenwel niet t.a.v. andere derden die geen partij waren in het geding (P. SENAEVE, "De afstamming langs moederszijde", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, 1987, 55, nr. 47).

TITEL II

BETWISTING VAN DE AFSTAMMING LANGS VADERSZIJDE

HOOFDSTUK I
BETWISTING VAN HET VADERSCHAP VAN DE ECHTGENOOT

ALGEMEEN

825 Het vaderschap van de echtgenoot kan op twee manieren rechtstreeks worden betwist, nl. door tegenbewijs en op eenvoudige verklaring (afdeling I).

De wettelijke regeling i.v.m. de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot wijkt op verschillende vlakken af van het gemeen recht betreffende de betwisting van de afstamming: zo komt het recht op betwisting slechts toe aan een beperkt aantal personen die limitatief in de wet worden opgesomd. Bovendien moet de rechtsvordering tot betwisting binnen een zeer korte termijn worden ingesteld en moet een welbepaald aantal personen in het geding worden geroepen (zie art. 332 B.W.).

Deze beperkingen zijn hoofdzakelijk ingegeven door het streven naar zekerheid van de afstamming langs vaderszijde binnen het huwelijk. Merkwaardig, en in strijd met dat streven naar zekerheid, is het feit dat een vordering tot betwisting van vaderschap o.g.v. artikel 318 B.W. – anders dan andere vorderingen tot betwisting van de afstamming – ook kan worden ingesteld als het kind bezit van staat heeft t.a.v. de echtgenoot (vgl. A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 318 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 3 en 4, nr. 3), al moet er uiteraard rekening worden gehouden met de korte termijnen voor het instellen van de betwistingsvordering (zie verder, nr. 908 e.v.).

Deze en andere procedureregels die gelden voor de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot worden in dit hoofdstuk toegelicht (afdeling II).

I.p.v. het vaderschap van de echtgenoot via een daartoe geëigende procedure te betwisten, is het eveneens mogelijk het vaderschap van de echtgenoot onrechtstreeks te betwisten en dit op drie wijzen. Vooreerst kan dit via een betwisting van het moederschap dat de oorzaak is voor de toepassing van de vaderschapsregel. Daarnaast kan het vaderschap van de echtgenoot ook worden vervangen door op een andere wijze de afstamming van vaderszijde vast te stellen, nl. via een erkenning o.g.v. artikel 320 B.W. of via een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap krachtens artikel 323 B.W. Voor de toepassing van laatstgenoemde bepalingen moet het vaderschap van de echtgenoot niet via een afzonderlijke procedure voorafgaand aan de erkenning, resp. gerechtelijke vaststelling worden betwist. Toch komt de afstamming t.a.v. een andere man vast te staan en verdwijnt het vaderschap van de echtgenoot. Ook deze drie onrechtstreekse betwistingswijzen worden hieronder belicht (afdeling III).

826 Alvorens de wijzen van betwisting *in extenso* te bespreken, lijkt een waarschuwing aan het adres van de aspirant-eiser gepast. Wie de vordering

tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot zonder enige kans op succes en/of met louter dilatoire motieven instelt, loopt het risico tot schadevergoeding te worden veroordeeld wegens tergend en roekeloos geding.

Zo besliste de Rechtbank van Eerste Aanleg te Aarlen dat de vordering die de echtgenoot had ingesteld tot betwisting van zijn eigen vaderschap tergend was, nu deze man volgens een eerder bevolen bloedproef wel degelijk de vader was en door zijn vaderschap te ontkennen zijn echtgenote noodzakelijkerwijze van ontrouw beschuldigde. De tegenvordering van de echtgenote gegrond op het tergend en roekeloos karakter van de hoofdvordering werd ingewilligd en de rechtbank kende haar een schadevergoeding toe van 25 000 BEF (€ 619,73) (Rb. Aarlen 9 juni 1995, *J.T.* 1996, 193).

AFDELING I

TWEE RECHTSTREEKSE WIJZEN VAN BETWISTING (ART. 318 B.W.)

827 Er bestaan twee vormen van rechtstreekse betwisting van het vaderschap van de echtgenoot: de betwisting door tegenbewijs (§ 1) en de betwisting door eenvoudige verklaring (§ 2).

§ 1. Betwisting door tegenbewijs (art. 318 §§ 1 en 2 B.W.)

828 Het vaderschap van de echtgenoot kan worden betwist indien wordt aangetoond dat hij niet de vader van het kind kan zijn (art. 318 § 1 B.W.). Dit bewijs van niet-vaderschap kan door alle wettelijke middelen worden geleverd (art. 318 § 2 B.W.):
– rechtstreeks, door het bewijs dat een genetische band tussen het kind en de echtgenoot van de moeder ontbreekt;
– onrechtstreeks, o.a. door het bewijs van (volslagen) impotentie van de man (Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 51), de afwezigheid van geslachtsgemeenschap tijdens de wettelijke conceptieperiode, bv. wegens een ongeval of verwijdering, absolute infertiliteit, enz.

A. RECHTSTREEKS BEWIJS VAN NIET-VADERSCHAP D.M.V. EEN DESKUNDIGENONDERZOEK

829 Het rechtstreeks bewijs dat een genetische band tussen het kind en de echtgenoot van zijn moeder ontbreekt, kan worden geleverd via een deskundigenonderzoek. Een bloedonderzoek of enig ander onderzoek volgens beproefde wetenschappelijke methodes kan door de rechtbank, zelfs ambtshalve, worden gelast o.g.v. artikel 331*octies* B.W.

830 Het beroepsgeheim vervat in artikel 458 Sw. belet niet dat de rechtbank de arts kan verplichten om, alvorens uitspraak te doen over een vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot, op vraag van de moeder en

haar echtgenoot – wanneer beiden patiënt van die arts zijn – het medisch dossier over te leggen waaruit blijkt dat de echtgenoot van de moeder niet de biologische vader van het kind is (Rb. Aarlen 6 maart 1992, *T.B.B.R.* 1993, 83 en *J.T.* 1992, 642)

De overlegging van medische getuigschriften die aantonen dat de bloedgroep van de echtgenoot en die van het kind verschillen kan echter niet bewijzen dat de echtgenoot niet de vader is.

De Rechtbank van Eerste Aanleg te Aarlen achtte in dat geval een bloedonderzoek wel relevant en mogelijk, evenwel pas op voorwaarde dat de integriteit van de menselijke persoon wordt gerespecteerd, nl. dat de moeder, noch de voogd *ad hoc* zich tegen de uitvoering ervan verzetten (Rb. Aarlen 20 november 1987, *Rev. trim. dr. fam.* 1990, 248 en weergegeven door C. PANIER, "Inédits de droit de la famille (II). Le nouveau droit de filiation et de l'adoption", *J.L.M.B.* 1987, (1549) 1554-1555). Het is o.i. niet zinvol het bevel tot een bloedonderzoek te koppelen aan een voorwaarde. Desgevallend kan de weigering het onderzoek te ondergaan een vermoeden uitmaken dat speelt in het nadeel van de weigerende partij (zie dadelijk).

De vraag rijst wat het lot is van de betwistingsvordering wanneer een partij weigert een deskundigenonderzoek te ondergaan. Aangenomen mag worden dat de cassatierechtspraak die i.v.m. dit probleem werd gewezen in het raam van de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap (Cass. C.97.294.N, 17 december 1998, *R.W.* 1998-99, 1144, noot F. SWENNEN en *R. Cass.* 1999, 198, noot S. BRIJS en Cass. C.96.182.N, 17 december 1998, *R. Cass.* 1999, 197, noot S. BRIJS (zie *in extenso* boven, nrs. 496-498)) naar analogie kan worden toegepast. Dit impliceert dat wanneer een partij in het geding weigert een door de rechtbank bevolen deskundigenonderzoek te ondergaan, elke fysieke dwang op de persoon om hem ertoe te dwingen het deskundigenonderzoek te ondergaan, verboden is (zie reeds Rb. Dinant 4 juni 1993, *J.L.M.B.* 1994, 414, noot J. DERMAGNE: art. 331*octies* B.W. gaat niet zo ver dat de betrokkene *manu militari* kan worden gedwongen het onderzoek te ondergaan; een bloedproef – in het raam van het bewijs van niet-vaderschap – kon volgens de rechtbank dan ook niet met geweld worden opgelegd). De rechter mag evenwel de weigering om zich aan een dergelijk onderzoek te onderwerpen beoordelen en uit de weigering zonder rechtmatige reden een feitelijk vermoeden in het nadeel van de weigerende partij afleiden.

Concreet betekent dit het volgende.
– Weigert een verwerende partij in het betwistingsgeding zonder rechtmatige reden een door de rechtbank bevolen deskundigenonderzoek te ondergaan, dan kan de betwistingsvordering gegrond worden verklaard, op voorwaarde dat ook nog andere elementen van het dossier het niet-vaderschap van de echtgenoot bevestigen.

Geheel in deze lijn oordeelde het Hof van Beroep te Gent – al jaren vóór het Hof van Cassatie zich over deze problematiek uitsprak – dat het enkele feit van loutere, zelfs ongemotiveerde weigering van de moeder om zich in een geding tot betwisting van het vaderschap van haar echtgenoot aan een bloedonderzoek te onderwerpen niet toelaat tot gegrondheid van de vordering te besluiten. Artikel 331*octies* B.W. houdt volgens het hof geenszins in dat iemand ertoe verplicht kan worden

om een dergelijk onderzoek te ondergaan. Wel kan en mag – nog steeds volgens het hof – de ongemotiveerde weigering als een element van feitelijk vermoeden in aanmerking worden genomen en toelaten tot vaststelling van het niet-vaderschap van de echtgenoot te besluiten, op voorwaarde dat het samen met andere door de echtgenoot aangebrachte aanwijzingen in dezelfde richting kan worden aangewend. De betwistingsvordering van de echtgenoot werd evenwel ongegrond verklaard aangezien de door hem aangebrachte aanwijzingen niet konden overtuigen (Gent 2 mei 1991, *R.W.* 1991-92, 233, noot P.S.).

In een ander arrest – gewezen na de cassatierechtspraak van 17 december 1998 – oordeelde hetzelfde hof van beroep, bij hervorming van twee bestreden vonnissen, dat de betwistingsvordering ingesteld door de echtgenoot gegrond kon worden verklaard in een geval dat de moeder willekeurig weigerde mee te werken aan een bevolen DNA-onderzoek, maar tegelijk ook vaststond dat zij tijdens de wettelijke verwekkingsperiode relaties had met twee andere mannen, op het ogenblik dat zij terugkeerde naar haar echtgenoot al zwanger was en zij had bekend dat één van die andere mannen de biologische vader van haar kind was (Gent (1ste kamer) nr. 2001/AR/1713, 7 maart 2002, *onuitg.*).

– Weigert de eisende partij in een geding tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot zonder rechtmatige reden een door de rechtbank – eventueel ambtshalve – bevolen deskundigenonderzoek te ondergaan, dan zal zij over zeer sterke bewijzen moeten beschikken om de rechtbank te overtuigen haar betwistingsvordering alsnog gegrond te verklaren; het feitelijk vermoeden dat tegen haar speelt verhindert het bestaan van overeenstemmende vermoedens, met als gevolg dat de eis hoogstwaarschijnlijk zal worden afgewezen.

B. ONRECHTSTREEKS BEWIJS VAN NIET-VADERSCHAP

831 Hoewel een deskundigenonderzoek onmiskenbaar het sterkste bewijs kan bieden dat de echtgenoot van de moeder niet de vader is, wordt in lang niet elke procedure tot betwisting van het vaderschap overgegaan tot een bloedonderzoek of een genetisch onderzoek. Dat heeft wellicht te maken met het feit dat dergelijke onderzoeksmaatregelen extra kosten met zich meebrengen die dienen te worden voorgeschoten en de uitvoering ervan daarenboven ook tijd vraagt: de rechter dient immers eerst – in een tussenvonnis – een deskundige aan te stellen om de nodige vaststellingen te doen; pas nadat het onderzoek is uitgevoerd en de resultaten aan de rechtbank zijn doorgegeven, zal een uitspraak ten gronde over de ingestelde betwistingsvordering kunnen volgen.

Daarom voert de eisende partij in een geding tot betwisting van het vaderschap dikwijls een geheel van feitelijkheden aan dat als bewijs volstaat om de rechtbank ertoe te bewegen te oordelen dat de echtgenoot van de moeder niet de vader is en bijgevolg de betwistingsvordering gegrond te verklaren.

832 De meest diverse bewijsmiddelen kunnen in aanmerking worden genomen.

Uit de rechtspraak blijkt dat een langdurige feitelijke scheiding van de echtgenoten zonder feitelijke hereniging, bewezen

via woonstcertificaten, dikwijls volstaat om de betwistingsvordering gegrond te verklaren.

– De vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot werd door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Luik gegrond verklaard op basis van artikel 318 §§ 1 en 2 B.W., omdat uit getuigschriften van woonst bleek dat de moeder en haar echtgenoot reeds vóór de aanvang van de wettelijke verwekkingsperiode afzonderlijke woonplaatsen hadden en niet werd opgeworpen of aangetoond dat er sindsdien een feitelijke hereniging of tijdelijke toenadering tussen de echtgenoten heeft plaatsgevonden of is geweest (Rb. Luik 23 maart 1990, *Rev. trim dr. fam.* 1991, 198).

– De Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent achtte – zonder duidelijke wettelijke grondslag – de vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot gegrond, nu voldoende was gebleken dat de moeder en haar echtgenoot reeds jaren feitelijk gescheiden leven en er geen feitelijke hereniging was geweest, de moeder reeds jaren een feitelijk gezin vormde met een andere man en een vorig kind door de echtgenoot werd ontkend en vervolgens werd erkend door een andere man (Rb. Gent 13 mei 1996, *T.G.R.* 1996, 129).

– In dezelfde zin besliste de Rechtbank van Eerste Aanleg te Dendermonde – met grote welwillendheid – dat aan de hand van feitelijkheden kon worden besloten tot de "morele onmogelijkheid" van de moeder om gedurende de wettelijke conceptieperiode geslachtsverkeer te onderhouden met haar wettige echtgenoot, nu beide echtgenoten al sinds bijna vier jaar vóór de geboorte feitelijk gescheiden leefden en de vrouw sinds de datum van de feitelijke scheiding samenwoont met een andere man en zij zich, blijkend uit een geboortekaartje van een ander kind, voordoen als man en vrouw. De rechtbank achtte de vordering van de moeder gegrond o.g.v. artikel 318 §§ 1 en 2 B.W. (Rb. Dendermonde 28 oktober 1999, *T.G.R.* 2000, 166 en *Rev. trim. dr. fam.* 2001, 568).

– Nu de echtgenoot kon bewijzen dat hijzelf niet meer samen woonde met de moeder gedurende tweeëntwintig maanden vóór de geboorte en beiden sedert de feitelijke scheiding geen contact meer met elkaar hadden, de kinderen door een andere man als diens kinderen werden behandeld, opgevoed en onderhouden en de moeder bovendien – hoewel ze de laattijdigheid van de vordering had opgeworpen – toegaf dat haar echtgenoot niet de biologische vader was, verklaarde het Hof van Beroep te Brussel zijn betwistingsvordering gegrond (Brussel (3de kamer) A.R. nr. 1997/AR/1421, 16 juni 1998, *onuitg.*).

– Aangezien de moeder kon aantonen dat zij gedurende zeven jaar vóór de geboorte niet met haar echtgenoot samenwoonde – en deze dit na ondervraging bevestigde –, dat een andere man als vader op het geboortekaartje van het kind werd vermeld en deze man op het adres van de moeder was gedomicilieerd, dat zij daarnaast familiefoto's kon voorleggen waaruit de affectieve band tussen die andere man en haar dochter blijkt en deze man schriftelijk bevestigde dat het kind sinds zijn geboorte onafgebroken met hem en de moeder samenwoont en hij zijn vaderfunctie wenste op te nemen en het kind wou erkennen, achtte ditzelfde hof deze objectieve, ernstige en overeenstemmende elementen voldoende als bewijs dat de echtgenoot niet de vader was van het kind (Brussel (3de kamer) A.R. nr. 1997/AR/3676, 23 december 1999, *onuitg.*).

Het bewijs dat de echtgenoot van de moeder getroffen is door een totale aangeboren onvruchtbaarheid kan volstaan voor de gegrondheid van de betwistingsvordering.

Zo oordeelde het Hof van Beroep te Brussel onder gelding van het oude afstammingsrecht dat de ontkenningsvordering die de echtgenoot van de moeder had ingesteld in toepassing van artikel 312 tweede lid (oud) B.W. gegrond kon worden verklaard nadat een expert had vastgesteld dat de man getroffen was door een totale congenitale steriliteit, die dus ook bestond gedurende de wettelijke verwekkingsperiode; het in eerste aanleg bevolen bloedonderzoek werd overbodig geacht (Brussel 24 december 1965, *Pas.* 1965, II, 319, noot A.M.).

De bekentenis is toelaatbaar als bewijsmiddel, maar dient door de rechter met omzichtigheid te worden benaderd. Wanneer elk collusiegevaar kan worden uitgesloten mag de bekentenis in aanmerking worden genomen indien ze wordt bevestigd door andere bewijselementen (zie Luik 12 mei 1999, *T.B.B.R.* 2001, (585) 587, noot I. MASSIN).

Zo achtte de Rechtbank van Eerste Aanleg te Aarlen de betwistingsvordering van de echtgenoot gegrond, nu zowel de moeder als haar nieuwe partner bekenden dat het kind uit hun relatie geboren is en de echtgenoot niet aanwezig was bij de geboorte en de aangifte ervan en daarenboven gebleken is dat de moeder al anderhalf jaar vóór de geboorte met een andere man samenleefde, zodat een feitelijke hereniging van de moeder en haar echtgenoot ten tijde van de verwekking onwaarschijnlijk was (Rb. Aarlen 27 november 1987, weergegeven door C. PANIER, "Inédits de droit de la famille (II). Le nouveau droit de filiation et de l'adoption", *J.L.M.B.* 1987, (1549) 1555).

In een zaak waarin een Marokkaanse man de moeder van het kind pas zeven maanden vóór de geboorte had ontmoet en iets meer dan twee maanden vóór de geboorte met haar was gehuwd, achtte het Hof van Beroep te Bergen de betwistingsvordering ingesteld door de echtgenoot – waartegen de moeder zich niet verzette – gegrond, op basis van o.m. een attest van een gynaecoloog waaruit bleek dat de moeder alleen op consultatie was gekomen en geschriften uitgaande van vrienden en familie van de echtgenoten, waaruit bleek de partijen elkaar pas voor het eerst ontmoetten toen de vrouw al twee maanden zwanger was. Deze stukken, in combinatie met de verklaringen van partijen, vormden ernstige, precieze en overeenstemmende vermoedens die het hof tot de conclusie brachten dat de echtgenoot niet de vader van het kind kon zijn (Bergen (2de kamer) nr. 2002/RG/252, 14 mei 2002, *onuitg.*).

Indien andere sterke bewijselementen ontbreken, is de bekentenis van een partij echter onvoldoende om tot de gegrondheid van de vordering te besluiten (zie Rb. Charleroi 17 mei 1989, *J.T.* 1989, 670, waar zelfs werd geoordeeld dat in de zeer bijzondere materie van de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot de openbare orde er zich tegen verzet dat bewijswaarde zou worden toegekend aan de bekentenis van de moeder, wiens motieven eventueel niet conform de belangen van het kind kunnen zijn).

C. HIËRARCHIE ONDER DE BEWIJSMIDDELEN: HET DOOR DE RECHTER BEVOLEN DESKUNDIGENONDERZOEK PRIMEERT

833 Ingeval van twijfel omtrent de aangevoerde bewijsmiddelen is het aangewezen dat een deskundigenonderzoek wordt bevolen, hetgeen de rechtbank ambtshalve kan o.g.v. artikel 331*octies* B.W. Op die manier kan wetenschappelijke zekerheid omtrent de biologische werkelijkheid worden bekomen. Daarom mag worden aangenomen dat het door de rechter bevolen deskundigenonderzoek het sterkste bewijsmiddel is dat alle andere aangevoerde – tegenstrijdige – bewijsmiddelen primeert.

Woonstcertificaten waaruit blijkt dat de echtgenoten gedurende hun tien jaar durend huwelijk nooit op hetzelfde adres gedomicilieerd waren, kunnen volgens het Hof van Beroep te Brussel niet volstaan als bewijs dat de echtgenoten niet feitelijk herenigd waren ten tijde van de verwekking, in een situatie waarin de echtgenoten toegaven dat ze gedurende vijf jaar hadden samengeleefd. Noch geschreven verklaringen van kennissen en familieleden van de moeder, noch de bekentenis van de eiser dat hij gedurende meer dan vier jaar niet meer met de moeder als man een vrouw had samengeleefd kunnen volgens het hof gelden als bewijs in deze materie van open-

bare orde; de eerste rechter stelde terecht een deskundige aan (Brussel (3de kamer) R.G. nr. 1999/AR/2727, 8 februari 2000, *onuitg.*).

In dezelfde lijn stelde het Hof van Beroep te Brussel in een tussenarrest een deskundige aan om een DNA-onderzoek uit te voeren, nadat de eerste rechter de betwistingsvordering gegrond had verklaard op basis van door hem bevolen getuigenverhoren. Toen de resultaten van het deskundigenonderzoek uitwezen dat de echtgenoot met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid de vader was, werd het bestreden vonnis door het eindarrest hervormd en de betwistingsvordering ongegrond verklaard (Brussel (3de kamer) A.R. nr. 1998/AR/2170, 21 december 2000, *onuitg.*). Een DNA-onderzoek werd eveneens bevolen, nu de moeder – in hoger beroep tegen een vonnis dat de betwistingsvordering van haar echtgenoot gegrond verklaarde – beweerde nog samen te wonen met haar echtgenoot tijdens het wettelijk tijdvak van de verwekking en zelfs nog op het ogenblik van de geboorte (Brussel (3de kamer) A.R. nr. 2000/AR/2985, 20 maart 2001, *onuitg.*).

834 In de praktijk komt het voor dat het vaderschap van de echtgenoot met zekerheid is bevestigd of uitgesloten via een DNA-onderzoek dat werd uitgevoerd buiten de rechtbank om. Het is zeer de vraag of dergelijk buitengerechtelijk onderzoek wel een rechtmatig verkregen bewijsmiddel kan zijn, aangezien het noodzakelijke lichaamsmateriaal lang niet altijd met toestemming van de betrokkenen zal zijn aangewend. In elk geval kunnen de resultaten van dit onderzoek geenszins determinerend worden geacht voor de gegrondheid van de betwistingsvordering.

§ 2. Betwisting door eenvoudige verklaring (art. 318 §§ 1 en 3 B.W.)

835 Luidens artikel 318 § 1 B.W. kan het vaderschap van de echtgenoot worden betwist indien wordt aangetoond dat hij niet de vader van het kind kan zijn. In vijf door de wetgever omschreven gevallen dient degene die een vordering instelt tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot dat vaststaat krachtens artikel 315 of 317 B.W. diens niet-vaderschap niet zelf te bewijzen. Het niet-vaderschap van de echtgenoot wordt in die gevallen verondersteld. De betwister moet alleen bewijzen dat één van de vijf in artikel 318 § 3 eerste lid, 1° tot 5° B.W. opgenomen hypotheses van toepassing is. Het gaat om gevallen waarin het vaderschap van de echtgenoot onwaarschijnlijk is, omdat het kind werd verwekt na de feitelijke scheiding van de echtgenoten (1° tot 3°) of werd geboren zonder dat de naam van de moeder in de geboorteakte werd vermeld (4° en 5°).

836 Deze wijze van betwisting is vanuit (proces)economisch oogpunt te verkiezen boven een betwisting op tegenbewijs: de betwisting op eenvoudige verklaring zal sneller kunnen worden afgerond en zal voor de eisende partij minder kosten met zich meebrengen, aangezien een deskundigenonderzoek achterwege blijft.

A. TWEE BIJZONDERE GRONDEN VAN ONTOELAATBAARHEID

837 Uit de aanhef van artikel 318 § 3 eerste lid B.W. kan worden afgeleid dat de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot door eenvoudige verkla-

ring in twee hypotheses ontoelaatbaar is, nl. wanneer het kind bezit van staat heeft t.a.v. beide echtgenoten en/of wanneer de echtgenoten feitelijk herenigd waren ten tijde van de verwekking. Eén van beide hypotheses volstaat om de ingestelde betwistingsvordering alle kans op slagen te ontnemen.

838 Het bestaan van één van beide gronden van niet-toelaatbaarheid moet door de verweerder(s) worden bewezen, aangezien het gaat om excepties op de principiële toelaatbaarheid van de vordering (P. SENAEVE, "De afstamming langs vaderszijde binnen het huwelijk", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, 96, nr. 106).

Het Hof van Beroep te Bergen bevestigde dat de bewijslast op dit vlak ligt bij de partij die beweert dat het kind wel degelijk het kind is van de echtgenoot, nl. de verwerende partij in het betwistingsgeding (Bergen (2de kamer) nr. 1996/RG/985, 5 mei 1998, *onuitg.*).

1. Bezit van staat ten aanzien van beide echtgenoten

839 In de rechtsleer zijn stemmen opgegaan om het door de wet vereiste tweezijdige karakter van het bezit van staat – zowel t.a.v. de moeder als t.a.v. haar echtgenoot – af te zwakken, met als gevolg dat deze ontoelaatbaarheidsgrond nog sneller zou kunnen spelen.

HEYVAERT en VANCRAENENBROECK menen dat bezit van staat t.a.v. de echtgenoot alleen volstaat om zijn vaderschap op eenvoudige verklaring totaal onbetwistbaar te maken. Deze auteurs achten het onlogisch en niet verdedigbaar dat de moeder t.a.v. wie het kind geen bezit van staat zou hebben het vaderschap van haar echtgenoot wel kan betwisten, terwijl ze dat niet kan indien het kind ook t.a.v. haarzelf bezit van staat zou hebben. Anderzijds zien zij niet in waarom de betwistbaarheid van het vaderschap van de echtgenoot door de echtgenoot zelf wordt beïnvloed door het bezit van staat t.a.v. de moeder. Omwille van de coherentie in het afstammingsrecht pleiten deze auteurs ervoor dat het bezit van staat ook bij de rechtstreekse betwisting van het vaderschap van de echtgenoot o.g.v. artikel 318 B.W. een ontoelaatbaarheidsgrond zou vormen (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 318 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 10, nr. 15).

Nochtans is de wettekst zeer duidelijk zodat hij niet moet worden geïnterpreteerd (*Interpretatio cessat in claris*). Er moet dus worden aangenomen dat voor de toepassing van de eerste ontoelaatbaarheidsgrond uit artikel 318 § 3 eerste lid B.W. vereist is dat het kind bezit van staat heeft zowel t.a.v. zijn moeder als t.a.v. zijn juridische vader, *i.e.* de echtgenoot van de moeder.

840 Het praktisch belang van deze eerste grond van ontoelaatbaarheid is voor de moeder en haar echtgenoot overigens vrij gering, gelet op de korte vervaltermijn waarbinnen zij hun betwistingsvordering moeten instellen (zie verder, resp. nr. 933 en nr. 917 e.v.).

Ondanks het feit dat het Arbitragehof heeft overwogen dat er na één jaar "redelijkerwijze mag worden aangenomen dat er, met instemming van de moeder, die haar eigen vorderingsrecht niet heeft uitgeoefend, bezit van staat ten aanzien van de wettelijke vader is tot stand gekomen" (zie Arbitragehof nr. 138/2000, 21 december 2000, *B.S.* 8 maart 2001, 7435 en *T.B.B.R.* 2001, 359, noot G. VERSCHELDEN en Arbitragehof nr. 95/2001, 12 juli 2001, *B.S.* 13 november 2001, 38684, resp. overweging B.8 en B.10), vereist een deugdelijk bezit van staat wellicht een langere termijn.

Wanneer het kind de betwistingsvordering na de meerderjarigheid instelt, is het daarentegen absoluut niet denkbeeldig dat de betwisting op eenvoudige verklaring zal mislukken omdat het inmiddels bezit van staat heeft t.o.v. beide echtgenoten.

841 Het feit dat er pas jaren na de gedinginleiding een uitspraak wordt bekomen impliceert niet dat het kind daardoor deugdelijk bezit van staat heeft gekregen ten aanzien van beide echtgenoten.

Zo oordeelde het Hof van Beroep te Gent – in een zaak waarin de betwistingsvordering in eerste aanleg pas meer dan tien jaar na de dagvaarding gegrond werd verklaard en de moeder opwierp dat het kind intussen bezit van staat had t.a.v. beide ouders – dat het louter aanslepen van de procedure, waaraan beide partijen fout hadden, het kind nog geen bezit van staat doet verkrijgen t.a.v. de echtgenoot. De vaststelling dat het kind gedurende de procedure de naam van de echtgenoot was blijven dragen vestigt evenmin bezit van staat. Hiertoe is meer nodig – aldus het hof – zoals het voorzien in onderhoud en opvoeding, het ervaren van een kind-vader relatie, het als dusdanig (kind van) erkend zijn door de familie en de maatschappij. Nu geen enkel van deze elementen werd bewezen, werd de door de moeder ingeroepen onontvankelijkheidsgrond afgewezen (Gent 8 november 2001, *T.G.R.* 2002, 143).

2. Feitelijke hereniging van de echtgenoten ten tijde van de verwekking

842 Om te kunnen spreken van een feitelijke hereniging volstaat het dat de echtgenoten opnieuw bij elkaar zijn geweest in omstandigheden die geslachtsgemeenschap niet uitsluiten: de mogelijkheid of waarschijnlijkheid tot seksuele omgang volstaat, het reële bewijs ervan moet niet worden geleverd. De feitelijke hereniging is een feitenkwestie waarover de rechter zal oordelen (P. SENAEVE, "De afstamming langs vaderszijde binnen het huwelijk", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, 96, nr. 105).

843 Feitelijke hereniging mag niet worden gelijkgesteld met verzoening van de echtgenoten; verzoening vereist een intentioneel element, nl. de wilsovereenstemming tussen beide partijen om het huwelijksleven te hervatten (Cass. 14 mei 1954, *Arr. Cass.* 1954, 592, *Pas.* 1954, I, 785 en *R.W.* 1954-55, 561 (in echtscheidingszaken)). Feitelijke hereniging zonder verzoening is mogelijk (zie Luik 12 december 1973, *J.L.* 1973-74, 169 (inzake ontkenning van vaderschap o.g.v. art. 313 tweede lid (oud) B.W.)).

844 De wet stelt wel uitdrukkelijk dat het moet gaan om een feitelijke hereniging ten tijde van de verwekking.
Het bewijs van de feitelijke hereniging binnen het wettelijk tijdvak van de verwekking – de 300ste t.e.m. de 180ste dag vóór de geboorte (zie art. 326 B.W.) – zal dus niet altijd voldoende zijn om de betwisting op eenvoudige verklaring ontoelaatbaar te verklaren. Wanneer bv. zou vaststaan dat het kind werd verwekt rond de 200ste dag vóór de geboorte en men levert het bewijs dat de feitelijke hereniging heeft plaatsgevonden de 289ste dag vóór de geboorte, dan moet worden aangenomen dat de vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot op eenvoudige verklaring toelaatbaar blijft.

Omgekeerd zal het kind het tweede – sociaal corrigerend – vermoeden uit artikel 326 B.W. niet kunnen aanwenden om de ontoelaatbaarheid van de betwisting te weren, door te stellen dat het moet worden geacht verwekt te zijn op het tijdstip dat voor hem het gunstigst is. Het voorbehoud van het tegenbewijs slaat immers op allebei de vermoedens die vervat liggen in artikel 326 B.W., zodat moet worden aangenomen dat wanneer het tijdstip van verwekking bij benadering kan worden bepaald door de verwerende partij in het betwistingsgeding, deze benaderende bepaling niet kan worden afgeweerd door een beroep op het vermoeden *Omni meliore momento* (in dezelfde zin: A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 318 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 11, nr. 17).

B. VIJF GEVALLEN WAARIN HET VADERSCHAP VAN DE ECHTGENOOT OP EENVOUDIGE VERKLARING KAN WORDEN BETWIST

845 Tenzij het kind bezit van staat heeft t.a.v. beide echtgenoten of dezen feitelijk herenigd waren ten tijde van de verwekking, wordt de vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot op eenvoudige verklaring gegrond verklaard in vijf gevallen opgesomd in artikel 318 § 3 eerste lid B.W.

De gevallen 1° tot 3° zijn – afgezien van enkele minieme verschillen in de gehanteerde bewoordingen – identiek dezelfde als de gevallen 2° tot 4° van artikel 320 B.W. die een andere man dan de echtgenoot toelaten, mits machtiging van de rechtbank, diens kind te erkennen en op die manier het vaderschap van de echtgenoot onrechtstreeks te betwisten, waardoor het verdwijnt.

Het eerste geval van artikel 320 B.W. – het kind is geboren ten minste 180 dagen na de ontbinding of nietigverklaring van het huwelijk van de moeder – werd hier niet weerhouden, wellicht omdat het wenselijk is het vaderschap van de echtgenoot slechts in twijfel te trekken als een andere man de vaderrol wil overnemen.

De vijf gevallen waarin het vaderschap van de echtgenoot op eenvoudige verklaring kan worden betwist zullen hieronder worden toegelicht.

1. Het kind is verwekt nadat een vordering tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed is ingeleid (art. 318 § 3 eerste lid 1° B.W.)

a. Drie subhypotheses

846 Artikel 318 § 3 eerste lid 1° B.W. bevat drie subhypotheses met als gemeenschappelijk kenmerk dat de echtgenoten blijk hebben gegeven van de intentie het huwelijk dat aanleiding geeft tot de toepassing van de vaderschapsregel uit artikel 315 of 317 B.W. te willen ontbinden door een vordering tot echtscheiding o.g.v. bepaalde feiten of door onderlinge toestemming in te leiden, dan wel sommige huwelijksverplichtingen willen uitschakelen via een

scheiding van tafel en bed, hetzij o.g.v. bepaalde feiten, hetzij door onderlinge toestemming.

– Vooreerst kan het vaderschap van de echtgenoot op eenvoudige verklaring worden betwist indien het kind geboren is meer dan 300 dagen na de inleidingszitting bedoeld in artikel 1258 § 1 eerste lid Ger. W. – dus in het raam van een vordering tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed o.g.v. bepaalde feiten –, maar slechts op voorwaarde dat er geen proces-verbaal van verzoening is opgemaakt. Een dergelijk proces-verbaal kan worden opgemaakt wanneer de rechter op verzoek van beide echtgenoten of van één van hen op de inleidingszitting tot een verzoeningspoging overgaat en deze succesvol is (art. 1258 § 1 eerste en tweede lid Ger. W.).

– Daarnaast is betwisting op eenvoudige verklaring ook mogelijk wanneer het kind geboren is meer dan 300 dagen nadat de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, rechtsprekend in kort geding, de partijen heeft gemachtigd een afzonderlijke verblijfplaats te betrekken.

Wanneer de vordering tot echtscheiding o.g.v. bepaalde feiten is ingeleid, kan de voorzitter een dergelijke machtiging verlenen o.g.v. artikel 1280 Ger. W. Deze voorlopige maatregel kan zelfs nog vóór de inleidingszitting worden uitgesproken (Verslag namens de Commissie voor de Justitie, uitgebracht door mevr. DE T'SERCLAES inzake wetsontwerp tot wijziging van de artikelen 318 en 320 van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* Kamer 1994-95, nr. 1562/4, 5-6; P. SENAEVE, "De 'Reparatiewet' van 27 december 1994 betreffende de echtscheidingsprocedure", *E.J.* 1995, (2) 3).

– Tenslotte kan het vaderschap van de echtgenoot op eenvoudige verklaring worden betwist wanneer het kind geboren is meer dan 300 dagen na de verklaring die de echtgenoten afleggen tijdens hun eerste verschijning in het raam van een echtscheiding of scheiding van tafel en bed door onderlinge toestemming (art. 1289 Ger. W.).

In feite vereist de wet in deze drie gevallen dat er meer dan 300 dagen zijn verlopen tussen een gerechtelijke akte en de geboorte van het kind, zodat het waarschijnlijk is dat het kind verwekt werd na deze gerechtelijke akte. De termijn van 300 dagen is immers de maximale wettelijke duur van een zwangerschap (zie art. 326 B.W.). Het is echter mogelijk dit wettelijke vermoeden *in concreto* te weerleggen: zo wordt bewezen dat een zwangerschap langer heeft geduurd dan 300 dagen blijkt meteen dat het kind verwekt werd vóór de gerechtelijke akte, met als gevolg dat het vaderschap van de echtgenoot o.g.v. de hier besproken bepaling niet op eenvoudige verklaring kan worden betwist.

847 Het is mogelijk artikel 318 § 3 eerste lid 1° B.W. met artikel 318 § 3 eerste lid 1° B.W. te combineren (zie Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 54). Wanneer bv. de inleidingszitting uit artikel 1258 § 1 Ger. W. plaatsvindt op een moment dat de beschikking van de vrederechter nog uitwerking heeft of de echtgenoten in dat tijdvak de verklaring bedoeld in artikel 1289 Ger. W. afleggen, mag men de termijn van 300 dagen uit artikel 318 § 3 eerste lid 1° B.W. laten aanvangen vanaf de datum van de beschikking van de vrederechter. Op die manier kan de betwisting op eenvoudige verklaring zelfs gegrond worden verklaard indien het kind geboren is minder dan 300 dagen na de inleidingszitting, de beschikking van de voorzitter of de verklaring n.a.v. de eerste verschijning, ook al wordt het kind geboren meer dan 180 dagen nadat aan de beschikking van de vrederechter een einde is gekomen.

b. Gronden van verval van de betwistingsmogelijkheid

848 Vooraleer de vordering in de drie zonet vermelde subhypotheses op eenvoudige verklaring gegrond kan worden verklaard, moet de in artikel 318 § 3 eerste lid 1° *in fine* B.W. bepaalde voorwaarde vervuld zijn: het kind moet geboren zijn "minder dan 180 dagen na de definitieve afwijzing van de vordering of na de verzoening van de echtgenoten".

Concreet betekent dit dat, ook al verkeren de betrokkenen in één van de drie besproken subhypotheses, de mogelijkheid tot betwisting op eenvoudige verklaring toch vervalt wanneer het kind geboren is
- meer dan 180 dagen na de definitieve afwijzing van de vordering tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed; of
- meer dan 180 dagen na de verzoening van de echtgenoten.

Het verval van de betwistingsmogelijkheid is logisch t.a.v. kinderen die geboren worden vanaf de 180ste dag na de verzoening, omdat de echtgenoten na verzoening het echtelijke (samen)leven hervatten. De definitieve afwijzing van de vordering impliceert echter geenszins de hernieuwing van de echtelijke samenleving. In de rechtsleer is dan ook betreurd dat de verzoening en de definitieve afwijzing van de eis door de wetgever werden gelijkgesteld (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 318 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 12, nr. 19).

849 Wanneer de vordering tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed vervalt of niet wordt voortgezet om andere redenen dan de definitieve afwijzing ervan (bv. wegens afstand van geding, niet-naleving van de wettelijke minimumduur van het huwelijk voor echtscheiding door onderlinge toestemming (art. 276 B.W.), overlijden van een echtgenoot enz.), moet de betwisting op eenvoudige verklaring *a contrario* mogelijk blijven (zie A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 318 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 12-13, nr. 19 en

P. SENAEVE, "De afstamming langs vaderszijde binnen het huwelijk", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, 88, nr. 90).

Indien de vordering tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed niet definitief is afgewezen en de echtgenoten ook niet verzoend zijn, speelt artikel 318 § 3 eerste lid 1° *in fine* B.W. evident niet en blijven de vermelde betwistingsmogelijkheden gelden.

c. Overgangsrecht

850 De algemene principes van overgangsrecht i.v.m. artikel 318 B.W. worden verder uiteengezet (zie verder, nrs. 873-876). Artikel 318 § 3 eerste lid 1° B.W. geeft echter aanleiding tot een specifiek overgangsrechtelijk probleem.

Vóór de Wet van 27 december 1994 waren er twee vertrekpunten voor de termijn van 300 dagen uit artikel 318 § 3 eerste lid 1° B.W.: vooreerst het proces-verbaal bedoeld in het oude artikel 1258 Ger. W., nl. het proces-verbaal van niet-verzoening in het raam van een echtscheidingsprocedure o.g.v. bepaalde feiten, en daarnaast de verklaring bedoeld in artikel 1289 Ger. W. Deze laatste verklaring bestaat nog steeds, maar de verplichte verzoeningspoging door de rechter uit het oude artikel 1258 Ger. W. werd na de Wet van 30 juni 1994 facultatief, met als gevolg dat in de meerderheid van de gevallen er dan ook geen proces-verbaal meer werd opgesteld. In het vigerende recht is het vertrekpunt de inleidingszitting in het raam van een echtscheiding o.g.v. bepaalde feiten.

Artikel 7 van de Wet 27 december 1994 regelt dit probleem van overgangsrecht en stelt dat het oude artikel 318 § 3 eerste lid 1° B.W. van kracht blijft voor echtscheidingsvorderingen die werden ingeleid vóór 1 oktober 1994. Concreet komt deze overgangsbepaling erop neer dat ingeval de echtscheidingsprocedure werd ingeleid vóór 1 oktober 1994, het vertrekpunt van de termijn van 300 dagen nog steeds bepaald wordt door het proces-verbaal van niet-verzoening bedoeld in het oude artikel 1258 Ger. W.

Het derde vertrekpunt voor de termijn van 300 dagen – dat pas sinds de Wet van 27 december 1994 bestaat – is de beschikking van de voorzitter in kort geding, waarbij de echtgenoten gemachtigd worden een afzonderlijke verblijfplaats te betrekken. In het uitzonderlijke geval dat de machtiging van de voorzitter plaatsvond vóór het proces-verbaal van niet-verzoening dat onder gelding van het oude recht werd opgemaakt, wordt aangenomen dat de beschikking van de voorzitter geldt als vertrekpunt voor de termijn van 300 dagen (P. SENAEVE, "De afstamming langs vaderszijde binnen het huwelijk", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, 86, nr. 85; P. SENAEVE, "De 'Reparatiewet' van 27 december 1994 betreffende de echtscheidingsprocedure", *E.J.* 1995, (2) 3).

2. *Het kind is verwekt na de feitelijke scheiding van de echtgenoten die gevolgd werd door een echtscheiding (art. 318 § 3 eerste lid 2° B.W.)*

a. Situering en bewijs

851 Artikel 318 § 3 eerste lid 2° B.W. laat toe het vaderschap van de echtgenoot op eenvoudige verklaring te betwisten wanneer het kind geboren is meer dan 300 dagen na de datum van de feitelijke scheiding ingeval de echtscheiding is uitgesproken krachtens de artikelen 229, 231 of 232 B.W.
Deze bepaling beoogt dus de hypothese dat de feitelijke scheiding van de echtgenoten naderhand is uitgelopen op een uitgesproken echtscheiding.

Ook hier is het tegenbewijs aangaande de maximale wettelijke duur van de zwangerschap principieel toegelaten (zie art. 326 B.W. en boven, nr. 259). Wordt door de verweerder(s) bewezen dat de zwangerschap langer dan 300 dagen heeft geduurd, dan is het kind nog vóór de datum van de feitelijke scheiding verwekt, hetgeen betekent dat de betwisting op eenvoudige verklaring niet o.g.v. artikel 318 § 3 eerste lid 2° B.W. zal kunnen plaatsvinden.

852 I.v.m. de datum van de feitelijke scheiding zullen er in de regel geen bewijsmoeilijkheden zijn bij de echtscheiding o.g.v. feitelijke scheiding (art. 232 B.W.): in het beschikkende gedeelte van het vonnis of arrest dat de echtscheiding o.g.v. feitelijke scheiding uitspreekt, moet verplicht melding worden gemaakt van het tijdstip waarop de feitelijke scheiding een aanvang heeft genomen (art. 1269 tweede lid Ger. W.). Nochtans kan ook in geval van echtscheiding o.g.v. feitelijke scheiding worden bewezen dat de datum van het werkelijke begin van de feitelijke scheiding de in het echtscheidingsvonnis vermelde datum voorafgaat (vgl. Rb. Brugge 13 maart 1990, *R.W.* 1990-91, 1240, noot (inzake machtiging tot erkenning)).

Hoewel uit de praktijk blijkt dat de rechters die de echtscheiding uitspreken o.g.v. de artikelen 229 en 231 B.W. in het echtscheidingsvonnis ook de datum van de feitelijke scheiding opnemen (G. MAHIEU en D. PIRE, *Droit des personnes. La filiation*, in *Rép. not.*, Brussel, Larcier, 1999, 107, nr. 113, voetnoot 3), is er geen enkele wettekst die hen tot een dergelijke precisering verplicht (zie boven, nr. 631). Bij de echtscheiding o.g.v. bepaalde feiten (en de echtscheiding door onderlinge toestemming) kunnen er bewijsproblemen rijzen aangaande het moment waarop echtgenoten uit elkaar gegaan zijn.
De exacte datum van (het begin van) de feitelijke scheiding kan worden bewezen door alle wettelijke bewijsmiddelen (I. MASSIN, "Quelques réflexions relatives à la preuve de la séparation de fait aux fins de contestation indirecte de la paternité du mari de la mère", (noot Luik 16 oktober 2000), *J.L.M.B.* 2002, (142) 143, nr. 3 en voetnoot 5), met uitzondering van de gedingbeslissende eed, gelet op de onbeschikbaarheid van de staat van de persoon. Om dezelfde reden is de bekentenis wel een toegelaten bewijsmiddel, maar is zij voor de rechter niet bindend (P. SENAEVE, "De 'Reparatiewet' van 27 december 1994 betreffende de echtscheidingsprocedure", *E.J.* 1995, (2) 4-5). Sterke bewijsmiddelen zijn bv. de afzonderlijke inschrijving van de echtgenoten in de bevolkingsregisters en hun verschillende geregistreerde huurcontracten.

853 Ons inziens is voor de toepassing van artikel 318 § 3 eerste lid 2° B.W. niet vereist dat het echtscheidingsvonnis in kracht van gewijsde is gegaan; gelet op de bewoordingen van de wet moet worden aangenomen dat de uitspraak van de echtscheiding volstaat; een definitief geworden echtscheiding is niet noodzakelijk (in die zin: P. SENAEVE, "De afstamming langs vaderszijde binnen het huwelijk", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1987, 89, nr. 92, die – nog vóór de hervorming van de echtscheidingsprocedures in 1994 en 1997 – van oordeel was dat de wet niet vereist dat het huwelijk ontbonden werd en de echtscheiding werkelijk effectief is geworden; *anders*: A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 318 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 13, nr. 21 *in fine*; zie ook boven, i.v.m. art. 320, 4°, nr. 624).

b. Discriminatoir karakter van artikel 318 § 3 eerste lid 2° B.W.

854 Merkwaardig is dat slechts twee echtscheidingsvormen zijn opgenomen in artikel 318 § 3 eerste lid 2° B.W.: de echtscheiding o.g.v. fout, nl. overspel (art. 229 B.W.) en grove beledigingen (art. 231 B.W.) en de echtscheiding o.g.v. feitelijke scheiding van meer dan twee jaar (art. 232 B.W.; de vereiste duur van de feitelijke scheiding werd gereduceerd van vijf tot twee jaar door art. 2 W. 16 april 2000 tot wijziging van art. 232 van het Burgerlijk Wetboek en van de art. 1270*bis*, 1309 en 1310 van het Gerechtelijk Wetboek met betrekking tot echtscheiding op grond van feitelijke scheiding, *B.S.* 19 mei 2000, in werking getreden op 29 mei 2000).

855 Artikel 318 § 3 eerste lid 2° B.W. houdt onmiskenbaar een discriminatie in. Strikt wettelijk kan het vaderschap van de echtgenoot immers niet op eenvoudige verklaring worden betwist wanneer de feitelijke scheiding van de moeder en haar echtgenoot gevolgd wordt door een echtscheiding door onderlinge toestemming, precies omdat deze echtscheidingsvorm (art. 233 B.W.) niet wordt vermeld in artikel 318 § 3 eerste lid 2° B.W.

De Afstammingswet van 31 maart 1987 hield een nog striktere regeling in: de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot was enkel mogelijk wanneer de feitelijke scheiding werd gevolgd door een echtscheiding o.g.v. feitelijke scheiding van meer dan vijf jaar (vgl. het toenmalige art. 318 § 3 eerste lid 2° B.W.: "wanneer het kind geboren is meer dan 300 dagen na de datum van de feitelijke scheiding in geval van echtscheiding toegestaan krachtens art. 232 van het Burgerlijk Wetboek").

Kort na de inwerkingtreding van de Afstammingswet merkte SENAEVE al op dat de regeling waardoor kinderen die verwekt zijn na het ontstaan van de feitelijke scheiding maar vóór het inleiden van het echtscheidingsgeding al dan niet in aanmerking komen voor een vaderschapsbetwisting op eenvoudige verklaring, afhankelijk van het soort echtscheidingsprocedure dat er nadien wordt gevoerd, een discriminatie inhoudt "waarvan de conformiteit met artikel 14 *juncto* artikel 8 E.V.R.M. betwijfelbaar is" (P. SENAEVE, "De afstamming langs vaderszijde binnen het huwelijk", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1987, 90, nr. 94).

De wetgever bleef niet doof voor deze opmerking: via de Wet van 27 december 1994 (tot wijziging van de art. 318, 320 en 348 van het Burgerlijk Wetboek en van de art. 1306, 1309 en 1310 van het Gerechtelijk Wetboek, *B.S.* 28 januari 1995) werd in artikel 318 § 3 eerste lid 2° B.W. de echtscheiding o.g.v. fout (art. 229 en 231 B.W.) toegevoegd. Hetzelfde gebeurde in artikel 320, 4° B.W. i.v.m. de machtiging tot erkenning, met als gevolg dat beide bepalingen nu exact dezelfde hypothese bevatten (zie de amendementen nrs. 14 en 15 van mevr. MERCKX-VAN GOEY inzake wetsontwerp tot wijziging van de art. 318 en 320 van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* Kamer 1994-95, nr. 1562/3, resp. 3 en 4).

Tijdens de parlementaire voorbereiding van de Wet van 27 december 1994 was het duidelijk de bedoeling van de wetgever om via de aanvulling van deze beide artikelen een discriminatie in het afstammingsrecht weg te werken (zie Verslag namens de Commissie voor de Justitie, uitgebracht door mevr. DE T'SERCLAES inzake wetsontwerp tot wijziging van de art. 318 en 320 van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* Kamer 1994-95, nr. 1562/4, 7). De toevoeging van de echtscheiding o.g.v. fout was ingegeven door de vaststelling dat de afhankelijkheid van het afstammingsstatuut van het soort echtscheidingsprocedure dat de ouders naderhand instellen algemeen werd bestempeld als een discriminatie in strijd met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet (zie de verantwoording bij de amendementen nrs. 14 en 15 van mevr. MERCKX-VAN GOEY inzake wetsontwerp tot wijziging van de art. 318 en 320 van het Burgerlijk Wetboek, *Parl. St.* Kamer 1994-95, nr. 1562/3, 3-4; de Nederlandse tekst van de parlementaire stukken vermeldt evenwel verkeerdelijk de art. 10 en 11 Ger. W.).

Na de Wet van 27 december 1994 is noch artikel 320, 4° B.W., noch artikel 318 § 3 eerste lid 2° B.W. verder aangevuld, in die zin dat resp. de machtiging tot erkenning kan worden verleend en de betwisting van het vaderschap op eenvoudige verklaring gegrond kan worden verklaard wanneer de feitelijke scheiding uitloopt op een echtscheiding door onderlinge toestemming.
Een belangrijke vaststelling is dat deze toevoeging zeker niet doelbewust werd geweigerd, wel integendeel. Bij de bespreking van het door de Kamer geamendeerde wetsontwerp in de Senaatscommissie voor de Justitie blijkt duidelijk de intentie van de wetgever om de ontkenning van het vaderschap van de echtgenoot ook mogelijk te maken indien de feitelijke scheiding gevolgd werd door een echtscheiding door onderlinge toestemming. Sterker nog, een analyse van de parlementaire voorbereiding leert dat men er zelfs van uitging dat die mogelijkheid was ingevoerd: "Voortaan staat de mogelijkheid tot ontkenning open ongeacht of de feitelijke scheiding plaatsheeft in het kader van een echtscheiding volgens artikel 232 van het Burgerlijk Wetboek, [...] een echtscheiding op grond van bepaalde feiten *of [...] een echtscheiding met onderlinge toestemming* (eigen cursivering), en voor zover die scheiding uiteraard is blijven bestaan" (Verslag namens de Commissie voor de Justitie, uitgebracht door de heer FORET inzake wetsontwerp tot wijziging van de art. 318, 320 en 348 van het Burgerlijk Wetboek en van de art. 1306, 1309 en 1310 van het Gerechtelijk Wetboek, *Parl. St.* Senaat 1994-95, nr. 1185/5, 3).

Inmiddels heeft het Arbitragehof op prejudiciële vraag een arrest gewezen waarin het de ongrondwettigheid van artikel 320, 4° B.W. bevestigt, in zoverre deze bepaling de echtscheiding door onderlinge toestemming niet vermeldt

(Arbitragehof nr. 61/2000, 25 mei 2000, *B.S.* 8 augustus 2000, 27232, *A.J.T.* 2000-01, 289, noot G. VERSCHELDEN, *J.L.M.B.* 2000, 1070, noot D. PIRE en *R.W.* 2000-01, 620). I.v.m. het discriminatoir karakter van artikel 318 § 3 eerste lid 2° B.W. is het Arbitragehof nog niet ondervraagd.

856 In de lagere rechtspraak is dit probleem evenwel al aan de orde geweest. De Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent verklaarde in twee bijzonder merkwaardige vonnissen – *contra legem* – de vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot op eenvoudige verklaring gegrond in een geval waarin het kind geboren was meer dan 300 dagen na de feitelijke scheiding van de echtgenoten die werd gevolgd door een echtscheiding door onderlinge toestemming. De rechtbank baseerde haar oordeel op de vaststelling dat artikel 318 § 3 eerste lid 2° B.W. de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt, in zoverre het deze hypothese niet omvat (Rb. Gent 31 januari 2002, *R.W.* 2001-02, 1578, noot G. VERSCHELDEN en *J.L.M.B.* 2003, 1063; Rb. Gent 25 oktober 2001, *A.J.T.* 2001-02, 855, noot M. TRAEST en *T.G.R.* 2002, 79).

Deze uitspraken doen verschillende vragen rijzen, vooreerst deze naar de rol van de rechtbank van eerste aanleg die wordt geconfronteerd met een grondwettigheidsprobleem.

De bevoegdheid om een wetsbepaling te toetsen aan de Grondwet is voorbehouden aan het Arbitragehof. Die exclusieve bevoegdheid geldt ten aanzien van alle andere rechtsprekende organen (F. MEERSSCHAUT, "De prejudiciële vraagstelling voor het Arbitragehof", in X (ed.), *Gandaius Actueel IV*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 61, nr. 110). De rechter is in beginsel krachtens artikel 26 § 2 eerste lid Bijzondere Wet Arbitragehof verplicht ambtshalve een prejudiciële vraag te stellen zodra hij enige twijfel heeft over de overeenstemming van de wet met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, mede gelet op het feit dat deze artikelen de openbare orde raken (J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1990, 375-376, nr. 498 en de referenties in voetnoot 1511; zie ook J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, *Inleiding tot het publiek recht*, II, *Overzicht Publiek Recht*, Brugge, die Keure, 2001, 1207, nr. 1954, met nuancering in voetnoot 795).
Op dat beginsel bestaan evenwel uitzonderingen. De enige die *in hoc casu* eventueel zou kunnen worden toegepast is artikel 26 § 2 tweede lid 2° (het vroegere art. 26 § 2 derde lid 1°) Bijzondere Wet Arbitragehof. Krachtens deze bepaling is het rechtscollege waarvan de beslissing vatbaar is voor hoger beroep er niet toe gehouden een prejudiciële vraag te stellen "wanneer het Arbitragehof reeds uitspraak heeft gedaan op een vraag [...] met een identiek [vroeger: hetzelfde] onderwerp". Gelezen in samenhang met artikel 28 Bijzondere Wet Arbitragehof betekent dit dat de rechtbank die gevat is in een andere zaak zich niet moet voegen naar het eerdere arrest van het Arbitragehof, maar dit wel kan en in dat laatste geval niet verplicht is een prejudiciële vraag te stellen.
Bijzonder merkwaardig in dat verband is dat de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent een schending van de Grondwet opwierp, maar geen prejudiciële vraag stelde en in haar vonnis van 25 oktober 2001 (zonet geciteerd) ook niet verwees naar het eerder reeds omstandig besproken arrest van het Arbitragehof d.d. 25 mei 2000 (zie boven, nr. 628); nochtans werd daarin uitspraak gedaan over de grondwettigheid van exact dezelfde hypothese, evenwel vervat in een andere wetsbepaling, nl. artikel 320, 4° B.W.

Zou de rechtbank artikel 318 § 3 eerste lid 2° B.W. buiten toepassing hebben kunnen laten – hetgeen in deze context impliceert: zou hebben kunnen uitbreiden – tot de voorliggende hypothese zonder een prejudiciële vraag te stellen, indien zij zich *expressis verbis* had gebaseerd op het arrest van het

Arbitragehof met nr. 61/2000 van 25 mei 2000? Anders geformuleerd: zou de rechter zich kunnen beroepen op het gezag van dit prejudicieel arrest in een andere zaak, i.v.m. een andere wetsbepaling, maar m.b.t. dezelfde hypothese?

Het antwoord lag o.i. verscholen in de exacte betekenis van de woorden "met hetzelfde onderwerp" ("ayant le même objet") in het oude artikel 26 § 2 derde lid 1° Bijzondere Wet Arbitragehof. De doctrine i.v.m. deze uitzondering op de verplichting een prejudiciële vraag te stellen blijft eerder vaag: VELAERS is van oordeel dat met de formule "hetzelfde onderwerp" "dezelfde rechtsvraag" wordt bedoeld (J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1990, 379, nr. 502); MEERSSCHAUT heeft het over "dezelfde grondwettigheidsvraag" (F. MEERSSCHAUT, *t.a.p.*, 105, nr. 221). HOREVOETS en BOUCQUEY vereisen voor de toepassing van deze uitzondering o.m. dat de regel ("la règle") waarvan de grondwettigheid twijfelachtig is dezelfde is als deze waarover het Arbitragehof zich al heeft uitgesproken, en dat ook de grieven gericht tegen die regel ("les griefs dirigés à l'encontre de cette règle") identiek zijn aan deze die reeds aan het hof werden voorgelegd (Chr. HOREVOETS en P. BOUCQUEY, *Les questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage. Aspects théoriques et pratiques*, Brussel, Bruylant, 2001, 42-43, nr. 28; vgl. reeds H. SIMONART, "Le contrôle exercé par la Cour d'arbitrage", in X (ed.) *La Cour d'arbitrage. Actualité et perspectives*, Brussel, Bruylant, 1988, 171, nr. 163: "les mêmes critiques dirigées contre la même règle dans le cadre d'un autre litige").
Sinds de wijziging van de Bijzondere Wet Arbitragehof in 2003 is voornoemde bepaling nog restrictiever gelibelleerd: luidens het nieuwe artikel 26 § 2 tweede lid 2° Bijzondere Wet Arbitragehof is een vraag "met een identiek onderwerp" ("ayant un objet identique") vereist om te ontsnappen aan de verplichting een prejudiciële vraag te stellen.

Vroeger was het al zeer twijfelachtig of men van dezelfde "rechtsvraag" of "grondwettigheidsvraag" kan spreken als er een andere procedure wordt gevoerd waarvoor andere "regels" gelden en een andere norm in het geding is, ook al beoogt die exact dezelfde hypothese (voor een uitgebreidere argumentatie, zie G. VERSCHELDEN, "Proactieve rechtspraak inzake de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot na echtscheiding door onderlinge toestemming: een stap te ver?", (noot onder Rb. Gent 31 januari 2002), *R.W.* 2001-02, (1579), 1581, nr. 7). Sinds de wijziging van de Bijzondere Wet op het Arbitragehof mag ons inziens met zekerheid worden aangenomen dat de rechter zich niet op het gezag van een op prejudiciële vraag gewezen arrest kan beroepen, wanneer de vraag die gerezen is in het voorliggende geding een andere wetsbepaling betreft dan deze waarover het Arbitragehof uitspraak heeft gedaan.

De Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent benaderde de problematiek enkel vanuit Belgisch grondwettelijk perspectief; nochtans kan artikel 318 § 3 eerste lid 2° B.W. ook vanuit Europees perspectief, in het licht van de mensenrechten, onder vuur worden genomen.

De directe werking van de artikelen 8.1 *juncto* 14 E.V.R.M zou een valabel argument kunnen vormen om de betwistingsvordering ondanks de (te) restrictieve wettelijke bepaling toch gegrond te verklaren (vgl. Rb. Dendermonde 2 juni 1999, *A.J.T.* 1999-2000, 609, noot G. VERSCHELDEN, in een geval waarin de machtiging tot erkenning werd verleend o.g.v. de directe werking van de art. 8.1 *juncto* 14 E.V.R.M.). De betwisting van het vaderschap van de echtgenoot kan de eerste stap zijn om het kind te laten erkennen door de biologische vader. In die zin zou de betwistingsprocedure ook de aanzet kunnen zijn tot de creatie van een nieuw gezinsleven dat bescherming verdient. Het Hof van Cassatie aanvaardt de directe werking van de artikelen 8.1 en 14 E.V.R.M. op het vlak van erfrecht (Cass. 21 oktober 1993, *Arr. Cass.* 1993, 859, *Pas.* 1993, I, 841 en *R.W.* 1993-94, 984, noot; Cass. 7 april 1995, *Arr. Cass.* 1995, 387, *Pas.* 1995, I, 399 en *R.W.* 1995-96,

566), maar verwerpt ze op het vlak van de vaststelling van de afstamming (zie Cass. 19 september 1997, *Arr. Cass.* 1997, 843, *T.B.B.R.* 1999, 45, noot Y.-H. LELEU en *R.W.* 1998-99, 435, noot S. MOSSELMANS, in een zaak m.b.t. het onderzoek naar het vaderschap). Inzake de betwisting van de afstamming heeft het Hof van Cassatie nog geen standpunt ingenomen m.b.t. de directe werking van deze bepalingen.

857 Ons inziens heeft de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent artikel 26 § 2 eerste lid Bijzondere Wet Arbitragehof geschonden door zelf geen prejudiciële vraag te stellen nadat een grondwettigheidsprobleem werd geconstateerd. Een rechtbank is immers niet bevoegd om een toepasselijke wetsbepaling te toetsen aan het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel en mag deze bepaling bij de beoordeling van de vordering geen grotere draagwijdte toekennen dan ze in haar actuele vorm heeft.
De mogelijkheid om het vaderschap van de echtgenoot succesvol te betwisten in de hypothese dat het kind werd geboren meer dan 300 dagen na de feitelijke scheiding van de echtgenoten, die werd gevolgd door een echtscheiding door onderlinge toestemming kan op dit ogenblik nog niet wettelijk gefundeerd worden. In afwachting van wetgevend ingrijpen zou een arrest van het Arbitragehof gewezen na een prejudiciële vraag i.v.m. artikel 318 § 3 eerste lid 2° B.W. meer rechtszekerheid kunnen bieden, in die zin dat het een rechtsgrond vormt waarop de bodemrechters zich kunnen steunen om deze bepaling uit te breiden tot de gevallen waarin de echtscheiding door onderlinge toestemming tussen de moeder en haar echtgenoot is uitgesproken. Op die manier zou de bestaande discriminatie op een juridisch meer verantwoorde wijze kunnen worden geëlimineerd.

3. Het kind is verwekt nadat de vrederechter de echtgenoten gemachtigd heeft afzonderlijk te verblijven (art. 318 § 3 eerste lid 3° B.W.)

858 Krachtens artikel 318 § 3 eerste lid 3° B.W. kan het vaderschap van de echtgenoot op eenvoudige verklaring worden betwist wanneer het kind geboren is meer dan 300 dagen na een beschikking van de vrederechter gegeven krachtens artikel 223 B.W., waarbij de echtgenoten gemachtigd worden een afzonderlijke verblijfplaats te betrekken, en minder dan 180 dagen na de datum waarop aan deze maatregel een einde is gekomen, of nadat de echtgenoten feitelijk herenigd zijn geweest.

Omwille van de rechtszekerheid heeft de wetgever de betwisting op eenvoudige verklaring slechts mogelijk gemaakt voor zover de echtgenoten gedurende het volledige wettelijk tijdvak van de verwekking feitelijk gescheiden hebben geleefd op basis van een machtiging van de vrederechter daartoe (Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 53-54).

Ook in dit verband kan het tegenbewijs worden geleverd: zo kan worden bewezen dat voor een kind geboren 301 dagen na de beschikking de zwangerschap nog langer dan 300 dagen – de wettelijke maximumduur van de zwangerschap (zie art. 326 B.W.) – heeft geduurd, bv. 302 dagen, waardoor zou blijken dat het kind vóór de beschikking werd verwekt met als gevolg dat de betwisting op eenvoudige verklaring o.g.v. artikel 318 § 3 eerste lid 3° B.W. niet mogelijk is.

859 Anders dan wat het geval is voor de toepassing van artikel 318 § 3 eerste lid 2° B.W., is het vertrekpunt van de termijn van 300 dagen hier niet de datum

van de feitelijke scheiding, maar moet het kind geboren zijn 300 dagen na de beschikking van de vrederechter, zodat bewijsproblemen worden uitgesloten (Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 52-53).

860 Het kind moet niet alleen geboren zijn meer dan 300 dagen na de beschikking van de vrederechter, maar tegelijk ook minder dan 180 dagen nadat aan de machtiging tot afzonderlijk verblijf een einde is gekomen of nadat de echtgenoten feitelijk herenigd geweest zijn.

De eventualiteit van een feitelijke hereniging is een – overbodige – herhaling van de aanhef van artikel 318 § 3 B.W.: als de echtgenoten feitelijk herenigd waren ten tijde van de verwekking is de betwisting op eenvoudige verklaring ontoelaatbaar (zie boven, nrs. 842-844).

Ook hier kan het bewijs door de verweerder(s) geleverd worden dat de zwangerschap minder dan 180 dagen heeft geduurd – en het kind dus na de uitwerking van de maatregel of na de feitelijke hereniging van de echtgenoten is verwekt –, met als gevolg dat het vaderschap van de echtgenoot niet o.g.v. artikel 318 § 3 eerste lid 3° B.W. kan worden betwist.

In het – eerder uitzonderlijk – geval dat de vrederechter zijn machtiging tot afzonderlijk verblijf niet in de tijd heeft beperkt, moet met deze termijn van 180 dagen evident geen rekening worden gehouden.

861 Wanneer de vrederechter de machtiging tot afzonderlijk verblijf in de tijd beperkt en de rechtbank van eerste aanleg in hoger beroep de maatregel verlengt, dan volstaat het dat het kind is verwekt (of: geboren minder dan 180 dagen) vóór het verstrijken van de in hoger beroep bepaalde geldingsduur. Er mag zelfs worden aangenomen dat hetzelfde geldt in het geval waarin een dergelijke verlenging door de rechtbank van eerste aanleg pas gebeurt nadat aan de maatregel van de vrederechter een einde is gekomen (P. SENAEVE, "De afstamming langs vaderszijde binnen het huwelijk", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1987, 92, nr. 98).

4. Het kind is door de echtgenote erkend of haar moederschap is gerechtelijk vastgesteld (art. 318 § 3 eerste lid 4° B.W.)

862 Luidens artikel 318 § 3 eerste lid 4° B.W. kan het vaderschap van de echtgenoot op eenvoudige verklaring worden betwist wanneer de afstamming van moederszijde door erkenning of bij rechterlijke beslissing is vastgesteld.

863 Wanneer de naam van de gehuwde moeder niet in de geboorteakte is vermeld kan er ernstig worden getwijfeld aan het vaderschap van haar echtgenoot of aan de wenselijkheid van diens vaderschap; het is logisch dat dit vaderschap dan vrij eenvoudig kan worden betwist.
Meestal zal het hier gaan om het geval waarin een gehuwde vrouw die anoniem bevallen is, later haar kind erkent.

5. De echtgenoot betwist zijn vaderschap alvorens de afstamming langs moederszijde vaststaat (art. 318 § 3 eerste lid 5° B.W.)

864 O.g.v. artikel 318 § 3 eerste lid 5° B.W. kan het vaderschap van de echtgenoot tenslotte ook nog op eenvoudige verklaring worden betwist wanneer de echtgenoot de vordering instelt vooraleer de afstamming van moederszijde vaststaat.

865 Wanneer het moederschap van zijn echtgenote niet vaststaat, noch door de vermelding van haar naam in de geboorteakte, noch door erkenning, noch door gerechtelijke vaststelling, kan een gehuwd man – en alleen hij – zijn vaderschap preventief betwisten: omdat het moederschap van zijn echtgenote (nog) niet vaststaat, staat zijn vaderschap ook (nog) niet vast. De echtgenoot zal zijn eigen (potentieel) vaderschap preventief willen betwisten indien hij bv. wil vermijden dat, na een eventuele echtscheiding of na zijn overlijden, bij de vaststelling van het moederschap van zijn gewezen echtgenote, ook zijn vaderschap zal worden vastgesteld, o.g.v. de vaderschapsregel.

866 De preventieve betwistingsvordering van de echtgenoot kan, zoals iedere afstammingsvordering, slechts worden ingesteld na de geboorte van het kind (art. 331*bis* B.W. en verder, nr. 871; dit is ook de mening van VIEUJEAN, zoals opgenomen in het Verslag kamercommissie, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 378/16, 35). Het adjectief "preventief" heeft dus enkel betrekking op de toestand vóór de vaststelling van de afstamming langs moederszijde en dus niet op de geboorte van het kind (in dezelfde zin: C. VAN ONSEM, *Betwisting van vaderschap*, in *AdvocatenPraktijk – Burgerlijk Recht*, nr. 9, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1999, 10, nr. 12).

Specifiek in dit verband bevestigde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel dat de preventieve betwisting door de echtgenoot slechts van toepassing is wanneer de afstamming langs moederszijde niet is vastgesteld na de geboorte, via een erkenning door de moeder of een onderzoek naar het moederschap; zij beoogt volgens de rechtbank het geval dat de echtgenoot op officieuze wijze verneemt dat zijn vrouw anoniem bevallen is en hij het vaderschap betwist vooraleer de afstamming langs moederszijde vaststaat. De vordering die wordt ingeleid alvorens het kind geboren is, is onontvankelijk (Rb. Brussel 9 februari 1988, *J.L.M.B.* 1988, 705 en *T.B.B.R.* 1990, 476).

C. HET VERWEER TEGEN DE BETWISTING OP EENVOUDIGE VERKLARING: BEWIJS VAN HET VADERSCHAP (ART. 318 § 3 TWEEDE LID B.W.)

867 Wanneer het vaderschap van de echtgenoot op eenvoudige verklaring wordt betwist is – indien de voorwaarden van artikel 318 § 3 eerste lid B.W. zijn vervuld – het niet-vaderschap van de echtgenoot gesteund op een wettelijk vermoeden; dit vermoeden geldt slechts *juris tantum* en is dus weerlegbaar. Ook al speelt geen enkele grond van ontoelaatbaarheid en is tegelijk voldaan aan één van de hypotheses uit artikel 318 § 3 eerste lid B.W., dan nog kan het bewijs van het (biologisch) vaderschap van de echtgenoot door alle wettelijke middelen worden geleverd (art. 318 § 3 tweede lid B.W.). Dit

bewijs zal tot gevolg hebben dat de vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot moet worden afgewezen.

868 De bewijslast wordt omgekeerd: waar in geval van betwisting door tegenbewijs de eiser het niet-vaderschap van de echtgenoot dient te bewijzen, moet in geval van betwisting door eenvoudige verklaring de verweerder het vaderschap van de echtgenoot bewijzen.

D. CONSEQUENTIES VAN DE AFWIJZING VAN DE BETWISTINGSVORDERING OP EENVOUDIGE VERKLARING

869 Is de betwisting door eenvoudige verklaring ontoelaatbaar, bv. omdat het kind bezit van staat heeft t.a.v. beide echtgenoten of dezen feitelijk herenigd waren ten tijde van de verwekking of werd de betwistingsvordering afgewezen omdat de eisende partij niet bewezen heeft dat het kind zich bevindt in één van de vijf in artikel 318 § 3 eerste lid B.W. opgesomde gevallen, dan belet niets de eventuele betwisting van het vaderschap van de echtgenoot op tegenbewijs o.g.v. artikel 318 § 2 B.W.

De vordering kan geenszins onontvankelijk worden verklaard om de enkele reden dat niet wordt bewezen dat één van de vijf in artikel 318 § 3 eerste lid B.W. vermelde hypotheses van toepassing is; zij hebben immers enkel betrekking op het bewijs van de gegrondheid van de vordering (Brussel (3de kamer) A.R. nr. 1997/AR/3676, 23 december 1999, *onuitg.*).

870 Met het oog op de korte vervaltermijnen die gelden voor het instellen van de vordering (zie verder, nr. 908 e.v.) kan het aangewezen zijn de betwisting op tegenbewijs weliswaar subsidiair, maar samen met de betwisting op eenvoudige verklaring in te stellen (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 318 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 10, nr. 14).

§ 3. Ontvankelijkheidsvereisten

A. EEN LEVENSVATBAAR GEBOREN KIND (ART. 331*BIS* B.W.)

871 Artikel 331*bis* B.W. bepaalt dat rechtsvorderingen met betrekking tot de afstamming niet ontvankelijk zijn indien het kind niet levensvatbaar geboren wordt.

Een meerderheidsstrekking in rechtspraak en rechtsleer aanvaardt dat dit gemeenrechtelijk ontvankelijkheidsvereiste ook van toepassing is op vorderingen tot rechtstreekse betwisting van het vaderschap van de echtgenoot o.g.v. artikel 318 B.W., met als gevolg dat de vordering tot betwisting die wordt ingeleid vóór de geboorte niet ontvankelijk is.

Zo bevestigde het Hof van Beroep te Luik dat artikel 331*bis* B.W. de vordering tot betwisting van vaderschap betreft en leidde het uit de voorbereidende werken van de Afstammingswet af dat de wetgever met artikel 331*bis* B.W. het kind de grootst mogelijke bescherming heeft willen bieden en "preventieve ontkenningen" wou vermijden (Luik 21 maart 1989, *J.L.M.B.* 1989, 612 en *Rev. trim dr. fam.* 1990, 232). Ditzelfde hof oordeelde eveneens expliciet dat wanneer het kind nog niet

geboren is ten tijde van de neerlegging van het proces-verbaal van vrijwillige verschijning, de vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot niet ontvankelijk is (Luik 15 maart 1988, *J.T.* 1989, 199, *J.L.M.B.* 1989, 120, noot C. PANIER en *Rev. trim. dr. fam.* 1990, 223). Specifiek m.b.t. de zgn. "preventieve" betwisting van het vaderschap van de echtgenoot oordeelde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel dat uit artikel 331*bis* B.W. volgt dat een vordering tot betwisting van het vaderschap o.g.v. artikel 318 § 3 eerste lid 5° B.W. slechts ontvankelijk is na de geboorte van het kind (Rb. Brussel 9 februari 1988, *J.L.M.B.* 1988, 705 en *T.B.B.R.* 1990, 476). Ook uit een vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen, gesteld in algemenere bewoordingen, kan zonder twijfel worden afgeleid dat artikel 331*bis* B.W. speelt inzake de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot o.g.v. artikel 318 B.W. (Rb. Antwerpen 12 oktober 1993, *T.B.B.R.* 1994, 255).

Zie in de rechtsleer: G. BAETEMAN, *Overzicht*, 599-600, nr. 964, die zich duidelijk in deze zin uitspreekt, maar in voetnoot 10 stelt dat de vordering moet worden opgeschort, met een verwijzing naar de hieronder vermelde minderheidsstrekking; G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, V. DE SAEDELEER en K. JACOBS, "Overzicht van rechtspraak. Personen- en familierecht (1988-1994)", *T.P.R.* 1994, (2073) 2240, nr. 356; G. MAHIEU en D. PIRE, *Droit des personnes. La filiation*, in *Rép. not.*, Brussel, Larcier, 1999, 138, nr. 167; D. PIRE, "Droit judiciaire de la filiation", *Act. dr.* 1991, (689) 702, nr. 13; P. SENAEVE, "De afstamming langs vaderszijde binnen het huwelijk", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, 78, nr. 73; J. SOSSON, "Quelques problèmes judiciaires d'application de la loi du 31 mars 1987 réformant le droit de la filiation", *J.T.* 1990, (301) 303, nr. 13 en 14; E. VIEUJEAN, "Le nouveau droit de la filiation", *Ann. dr. Liège* 1987, (97) 112, nr. 19.

J.-P. MASSON is evenwel de mening toegedaan dat de betwistingsvordering wel degelijk kan worden ingesteld vóór de geboorte, maar dat de rechter over de vordering pas uitspraak kan doen nadat het kind levensvatbaar is geboren (zie H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité*, II/2, 939, nr. 982; J.-P. MASSON, "Examen de jurisprudence (1984-1990). Les Personnes. Deuxième partie. Relations familiales", *R.C.J.B.* 1993, (487) 491-492, nr. 128; vgl. reeds J.-P. MASSON, "Les personnes – Chronique de jurisprudence (1985-1990)", *J.T.* 1991, (417) 429, nr. 95). N. MASSAGER is de enige auteur die zich bij deze stelling aansluit (zie N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Brussel, Bruylant, 1997, 97-101, nr. 64). Het betreft duidelijk een minderheidsstandpunt dat tegen de duidelijke tekst van artikel 331*bis* B.W. – de rechtsvordering is "niet ontvankelijk" – ingaat.

B. GEEN TOESTEMMING VAN DE ECHTGENOOT TOT KUNSTMATIGE INSEMINATIE OF TOT EEN ANDERE DAAD DIE DE VOORTPLANTING TOT DOEL HAD (ART. 318 § 4 B.W.)

872 De vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot – door tegenbewijs of op eenvoudige verklaring – is luidens artikel 318 § 4 B.W. niet ontvankelijk wanneer de echtgenoot toestemming heeft gegeven tot kunstmatige inseminatie of tot een andere daad die de voortplanting tot doel had, tenzij de verwekking van het kind niet het gevolg kan zijn van die handeling.

Deze bepaling wordt in al haar facetten besproken in het deel m.b.t. de artificiële procreatietechnieken (zie verder, nrs. 1224-1238).

§ 4. Overgangsrecht

873 Hieronder worden de algemene principes van het overgangsrecht m.b.t. artikel 318 B.W. uiteengezet. Artikel 318 § 1 eerste lid 1° B.W. geeft aanleiding tot een specifiek overgangsrechtelijk probleem dat hoger al werd behandeld (zie boven, nr. 850).

A. DE VORDERING IS OP 6 JUNI 1987 NOG NIET AFGEDAAN DOOR EEN IN KRACHT VAN GEWIJSDE GEGANE BESLISSING

874 Artikel 318 B.W. is van toepassing op alle vorderingen tot ontkenning van vaderschap die vóór 6 juni 1987 werden ingeleid en op die datum nog aanhangig waren (art. 113 Afstammingswet), met inbegrip van de vorderingen die door erfgenamen krachtens het oude artikel 317 B.W. werden ingesteld.

Alle gronden tot betwisting en de bewijsvoering die artikel 318 B.W. toelaat kunnen in de aanhangige procedures worden ingeroepen. Dit betekent dat de vordering na 6 juni 1987 gegrond kan worden verklaard, ook al was op het ogenblik van de dagvaarding geen enkele van de in het oude recht voorziene gronden voorhanden (bv. bij ontstentenis van oorzaak van verwijdering of enig ongeval, voorafgaandelijk bewijs van overspel of verborgen gehouden geboorte (zie de oude art. 312 tweede lid en 313 eerste lid B.W.).
Voor alle vorderingen die op 6 juni 1987 nog niet waren afgedaan door een in kracht van gewijsde gegane beslissing volstaat het bewijs dat de echtgenoot niet de verwekker is om diens vaderschap succesvol te betwisten. Dit bewijs kan met alle wettelijke middelen worden geleverd (art. 318 §§ 1 en 2 B.W.). De feiten die als bewijs van niet-vaderschap worden ingeroepen moeten zelfs niet voorkomen in de dagvaarding (art. 113 *in fine* Afstammingswet).

In toepassing van artikel 113 Afstammingswet verklaarde het Hof van Beroep te Brussel de vordering die de halfbroer van het kind waarvan het vaderschap werd betwist via zijn voogd had ingesteld ontvankelijk en gegrond op basis van diverse bewijsmiddelen, zoals getuigschriften, afgeleverd door de gemeente, waaruit bleek dat de moeder en haar echtgenoot al jaren vóór de geboorte feitelijk gescheiden leefden, de vaststelling dat zij zich niet meer hebben verzoend, het feit dat een vriend van de moeder het kind heeft aangegeven en schriftelijke verklaringen van de moeder die haar bekentenis dat het kind niet verwekt was door haar echtgenoot bevestigden (Brussel 19 februari 1991, *J.T.* 1991, 620).

Ook de nieuwe mogelijkheden tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot op eenvoudige verklaring (art. 318 § 3 eerste lid B.W.) zijn onmiddellijk toepasselijk op de nog aanhangige vorderingen.

Voor een toepassing van artikel 318 § 3 eerste lid 1° B.W., zie Rb. Aarlen 26 juni 1987, weergegeven door C. PANIER, "Inédits de droit de la famille (II). Le nouveau droit de filiation et de l'adoption", *J.L.M.B.* 1987, (1549) 1553-1554: in een zaak waar de betwistingsvordering overeenkomstig het oude artikel 316 B.W. tijdig was ingeleid en geen enkel ander geval opgenomen in artikel 318 § 3 eerste lid B.W. van toepassing bleek, beval de rechtbank de heropening van de debatten teneinde de eiser toe te laten een kopie van het proces-verbaal van niet-verzoening neer te leggen.

875 Dezelfde regels gelden voor de vorderingen die na 6 juni 1987 werden ingeleid en strekken tot de betwisting van het vaderschap van kinderen die vóór die datum werden geboren (art. 107 eerste lid Afstammingswet).

B. DE VORDERING IS VÓÓR 6 JUNI 1987 AFGEDAAN DOOR EEN IN KRACHT VAN GEWIJSDE GEGANE BESLISSING

876 Wanneer een vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot vóór 6 juni 1987 definitief was beslecht, dan kan die beslissing niet meer worden gewijzigd, niettegenstaande de bewijsmogelijkheden door de Afstammingswet werden verruimd. Vonnissen gewezen krachtens het vroegere recht kunnen ingevolge artikel 111 eerste lid Afstammingswet niet meer in het geding worden gebracht door de toepassing van de nieuwe wet.

AFDELING II

PROCEDUREREGELS VOOR DE VORDERING TOT BETWISTING VAN HET VADERSCHAP

877 Voor de rechtstreekse betwisting van het vaderschap van de echtgenoot o.g.v. artikel 318 B.W. gelden een aantal bijzondere procedureregels die zijn opgenomen in artikel 332 B.W.: het betreft de titularissen van de betwistingsvordering, de termijnen waarbinnen de vordering moet worden ingesteld en de in het geding te roepen partijen. Deze aspecten worden hieronder eerst behandeld (§ 1 tot § 3).
Vervolgens zullen de vertegenwoordiging van de procespartijen, de bevoegde rechtbank inzake betwisting van het vaderschap van de echtgenoot, de wijze waarop het geding wordt ingeleid, de gerechtskosten, de mogelijke rechtsmiddelen en de uitwerking van de beslissing, evenals de bekendmaking ervan in de registers van de burgerlijke stand worden besproken (§ 4 tot § 10). Deze aspecten worden grotendeels beheerst door regels uit het gemeen afstammingsprocesrecht.

§ 1. Titularissen van het betwistingsrecht (art. 332 eerste-derde lid B.W.)

A. OPSOMMING

878 De personen die het recht hebben een rechtstreekse vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot in te stellen – dus afgezien van de erkenning o.g.v. artikel 320 B.W. en de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap o.g.v. artikel 323 B.W. – worden op beperkende wijze door de wetgever in artikel 332 B.W. aangeduid.

879 De wetgever heeft bewust het aantal eigenlijke titularissen van de vordering principieel willen beperken tot de drie personen die in de afstammingsverhouding betrokken zijn, nl. de echtgenoot (de juridische vader), de moeder en het kind (M.v.T. bij wetsontwerp-VAN ELSLANDE, *Parl. St.* Senaat 1977-78, nr. 305/1, 12). Om billijkheidsredenen werden nog een aantal subsidiaire titularissen gecreëerd: zij kunnen slechts optreden na het overlijden van de echtgenoot.

880 Het Openbaar Ministerie heeft geen vorderingsrecht inzake betwisting van het vaderschap van de echtgenoot (Rb. Veurne 28 oktober 1993, *T.V.W.R.* 1997, 162, noot H. CREVITS; P. SENAEVE, "De afstamming langs vaderszijde binnen het huwelijk", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, 101, nr. 114). Nog belangrijker voor de praktijk is de vaststelling dat ook de biologische vader is uitgesloten van het recht het vaderschap van de echtgenoot te betwisten (zie *in extenso* verder, nrs. 895-900).

Hieronder wordt verduidelijkt welke personen het vaderschap van de echtgenoot kunnen betwisten.

1. De echtgenoot

881 Vooreerst kan de echtgenoot zijn eigen vaderschap betwisten (art. 332 eerste lid B.W.).

Vóór de inwerkingtreding van de Afstammingswet was hij de enige eigenlijke titularis van het betwistingsrecht (oud art. 316 B.W.); pas indien de echtgenoot was overleden en de termijn voor het instellen van de vordering nog niet verlopen was, konden ook zijn erfgenamen de wettigheid van het kind betwisten, maar eveneens enkel binnen een zeer korte termijn (zie oud art. 317 B.W.).

2. Ascendenten en descendenten van de echtgenoot (na diens overlijden)

882 Indien de echtgenoot overleden is zonder in rechte te zijn opgetreden, lopende de termijn om zulks te doen, kan zijn vaderschap worden betwist door zijn bloedverwanten in de opgaande en in de neerdalende lijn (art. 332 tweede lid B.W.).

De bedoeling van de wetgever bestond erin het belang van de erfgenamen van de overleden echtgenoot te vrijwaren, door hen in staat te stellen diens vaderschap te betwisten indien de echtgenoot zou overleden zijn zonder zelf in te rechte te zijn opgetreden binnen de daartoe bepaalde termijn (Verslag kamercommissie, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 378/16, 53). Wordt het kind geboren binnen de 300 dagen na de ontbinding van het huwelijk door overlijden, dan is de overleden echtgenoot van de moeder juridisch vader o.g.v. artikel 315 B.W., ook al zou dit kind niet door deze man zijn verwekt. Zonder art. 332 tweede lid B.W. zouden enkel de moeder en het (meerderjarig geworden) kind gerechtigd zijn de vordering tot betwisting van dit vaderschap in te stellen, wat zij allicht niet zullen doen indien de overledene vermogend was, al was het maar om hun eigen erfrecht te vrijwaren.

Het vorderingsrecht is voorbehouden voor bloedverwanten van de overleden echtgenoot. Zo oordeelde het Hof van Beroep te Bergen, na hoger beroep van de moeder, dat de betwistingsvordering die de tweede echtgenote van de overleden man in eerste aanleg had ingesteld onontvankelijk was; het hof bevestigde tegelijkertijd dat de moeder van de overleden echtgenoot – een bloedverwante in de opgaande lijn die vrijwillig in het geding was tussengekomen – wel degelijk gerechtigd is de vordering tot betwisting van het vaderschap van haar zoon in te stellen (Bergen (2de kamer) nr. 1996/RG/985, 5 mei 1998, *onuitg.*).

883 Het recht van de bloedverwanten is voorwaardelijk, aangezien het slechts bestaat voor zover de echtgenoot overleden is en zelf niet in rechte is opgetreden "lopende de termijn om zulks te doen", dus binnen de wettelijk bepaalde termijn van een jaar na de geboorte of de ontdekking van de geboorte (art. 332 vierde lid B.W.).

Hoewel de wettekst enigszins dubbelzinnig is, moet het vorderingsrecht van de ascendenten en descendenten van de echtgenoot strikt worden geïnterpreteerd, in die zin dat artikel 332 tweede lid B.W. hen geen vorderingsrecht verleent indien de echtgenoot is overleden meer dan een jaar na de geboorte of de ontdekking ervan. In die hypothese zullen bv. de (half)broers of (half)zussen van het overspelig kind *a matre* die binnen het huwelijk van de overleden echtgenoot werden geboren (bloedverwanten in nederdalende lijn van de echtgenoot) dit kind niet kunnen helpen om alsnog het vaderschap van de echtgenoot succesvol te betwisten, bv. in een geval waarin het vorderingsrecht van het kind zelf al vervallen is omdat het ouder is dan 22 jaar.

De bloedverwanten van de overleden echtgenoot hebben een persoonlijk recht om de vordering in te stellen. Ieder van hen, ascendent of descendent, kan volledig autonoom de betwistingsvordering inleiden. Het feit of zij al dan niet erfgerechtigd zijn in de nalatenschap van de overleden echtgenoot is irrelevant.

Hoewel er in de parlementaire voorbereidingsstukken in deze context tweemaal over de belangen van de "erfgenamen" wordt gesproken (zie Verslag kamercommissie, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 378/16, 53) kan niet worden vereist dat enkel erfgerechtigde bloedverwanten gerechtigd zijn het vaderschap van de overleden echtgenoot te betwisten. De wettekst is duidelijk, met als gevolg dat hij niet moet worden geïnterpreteerd (*Interpretatio cessat in claris*) (zie ook A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 332 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 4-5, nr. 6).

Andere bloedverwanten dan deze die de vordering hebben ingeleid, kunnen door de rechtbank – zelfs ambtshalve – in het geding worden geroepen (art. 331*decies* tweede lid B.W.).

884 Concreet kunnen zich drie hypotheses voordoen:
– wanneer de echtgenoot geen vordering heeft ingesteld en overleden is na de geboorte van het kind kunnen zijn bloedverwanten in opgaande en neerdalende lijn zijn vaderschap betwisten, op voorwaarde dat de termijn van een jaar na de geboorte of de ontdekking ervan (door de echtgenoot) nog niet is verstreken (art. 332 tweede lid *juncto* vierde lid B.W.; zie ook verder, nr. 932);
– wanneer de echtgenoot is overleden vóór de geboorte van het kind biedt noch artikel 332 tweede lid B.W., noch een andere wetsbepaling een duidelijke oplossing. Hoewel de termijn om de vordering in te stellen pas kan beginnen lopen op het moment van de geboorte, leiden de logica en de

billijkheid tot het besluit dat ook in deze hypothese de bloedverwanten in opgaande en neerdalende lijn de betwistingsvordering kunnen instellen, en dit binnen het jaar na de geboorte (in dezelfde zin: P. SENAEVE, "De afstamming langs vaderszijde binnen het huwelijk", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, 105, nr. 119);
– wanneer de echtgenoot zelf de vordering heeft ingesteld en is overleden vooraleer de rechtbank zich heeft uitgesproken, beslissen zijn erfgenamen over het al dan niet voortzetten van de vordering, tenzij de overledene er uitdrukkelijk afstand van heeft gedaan (art. 331*quinquies* B.W.). Deze erfgenamen moeten niet noodzakelijk bloedverwanten in de opgaande of nederdalende lijn van de overleden echtgenoot zijn.

885 De bloedverwanten van moeder en kind hebben geen betwistingsrecht; net als de erfgenamen van de echtgenoot die geen ascendenten of descendenten zijn, kunnen ze enkel een begonnen vordering verderzetten, behalve in het geval dat er uitdrukkelijk afstand van geding zou gedaan zijn (art. 331*quinquies* B.W.).

3. De vorige echtgenoot

886 Daarenboven kan het vaderschap dat vaststaat krachtens artikel 317 B.W. worden betwist door de vorige echtgenoot (art. 332 derde lid B.W.).

Indien een kind geboren is binnen 300 dagen na de ontbinding of de nietigverklaring van het huwelijk van zijn moeder en nadat zij een nieuw huwelijk aanging, dan zijn zowel de nieuwe echtgenoot als de vroegere echtgenoot vader bij toepassing van de vaderschapsregel (art. 315 B.W.). Artikel 317 B.W. eerste lid B.W. beslecht dit conflict in het voordeel van de nieuwe echtgenoot. Diens vaderschap kan door de vroegere echtgenoot worden betwist.

Indien het kind geboren is binnen de 300 dagen na de ontbinding of de nietigverklaring van het huwelijk van zijn moeder, en deze vrouw vervolgens opnieuw is gehuwd, dan is naast de nieuwe echtgenoot-vader dus ook de vorige echtgenoot titularis van het betwistingsrecht.

4. De moeder

887 Vervolgens kan de moeder van het kind het vaderschap van haar echtgenoot betwisten (art. 332 eerste lid B.W.).

Na het overlijden van de moeder gaat haar vordering niet over op anderen (P. SENAEVE, *Compendium van het Personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2000, 314, nr. 789).

5. Het meerderjarig kind

888 Tenslotte kan ook het kind de vordering tot betwisting van het vaderschap dat vaststaat krachtens de vaderschapsregel instellen, evenwel op voor-

waarde dat het meerderjarig is en niet door de echtgenoot als zijn kind is opgevoed (art. 332 eerste *juncto* vijfde lid B.W.).

Na overlijden van het kind gaat diens vordering niet over op anderen (P. SENAEVE, *Compendium van het Personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2000, 314, nr. 791).

a. Uitsluiting van het minderjarig (vertegenwoordigd) kind

889 Omwille van de principiële procesonbekwaamheid van de minderjarige moet het kind de leeftijd van 18 jaar hebben bereikt alvorens het *proprio motu* in rechte kan optreden en bv. een vordering tot vaderschapsbetwisting kan inleiden.

890 In rechtsleer en rechtspraak bestaat onenigheid omtrent de vraag of de vordering van het kind tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot niet eerder – vóór de meerderjarigheid – kan worden ingeleid namens het kind, door de wettelijke vertegenwoordiger van het kind.

– Een positief antwoord werd initieel verdedigd door VIEUJEAN en verder onderbouwd door MASSON. Beide auteurs steunen hoofdzakelijk op een tekstargument, nl. de bewoordingen van artikel 332 vijfde lid B.W.: de rechtsvordering van het kind moet worden ingesteld *uiterlijk* ("au plus tard") vier jaar nadat het de leeftijd van achttien jaar heeft bereikt; dit impliceert in hun optiek dat de vordering ook voordien kan worden ingesteld (E. VIEUJEAN, "Le nouveau droit de la filiation", *Ann. dr. Liège* 1987, (97) 129, nr. 39; J.-P. MASSON, "Examen de jurisprudence (1984-1990). Les Personnes. Deuxième partie. Relations familiales", *R.C.J.B.* 1993, (487) 493, nr. 128; J.-P. MASSON, "La prescription", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, 44-45; zie ook E. VIEUJEAN, "Conclusion", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, II, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, 483-484, die erop wijst dat de wettelijke vertegenwoordiger indirect het vaderschap van de echtgenoot kan betwisten via een vordering tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap van een andere man o.g.v. art. 323 B.W. en van oordeel is dat wat men indirect kan, men ook op directe wijze moet kunnen). Verschillende andere auteurs lieten zich door deze zienswijze overtuigen (G. MAHIEU en D. PIRE, *Droit des personnes. La filiation*, in *Rép. not.*, Brussel, Larcier, 1999, 76-77, nr. 56; S. THIELEN, noot onder Luik 19 juni 2001, *J.L.M.B.* 2002, (153) 154).

Deze visie vond ook – het weze in beperkte mate – weerklank in de lagere rechtspraak. Zo besliste de Rechtbank van Eerste Aanleg te Nijvel, na een overzicht van de argumenten *pro* en *contra*, dat het kind vooraleer het achttien jaar werd de vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot kon instellen via vertegenwoordiging door zijn moeder, ook al was haar eigen termijn om te ageren verlopen. De rechtbank was er zich van bewust dat zij zich met deze stelling aansloot bij een minderheidsstandpunt, maar achtte haar oordeel het meest conform het belang van het kind (Rb. Nijvel 1 december 1998, *T.B.B.R.* 2000, 104).
De woorden "au plus tard" in artikel 332 vijfde lid B.W. houden ook volgens de Rechtbank van Eerste Aanleg te Verviers noodzakelijkerwijs in dat het kind vroeger kan optreden door tussenkomst van zijn wettelijke vertegenwoordiger, op grond van het argument dat anders zou hebben volstaan dat de tekst vermeldt dat de rechtsvordering van het kind moet worden ingeleid binnen de vier jaar nadat het de leeftijd van achttien jaar heeft bereikt (Rb. Verviers 30 oktober 2000, *T.B.B.R.* 2001 (529) 532, noot E. VIEUJEAN).

– Een passus uit de voorbereidende werken vormt echter een sterk argument voor de stelling dat het kind enkel na de meerderjarigheid het vaderschap van de echtgenoot van zijn moeder kan betwisten. Na lange discussie in de Senaat kwam men tot volgende slotsom: "Uiteindelijk werd een consensus bereikt die erin bestaat dat de rechtsvordering van het kind slechts kan worden

ingesteld *nadat* ((*après*) eigen cursivering) het de leeftijd van achttien jaar heeft bereikt" (Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 115-117, en in het bijzonder 118).

De meerderheid van de auteurs – waaronder ook MASSON in een eerdere publicatie dan de reeds geciteerde – heeft zich in deze zin uitgesproken (zie G. BAETEMAN, *Overzicht*, p. 603, nr. 970, voetnoot 22; G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, V. DE SAEDELEER en K. JACOBS., "Overzicht van rechtspraak. Personen- en familierecht (1988-1994)", *T.P.R.* 1994, (2073) 2225, nr. 328; J. DALCQ, "La réforme du droit de la filiation", *J.T.* 1987, (393) 396, nr. 11; H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité*, II/2, 918, nr. 941; J. GERLO, "De afstamming langs moederszijde en vaderszijde", in G. BAETEMAN (ed.), *Afstamming en adoptie*, Brussel, E. Story-Scientia, 1987, 118, nr. 142; J. MELLAERTS, "Afstammingsgeschillen: een procesrechtelijke benadering", *T.P.R.* 1991, (1139) 1157, nr. 46; M.-Th. MEULDERS-KLEIN, "L'établissement et les effets personnels de la filiation selon la loi belge du 31 mars 1987", *Ann. dr. Louvain* 1987, (213) 252, nr. 74; C. PANIER, "Problèmes de droit judiciaire relatifs à la filiation", in X (ed.), *La filiation et l'adoption*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 1988, 107, nr. 44; D. PIRE, "Droit judiciaire de la filiation", *Act. dr.* 1991, (689) 708, nr. 23; P. SENAEVE, "De afstamming langs vaderszijde binnen het huwelijk", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, 107, nr. 124; P. SENAEVE, "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE, (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 40-41, nr. 46; J. SOSSON, "Quelques problèmes judiciaires d'application de la loi du 31 mars 1987 réformant le droit de la filiation", *J.T.* 1990, (301) 305, nr. 28; J. VAN COMPERNOLLE, "Aspects judiciaires des actions relatives à la filiation", *Ann. dr. Louvain* 1987, (319) 333, voetnoot 19).

Ook het grootste gedeelte van de rechtspraak blijkt gekant tegen het optreden van het kind vóór de meerderjarigheid via de moeder als zijn wettelijke vertegenwoordiger.
Zo besliste de Rechtbank van Eerste Aanleg te Luik dat de vordering tot betwisting van het vaderschap ingeleid door de moeder in naam van een tienjarig kind als diens wettelijke vertegenwoordiger onontvankelijk is. De grammaticale analyse van artikel 332 vijfde lid B.W. en het gebruik van de term "uiterlijk" waaruit zou volgen dat het kind vóór zijn meerderjarigheid kan optreden via zijn wettelijke vertegenwoordiger houdt geen rekening met de daaropvolgende bewoordingen "vier jaar nadat het de leeftijd van achttien jaar heeft bereikt". De wetgever heeft met die bepaling de mogelijkheid om te vorderen aan het kind persoonlijk toegekend en dit gedurende vier jaar, vanaf de leeftijd van achttien jaar tot zijn tweeëntwintigste verjaardag, hetgeen vertegenwoordiging vóór de meerderjarigheid uitsluit (Rb. Luik 9 juni 1989, *J.T.* 1990, 446 en *J. dr. jeun.* 1990, afl. 7, 36; in dezelfde zin: Rb. Luik 10 juni 1988, *Pas.* 1989, III, 15 (i.v.m. een vijfjarig kind) en Rb. Namen 8 november 1989, opgenomen in D. PIRE, "Inédits de droit de la famille (V-3). Filiation", *J.L.M.B.* 1991, (1082) 1084).
Het Hof van Beroep te Luik oordeelde impliciet in dezelfde zin door, in een geval waarin meer dan een jaar na de ontdekking van de geboorte was verlopen, te overwegen dat de enige mogelijkheid om het vaderschap van de echtgenoot alsnog te betwisten erin bestond dat het kind zelf een betwistingsvordering zou instellen tussen zijn achttiende en tweeëntwintigste levensjaar (Luik 19 juni 2001, *J.L.M.B.* 2002, 150, noot S. THIELEN en *R.R.D.* 2001, 413).

De betwistingsvordering van het kind kan ons inziens in geen enkel geval worden ingesteld vooraleer het kind de leeftijd van achttien jaar heeft bereikt, noch door het kind zelf, noch door zijn wettelijke vertegenwoordiger. Mede omwille van de principiële procesonbekwaamheid van de minderjarige is artikel 331*sexies* B.W. – dat in de tussenkomst van de wettelijke vertegenwoordiger voorziet voor afstammingsgedingen waarin het kind als eiser of verweerder optreedt – in deze context irrelevant aangezien het minderjarig kind duidelijk geen eiser kan zijn in een procedure tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot.
Het Hof van Beroep te Brussel heeft recentelijk het meerderheidsstandpunt bevestigd en het vermelde vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Nijvel d.d. 1 december 1998 hervormd, nadat het Openbaar Ministerie hoger

beroep had ingesteld. Het hof oordeelde in een uitvoerig gemotiveerd arrest – terecht – dat de vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot niet door de wettelijke vertegenwoordiger tijdens de minderjarigheid van het kind kan worden ingesteld. Het hof citeerde omstandig de parlementaire voorbereiding van artikel 332 vijfde lid B.W. en leidde daaruit af dat het de manifeste wil van de wetgever is geweest om het vorderingsrecht aan het kind persoonlijk toe te kennen en de inleiding van de vordering door zijn wettelijke vertegenwoordiger uit te sluiten. Er anders over beslissen zou de moeder (en haar echtgenoot) een middel bieden om de eigen korte termijn te omzeilen, wat de wetgever net heeft willen vermijden (Brussel 14 september 2000, *A.J.T.* 2000-01, 601 en *T.B.B.R.* 2001, 529, noot E. VIEUJEAN).

Toch blijft de controverse bestaan. Ook na het duidelijke arrest van het Hof van Beroep te Brussel blijft VIEUJEAN in een recente publicatie vasthouden aan het eerder door MASSON verdedigde standpunt: "Quand on dit 'au plus tard', c'est clair: cela signifie que l'on peut aussi le faire plus tôt" (E. VIEUJEAN, "Paternité du mari contestée au nom d'un incapable", (noot onder Brussel 14 september 2000 en Rb. Verviers 30 oktober 2000), *T.B.B.R.* 2001, (534) 538).

b. Bijzondere onontvankelijkheidsgrond: de echtgenoot heeft het kind altijd als het zijne opgevoed

891 Behoudens buitengewone omstandigheden is de rechtsvordering van het kind niet ontvankelijk wanneer de echtgenoot het kind als het zijne heeft opgevoed (art. 332 vijfde lid *in fine* B.W.).

892 De wet vereist geen bezit van staat t.a.v. de echtgenoot; één element daarvan volstaat, nl. de opvoeding, maar deze opvoeding mag geen kortstondig karakter hebben (argument naar analogie met art. 331*nonies* B.W., dat voor het bezit van staat vereist dat het voortdurend is). De houding van de moeder is irrelevant. Uit de voorbereidende werken blijkt duidelijk dat voor de toepassing van deze onontvankelijkheidsgrond niet vereist is dat de echtgenoten samenwonen of het kind gezamenlijk hebben opgevoed (Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 118).

893 Uitzonderlijk zal de rechter de vordering van het kind toch toelaatbaar kunnen verklaren, ook al is het door de echtgenoot opgevoed. Daarvoor zal het kind buitengewone omstandigheden moeten bewijzen.

Wat daaronder moet worden verstaan werd tijdens de parlementaire voorbereiding niet geëxpliciteerd. De rechter zal telkens *in concreto* moeten oordelen of de aangevoerde omstandigheden dusdanig zijn dat zij als "buitengewoon" kunnen worden aangemerkt. In de rechtsleer werd opgemerkt dat men hier zou kunnen denken aan het geval waarin het kind de echtgenoot van zijn moeder "een bijzonder laakbaar gedrag kan verwijten" (P. SENAEVE, "De afstamming langs vaderszijde binnen het huwelijk", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, 109, nr. 127). Bewezen incest kan o.i. worden beschouwd als een buitengewone omstandigheid die rechtvaardigt dat het kind het vaderschap

van de echtgenoot van zijn moeder alsnog kan betwisten, ook al werd het door die man opgevoed.

894 De draagwijdte van artikel 332 vijfde lid *in fine* B.W. is weliswaar beperkt tot het vorderingsrecht van het kind, maar omvat alle rechtstreekse wijzen van betwisting van het vaderschap van de echtgenoot o.g.v. artikel 318 B.W. Anders dan de andere titularissen van het betwistingsrecht kan het kind dit vaderschap zelfs niet door tegenbewijs betwisten, wanneer het door de echtgenoot als het zijne werd opgevoed.

B. UITSLUITING VAN DE BIOLOGISCHE VADER: VERENIGBAARHEID MET HET GELIJKHEIDSBEGINSEL

895 De biologische vader van het kind wordt niet vermeld in artikel 332 B.W. als titularis van het betwistingsrecht en is dus niet gerechtigd het vaderschap van de echtgenoot van de moeder te betwisten (art. 332 eerste lid B.W. *a contrario*).

896 De onmogelijkheid voor de biologische vader om het vaderschap van de echtgenoot te betwisten was tot tweemaal toe het voorwerp van een prejudiciële vraag, gericht tot het Arbitragehof. In de eerste zaak werd het niet-betwiste biologische vaderschap bevestigd door bezit van staat, in de tweede zaak niet.

– Het Hof van Beroep te Luik vroeg in 1996 of de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet worden geschonden in zoverre artikel 332 B.W. "de biologische vader van het kind wiens vaderschap niet wordt betwist en ten aanzien van wie het kind bezit van staat heeft, uitsluit van het recht om het vermoeden van vaderschap te betwisten" (Luik 28 mei 1996, *J.L.M.B.* 1996, 971 en *R.R.D.* 1997, 29).
– Voordien had ditzelfde hof al gesteld dat indien een overspelig kind *a matre* bezit van staat heeft t.o.v. de echtgenoot van de moeder, een vordering tot erkenning door de biologische vader van het kind o.g.v. artikel 320 B.W. onontvankelijk is. Het hof leidde hieruit af dat de biologische vader als derde geen belang heeft bij de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot. Ook al zou artikel 332 eerste lid B.W. strijdig met de Grondwet worden verklaard, dan nog zou de derde stuiten op het bezit van staat van het kind t.o.v. de echtgenoot. Het hof was van oordeel dat het geen prejudiciële vraag aan het Arbitragehof i.v.m. de verenigbaarheid van artikel 332 eerste lid B.W. met de artikelen 10 en 11 G.W. hoefde te stellen, nu het antwoord op die vraag niet onontbeerlijk was om het geschil te beslechten (Luik 7 februari 1995, *J.L.M.B.* 1995, 522 en *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 655). Tegen dit arrest werd een voorziening in cassatie ingesteld, met als gevolg dat het Hof van Cassatie in 1997 dan toch de vraag stelde of de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet worden geschonden in zoverre artikel 332 B.W. "iedere andere man dan de echtgenoot, die bij een gehuwde vrouw een kind heeft verwekt, verbiedt een vordering tot betwisting in te stellen terwijl de moeder van het kind dat wel mag" (Cass. 13 februari 1997, *Arr. Cass.* 1997, 209 en *Pas.* 1997, I, 220).

897 Het Arbitragehof beantwoordde de beide prejudiciële vragen op *quasi*-identieke wijze in arresten van 14 juli 1997 en 11 februari 1998.

Het hof stelde vast dat er een objectief verschil bestaat tussen de echtgenoot, de echtgenote en het kind aan de ene kant en de biologische vader aan de andere kant: eerstgenoemden behoren tot het kerngezin dat voortvloeit uit het huwelijk, laatstgenoemde is een buitenstaander.

SENAEVE merkt in dit verband op dat het verschil nog veel duidelijker kan worden aangegeven door te benadrukken dat de echtgenoot, de moeder en het kind gebonden zijn door een juridische afstammingsband, terwijl de biologische vader juridisch t.o.v. hen een vreemde is (P. SENAEVE, "De vaderschapsregel in het spanningsveld van de mensenrechtenbescherming en van het gelijkheidsbeginsel", in X (ed.), *Liber amicorum Roger Blanpain*, Brugge, die Keure, 1998, 811).

Aangaande de vraag naar de redelijke verantwoording van het verschil in behandeling werd overwogen dat, hoewel uit de Memorie van Toelichting blijkt dat één van de doelstellingen van de Afstammingswet was "de [biologische] waarheid zoveel mogelijk te benaderen", uit dezelfde parlementaire voorbereiding echter ook blijkt dat de wetgever de "rust der families" in overweging heeft willen nemen en heeft willen beschermen, door, indien hiertoe nodig, het zoeken naar de biologische waarheid te temperen. Het hof was van mening dat het verantwoord kan worden er van uit te gaan dat de biologische vader als derde geen belang heeft bij de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot en dat het hem niet toekomt het belang van het kind te beoordelen.

Het Arbitragehof besliste dan ook dat de limitering van de personen die in rechte het vermoeden van vaderschap kunnen weerleggen een proportionele maatregel was om de nagestreefde dubbele doelstelling – de zorg om de vaststelling van de biologische afstamming te bevorderen, enerzijds, en de bescherming van de rust in de gezinnen, anderzijds – te bereiken en oordeelde bijgevolg dat artikel 332 B.W. de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet schendt (Arbitragehof nr. 41/97, 14 juli 1997, *B.S.* 20 september 1997, 24553, *J.L.M.B.* 1997, 1232, *Rev. trim. dr. fam.* 1997, 184 en *R.W.* 1997-98, 943; Arbitragehof nr. 12/98, 11 februari 1998, *B.S.* 8 april 1998, 10709 en *Rev. trim. dr. fam.* 1998, 290).

898 De wijze waarop het Arbitragehof de zonet vermelde arresten van 14 juli 1997 en 11 februari 1998 motiveert is, net als de motivatie van het Hof van Beroep te Luik in het arrest van 7 februari 1995, vatbaar voor kritiek.

Ons inziens heeft de biologische vader wel degelijk belang bij de betwisting van het juridisch vaderschap van een kind dat biologisch (en eventueel ook socio-affectief) het zijne is (zie in dezelfde zin: P. SENAEVE, "De vaderschapsregel in het spanningsveld van de mensenrechtenbescherming en van het gelijkheidsbeginsel", in X (ed.), *Liber amicorum Roger Blanpain*, Brugge, die Keure, 1998, 812). Zo zal de biologische vader die zijn kind wil erkennen en dit niet kan o.g.v. artikel 320 B.W. omdat de toepassingsvoorwaarden daarvoor niet zijn vervuld, moeten terugvallen op artikel 319 § 1 B.W. Voor de toepassing van deze bepaling moet het vaderschap van de echtgenoot echter voorafgaandelijk succesvol betwist zijn. Nu de biologische vader zelf niet gerechtigd is de betwistingsvordering in te stellen – en de echtgenoot zelf daartoe veelal niet bereid zal zijn – zal hij daarvoor beroep moeten doen op de moeder of moeten wachten tot het kind meerderjarig is.

Voor het overige is de redenering van het Arbitragehof terecht. Het feit dat de vaderschapsregel in bescherming werd genomen leidt overigens tot billijke gevolgen: de "rust der families" zou buitenmatig verstoord kunnen worden indien aan iedere man die meent of beweert de biologische vader van een huwelijks kind te zijn, een betwistingsrecht zou worden toegekend. Bovendien werkt de huidige afstammingswetgeving niet discriminerend t.o.v. de biologische vader: hij kan zelf het kind erkennen, weliswaar onder de voorwaarden bepaald in artikel 320 B.W.

In het arrest Kroon achtte het Europees Hof voor de Rechten van de Mens de zeer beperkte mogelijkheden waarin de Nederlandse wetgeving voorzag om het vaderschap van de echtgenoot te betwisten (zie de toenmalige art. 1:198 en 1:199 N.B.W.) strijdig met artikel 8 E.V.R.M., aangezien erkenning door een andere man daardoor sterk werd bemoeilijkt.
Het hof interpreteerde het begrip "family life" uit artikel 8 E.V.R.M. ruim en aanvaardde dat naast de samenleving van de partners ook andere factoren dienstig kunnen zijn om *de facto* familiale banden te kunnen creëren. Hoewel de aspirant-erkenner er doelbewust voor gekozen had niet met de moeder samen te wonen, was de geboorte van drie andere kinderen uit zijn relatie met de moeder een doorslaggevende factor. In het raam van de positieve verplichtingen voor de Staat die uit artikel 8 E.V.R.M. voortvloeien oordeelde het hof dat, van zodra is vastgesteld dat een relatie tussen een man en een kind onder de notie "gezinsleven" in de zin van artikel 8 E.V.R.M. valt, er op de Staat een verplichting rust om zo vlug mogelijk het vormen van volledige juridische afstammingsbanden tussen die man en het kind mogelijk te maken. Het hof stelde dat het respect voor het gezinsleven vereist dat de biologische en sociale werkelijkheid de bovenhand heeft over een wettelijk vermoeden dat in aanvaring komt zowel met de vastgestelde feiten als met de wensen van de betrokken partijen, zonder echt iemand ten goede te komen (Hof Mensenrechten, arrest Kroon e.a. / Nederland van 27 oktober 1994, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 297-C, *NJB (katern)* 1995, 247 en *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 213; zie ook C. FORDER, "Biologische en maatschappelijke werkelijkheid gaat voor in het afstammingsrecht", in R.A. LAWSON en E. MYJER (red.), *50 jaar EVRM. 50 jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens 1950-2000*, Leiden, Stichting NJCM, 2000, 269-280).

Sommige auteurs menen dat artikel 332 eerste lid B.W. een schending van artikel 8 E.V.R.M. uitmaakt door de biologische vader het recht te ontzeggen het vaderschap van de echtgenoot te betwisten (J.-P. MASSON en N. MASSAGER, "Droit des personnes. Chronique de jurisprudence (1994-1998)", *Les dossiers du Journal des Tribunaux*, nr. 25, Brussel, Larcier, 2000, 107, nr. 120). Deze conclusie gaat ons inziens te ver omdat de Belgische afstammingswetgeving ook andere personen dan de echtgenoot (zoals de moeder en het kind) toelaat diens vaderschap te betwisten en zo de weg vrijmaakt voor een erkenning. De Nederlandse wetgeving werd inmiddels in die zin aangepast (zie art. 1:200 eerste lid *a* en *b* N.B.W., gewijzigd door de Wet van 24 december 1997 tot herziening van het afstammingsrecht alsmede van de regeling van adoptie, *Stb.* 1997, 722, in werking getreden op 1 april 1998).

899 Desalniettemin moet na deze rechtspraak van het Arbitragehof en een duidelijk arrest van het Hof van Cassatie worden aangenomen dat enkel de echtgenoot, de moeder en het kind – als eigenlijke titularissen – gerechtigd zijn om het vaderschap te betwisten van een kind dat geboren is tijdens het huwelijk of binnen de 300 dagen na de ontbinding of de nietigverklaring van het huwelijk. Artikel 332 eerste lid B.W. ontzegt de betwistingsvordering – tijdens het leven van de echtgenoot – aan iedere andere man dan de echtgenoot die bij een gehuwde vrouw een kind heeft verwekt (Cass. 29 mei 1998, *Arr. Cass.* 1998, 620 en *Pas.* 1998, I, 656; in dit arrest voegt het Hof van Cassatie zich naar het arrest van het Arbitragehof nr. 12/98, 11 februari 1998, geciteerd). Deze opsomming is limitatief: zelfs het Openbaar Ministerie heeft geen vorderingsrecht (Rb. Veurne 28 oktober 1993, *T.W.V.R.* 1997, 162, noot H. CREVITS).

900 De onmogelijkheid voor de biologische vader om het vaderschap van de echtgenoot van de moeder van het kind te betwisten, staat, in combinatie met de toepassing van de vaderschapsregel, een waarheidsgetrouwe vaststelling van de afstamming in de weg.
Het sluiten van een huwelijk met een welwillende man is een uiterst effectief middel voor een zwangere vrouw om de biologische vader van haar kind te bannen uit haar leven en uit dat van haar kind.

Een vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent kan dit illustreren. Een man had enkele maanden een relatie met een ongehuwde vrouw, die zwanger bleek op het ogenblik dat aan deze relatie een einde kwam. Als biologische vader wenste hij zijn kind nog vóór de geboorte te erkennen. Nadat de moeder haar toestemming daartoe had geweigerd, wendde hij zich twee maanden vóór de geboorte tot de vrederechter. Inmiddels – drie maanden vóór de geboorte – was de moeder al met een andere man in het huwelijk getreden. Aangezien het kind tijdens het huwelijk werd geboren, heeft het de echtgenoot van de moeder als juridische vader o.g.v. de vaderschapsregel (art. 315 B.W.). De biologische vader was van oordeel dat hij het recht heeft dit vaderschap te betwisten en dat het gelijkheidsbeginsel zou geschonden zijn indien hem die kans zou worden ontnomen. De Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent verwees naar de rechtspraak van het Arbitragehof, oordeelde dat het standpunt van het hof duidelijk was en weigerde daarom een nieuwe prejudiciële vraag aan het Arbitragehof te stellen. De vordering van de biologische vader werd onontvankelijk verklaard (Rb. Gent (3de kamer) nr. 98/38/A, 21 december 2000, *onuitg.*; tegen dit vonnis werd hoger beroep aangetekend, maar naderhand werd afstand van hoger beroep gedaan, zie Gent (1ste kamer) , nr. 2001/AR/1109, 14 maart 2002, *onuitg.*).

C. GEEN ANDERE TITULARISSEN INZAKE DE BETWISTING VAN HET VADERSCHAP VAN DE GEWEZEN ECHTGENOOT NA ONTBINDING VAN HET HUWELIJK DOOR ECHTSCHEIDING OF NIETIGVERKLARING VAN HET HUWELIJK

901 De vaderschapsregel speelt niet enkel voor kinderen geboren tijdens het huwelijk, maar ook voor kinderen geboren binnen de 300 dagen na de ontbinding van het huwelijk door echtscheiding of na de nietigverklaring van het huwelijk. In deze gevallen wordt het vaderschap van de gewezen echtgenoot vastgesteld o.g.v. artikel 315 B.W. De uitbreiding van de vaderschapsregel tot kinderen die werden geboren op een ogenblik dat het huwelijk niet meer bestaat, moet worden gezien in het licht van artikel 326 B.W. dat stelt dat het kind, behoudens tegenbewijs, vermoed wordt verwekt te zijn in het tijdvak van de 300ste t.e.m. de 180ste dag vóór de geboorte.

De vraag rijst of de vordering tot betwisting van het vaderschap van de gewezen echtgenoot via een weerlegging van het wettelijk vermoeden aangaande het tijdstip van de verwekking onderworpen is aan de gemeenrechtelijke regels betreffende de afstammingsgeschillen. Een positief antwoord impliceert een uitbreiding van de titularissen van het betwistingsrecht die worden opgesomd in artikel 332 B.W.

Verschillende auteurs zijn van oordeel dat eenieder die van een niet louter vermogensrechtelijk belang laat blijken, overeenkomstig de gemeenrechtelijke regel uit artikel 332*bis* eerste lid B.W., een kind dat geboren is na de ontbinding of nietigverklaring van het huwelijk aan de toepassing van de vaderschapsregel mag proberen te onttrekken door te bewijzen dat het ook werd verwekt na de ontbinding of nietigverklaring.

P. SENAEVE is van oordeel dat het hier om een vordering gaat aangaande de toepasselijkheid van de vaderschapsregel, waarvoor de gemeenrechtelijke regels i.v.m. de vorderingen tot betwisting van staat moeten gelden, evenwel met uitzondering van de vordering die gesteund is op het vermoeden *Omni meliore momento*, aangezien artikel 326 B.W. verhindert dat anderen dan het kind zelf de vordering kunnen inleiden (P. SENAEVE, "De afstamming langs vaderszijde binnen het huwelijk", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, 65, nr. 55). De stelling van MEULDERS-KLEIN lijkt iets terughoudender: "il semblerait que la faculté de contester *la date de la conception* pour écarter la présomption Pater is est soit ouverte à tout intéressé" (M.-Th. MEULDERS-KLEIN, "L'établissement et les effets personnels de la filiation selon la loi belge du 31 mars 1987", *Ann. dr. Louvain* 1987, (213) 250-251, nr. 71); nochtans wordt in deze bijdrage verwezen naar E. VIEUJEAN ("Le nouveau droit de la filiation", *Ann. dr. Liège* 1987, (97) 127, nr. 37), een auteur die ondubbelzinnig van mening is dat de beperkingen waarin artikel 332 eerste en tweede lid B.W. voorzien enkel van toepassing zijn op vorderingen die ertoe strekken de vaderschapsregel te weerleggen. In zijn optiek zouden ze niet van toepassing zijn wanneer men de toepasselijkheid zelf van de vaderschapsregel betwist door bv. voor te houden dat het kind geboren 285 dagen na de ontbinding van het huwelijk de echtgenoot niet tot vader heeft omdat – in weerwil van artikel 326 B.W. – de zwangerschap slechts 280 dagen geduurd heeft: een dergelijke betwisting is volgens VIEUJEAN mogelijk door iedere belanghebbende, te meer daar elke belanghebbende het bestaan van het huwelijk als toepassingsvoorwaarde voor de vaderschapsregel zou kunnen betwisten (E. VIEUJEAN, "Le nouveau droit de la filiation", *Ann. dr. Liège* 1987, (97) 127, nr. 37; zie ook E. VIEUJEAN, "Conclusion", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, II, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, 482).
Deze redenering kan niet volledig overtuigen.

902 Ook al werd een dergelijke vordering ingesteld, initieel is het vaderschap van de gewezen echtgenoot hoe dan ook vastgesteld krachtens artikel 315 B.W. Dit vaderschap kan, luidens artikel 332 eerste lid B.W., in beginsel enkel worden betwist door de echtgenoot, de moeder en het kind (eveneens in die zin: A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 315 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 5, nr. 4). Het Hof van Cassatie heeft dit principe bevestigd (Cass. 29 mei 1998, *Arr. Cass.* 1998, 620 en *Pas.* 1998, I, 656).

D. OVERGANGSRECHT

903 Vóór de inwerkingtreding van de Afstammingswet konden enkel de echtgenoot en – na zijn overlijden – diens erfgenamen (oud art. 317 B.W.) het vaderschap van de echtgenoot betwisten, of – in de toenmalige wettelijke terminologie – "ontkennen".

1. De vordering tot ontkenning van het vaderschap werd definitief beslecht vóór 6 juni 1987

904 Een vordering die vóór de inwerkingtreding van de Afstammingswet werd ingesteld en ook vóór 6 juni 1987 door een in kracht van gewijsde gegane beslissing werd afgewezen, kan niet meer in het geding worden gebracht (art. 111 eerste lid Afstammingswet).
Deze regel is duidelijk wanneer de vordering onder gelding van het oude recht gegrond werd verklaard.
Werd de vordering toentertijd afgewezen – bv. omdat de echtgenoot ze na het verstrijken van de toenmalige korte vervaltermijn had ingesteld –, dan rijst de vraag of personen die pas betwistingsgerechtigd werden na de inwerkingtre-

ding van de Afstammingswet eveneens hun vorderingsrecht verliezen, ook al is de termijn voor hun vordering nog niet verstreken. Deze vraag heeft groot praktisch belang voor het kind dat pas door de Afstammingswet titularis van het betwistingsrecht is geworden en zijn vordering gedurende vier jaar na de meerderjarigheid kan instellen.

HEYVAERT en VANCRAENENBROECK achten het verval van hun vorderingsrecht na een vóór 6 juni 1987 definitief beslechte betwistingsvordering – terecht – een moeilijk of niet te aanvaarden consequentie van artikel 111 eerste lid Afstammingswet. Deze auteurs suggereren om – met enige goede wil – te aanvaarden dat de vordering in die hypothese niet door en tegen de nieuwe titularissen in dezelfde hoedanigheid is gedaan (er werd niet beslist over de vordering van de moeder of het kind), zodat de in artikel 23 Ger. W. gestelde vereisten voor het gezag van het rechterlijk gewijsde niet zijn vervuld (zie A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 332 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 15, nr. 21).

2. De vordering tot ontkenning van vaderschap werd ingesteld vóór 6 juni 1987 en is nog hangende

905 Personen die in hun hoedanigheid van erfgenaam vóór 6 juni 1987 een vordering tot ontkenning hebben ingesteld die vóór die datum nog niet werd afgewezen door een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke beslissing, kunnen luidens artikel 119 § 5 Afstammingswet die vordering voortzetten, ook al zouden ze na 6 juni 1987 geen betwistingsrecht meer hebben. Hetzelfde geldt *a fortiori* voor de echtgenoot zelf, aangezien deze betwistingsgerechtigd is gebleven.

3. Er is nog geen rechtsvordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot ingesteld

906 De personen die slechts betwistingsgerechtigd zijn geworden na de inwerkingtreding van de Afstammingswet – zoals de moeder en het meerderjarig kind – kunnen het vaderschap van de echtgenoot betwisten t.a.v. kinderen die geboren werden vóór 6 juni 1987. De nieuwe wet is immers ook van toepassing op kinderen geboren vóór haar inwerkingtreding die op dat ogenblik nog in leven zijn (art. 107 eerste lid Afstammingswet).

907 Personen die willen optreden in hun hoedanigheid van erfgenaam – en op het ogenblik van de geboorte wel een recht tot ontkenning hadden (zie art. 317 (oud) B.W.) – verliezen echter hun vorderingsrecht (art. 119 § 5 Afstammingswet *a contrario*), tenzij zij kunnen optreden in een hoedanigheid van bloedverwant in de opgaande of in de neerdalende lijn (art. 332 tweede lid B.W.).

§ 2. Termijnen (art. 332 vierde en vijfde lid B.W.)

908 Het onverjaarbaar karakter van de staat van de persoon heeft niet tot gevolg dat de rechtsvordering tot betwisting van het vaderschap van de echt-

genoot onverjaarbaar zou zijn (Cass. 10 januari 1986, *Arr. Cass.* 1985-86, 657, *Pas.* 1986, I, 579 en *R.W.* 1986-87, 105).

Evenmin is de termijn van 30 jaar die geldt voor vorderingen betreffende de afstamming (art. 331*ter* B.W.) van toepassing op de vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot, aangezien de wet voorziet in aanzienlijk kortere termijnen (zie art. 332 vierde en vijfde lid B.W.).

A. JURIDISCHE AARD

909 De termijnen vermeld in artikel 332 B.W. zijn vervaltermijnen. Bovendien gaat het om termijnen die de openbare orde raken.

1. Vervaltermijnen

910 Algemeen wordt aanvaard dat de termijnen uit artikel 332 B.W. vervaltermijnen zijn (G. BAETEMAN, *Overzicht*, 603, nr. 972; G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, V. DE SAEDELEER en K. JACOBS, "Overzicht van rechtspraak. Personen- en familierecht (1988-1994)", *T.P.R.* 1994, (2073) 2258, nr. 379; H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité*, II/2, 945, nr. 993; J. MELLAERTS, "Afstammingsgeschillen: een procesrechtelijke benadering", *T.P.R.* 1991, (1139) 1163, nr. 57; M.-Th. MEULDERS-KLEIN , "L'établissement et les effets personnels de la filiation selon la loi belge du 31 mars 1987", *Ann. dr. Louvain* 1987, (213) 251, nr. 72; D. PIRE, "Droit judiciaire de la filiation", *Act. dr.* 1991, (689) 711, nr. 24; P. SENAEVE, "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 41, nr. 48).
Deze visie is door het Arbitragehof uitdrukkelijk bevestigd (Arbitragehof nr. 138/2000, 21 december 2000, *B.S.* 8 maart 2001, 7435 en *T.B.B.R.* 2001, 359, noot G. VERSCHELDEN en Arbitragehof nr. 95/2001, 12 juli 2001, *B.S.* 13 november 2001, 38684, resp. overweging B.6 en B.8).

911 Anders dan verjaringstermijnen kunnen vervaltermijnen niet geschorst of gestuit worden.

De omstandigheid dat het kind in het buitenland is geboren en daar niet werd aangegeven – zodat in België een administratieve procedure moest worden opgestart om een geboorteakte op te maken – heeft zeker niet tot gevolg dat de eenjarige termijn waarbinnen de moeder haar vordering moet inleiden wordt geschorst aangezien deze begint te lopen op het moment van het "materiële" feit van de geboorte en niet op het moment van de overschrijving in een administratief register (Rb. Brussel 27 september 1995, *T.B.B.R.* 1996, 60; zie ook verder, nr. 933).

SENAEVE neemt aan dat de termijnen uit artikel 332 B.W. niet kunnen geschorst worden, maar is tegelijk toch van oordeel dat zij gestuit kunnen worden door de dagvaarding die de betwistingsvordering inleidt. In zijn optiek volstaat het dat één van de verweerders tijdig is gedagvaard (P. SENAEVE, "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 44-45, nr. 57 *j°* 55). Uit deze redenering volgt dat andere verweerders later nog in de zaak geroepen kunnen worden, ook al is de vervaltermijn voor het instellen van de vordering op dat moment al verstreken.

Deze stelling kan niet worden bijgetreden. Een aantal personen is immers verplicht partij in het geding (zie verder, nrs. 947-950). Het lijkt moeilijk aanvaardbaar dat de vordering nog kan worden ingesteld tegen hen na het verstrijken van de vervaltermijn. Het gaat immers om een onsplitsbaar geschil: de gezamenlijke tenuitvoerlegging van verschillende beslissingen waarbij geoordeeld wordt over de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot is materieel onmogelijk (art. 31 Ger. W.), wat implicaties heeft op het vlak van het hoger beroep en de voorziening in cassatie (art. 1053 en 1084 Ger. W.) (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 332 B.W.", in *Comm. Pers.*, 7, nr. 8 *juncto* 9, nr. 11).

912 Het feit dat een vordering tot aanstelling van een voogd *ad hoc* tijdig werd ingesteld volstaat niet om de termijnen bepaald in artikel 332 B.W. te stuiten (P. SENAEVE, "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 45, nr. 56).

In dezelfde zin stelde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Turnhout dat de procedure tot betwisting van het vaderschap wordt ingeleid door het uitbrengen van een dagvaarding en niet – zoals verweerder beweerde – door de neerlegging van een verzoekschrift tot aanstelling van een voogd *ad hoc*; de stelling dat de dagvaarding geen nieuwe eis opent, doch de voortzetting inhoudt van de bij verzoekschrift ingestelde eis werd onjuist bevonden; de rechtbank sprak zich echter niet uit over de mogelijkheid de termijn te stuiten (Rb. Turnhout 9 januari 1992, *Turnh. Rechtsl.* 1993, 10; vgl. – in een overgangsrechtelijke situatie – Rb. Brussel 13 oktober 1987, weergegeven door C. PANIER, "Inédits de droit de la famille (II). Le nouveau droit de filiation et de l'adoption", *J.L.M.B.* 1987, (1549) 1552-1553, waar het verzoekschrift tot aanstelling van een voogd *ad hoc* tijdig werd ingediend, maar partijen pas vrijwillig voor de rechtbank verschenen op een ogenblik dat de termijn voorzien in het oude art. 316 B.W. al verstreken was; de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel achtte de vordering onontvankelijk wegens laattijdigheid).

Onder het oude recht is er echter ook rechtspraak in tegengestelde zin: zo aanvaardde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent wel dat de toenmalige vordering tot ontkenning van vaderschap door een dergelijk verzoekschrift werd ingeleid, hoewel ze tegelijk expliciet bevestigde dat de termijn van drie maanden uit artikel 316 (oud) B.W. waarbinnen de vordering moest worden ingeleid een vervaltermijn was die noch geschorst, noch gestuit kon worden (Rb. Gent 30 oktober 1986, *T.G.R.* 1986, 60). De redenering van de rechtbank dat, nu de aanwijzing van een voogd *ad hoc* gebeurt via een procedure op eenzijdig verzoekschrift, geregeerd door de artikelen 1025 e.v. Ger. W., tussenkomst, derdenverzet en hoger beroep mogelijk is, en dit impliceert dat het in de praktijk onmogelijk wordt om binnen de drie maanden te dagvaarden, waaruit meteen zou volgen dat de ontkenningsprocedure wordt ingeleid door het verzoekschrift, heeft o.i. aan overtuigingskracht ingeboet, nu de kortst mogelijke vervaltermijn bepaald in artikel 332 B.W. sinds de inwerkingtreding van de Afstammingswet één jaar bedraagt.

2. *Openbare orde-karakter*

913 Net als het gehele afstammingsrecht zijn de vervaltermijnen uit artikel 332 B.W. van openbare orde (G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, V. DE SAEDELEER en K. JACOBS, "Overzicht van rechtspraak. Personen- en familierecht (1988-1994)", *T.P.R.* 1994, (2073) 2258, nr. 379; H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité*, II/2, 945, nr. 993; P. SENAEVE, "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 42, nr. 49).

914 Dit impliceert dat de rechter bij wie de vordering wordt ingeleid ambtshalve de eventuele laattijdigheid ervan dient op te werpen en in

dat geval de vordering onontvankelijk moet verklaren (zie o.m. Rb. Nijvel 24 oktober 2000, *Rev. trim. dr. fam.* 2002, 324). Een middel gesteund op het feit dat deze termijnen op het ogenblik van het instellen van de vordering verstreken zijn, kan in elke stand van het geding en zelfs voor het eerst in cassatie worden aangevoerd.

915 Het beginsel dat de rechtbank een laattijdig ingestelde vordering ambtshalve onontvankelijk moet verklaren, kan eenvoudig worden toegepast wanneer de moeder haar vordering inleidt na de eerste verjaardag van het kind of het kind zelf de vordering instelt na zijn tweeëntwintigste verjaardag.

Omwille van het openbare orde-karakter van de vervaltermijn bepaald in artikel 332 vierde lid B.W. wierp de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel tegen de vordering van de moeder ambtshalve de exceptie van laattijdigheid op, vanuit de bekommernis het hoger belang van het kind te verzekeren (Rb. Brussel 25 juni 1997, *T.B.B.R.* 1998, 57). Dezelfde rechtbank oordeelde tevens dat de artikelen 3.1 en 7.1 I.V.R.K. zich niet verzetten tegen de toepassing van de strikte vervaltermijn die geldt voor de moeder, aangezien de wetgever in 1987 juist met het oog op het beschermen van de stabiliteit van het kind de mogelijkheid voor de moeder om het vaderschap van haar echtgenoot te betwisten in de tijd heeft willen beperken (Rb. Brussel 15 juni 1997, *Pas.* 1996, III, 66).

916 Wanneer de echtgenoot zijn eigen vaderschap betwist of de betwistingsvordering wordt ingesteld door de vorige echtgenoot is een meer genuanceerde benadering noodzakelijk.

Wanneer de echtgenoot of de vorige echtgenoot hun vordering niet binnen het jaar na de geboorte instellen, betekent dit niet automatisch dat hun vordering laattijdig werd ingeleid. Er zal moeten worden nagegaan of zij hun vordering hebben ingesteld binnen het jaar na de ontdekking van de geboorte. Pas wanneer vaststaat dat zij hun vordering hebben ingesteld meer dan één jaar na het tijdstip waarop zij de geboorte hebben ontdekt – of: kennis hebben gekregen van de geboorte – zal de rechtbank ambtshalve deze laattijdigheid moeten opwerpen en de vordering onontvankelijk moeten verklaren.
De bewijslast i.v.m. de laattijdigheid van de vordering rust overeenkomstig het gemeen recht op de partij die de exceptie inroept (*Reus excipiendo fit actor*), dus op de verweerder(s) in het betwistingsgeding. Roept geen enkele verwerende partij de laattijdigheid van de vordering in, dan mag de rechtbank dit middel slechts ambtshalve aanvoeren wanneer uit de procedurestukken of uit de verklaringen van partijen duidelijk blijkt dat de vordering meer dan een jaar na de ontdekking van de geboorte werd ingesteld (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 332 B.W.", in *Comm. Pers.*, 8, nr. 10; P. SENAEVE, "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 43, nr. 52).

Dit standpunt wordt door een gedeelte van de rechtspraak gevolgd (zie bv. Rb. Leuven (1ste kamer) A.R. 52.150, 1 februari 1993, *onuitg.* en Rb. Brussel (12de kamer) A.R. 749/93, 26 januari 1993, aangehaald door P. SENAEVE, "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", *t.a.p.*, 44, nr. 52, voetnoot 48).

Toch blijkt er ook activistischer rechtspraak te bestaan die ambtshalve onderzoekt of uit de feitelijke omstandigheden waaronder de moeder en haar echtgenoot samenleefden niet blijkt dat deze laatste meer dan een jaar vóór hij de vordering instelde al kennis had van de geboorte. Deze rechtspraak aanvaardt evenwel vrij gemakkelijk dat de man geen kennis had van de geboorte van het kind vóór de datum van kennisname die hijzelf vooropstelde (zie Luik (1ste kamer) A.R. 23034/89, 6 februari 1990, *onuitg.* en – onder het oude recht – Brussel (3de kamer) A.R. 762/86, 1 juni 1988, *onuitg.*, aangehaald door P. SENAEVE, "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", *t.a.p.*, 44, nr. 52, voetnoot 49).

B. DUUR EN VERTREKPUNT

1. Vordering van de echtgenoot of de vorige echtgenoot

a. Inleiding binnen het jaar na de geboorte of de ontdekking ervan

917 Zowel de rechtsvordering van de echtgenoot wiens vaderschap vaststaat o.g.v. artikel 315 B.W. als deze van de vorige of nieuwe echtgenoot wiens vaderschap vaststaat o.g.v. artikel 317 B.W. moet worden ingesteld binnen een jaar na de geboorte of na de ontdekking van de geboorte (art. 332 vierde lid B.W.).
Het is immers mogelijk dat de echtgenoot of gewezen echtgenoot op het ogenblik dat het kind werd geboren geen kennis heeft kunnen nemen van de geboorte, bv. omdat hij op dat moment feitelijk gescheiden leefde van de moeder; in deze gevallen is het tijdstip van de ontdekking van de geboorte relevant.

918 Het Hof van Beroep te Brussel verduidelijkte dat met de ontdekking van de geboorte niet wordt bedoeld dat het volstaat dat de (gescheiden) man zou weten dat zijn (gewezen) echtgenote op een niet nader bepaalde datum gaat bevallen of bevallen is van één of meerdere niet nader bepaalde kinderen, maar wel dat de man kennis heeft van de geboortedatum, -plaats en -naam van het kind dat wettelijk als het zijne wordt beschouwd (Brussel (3de kamer) A.R. nr. 1997/AR/1421, 16 juni 1998, *onuitg.*).

919 Wanneer wordt opgeworpen dat de vordering laattijdig is ingesteld, lijkt het logisch dat de eisende echtgenoot die zijn vordering meer dan een jaar na de geboorte heeft ingesteld een in de tijd gesitueerd feit moet bewijzen waardoor hij de geboorte heeft ontdekt (Rb. Doornik 1 februari 1999, *J.L.M.B.* 1999, 1538), maar ook niet meer dan dat. Als de verwerende partij vervolgens beweert dat de eiser reeds vroeger kennis had van de geboorte – om zo de rechtbank te overtuigen van het laattijdig karakter van de vordering – is het aan die verwerende partij om te bewijzen op welke datum de eisende partij de geboorte heeft ontdekt. Dit bewijs kan met alle wettelijke middelen worden geleverd, met inbegrip van getuigen (Rb. Veurne 28 oktober 1993, *T.W.V.R.* 1997, 132, noot H. CREVITS; Rb. Luik (3de kamer) 9 februari 1990, *onuitg.*, aangehaald door D. PIRE, "Inédits de droit de la famille (V-3). Filiation", *J.L.M.B.* 1991, (1082) 1084; in dezelfde zin: J.-P. MASSON, "La

prescription", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. de Jeune Barreau de Liège, 1997, 43). De bewering van de eiser – nl. dat hij vóór het door hem opgeworpen tijdstip geen kennis had van de geboorte – is immers gesteund op een negatief feit dat onmogelijk bewezen kan worden. Uit de praktijk blijkt dat de rechtbanken zich tevreden stellen met een waarschijnlijkheid van de bewering van de eiser die gerechtvaardigd is door de omstandigheden van de zaak (voor illustraties in de rechtspraak, zie verder, nr. 931).

920 In het uitzonderlijke geval dat het moederschap niet vaststaat op het ogenblik van de geboorte, maar slechts later ten gevolge van een erkenning (vgl. art. 313 § 3 derde lid B.W. dat stelt dat de erkenning door een vrouw aan haar echtgeno(o)t(e) niet kan worden tegengeworpen totdat de kennisgeving of de betekening heeft plaatsgevonden) of een gerechtelijke vaststelling (zie art. 318 § 3 eerste lid 4° B.W.), mag worden aangenomen dat de termijn van één jaar voor de echtgenoot begint te lopen vanaf de kennisgeving van de erkenning of vanaf het in kracht van gewijsde treden van het vonnis tot vaststelling van het moederschap. Deze stelling is logisch en verenigbaar met de gemeenrechtelijke termijn voor het instellen van vorderingen tot betwisting van staat die begint te lopen vanaf de dag waarop het kind in het bezit van de betwiste staat is gekomen (art. 331*ter* B.W.; in dezelfde zin: A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 332 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 11, nr. 12). Nochtans is een preventieve betwisting van het vaderschap door de echtgenoot in toepassing van artikel 318 § 3 eerste lid 5° B.W. – eigenaardig genoeg – niet aan enige termijnvereiste onderworpen.

b. Toetsing aan het gelijkheidsbeginsel, het non-discriminatiebeginsel en de bescherming van het privé- en gezinsleven

921 De wettelijke termijnregeling voor de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot is vatbaar voor kritiek, zowel in het licht van artikel 8 E.V.R.M. als in het licht van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en de artikelen 14 *juncto* 8 E.V.R.M.

Volgens de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens behoort een vordering tot betwisting van de op het huwelijk gebaseerde afstamming tot het privé-leven van de betrokken man en kan ze worden bekeken in het licht van de bescherming van artikel 8 E.V.R.M. (Hof Mensenrechten, arrest Rasmussen/Denemarken van 28 november 1984, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 87 § 33; zie ook Hof Mensenrechten, arrest Kroon e.a./Nederland van 27 oktober 1994, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 297-C, § 30). Terecht is gesteld dat de bescherming van het privé-leven van de echtgenoot vereist dat hij een daadwerkelijke kans heeft om zijn vaderschap te betwisten (P. SENAEVE, "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 50, nr. 67). Artikel 332 vierde lid B.W. biedt de echtgenoot deze daadwerkelijke betwistingsmogelijkheid niet; in vele gevallen heeft hij slechts een theoretische kans om zijn juridisch vaderschap te betwisten. Het is immers goed mogelijk dat de echtgenoot op het ogenblik van de geboorte of de kennisname van de geboorte niet twijfelt aan zijn vaderschap, maar zich pas later realiseert dat hij misschien niet de genetische vader van het kind is.

922 De rechtspraak ziet in de wettelijke termijnregeling voor de echtgenoot echter geen schending van artikel 8 E.V.R.M.

Enkele jaren na het Hof van Beroep te Antwerpen (Antwerpen (3de kamer) AR 3432/90, 28 januari 1992, aangehaald door P. SENAEVE, "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 50, nr. 68) oordeelde ook het Hof van Beroep te Gent dat de vervaltermijn uit artikel 332 vierde lid B.W. niet strijdig is met artikel 8 E.V.R.M., o.g.v. de overweging dat deze bepaling een geoorloofde inmenging van het openbare gezag in het privé-leven uitmaakt, aangezien zij de bescherming van de openbare orde en de bescherming van de rechten en de belangen van het kind beoogt (Gent (1ste kamer) nr. 1995/AR/2293, 25 februari 1999, *onuitg.*; vgl. art. 8.2 E.V.R.M.).

923 Ook de strijdigheid van artikel 332 vierde lid B.W. met het gelijkheidsbeginsel zoals verwoord in artikel 14 *juncto* 8 E.V.R.M. werd door het Hof van Beroep te Antwerpen verworpen o.g.v. de – weinig overtuigende – overweging dat aan alle belanghebbende partijen de mogelijkheid wordt geboden om een vordering tot vaderschapsbetwisting in te stellen en deze vordering voor alle partijen onderworpen is aan een vervaltermijn (Antwerpen (3de kamer) AR 3432/90, 28 januari 1992, aangehaald door P. SENAEVE, "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 51, nr. 72).

Een geringere betwistingsmogelijkheid voor de echtgenoot t.o.v. de moeder kan ons inziens niet gerechtvaardigd worden door de overweging dat de belangen van de moeder doorgaans samenvallen met die van het kind zelf en haar na een echtscheiding of feitelijke scheiding meestal de materiële bewaring over het kind wordt toegekend (zoals nochtans geformuleerd in Hof Mensenrechten, arrest Rasmussen/Denemarken van 28 november 1984, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, nr. 87 § 41; in het oude Deense afstammingsrecht moest de echtgenoot zijn vordering tot vaderschapsbetwisting instellen binnen een termijn van twaalf maanden, te rekenen vanaf de kennisname van de omstandigheden die zijn vaderschapsbetwisting konden verantwoorden maar niet later dan vijf jaar na de geboorte van het kind, terwijl het vorderingsrecht van de moeder aan geen enkele termijn was onderworpen). Mede gelet op de invoering van het co-ouderschap zijn dit slechts betwijfelbare veronderstellingen, met als gevolg dat men zich kan afvragen of de wettelijke absolute termijnregeling – waarbij het vertrekpunt niet afhangt van de kennisname van bepaalde feiten door de titularis van het vorderingsrecht – het proportionaliteitsbeginsel niet schendt.

924 Het Arbitragehof heeft zich in arresten van 21 december 2000 en 12 juli 2001 uitgesproken over de vraag of de echtgenoot niet wordt gediscrimineerd t.a.v. de moeder (zie *in extenso* verder, nr. 939).

c. Mogelijkheden tot verlenging van de vervaltermijn voor de (gewezen) echtgenoot

925 De Belgische wetgeving bevat geen bepalingen i.v.m. de hypothese dat de geboorte door de moeder verborgen wordt gehouden.

In Nederland is het vertrekpunt van de termijn waarbinnen de echtgenoot-vader zijn vaderschap kan betwisten niet het tijdstip van de ontdekking van de geboorte. Naar Nederlands recht is het besef in hoofde van deze man dat hij niet de biologische vader van het kind is determinerend: zijn verzoek moet worden ingeleid "binnen een jaar nadat hij bekend is geworden met het feit dat hij vermoedelijk niet de biologische vader is van het kind" (art. 1:200 vijfde lid N.B.W.). Op die manier kan bedrog van de moeder omtrent de identiteit van de verwekker worden opgevangen.

Dat de Nederlandse wetgeving terdege rekening houdt met bedrog van de moeder wordt bevestigd door artikel 1:200 vierde lid N.B.W., hetgeen stelt dat de in de artikelen 1:200 tweede en derde lid N.B.W. genoemde twee gronden van onontvankelijkheid voor de betwistingsvordering niet van toepassing zijn ten aanzien van de echtgenoot-vader "indien de moeder hem heeft bedrogen omtrent de verwekker".

In Frankrijk moet de echtgenoot – ongeacht de wijze waarop hij zijn vaderschap betwist – de vordering instellen binnen de zes maanden na de geboorte, wanneer hij ter plaatse is; was hij niet ter plaatse, dan kan hij zijn vaderschap betwisten binnen de zes maanden na zijn terugkeer (art. 316 eerste en tweede lid C.c.: "Le mari doit former l'action en désaveu dans les six mois de la naissance, lorsqu'il se trouve sur les lieux; S'il n'était pas sur les lieux, dans les six mois de son retour"). Het vertrekpunt van de betwistingstermijn wordt in Frankrijk niet bepaald door het tijdstip waarop de echtgenoot vermoedt dat hij niet de biologische vader is, maar het Franse recht bevat wel een bijzondere regeling voor het geval dat de geboorte verborgen werd gehouden voor de echtgenoot: in dat geval moet hij de betwistingsvordering inleiden binnen de zes maanden na de ontdekking van het bedrog (art. 316 derde lid C.c.: "Et dans les six mois qui suivent la découverte de la fraude, si la naissance de l'enfant lui avait été cachée"). In Frankrijk wordt het feit dat de geboorte voor de echtgenoot verborgen wordt gehouden dus wettelijk gelijkgesteld met bedrog.

De Belgische wetgever heeft totaal geen rekening gehouden met bedrog van de moeder. Tijdens de parlementaire voorbereiding van de Afstammingswet werd nochtans de aandacht gevestigd op het feit dat de moeder de geboorte kan verbergen. Een lid van de senaatscommissie was van mening dat aan de vader in die hypothese toch een vorderingsrecht moest worden verleend, "al moet zulks geschieden met de nodige voorzichtigheid". Nadien werd echter de gezinsstabiliteit verkozen boven het biologisch vaderschap, omwille van de prioritaire bescherming van de belangen van het kind (zie Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 115).

Het is zeer de vraag of het adagium *Fraus omnia corrumpit* in België kan worden ingeroepen om de echtgenoot een termijnverlenging toe te staan. Een termijnverlenging o.g.v. bedrog zou neerkomen op een afwezigheid van termijn, wat de wetgever expliciet heeft willen vermijden (Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 113). *A fortiori* kan dwaling geen oplossing bieden.

Ook de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen sprak zich in dezelfde zin uit en weigerde dwaling te aanvaarden in hoofde van een echtgenoot die aanvoerde dat hij niet in de mogelijkheid was geweest om de betwistingsprocedure binnen de wettelijk voorziene termijn in te stellen omdat hij pas toen het kind zes jaar was vaststelde dat hij onvruchtbaar was zodat hij het kind dat zijn ex-echtgenote had gebaard onmogelijk kon hebben verwekt (zie Rb. Antwerpen A.R. 37488, 1 april 1992, *onuitg.*, aangehaald door P. SENAEVE, "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 48, nr. 62).

926 In de rechtspraak wordt echter gezocht naar uitwegen voor de echtgenoot die zich een – al dan niet doelbewust geïnduceerde – verkeerde voorstelling omtrent de identiteit van de verwekker heeft gemaakt.

In deze context kan een arrest van het Hof van Beroep te Gent worden vermeld. Een man was weliswaar niet aanwezig op het ogenblik van de geboorte, maar wist toch dat zijn echtgenote na hun feitelijke scheiding nog twee kinderen had gekregen. De moeder liet uitschijnen dat haar nieuwe partner – met wie ze later ook huwde – de biologische en juridische vader van die kinderen was. Nadat de (eerste) echtgenoot – meer dan een jaar na de geboorte – door zijn gewezen echtgenote werd aangesproken tot betaling van onderhoudsgeld voor de kinderen stelde hij de vordering tot betwisting van zijn eigen vaderschap in. Het hof aanvaardde dat de geboorte voor de betrokken man verborgen was gehouden en oordeelde, met verwijzing naar artikel 332 vierde lid B.W., dat de vordering ontvankelijk was. Het verborgen karakter van de geboorte lag volgens het

hof in het feit dat de moeder haar echtgenoot vóór de instelling van de onderhoudsvordering niet informeerde aangaande de geboorte van de kinderen, hem de geboortedatum, -plaats en naam van de kinderen onthield, gelet op de vaststelling dat hij niet aanwezig was bij de geboorten, noch bij de aangifte ervan en feitelijk gescheiden leefde van haar (Gent 3 december 1993, *R.W.* 1993-94, 1499).
Dit arrest hanteert als vertrekpunt voor de termijn van één jaar niet de geboorte zelf, maar het ogenblik waarop de echtgenoot wordt aangesproken voor de betaling van onderhoudsgeld, *i.e.* het moment waarop hij voor het eerst kon vermoeden dat hij niet de biologische vader is.
Ons inziens is deze rechtspraak *contra legem*. De bewoordingen van artikel 332 vierde lid B.W. zijn immers duidelijk: de vordering van de echtgenoot moet worden ingesteld binnen het jaar na de geboorte of na de ontdekking *ervan* (eigen cursivering). De term "ervan" kan enkel slaan op het feit van de geboorte. Men kan moeilijk verdedigen dat de echtgenoot de vordering heeft ingesteld binnen het jaar na de ontdekking van de geboorte, wanneer het arrest duidelijk vermeldt dat hij meer dan een jaar vóór het instellen van de vordering wist dat zijn echtgenote na de feitelijke scheiding nog twee kinderen had gekregen.

Enigszins in dezelfde zin aanvaardde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent dat het bewijs dat de geboorte verborgen werd gehouden t.o.v. de vorige echtgenoot kan voortvloeien uit een brief met de vraag om toestemming tot een ontwerpvoorstel tot adoptie (oud art. 348 § 1 tweede lid, sub 2 B.W. *a contrario*). In dit geval bleek niet duidelijk dat de man kennis had van de geboorte. De moeder beweerde *in casu* dat zij haar vorige echtgenoot tijdens de echtscheidingsprocedure had ingelicht over de geboorte n.a.v. de vereffening-verdeling; de rechtbank stelde vast dat ze geen formeel bewijs leverde dat ze die informatie zou hebben verstrekt, aangezien partijen al bijna drie jaar vóór de geboorte feitelijk gescheiden leefden. Het kind werd aangegeven door de nieuwe partner van de moeder en in de geboorteakte werd de echtgenoot van de moeder als "afwezig" aangemerkt. Het tijdstip van de ontdekking van de geboorte werd gesitueerd op het ogenblik dat de vorige echtgenoot deze brief ontving, zodat de vordering tijdig was ingesteld (Rb. Gent 15 juni 1995, *T.B.B.R.* 1995, 502).

Bij nader inzien blijkt dat de rechtspraak het verborgen houden van de geboorte niet met bedrog gelijkstelt, maar dat het ogenblik van de ontdekking van het bedrog wordt gelijkgesteld met de ontdekking van de geboorte. Omwille van de duidelijke wettekst kan deze laatste gelijkstelling ons inziens niet ongenuanceerd worden aangenomen en dringt een verfijning zich op: het verborgen karakter van de geboorte kan slechts een termijnverlenging rechtvaardigen als het ogenblik waarop de echtgenoot vermoedt dat hij niet de biologische vader is daadwerkelijk samenvalt met het ogenblik waarop hij de geboorte ontdekt; wist de echtgenoot al voordien dat het kind geboren is, dan moet dit eerdere tijdstip gelden als vertrekpunt voor de termijn van één jaar, hoe onrechtvaardig dit ook mag overkomen.

927 De enige mogelijkheid tot verlenging van de strikte vervaltermijn uit artikel 332 vierde lid B.W. waarover geen discussie bestaat is o v e r m a c h t. Hoewel de vervaltermijnen waarin artikel 332 B.W. voorziet niet vatbaar zijn voor stuiting of schorsing, wordt algemeen aangenomen dat de vordering die na het verstrijken van de hoger vermelde termijnen werd ingesteld niet onontvankelijk is voor zover de eisende partij overmacht in haren hoofde kan bewijzen (G. BAETEMAN, *Overzicht*, 603-604, nr. 972; G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, V. DE SAEDELEER en K. JACOBS, "Overzicht van rechtspraak. Personen- en familierecht (1988-1994)", *T.P.R.* 1994, (2073) 2259, nr. 380; P. SENAEVE, "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe*

afstammingsrecht, Leuven, Acco, 1993, 46-47, nr. 60; P. SENAEVE, "De afstamming langs vaderszijde binnen het huwelijk", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, 111, nr. 130).

De voorbereidende werken vermelden expliciet dat het verval van de termijn niet van toepassing kan zijn "zo overmacht zich voordoet"; als voorbeelden van overmacht waarover de rechter kan oordelen werden krankzinnigheid en oorlog vernoemd (Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 113-114).

928 De vraag of de echtgenoot die op de hoogte was van de geboorte maar slechts op een later tijdstip dan één jaar na de geboorte kennis krijgt van het feit dat hij niet de biologische vader is, na het verstrijken van die eenjarige termijn de vordering nog met succes kan instellen door zich te beroepen op overmacht, wordt in de rechtspraak negatief beantwoord.

Er wordt immers teruggegrepen naar de strenge verbintenisrechtelijke definitie van het begrip overmacht zoals die door het Hof van Cassatie gegeven is: overmacht kan enkel voortvloeien uit een gebeurtenis buiten de menselijke wil die door deze wil niet kon worden voorzien, noch vermeden (Cass. 9 oktober 1986, *Arr. Cass.* 1986-87, 165, *Pas.* 1987, I, 153 en *R.W.* 1987-88, 778, noot (i.v.m. de ontvankelijkheid van laattijdig ingesteld hoger beroep); vgl. Cass. 10 januari 1986, *Arr. Cass.* 1985-86, 657, *Pas.* 1986, I, 579 en *R.W.* 1986-87, 105 (in een procedure tot ontkenning van vaderschap vóór de inwerkingtreding van de Afstammingswet)).
Specifiek m.b.t. de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot bestaat overmacht wanneer de betrokkene in de absolute onmogelijkheid is geweest om de handeling te stellen binnen de voorgeschreven termijn als gevolg van gebeurtenissen onafhankelijk van zijn wil die hij niet heeft kunnen voorzien of voorkomen, terwijl hij de volgehouden intentie had de handeling te stellen (Gent nr. 1995/AR/2293, 25 februari 1999, *onuitg.;* vgl. Antwerpen A.R. 3432/90, 28 januari 1992, *onuitg.*, aangehaald door P. SENAEVE, "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 47, nr. 61).

De loutere omstandigheid dat de man slechts nadat de vervaltermijn is verlopen kennis krijgt van elementen omtrent zijn mogelijk genetisch niet-vaderschap, beantwoordt volgens de Hoven van Beroep te Antwerpen en te Gent niet aan de constitutieve elementen van het begrip overmacht.

In de eerste zaak vernam de echtgenoot toen het kind anderhalf jaar oud was dat hij niet de genetische vader kon zijn en werd zijn niet-vaderschap pas door een DNA-onderzoek bevestigd als het kind twee jaar was (Antwerpen A.R. 3432/90, 28 januari 1992, *onuitg.*, aangehaald door P. SENAEVE, "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 47, nr. 61).
In de tweede zaak werd de echtgenoot meer dan tien jaar na de geboorte aangesproken tot betaling van onderhoudsgeld en leidde hij kort daarna de betwistingsvordering in. Ondanks het feit dat hij liet doorschemeren na de geboorte wel af en toe te hebben getwijfeld aan zijn vaderschap, stelde het hof vast dat hij nooit blijk had gegeven van zijn intentie zijn vaderschap te willen betwisten; ook zijn beweringen dat hij niets had willen ondernemen om de vrede in het gezin te

beschermen en pas recentelijk via een praatje op café had vernomen dat een andere man de biologische vader was, konden het hof er niet toe bewegen overmacht te aanvaarden, met als gevolg dat de vordering van de echtgenoot als onontvankelijk werd afgewezen (Gent (1ste kamer) nr. 1995/AR/2293, 25 februari 1999, *onuitg.*). In beide gevallen had de echtgenoot van de moeder de geboorte van het kind zelf aangegeven.

929 In het uitzonderlijk geval dat de afstamming van moederszijde niet vaststaat o.g.v. de vermelding van de naam van de moeder in de geboorteakte, maar o.g.v. een erkenning door een gehuwde vrouw, is de echtgenoot van de erkennende vrouw vader o.g.v. artikel 315 of 317 B.W. In toepassing van artikel 332 vierde lid B.W. zou de termijn om zijn vaderschap te betwisten reeds beginnen lopen op het ogenblik van de (ontdekking van de) geboorte. Nochtans bepaalt artikel 313 § 3 derde lid B.W. dat de erkenning niet kan worden tegengeworpen aan de echtgenoot totdat de kennisgeving of betekening heeft plaatsgehad. Dit impliceert ons inziens dat de termijn waarbinnen de echtgenoot zelf zijn vaderschap kan betwisten pas aanvangt op het ogenblik van de kennisgeving of betekening van de erkenning.

In dezelfde zin moet, in het uiterst zeldzame geval dat het moederschap van een overspelige vrouw gerechtelijk is vastgesteld, worden aangenomen dat haar echtgenoot zijn vaderschap – dat voortvloeit uit het vonnis of arrest dat de afstamming van zijn echtgenote vaststelt – kan betwisten binnen een termijn van een jaar nadat het vonnis of arrest in kracht van gewijsde is getreden. Deze afwijking van artikel 332 vierde lid B.W. is niet meer dan logisch, aangezien het vaderschap van de echtgenoot maar definitief vaststaat op het ogenblik dat de rechterlijke beslissing die het moederschap van zijn echtgenote vaststelt definitief is geworden.

d. Jurisprudentiële invulling van het tijdstip van de ontdekking van de geboorte

930 Gelet op het gegeven dat het Arbitragehof artikel 332 vierde lid B.W. strikt interpreteert (zie verder, nr. 939) is het kernprobleem in deze context de bepaling van het tijdstip waarop de echtgenoot van de moeder de geboorte heeft ontdekt.

931 Uit de rechtspraak blijkt dat dit tijdstip van de ontdekking van de geboorte op diverse manieren wordt ingevuld.

Hieronder volgen een aantal uitspraken waarin de vordering van de (gewezen) echtgenoot ontvankelijk werd verklaard.

– De Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel oordeelde dat de vordering van de (ex-)echtgenoot tot betwisting van het vaderschap van een meerderjarig kind niet laattijdig was, nu zij werd ingeleid binnen het jaar nadat de *man* door dit kind werd *aangesproken tot betaling van onderhoudsgeld* en de feiten uitwezen dat de gewezen echtgenoten al jaren feitelijk gescheiden leefden, het kind geboren is vijf maanden na de overschrijving van de echtscheiding, de moeder op het ogenblik van de laatste verschijning slechts twee maanden zwanger was en niets erop wees dat de

ex-echtgenoten na de laatste verschijning nog enig contact met elkaar hadden (Rb. Brussel 10 maart 1992, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 662).

Deze beslissing is correct, maar er kan wel kritiek worden geuit op het feit dat de moeder niet de kans kreeg via getuigenverhoren te bewijzen dat de man vóór de procedure tot het bekomen van onderhoudsgeld de geboorte al had ontdekt (G. MAHIEU en D. PIRE, *Droit des personnes. La filiation*, in *Rép. not.*, Brussel, Larcier, 1999, p. 76, nr. 56).

– Het Hof van Beroep te Gent aanvaardde dat een Belgische man die zijn vaderschap betwistte binnen het jaar nadat hij via een *gewone brief* vernam dat zijn vrouw in Finland was bevallen van een kind de vordering tijdig had ingeleid, nu er geen elementen waren die wezen op kennisname van de geboorte voorafgaand aan die brief (Gent 20 december 1996, *R.W.* 1997-98, 1077 en *J. dr. jeun.* 1998, afl. 177, 44, noot).

– De loutere bewering van de moeder dat haar ex-echtgenoot op de hoogte was van haar zwangerschap nu hun gemeenschappelijk kind bij hem verbleef tijdens de periode dat zij van een tweeling beviel waarover het vaderschap werd betwist, volstond voor het Hof van Beroep te Brussel niet om te bewijzen dat de man op de hoogte was van de geboorte van de tweeling, nu het andere kind amper vier jaar oud was en dus zeker niet in staat om zijn vader precieze gegevens te verstrekken nopens de zwangerschap van zijn moeder. Nu de moeder blijkbaar opzettelijk onduidelijkheden had laten bestaan, zowel over het tijdstip van de geboorte als over de afstamming en de naam van de kinderen, oordeelde het hof dat de omstandigheid dat de gewezen echtgenoot op de hoogte zou geweest zijn van haar zwangerschap geen vermoeden kan uitmaken dat hij de geboorte tevens heeft ontdekt. Gecombineerd met de vaststelling dat de moeder niet bewees dat haar gewezen echtgenoot de geboorte van de tweeling meer dan een jaar vóór het instellen van de vordering heeft ontdekt, werd diens vordering – die was ingesteld meer dan een jaar en drie maanden na de geboorte – ontvankelijk verklaard (en gegrond bevonden) (Brussel (3de kamer) A.R. nr. 1997/AR/1421, 16 juni 1998, *onuitg*).

– Met een tot de verbeelding sprekend arrest hervormde ditzelfde hof een vonnis dat de vordering die de echtgenoot tweeëneenhalf jaar na de geboorte had ingesteld onontvankelijk had verklaard. Hoewel het kind geboren was tussen de eerste en de tweede verschijning in het raam van een echtscheiding door onderlinge toestemming, kon de (ex-)echtgenoot van de moeder voor het hof geloofwaardig maken dat hij de geboorte pas vernomen had toen hij zelf een andere geboorte ging aangeven, nl. deze van een kind dat hij samen met zijn nieuwe partner had. De gemeentelijke administratie had hem n.a.v. de aanvraag van de geboortepremie – en na raadpleging van het Rijksregister – meegedeeld dat hij, in tegenstelling tot wat hij eerder had verklaard, reeds een eerste kind had. Zijn betwistingsvordering werd ontvankelijk (en gegrond) bevonden (Brussel (3de kamer) R.G. nr. 1998/AR/2444, 6 mei 1999, *onuitg.*).

De uitspraken waarin het ingeroepen tijdstip van de ontdekking van de geboorte niet werd aangenomen, zijn ook talrijk, maar worden opmerkelijk minder gepubliceerd.

Het Hof van Beroep te Brussel oordeelde dat de kennisname door de echtgenoot van de zwangerschap van zijn echtgenote evident niet kan worden gelijkgesteld met de ontdekking van de geboorte, maar de bewezen kennisneming van de zwangerschap moet volgens ditzelfde hof wel in rekening worden gebracht bij de appreciatie van de waarschijnlijkheid van de door de echtgenoot ingeroepen datum van de ontdekking van de geboorte. Zo werd de verklaring van de echtgenoot dat hij de geboorte slechts vernomen had ongeveer een jaar nadat hij kennis kreeg van de zwangerschap ongeloofwaardig geacht. Het vonnis in eerste aanleg dat de betwistingsvordering ontvankelijk en gegrond verklaarde werd dan ook hervormd: de vordering werd onontvankelijk verklaard wegens laattijdigheid (Brussel (3de kamer) R.G. nr. 2000/AR/72, 4 september 2001, *onuitg.*).

2. Vordering van de ascendenten of descendenten van de echtgenoot (na diens overlijden)

932 Voor de bepaling van de termijn waarbinnen de ascendenten en descendenten van de overleden echtgenoot hun rechtsvordering tot betwisting van zijn vaderschap moeten instellen, moet een onderscheid worden gemaakt naargelang de echtgenoot is overleden vóór of na de geboorte van het kind:
– is hij overleden binnen het jaar na de (ontdekking van de) geboorte van het kind, dan moeten zijn ascendenten en descendenten de vordering inleiden binnen een jaar na het overlijden van de echtgenoot;
– is de echtgenoot overleden vóór de geboorte, dan moeten zij hun vordering inleiden binnen een jaar na de geboorte van het kind.

De situatie waarin de echtgenoot is overleden zonder kennis te hebben van de geboorte en zijn bloedverwanten ook pas kennis hebben gekregen van de geboorte na het verstrijken van de genoemde termijn van één jaar, kan niet worden gekwalificeerd als overmacht die een termijnverlenging kan rechtvaardigen, gelet op de restrictieve interpretatie die aan dit begrip wordt gegeven (in die zin: A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 332 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 11, nr. 12; zie ook boven, nrs. 927-928).

3. Vordering van de moeder

933 De rechtsvordering van de moeder moet worden ingesteld binnen een jaar na de geboorte (art. 332 vierde lid B.W.).

Deze termijn begint te lopen op het moment van het "materiële" feit van de geboorte, niet op het moment van de overschrijving van de geboorte in een administratief register (Rb. Brussel 27 september 1995, *T.B.B.R.* 1996, 60).
De moeder riep tevergeefs in dat het wettig vaderschap van haar echtgenoot laattijdig is komen vast te staan, in een geval waarin een derde het kind erkende en deze erkenning vervolgens werd nietigverklaard. Het vonnis dat de erkenning nietig verklaart is niet declaratief van staat; de termijn waarbinnen de moeder het vaderschap van haar echtgenoot kon betwisten is beginnen lopen vanaf de geboorte (Rb. Bergen 24 april 1991, *onuitg.*, aangehaald door D. PIRE, "Inédits de droit de la famille (V-3). Filiation", *J.L.M.B.* 1991, (1082) 1084).

Het tijdstip van de ontdekking van de geboorte is hier irrelevant, aangezien de moeder – die het kind baart – evident weet wanneer het is geboren.
Enkel bewezen overmacht kan verhinderen dat een laattijdig ingestelde betwistingsvordering onontvankelijk wordt bevonden (G. MAHIEU en D. PIRE, *Droit des personnes. La filiation*, in *Rép. not.*, Brussel, Larcier, 1999, 75, nr. 56).

Het feit dat buitenlandse autoriteiten een administratieve vergissing hebben begaan door het kind initieel niet in te schrijven onder de naam van de echtgenoot van de moeder vormt geen overmacht die de onontvankelijkheid van de betwistingsvordering kan verhinderen die de moeder meer dan een jaar na de geboorte heeft ingesteld (Rb. Nijvel 24 oktober 2000, *Rev. trim. dr. fam.* 2002, 324).

De problematiek van de verenigbaarheid van deze termijn met het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel in vergelijking met de termijn die geldt voor het kind en voor de echtgenoot van de moeder wordt hieronder behandeld (zie verder, nrs. 938 en 939).

4. Vordering van het kind

934 Omwille van de principiële procesonbekwaamheid van de minderjarige moet het kind de leeftijd van achttien jaar hebben bereikt alvorens het *proprio motu* de vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot kan inleiden. De rechtsvordering van het kind moet worden ingesteld uiterlijk vier jaar nadat het de leeftijd van achttien jaar heeft bereikt (art. 332 vijfde lid B.W.).
Het kind kan de vordering dus instellen vanaf zijn 18de verjaardag en uiterlijk tot op de dag van zijn 22ste verjaardag.

Op de vraag of de vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot niet eerder kan worden ingeleid door de wettelijke vertegenwoordiger van het kind werd al eerder uitgebreid ingegaan (zie boven, nr. 890).

935 Hierboven werd al vermeld dat t.a.v. het kind een bijzondere grond van ontoelaatbaarheid van de vordering bestaat: behoudens buitengewone omstandigheden is de vordering van het kind niet ontvankelijk, "wanneer de echtgenoot het kind als het zijne heeft opgevoed" (art. 332 vijfde lid *in fine* B.W.); de beoordeling van dit feitelijke gegeven wordt aan de rechter overgelaten, net als de beoordeling van bevrijdende buitengewone omstandigheden (zie boven, nrs. 891-894).

5. Schematisch overzicht

936 Schematisch kan de duur en het vertrekpunt van de termijn waarbinnen de vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot dat vaststaat krachtens artikel 315 of 317 B.W. moet worden ingeleid, naargelang de titularis van het vorderingsrecht, als volgt worden voorgesteld:

Figuur 6

<table>
<tr><th>TITULARIS</th><th colspan="2">TERMIJN</th></tr>
<tr><td>ECHTGENOOT
(art. 332 eerste lid B.W.)</td><td colspan="2">1 jaar, vanaf de geboorte of de ontdekking ervan
(art. 332 vierde lid B.W.)</td></tr>
<tr><td rowspan="2">ASCENDENTEN EN DESCENDENTEN VAN DE ECHTGENOOT
(na diens overlijden zonder in rechte te zijn opgetreden)
(art. 332 tweede lid B.W.)</td><td>echtgenoot overleden vóór de geboorte</td><td>1 jaar, vanaf de geboorte van het kind
(art. 332 tweede lid B.W.)</td></tr>
<tr><td>echtgenoot overleden na de geboorte</td><td>1 jaar, vanaf het overlijden van de echtgenoot
(art. 332 tweede lid B.W.)</td></tr>
<tr><td>VORIGE ECHTGENOOT
(wiens vaderschap vaststaat o.g.v. art. 317 B.W.)
(art. 332 derde lid B.W.)</td><td colspan="2">1 jaar, vanaf de geboorte of de ontdekking ervan
(art. 332 vierde lid B.W.)</td></tr>
<tr><td>MOEDER
(art. 332 eerste lid B.W.)</td><td colspan="2">1 jaar, vanaf na de geboorte
(art. 332 vierde lid B.W.)</td></tr>
<tr><td>KIND
(art. 332 eerste lid B.W.)</td><td colspan="2">4 jaar, nl. vanaf de 18e verjaardag t.e.m. de dag van de 22ste verjaardag
(art. 332 vijfde lid B.W.)</td></tr>
</table>

6. *Verenigbaarheid met het gelijkheidsbeginsel*

a. Geen discriminatie van de echtgenoot t.o.v. het kind

937 Het Arbitragehof heeft zich uitgesproken over de vraag of de bepaling dat de echtgenoot zijn vordering tot betwisting van het vaderschap binnen het jaar na de geboorte of na de ontdekking ervan dient in te stellen, terwijl het kind over vier jaar beschikt vanaf het ogenblik dat het de leeftijd van achttien jaar heeft bereikt, een discriminatie uitmaakt in de uitoefening van de rechten van die echtgenoot-vader en van dat kind of een ongerechtvaardigde ongelijkheid tussen de generaties inhoudt.

In de zaak die aanleiding gaf tot de prejudiciële vraag die de Rechtbank van Eerste Aanleg te Leuven in een onuitgegeven vonnis d.d. 22 september 1997 stelde, had de echtgenoot de vordering tot betwisting van zijn eigen vaderschap ingesteld meer dan vier jaar na de ontdekking van de geboorte van het kind.

Het hof overwoog dat de wetgever ervoor gekozen heeft het kind een zelfstandig vorderingsrecht toe te kennen vanaf het ogenblik dat het moet worden geacht zelf een weloverwogen beslissing te kunnen nemen, omdat hij oordeelde dat het toekennen van een vorderingsrecht vanaf de geboorte problemen kan doen rijzen bij de vertegenwoordiging van de minderjarige en belangentegenstellingen met zich kan meebrengen.

Het hof stelde vast dat de situaties waarin enerzijds de echtgenoot en anderzijds het kind de vordering tot vaderschapsbetwisting kunnen instellen, zowel wat betreft het ogenblik waarop de betwisting kan ontstaan als de omstandigheden en de mogelijke gevolgen op affectief, sociaal en financieel vlak, zodanig verschillen dat zij niet voldoende vergelijkbaar zijn opdat de ongelijkheid van de termijnen om de vordering in te stellen strijdig zou kunnen worden geacht met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. De prejudiciële vraag werd dan ook ontkennend beantwoord (Arbitragehof nr. 54/98, 20 mei 1998, *B.S.* 7 augustus 1998 en *R.W.* 1998-99, 858).

b. Geen discriminatie van de moeder t.o.v. kind

938 Daarnaast heeft de rechtspraak zich ook al negatief uitgesproken over de vraag of de vervaltermijn van één jaar waarbinnen de moeder haar vordering moet instellen discriminatoir is, aangezien het vorderingsrecht van het kind onderworpen is aan een vervaltermijn van vier jaar vanaf zijn achttiende verjaardag, en aldus m.b.t. één en hetzelfde materiële feit – de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot van de moeder – aan diverse titularissen van de vordering uiteindelijk zeer uiteenlopende vorderingsrechten worden toegekend.

Nu de door de moeder ingeleide betwistingsvordering in eerste aanleg onontvankelijk werd verklaard wegens laattijdigheid – omdat ze pas was ingesteld acht jaar en twee maanden na de geboorte van het kind – en de eerste rechter niet was ingegaan op haar verzoek om een prejudiciële vraag te stellen aan het Arbitragehof waarin zou gepeild worden naar een discriminatoire behandeling van de moeder door artikel 332 vierde lid B.W., vroeg zij aan het Hof van Beroep te Brussel om diezelfde vraag te stellen. Het hof verwees uitvoerig naar het arrest dat het Arbitragehof op 20 mei 1998 al had gewezen i.v.m. de vermeende discriminatie van de echtgenoot-vader t.o.v. het kind en zag niet in hoe op de voorliggende prejudiciële vraag aangaande de mogelijke discriminatie van de moeder een ander antwoord m.b.t. de ongrondwettigheid geformuleerd zou kunnen worden. Het hof oordeelde dan ook in toepassing van artikel 26 § 2 derde lid 3° [thans art. 26 § 2 derde lid] van de Bijzondere Wet op het Arbitragehof dat, mede in het licht van het antwoord van het Arbitragehof op de prejudiciële vraag die aan de orde was in het arrest van 20 mei 1998, artikel 332 vierde lid B.W., in zoverre het bepaalt dat de rechtsvordering van de moeder tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot moet worden ingesteld binnen een jaar na de geboorte, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet klaarblijkelijk niet schendt. Het hof weigerde de prejudiciële vraag te stellen en bevestigde de beslissing van de eerste rechter (Brussel (3de kamer) A.R. nr. 2000/AR/309, 24 april 2001, *onuitg.*).

c. Discriminatie van de echtgenoot t.o.v. de moeder?

939 Over een mogelijke discriminatie tussen de moeder en haar echtgenoot wat betreft de vervaltermijn om de vordering tot vaderschapsbetwisting in te stellen sprak het Arbitragehof zich in zijn arrest van 20 mei 1998 nog niet uit, "gelet op de beperkte saisine".
Inmiddels werden twee nieuwe prejudiciële vragen over de grondwettigheid van artikel 332 vierde lid B.W. aan het Arbitragehof voorgelegd, waarin de verwijzende rechters peilden naar een eventuele discriminatie van de juridische vader t.o.v. de moeder m.b.t. de termijnen om het vaderschap van de echtgenoot te betwisten.

– In een onuitgegeven vonnis van 20 september 1999 vroeg de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen of artikel 332 vierde lid B.W. de artikelen 10 en 11 G.W. schendt in zoverre dat de vordering in vaderschapsbetwisting door de moeder dient te worden ingesteld binnen één jaar na de geboorte en door de echtgenoot eveneens binnen één jaar na de geboorte of na de ontdekking ervan, terwijl de moeder steeds kennis heeft of kan hebben van de omstandigheden van de verwekking en de vordering tijdig kan inleiden, en de echtgenoot die wel kennis heeft van de geboorte doch geen kennis heeft van de omstandigheden van de verwekking en pas nadat de termijn van één jaar is verstreken te weten komt of vermoedt dat zijn vaderschap betwistbaar is, de vordering niet tijdig kan inleiden.
In casu had een man een vordering tot betwisting van zijn vaderschap over twee minderjarige kinderen ingesteld nadat hij ontdekt had dat zijn echtgenote een overspelige relatie onderhield. De eiser kreeg kennis van de geboorte op het ogenblik van de geboorte zelf. Enkel m.b.t. het jongste kind werd zijn vordering ontvankelijk en gegrond verklaard na een DNA-onderzoek waaruit ondubbelzinnig bleek dat hij niet de vader was. Aangezien de man pas meer dan één jaar na de geboorte van het oudste kind kennis kreeg van de overspelige relatie van zijn echtgenote kon hij de betwisting van zijn vaderschap t.a.v. dat kind niet meer tijdig inleiden.

In zijn antwoord op deze eerste vraag merkte het Arbitragehof in een arrest van 21 december 2000 op dat het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel zich verzet tegen het feit dat personen die zich in wezenlijk verschillende situaties bevinden op identieke wijze worden behandeld zonder dat daarvoor een redelijke verantwoording bestaat. De situaties waarin de moeder en haar echtgenoot verkeren op het ogenblik dat het vaderschap van deze laatste wordt betwist, werden – het weze impliciet – voldoende vergelijkbaar geacht. Anders dan in in het eerder besproken arrest van 20 mei 1998 i.v.m. de vermeende discriminatie tussen de echtgenoot en het kind (zie boven, nr. 937) is het hof ook ingegaan op de doelstellingen die de wetgever voor ogen had met het invoeren van een vervaltermijn voor de echtgenoot.

Het Arbitragehof weerhield in essentie drie doelstellingen. Vooreerst was het de bedoeling van de Afstammingswet om de [biologische] waarheid zoveel mogelijk te benaderen wat zich m.b.t. het vaderschap uitte in het openstellen van de mogelijkheid om het vaderschap van de echtgenoot te betwisten. Tegelijk wou de wetgever de rust der families beschermen en daarom – indien nodig – de zoektocht naar de biologische waarheid temperen. Deze twee doelstellingen kwamen reeds aan bod in de arresten i.v.m. de grondwettigheid van de uitsluiting van de biologische vader als titularis van de vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot (zie boven, nr. 897). Specifiek m.b.t. de termijnen voor de betwisting van het vaderschap kwam een derde doelstelling van de wetgever naar voor, nl. de prioritaire behartiging van de belangen van het kind. De wetgever achtte het onaanvaardbaar dat een ontkenning van vaderschap nog zou kunnen plaatshebben na verloop van een zekere tijd, m.a.w. nadat redelijkerwijze mag worden aangenomen dat bezit van staat tot stand gekomen is. Op die manier heeft hij de termijn willen beperken tot de periode waarbinnen het kind zich nog niet bewust is van het vaderschap. De wetgever heeft willen vermijden dat de staat van het in het huwelijk geboren kind al te lange tijd onzeker zou blijven. In het licht van deze drie doelstellingen werd de dertigjarige verjaringstermijn voor afstammingsvorderingen uit artikel 331*ter* B.W. (het arrest vermeldt

verkeerdelijk art. 331 B.W.) verlaten ten voordele van de gevoelig kortere vervaltermijnen uit artikel 332 B.W.
Het Arbitragehof wees op de grote impact van de vaderschapsregel – die de wetgever bewust heeft gewild – door te stellen dat een man die huwt, aanvaardt in beginsel te worden beschouwd als vader van ieder kind dat zijn vrouw zal baren. Het hof liet duidelijk uitschijnen dat de doelstellingen van de wetgever onderling tegenstrijdig zijn, maar achtte het "in beginsel" niet onredelijk dat de echtgenoot slechts een korte termijn wordt toegekend om zijn vaderschap te betwisten. Onmiddellijk daaropvolgend suggereerde het hof zelf een mogelijke uitzondering op dit beginsel, door te stellen dat er zich "echter" gevallen kunnen voordoen waar de echtgenoot pas na het verstrijken van de termijn van artikel 332 vierde lid B.W. kennis krijgt van feiten die wijzen op het ontbreken van een genetische band tussen hem en het uit zijn vrouw geboren kind. Het hof erkende ook uitdrukkelijk dat de situatie van de echtgenoot in dit opzicht verschillend is van die van de moeder, aangezien zij steeds kennis heeft of kan hebben van de omstandigheden van de verwekking. Toch beantwoordde het Arbitragehof de prejudiciële vraag ontkennend, op basis van een overweging waarin de derde doelstelling geconcretiseerd wordt: in het licht van artikel 3.1 I.V.R.K. achtte het hof het niet onredelijk dat het wettelijk vaderschap primeert op het biologisch vaderschap en een vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot onmogelijk wordt gemaakt van zodra het kind zich bewust kan worden van dit vaderschap en redelijkerwijze mag worden aangenomen dat er met instemming van de moeder – aangezien die haar vorderingsrecht niet heeft uitgeoefend – bezit van staat t.o.v. de echtgenoot is tot stand gekomen. Het Arbitragehof kwam tot de conclusie dat artikel 332 vierde lid B.W. de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet schendt, in zoverre de echtgenoot de vordering tot betwisting van vaderschap moet instellen binnen een jaar na de geboorte of na de ontdekking ervan (Arbitragehof nr. 138/2000, 21 december 2000, *B.S.* 8 maart 2001, 7435, *R.W.* 2000-01, 1343 en *T.B.B.R.* 2001, 359, noot G. VERSCHELDEN).

– In een onuitgegeven vonnis van 26 april 2001 vroeg de Rechtbank van Eerste Aanleg te Dendermonde of artikel 332 B.W. de artikelen 10 en 11 G.W., artikel 8 E.V.R.M. en 14 *juncto* 8 E.V.R.M. schendt, waar bij de bepaling van de termijn voor het instellen van de vordering van de echtgenoot of de vroegere echtgenoot geen rekening gehouden wordt met het ogenblik waarop de betrokken persoon er werkelijk kennis heeft van gekregen dat zijn genetisch vaderschap betwistbaar is.
In casu betwistte de echtgenoot van de moeder zijn juridisch vaderschap op een ogenblik dat het kind vijftien jaar oud was en voerden de verwerende partijen aan dat hij op de hoogte was van het bestaan van het kind en zelf de aangifte bij de burgerlijke stand deed. De man verklaarde in de absolute onmogelijkheid te zijn geweest om de vordering eerder in te stellen aangezien hij pas korte tijd vóór het inleiden van de vordering tot de vaststelling was gekomen dat hij niet de biologische vader was.

Het antwoord op deze tweede vraag formuleerde het Arbitragehof op 12 juli 2001 met een arrest van onmiddellijk antwoord. Het hof achtte zich onbevoegd om in te gaan op de vraag of een wet strijdig is met een bepaling van een internationaal verdrag en toetste daarom artikel 332 B.W. niet rechtstreeks aan het E.V.R.M. De toetsing van deze bepaling aan de artikelen 10 en 11 van

de Grondwet gebeurde met identieke overwegingen als in het zonet besproken arrest van 21 december 2000 en leidde tot exact dezelfde conclusie (Arbitragehof nr. 95/2001, 12 juli 2001, *B.S.* 13 november 2001, 38684).

940 De motivering die het Arbitragehof in beide arresten ontwikkelde noopt tot enkele kritische bedenkingen.

Primo is de vermenging van de noties "bezit van staat" en "belang van het kind" betreurenswaardig.
Het belang van het kind vormt in deze arresten de belangrijkste considerans voor het besluit dat de wettelijke termijnregeling niet discriminatoir is. Het is opmerkelijk dat het Arbitragehof bij de finale beoordeling van de redelijke verantwoording voor de strikte vervaltermijn voor de echtgenoot enkel verwijst naar het belang van het kind, omdat in geen van de drie voorgaande arresten i.v.m. de betwisting van het vaderschap (zie boven, nrs. 896-897 en 937) gerefereerd werd aan artikel 3.1 I.V.R.K. Bij de betwisting van het vaderschap van buitenhuwelijkse kinderen dat vaststaat na een erkenning speelt het belang van het kind nochtans geen enkele rol (zie verder, nrs. 1065-1068). Op dat vlak primeert het bezit van staat op de biologische werkelijkheid, aangezien een erkenning niet meer kan worden betwist als het kind bezit van staat heeft t.a.v. de erkenner (art. 330 § 2 tweede lid B.W.).
Het belang van het kind wordt in voormelde arresten op een merkwaardige wijze gekoppeld aan de notie bezit van staat. Het Arbitragehof gaat er – ons inziens ten onrechte – van uit dat een eenjarig kind zich bewust kan zijn van het vaderschap van de echtgenoot wanneer de moeder dit vaderschap niet heeft betwist. Het hof meent dat men redelijkerwijze mag aannemen dat er in die hypothese bezit van staat t.a.v. de echtgenoot-vader tot stand is gekomen. Na één jaar bezit van staat – een wel zeer prille socio-affectieve realiteit – is het Arbitragehof van oordeel dat het niet onredelijk is dat het vaderschap van de echtgenoot quasi onbetwistbaar wordt. Het hof acht het in het belang van het huwelijks kind dat zijn staat niet al te lang onzeker zou blijven. Nochtans zou een even rechtmatige doelstelling erin kunnen bestaan de echtgenoot toe te laten met kennis van zaken uit te maken of hij al dan niet de betwistingsvordering zal inleiden. Het Arbitragehof laat echter duidelijk het belang van het kind primeren op dat van de echtgenoot. Ons inziens is het zeer de vraag of het belang van het kind wel gediend is met een regeling waardoor de bedrogen echtgenoot zijn vaderschap niet langer dan een jaar na de geboorte kan betwisten en tegen zijn wil in de juridische vader van het kind zal blijven, minstens tot de meerderjarigheid van het kind, wanneer de moeder haar vorderingsrecht om een of andere reden niet heeft uitgeoefend.

Secundo wordt geen rekening gehouden met mogelijk bedrog door de moeder.
De motieven die schuilen achter de inerte houding van de moeder kunnen variëren. Verzweeg zij de identiteit van de verwekker voor haar echtgenoot en betwistte zij diens vaderschap niet met de bedoeling haar huwelijk ondanks haar overspel verder te kunnen beleven, dan loopt het kind weinig risico's; in de hypothese dat zij vermoedt dat de biologische vader geen enkele verantwoordelijkheid voor het kind zal willen dragen is het echter niet denkbeeldig dat zij doelbewust de identiteit van de verwekker voor haar echtgenoot verzwijgt opdat deze er niet zou aan denken zijn vaderschap te betwisten en op die manier zijn onderhoudsplicht voor het kind o.g.v. artikel 203 § 1 B.W. gehandhaafd blijft. Het Arbitragehof houdt op geen enkele wijze rekening met het feit dat de moeder zich – omwille van haar voorkennis i.v.m. de omstandigheden van de verwekking – in een machtspositie bevindt en de juridische situatie van haar echtgenoot en haar kinderen willekeurig kan beïnvloeden.

Tertio is het zeker niet denkbeeldig dat de primauteit van het huwelijks vaderschap strijdig is met het belang van het kind.
Nadat de echtgenoot ontdekt heeft dat hij niet de biologische vader is, mag de optie van de wetgever tot behoud van het huwelijks vaderschap dan wel zekere waarborgen bieden op patrimoniaal vlak, de affectieve waarde van een vaderschap van de echtgenoot die een betwistingsvordering wil inleiden maar dit wettelijk niet meer kan, lijkt nihil. Na bewezen overspel is het niet zinvol de rust in het huwelijks gezin nog te beschermen, aangezien dit gezin hoogstwaarschijnlijk zal verdwijnen na een echtscheiding. Bovendien kan als gevolg van een strikte toepassing van de

wettelijke termijnregeling een uiterst onverkwikkelijke toestand ontstaan: kinderen met dezelfde biologische vader die leefden binnen hetzelfde huwelijks gezin zullen met een verschillende afstammingsband langs vaderszijde worden geconfronteerd als de bedrogen echtgenoot – zoals in de eerste zaak het geval was – er niet in slaagt zijn juridisch vaderschap over alle kinderen te betwisten. Het resterende vaderschap van de echtgenoot kan daarenboven nog een belemmering vormen voor een eventuele vaststelling van het biologisch vaderschap van de nieuwe partner van de moeder en op die manier de creatie van rust in een nieuw samengesteld gezin verhinderen, bv. in de veronderstelling dat een erkenning door de verwekker o.g.v. artikel 320 B.W. niet mogelijk zou zijn. In dat geval is een succesvolle betwisting van het vaderschap van de echtgenoot op eenvoudige verklaring (art. 318 § 3 eerste lid B.W.) onwaarschijnlijk, met als gevolg dat het vaderschap van de echtgenoot wellicht door alle wettelijke middelen (bv. via een deskundigenonderzoek) zal moeten worden betwist, alvorens de biologische vader zijn kind zal kunnen erkennen o.g.v. artikel 319 § 1 B.W. Als de vervaltermijn van één jaar is verstreken, zal de biologische vader zijn kind op geen enkele manier meer kunnen erkennen.

C. BEREKENINGSWIJZE

941 De berekening van de vervaltermijnen uit artikel 332 tweede, vierde en vijfde lid B.W. gebeurt overeenkomstig het gemeen recht. De dag van de gebeurtenis die de termijn doet ingaan – het overlijden van de echtgenoot, de geboorte, de ontdekking van de geboorte of de achttiende verjaardag van het kind – wordt dus niet meegerekend, de vervaldag van de termijn wel (*dies a quo non computatur in termino, sed dies ad quem*).

942 Toch is het geenszins zo dat de volledige regeling inzake de berekening van de termijnen wordt toegepast op de vervaltermijn waarbinnen de vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot moet worden ingesteld. De rechtsleer aanvaardt immers dat artikel 53 tweede lid Ger. W. – waardoor de vervaldag die een zaterdag, zondag of wettelijke feestdag is verplaatst wordt naar de eerstvolgende werkdag – geen toepassing kan vinden in de context van artikel 332 B.W. (G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, V. DE SAEDELEER en K. JACOBS, "Overzicht van rechtspraak. Personen- en familierecht (1988-1994)", *T.P.R.* 1994, (2073) 2258, nr. 379; P. SENAEVE, "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 46, nr. 59).

Hoofdstuk VIII van Deel 1 van het Gerechtelijk Wetboek bevat artikel 48 volgens hetwelk de termijnen voor het verrichten van de proceshandelingen onderworpen zijn aan de regels van dit hoofdstuk, "tenzij de wet anders bepaalt". De Afstammingswet van 31 maart 1987 heeft in artikel 332 B.W een vastgestelde, nl. vooraf bepaalde termijn tot regel verheven. Overigens was ook in de oude artikelen 316-318 B.W. de termijn voor de ontvankelijkheid van de vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot een vastgestelde termijn; op dit vlak heeft de Afstammingswet geen enkele wijziging teweeggebracht.

Wanneer de vervaldag in toepassing van artikel 332 B.W. een zaterdag, zondag of wettelijke feestdag is, wordt deze niet verplaatst naar de eerstvolgende werkdag.

Deze stelling werd in de rechtspraak bevestigd. Zo oordeelde het Hof van Beroep te Luik dat de vordering tot betwisting die op 19 maart 1990 bij dagvaarding werd ingeleid en die uitging van een echtgenoot die de geboorteaangifte had gedaan van een kind dat werd geboren op 17 maart 1989, laattijdig was en moest worden afgewezen, ook al viel de vervaldag – 17 maart 1990 –, berekend overeenkomstig artikel 332 vierde lid B.W., op een zaterdag (Luik 14 januari 1992, *Rev. trim. dr. fam.* 1993, 435).

D. OVERGANGSRECHT

943 Heeft de echtgenoot de vordering tot betwisting van zijn eigen vaderschap ingeleid vóór de inwerkingtreding van de Afstammingswet (6 juni 1987), dan is de termijn van drie maanden bepaald in het oude artikel 316 B.W. van toepassing.

Zie bv. Rb. Aarlen 26 juni 1987, weergegeven door C. PANIER, "Inédits de droit de la famille (II). Le nouveau droit de filiation et de l'adoption", *J.L.M.B.* 1987, (1549) 1553-1554: wat de gegrondheid van de vordering betreft, kan echter het nieuwe recht worden toegepast (zie art. 113 Afstammingswet); om de echtgenoot-eiser toe te laten aan te tonen dat hij zich in het geval van artikel 318 § 3 eerste lid 3° B.W. bevindt, heropende de rechtbank de debatten.

Is deze korte termijn al verstreken op 6 juni 1987, dan is het betwistingsrecht definitief vervallen (art. 119 § 6 Afstammingswet).

Voor een toepassing, zie Rb. Brussel 13 oktober 1987, weergegeven door C. PANIER, "Inédits de droit de la famille (II). Le nouveau droit de filiation et de l'adoption", *J.L.M.B.* 1987, (1549) 1552-1553: eiser kan niet voorhouden dat de vordering werd ingeleid door de neerlegging van een verzoekschrift tot aanstelling van een voogd *ad hoc* om aan de strikte vervaltermijn te ontsnappen.

Was de korte vervaltermijn uit het oude artikel 316 B.W. op 6 juni 1987 nog niet verstreken, dan is de termijn van één jaar uit artikel 332 vierde lid B.W. van toepassing op de betwistingsvordering (art. 119 § 1 Afstammingswet), wat in de praktijk betekent dat de vroegere termijn van drie maanden met negen maanden wordt verlengd. Werd de geboorte niet vroeger dan 6 juni 1987 ontdekt, dan bedraagt de vervaltermijn voor het instellen van de vordering één jaar, te rekenen vanaf de ontdekking van de geboorte.

Voor de vordering van de afwezige man is uitdrukkelijk bepaald dat indien de termijn (van drie maanden) waarover hij onder het oude recht beschikte op 6 juni 1987 niet verstreken was – en die bij zijn terugkomst is ingegaan – deze met negen maanden wordt verlengd (art. 119 § 4 Afstammingswet).

Indien de echtgenoot die onder gelding van het oude recht een betwistingsvordering heeft ingesteld is overleden, kan de vordering na het overlijden van de echtgenoot in zijn naam worden voortgezet door zijn afstammelingen, op voorwaarde dat er nog geen dertig jaren verstreken zijn sinds het gedinginleidend exploot.

In een geval waarin een kind was geboren in 1950 en de moeder en de voogd *ad hoc* op 21 oktober 1950 door de juridische vader in datzelfde jaar bij gerechtsdeurwaardersexploot werden verzocht om voor de rechtbank te verschijnen, maar de procedure nadien niet meer werd benaarstigd, overleed de juridische vader op 17 juni 1985, waarna een zoon van de overledene het geding hervatte in naam van zijn overleden vader door zijn moeder en het (meerderjarig geworden) buitenhuwelijks kind op 5 december 1985 te dagvaarden, teneinde de door zijn vader ingestelde vordering tot ontkenning van vaderschap alsnog gegrond te horen verklaren. Het Hof van Beroep te Bergen overwoog dat het betwistingsrecht van de overleden vader buiten de handel en dus onverjaarbaar was (in toepassing van art. 2226 B.W.) en dat artikel 331*ter* B.W. *in casu* niet kon worden toegepast (zie art. 119 § 1 Afstammingswet). Het hof was de mening toegedaan dat een onderscheid moest worden gemaakt tussen de verjaring van de vordering en de verjaring van de rechten die voortvloeien uit het gedinginleidend exploot, in die zin dat deze laatste tenietgaan indien ze niet worden vervolgd of uitgeoefend binnen de dertig jaar. De toepassing van deze regel dringt zich volgens het hof des te meer op inzake de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot, waarin de wetgever omwille van de rechtszekerheid vervaltermijnen heeft voorzien opdat de staat van het kind niet al te lang in het ongewisse zou blijven. Er werd geoordeeld dat de vordering van de zoon reeds vóór zijn dagvaarding van 5 september 1985 verjaard was (Bergen 4 mei 1988, *Rev. trim. dr. fam.* 1990, 242, adv. P. MISONNE).

944 Inzake de termijn waarover de bloedverwanten in opgaande en nederdalende lijn van de overleden echtgenoot beschikken om in eigen naam diens vaderschap te betwisten, is overgangsrechtelijk niets bepaald.

Het gaat wellicht om een vergetelheid van de wetgever, aangezien dit betwistingsrecht pas na dat van de andere titularissen werd ingevoerd en de overgangsbepalingen daarna niet meer werden aangepast.

Het lijkt logisch dat hier een analoge regeling geldt als voor de andere personen die door de Afstammingswet betwistingsgerechtigd geworden zijn, zoals de moeder en het kind.
Concreet beschikken de ascendenten en descendenten van de overleden echtgenoot die hun vordering na 6 juni 1987 instellen over de termijn bepaald in artikel 332 tweede lid B.W., nl. een termijn van een jaar na het overlijden of na de geboorte (argument naar analogie met wat i.v.m. de termijn van de moeder bepaald is: art. 119 § 1 Afstammingswet verwijst naar art. 332 vierde lid B.W.; zie A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 332 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 14, nr. 19).

945 De moeder kan het vaderschap van haar echtgenoot betwisten t.a.v. kinderen die geboren zijn vóór de inwerkingtreding van de Afstammingswet binnen één jaar na de geboorte. Volgens artikel 119 § 1 Afstammingswet is artikel 332 vierde lid B.W. immers mede van toepassing op rechtsvorderingen die op 6 juni 1987 nog niet waren ingesteld.
Hieruit volgt ook dat de moeder de betwistingsvordering niet meer kan instellen wanneer het kind op 6 juni 1987 één jaar of ouder was.

Deze regel is bevestigd in de rechtspraak. De termijn van één jaar waarover de moeder krachtens artikel 332 vierde lid B.W. beschikt om het vaderschap van haar echtgenoot te betwisten is een vaste termijn die niet kan verlengd worden voor kinderen geboren vóór 6 juni 1987. De redenering van de moeder die aanvoert dat artikel 119 § 6 Afstammingswet op haar niet van toepassing is omdat zij onder het regime van de oude wet geen vorderingsrecht bezat, kan niet worden gevolgd

omdat ze tot gevolg zou hebben dat gedurende één jaar vanaf 6 juni 1987 alle wettelijke vaderlijke afstammingen zouden kunnen worden betwist, wat de wetgever beslist niet heeft gewild (Brussel 3 april 1990, *Pas.* 1990, II, 194).

Was het kind op 6 juni 1987 nog geen jaar oud, dan kan de moeder de vordering nog instellen tot de eerste verjaardag van het kind.

946 Voor de termijn waarbinnen het kind de vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot van zijn moeder moet instellen is – net zoals voor de bloedverwanten van de overleden echtgenoot – niet in een overgangsregeling voorzien.
Hoewel artikel 119 § 1 Afstammingswet – evenmin als naar artikel 332 tweede lid B.W. – niet naar artikel 332 vijfde lid B.W. verwijst, kunnen de principes die gelden i.v.m. de termijn van de moeder naar analogie worden toegepast. Praktisch betekent dit dan dat kinderen die reeds vóór de inwerkingtreding van de Afstammingswet 22 jaar zijn geworden geen betwistingsrecht meer hebben.
Kinderen die op 6 juni 1987 nog geen 18 jaar waren, beschikken over een termijn van vier jaar te rekenen vanaf hun achttiende verjaardag om de betwistingsvordering in te leiden. Kinderen die op 6 juni 1987 al 18 jaar waren, maar nog geen 22 jaar, kunnen de vordering nog instellen tot hun 22ste verjaardag.

§ 3. Partijen in het geding

A. PERSONEN DIE IN HET GEDING MOETEN WORDEN GEROEPEN (ART. 332 ZESDE LID B.W.)

947 De vordering moet op zodanige wijze worden ingesteld dat het kind of zijn afstammelingen, de moeder, de echtgenoot en, in voorkomend geval, de vorige echtgenoot in het geding worden geroepen (art. 332 zesde lid B.W.).

Naargelang de persoon die de vordering instelt betekent dit concreet het volgende.

– De vordering van de echtgenoot (of, na diens overlijden, deze van zijn ascendenten of descendenten) wordt ingesteld tegen de moeder en tegen het kind.
Is de moeder overleden, dan moet de vordering enkel worden ingesteld tegen het kind. Is het kind overleden, dan dient de vordering te worden ingesteld tegen de moeder van het kind en tegen de afstammelingen van het kind. In de hypothese dat het kind is overleden zonder zelf afstammelingen te hebben nagelaten, dan moet de vordering enkel worden ingesteld tegen de moeder (zie art. 332*quater* eerste lid B.W.).

– De vordering van de moeder wordt ingesteld tegen de vader en tegen kind.

Is de vader overleden, dan moet de vordering alleen worden ingesteld tegen het kind. Is het kind overleden, dan moet de vordering krachtens artikel 332 zesde lid B.W. *de jure* ook worden ingesteld tegen de afstammelingen van het kind. Aangezien het kind – gelet op de termijn waarbinnen de vordering door de moeder moet worden ingesteld (één jaar na de geboorte) nog geen afstammelingen zal kunnen hebben – zal de vordering *de facto* echter enkel worden ingesteld tegen de vader (art. 332*quater* eerste lid B.W.).

– De vordering van het meerderjarig kind wordt ingesteld tegen de vader en tegen de moeder.
Is één van de ouders overleden, dan moet de vordering enkel tegen de andere worden ingesteld (art. 332*quater* eerste lid B.W.).

– De vordering van de vorige echtgenoot wordt ingesteld tegen de nieuwe echtgenoot, tegen de moeder en tegen het kind.
Is het kind overleden, dan moet de vordering worden ingesteld tegen diens afstammelingen (art. 332 zesde lid B.W.). Is de moeder of de nieuwe echtgenoot overleden, dan moet de vordering worden ingesteld tegen degene van hen die nog in leven is en tegen het kind (of diens afstammelingen) (art. 332*quater* eerste lid B.W.).

948 De woorden "in voorkomend geval" uit artikel 332 zesde lid B.W. hebben betrekking op de hypothese waarin het vaderschap dat vaststaat krachtens artikel 317 B.W. wordt betwist door de nieuwe echtgenoot, de moeder of het kind. In dat geval moet de vordering – nadat de hierboven genoemde personen in het geding werden geroepen – bovendien ook nog worden ingesteld tegen de vorige echtgenoot.

949 In de rechtsleer zijn diverse standpunten verdedigd i.v.m. de vraag of alle verweerders in het betwistingsgeding binnen de door artikel 332 B.W. bepaalde termijnen moeten worden gedagvaard, dan wel of het volstaat dat één van hen tijdig is gedagvaard en de anderen in het geding werden geroepen vóór de sluiting van de debatten. Ook over de wijze waarop naderhand partijen in het geding kunnen worden geroepen, is de doctrine verdeeld.

Wanneer de vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot moet worden ingesteld tegen meerdere personen, dan volstaat het volgens SENAEVE dat één van hen tijdig is gedagvaard (P. SENAEVE, "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 44, nr. 55). Andere verweerders zouden later nog – vóór de sluiting van de debatten – in de zaak geroepen kunnen worden, ook al is de vervaltermijn voor het instellen van de vordering op dat later tijdstip verstreken. Wanneer op het ogenblik dat de debatten worden gesloten niet alle partijen die krachtens artikel 332 zesde lid B.W. in het geding moeten worden geroepen in het geding zijn, dan moet de betwistingsvordering in principe onontvankelijk worden verklaard. Nochtans zou de rechter de onontvankelijkheid kunnen vermijden door de ontbrekende partijen in het geding te roepen o.g.v. artikel 331*decies* tweede lid B.W. (P. SENAEVE, "De afstamming langs vaderszijde binnen het huwelijk", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, 113, nr. 132).

VAN ONSEM neemt duidelijk een strakker standpunt in en is van mening dat de vordering tegen alle verweerders tegelijk dient te worden ingesteld en dit binnen de door artikel 332 B.W. bepaalde termijnen, op straffe van onontvankelijkheid (C. VAN ONSEM, *Betwisting van vaderschap*, in *AdvocatenPraktijk – Burgerlijk Recht*, nr. 9, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1999, p. 31, nr. 34).

Het lijkt aangewezen een genuanceerd standpunt in te nemen. Het was de bedoeling van de wetgever dat de vordering wel degelijk moet worden ingeleid tegen alle verweerders die worden opgesomd in artikel 332 zesde lid B.W. (J. MELLAERTS, "Afstammingsgeschillen: een procesrechtelijke benadering", *T.P.R.* 1991, (1139) 1159, nr. 49). Het feit dat de vordering niet zou zijn ingesteld tegen al de vereiste partijen moet echter niet noodzakelijk leiden tot de onontvankelijkheid van de vordering, aangezien regularisatie van de procedure mogelijk is door tussenkomst van de in het geding ontbrekende partijen. De rechtbank kan deze partijen echter niet ambtshalve in het geding roepen. Artikel 331*decies* tweede lid B.W. is *in casu* immers niet toepasselijk; de in artikel 332 zesde lid B.W. genoemde personen worden dermate bij de in vraag gestelde afstammingsrelatie betrokken geacht dat de wetgever heeft gesteld dat ze steeds in het geding moeten worden geroepen, onafhankelijk van het oordeel van de rechtbank; zij moeten niet in het geding betrokken worden om op een mogelijk derdenverzet te anticiperen (J. MELLAERTS, "Afstammingsgeschillen: een procesrechtelijke benadering", *T.P.R.* 1991, (1139) 1161, nr. 50; *anders*: D. PIRE, "Droit judiciaire de la filiation", *Act. dr.* 1991, (689) 699, nr. 10).

Andere personen – werkelijke "derden" – kan de rechtbank wel ambtshalve in het geding roepen o.g.v. artikel 331*decies* tweede lid B.W. (in dezelfde zin: E. VIEUJEAN, "Le nouveau droit de la filiation", *Ann. dr. Liège* 1987, (97) 130, nr. 41; zie daarover verder, nr. 951).

950 Indien é é n v a n d e v e r p l i c h t i n h e t g e d i n g t e r o e p e n p a r t i j e n o v e r l i j d t t i j d e n s h e t b e t w i s t i n g s g e d i n g moet worden aangenomen dat het geding uitsluitend tegen de anderen wordt voortgezet: dit volgt uit een een redenering naar analogie met artikel 332*quater* eerste lid B.W. en uit het persoonlijk karakter van een afstammingsvordering (P. SENAEVE, "De afstamming langs vaderszijde binnen het huwelijk", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, 112, nr. 131). De erfgenamen van de overledene moeten dus niet gedwongen worden het geding namens hem te hervatten; zij kunnen er evenwel zelf voor opteren het geding voort te zetten (eveneens in die zin: A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 332 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 1-2, nr. 1).

In een geval waarin de echtgenoot overleden was tijdens het geding tot betwisting van zijn vaderschap dat door de moeder was ingeleid, besliste de Rechtbank van Eerste Aanleg te Dendermonde terecht dat de procedure enkel nog diende te worden voortgezet tegen het kind, vertegenwoordigd door zijn voogd *ad hoc* (Rb. Dendermonde (4de kamer) A.R. 95/75.847/a, 5 december 1996, *onuitg.*).

B. PERSONEN DIE DOOR DE RECHTBANK IN HET GEDING KUNNEN WORDEN GEROEPEN (ART. 331*DECIES* TWEEDE LID B.W.)

951 Om instabiliteit van haar uitspraak te vermijden en mogelijk derdenverzet te voorkomen, kan de rechtbank, in afwijking van artikel 811 Ger. W., zelfs ambtshalve, gelasten dat alle belanghebbenden jegens wie zij oordeelt dat de beslissing mede moet gelden, in het geding worden geroepen (art. 331*decies* tweede lid B.W.).

In het gemeen recht kunnen de hoven en rechtbanken niet ambtshalve bevelen dat een derde in het geding wordt betrokken (art. 811 Ger. W.).

Bij een vordering tot betwisting van het vaderschap is het risico op derdenverzet klein, aangezien artikel 332 zesde lid B.W. vereist dat een aantal personen in het geding moeten zijn. De rechtbank kan daarenboven nog de volgende andere personen ambtshalve in het geding roepen:
– alle erfgenamen van de echtgenoot, indien de vordering na diens overlijden werd voortgezet of ingeleid door één of meerdere – maar niet alle – erfgenamen;
– alle bloedverwanten in de rechte lijn van de echtgenoot indien de vordering na diens overlijden werd voortgezet of ingeleid door één of meerdere – maar niet alle – bloedverwanten in de rechte lijn;
– alle descendenten van het kind, indien de vordering na het overlijden van het kind werd ingeleid door één of meerdere – maar niet alle – descendenten;
– alle erfgenamen van de moeder, indien zij de procedure inleidde, nadien is overleden en de vordering is voortgezet door één of meerdere – maar niet alle – erfgenamen;
– alle erfgenamen van het kind, indien dit de procedure inleidde, nadien is overleden en de vordering is voortgezet door één of meerdere – maar niet alle – erfgenamen.

C. VRIJWILLIGE TUSSENKOMST VAN DERDEN

952 De vraag rijst of derden vrijwillig in een procedure tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot kunnen tussenkomen.
Uit het hoogst persoonlijk karakter van de vordering volgt dat de tussenkomst in principe uitgesloten is. Uitzonderlijk is ze toch mogelijk indien zij een eigen doel beoogt dat niet samenvalt met het lot van de betwistingsvordering, m.a.w. als de tussenkomende partij zich beroept op een eigen recht dat zij zou kunnen laten gelden in een afzonderlijke procedure (P. SENAEVE, *Handboek van familieprocesrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1986, 362-363, nrs. 808-809).

– Een tussenkomst met een eigen doel dat niet samenvalt met het lot van de vordering tot betwisting van het vaderschap is bv. de tussenkomst van een derde om de aantijgingen die tegen hem

werden uitgebracht ongegrond te horen verklaren en om de betrokken partij tot schadevergoeding te doen veroordelen.

Zo werd de tussenkomst van de vermeende minnaar van de moeder, die haar stelling dat beiden geen geslachtsgemeenschap met elkaar hadden gehad ondersteunde en van de echtgenoot – die zijn eigen vaderschap betwistte – 1 frank schadevergoeding vorderde, ontvankelijk verklaard door het Hof van Beroep te Brussel (Brussel 21 april 1955, *Rev. dr. fam.* 1955, 28).

De Rechtbank van Eerste Aanleg te Veurne verklaarde de vordering tot vrijwillige tussenkomst van een vorige vriend van de moeder die collusie tussen de moeder en haar echtgenoot vreesde om hem te laten bijdragen in het onderhoud van het kind echter ontoelaatbaar (Rb. Veurne 28 oktober 1993, *T.V.W.R.* 1997, 162, noot H. CREVITS).

– Een eigen recht dat de tussenkomende partij kan laten gelden in een afzonderlijke procedure is bv. het recht het moederschap te betwisten dat vaststaat o.g.v. de regel *Mater semper certa est* (art. 312 § 1 B.W.).

Zo oordeelde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel dat de vordering tot tussenkomst in de loop van een procedure tot betwisting van het vaderschap, ingesteld door de vrouw die het kind heeft gebaard, die ertoe strekte het moederschap dat blijkt uit de geboorteakte te betwisten, ontvankelijk en gegrond was in toepassing van artikel 312 § 3 B.W., aangezien het kind geen bezit van staat had t.a.v. de (gehuwde) vrouw wiens naam in de geboorteakte is vermeld en deze aan de ambtenaar van de burgerlijke stand valselijk had verklaard de moeder van het kind te zijn (Rb. Brussel 7 januari 1998, *Pas.* 1997, III, 2 en *T.B.B.R.* 2002, 212, noot A.-Ch. VAN GYSEL; *in casu* werd Belgisch recht toegepast, ook al kent het toepasselijke Marokkaans recht de vordering tot betwisting van het moederschap blijkend uit de geboorteakte niet, omdat het strijdig met de Belgische internationale openbare orde zou zijn dat een kind zou worden beroofd van het fundamentele recht om de biologische waarheid i.v.m. zijn geboorte te doen blijken t.a.v. de vrouw die valselijk heeft beweerd dat zij het kind heeft gebaard).

§ 4. Vertegenwoordiging van de procespartijen (art. 331*sexies* B.W.)

953 De niet-ontvoogde minderjarige, de onbekwaamverklaarde en de geesteszieke worden in gedingen betreffende hun afstamming, als eiser of als verweerder, vertegenwoordigd door hun wettelijke vertegenwoordiger en, indien er tegenstrijdigheid van belangen is, door een voogd *ad hoc* aangewezen door de voorzitter van de rechtbank op verzoek van elke belanghebbende of van de procureur des Konings (art. 331*sexies* B.W.).

A. DRAAGWIJDTE VAN ARTIKEL 331*SEXIES* B.W.

954 Deze bepaling is op verschillende vlakken onduidelijk en geeft aanleiding tot interpretatieproblemen die eerder al werden aangehaald. Ons inziens slaat de vertegenwoordiging waarin artikel 331*sexies* B.W. voorziet niet alleen op de geesteszieke die een wettelijke vertegenwoordiger heeft, maar is ze ook van toepassing op de geesteszieke die niet onder een beschermingsstatuut staat (zie boven, nr. 552). Ook hij kan, als eiser of verweerder, bij gebrek aan wettelijke vertegenwoordiger, worden vertegenwoordigd door een voogd *ad hoc* in een geding tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot.

Voor personen onder voorlopig bewind lijkt het vanuit praktisch oogpunt aangewezen dat de persoon onder voorlopig bewind en de voorlopig bewindvoerder samen optreden als eiser of verweerder in het betwistingsgeding (zie uitgebreider boven, nr. 553).

In de rechtspraak is een zaak terug te vinden waarin de moeder een vordering inleidde tegen haar gecolloceerde echtgenoot, strekkende tot betwisting van diens vaderschap. De Rechtbank van Eerste Aanleg te Luik oordeelde dat deze verweerder overeenkomstig het gemeen recht – in toepassing van artikel 31 eerste lid van de (opgeheven) Krankzinnigenwet van 18 juni 1850 – rechtsgeldig vertegenwoordigd werd door een voorlopige bewindvoerder (Rb. Luik 9 juni 1989, *Rev. trim. dr. fam.* 1990, 277, noot).

955 Het begrip gedingen betreffende hun afstamming uit artikel 331*sexies* B.W. moet vanuit twee richtingen worden bekeken: het kan zowel gaan om gedingen betreffende de afstamming van de onbekwame als kind, als om gedingen betreffende de afstamming van de onbekwame als ouder (zie boven, nr. 554; in dezelfde zin: F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgerlijk Recht*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2001, 738, nr. 958). Zo is de vertegenwoordigingsregeling uit deze bepaling o.i. van toepassing als de geestesgezonde moeder een vordering tot betwisting van het vaderschap tegen haar geestesgestoorde echtgenoot inleidt (*anders*: Rb. Luik 9 juni 1989, *Rev. trim. dr. fam.* 1990, 277, noot: volgens de rechtbank betreft art. 331*sexies* B.W. alleen vorderingen aangaande de afstamming van de onbekwame zelf).

Artikel 331*sexies* B.W. speelt ook indien de vordering betrekking heeft op een afstammingsrelatie die de onbekwame zelf betreft, maar in een verdere dan de eerste graad, bv. wanneer een vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot wordt ingeleid door de wettelijke vertegenwoordiger van een geestesgestoorde grootouder van het kind die als ascendent – na het overlijden van zijn eigen zoon – diens vaderschap over zijn eigen kleinkind betwist.

Vorderingen met betrekking tot de afstammingsrelatie van een andere persoon dan de onbekwame – bv. de vordering van de geestesgestoorde moeder tot betwisting van het vaderschap van haar geestesgezonde echtgenoot – ressorteren in geen geval onder artikel 331*sexies* B.W. Eerder werd al gesteld dat de onbekwame in dergelijk geval, ongeacht zijn procespositie, wordt vertegenwoordigd door zijn wettelijke vertegenwoordiger overeenkomstig het gemeen recht (zie boven, nr. 556).

B. VERTEGENWOORDING VAN DE VERWEERDER

956 Het minderjarig kind wordt, als verweerder, vertegenwoordigd door zijn wettelijke vertegenwoordiger of door een voogd *ad hoc*.
Een vraag van cruciaal belang voor de praktijk is wanneer het kind in een procedure tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot van zijn moeder kan vertegenwoordigd worden door zijn wettelijke vertegenwoordiger en wanneer een voogd *ad hoc* moet worden aangesteld.

Sommige auteurs zijn van oordeel dat inzake de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot een tegenstrijdigheid van belangen tussen het kind, de echtgenoot en de moeder steeds aanwezig of mogelijk is, met als gevolg dat er steeds een voogd *ad hoc* dient te worden aangesteld (G. BAETEMAN, *Overzicht*, 604, nr. 973; M.-Th. MEULDERS-KLEIN, "L'établissement et les effets personnels de la filiation selon la loi belge du 31 mars 1987", *Ann. dr. Louvain* 1987, (213) 253, nr. 76; C. PANIER, "Problèmes de droit judiciaire relatifs à la filiation", in X (ed.), *La filiation et l'adoption*, Brussel, Ed. Jeune Barreau, 1988, (75) 109, nr. 47; E. VIEUJEAN, "Conclusion", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, II, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, 492).

Er is ook rechtspraak in die zin: zo oordeelde het Hof van Beroep te Luik dat bij een procedure tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot er altijd tegenstrijdigheid van belangen aanwezig of mogelijk is tussen het kind, de echtgenoot en de moeder, zodat de aanstelling van een voogd *ad hoc* conform artikel 331*sexies* B.W. noodzakelijk is (Luik 14 juni 1988, *J.L.M.B.* 1989, 126).
Ook het Hof van Beroep te Gent heeft gehandeld overeenkomstig deze stelling. Met verwijzing naar BAETEMAN was het Openbaar Ministerie bij dit hof van oordeel dat de vordering waarbij de echtgenoot van de moeder zijn vaderschap betwistte ontoelaatbaar is zolang het kind niet in het geding werd vertegenwoordigd door een voogd *ad hoc* (P. KENIS, advies d.d. 6 maart 1998 in de zaak nr. 1995/AR/2253, *onuitg.*). In een bestreden vonnis had de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brugge nochtans – het weze impliciet – aanvaard dat de moeder haar kind in deze procedure als wettelijke vertegenwoordiger kon vertegenwoordigen (Rb. Brugge (2de kamer) A.R. nr. 94/2518/A, 19 juni 1995, *onuitg.*). In een eerste tussenarrest heropende het hof ambtshalve de debatten – nadat uit de bewoordingen van de akte hoger beroep werd afgeleid dat het kind zelf in hoger beroep niet langer partij was – en nodigde het de partijen uit stelling in te nemen omtrent o.m. de vraag of er tussen het kind zijn moeder geen tegenstrijdigheid van belangen bestaat; zo ja, dan zou meteen blijken dat het kind in de procedure voor de eerste rechter niet geldig was vertegenwoordigd; het hof wierp op dat deze belangentegenstelling misschien wel aanwezig is in elk geding, aangespannen o.g.v. artikel 31[8] B.W. (Gent (1ste kamer) nr. 1995/AR/2293, 16 mei 1997, *onuitg.*). Na voormeld advies van het Openbaar Ministerie werd in een tweede tussenarrest bevolen dat het kind in de zaak moest worden betrokken, "daartoe behoorlijk vertegenwoordigd door een voogd *ad hoc*" (Gent (1ste kamer) nr. 1995/AR/2293, 9 april 1998, *onuitg.*). Pas na tussenkomst van deze laatste werd de procedure in het eindarrest als "geregulariseerd" beschouwd (zie Gent (1ste kamer) nr. 1995/AR/2293, 25 februari 1999, *onuitg.*).

De vroegere wettelijke regeling i.v.m. de ontkenning van vaderschap stelde de vertegenwoordiging van het minderjarig kind door een voogd *ad hoc* in deze context verplicht (oud art. 318 eerste lid B.W.).

Ons inziens moet de problematiek sinds de inwerkingtreding van de Afstammingswet van 31 maart 1987 op een genuanceerde wijze worden benaderd en moet een onderscheid worden gemaakt tussen twee situaties, naargelang de persoon die de vordering inleidt.

1. Eerste hypothese: de betwistingsvordering wordt ingeleid door de echtgenootvader

957 Ingeval de echtgenoot van de moeder zelf zijn juridisch vaderschap betwist, kan het niet-ontvoogd minderjarig kind als verweerder vertegenwoordigd worden door zijn moeder in haar hoedanigheid

van wettelijke vertegenwoordiger en moet er niet *a priori* een voogd *ad hoc* worden aangesteld.

Uit de tekstanalyse van artikel 331*sexies* B.W. volgt immers dat de vertegenwoordiging door de wettelijke vertegenwoordiger het principe is en de vertegenwoordiging door een voogd *ad hoc* de uitzondering. In alle gevallen vereisen dat een voogd *ad hoc* wordt aangesteld zou ertoe leiden dat de uitzondering de regel wordt en zou de rechtbank haar appreciatiebevoegdheid ontnemen. Dit laatste argument is *de lege lata* doorslaggevend: indien steeds een voogd *ad hoc* zou moeten optreden, zou de vertegenwoordiging door de wettelijke vertegenwoordiger (meestal de vader of de moeder), geen zin hebben.
Uit onderzoek van de parlementaire voorbereiding van de Afstammingswet blijkt dat de wetgever de bedoeling had aan de rechtbank een grote appreciatiebevoegdheid te geven en werd gepreciseerd dat de wettelijke vertegenwoordiger de vordering zou inleiden maar dat de rechtbank zou afwegen of er reden was om al dan niet een bijzondere vertegenwoordiger (voogd *ad hoc*) aan te stellen en haar appreciatie zal funderen op een onderzoek van de concrete omstandigheden rekening houdend met de belangen van het kind (Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 107-108; Rb. Brussel 22 april 1991, *T.B.B.R.* 1992, 55, noot J. Sosson).

In de hypothese dat de betwistingsvordering werd ingeleid door de echtgenoot-vader is er als dusdanig geen principiële belangentegenstelling tussen moeder en kind. De aanstelling van een voogd *ad hoc* is dan ook slechts noodzakelijk wanneer *in concreto* een belangentegenstelling wordt aangetoond tussen de moeder als wettelijke vertegenwoordiger en het kind (in dezelfde zin: Bergen (2de kamer) nr. 2002/RG/252, 14 mei 2002, *onuitg.*; Rb. Brussel 14 mei 1991, aangehaald door D. Pire, "Inédits de droit de la famille (V-3). Filiation", *J.L.M.B.* 1991, (1082) 1101).
Indien geen strijdigheid van belangen tussen moeder en kind wordt aangetoond, kan de echtgenoot-vader als eisende partij verwezen worden in de kosten voor de – nodeloze – organisatie van een voogdijschap *ad hoc* (Rb. Hasselt 11 maart 1997, *T.B.B.R.*. 1997, 211).

Enkele toepassingsgevallen uit de rechtspraak.

– De vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot ingesteld tegen een vrouw in haar hoedanigheid van moeder en in haar hoedanigheid van wettelijke vertegenwoordiger van het kind zonder de aanstelling van een voogd *ad hoc* werd door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel ontvankelijk geacht. Het Openbaar Ministerie was volgens de rechtbank terecht van oordeel dat de aanstelling van een voogd *ad hoc* zich enkel opdringt in het (eerder zeldzaam) geval van tegenstrijdigheid van belangen tussen de onbekwame en zijn wettelijke vertegenwoordiger. De gebeurlijke aanstelling van een voogd *ad hoc* kan volgens de rechtbank in elke stand van de procedure geschieden (Rb. Brussel 15 december 1987, *T.B.B.R.* 1989, 76 en *J.L.M.B.* 1988, 365).
In dezelfde zin oordeelde het Hof van Beroep te Brussel dat aan het wettelijk voorschrift van artikel 332 laatste lid B.W. was voldaan nu de dagvaarding uitgaande van de echtgenoot-vader in eerste aanleg gericht was tegen de moeder, zowel in haar eigen naam als in haar hoedanigheid van wettelijke vertegenwoordiger van haar minderjarig kind (Brussel (3de kamer) A.R. nr. 2000/AR/2985, 20 maart 2001, *onuitg.*).

– Ook indien de vordering van de echtgenoot strekt tot betwisting van zijn vaderschap over een in staat van verlengde minderjarigheid verklaard kind geldt dezelfde oplossing: de verlengd minderjarige kan in deze hypothese rechtsgeldig door zijn moeder worden vertegenwoordigd (Brussel (3de kamer) A.R. nr. 1999/AR/717, 20 september 2001, *onuitg.*).

958 Mogelijks rijst een procedureprobleem wanneer de moeder hoger beroep aantekent tegen een vonnis dat de betwistingsvordering van de echtgenoot-eiser gegrond verklaart.

Aangezien het verzoekschrift in hoger beroep van de moeder niet preciseerde in welke hoedanigheid zij optrad, wierp het Hof van Beroep te Brussel – omwille van het feit dat deze materie de openbare orde raakt – ambtshalve de kwestie op van de aanwezigheid van het kind in de procedure in hoger beroep en van zijn vertegenwoordiging in rechte; partijen werden uitgenodigd dienaangaande standpunt in te nemen (Brussel (3de kamer) A.R. nr. 2000/AR/2985, 20 maart 2001, *onuitg.*).

Dit vraagstuk brengt ons meteen bij de tweede hypothese.

2. Tweede hypothese: de betwistingsvordering wordt ingeleid door de moeder

959 Wanneer de betwistingsvordering werd ingesteld door de moeder, dan kan zij evident niet tezelfdertijd optreden als wettelijke vertegenwoordiger van het kind, omdat een procespartij de hoedanigheden van eiser en verweerder niet kan combineren (J. SOSSON, "Quelques problèmes judiciaires d'application de la loi du 31 mars 1987", *J.T.* 1990, (301) 305, nr. 28).

960 Een tegenstrijdigheid van belangen tussen moeder en kind kan in dat geval niet worden uitgesloten. De doelstellingen die de moeder nastreeft, zijn niet noodzakelijk in het belang van het kind. De Rechtbanken van Eerste Aanleg te Bergen en te Brussel beslisten daarom dat het geding moet worden opgeschort tot een voogd *ad hoc* is aangewezen door de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg conform artikel 331*sexies* B.W. (Rb. Bergen 28 oktober 1987, weergegeven door C. PANIER, "Inédits de droit de la famille (II). Le nouveau droit de filiation et de l'adoption", *J.L.M.B.* 1987, (1549) 1551-1552; Rb. Brussel 10 mei 1988, *J.L.M.B.* 1989, 128).

De meningen zijn echter verdeeld over de vraag of steeds een voogd *ad hoc* moet worden aangesteld indien de moeder de betwistingsvordering heeft ingeleid.

Volgens SENAEVE en het Hof van Beroep te Brussel moet in deze hypothese worden overgegaan tot de aanwijzing van een voogd *ad hoc* overeenkomstig artikel 331*sexies* B.W., zonder dat de rechter ten gronde voorafgaandelijk het bestaan van een mogelijkheid van belangentegenstelling moet hebben vastgesteld, omdat er in dergelijk geval een principiële tegenstrijdigheid van belangen bestaat tussen de moeder (eiseres) en het kind (verweerder) (P. SENAEVE, "Actuele ontwikkelingen inzake het afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Personen- en familierecht (Themis-cahier nr. 7)*, Brugge, die Keure, 2001-2002, 17, nr. 22; Brussel (3de kamer) A.R. nr. 1999/QR/3, 3 juni 1999, *onuitg.*: dit arrest hervormde een beschikking van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg waarin de aanstelling van een voogd *ad hoc* geweigerd werd).

Volgens PIRE is de aanstelling van een voogd *ad hoc* in deze hypothese niet steeds noodzakelijk, maar enkel na bewezen belangentegenstelling, omwille van het feit dat de aanwezigheid van het Openbaar Ministerie vaak elk risico op strijdigheid met de belangen van het kind kan voorkomen (D. PIRE, "Aspects de droit judiciaire relatifs à la filiation", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, (53) 78, voetnoot 75; G.

MAHIEU en D. PIRE, *Droit des personnes. La filiation*, in *Rép. not.*, Brussel, Larcier, 1999, 146-147, nr. 181 en voetnoot 1 op p. 147).

In dezelfde zin oordeelde het Hof van Beroep te Luik – in een geval waar de moeder hoger beroep had ingesteld tegen de beslissing van de eerste rechter om de machtiging tot erkenning te weigeren en in toepassing van artikel 807 Ger. W. haar vordering had omgevormd tot een betwisting van het vaderschap van de echtgenoot – dat het kind conform artikel 331*sexies* B.W. door zijn moeder kon worden vertegenwoordigd "nu geen enkele belangentegenstelling was aangetoond" (Luik 12 mei 1999, *T.B.B.R.* 2001, (585) 587, noot I. MASSIN).
Dit arrest miskent o.i. de principiële tegenstrijdigheid van belangen tussen de moeder als eiser en het kind als verweerder die is ontstaan na de wijziging van de vordering; het kan daarom niet worden bijgetreden.

961 Ons inziens kan een eisende partij nooit optreden als wettelijke vertegenwoordiger van een verwerende partij. Toch hoeft dit in de besproken hypothese niet te impliceren dat steeds een voogd *ad hoc* moet worden aangesteld. Het is immers mogelijk dat het kind door de echtgenoot-vader wordt vertegenwoordigd wanneer de moeder diens vaderschap betwist.

VAN ONSEM beweert dat de vader het kind in dit geval kan vertegenwoordigen, "behalve in twee gevallen:
– ofwel bestaat er *in concreto* tegenstrijdigheid van belangen tussen vader en kind;
– ofwel heeft de moeder de materiële bewaking (*sic*) over het kind".
Indien één van deze situaties van toepassing is, zal volgens deze auteur een voogd *ad hoc* moeten worden aangesteld (C. VAN ONSEM, *Betwisting van vaderschap*, in *AdvocatenPraktijk – Burgerlijk Recht*, nr. 9, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1999, p. 34, nr. 37).

Deze visie was misschien verdedigbaar onder het vroegere recht (zie in dat verband P. SENAEVE, "De afstamming langs vaderszijde binnen het huwelijk", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, 1987, 117, nr. 139), maar kan sinds medio 1995 niet meer worden aangenomen.
Het oude artikel 377 B.W. – hetgeen bepaalde dat indien de ouders niet samenleven alleen de ouder die de materiële bewaring over het kind heeft, gerechtigd is de minderjarige te vertegenwoordigen – werd door de Wet van 13 april 1995 betreffende de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag (*B.S.* 24 mei 1995, in werking getreden op 3 juni 1995) immers afgeschaft; sindsdien treden niet-samenlevende ouders principieel gezamenlijk op als vertegenwoordiger van het kind (art. 376 eerste lid B.W.).

Om dezelfde redenen als deze waarom de moeder het kind in haar hoedanigheid van wettelijke vertegenwoordiger kan vertegenwoordigen in de hypothese dat de echtgenoot de betwistingsvordering heeft ingeleid (zie boven, nr. 957), mag ons inziens worden aangenomen dat de echtgenoot-vader het kind als wettelijke vertegenwoordiger kan vertegenwoordigen indien de moeder de betwistingsvordering heeft ingeleid. De aanstelling van een voogd *ad hoc* dringt zich pas op als *in concreto* tegenstrijdigheid van belangen blijkt te bestaan tussen het kind en zijn juridische vader, die in deze hypothese coverweerder is, aangezien zijn vaderschap door de moeder wordt betwist.

962 Een meerderjarige verweerder (echtgenoot, moeder of kind) wordt eveneens vertegenwoordigd als hij onbekwaam is (zie boven, nr. 550 e.v.).

C. VERTEGENWOORDIGING VAN DE EISER

963 Het minderjarig kind heeft zelf geen betwistingsrecht, zodat het nooit eiser kan zijn in een geding tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot van zijn moeder; bijgevolg kan het onmogelijk in die hoedanigheid door zijn wettelijke vertegenwoordiger of een voogd *ad hoc* worden vertegenwoordigd. Mede omwille van de principiële procesonbekwaamheid van de minderjarige speelt artikel 331*sexies* B.W. – dat in de tussenkomst van de wettelijke vertegenwoordiger voorziet voor afstammingsgedingen waarin het kind eiser of verweerder is – in deze context niet.

964 De onbekwame meerderjarige eiser wordt vertegenwoordigd zoals eerder beschreven (zie boven, nr. 550 e.v.).

D. AANWIJZING VAN EEN VOOGD *AD HOC*

1. Procedure

965 De voogd *ad hoc* wordt aangewezen door de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, op verzoek van het Openbaar Ministerie of elke belanghebbende (art. 331*sexies in fine* B.W.).

De wetgever heeft niet gepreciseerd of de bodemrechter al dan niet zelf een voogd *ad hoc* kan aanstellen in die gevallen waarin noch de partijen, noch de procureur des Konings op een dergelijke aanstelling hebben aangestuurd. Ook al kan de rechtbank, in toepassing van artikel 331*decies* B.W., zelfs ambtshalve, gelasten dat alle belanghebbenden jegens wie zij oordeelt dat de beslissing mede moet gelden, in het geding worden geroepen, toch heeft zij niet de bevoegdheid om zelf een voogd *ad hoc* aan te stellen om het kind te vertegenwoordiger, omdat dit prerogatief een exclusieve bevoegdheid van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg uitmaakt (in die zin: Rb. Brussel 10 mei 1988, *J.L.M.B.* 1989, 128; D. PIRE, "Aspects de droit judiciaire relatifs à la filiation", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, (53) 78, voetnoot 76).

966 De aanstelling van de voogd *ad hoc* gebeurt via een procedure op eenzijdig verzoekschrift (art. 1025-1034 Ger. W.; voor modellen van verzoekschrift tot aanwijzing van een voogd *ad hoc*, zie *Rép. not.*, deel 1 Personenrecht, Boek XII Afstamming, p. 2, model 1 en *A.M.R.*, II, Burgerlijk Recht, Afstamming, (afl. 17, 1988), 31).

967 De benoeming hoeft niet noodzakelijk te gebeuren vóór de inleiding van het geding tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot. In het geval dat er ten onrechte geen voogd *ad hoc* werd aangeduid, wordt de procedure geschorst (Luik 14 juni 1988, *J.L.M.B.* 1989, 126).

De rechtbank of het hof kan dan oordelen dat de zaak niet in staat is en ze naar de rol verzenden (zie bv. Rb. Brussel 10 mei 1988, *J.L.M.B.* 1989, 128) of de zaak uitstellen naar een vaste datum, in afwachting van de aanstelling (in die zin: Rb. Gent 16 december 1991, *onuitg.*, aangehaald door J. MELLAERTS, "Procesrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 138, nr. 261; J.-P. MASSON, "Examen de jurisprudence (1984-1990). Les Personnes. Deuxième partie. Relations familiales", *R.C.J.B.* 1993, (487) 510, nr. 138; H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité*, II/2, 930, nr. 979; D. PIRE, "Droit judiciaire de la filiation", *Act. dr.* 1991, (689) 714, nr. 29; J. SOSSON, "Quelques problèmes judiciaires d'application de la loi du 31 mars 1987", *J.T.* 1990, (301) 305, nr. 28).

968 Het is ook de voorzitter die, in voorkomend geval, overgaat tot vervanging van de door hem aangeduide voogd *ad hoc*. Ook hier gaat het om een prerogatief van de voorzitter dat niet behoort tot de bevoegdheid van de rechtbank of het hof waarbij de afstammingsvordering aanhangig is (Luik 13 februari 1990, *J.L.M.B.* 1990 (verkort), 1221).

969 De rechtspraak heeft zich nog niet uitgesproken over de vraag of na een vonnis waarin beslist werd een zaak – waarin tegenstrijdigheid van belangen werd vastgesteld – omwille van de niet-aanduiding van een voogd *ad hoc* naar de rol te verzenden of naar een vaste datum uit te stellen, de benoeming van een voogd *ad hoc* nog kan worden tegengehouden.

PIRE is van mening dat de voorzitter niet gebonden is door een dergelijke beslissing, aangezien de aanstelling van een voogd *ad hoc* tot zijn exclusieve bevoegdheid behoort (D. PIRE, "Aspects de droit judiciaire relatifs à la filiation", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, (53) 78-79 en voetnoot 78). VIEUJEAN is daarentegen van oordeel dat het aan de rechtbank is om te beoordelen of er al dan niet een voogd *ad hoc* moet worden aangesteld, net zoals het aan haar is om de regelmatigheid van de procedure na te gaan. Deze auteur beschouwt de aanwijzing van de voogd *ad hoc* door de voorzitter louter als een "acte administratif" en niet als een "acte juridictionnel" (E. VIEUJEAN, "Conclusion", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, II, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, 492).

Bij nader inzien wordt het antwoord op de vraag gedetermineerd door de kwalificatie van de beslissing waarin werd besloten dat een voogd *ad hoc* moet worden aangesteld. Kwalificeert men een dergelijke beslissing als een beslissing alvorens recht te doen, dan heeft ze geen gezag van gewijsde, met als gevolg dat de voorzitter alsnog kan oordelen dat er geen voogd *ad hoc* moet worden aangesteld. Kwalificeert men een dergelijke beslissing als een eindbeslissing, dan heeft ze krachtens artikel 24 Ger. W. gezag van gewijsde, met als gevolg dat ze bindend is voor de voorzitter.

Ons inziens moet een vonnis waarin de zaak naar de rol is verzonden of op vaste datum is uitgesteld teneinde een voogd *ad hoc* te laten tussenkomen worden gekwalificeerd als een eindvonnis in de zin van artikel 19 eerste lid Ger. W., omdat de rechter beslist heeft over een geschilpunt, nl. of er al dan niet een voogd *ad hoc* moest worden aangesteld. Ingevolge artikel 24 Ger. W. is deze eindbeslissing vanaf de uitspraak bekleed met gezag van gewijsde, met als gevolg dat de aanstelling van een voogd *ad hoc* niet meer kan worden

vermeden (eveneens in die zin: J. MELLAERTS, "Procesrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 139, nr. 264; C. PANIER, "Problèmes de droit judiciaire relatifs à la filiation", in X (ed.), *La filiation et l'adoption*, Brussel, Ed. Jeune Barreau, 1988, 109, nr. 48).

Wordt de zaak gewoon uitgesteld of naar de rol verzonden zonder dat er een vonnis in die zin is, kan er uiteraard geen sprake zijn van gezag van gewijsde, met als gevolg dat de voorzitter in dat geval niet gebonden is door het oordeel van de rechtbank.

Omgekeerd is het onmiskenbaar zo dat wanneer de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg in toepassing van artikel 331*sexies* B.W. een voogd *ad hoc* heeft aangesteld vooraleer de afstammingsvordering zelf bij de rechtbank werd aanhangig gemaakt, zijn uitspraak bindend is voor de rechtbank die er kennis van neemt. Tegen de beslissing van de voorzitter kunnen de gemeenrechtelijke rechtsmiddelen tegen een beschikking op eenzijdig verzoekschrift worden aangewend: de verzoeker kan in toepassing van artikel 1031 Ger. W. hoger beroep aantekenen tegen een beschikking die zijn verzoek afwijst; een derde kan overeenkomstig artikel 1033 Ger. W. derdenverzet instellen.

2. Rol

970 In een geding tot betwisting van het vaderschap vertegenwoordigt de voogd *ad hoc* de onbekwame – in de praktijk bijna altijd een minderjarig kind – als verweerder in het geding en treedt hij namens de onbekwame in rechte op. In die hoedanigheid zal hij moeten onderzoeken of de grond- en vormvoorwaarden voor het instellen van de vordering vervuld zijn; in voorkomend geval zal hij de territoriale onbevoegdheid van de gevatte rechtbank of de laattijdigheid van de vordering moeten opwerpen. Hij zal ook moeten nagaan of het geleverde bewijs voldoende is om te besluiten tot de gegrondheid van de betwistingsvordering. In die optiek kan hij de rechtbank ook verzoeken onderzoeksmaatregelen uit te voeren, zoals bv. een deskundigenonderzoek of een getuigenverhoor en zelfs verzoeken dat een derde in het geding wordt geroepen (J. SOSSON, "Quelques problèmes judiciaires d'application de la loi du 31 mars 1987", *J.T.* 1990, (301) 306, nr. 29).
De voogd *ad hoc* oordeelt autonoom over de opportuniteit van het al dan niet opwerpen van verweermiddelen tegen de ingeleide betwistingsvordering. Hij zal zich hierbij laten leiden door zijn eigen beoordeling van het belang van het kind. Hierbij moet hij zich wel bewust zijn van het feit dat de gegrondverklaring van een vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot voor het kind het verlies van een afstammingsband impliceert, met de daaraan verbonden gevolgen, zoals bv. verlies van naam, erfrecht en recht op onderhoud vanwege de echtgenoot.

E. PROCEDUREPROBLEMEN WANNEER EEN VERTEGENWOORDIGER NIET VERSCHIJNT

971 Indien de moeder, in haar hoedanigheid van wettelijke vertegenwoordiger van het kind verstek laat gaan, moet steeds een voogd *ad hoc* worden aangesteld, omdat zij dan verzuimt de belangen van het kind waar te nemen (C. VAN ONSEM, *Betwisting van vaderschap*, in *AdvocatenPraktijk – Burgerlijk Recht*, nr. 9, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1999, p. 35, nr. 37). Het kind voor zijn belangenbehartiging afhankelijk maken van een vertegenwoordiger die niet verschijnt, zou onaanvaardbaar zijn (in dezelfde zin: J. MELLAERTS, "Procesrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 137, nr. 259 en de referenties in voetnoot 42).

972 Wanneer een voogd *ad hoc* is aangesteld en hij verschijnt niet ter zitting, dan is het zeer de vraag of de rechtbank toch uitspraak kan doen (bij verstek), net zoals in het geval dat verweerder of eiser niet zouden verschijnen (positief: J.-P. MASSON, "Examen de jurisprudence (1984-1990). Les Personnes. Deuxième partie. Relations familiales", *R.C.J.B.* 1993, (487) 511-512, nr. 138).

De betwisting van het vaderschap van de echtgenoot waarin de moeder en de voogd *ad hoc* als verweerders optreden is een onsplitsbaar geschil in de zin van artikel 31 Ger. W. Indien beiden op inleidingszitting verstek lieten gaan en later ook niet verschenen zijn, is het logisch gevolg daarvan dat de zaak niet in staat is indien de voorschriften van artikel 753 Ger. W. niet werden nageleefd.

In die zin: Rb. Aarlen 22 januari 1988, *Pas.* 1988, III, 56, noot F.B. en *J.L.M.B.* 1988, 685: hoewel de zaak ten overstaan van de voogd *ad hoc* op tegenspraak was gefixeerd en deze laatste niet verschenen was, werd in dit vonnis de heropening van de debatten gelast om de procedure ten overstaan van de moeder te regulariseren, en stelde de rechtbank dat zij "niet kan oordelen zonder de voogd *ad hoc* gehoord te hebben"; in dezelfde zin – onder het oude recht en op het niveau van het hof van beroep – Brussel 6 april 1970, *Pas.* 1970, II, 165.

§ 5. Bevoegde rechtbank

A. RATIONE MATERIAE

1. Bevoegdheid van de rechtbank van eerste aanleg

973 Alleen de rechtbank van eerste aanleg is bevoegd om kennis te nemen van de vorderingen betreffende de afstamming (art. 331 § 1 B.W.); ook de vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot moet dus bij de rechtbank van eerste aanleg worden ingesteld.

Deze regel is een bevestiging van het gemene bevoegdheidsrecht; een afstammingsvordering betreft immers de staat van personen waarvan in het algemeen de rechtbank van eerste aanleg kennis neemt (vgl. art. 569, 1° Ger. W.). Deze uitsluitende bevoegdheidstoekenning raakt de openbare orde (art. 9 Ger. W.).

2. Prejudiciële geschillen

974 Indien een prejudicieel geschil omtrent de afstamming rijst voor een andere rechtbank, moet dit geschil bij de rechtbank van eerste aanleg aanhangig worden gemaakt: telkens wanneer de afstamming wordt betwist, kunnen de strafrechtbanken en de andere gerechten eerst uitspraak doen nadat de beslissing van de rechtbank van eerste aanleg omtrent de staat in kracht van gewijsde is getreden (art. 331 § 2 B.W.).

a. Toepassingsgevallen

975 Het feit dat een juridisch vastgestelde afstammingsband bestaat tussen de betrokkenen kan in een strafprocedure een verzwarende omstandigheid uitmaken bij het misdrijf aanranding van de eerbaarheid en verkrachting (art. 377 Sw.); de afstammingsband kan bovendien doorslaggevend zijn voor de vraag of diefstal (art. 462 Sw.) en misbruik van vertrouwen (art. 492 Sw.) al dan niet strafrechtelijk worden gesanctioneerd. Tevens kan de afstamming een verzachtende omstandigheid uitmaken bij de ontvoering van minderjarigen (vgl. de strafmaat bepaald in art. 432 § 1 Sw. met deze uit art. 428 § 1 Sw.).

Nog vóór de inwerkingtreding van de Afstammingswet besliste het Hof van Beroep te Antwerpen dat wanneer valsheid in geschrifte een verduistering van de staat van het kind impliceert (zie art. 363 (oud) Sw.), de burgerlijke rechtbank – overeenkomstig het oude artikel 327 B.W. – alleen bevoegd is om uitspraak te doen over het geschil van staat. De strafvordering werd niet ontvankelijk geacht tot definitief uitspraak was gedaan over de staat van de persoon (Antwerpen 16 juni 1987, *R.W.* 1987-88, 857, noot D. MERCKX).

Ook de jeugdrechtbank (voor geschillen inzake ouderlijk gezag en omgangsrecht) en de vrederechter (bv. gevat inzake onderhoudsgelden) dienen de beslechting van de hoofdzaak uit te stellen.

Wanneer de afstammingsband tussen ouder en kind nog niet is vastgesteld, is de vermeende ouder niet principieel contactgerechtigd (als ouder in de zin van art. 374 vierde lid B.W.), maar kan hij wel als een derde met virtueel recht op persoonlijk contact (in de zin van art. 375*bis* eerste lid B.W.) worden beschouwd. Reeds enkele jaren vóór de wettelijke bekrachtiging van het omgangsrecht kende de Jeugdrechtbank te Nijvel aan een man wiens afstamming ten aanzien van het kind (nog) niet was vastgesteld, in afwachting van het tussen te komen vonnis van de rechtbank van eerste aanleg, een recht op persoonlijk contact toe "sur la demande précaire", gelet op zijn genegenheidsbanden met het kind (Jeugdrb. Nijvel 18 april 1989, *onuitg.*, aangehaald door D. PIRE, "Inédits de droit de la famille (V-3). Filiation", *J.L.M.B.* 1991, (1082) 1082).

Of dit eveneens het geval is voor de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg rechtsprekend in kort geding (bv. gevat in een geschil

omtrent de uitoefening van het ouderlijk gezag of het toekennen van een recht op persoonlijk contact) kan worden betwijfeld.

Volgens het Hof van Cassatie kan de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg zetelend in kort geding, gevat op grond van artikel 1280 Ger. W. om uitspraak te doen over voorlopige maatregelen betreffende een kind, geen uitspraak doen over de vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot van de moeder van dat kind op de grond dat de betwisting in de loop van de bij hem aanhangige vordering is opgeworpen, zonder miskenning van de bevoegdheden van de rechtbank van eerste aanleg. Deze is op grond van artikel 569, 1° Ger. W. alleen bevoegd om kennis te nemen van vorderingen betreffende de staat van de personen (Cass. 21 mei 1987, *Arr. Cass.* 1986-87, 1289, *Pas.* 1987, I, 1161, *R.W.* 1987-88, 1357, noot, *Ann. dr. Liège* 1988, 16, noot A. KOHL en noot M. LIÉNARD-LIGNY en *Rev. trim. dr. fam.* 1987, 352, noot C. PANIER, dat Bergen 23 oktober 1985, *Rev. trim. dr. fam.* 1987, 352 verbreekt).

Sommige auteurs menen nochtans dat de voorzitter wel degelijk uitspraak zou mogen doen over het incidenteel afstammingsgeschil, evenwel slechts bij voorraad en zonder zich definitief uit te spreken over de grond van de zaak (D. PIRE, "Droit judiciaire de la filiation", *Act. dr.* 1991, (689) 692, nr. 3; in dezelfde zin: C. PANIER, noot onder Cass. 21 mei 1987, *Rev. trim. dr. fam.* 1987, (357) 358-359).

De bodemrechter kan eveneens bepaalde maatregelen alvorens recht te doen in de zin van artikel 19 tweede lid Ger. W. opleggen, in afwachting van een beslissing over de betwisting van de afstamming (D. PIRE, "Aspects de droit judiciaire relatifs à la filiation", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, (53) 59; zie voor een toepassing: Jeugdrb. Nijvel 18 april 1989, aangehaald door D. PIRE, "Inédits de droit de la famille (V-3). Filiation", *J.L.M.B.* 1991, (1082) 1082: dit vonnis kende een recht op persoonlijk contact toe o.g.v. de gehechtheid van het kind aan zijn beweerde vader, een mogelijkheid die na de invoering van art. 375*bis* B.W. door de Wet van 13 april 1995 *a fortiori* kan worden verdedigd).

976 Het volstaat niet dat een partij voor één van de zonet genoemde rechterlijke instanties eenvoudig opwerpt dat de afstamming wordt betwist (Jeugdrb. Nijvel 26 september 1989, aangehaald door D. PIRE, "Inédits de droit de la famille (V-3). Filiation", *J.L.M.B.* 1991, (1082) 1082); het is noodzakelijk dat deze betwisting een zekere ernst vertoont en dat de partij die de betwisting opwerpt desgevallend bereid is daadwerkelijk een betwistingsvordering in te stellen (D. PIRE, "Aspects de droit judiciaire relatifs à la filiation", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, (53) 58).

Zo werd de Jeugdrechtbank te Nijvel, gevat voor het uitspreken van een jeugdbeschermingsmaatregel, geconfronteerd met een man die zijn vaderschap betwistte toen hij werd aangesproken tot het betalen van onderhoudsgeld voor het kind. De jeugdrechtbank verzond de zaak overeenkomstig artikel 88 § 2 Ger. W. naar de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg. Deze oordeelde dat de zaak rechtsgeldig bij hem aanhangig was gemaakt, maar wierp op dat een louter verbale betwisting van vaderschap geen prejudiciële vraag in de zin van artikel 331 B.W. uitmaakt; het behoorde aan degene die zijn vaderschap betwistte om bv. een vordering tot betwisting van zijn vaderschap in te leiden. Bijgevolg kon de jeugdrechtbank de man veroordelen tot het betalen van onderhoudsgeld zonder de zaak naar de voorzitter te verwijzen (zie resp. Jeugdrb. Nijvel 23 mei 1989 en Voorz. Rb. Nijvel 30 juni 1989, *onuitg.*, aangehaald door D. PIRE, "Inédits de droit de la famille (V-3). Filiation", *J.L.M.B.* 1991, (1082) 1082).

b. Procedure

977 De rechtsinstanties die worden geconfronteerd met een prejudiciële afstammingsbetwisting moeten (desnoods ambtshalve) hun onbevoegdheid vaststellen (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 331 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 3, nr. 3).

978 Aangezien een gemeenrechtelijke regeling voor prejudiciële geschillen niet voorhanden is, rijst de vraag op welke wijze een prejudicieel afstammingsgeschil bij de bevoegde rechtbank van eerste aanleg aanhangig moet worden gemaakt. De rechtsleer valt uiteen in verschillende strekkingen.

– Sommigen menen dat de uitspraak moet worden opgeschort en dat de meest gerede partij de zaak op de gewone manier aanhangig dient te maken bij de rechtbank van eerste aanleg (zie H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité*, II/2, 101, nr. 89, voetnoot 5; vgl. de kritiek hierop vanwege D. PIRE, "Aspects de droit judiciaire relatifs à la filiation", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, (53) 59, voetnoot 11 en C. PANIER, "Problèmes de droit judiciaire relatifs à la filiation", in X (ed.), *La filiation et l'adoption*, Brussel, Ed. Jeune Barreau, 1988, (75) 91, nr. 22).
– Andere auteurs zijn van oordeel dat artikel 639 Ger. W. i.v.m. bevoegdheidsgeschillen en de artikelen 661 en 662 Ger. W hier naar analogie moeten worden toegepast (C. PANIER, "Problèmes de droit judiciaire relatifs à la filiation", in X (ed.), *La filiation et l'adoption*, Brussel, Ed. Jeune Barreau, 1988, (75) 89-90, nr. 20, gevolgd door D. PIRE, "Droit judiciaire de la filiation", *Act. dr.* 1991, (689) 692-693, nr. 4). Deze visie impliceert dat de zaak naar de arrondissementsrechtbank wordt verwezen.

Er bestaat ook rechtspraak waarin toepassing wordt gemaakt van artikel 88 § 2 Ger. W. als oplossing voor een bevoegdheidsincident – bij burgerlijke zaken – in de schoot van hetzelfde rechtscollege (Jeugdrb. Nijvel 23 mei 1989 en Voorz. Rb. Nijvel 30 juni 1989, *onuitg.*, aangehaald door D. PIRE, "Inédits de droit de la famille (V-3). Filiation", *J.L.M.B.* 1991, (1082) 1082; zie boven, nr. 976). In toepassing van deze bepaling wordt het dossier voorgelegd aan de voorzitter van de rechtbank, die oordeelt of de zaak anders moet worden toegewezen. Deze oplossing werd reeds gesuggereerd door A. KOHL, "Le juge civil des référés est-il compétent pour statuer à titre incident sur une contestation relative à la filiation?", (noot onder Cass. 21 mei 1987), *Ann. dr. Liège* 1988, (18) 20.

Een proceseconomisch verantwoorde oplossing bestaat erin de gevatte rechter toe te laten de zaak zelf naar de rechtbank van eerste aanleg te verwijzen, zonder de omweg van de arrondissementsrechtbank. Ons inziens is er geen bezwaar tegen een dergelijke rechtstreekse verwijzing aangezien de bevoegdheid van de rechtbank van eerste

aanleg vaststaat. Ook bij deze oplossing kunnen de artikelen 661 en 662 Ger. W. worden toegepast, hetgeen impliceert dat de griffier binnen de acht dagen na de uitspraak het dossier van de rechtspleging toezendt aan de griffie van de rechtbank van eerste aanleg waarnaar de zaak is verwezen en de zaak ambtshalve en zonder kosten op de rol wordt gebracht.

Zie voor een toepassing van deze oplossing: Vred. Luik (1ste kanton) 29 april 1988, *J.L.M.B.* 1989, 136, waar de vrederechter de zaak ter oplossing van een prejudiciële vraag inzake de vaststelling van de vaderlijke afstamming direct verwees naar de bevoegde rechtbank van eerste aanleg zonder het tussenstation van de arrondissementsrechtbank.

B. RATIONE LOCI

979 *Ratione loci* is de rechtbank van eerste aanleg van de woonplaats van het kind bevoegd voor alle afstammingsvorderingen (art. 331 § 1 B.W.), zo ook voor de vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot.

1. Juridisch karakter van de territoriale bevoegdheidsregel

980 De vraag of deze bevoegdheidsregel, zoals de materiële bevoegdheidsregel, de openbare orde raakt, dan wel slechts van dwingend recht is, is omstreden.

Een letterlijke lezing van artikel 331 § 1 B.W. kan argumenten voor de beide strekkingen genereren.

– Voor een deel van de rechtsleer is het tekstueel argument dat "alleen" de rechtbank van eerste aanleg van de woonplaats van het kind bevoegd is, voldoende om te besluiten dat het hier een regel van openbare orde betreft (J.-P. MASSON, "Examen de jurisprudence (1984-1990). Les Personnes. Deuxième partie. Relations familiales", *R.C.J.B.* 1993, (487) 505, nr. 135; H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité*, II/2, 937, nr. 974; C. PANIER, "Problèmes de droit judiciaire relatifs à la filiation", *La filiation et l'adoption*, Brussel, Ed. Jeune Barreau, 1988, (75) 94, nr. 27; J. VAN COMPERNOLLE, "Aspects judiciaires des actions relatives à la filiation", *Ann. dr. Louvain* 1987, (319) 321).

– Een ander deel van de rechtsleer wijst niet alleen op de tekst van artikel 331 B.W., maar steunt eveneens op de voorbereidende werken van de Afstammingswet. De auteurs die tot deze strekking behoren voeren vooreerst aan dat artikel 331 B.W. niet bepaalt dat de rechtbank van eerste aanleg "uitsluitend" bevoegd is, terwijl dit doorgaans wel het geval is bij bepalingen die van openbare orde zijn. Zij wijzen daarenboven ook op de parlementaire voorbereiding, waaruit blijkt dat aanvankelijk de rechtbank van eerste aanleg enkel *ratione materiae* "alleen" bevoegd was om kennis te nemen van vorderingen inzake afstammingsgeschillen. Pas later werd gespecifieerd dat de bevoegde rechtbank deze was van de woonplaats van het kind. Het is volgens deze strekking nooit de bedoeling van de wetgever geweest dat de later ingevoegde bevoegdheidsregel *ratione loci* óók van openbare orde zou zijn: in die optiek is de territoriale bevoegdheidsregel, ook in afstammingszaken, (slechts) een regel van dwingend recht (G. MAHIEU en D. PIRE, *Droit des personnes. La filiation*, in *Rép. not.*, Brussel, Larcier, 1999, 131, nr. 157; D. PIRE, "Aspects de droit judiciaire relatifs à la filiation", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, (53) 61-62, evenals een vroegere bijdrage van dezelfde auteur: D. PIRE, "Droit judiciaire de la filiation", *Act. dr.* 1991, (689) 694-695, nr. 5; G. BAETEMAN, *Overzicht*, p. 631, nr. 1023; J. MELLAERTS, "Procesrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammings-*

recht, Leuven, Acco, 1993, 127-129 en J. MELLAERTS, "Afstammingsgeschillen: een procesrechtelijke benadering", *T.P.R.* 1991, (1139) 1144-1145, nr. 6; E. VIEUJEAN, "Conclusion", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, II, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, 491).

981 Het praktisch belang van deze vraag is niet gering: mocht het een regel van louter dwingend recht betreffen, dan kunnen de gedingvoerende partijen er in onderling overleg van afwijken; de exceptie van onbevoegdheid dient in dat geval *in limine litis* te worden aangevoerd en de rechter mag zich – behoudens het geval waarin de verweerder niet verschijnt (vgl. art. 630 tweede lid Ger. W.) – niet ambtshalve onbevoegd verklaren.
Hebben we daarentegen te maken met een regel van openbare orde, dan is het onmogelijk om er na het ontstaan van het geschil van af te wijken en moet de rechter ambtshalve de juiste toepassing van de bevoegdheid *ratione loci* aanvoeren.

Het grootste deel van de rechtspraak volgt de eerste strekking, die voorhoudt dat de regel inzake territoriale bevoegdheid de openbare orde raakt.

Zo stelde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel met zoveel woorden dat de bevoegdheid *ratione loci* van de rechtbank van eerste aanleg de openbare orde raakt en dat daarom een andere rechtbank dan die van de woonplaats van het kind ambtshalve haar onbevoegdheid moet opwerpen wanneer ze wordt geconfronteerd met een afstammingsvordering en de zaak naar de arrondissementsrechtbank moet verwijzen. De stelling van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Luik (22 december 1989, hieronder geciteerd) dat deze territoriale bevoegdheid slechts van dwingend recht is, is volgens de Brusselse rechtbank geïsoleerd en kan haar niet overtuigen (Rb. Brussel 21 januari 1992, *T.B.B.R.* 1992, 259; eveneens in die zin, maar m.b.t. de machtiging tot erkenning: Rb. Brussel 12 april 1989, *Pas.* 1989, III, 102; Rb. Nijvel 10 januari 1991, *J.T.* 1991, 568 en Rb. Brussel 21 oktober 1987, *J.T.* 1988, 160 en weergegeven door C. PANIER, "Inédits de droit de la famille (II). Le nouveau droit de filiation et de l'adoption", *J.L.M.B.* 1987, (1549) 1549; zie ook Rb. Namen 13 juni 1990, *onuitg.*, aangehaald door D. PIRE, "Inédits de droit de la famille (V-3). Filiation", *J.L.M.B.* 1991, (1082) 1083).

Toch heeft ook de tweede strekking – deze bevoegdheidsregel is slechts van dwingend recht – enige weerklank gevonden in de rechtspraak.

Zo leidde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Luik uit de voorbereidende werken van de Afstammingswet af dat artikel 331 B.W. in zijn oorspronkelijke versie enkel een probleem van materiële bevoegdheid regelde door alleen de rechtbank van eerste aanleg bevoegd te maken om kennis te nemen van afstammingsvorderingen; ze merkte ook op dat de woorden "van de woonplaats van het kind" pas later via een amendement in de Kamer werden toegevoegd om te vermijden dat de buitenlandse rechtbanken bevoegd zouden zijn als de verweerder in het buitenland zou wonen. Uit de ontstaansgeschiedenis van de wettekst blijkt volgens de rechtbank dus niet de wil van de wetgever om aan deze bepaling de draagwijdte te geven van een bevoegdheidsregel die de openbare orde raakt (Rb. Luik 22 december 1989, *Pas.* 1989, III, 67, noot, inzake de homologatie van een erkenning; in dezelfde zin: Rb. Gent 5 april 2001, *T.G.R.* 2001, 168, inzake de betwisting van een erkenning).

In een procedure tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot overwoog de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent dat het openbare orde-karakter van de materiële bevoegdheidsregel kan worden verantwoord doordat de afstamming inhoudelijk de openbare orde raakt en men door dit openbare orde-karakter bereikt dat deze geschillen steeds door dezelfde rechtbanken worden behandeld. Omdat diezelfde verantwoording in haar optiek niet van toepassing is inzake de territoriale bevoegdheid, concludeerde de rechtbank dat de territoriale bevoegdheid inzake

afstamming van dwingend recht is (Rb. Gent 19 april 2001, *T.G.R.* 2002, 90: *in casu* was de verweerder niet verschenen zodat hij overeenkomstig art. 630 tweede lid Ger. W. geacht werd de bevoegdheid van de rechter voor wie de zaak aanhangig was af te wijzen. Aangezien het slechts om een weerlegbaar vermoeden gaat, ging de rechtbank na of de belangen van verweerder werden geschaad door voor de gevatte rechter te moeten verschijnen. Nu inzake afstamming de bevoegde rechter niet deze is van de woonplaats van de verweerder, maar deze van de woonplaats van het kind, zag de rechtbank niet in in welke mate de belangen van verweerder zouden kunnen geschaad zijn en achtte zij zich – ondanks een andersluidend advies van het Openbaar Ministerie – bevoegd).

982 Wij sluiten ons aan bij de eerste strekking en zijn van oordeel dat de territoriale bevoegdheidsregel de openbare orde raakt. Het gaat hier immers om een bijzondere regel die niet in het Gerechtelijk Wetboek, maar in het Burgerlijk Wetboek is opgenomen, en die verband houdt met een procedure waarbij een persoon in het geding is die bijzondere bescherming verdient, nl. het kind.

2. Begrip "woonplaats van het kind"

983 De vraag of het begrip "woonplaats" in burgerrechtelijke of procesrechtelijke zin moet worden begrepen, is het voorwerp van een controverse in de rechtsleer.

– Volgens sommige auteurs dient hier het civielrechtelijk woonplaatsbegrip te worden gehanteerd.

Zie G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, V. DE SAEDELEER en K. JACOBS, "Overzicht van rechtspraak. Personen- en familierecht (1988-1994)", *T.P.R.* 1994, (2073) 2240, nr. 355; G. BAETEMAN, *Overzicht*, 605, nr. 975 *juncto* 631, nr. 1023 en J. GERLO, *Handboek Personen- en familierecht*, 21, nr. 44.

Concreet kan de territoriaal bevoegde rechtbank in hun optiek dan als volgt worden bepaald:
– Is het kind een niet ontvoogde minderjarige, dan moet een onderscheid worden gemaakt naargelang zijn ouders al dan niet samenleven: leven zijn ouders samen, dan is de rechtbank van eerste aanleg van de gezamenlijke verblijfplaats van zijn ouders bevoegd; indien zijn ouders niet samenleven zal de verblijfplaats van één van beiden de territoriaal bevoegde rechtbank van eerste aanleg bepalen (art. 108 eerste lid B.W.). Heeft het kind slechts één ouder, dan moet worden aangenomen dat de rechtbank van de verblijfplaats van die ouder bevoegd is.
– Voor het kind – zonder ouders – dat onder voogdij is geplaatst, is de rechtbank van de woonplaats van de voogd bevoegd (art. 108 tweede lid B.W.).
– Voor de ontvoogde minderjarige en voor een meerderjarig kind is de bevoegde rechtbank deze van de plaats waar hij zijn hoofdverblijf heeft (art. 102 B.W.).

Al in de negentiende eeuw besliste het Hof van Cassatie dat indien het kind zijn woonplaats bij zijn vader had, enkel de rechtbank van de woonplaats van zijn vader bevoegd is om kennis te nemen van de betwistingvordering, niet de rechtbank van de woonplaats van de voogd *ad hoc* (Cass. 1 februari 1883, *Pas.* I, 1883, 29; in dezelfde zin: Cass. 6 maart 1856, *Pas.* I, 1856, 181).

De aanhangers van deze strekking verkiezen dit – subjectief – criterium inzake woonplaats wellicht omdat de territoriale bevoegdheidsbepaling in afstammingszaken is opgenomen in artikel 331 § 1 van het Burgerlijk Wetboek en de term "woonplaats" in het B.W. verwijst naar de burgerlijke woonplaats.

– Een meerderheidsstrekking in de rechtsleer is echter van mening dat de woonplaats van het kind volgens artikel 36 Ger. W. moet worden bepaald.

Zie in dit verband D. PIRE, "Droit judiciaire de la filiation", *Act. dr.* 1991, (689) 695, nr. 6, ook later volgehouden, vgl. D. PIRE, "Aspects de droit judiciaire relatifs à la filiation", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, (53) 63; J.-P. MASSON, "Examen de jurisprudence (1984-1990). Les Personnes. Deuxième partie. Relations familiales", *R.C.J.B.* 1993, (487) 506, nr. 135; H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité*, II/2, 937, nr. 974; C. PANIER, "Problèmes de droit judiciaire relatifs à la filiation", *La filiation et l'adoption*, Brussel, Ed. Jeune Barreau, 1988, (75) 95, nr. 28; J. VAN COMPERNOLLE, "Aspects judiciaires des actions relatives à la filiation", *Ann. dr. Louvain* 1987, (319) 323; M.-Th. MEULDERS-KLEIN, "L'établissement et les effets personnels de la filiation selon la loi belge du 31 mars 1987", *Ann. dr. Louvain* 1987, (213) 296).

De Rechtbank van Eerste Aanleg te Doornik oordeelde eveneens in die zin (Rb. Doornik 21 maart 1988, *J.L.M.B.* 1988, 716), in een procedure tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot.

984 Ons inziens betreft het hier zonder enige twijfel een probleem van gerechtelijk recht. Krachtens artikel 2 Ger. W. zijn de in dit wetboek gestelde regels – waaronder artikel 36 Ger. W. – in beginsel van toepassing op alle rechtsplegingen. Ook BAETEMAN lijkt zich uiteindelijk bij deze strekking te hebben aangesloten, nu hij in een recente publicatie schrijft dat de woonplaats als begrip – onder de vorm van een objectief criterium – in artikel 36 Ger. W. werd ingevoerd, "geldend voor alle proceshandelingen en bevoegdheidsbepalingen" (G. BAETEMAN, "Hoofdstuk I. Afdeling III: De juridische staat van de persoon", in G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, G. VERSCHELDEN en S. BROUWERS, "Overzicht van rechtspraak. Personen- en familierecht (1995-2000)", *T.P.R.* 2001, (1551) 1724, nr. 245).

Concreet betekent dit dat de territoriaal bevoegde rechtbank deze is van de plaats waar het kind in de bevolkingsregisters is ingeschreven als hebbende aldaar zijn hoofdverbijf (art. 36 Ger. W.).

985 Wanneer het kind geen woonplaats heeft in België, kan, bij ontstentenis van regels die preciseren welke rechtbank territoriaal bevoegd is om kennis te nemen van een geding tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot van de moeder, naar analogie met wat voorzien is in andere domeinen – bv. adoptie – besloten worden bevoegdheid te verlenen aan de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel of aan een andere Belgische rechtbank naar keuze van de eiser.

Voor een toepassing, zie Arrondrb. Nijvel 1 december 1992, *J.T.* 1993, 582: de arrondissementsrechtbank verkoos de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel, nu dit de bevoegde rechtbank was van de laatst gekende woonplaats van het kind en de moeder haar woonplaats in Brussel had.

986 Wanneer het kind al overleden is vooraleer de vordering werd ingesteld, zou de bevoegde rechtbank deze van de laatste woonplaats kunnen zijn (G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, V. DE SAEDELEER en K. JACOBS, "Overzicht van rechtspraak. Personen- en familierecht (1988-

1994)", *T.P.R.* 1994, (2073) 2240, nr. 355). Eveneens kan, bij gebrek aan andersluidende wettelijke bepaling, de gelding van het gemeen recht worden verdedigd (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 331 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 5, nr. 6), waardoor de vordering naar keuze van de eiser o.m. voor de rechter van de woonplaats van (één van) de verweerder(s) kan worden gebracht (zie art. 624, 1° Ger. W.).

§ 6. Wijze waarop het geding wordt ingeleid

987 In beginsel wordt de vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot ingeleid bij dagvaardingsexploot (art. 700 Ger. W.); voor modellen van dagvaarding, zie *Rép. not.*, deel 1 Personenrecht, Boek XII Afstamming, p. 3-4, model 2 en *A.M.R.*, II, Burgerlijk Recht, Afstamming, (afl. 17, 1988), 9-12).

988 Gelet op het gegeven dat de betwistingsvordering moet worden ingeleid voor de rechtbank van eerste aanleg van de woonplaats van het kind dient aandacht te worden besteed aan de taal waarin het gedinginleidend exploot is opgesteld. De dagvaarding moet worden opgemaakt in de taal van de gemeente waar het kind is gevestigd en niet in deze van de woonplaats van verweerders.

Een in het Frans opgestelde dagvaarding terwijl het kind woonachtig was in een eentalig Vlaamse gemeente, werd door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel dan ook als nietig beschouwd, ook al waren de verweerders woonachtig in Brussel (Rb. Brussel 28 januari 1992, *J.L.M.B.* 1992, 1400 en *T.B.B.R.* 1993, 86 en 273).
Dezelfde rechtbank verduidelijkte al eerder dat wanneer de rechtbank haar bevoegdheid put uit het feit dat de woonplaats van het kind bepaald is in een eentalig Vlaamse gemeente, de dagvaarding in het Nederlands moet worden opgemaakt en de in het Frans opgestelde dagvaarding tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot van de moeder van dat kind nietig is, in toepassing van de artikelen 3, 4 en 40 van de Wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken (*B.S.* 22 juni 1935, afgekort: Taalwet Gerechtszaken). Uit artikel 6 van diezelfde wet en het verband met de woonplaats van verweerders kan geen argument gehaald worden om een in het Frans opgestelde dagvaarding te rechtvaardigen (Rb. Brussel 10 januari 1989, *Pas.* 1989, III, 67, noot F.B.).

989 Overeenkomstig artikel 706 Ger. W. kunnen echtgenoot, moeder en kind (zo nodig vertegenwoordigd door een voogd *ad hoc*) het geding ook inleiden via vrijwillige verschijning voor de rechtbank van eerste aanleg (voor een model van proces-verbaal van vrijwillige verschijning, zie *Rép. not.*, deel 1 Personenrecht, Boek XII Afstamming, p. 5, model 3). Principieel kunnen de partijen hun geschil immers in gemeen overleg voorleggen, zonder de kosten van dagvaarding, behoudens indien die mogelijkheid door bijzondere procesvormen of in bijzondere wetten wordt uitgesloten. Het is niet omdat de vordering tot betwisting van het vaderschap de staat van personen raakt dat de inleiding ervan via een vrijwillige verschijning verboden is (Bergen (2de kamer) nr. 2002/RG/252, 14 mei 2002, *onuitg.*; Gent 23 maart 1989, *R.W.* 1990-91, 372, noot; zie ook J. MELLAERTS, "Afstammingsgeschil-

len: een procesrechtelijke benadering", *T.P.R.* 1991, (1139) 1163, nr. 55 *juncto* 1148-1149, nr. 16).

990 De vordering die bij tegensprekelijk verzoekschrift wordt ingesteld is evenwel onontvankelijk, aangezien een tegensprekelijke procedure niet kan worden ingeleid bij verzoekschrift dan wanneer de wet dit toelaat of voorschrijft. De bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek hebben duidelijk het toepassingsgebied van de dagvaarding en het verzoekschrift vastgelegd en de mogelijkheid tot neerlegging van een tegensprekelijk verzoekschrift beperkt tot het geval waarin de wet afwijkt van de algemene regel dat hoofdvorderingen worden ingeleid bij dagvaarding (zie art. 1034*bis* Ger. W.; Rb. Verviers 25 oktober 1993, *J.T.* 1994, 547 en *T.B.B.R.* 1995, 327).

991 In de hypothese dat alle partijen die krachtens artikel 332 zesde lid B.W. moeten worden gedagvaard overleden zijn, wordt de vordering ingeleid bij eenzijdig verzoekschrift en zijn de artikelen 1025-1034 Ger. W. van toepassing (art. 332*quater* tweede lid B.W.), met als gevolg dat het verzoekschrift verplicht door een advocaat moet worden ondertekend (zie art. 1026, 5° Ger. W.).
De wetgever heeft twee bepalingen uitdrukkelijk niet van toepassing verklaard (art. 332*quater* tweede lid *in fine* B.W.): vooreerst is de beschikking niet uitvoerbaar bij voorraad (in afwijking van art. 1029 tweede lid Ger. W.); daarnaast kan bij gebrek aan veranderde omstandigheden (in afwijking van art. 1032 Ger. W.) geen wijziging of intrekking van de beschikking worden gevraagd.

992 Mogelijks is het de bedoeling om, na een eerder ingeleide vordering tot betwisting van het vaderschap over een kind, ook het vaderschap van dezelfde man over een ander kind aan te vechten. Dit is niet mogelijk via conclusies. Artikel 807 Ger. W. vereist voor de uitbreiding of de wijziging van een vordering immers dat de nieuwe, op tegenspraak genomen conclusies berusten op een feit dat in de dagvaarding is aangevoerd, zelfs indien hun juridische omschrijving verschillend is. Dit is echter niet het geval wanneer de nieuwe vordering betrekking heeft op een vordering tot betwisting van het vaderschap van een ander kind dan hetgeen waarvan het vaderschap via de oorspronkelijke vordering werd betwist (Rb. Brussel 12 mei 1999, *J.L.M.B.* 1999, 1537). Voor dit tweede kind zal dus een afzonderlijke betwistingsvordering nodig zijn.

§ 7. Gerechtskosten

993 Volgens het gemeen recht verwijst het eindvonnis, zelfs ambtshalve, de in het ongelijk gestelde partij in de kosten, tenzij bijzondere wetten anders bepalen (art. 1017 eerste lid Ger. W.). Het afstammingsrecht bevat geen bijzondere bepalingen aangaande de kosten van het geding tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot.

Het Hof van Cassatie heeft echter beslist dat artikel 1382 B.W. een bijzondere wettelijke bepaling in de zin van artikel 1017 eerste lid Ger. W. is, krachtens welke de kosten ten laste kunnen worden gelegd van de partij door wiens schuld ze werden veroorzaakt, zelfs indien de andere partij in het ongelijk werd gesteld (Cass. 24 april 1978, *Arr. Cass.* 1978, 965, *Pas.* 1978, I, 955 en *R.W.* 1978-79, 2669, noot J.L.).
Daarom zouden de supplementaire kosten die gepaard gaan met het naderhand in het geding roepen van partijen die luidens artikel 332 zesde lid B.W. in het geding zouden moeten zijn, o.i. in elk geval ten laste moeten worden gelegd van de eisende partij, ook al wordt het vaderschap van de echtgenoot uiteindelijk succesvol betwist, gelet op het feit dat zij door de schuld van de eiser zijn veroorzaakt.

994 Luidens artikel 1017 derde lid Ger. W. kunnen de gerechtskosten worden omgeslagen zoals de rechter het raadzaam oordeelt, hetzij wanneer de partijen onderscheidenlijk omtrent enig geschilpunt in het ongelijk zijn gesteld, hetzij over echtgenoten, bloedverwanten in de rechte lijn, broers en zussen of aanverwanten in dezelfde graad.

Er is rechtspraak die aanvaardt dat de kosten van de procedure tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot uitsluitend ten laste van de overspelige moeder vallen, aangezien het door haar gepleegde overspel een fout uitmaakt in de zin van artikel 1382 B.W., ook al wordt een andere partij – bv. het kind – (eveneens) in het ongelijk gesteld (Gent 16 november 1984, *T.G.R.* 1985, 55; Antwerpen A.R. 2748/83, 27 maart 1985, *onuitg.*, aangehaald door P. SENAEVE, *Handboek van familieprocesrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1986, 383, nr. 876, die evenwel opmerkt dat moeilijk kan worden voorgehouden dat de kosten gemaakt door het via een voogd *ad hoc* vertegenwoordigde kind veroorzaakt werden door de schuld van zijn moeder). Hoewel overspel sinds 1987 gedepenaliseerd is, kan deze rechtspraak blijven gelden. De overspelige vrouw begaat immers (nog) steeds een burgerrechtelijke fout, aangezien zij haar wettelijke getrouwheidsverplichting (art. 213 B.W.) niet heeft nageleefd.

Ook al treedt de moeder op als eisende partij in het geding tot betwisting van het vaderschap van haar echtgenoot, het lijkt billijk dat zij tot alle gerechtskosten wordt veroordeeld, tenzij uitzonderlijke omstandigheden er op zouden wijzen dat zij geen onrechtmatige daad heeft gepleegd (P. SENAEVE, "De afstamming langs vaderszijde binnen het huwelijk", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, 120, nr. 144). Hier kan gedacht worden aan de situatie dat het kind van een gehuwde vrouw ter wereld is gekomen na verkrachting.

995 Het deskundigenonderzoek dat bevolen werd om met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid op wetenschappelijke wijze uitsluitsel te bekomen over de vraag of de echtgenoot van de moeder al dan niet de biologische vader van het kind is, wordt beheerst door het gemeen recht

terzake (art. 962-991 Ger. W.). De kosten van het deskundigenonderzoek maken – als uitgaven betreffende een onderzoeksmaatregel – deel uit van de gerechtskosten (art. 1018, 3° Ger. W.).
Voor de kosten van een deskundigenonderzoek is – als kosten die de rechtspleging met zich meebrengt – ook rechtsbijstand mogelijk (zie art. 664 *juncto* 692 Ger. W.). Het verzoek tot rechtsbijstand kan zowel vóór de aanvang van de rechtspleging als tijdens het verloop ervan worden ingediend, bv. wanneer een provisie aan de onvermogende procespartij zou worden gevraagd.

In principe kan de deskundige de uitvoering van zijn opdracht uitstellen totdat de meest gerede partij een voorschot op de griffie in consignatie heeft gegeven (art. 990 eerste lid Ger. W.). In weerwil van de wettelijke voorschriften, wordt de provisie veelal rechtstreeks in handen van de deskundigen gestort en wordt weinig beroep gedaan op de consignatieprocedure (J. EMBRECHTS, "Het ereloon van de deskundige en de kosten van het deskundigenonderzoek", in E. GULDIX (ed.), *Deskundigenonderzoek in privaatrechtelijke geschillen*, Antwerpen/Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen, 1999, 96, nr. 9).
Wanneer de rechtbank ambtshalve een deskundigenonderzoek beveelt, wordt in het vonnis dat de deskundige aanstelt in de meeste gevallen ook de partij aangeduid die de deskundige moet provisioneren.

Aangezien de gerechtskosten kunnen worden omgeslagen naar het oordeel van de rechter is het perfect mogelijk – en gebeurt het in de praktijk ook zeer vaak – dat de partij die de provisie voor de deskundige stortte, niet de partij is die in het raam van de vereffening van de gerechtskosten voor de kosten van het onderzoek moet instaan. De partij die de staat van kosten en erelonen van de deskundige betaalde zal dan uit het vonnis een titel putten om de terugbetaling te vorderen lastens de partij die in deze kosten werd verwezen (J. EMBRECHTS, "Het ereloon van de deskundige en de kosten van het deskundigenonderzoek", in E. GULDIX (ed.), *Deskundigenonderzoek in privaatrechtelijke geschillen*, Antwerpen/Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen, 1999, 108, nr. 40).

996 De advocaat die wordt aangeduid als voogd *ad hoc* in een procedure tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot heeft geen recht op een rechtsplegingsvergoeding. De rechtsplegingsvergoeding bedoeld in artikel 1022 Ger. W. is de vergoeding voor materiële handelingen die de advocaat verricht in zijn hoedanigheid van mandataris *ad litem*, op vraag van een partij. In deze context handelt hij echter niet in zijn hoedanigheid van advocaat, maar heeft hij een voogdijopdracht als gerechtelijk mandataris (Rb. Luik 13 oktober 1989, *Rev. trim. dr. fam.* 1990, 277; in dezelfde zin: J. MELLAERTS, "Afstammingsgeschillen: een procesrechtelijke benadering", *T.P.R.* 1991, (1139) 1164, nr. 62).

Dit werd ook al aangenomen onder het vroegere recht (zie o.m. Rb. Brussel 27 september 1977, *Rev. trim. dr. fam.* 1978, 92, noot; Rb. Luik 27 oktober 1978, *J.L.* 1978-79, 281, noot G. DE L., evenals J.-P. MASSON, "Examen de jurisprudence (1984-1990). Les Personnes. Deuxième partie. Relations familiales", *R.C.J.B.* 1993, (487) 512, nr. 138).

Het is niet onmogelijk dat de voogd *ad hoc* zich zelf ook laat vertegenwoordigen door een advocaat. In dat geval vervalt ons inziens het bezwaar tegen het toekennen van rechtsplegingsvergoeding aan de voogd *ad hoc*.

Zo oordeelde het Hof van Beroep te Gent – inzake de gerechtelijke vaststelling van vaderschap – dat niets een voogd *ad hoc* belet zich te laten bijstaan door een raadsman en dat de eerste rechter terecht de rechtsplegingsvergoeding in zijnen hoofde had weerhouden en begroot (Gent (1ste kamer) nr. 1999/AR/1034, 13 juni 2002, *onuitg.*).

§ 8. Rechtsmiddelen

997 Tegen het vonnis waarin uitspraak werd gedaan over de vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot kunnen – overeenkomstig het gemeen recht – de gewone rechtsmiddelen (verzet en hoger beroep) worden ingesteld.
Voor ogen moet worden gehouden dat het geding onsplitsbaar is in de zin van artikel 31 Ger. W. Wanneer één of meer partijen verstek laat gaan, maar er ten minste één verschijnt, kan tegen de niet verschijnende partijen, na verwittiging, op de ex artikel 753 Ger. W. vastgestelde rechtsdag een vonnis worden gevorderd dat geacht wordt op tegenspraak te zijn gewezen (art. 753 zesde lid Ger. W.); in die hypothese is er enkel nog hoger beroep mogelijk.
Ook in het uitzonderlijk geval dat de vordering werd ingesteld op eenzijdig verzoekschrift krachtens artikel 332*quater* tweede lid B.W. is uiteraard enkel hoger beroep mogelijk.

Gelet op het openbare orde-karakter van vorderingen betreffende de afstamming kan de moeder geen afstand doen van het hoger beroep tegen het vonnis dat de door haar echtgenoot ingestelde vordering tot betwisting van diens vaderschap gegrond heeft verklaard, ook al wordt deze afstand uitdrukkelijk aanvaard door haar echtgenoot en de voogd *ad hoc* (Bergen 25 oktober 1990, *Pas.* 1991, II, 47, *Rev. trim. dr. fam.* 1991, 176 en *R.R.D.* 1993, 277; het hof merkte op dat afstammingsvorderingen in toepassing van art. 331*quater* B.W. – als zijnde vorderingen van staat *stricto sensu* – niet het voorwerp kunnen uitmaken van een afstand van de ingestelde rechtsvordering, noch van een berusting in de eis en zelfs niet van een berusting in het vonnis).

998 Nadat de gewone rechtsmiddelen zijn aangewend, kan men overgaan tot een voorziening in cassatie (i.v.m. de schorsende kracht van deze voorziening, zie boven, nr. 579).

999 Personen die geen partij waren in het geding kunnen derdenverzet instellen (art. 331*decies* eerste lid B.W.; voor een model, zie *A.M.R.*, I, Gerechtelijk Recht, Derdenverzet, (afl. 24, 1988), 1-3).

Derdenverzet tegen een vonnis dat uitspraak deed over een vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot kan enkel worden ingesteld door personen die zelf de hoedanigheid hebben om de vordering in te leiden,

er zich tegen te verweren of in de procedure tussen te komen, maar die om een of andere reden niet in de procedure werden betrokken (zie *in extenso* verder, bij de betwisting van het gerechtelijk vastgesteld vaderschap, nr. 1161).

Deze zienswijze sluit aan bij het gemene procesrecht, waar derdenverzet kan worden gedaan door "ieder die niet behoorlijk is opgeroepen of niet in dezelfde hoedanigheid in de zaak is tussengekomen" (aanhef art. 1122 Ger. W.).

HEYVAERT en VANCRAENENBROECK schuiven een andere oplossing naar voren. Volgens deze auteurs leidt degene die derdenverzet instelt tegen een beslissing inzake afstamming zelf een afstammingsvordering in, en volstaat het (maar is het ook vereist) dat hij de hoedanigheid heeft om de afstammingsvordering in te stellen waarop zijn derdenverzet neerkomt: wie derdenverzet doet tegen een beslissing waarbij een vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot gegrond werd verklaard, moet in hun optiek titularis zijn van een vordering tot onderzoek naar het vaderschap aangezien zijn derdenverzet er uiteindelijk op neerkomt het vaderschap te doen vaststellen (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 331*decies* B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 3, nr. 4). Deze zienswijze heeft tot gevolg dat derdenverzet zou kunnen worden ingesteld door eenieder die blijk geeft van een niet louter vermogensrechtelijk belang (zie art. 332*bis* eerste lid B.W.).

Dit standpunt moet worden verworpen. Het is immers zeer goed mogelijk dat derdenverzet wordt ingesteld tegen een beslissing die het vaderschap van de echtgenoot gegrond verklaart, zonder dat die derde de bedoeling heeft zijn eigen vaderschap te doen vaststellen.

Aangezien de titularissen van de vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot limitatief in de wet zijn opgesomd, zal derdenverzet tegen een vonnis waarin uitspraak werd gedaan over een vordering tot betwisting van het vaderschap slechts uitzonderlijk mogelijk zijn, bv. in de volgende hypotheses:
– indien, na het overlijden van de echtgenoot, één of meerdere – maar niet alle – erfgenamen de betwistingsvordering hebben ingeleid of voortgezet, kunnen de niet in het geding geroepen erfgenamen tegen de uitspraak derdenverzet aantekenen;
– indien, na het overlijden van het kind, de vordering werd ingeleid of verdergezet tegen één of meer – maar niet alle – descendenten, kunnen de andere descendenten tegen de uitspraak derdenverzet aantekenen.

Voor het Hof van Beroep te Bergen stelde een man tevergeefs derdenverzet in tegen het vonnis waarbij de gewezen echtgenoot van de moeder zijn vaderschap succesvol had betwist en hijzelf – enkele maanden later – door de moeder van het kind werd aangesproken tot betaling van een uitkering tot levensonderhoud voor het kind o.g.v. artikel 336 B.W. De appellant wierp op dat de gewezen echtgenoot de vordering tot betwisting van zijn eigen vaderschap laattijdig had ingesteld nu hij al jaren voordien kennis zou hebben gehad van het bestaan en de geboortedatum van het kind. Daarenboven beweerde hij dat de schending van artikel 332 vierde lid B.W. het gevolg was van bedrog door de gewezen echtgenoten die voor de eerste rechter het bestaan en de inhoud van de voorafgaande overeenkomst in het raam van hun echtscheiding door onderlinge toestemming – waarin het kind werd vermeld – verborgen zouden hebben gehouden. De appellant maakte wel melding van de vordering o.g.v. artikel 336 B.W. – die in zijn optiek eveneens laattijdig was ingesteld – maar hij liet na voor het hof te preciseren welke van zijn rechten door het bestreden vonnis werden geschonden. Het Hof van Beroep te Bergen oordeelde dat hij zich ten onrechte opwierp als hoeder van de openbare orde en bevestigde het bestreden vonnis dat het derdenverzet ongegrond verklaarde wegens gebrek aan belang (Bergen (2de kamer) nr. 1999/RG/1014, 27 juni 2000, *onuitg.*).

Tegen de beslissing waarbij derdenverzet wordt toegekend of afgewezen kunnen de gewone rechtsmiddelen worden aangewend. Hoger beroep is vanzelfsprekend niet meer mogelijk wanneer het rechtscolledige dat uitspraak deed over het derdenverzet al zetelde in hoger beroep (art. 1131 Ger. W.).

§ 9. Uitwerking van de beslissing

1000 Het vonnis of arrest dat de vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot gegrond verklaart, heeft uitwerking vanaf het ogenblik dat het in kracht van gewijsde treedt (G. BAETEMAN, *Overzicht*, 605, nr. 976).
Op dat moment wordt het vaderschap van de echtgenoot uitgeschakeld en wordt het kind juridisch vaderloos, behoudens de hypothese van artikel 317 tweede lid B.W. waarin de vorige echtgenoot na een succesvolle betwisting geacht wordt vader te zijn.

Zoals eerder (bij de behandeling van de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap, zie boven, nr. 579) werd verdedigd, heeft de termijn om zich in cassatie te voorzien en de voorziening zelf schorsende kracht, wat uiteraard het tijdstip waarop het bestreden arrest in kracht van gewijsde treedt zal beïnvloeden.

De partijen zijn vrij om het vonnis dat de vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot gegrond verklaart al dan niet te laten betekenen; via een snelle betekening kunnen zij het ogenblik waarop de uitspraak definitief wordt en uitwerking krijgt bespoedigen. Niet alleen de eisende partij, maar elke partij kan tot betekening doen overgaan (M.v.T. bij wetsontwerp-VAN ELSLANDE, *Parl. St.* Senaat 1977-78, nr. 305/1, 17).

Indien een partij derdenverzet vreest, kan het ook nuttig zijn om de beslissing aan die derden te betekenen, hetgeen de termijn om derdenverzet in te stellen verkort van dertig jaar (art. 1128 eerste lid Ger. W.) tot drie maanden (art. 1129 Ger. W.). Dit is meteen ook de enige hypothese waarin de betekening van een uitspraak na een vordering ingeleid o.g.v. artikel 332*quater* tweede lid B.W. via eenzijdig verzoekschrift kan plaatsvinden, omdat er in alle andere gevallen geen tegenpartij is en de griffier dan bij gerechtsbrief kennis geeft aan de verzoeker van een beschikking na eenzijdig verzoekschrift (art. 1030 Ger. W.).

1001 Vermits de gerechtelijke uitspraak waarbij de vaderschapsbetwisting gegrond wordt verklaard niet constitutief, maar declaratief van aard is, werkt zij retroactief terug tot op het moment van de geboorte en zelfs, wanneer dit relevant zou zijn, tot op het ogenblik van de verwekking (P. SENAEVE, "De afstamming langs vaderszijde binnen het huwelijk", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, 121, nr. 145). De retroactieve werking van de uitspraak tot op het moment van de verwekking zal bv. tot gevolg hebben dat het kind niet meer erfgerechtigd is

in de nalatenschap van de echtgenoot indien deze na de verwekking maar vóór de geboorte is overleden.

1002 De beslissing die de betwistingsvordering gegrond verklaart of afwijst geldt *erga omnes*: ze kan aan elkeen worden tegengeworpen, zelfs aan personen die geen partij waren in het geding. Dezen kunnen echter derdenverzet instellen, als zij daartoe de vereiste hoedanigheid hebben (art. 331*decies* eerste lid B.W., zie boven, nr. 999).

§ 10. Bekendmaking van de beslissing in de registers van de burgerlijke stand

1003 De rechterlijke beslissing waarbij de vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot werd toegewezen, wordt bekendgemaakt in de registers van de burgerlijke stand, op de wijze zoals bepaald in artikel 333 B.W. Het gaat om een louter administratieve formaliteit, die is overgelaten aan het Openbaar Ministerie en de ambtenaar van de burgerlijke stand.

Deze bepaling werd in al haar facetten besproken bij de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap (zie boven, nrs. 593-600).

1004 Specifiek m.b.t. de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot kan nog worden opgemerkt dat het beschikkend gedeelte van het vonnis dat een ingeleide betwistingsvordering onontvankelijk verklaart niet moet worden overgeschreven in de registers van de burgerlijke stand, aangezien de vordering betreffende de afstamming niet wordt toegewezen (Luik 15 maart 1988, *J.L.M.B.* 1989, 120, noot C. PANIER, *J.T.* 1989, 199 en *Rev. trim. dr. fam.* 1990, 223).
Het beschikkend gedeelte van het vonnis dat de betwistingsvordering gegrond verklaart zal anderzijds wel degelijk moeten worden gekantmeld in de geboorteakte van het kind, ook al werd dit kind reeds voordien ten volle geadopteerd en is de kantmelding van de volle adoptie reeds gebeurd. De geboorteakte moet immers de volledige evolutie van de afstamming weergeven. De vermelding dat het vaderschap van de echtgenoot succesvol werd betwist, kan (een) huwelijksbeletsel(en) doen verdwijnen.

1005 De overschrijving van de beslissing die de vordering tot betwisting van het vaderschap gegrond verklaart in de registers van de burgerlijke stand heeft automatisch de naamsverandering van het kind tot gevolg: het kind verliest de naam van de echtgenoot. Indien het kind niet wordt erkend door een andere man zal het de familienaam van zijn moeder dragen, aangezien bij ontstentenis van vaststaande afstamming van vaderszijde enkel nog de afstamming van moederszijde vaststaat (art. 335 § 2 B.W.).

Het is niet ondenkbaar dat dergelijke naamswijziging psychologische problemen kan veroorzaken voor het kind indien het reeds geruime tijd de naam van de echtgenoot van zijn moeder droeg. In een geval waarin de echtgenoot de betwistingsvordering binnen het jaar na de geboorte had ingesteld, maar de procedure pas begon te benaarstigen toen het kind elf jaar oud geworden was, wierp de moeder o.m. op dat de naamsverandering wellicht problemen met zich zal mee-

brengen voor het kind. Het Hof van Beroep te Gent stelde vast dat deze bewering door geen enkel gegeven werd geschraagd en oordeelde expliciet dat de overschrijving in de registers van de burgerlijke stand automatisch de naamsverandering van het kind tot gevolg heeft. Het hof merkte op dat het aan de moeder behoort om het kind te begeleiden en wijst erop dat zij op dit vlak duidelijk een verantwoordelijkheid heeft op te nemen (Gent 8 november 2001, *T.G.R.* 2002, 143).

AFDELING III

DRIE ONRECHTSTREEKSE WIJZEN VAN BETWISTING

§ 1. Betwisting van het moederschap

1006 Aangezien de vaststelling van de afstamming langs vaderszijde binnen het huwelijk afhankelijk is van de vaststelling van de afstamming langs moederszijde – de juridische vader van een huwelijks kind is de echtgenoot van de moeder (art. 315 B.W.) – heeft de betwisting van dit moederschap logischerwijze tot gevolg dat het vaderschap van de echtgenoot impliciet mede wordt betwist.
Hierboven werd verduidelijkt hoe het moederschap kan worden betwist wanneer het blijkt uit de vermelding van de naam van een vrouw in de geboorteakte (zie boven, nrs. 778-793), of vaststaat na een erkenning (zie boven, nrs. 794-816) of na een gerechtelijk onderzoek naar het moederschap (zie boven, nrs. 817-824).

§ 2. Erkenning via artikel 320 B.W.

A. VERDUIDELIJKING VAN DE TECHNIEK

1007 Zoals eerder werd uiteengezet (zie boven, nr. 292), kan een overspelig kind *a matre* met machtiging van de rechtbank van eerste aanleg worden erkend door een andere man dan de echtgenoot wanneer het vaderschap van de echtgenoot niet wordt bevestigd door bezit van staat, op voorwaarde dat één van de vier hypotheses opgesomd in artikel 320 B.W. toepasselijk is.

Omdat een kind juridisch maar één vader kan hebben, valt na een dergelijke erkenning het vaderschap van de echtgenoot – met terugwerkende kracht – weg, waardoor de erkenning kan worden beschouwd als een onrechtstreekse of impliciete betwisting van het vaderschap van de echtgenoot.

B. TOELAATBAARHEID

In dit verband kunnen een aantal vragen rijzen.

1008 Is deze (machtiging tot) erkenning, als onrechtstreekse betwisting van het vaderschap van de echtge-

noot, ontoelaatbaar wanneer aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 318 § 4 B.W. is voldaan?

Uit de bewoordingen van artikel 318 § 4 B.W. "de vordering is niet ontvankelijk (...)" kan worden afgeleid dat de wetgever enkel de rechtstreekse betwistingsvordering ingesteld o.g.v. artikel 318 B.W. bedoelde, zodanig dat een andere man dan de echtgenoot nog machtiging tot erkenning kan bekomen wanneer de vrouw met toestemming van haar echtgenoot kunstmatig is geïnsemineerd, bv. met donorsperma.

1009 Kan het vaderschap van de echtgenoot nog worden betwist nadat een erkenning overeenkomstig artikel 320 B.W. heeft plaatsgevonden en het vaderschap van de echtgenoot dus met terugwerkende kracht is uitgeschakeld?

Er is rechtspraak die de vordering tot betwisting van het vaderschap in die gevallen zonder voorwerp verklaart (Rb. Luik 9 juni 1989, *J.T.* 1990, 79). Wanneer het kind op het ogenblik waarop moet worden geoordeeld over de vordering tot betwisting van het vaderschap van de (ex-)echtgenoot bezit van staat heeft t.a.v. de erkennende man, gaan sommige rechtbanken er van uit dat de gedane erkenning niet meer kan worden betwist, met als gevolg dat het vaderschap van de (ex-)echtgenoot nooit meer retroactief kan worden hersteld. Deze (ex-) echtgenoot zou geen belang kunnen laten gelden bij zijn vordering tot vaderschapsbetwisting, zodat zijn eis ontoelaatbaar is (Rb. Bergen 23 september 1987, *Rev. trim. dr. fam.* 1990, 284, waarin de betwistingsvordering onontvankelijk wordt verklaard; vgl. Bergen 12 december 1990, aangehaald door D. PIRE, "Inédits de droit de la famille (V-3). Filiation", *J.L.M.B.* 1991, (1082) 1087).

Een retroactief herstel van het vaderschap van de echtgenoot kan evenwel niet worden uitgesloten. Als de erkenning die gedaan werd via artikel 320 B.W. op een later tijdstip succesvol wordt betwist, herwint de vaderschapsregel zijn rechtskracht (in dezelfde zin: D. PIRE, "Droit judiciaire de la filiation", *Act. dr.* 1991, (689) 701, nr. 12; E. VIEUJEAN, "Le nouveau droit de la filiation", *Ann. dr. Liège* 1987, (97) 119, nr. 24 en Rb. Luik 9 juni 1989, *J.T.* 1990, 79). De betwisting van de erkenning is slechts onmogelijk indien op het ogenblik dat over de betwisting van de erkenning wordt geoordeeld, aangetoond wordt dat het kind bezit van staat heeft t.a.v. de erkenner (art. 330 § 2 tweede lid B.W.). Aangezien bezit van staat krachtens artikel 331*nonies* eerste lid B.W. voortdurend moet zijn, kan op het ogenblik dat over de vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot moet worden geoordeeld onmogelijk al uitspraak zijn gedaan over het al dan niet bestaan van een deugdelijk bezit van staat dat de erkenning bevestigt.

Het is dus voorbarig om na een erkenning via artikel 320 B.W. automatisch te besluiten dat de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot zonder voorwerp is. De rechtbanken mogen de vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot slechts *hic et nunc* zonder voorwerp verklaren (P. SENAEVE, "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 91-92, nr. 158).

Zolang de erkenning die geakteerd werd na machtiging van de rechtbank van eerste aanleg o.g.v. artikel 320 B.W. nog rechtskracht heeft, is een betwisting van het vaderschap van de echtgenoot o.g.v. artikel 318 B.W. niet mogelijk. Pas nadat de erkenning succesvol werd betwist, zal de vaderschapsregel zijn rechtskracht herwinnen en kan het vaderschap van de echtgenoot worden betwist.

Het is billijk dat de moeder – als verweerster in een dergelijk geding tot betwisting van vaderschap – tot de kosten van het geding wordt veroordeeld, tenzij ze de eiser vóór het instellen van de vordering op de hoogte heeft gebracht van het feit dat er vroeger al een erkenning heeft plaatsgevonden waardoor het vaderschap van haar ex-echtgenoot is uitgeschakeld (Bergen 12 december 1990, aangehaald door D. PIRE, "Inédits de droit de la famille (V-3). Filiation", *J.L.M.B.* 1991, (1082) 1087; Rb. Luik 9 juni 1989, *J.T.* 1990, 79; G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, V. DE SAEDELEER en K. JACOBS, "Overzicht van rechtspraak. Personen- en familierecht (1988-1994)", *T.P.R.* 1994, (2073) 2226, nr. 332; J.-P. MASSON, "Examen de jurisprudence (1984-1990). Les Personnes. Deuxième partie. Relations familiales", *R.C.J.B.* 1993, (487) 493-494, nr. 128; P. SENAEVE, "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 92, nr. 159).

1010 Kan een kind via artikel 320 B.W. prenataal worden erkend met de bedoeling het vaderschap van de echtgenoot dat op het ogenblik van de geboorte zal worden vastgesteld nog vóór de geboorte onrechtstreeks te betwisten?

Hierboven werd al verdedigd dat enkel een buitenhuwelijks kind door een man prenataal kan worden erkend (zie boven, nr. 254). Hoger toonden wij ons ook voorstander van de stelling dat artikel 328 tweede lid B.W. moet prevaleren op artikel 331*bis* B.W. (zie boven, nrs. 638-640), zodat mag worden aangenomen dat alle buitenhuwelijkse kinderen – met inbegrip van de overspelige kinderen *a matre* beoogd in artikel 320 B.W. – prenataal kunnen worden erkend, met als resultaat dat het vaderschap van de echtgenoot van de moeder niet zal komen vast te staan omdat het al vóór de geboorte impliciet werd betwist door een erkenning met machtiging van de rechtbank.

C. OVERGANGSRECHT

1011 Hoewel voor de onrechtstreekse betwisting via erkenning *mutatis mutandis* dezelfde principes gelden als voor de rechtstreekse betwisting/ontkenning van het vaderschap van de echtgenoot (zie boven, nrs. 873-876) is de situatie toch iets complexer.
Uit het overgangsrecht m.b.t. de erkenning blijkt immers dat een verschillende oplossing geldt naargelang de rechtsgrond voor de machtiging tot erkenning. Artikel 114 Afstammingswet bevat voor de hypothese vermeld in artikel 320, 1° B.W. een uitzondering op het principe dat artikel 320 B.W. van toepassing is op de machtigingen tot erkenning aangevraagd o.g.v. het oude recht die het gevolg zijn van een verzoek waarover nog niet werd geoordeeld in een rechterlijke beslissing die op 6 juni 1987 in kracht van gewijsde is getreden. Bovendien dient men voor ogen te houden dat het tijdstip van de machtiging tot erkenning en de erkenning zelf niet samenvallen.

1. Het kind is erkend vóór 6 juni 1987

1012 Werd het verzoek om machtiging tot erkenning te bekomen vóór 6 juni 1987 toegestaan en werd het kind ook daadwerkelijk erkend vóór die datum, dan werd het vaderschap van de echtgenoot onrechtstreeks en impliciet uitgeschakeld op het ogenblik van de erkenning en vervangen door het vaderschap van de erkenner.

2. Het kind is op 6 juni 1987 nog niet erkend

1013 Wanneer het kind geboren is vóór 6 juni 1987, maar ten minste 180 dagen na de ontbinding of de nietigverklaring van het huwelijk van de moeder (hypothese van art. 320, 1° B.W.), zal het vaderschap van de echtgenoot niet onrechtstreeks – via erkenning mits machtiging – kunnen worden betwist, ook al was op 6 juni 1987 het verzoekschrift betreffende de machtiging tot erkenning nog niet beoordeeld door een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke beslissing (art. 114 Afstammingswet).

Is er m.a.w. vóór 6 juni 1987 een verzoekschrift ingediend dat ertoe strekt machtiging tot erkenning te bekomen en bestaat er uiterlijk op 5 juni 1987 nog geen in kracht van gewijsde gegaan vonnis of arrest waarin uitspraak wordt gedaan over dit verzoek, dan kan het vaderschap van de echtgenoot wel onrechtstreeks worden betwist in alle hypotheses waarin de erkenning van een overspelig kind *a matre* mogelijk was onder de vroegere wetgeving, met inbegrip van de gevallen opgesomd in artikel 320, 2° tot 4° B.W. Artikel 320, 1° B.W. bevat immers de enige hypothese uit artikel 320 B.W. waarin het – wellicht – niet gaat om de erkenning van een overspelig kind.

1014 Is het verzoek tot machtiging vóór 6 juni 1987 afgewezen door een in kracht van gewijsde gegane beslissing, dan kan deze niet meer in het geding worden gebracht (art. 111 eerste lid Afstammingswet) en blijft het vaderschap van de echtgenoot onbetwist vaststaan, ook in het zeer uitzonderlijk geval dat het verzoek zou zijn ingeleid in een hypothese waarin dat volgens de wetgeving die van kracht was vóór de inwerkingtreding van de Afstammingswet niet mogelijk was, maar erna wel (bv. de hypothese opgenomen in art. 320, 3° B.W.).

3. Het kind is erkend na 6 juni 1987

1015 Is het verzoek tot machtiging ingediend op 6 juni 1987 of op een later tijdstip, dan is artikel 320 B.W. integraal – dus met inbegrip van artikel 320, 1° B.W. – van toepassing en kan het vaderschap van de echtgenoot worden betwist na een erkenning voorafgegaan door een machtiging verleend in toepassing van één van de vier hypotheses opgesomd in dit artikel, ook al heeft

het verzoek tot machtiging betrekking op kinderen geboren vóór die datum (art. 107 eerste lid Afstammingswet).

§ 3. Gerechtelijke vaststelling van het vaderschap o.g.v. artikel 323 B.W.

1016 Het vaderschap van de echtgenoot kan eveneens onrechtstreeks of impliciet worden betwist via een vordering tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap o.g.v. artikel 323 B.W. Wordt het vaderschap van de echtgenoot van de moeder niet bevestigd door bezit van staat en verkeren de betrokkenen in één van de gevallen van artikel 320 B.W., dan kan het vaderschap van een andere man bij vonnis worden vastgesteld, waardoor het vaderschap van de echtgenoot met terugwerkende kracht vervalt zonder dat een afzonderlijke procedure tot betwisting van diens vaderschap moet worden ingesteld.

HOOFDSTUK II
BETWISTING VAN EEN VADERLIJKE ERKENNING

INLEIDING

1017 Preliminair moet worden vastgesteld dat m.b.t. de aanvechting van een erkenning in de rechtsleer een onderscheid wordt gemaakt tussen twee vormen, gesteund op twee totaal autonome gronden: enerzijds de ''betwisting'' van een erkenning o.g.v. het ontbreken van een genetische band tussen erkenner en kind, en anderzijds de ''nietigverklaring'' van de erkenning als rechtshandeling o.g.v. een wilsgebrek in hoofde van de erkenner.

Deze tweedeling is terug te vinden bij diverse auteurs (zie o.m. G. BAETEMAN, *Overzicht*, 626, nr. 1011; P. SENAEVE, *Compendium van het Personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2000, 328, nr. 831; C. VAN ONSEM, *Betwisting van vaderschap*, in *AdvocatenPraktijk – Burgerlijk Recht*, nr. 9, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1999, 62-64, nrs. 57- 58; K. JACOBS, "De betwisting van een erkenning door de erkenner", (noot onder Gent 9 juni 1995), *A.J.T.* 1995-96, (320) 320). Als verklaring voor een verschillende benadering is vermeld dat het betwistingsrecht van de erkenner niet berust op het feit dat zijn erkenning vals is, maar alleen op het feit dat zijn toestemming gebrekkig is (J. GERLO, "De afstamming langs moederszijde en vaderszijde", in G. BAETEMAN (ed.), *Afstamming en adoptie*, Brussel, E. Story-Scientia, 1987, 112, nr. 132).

Enkel de betwisting van een niet met de biologische werkelijkheid overeenstemmende erkenning zou wettelijk geregeld zijn (door art. 330 B.W.); de wetgever zou daarentegen niet in bijzondere regels hebben voorzien wanneer de erkenner zijn eigen erkenning aanvecht o.g.v. een wilsgebrek. In die laatste hypothese zou het gemeen recht gelden.

Onmiddellijk moet al worden opgemerkt dat de toepassing van het gemeen recht in deze context evenwel niet door alle auteurs even consequent wordt doorgetrokken.
Sommigen aanvaarden wel degelijk alle gevolgen van de toepassing van het gemeen recht en zijn van mening dat bij de vordering tot nietigverklaring van een erkenning wegens wilsgebrek het al dan niet bestaan van bezit van staat t.a.v. de erkenner niet relevant is en de toelaatbaarheid van de nietigverklaring niet in de weg staat. De erkenner en – na zijn overlijden – zijn rechtsopvolgers zouden met alle middelen rechtens het bewijs van het wilsgebrek in de zin van de artikelen 1109-1117 B.W. kunnen leveren en de rechtsvordering van de erkenner zou overeenkomstig artikel 1304 tweede lid B.W. verlopen na tien jaar te rekenen vanaf de dag dat het geweld heeft opgehouden of de dag waarop de dwaling of het bedrog is ontdekt (P. SENAEVE, *Compendium van het Personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2000, 328 *j°* 330, nr. 831 *j°* nrs. 840-843; zie ook C. VAN ONSEM, *Betwisting van vaderschap*, in *AdvocatenPraktijk – Burgerlijk Recht*, nr. 9, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1999, 64, nr. 58, die deze zienswijze eenvoudigweg overneemt). Anderen achten daarentegen de nietigverklaring van de erkenning als rechtshandeling ook mogelijk bij overeenstemmend bezit van staat, maar zijn tegelijk van oordeel dat de vordering zou verjaren door verloop van dertig jaar na de opmaak van de erkenningsakte overeenkomstig artikel 331*ter* B.W. (G. BAETEMAN, *Overzicht*, resp. 626, nr. 1010 en 627, nr. 1014).

1018 De terminologie van het Burgerlijk Wetboek inzake de aanvechting van een erkenning is inconsistent. Binnen artikel 330 B.W. worden de termen "betwisten" (zie art. 330 § 1 B.W.) en "tenietdoen" (zie art. 330 § 2 B.W.) door

elkaar gebruikt; in artikel 319 § 4 B.W. wordt over het "vernietigen" van een erkenning gesproken.
Om begripsverwarring te vermijden wordt in deze verhandeling gesproken over de "betwisting" van een erkenning vanuit het oogpunt van de eisende partij in het betwistingsgeding; na een succesvolle betwistingsprocedure volgt pas de "nietigverklaring" of het "tenietdoen" van de erkenning door de rechtbank. De betwistingsvordering van de eisende partij strekt uiteraard tot nietigverklaring van de erkenning.

1019 Wij zijn van oordeel dat er geen wettelijke basis voorhanden is om de "betwisting" van een niet met de biologische werkelijkheid overeenstemmende erkenning enerzijds en de – in geval van een wilsgebrek – gevorderde "nietigverklaring" van een erkenning als rechtshandeling anderzijds aan een verschillend juridisch regime te onderwerpen. Ons inziens is de erkenning geen overeenkomst, maar in essentie een eenzijdige rechtshandeling die tot gevolg heeft dat de afstamming wordt vastgesteld, met terugwerkende kracht, vanaf de geboorte van het erkende kind. Dit specifieke karakter van de erkenning legitimeert een bijzondere regeling inzake de aanvechting van deze rechtshandeling, die verschilt van de leer van de wilsgebreken zoals die geldt en wordt toegepast in het contractenrecht.
Het wilsgebrek – een begrip met een algemene betekenis – is vermeld in artikel 330 B.W., zonder dat in deze bijzondere bepaling inzake afstamming naar het gemeen recht wordt verwezen. In toepassing van het adagium *Lex specialis derogat legi generali* moet artikel 330 B.W. in zijn totaliteit worden bekeken en moet deze bepaling *in globo* worden toegepast in ieder geval waarin een erkenning wordt aangevochten, ook al gebeurt dit door de erkenner zelf die een wilsgebrek aanvoert. In welke mate het gemeen recht in deze context nog een rol kan spelen, wordt later verduidelijkt (zie verder, nr. 1046).

Het vermelde onderscheid tussen de betwisting van een leugenachtige erkenning en de (vordering tot) nietigverklaring van een erkenning als rechtshandeling zal dan ook niet worden weerspiegeld in de structuur van deze verhandeling.

1020 Gelet op het feit dat andere procedureregels gelden voor de twee verschillende wettelijk geregelde vormen van betwisting van een vaderlijke erkenning, wordt hieronder een ander onderscheid gemaakt, nl. dat tussen de aanvechting van een erkenning o.g.v. – het frequent gehanteerde – artikel 330 B.W. en de – slechts uitzonderlijk toegepaste – procedure beschreven in artikel 319 § 4 derde tot zevende lid B.W.
Eerst wordt de gemeenrechtelijke betwistingsprocedure, opgenomen in artikel 330 B.W. besproken (afdeling I). Vervolgens wordt ingegaan op de procedure die strekt tot nietigverklaring van een erkenning in de bijzondere hypothese van artikel 319 § 4 B.W., nl. in het geval dat een minderjarig niet-ontvoogd kind werd erkend, wiens moeder onbekend of overleden, dan wel in de onmogelijkheid was haar wil te kennen te geven (afdeling II).

Ten slotte wordt vermeld dat in de rechtspraak is aanvaard dat een erkenning die werd gedaan met het oog op het bekomen van verblijfsrecht kan worden vernietigd via een beroep op het concept "wetsontduiking" (afdeling III).

AFDELING I

GEMEENRECHTELIJKE BETWISTING VAN DE ERKENNING (ART. 330 B.W.)

1021 Het gemeen recht inzake de betwisting van de erkenning die door een man werd gedaan is – net zoals voor de erkenning door een vrouw – terug te vinden in artikel 330 B.W.

Vooreerst wordt zowel een algemene als een bijzondere ontvankelijkheidsvoorwaarde voor de vordering tot betwisting van een erkenning verduidelijkt (§ 1). Vervolgens wordt ingegaan op de voorwaarde voor de gegrondheid van de betwistingsvordering, nl. het bewijs van niet-vaderschap (§ 2). Daarna wordt verduidelijkt dat het belang van het kind geen rol speelt bij de gemeenrechtelijke betwisting van een erkenning (§ 3). Na de behandeling van de procedureregels die de gemeenrechtelijke betwisting van een erkenning beheersen (§ 4) volgt tenslotte het overgangsrecht i.v.m. artikel 330 B.W. (§ 5).

§ 1. Ontvankelijkheidsvoorwaarden

1022 Opdat de vordering tot betwisting van een erkenning ontvankelijk zou zijn, moeten twee algemene ontvankelijkheidsvoorwaarden vervuld zijn (A): het erkende kind mag geen bezit van staat genieten t.a.v. de erkenner en moet levensvatbaar geboren zijn. Wanneer de erkenner zelf of een persoon die tot de erkenning heeft toegestemd deze erkenning naderhand betwist, speelt daarenboven nog een bijzondere ontvankelijkheidsvoorwaarde: in die gevallen moet de eisende partij een wilsgebrek in haren hoofde bewijzen (B).

A. ALGEMENE ONTVANKELIJKHEIDSVOORWAARDEN

1. Afwezigheid van bezit van staat t.a.v. de erkennende man (art. 330 § 2 tweede lid B.W.)

1023 Het verzoek tot nietigverklaring van de erkenning moet worden afgewezen als het kind bezit van staat heeft ten aanzien van de erkennende man (art. 330 § 2 tweede lid B.W.).

In wezen komt dit erop neer dat het bezit van staat de vordering onontvankelijk maakt, nu de grond van de zaak niet mag worden onderzocht indien er bezit van staat voorhanden is (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 330 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 5, nr. 5).

Het bezit van staat vervult hier dus dezelfde rol als bij de betwisting van het moederschap dat blijkt uit de geboorteakte. Betreurd kan worden dat de terminologie van artikel 330 § 2 tweede lid B.W. ("moet worden afgewezen") op dit vlak minder duidelijk is dan artikel 312 § 3 B.W., waarin uitdrukkelijk bepaald is dat de vordering "niet ontvankelijk" is wanneer het kind bezit van staat heeft dat overeenstemt met de geboorteakte.

1024 De rechtbank oordeelt souverein of er al dan niet bezit van staat t.a.v. de erkennende man aanwezig is. Aangezien het om een exceptie gaat – een uitzondering op het principe van de toelaatbaarheid van de vordering – rust de bewijslast op de verweerder die de exceptie opwerpt. De eiser in betwisting moet dus niet bewijzen dat er geen bezit van staat is om zijn vordering ontvankelijk te horen verklaren; het is de verweerder die moet aantonen dat er deugdelijk bezit van staat is; in voorkomend geval zal de rechtbank de ingestelde betwistingsvordering onontvankelijk moeten verklaren.

a. Bezit van staat overeenkomstig artikel 331*nonies* B.W.

1025 Luidens artikel 331*nonies* B.W. moet bezit van staat voortdurend zijn en wordt het bewezen door feiten die tezamen of afzonderlijk de betrekking van afstamming aantonen (art. 331*nonies* eerste en tweede lid B.W.).

Toegepast op het vaderschap dat volgt uit een erkenning zijn die feiten onder meer:
– dat het kind altijd de naam heeft gedragen van de erkenner;
– dat laatstgenoemde het kind als zijn kind heeft behandeld;
– dat de erkenner in het onderhoud en de opvoeding van het kind heeft voorzien;
– dat het kind de erkenner heeft behandeld als zijn vader;
– dat het kind als kind van de erkennende man wordt erkend door de familie en in de maatschappij;
– dat de openbare overheid het als zodanig beschouwt (vgl. art. 331*nonies* derde lid B.W.).

1026 Alleen bezit van staat ten opzichte van de erkenner is relevant, niet het eventueel bezit van staat t.a.v. de partij die de erkenning betwist (Antwerpen (3de kamer) AR nr. 1998/1116, 12 oktober 1999, *onuitg.*).

1027 Na een analyse van de vonnissen en arresten waarin werd ingegaan op het bezit van staat als onontvankelijkheidsgrond voor de betwisting van een erkenning, kan bij wijze van synthese worden vastgesteld dat de rechtspraak een aantal vereisten stelt voor een deugdelijk bezit van staat.

(i) Voldoende betekenisvolle elementen

1028 Er moeten voldoende van de in artikel 331*nonies* derde lid B.W. opgesomde elementen voorhanden zijn die erop wijzen dat er een afstammings-

betrekking tussen het kind en de erkenner bestaat (G. BAETEMAN, J. GERLO, E. GULDIX, A. WYLLEMAN, V. DE SAEDELEER en K. JACOBS, "Overzicht van rechtspraak. Personen- en familierecht (1988-1994)", *T.P.R.* 1994, (2073) 2247, nr. 368). Noodzakelijk is dat er meerdere feiten zijn die als betekenisvol kunnen worden beschouwd voor een bezit van staat van kind van de erkenner.

Wanneer de gedragingen van de erkenner verklaard kunnen worden door een andere hoedanigheid dan deze van vader, bv. wanneer het kind als gevolg van een rechterlijke beslissing in het gezin van de erkenner wordt opgevoed of geplaatst is met het oog op een latere adoptie door een andere man, dan kunnen de feiten die erop wijzen dat er een diepe genegenheid en verbondenheid tussen man en kind bestaat – hoe talrijk ook – nooit betekenisvol zijn voor een bezit van staat als vader (P. SENAEVE, "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 89-90, nr. 153).

Het bezit van staat moet worden afgeleid uit een samenloop van verschillende aanwijzingen, waarvan de belangrijkste zijn opgesomd in artikel 331*nonies* B.W.

Uit de letterlijke bewoordingen van de wettekst ("tezamen of afzonderlijk") zou kunnen worden afgeleid dat het volstaat dat één van deze elementen is gerealiseerd. De rechtsleer is – terecht – unaniem gekant tegen deze interpretatie (M.-Th. MEULDERS-KLEIN, "L'établissement et les effets personnels de la filiation selon la loi belge du 31 mars 1987", *Ann. dr. Louvain* 1987, (213) 280, nr. 137; J. SOSSON, "Quelques problèmes judiciaires d'application de la loi du 31 mars 1987 réformant le droit de la filiation", *J.T.* 1990, (301) 304, nr. 22; P. SENAEVE, "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 89, nr. 153).

Ook de rechtspraak vereist meerdere indiciën. Het loutere feit dat de erkenner het kind heeft opgevoed, volstaat zeker niet als bewijs van bezit van staat (Luik 11 februari 1997, *J.L.M.B.* 1997, 1030, *J.T.* 1997, 521 en *Pas.* 1996, II, 22; Luik 22 januari 1991, *Rev. trim. dr. fam.* 1991, 385).

(ii) Voortdurend karakter

1029 Daarnaast moet bezit van staat voortdurend zijn, hetgeen een zeker tijdsverloop en een zekere continuïteit veronderstelt. Hoelang de feitelijke toestand moet bestaan hebben om juridische gevolgen te sorteren, wordt nergens bepaald.
"Voortdurend" betekent niet "ononderbroken"; een zekere onderbreking is, naargelang de omstandigheden, niet noodzakelijk onverenigbaar met een deugdelijk bezit van staat (Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 109).

Het bezit van staat t.a.v. de erkenner werd niet voortdurend geacht in een geval waarin uit de feiten bleek dat de moeder gedurende de wettelijke verwekkingsperiode in concubinaat had samengeleefd met de persoon die de erkenning betwistte en met hem gedurende ongeveer twee jaar na de geboorte opnieuw had samengeleefd (Rb. Aarlen 14 oktober 1988, *J.L.M.B.* 1989, 130 en *T.B.B.R.* 1989, 404; het door de eiser in betwisting gevraagde bloedonderzoek – met het oog op de gegrondheid van de vordering – kan in dergelijk geval worden bevolen).

Als het bezit van staat geruime tijd heeft geduurd, kan het deugdelijk zijn, ook al was het compleet afwezig gedurende de eerste levensjaren van het kind.

Zo werd het voortdurend karakter aanvaard in een geval waarin bezit van staat ontstaan was op het ogenblik van de erkenning, toen het kind al zeven jaar was, nu het, wat de elementen opvoeding en onderhoud betreft, minstens had voortgeduurd tot het erkende kind zelfstandigheid verwierf (Rb. Gent 21 mei 1992, *T.B.B.R.* 1993, 482; de rechtbank had voordien al de bestanddelen *nomen, fama* en *tractatus* getoetst).

Uit het feit dat moeder, erkenner en kind lange tijd onder hetzelfde dak woonden, volgt niet noodzakelijk dat er sprake is van voortdurend bezit van staat. Er moeten nog voldoende elementen vermeld in artikel 331*nonies* B.W. zijn die wijzen op bezit van staat t.a.v. de erkenner.

In een opmerkelijk arrest oordeelde het Hof van Beroep te Brussel, in een geval waarin de moeder die meer dan twintig jaar een gezin had gevormd met haar kind en een man die dit kind uit welwillendheid had erkend, dat er geen voortdurend en ondubbelzinnig bezit van staat was, nu uit talrijke stukken die waren overgelegd door de familieleden, vrienden, buren en leerkrachten van het kind bleek dat, hoewel de erkenner had ingestaan voor het onderhoud en de opvoeding van het erkende kind, hij het geenszins als het zijne heeft behandeld. Zo wou hij niet dat het kind hem "papa" noemde en zei de erkenner "je ne suis pas ton père, appelle moi (...)"; hij behandelde zijn erkende zoon van kindsbeen af verschillend van zijn bloedeigen dochter die hij "ma fille" noemde, terwijl hij over het erkende kind sprak als "mon beau fils". De familie van de erkenner had het erkende kind ook nooit beschouwd als zoon van de erkenner, noch als dusdanig behandeld en de erkenner interesseerde zich niet voor de scholing en de opleiding van dit kind, in tegenstelling tot die van zijn eigen dochter. De betwistingsvordering, ingesteld door het meerderjarig kind, werd ontvankelijk en gegrond bevonden (Brussel 30 januari 2003, *NjW* 2003, 709, noot RdC).

Het bezit van staat verliest zijn voortdurend karakter niet *a priori* doordat er feiten daterend van vóór de erkenning zouden bestaan die dit bezit van staat tegenspreken; een en ander moet *in concreto* worden bekeken en afgewogen.

In die zin besliste het Hof van Beroep te Gent dat de erkenner en zijn ouders het voortdurend karakter van het bezit van staat – dat door het kind werd ingeroepen – niet konden weerleggen door erop te wijzen dat het erkende kind vóór zijn erkenning wisselende familienamen heeft gedragen (Gent (1ste kamer) nr. 1998/AR/994, 16 mei 2002, *onuitg.*). Als er voldoende betekenisvolle elementen aanwezig zijn die wijzen op ondubbelzinnig bezit van staat t.a.v. de erkenner, kunnen de grootouders geen argument putten uit de biologische afstamming en de wisselende familienamen die het kind heeft gedragen vóór de erkenning (Gent (1ste kamer) nr. 2000/AR/1820, 3 oktober 2002, *onuitg.*; met *quasi* identieke bewoordingen: Gent (1ste kamer) nr. 1997/AR/1547, 30 januari 1998, *onuitg.*).

Het feit dat een man een procedure o.g.v. artikel 319 § 3 B.W. had ingeleid, waarna de latere echtgenoot van de moeder het kind – met haar toestemming – had erkend, deed het hof echter overwegen dat bezwaarlijk kon worden gesteld dat de erkenning "bevestigd" werd door bezit van staat, gezien het bezit van staat reeds ter discussie lag vóór de erkenning; het hof voegde er nog aan toe dat het bezit van staat niet kan worden verworven ingevolge de duur van de procedures die dit precies betwisten en oordeelde – mede o.g.v. de vaststelling dat het samenzijn van het kind, de moeder en haar echtgenoot nog van te korte duur was – dat de erkenning niet werd geschraagd door een duurzaam bezit van staat (Gent (1ste kamer) nr. 1997/AR/596, 5 december 2002, *onuitg.*).

(iii) Convergerende elementen – Ondubbelzinnig karakter

1030 Ten slotte moeten alle bestaande aanwijzingen convergerend zijn; de ingeroepen feiten moeten allen in dezelfde richting wijzen, nl. dat het kind een afstammingsband heeft met de man die het heeft erkend. Het bezit van de

staat van kind van de erkenner mag m.a.w. niet dubbelzinnig zijn. Bezit van staat wordt dubbelzinnig wanneer elementen die wijzen op bezit van staat niet enkel t.a.v. de erkenner kunnen worden waargenomen, maar ook bestaan in de verhouding tot een andere man.

Als de rechtbank weigert bezit van staat als ontoelaatbaarheidsgrond te aanvaarden, gebeurt dit meestal omwille van het feit dat het ingeroepen bezit van staat dubbelzinnig is. In vele gevallen heeft een andere man zich al als vader gedragen, vooraleer de erkenner in het leven van het kind verscheen.

Zo oordeelde het Hof van Beroep te Gent dat er geen convergentie was van voldoende aanduidingen, van aard om een deugdelijk bezit van staat te creëren, in een geval waarin een man iets meer dan een maand vóór zijn huwelijk met de moeder een bijna tweejarig kind had erkend – naar eigen zeggen bij wijze van "opgedrongen huwelijksgeschenk" – en uit de feiten o.m. bleek dat de moeder zowel vóór als na de geboorte nog met de biologische vader van het kind had samengewoond, terwijl ze met de erkenner slechts vanaf de erkenning tot de feitelijke scheiding – in totaal slechts vijf maanden – had samengwoond en dat er tussen de moeder en de erkenner een akkoord bestond waarbij de erkenner geen onderhoudsgeld hoefde te betalen en ook geen recht op persoonlijk contact met het kind opeiste (Gent (1ste kamer) nr. 1998/AR/1787, 30 november 2000, *onuitg.*).

Het Hof van Beroep te Luik oordeelde dat, aangezien het bezit van staat t.a.v. een eerste erkenner dubbelzinnig was omwille van het feit dat de biologische vader – die het kind nadien had erkend – in de maatschappij werd beschouwd als de vader van het kind en het kind niet onwetend was van zijn bestaan, de eerste erkenning kon worden vernietigd (Luik 11 februari 1997, *J.L.M.B.* 1997, 1030, *J.T.* 1997, 521 en *Pas.* 1996, II, 22; vgl. ook Luik 28 mei 1996, *J.L.M.B.* 1997, 500, waar een erkenner de nietigverklaring van een latere erkenning door een andere man vroeg en het hof, na de vaststelling dat het bezit van staat t.a.v. de laatste erkenner dubbelzinnig was, een vergelijkend bloedonderzoek beval).

Bezit van staat t.a.v. de erkenner is dubbelzinnig wanneer een gewezen echtgenoot van de moeder al vóór de geboorte met haar in concubinaat leefde en zij ook na het huwelijk nog drie jaar samenleefden, de moeder verklaarde dat het kind uit dit huwelijk geboren was en bleek dat de erkenner het kind pas erkend heeft toen het vijf jaar oud was, op een moment dat de gewezen echtgenoot van de moeder ook al een verzoek tot erkenning had ingeleid (Luik 22 januari 1991, *Rev. trim. dr. fam.* 1991, 385).

In een geval waarin de moeder haar latere echtgenoot een kind liet erkennen en de biologische vader deze erkenning betwistte, oordeelde het Hof van Beroep te Bergen dat er geen convergentie was van voldoende aanwijzingen en geen continuïteit gedurende een voldoende lange periode van elementen die van aard zijn een deugdelijk bezit van staat te creëren t.a.v. de erkenner, nu de moeder bijna vier jaar met een andere man – die het kind na het einde van zijn relatie met de moeder ondanks haar toestemmingsweigering wou erkennen – in concubinaat had samengeleefd en deze door de familieraad was aangesteld als toeziende voogd van het kind dat anderhalf jaar na het begin van de samenwoning was geboren. De ontoelaatbaarheidsgrond van artikel 330 § 2 tweede lid B.W. kon niet worden toegepast en de nietigverklaring van de erkenning moest worden bevestigd (Bergen 1 maart 1990, *Pas.* 1990, II, 178; vgl. Gent (1ste kamer) A.R. 41.078/90, 4 december 1992, *onuitg.*, besproken door P. SENAEVE, "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 88-89, nr. 151).

Niet-voortdurend bezit van staat is veelal ook dubbelzinnig.

Zo werd geoordeeld dat het bezit van staat t.a.v. de erkenner niet voldoende voortdurend en bovendien dubbelzinnig was omdat de erkenner iets meer dan vier jaar met de moeder, maar slechts twee en een half jaar met moeder en kind heeft samengewoond en het kind nadien door de

moeder en haar latere echtgenoot – tevens de biologische vader – was opgevoed, waarna de contacten met de erkenner slechts sporadisch werden. De echtgenoot van de moeder – als eiser in betwisting – werd toegelaten door alle wettelijke middelen te bewijzen dat hij de vader is; de eerste rechter beval terecht een bloedonderzoek (Luik 14 januari 1997, *J.T.* 1997, 522).

In dezelfde zin werd de exceptie van de moeder als co-verweerster, gegrond op het bezit van staat van de kinderen t.a.v. hun erkenner verworpen, nu de erkenner zich uitsluitend tijdens de vier jaar dat hij met de moeder samenleefde had gedragen als vader van de erkende kinderen, niet daarvoor en evenmin na het ontstaan van de feitelijke scheiding (Bergen 4 februari 1992, *J.T.* 1992, 313).

In een geval waarin het kind gedurende de eerste jaren na zijn geboorte beschouwd werd als kind van een eerste erkenner – wiens erkenning nietig werd verklaard omdat hij het kind onder een valse identiteit had erkend – en diverse rechterlijke uitspraken zich op het vaderschap van die eerste erkenner hadden gesteund om hem een omgangsrecht toe te kennen, werd het bezit van staat t.a.v. de nieuwe vriend van de moeder die het kind nadien erkende, niet voortdurend bevonden, nu de eerste erkenner het kind tot zijn breuk met de moeder op een moment dat het kind vier jaar was als het zijne had beschouwd en opgevoed. Het voorgehouden bezit van staat t.a.v. de tweede erkenner werd *in casu* ook dubbelzinnig bevonden, o.m. doordat de moeder nog na de erkenning door haar recentste partner in een procedure aangaande het omgangsrecht van de eerste erkenner was verwikkeld, zonder dat zij in dat kader van de tweede erkenning gewag had gemaakt (Rb. Luik 23 februari 1990, *Pas.* 1990, III, 98, noot F.B. en *Rev. trim. dr. fam.* 1991, 187).

Het vereiste dat alle bestaande aanwijzingen van bezit van staat convergerend moeten zijn, gaat niet zo ver dat het inleiden van een procedure tot betwisting van een eerste erkenning – in het geval van opeenvolgende erkenningen – zou volstaan om het bezit van staat t.a.v. deze eerste erkenner dubbelzinnig te maken. Dergelijke visie zou immers tot gevolg hebben dat het bestaan van een deugdelijk bezit van staat als ontoelaatbaarheidsgrond voor de vordering tot betwisting van een erkenning per definitie zou worden uitgesloten, wat evident in strijd zou zijn met artikel 330 § 2 tweede lid B.W. (in die zin: P. SENAEVE, "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 91, nr. 155).

1031 Bij de beoordeling of er al dan niet deugdelijk bezit van staat voorhanden is, mag de rechtbank zich niet laten leiden door het belang van het kind (Rb. Luik 23 februari 1990, *Pas.* 1990, III, 98, noot F.B. en *Rev. trim. dr. fam.* 1991, 187; zie ook Luik (1ste kamer) 5 februari 1991, *onuitg.*, aangehaald door D. PIRE, "Inédits de droit de la famille (V-3). Filiation", *J.L.M.B.* 1991, (1082) 1097).
Twijfels omtrent de uitoefening van een recht op persoonlijk contact in hoofde van de erkenner kunnen deugdelijk bezit van staat niet corrumperen (Gent (1ste kamer) nr. 1997/AR/ 1547, 30 januari 1998, *onuitg.*).

1032 De vraag rijst hoe de sociale werkelijkheid, juridisch vertaald via het bezit van staat, zich verhoudt tot de biologische werkelijkheid. Anders geformuleerd: kan er nog sprake zijn van deugdelijk bezit van staat indien bewezen is dat de erkenner niet de vader is?

Principieel is het zo dat wanneer het kind bezit van staat heeft t.a.v. de erkenner, de vordering tot nietigverklaring van de erkenning moet worden afgewezen, ook al heeft de eiser via een deskundigenonderzoek bewezen dat de erkenner niet de biologische vader is (Rb. Gent 21 mei 1992, *T.B.B.R.* 1993, 482; de rechtbank merkte op dat de biologische realiteit moet wijken voor de sociale, mede om redenen van rechtszekerheid; in dezelfde zin: Gent (1ste kamer) nr. 1997/AR/ 1547, 30 januari 1998, *onuitg.*: "Door het bezit van staat te voorzien in de procedures van betwisting van erkenning, heeft de wetgever de sociale realiteit doen primeren op de biologische").

De Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel is echter van oordeel dat het bewijs van niet-vaderschap na een genetisch onderzoek het ondubbelzinnig karakter van de indiciën die leiden tot het bezit van staat aantast vanaf het moment dat partijen het resultaat ervan kennen (Rb. Brussel 10 februari 1999, *Rev. trim. dr. fam.* 1999, 654; nu dit resultaat *in casu* bekend was twee jaar vóór de procedure tot betwisting van de erkenning was ingeleid, werd het bezit van staat niet als onontvankelijkheidsgrond weerhouden; de erkenning werd dan ook nietig verklaard). In navolging van dit vonnis zou geen sprake meer kunnen zijn van deugdelijk bezit van staat vanaf het moment dat de erkenner het resultaat van een deskundigenonderzoek verneemt waaruit blijkt dat hij niet de biologische vader van het door hem erkende kind is. Deze visie gaat ons inziens een stap te ver, nu uit de structuur van de wettekst zelf blijkt dat het bezit van staat als onontvankelijkheidsgrond kan en moet gelden, ook al wordt bewezen dat de erkennende man niet de vader is: de afwijzing van de vordering wegens bezit van staat wordt mogelijk geacht in het tweede lid van artikel 330 § 2 B.W., terwijl het bewijs van niet-vaderschap in het eerste lid wordt vermeld. Dat beide leden gecombineerd moeten worden gelezen, blijkt uit de gebruikte terminologie: de betwistingsvordering moet "evenwel" (lees: ook al wordt het niet-vaderschap van de erkenner bewezen) worden afgewezen indien het kind bezit van staat heeft t.a.v. de erkenner. De beoordeling i.v.m. de ontvankelijkheid van de vordering – gedetermineerd door het al dan niet voorhanden zijn van bezit van staat – dient de beoordeling i.v.m. de gegrondheid van de vordering vooraf te gaan. Het bewijs van niet-vaderschap is cruciaal in het raam van de gegrondheid van de vordering, maar heeft geen enkele invloed op de ontvankelijkheid.

1033 Opdat de onontvankelijkheidsgrond uit artikel 330 § 2 tweede lid B.W. kan worden toegepast, is het niet noodzakelijk dat het bezit van staat t.a.v. de erkenner zich (volledig) gerealiseerd heeft nadat de erkenning werd gedaan. Indien de erkenning pas geakteerd werd nadat er al bezit van staat was t.a.v. de man die het kind – nadien – erkende en deze erkenning wordt onmiddellijk betwist, dan moet de betwistingsvordering worden afgewezen omwille van dat voorafgaande bezit van staat (in dezelfde zin: A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 330 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 6, nr. 6).

b. Ontoelaatbaarheidsgrond voor elke vordering tot betwisting van een erkenning

1034 Sommige auteurs kennen aan het bezit van staat een andere draagwijdte toe naargelang het zou gaan om een vordering tot nietigverklaring van de erkenning als rechtshandeling, dan wel om een betwisting van een niet met de biologische werkelijkheid overeenstemmende erkenning. Bezit van staat t.a.v. de erkenner zou de nietigverklaring van de erkenning als rechtshandeling niet in de weg staan, maar zou wel een absoluut beletsel vormen voor de betwisting van een leugenachtige erkenning (G. BAETEMAN, *Overzicht*, 625-626, 1010; P. SENAEVE, *Compendium*, 328, nr. 832; C. VAN ONSEM, *Betwisting van vaderschap*, in *AdvocatenPraktijk – Burgerlijk Recht*, nr. 9, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1999, 64, nr. 58).

Wij zijn een andere mening toegedaan.

Een zeer expliciete passus in de voorbereidende werken i.v.m. artikel 330 B.W. illustreert dat bezit van staat een onontvankelijkheidsgrond is voor elke betwisting van een erkenning, ook wanneer de erkenner zijn eigen erkenning betwist.

Zo staat in het verslag van de senaatscommissie voor de Justitie te lezen: "Met eenparigheid van de 12 aanwezige leden werden volgende principes aangenomen: als er bezit van staat is wordt elke betwisting uitgesloten; als er geen bezit van staat is en de moeder stemt in met de erkenning, is de betwisting uitgesloten, behalve indien er aan de toestemming een gebrek kleeft (...)" (Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 103).

Bovendien heeft het Hof van Cassatie in 1993 ons inziens bevestigd dat de exceptie van bezit van staat in elke procedure tot betwisting van een erkenning kan worden ingeroepen.

In het arrest *a quo* had het Hof van Beroep te Brussel – nadat de erkenning ook al in eerste aanleg op vordering van de erkenner zelf nietig was verklaard – geoordeeld dat de rechter geen onderzoek diende in te stellen naar het eventuele bezit van staat van het kind t.a.v. de erkenner omdat de exceptie van bezit van staat niet kon worden ingeroepen nu de eis strekte tot nietigheid van een authentieke erkenning*sakte* o.g.v. dwaling (Brussel 18 juni 1992, *Pas.* 1992, II, 95).
De appellant in hoger beroep – een man waarvan de moeder beweerde dat hij de biologische vader was – betwistte als eiser in cassatie de nietigverklaring van de erkenning en voerde aan dat onder het mom van een vordering tot nietigverklaring van een authentieke akte (*instrumentum*) in feite een vordering tot nietigverklaring van de erkenning als rechtshandeling (*negotium*) was ingesteld; bovendien was hij van mening dat de exceptie van bezit van staat kon worden ingeroepen wanneer een wilsgebrek als grond tot nietigverklaring werd aangevoerd.

Het Hof van Cassatie vernietigde het bestreden arrest o.g.v. de overweging dat het feit dat een erkenningsakte een authentieke akte is de toepassing van de in artikel 330 § 2 B.W. bepaalde uitsluitingsgrond niet in de weg staat. Het hof besliste dat de bepaling dat het verzoek tot betwisting van de erkenning moet worden afgewezen indien het kind bezit van staat heeft ten aanzien van de erkenner *elke* (eigen cursivering) vordering tot betwisting van een erkenning betreft (Cass. 25 juni 1993, *Arr. Cass.* 1993, 637 en *Pas.* 1993, I, 626).

Daarna werd de zaak verwezen naar het Hof van Beroep te Antwerpen. Dat hof oordeelde eerst dat de vordering tot betwisting van de erkenning niet ontvankelijk is als *op het ogenblik van het instellen van de vordering* (eigen cursivering) het kind bezit van staat heeft t.a.v. de erkenner en onderzocht vervolgens aan de hand van diverse gegevens of dergelijk bezit van staat *in casu* bewezen was (Antwerpen (3de kamer) AR nr. 1994/1711, 10 februari 1998, *onuitg.*). Ook tegen dit arrest stelde de beweerde biologische vader een voorziening in cassatie in.

In 1999 maakte het Hof van Cassatie een onderscheid tussen de ontvankelijkheid van de vordering tot betwisting van een erkenning en de gegrondheid ervan. Het hof verwierp de voorziening en oordeelde dat het niet dubbelzinnig is om enerzijds [in het raam van de beoordeling van de ontvankelijkheid van het oorspronkelijke verzoek tot vernietiging van de erkenning] te beslissen dat het bezit van staat moet beoordeeld worden op het ogenblik dat de vordering wordt ingesteld en anderzijds [wat de grond van de zaak betreft], na ook met de actuele feitelijke omstandigheden rekening te hebben gehouden, het verweer van diegene die de nietigverklaring van de erkenning betwist af te wijzen omdat geen concreet bewijs van bezit van staat op het ogenblik van de uitspraak wordt overgelegd (Cass. C.98.0271.N, 19 maart 1999, *onuitg.*).

1035 Uit een samenlezing van beide cassatiearresten kunnen ons inziens twee zaken worden afgeleid.

– *Primo* is het bezit van staat t.a.v. de erkenner een ontoelaatbaarheidsgrond voor elke vordering tot betwisting van de erkenning, ook al werd de betwistingsvordering ingesteld door de erkenner zelf.

Een groot deel van de rechtsleer lijkt zich te kunnen vinden in deze stelling, echter zonder ze expliciet te onderschrijven (zie bv. J. DALCQ, "La réforme du droit de la filiation", *J.T.* 1987, (393) 399, nr. 26; H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité*, II/2, 898, nr. 906; D. PIRE, "Droit judiciaire de la filiation", *Act. dr.* 1991, (689) 703, nr. 15; J. SOSSON, "Quelques problèmes judiciaires d'application de la loi du 31 mars 1987 réformant le droit de la filiation", *J.T.* 1990, (301) 304, nr. 19; E. VIEUJEAN, "Conclusion", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, II, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, 475).

Er is ook rechtspraak waarin deze visie wordt aanvaard: zo oordeelde het Hof van Beroep te Gent uitdrukkelijk dat de vordering tot betwisting van een erkenning door de erkenner zelf wegens een wilsgebrek slechts gegrond (correcter was: ontvankelijk) kan worden verklaard mits de erkenning niet bevestigd is door het bezit van staat (Gent (1ste kamer) 9 juni 1995, *A.J.T.* 1995-96, 319, noot K. JACOBS; Gent (1ste kamer) nr. 2001/AR/1285, 27 juni 2002, *onuitg.*).

– *Secundo* speelt bezit van staat enkel een – weliswaar cruciale – rol op het vlak van de ontvankelijkheid van de vordering tot betwisting van een erkenning, niet op het vlak van de gegrondheid ervan. De vordering kan pas gegrond worden verklaard indien bewezen is dat de erkenner niet de vader van het kind is (zie verder, nr. 1057 e.v.).

Dit onderscheid tussen ontvankelijkheid en gegrondheid wordt in de rechtspraak soms miskend: zo verklaarde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Neufchâteau de vordering tot nietigverklaring van de erkenning ontvankelijk *en gegrond* op basis van een reeks elementen die erop wezen dat er geen bezit van staat was in hoofde van de erkennende man (zie i.v.m. deze problematiek N. DENIES, "L'action en contestation de reconnaissance: entre recevabilité et fondement de la demande", (noot onder Rb. Neufchâteau 2 juni 1999), *R.R.D.* 2000, (69) 70-73, die terecht opmerkt

dat de gegrondheid van de vordering niet *ipso facto* mag worden afgeleid uit de afwezigheid van bezit van staat).

1036 Ten slotte kan nog worden opgemerkt dat bezit van staat de vordering tot betwisting van een erkenning onontvankelijk maakt, wat ook de juridische grondslag voor de erkenning is geweest (art. 319 § 1 of art. 320 B.W.).

2. Een levensvatbaar geboren kind (art. 331bis B.W.)

1037 Rechtsvorderingen met betrekking tot de afstamming zijn luidens artikel 331*bis* B.W. niet ontvankelijk indien het kind niet levensvatbaar geboren is.
Eerder in dit werk hebben wij verdedigd dat het verzoek om machtiging tot erkenning te bekomen en het verzoek tot homologatie van de erkenning geen rechtsvorderingen m.b.t. de afstamming zijn in de zin van artikel 331*bis* B.W. (zie boven, resp. nr. 639 en de nrs. 691-692), zodat deze verzoeken ontvankelijk kunnen zijn wanneer ze vóór de geboorte werden ingeleid. Deze redenering geldt echter niet voor de vordering tot betwisting van een prenatale erkenning.

De wetgever heeft de vordering tot betwisting van een erkenning o.g.v. artikel 330 B.W. beschouwd als een rechtsvordering tot betwisting van staat (zie art. 332*bis* eerste lid B.W. *a contrario*: "Onverminderd artikel 330, kunnen de *andere* rechtsvorderingen tot betwisting van staat (...)"), zodat artikel 331*bis* B.W. dient te worden toegepast en een vóór de geboorte geakteerde erkenning pas kan worden betwist nadat het kind geboren is en levensvatbaar is bevonden.

In de rechtsleer is aangevoerd dat, nu prenatale erkenningen mogelijk zijn in toepassing van artikel 328 tweede lid B.W., deze ook vóór de geboorte moeten kunnen worden betwist (J. SOSSON, "Quelques problèmes judiciaires d'application de la loi du 31 mars 1987 réformant le droit de la filiation", *J.T.* 1990, (301) 303, nr. 15).
Deze zienswijze kan niet worden aanvaard: de mogelijkheid om een kind te erkennen vóór de geboorte is opgenomen in een duidelijke wettekst; een even duidelijke wettekst (art. 331*bis* B.W.) verbiedt een rechtsvordering tot betwisting van de – precaire – staat van een ongeboren kind. Bovendien is de erkenning zelf een strikt persoonlijke daad, terwijl de betwisting van een erkenning door elke belanghebbende kan worden gevorderd.

MASSON lijkt m.b.t. artikel 331*bis* B.W. een onderscheid te maken tussen nog niet geboren kinderen enerzijds en niet levensvatbaar geboren kinderen anderzijds. Deze auteur is van mening dat niets zich verzet tegen een betwistingsvordering gericht tegen een nog niet geboren kind, met dien verstande dat de rechtbank pas na de geboorte kan oordelen. Enkel een vordering tot betwisting van de afstamming van een niet levensvatbaar geboren kind acht hij onontvankelijk in toepassing van artikel 331*bis* B.W. (H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité*, II/2, resp. 939, nr. 982 en 940, nr. 983). Dit standpunt moet worden verworpen: een nog niet geboren kind moet worden gelijkgesteld met een niet levensvatbaar geboren kind. Beiden missen elke juridische persoonlijkheid, zodat hun staat – voor zover daar al sprake kan van zijn – niet kan worden betwist.

B. BIJZONDERE ONTVANKELIJKHEIDSVOORWAARDE VOOR DE ERKENNENDE MAN ZELF EN DEGENEN DIE TOT DE ERKENNING HEBBEN TOEGESTEMD: EEN WILSGEBREK (ART. 330 § 1 TWEEDE LID B.W.)

1. Betwisting door de erkenner zelf

1038 De erkennende man is enkel gerechtigd de erkenning te betwisten als hij bewijst dat aan zijn toestemming een gebrek kleefde (art. 330 § 1 tweede lid B.W.).

Artikel 330 § 1 tweede lid B.W. is duidelijk: de bewijslast dat zijn erkenning daadwerkelijk is aangetast door een wilsgebrek rust op de erkenner zelf (Rb. Brussel 25 februari 1998, *J.T.* 1999, 216 en *Pas.* 1997, III, 24).

a. Een bewezen wilsgebrek is een ontvankelijkheidsvoorwaarde

1039 Het bestaan van een wilsgebrek is een voorwaarde voor de ontvankelijkheid van de vordering.

Dit blijkt duidelijk uit de Franse tekst van artikel 330 § 1 tweede lid B.W. waarin uitdrukkelijk de term "recevable" ("ontvankelijk") wordt gehanteerd (Brussel 7 januari 2003, *NjW* 2003, 134, noot RdC, err. *NjW* 2003, 292).

1040 Voor alle duidelijkheid dient te worden benadrukt dat de rechtbank het aangevoerde wilsgebrek ook bewezen moet achten vooraleer zij tot de ontvankelijkheid van de vordering mag besluiten.
Wanneer de erkenner enkel een wilsgebrek in zijnen hoofde aanhaalt – maar faalt in zijn bewijslevering – moet zijn betwistingsvordering onontvankelijk worden verklaard.

In deze zin: Bergen (2de kamer) R.G. nr. 1998/495, 23 februari 1999, *onuitg.*, waar de man voorhield het kind enkel te hebben erkend om bij de moeder te kunnen blijven en het hof noch dwaling, noch bedrog bewezen achtte; Bergen (2de kamer) 18 mei 1999, *T.B.B.R.* 2000, 618, waar het hof tot de conclusie kwam dat de erkenner niet gerechtigd was zijn erkenning te betwisten, nu hij enkel het ontbreken van elk bewustzijn in zijnen hoofde aanvoerde. Een wilsgebrek in zijnen hoofde werd niet bewezen geacht; Gent (1ste kamer) nr. 2001/AR/118, 31 januari 2002, *onuitg.*: alleen als de rechtbank aanvaardt dat er een wilsgebrek in hoofde van de erkenner bestaat, kan de erkennende man het bewijs leveren dat hij niet de vader is van het kind dat hij erkend heeft.

Anders: Rb. Gent 25 oktober 2001, *T.B.B.R.* 2003, 90, noot G. VERSCHELDEN, waarin de rechtbank – ten onrechte – oordeelde dat de betwistingsvordering, ingesteld door de erkenner zelf, ontvankelijk was, na de vaststelling dat het kind geen bezit van staat had t.a.v. de erkenner en deze laatste daarnaast een wilsgebrek *aanvoert* (eigen cursivering). De vraag of het wilsgebrek al dan niet bewezen is werd – eveneens ten onrechte – beantwoord bij de beoordeling van de grond van de zaak.

1041 Is er geen wilsgebrek aanwezig, dan is de vraag of het kind al dan niet bezit van staat heeft t.a.v. de erkenner (een andere onontvankelijkheidsgrond), evenals de vraag naar het biologisch vaderschap (die de gegrondheid van de vordering betreft), niet relevant. De vordering moet wegens afwezig-

heid van bewezen wilsgebrek onontvankelijk worden verklaard (Gent (1ste kamer) nr. 2001/AR/118, 31 januari 2002, *onuitg.*).

b. Een bewezen wilsgebrek leidt niet automatisch tot het tenietdoen van de erkenning

1042 In rechtspraak en rechtsleer bestaat discussie over de vraag of het bestaan van een wilsgebrek determinerend mag worden geacht voor de gegrondheid van de betwistingsvordering en op die manier noodzakelijkerwijs moet leiden tot de nietigverklaring van de erkenning.

(i) Controverse

1043 *Grosso modo* kunnen twee strekkingen worden onderscheiden.

– Een eerste strekking is van oordeel dat een bewezen wilsgebrek volstaat om de erkenning nietig te verklaren en acht het bewijs van niet-vaderschap van de erkenner terzake irrelevant.

De auteurs die een onderscheid maken tussen de betwisting van een leugenachtige erkenning en de nietigverklaring van een erkenning als rechtshandeling menen dat de erkenner in dit laatste geval enkel een wilsgebrek in zijnen hoofde moet bewijzen om de nietigverklaring te bekomen (in die zin: P. SENAEVE, *Compendium*, 330, nr. 842, gevolgd door C. VAN ONSEM, *Betwisting van vaderschap*, in *AdvocatenPraktijk – Burgerlijk Recht*, nr. 9, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1999, 64, nr. 58; BAETEMAN stelt ook uitdrukkelijk dat de erkenner zich alleen op een wilsgebrek kan beroepen, niet op het leugenachtig karakter van de erkenning. Dit standpunt wordt evenwel voorafgegaan door de volgende zin: "In tegenstelling met wat het geval was onder de vroegere wetgeving, kan de erkenning niet meer betwist worden op grond van de ontstentenis *alleen* (eigen cursivering) van biologische band", zie G. BAETEMAN, *Overzicht*, 626, nr. 1012 *juncto* 627, nr. 1013).
Zonder het onderscheid tussen betwisting en nietigverklaring te maken, achten HEYVAERT en VANCRAENENBROECK de erkenning nietig in een geval waarin zou worden bewezen dat de wilsverklaring van de erkenner door een wilsgebrek (de auteurs vernoemen – exemplatief (?) – enkel geweld, zie A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 330 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 8, nr. 12) is aangetast, maar tegelijkertijd ook wordt bewezen dat de erkenner wel degelijk de biologische vader is, omdat de erkenning toch een vrije wilsverklaring blijft. Hoewel hij erkent dat de bewoordingen van artikel 330 § 1 tweede lid B.W. er zouden kunnen op wijzen dat de gegrondheid van de betwisting nog moet worden aangetoond na het bewijs van het wilsgebrek in hoofde van de erkenner, volstaat volgens HEYVAERT het bewijs van het wilsgebrek voor de nietigverklaring van de erkenning, omdat dit bewijs er immers op neerkomt dat er geen erkenning is geweest (A. HEYVAERT, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed*, Gent, Mys & Breesch, 2001, 227-228, nr. 547).

Er is ook rechtspraak in die zin: het Hof van Beroep te Gent oordeelde meermaals zeer expliciet dat het enkele bewijs van het wilsgebrek meteen de gegrondheid van de eis impliceert en dat het wilsgebrek doet besluiten dat er geen (geldige) erkenning kon plaatsvinden, mits de betwiste afstamming niet bevestigd is door bezit van staat. Het hof voegde er nog aan toe dat het bewijs dat de erkenner niet de biologische vader is overbodig is "zo de vordering toelaatbaar is" omwille van een bewezen wilsgebrek (Gent (1ste kamer) 9 juni 1995, *A.J.T.* 1995-96, 319, (goedkeurende) noot K. JACOBS; Gent (1ste kamer) nr. 2001/AR/1285, 27 juni 2002, *onuitg.*; in dezelfde zin: Gent (1ste kamer) AR 1997/2969, 27 januari 2000, *onuitg.*: "Wie de werkelijke vader is, is in casu niet aan de orde").

– Volgens een tweede strekking moet – nadat de vordering ontvankelijk is verklaard omwille van een bewezen wilsgebrek – voor de gegrondheid van de eis daarenboven nog het bewijs worden geleverd dat de erkenner niet de biologische vader is.

Zo beklemtoont MASSON dat het bestaan van een wilsgebrek in hoofde van de erkenner slechts een ontvankelijkheidsvoorwaarde uitmaakt en dat, eens dit wilsgebrek is bewezen, de erkenner ook nog het bewijs zal moeten leveren dat er tussen hemzelf en het kind geen biologische afstammingsband bestaat (H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité*, II/2, 897, nr. 904). Ook GERLO acht het in die hypothese nog noodzakelijk dat het bewijs wordt geleverd dat de erkenner niet de biologische vader is (J. GERLO, *Handboek Personen- en familierecht*, 66, nr. 153 (i.v.m. de betwisting van de erkenning door een man) *juncto* en *mutatis mutandis* 58, nr. 133 (i.v.m. de betwisting van de erkenning door een vrouw)). MAHIEU en PIRE poneren dat, buiten de vragen betreffende de ontvankelijkheid van de vordering, de procedure tot betwisting van een erkenning slechts één vraag opwekt, nl. deze of de bestreden akte conform de biologische waarheid is (G. MAHIEU en D. PIRE, *Droit des personnes. La filiation*, in *Rép. not.*, Brussel, Larcier, 1999, 124, nr. 145).
Ook andere auteurs zijn van mening dat de erkenning maar [succesvol] wegens wilsongeschiktheid of een wilsgebrek kan worden aangevochten wanneer de erkenner niet de biologische of de genetische ouder is (F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgerlijk Recht*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2001, 705, nr. 908; E. VIEUJEAN, "Le nouveau droit de la filiation", *Ann. dr. Liège* 1987, (97) 108, nr. 11).

1044 Welke strekking moet nu de voorkeur genieten?

De parlementaire voorbereiding van artikel 330 B.W. biedt argumenten voor beide standpunten.

Zo werd enerzijds – ten gunste van de tweede strekking – geponeerd dat als principe moet gelden dat een betwisting van een erkenning slechts in zeer uitzonderlijke gevallen zou mogen plaatshebben, vanuit een streven naar een zo groot mogelijk parallellisme met het vaderschap binnen het huwelijk. "Alleen zou de betwisting van de erkenning kunnen worden gegrond verklaard wanneer door wettelijke bewijsmiddelen wordt aangetoond dat de erkenner niet de vader of de moeder kan zijn". Het was de bedoeling van de wetgever om de erkenner die met kennis van zaken heeft gehandeld het betwistingsrecht te ontnemen, ook wanneer hij niet de vader van het kind is (Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 101-102). Onmiddellijk daarna is anderzijds de volgende passus terug te vinden: "Doch wanneer aan de toestemming een gebrek kleeft, zal de betwisting *op grond van het gemeen recht ter zake* (eigen cursivering) steeds mogelijk zijn" (Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 102). Hoogstwaarschijnlijk heeft deze laatste passus sommige auteurs die tot de eerste strekking behoren ertoe gebracht een onderscheid te maken tussen de "betwisting" van een erkenning en de "nietigverklaring" ervan en hen geïnspireerd om voor de gegrondheid van deze laatste vordering het bewijs van een wilsgebrek voldoende te achten.

De eerste strekking vindt steun in principes uit het algemeen verbintenissenrecht.

Wanneer de erkenning als een gewone rechtshandeling wordt beschouwd omdat de persoon die de handeling stelt (erkenner) de creatie van rechtsgevolgen beoogt en bij hypothese bewezen wordt dat zijn wil bij het sluiten van die handeling gebrekkig gevormd is, kan de – relatieve – nietigheid als algemeen aanvaarde sanctie met succes worden gevorderd door de erkenner die gedwaald heeft, bedrogen is of het kind onder dwang heeft erkend, zonder dat nog bijkomende bewijselementen worden vereist.

Toch verdient de tweede strekking ons inziens de voorkeur, vnl. omdat zij steun vindt in de tekst en structuur van artikel 330 B.W.: het wilsgebrek betreft de ontvankelijkheid en is vernoemd in § 1, maar deze paragraaf moet worden samengelezen met § 2 die de gegrondheid betreft en waarin te lezen staat dat moet bewezen worden dat de erkenner niet de vader is.

SWENNEN geeft twee wetgevingstechnische redenen ten gunste van dit standpunt: als, *primo*, de eerste twee paragrafen van artikel 330 B.W. afzonderlijk zouden worden gelezen, dan zou een toepassing van de tweede paragraaf impliceren dat de man die wetens en willens een leugenachtige erkenning heeft gedaan daarop kan terugkomen, terwijl de wetgever juist die hypothese heeft willen uitsluiten. Als, *secundo*, artikel 330 B.W. als één geheel wordt beschouwd, maar daarnaast de algemene nietigheidsgronden behouden blijven, dan rijst de vraag waarom de wetgever artikel 330 § 2 B.W. heeft ingevoerd. Om de nietigverklaring uit te sluiten in de hypothese van de bewust leugenachtig gedane erkenning had de wetgever kunnen volstaan met de eerste paragraaf, althans voor het geval waarin de erkenner zijn erkenning betwist.
Daarnaast is er ook nog een overweging van proceseconomische aard: ook al is het strikt juridisch mogelijk de erkenning als rechtshandeling nietig te verklaren indien ze in overeenstemming is met de biologische werkelijkheid, dit is weinig zinvol nu diezelfde afstammingsband daarna opnieuw kan worden vastgesteld via een vordering tot gerechtelijke vaststelling (F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgerlijk Recht*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2001, 706-707, nr. 910).

Bovendien kunnen rechtsvergelijkende argumenten ter staving van dit standpunt worden aangehaald (zie daaromtrent G. VERSCHELDEN, "Wilsgebrek en wetsontduiking inzake de betwisting van een erkenning door de erkenner zelf", (noot onder Rb. Gent 25 oktober 2001 en 31 januari 2002), *T.B.B.R.* 2003, (94) 97, nr. 16).

De transponering van de leer van de wilsgebreken – een leer waarvan de beperkte wettelijke basis deel uitmaakt van de geldigheidsvoorwaarden voor overeenkomsten – naar een bijzondere rechtshandeling zoals de erkenning, is een moeilijke oefening die ons inziens niet volledig kan worden uitgevoerd.
Enkele voorbeelden: zoals eerder al vermeld, is de erkenning geen overeenkomst maar in essentie een eenzijdige rechtshandeling die tot gevolg heeft dat de afstamming wordt vastgesteld, met terugwerkende kracht, vanaf de geboorte van het erkende kind; het (bi- of multilaterale) meerzijdige aspect van deze rechtshandeling ligt enkel besloten in een wettelijke toestemmingsvereiste van moeder en/of kind. Mede daarom is het concept "dwaling m.b.t. de zelfstandigheid van de zaak die het voorwerp van de 'overeenkomst' heeft uitgemaakt" niet in zijn oorspronkelijke betekenis toe te passen. Bedrog moet bv. uitgaan van de "medecontractant", terwijl de moeder van het erkende kind geen partij is bij een erkenning en zij enkel haar toestemming tot de erkenning moet geven als het kind minderjarig is ...

(ii) Relativering van de discussie: correlatie tussen het bewijs van dwaling en bedrog en het bewijs van niet-vaderschap

1045 Vanuit een nieuw perspectief kunnen beide voornoemde standpunten grotendeels met elkaar worden verzoend. Bij nader inzien blijkt er een correlatie te bestaan tussen de frequentst ingeroepen wilsgebreken en het bewijs van biologisch niet-vaderschap. De allereerste vereiste opdat er sprake zou kunnen zijn van dwaling en bedrog is de afwezigheid van een genetische band tussen de erkenner en het kind. Indien deze afwezigheid van genetische band niet voorhanden is, kan de erkenner niet gedwaald hebben door een kind te erkennen dat hij verwekt had en kan de moeder hem niet bedrogen hebben door voor te houden dat hij de vader van haar kind was. Het Hof van Beroep te Brussel onderschreef deze principes expliciet in twee recente arresten.

In de eerste zaak had de rechter in eerste aanleg geoordeeld dat, bij gebrek aan – zij het ook maar een begin van – bewijs van het ingeroepen wilsgebrek, er geen reden was om een medisch deskundigenonderzoek te bevelen. Het hof hervormde dit vonnis en oordeelde dat, met het oog op een goede rechtsbedeling en vooraleer zich uit te spreken over alle andere beweringen, argumenten en excepties van de onderscheiden partijen, een medisch deskundigenonderzoek moest worden bevolen (Brussel (3de kamer) A.R. nr. 2000/AR/2083, 21 februari 2002, *onuitg.*).
In de tweede zaak was het hof van oordeel dat de eerste rechter die zonder het bewijs van niet-vaderschap beslist had dat het bewijs van het wilsgebrek dwaling reeds geleverd werd, de vordering ten onrechte ontvankelijk had verklaard; het bevolen DNA-onderzoek werd bevestigd, evenwel met de bedoeling om de erkenner toe te laten het bewijs van het door hem ingeroepen wilsgebrek te leveren (Brussel 7 januari 2003, *NjW* 2003, 134, noot RdC (err. *NjW* 2003, 292)).

Als dwaling en bedrog slechts mogelijk zijn indien de erkenner zichzelf verkeerdelijk als biologische vader beschouwde, dan impliceert het bewijs van één van deze wilsgebreken meteen ook het bewijs dat de erkenner niet de vader is.

1046 In het algemeen verbintenissenrecht is m.b.t. de onderscheiden wilsgebreken een amalgaam van voorwaarden ontwikkeld die vervuld moeten zijn vooraleer een wilsgebrek als grond tot nietigverklaring in aanmerking kan komen. Inzake erkenning kunnen deze vereisten – voor zover ze toepasbaar zijn – een rol blijven spelen, evenwel in het raam van het bewijs van het wilsgebrek en op een ander niveau, nl. als beoordelingselement voor de onontvankelijkheid van de vordering.

c. Wilsgebreken en hun toepassingsgevallen in de rechtspraak

1047 Met een "gebrek" in de zin van artikel 330 § 1 tweede lid B.W. worden zowel de wilsongeschiktheid (totale afwezigheid van toestemming) als de klassieke wilsgebreken (dwaling, bedrog en geweld) bedoeld (H. De Page en J.-P. Masson, *Traité*, II/2, 897, nr. 904; F. Swennen, *Geestesgestoorden in het Burgerlijk Recht*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2001, 705, nr. 908).

Hieronder volgt een overzicht van de rechtspraak inzake de betwisting van een erkenning na een gebrek in de toestemming, onderverdeeld naargelang het ingeroepen wilsgebrek.

(i) Totale afwezigheid van toestemming

1048 In zeer uitzonderlijke gevallen kan een kind erkend zijn door een man in wiens hoofde elk bewustzijn ontbrak op het ogenblik van de erkenning, bv. bij toevallige geestesstoornis, dronkenschap, hypnose of druggebruik.

In een geval waarin de erkenner slachtoffer was van een zeer ernstig arbeidsongeval en zijn beide benen waren geamputeerd vier dagen vóór de opmaak van de notariële erkenningsakte, werd een wilsgebrek in zijnen hoofde niet bewezen geacht, ook al was aangevoerd dat elk bewustzijn in hoofde van de erkenner ontbrak ten gevolge van verschillende chirurgische ingrepen die hij had ondergaan, waaronder één op de dag van de erkenning. De nietigverklaring van de erkenning werd geweigerd, mede omdat de geestestoestand van de erkenner op de dag van de erkenning niet exact kon worden vastgesteld. Het hof oordeelde verder nog dat in een procedure tot betwisting

van een erkenning bij notariële akte de persoonlijke vaststellingen van de notaris gelden tot aan betichting van valsheid (Bergen 18 mei 1999, *T.B.B.R.* 2000, 618).

(ii) Dwaling

1049 Opdat dwaling in aanmerking zou komen als grond tot nietigverklaring van een rechtshandeling, dient ze betrekking te hebben op de zelfstandigheid van de zaak. In de context van een erkenning kan dit niets anders betekenen dan dat de erkenner gedwaald moet hebben omtrent de biologische verwantschap tussen hemzelf en het erkende kind (zie boven, nr. 1045).
Het essentiële element waarop dwaling betrekking dient te hebben is dus het biologisch vaderschap van het erkende kind (eerder al in die zin: G. BAETEMAN, *Overzicht*, 626, nr. 1011, die dwaling in deze context omschrijft als de situatie waarin de man het kind heeft erkend, denkende dat hij het kind heeft verwekt en achteraf blijkt dat het door een andere man is verwekt). Dwaling omtrent andere beweegredenen voor de erkenning – zoals een huwelijk of het voortduren van de relatie met de moeder – komt niet in aanmerking.

– De Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel oordeelde dat het feit dat de erkenning met medewerking van de moeder gebeurde in het raam van een huwelijksplan dat uiteindelijk niet werd gerealiseerd geen wilsgebrek uitmaakt (Rb. Brussel 25 februari 1998, *J.T.* 1999, 216; in dezelfde zin: Gent (1ste kamer) AR 1997/2969, 27 januari 2000, *onuitg.*).

– Het argument dat een erkenning van haar kind de enige kans was waardoor een man nog bij de moeder zou kunnen blijven – die hem al meermaals had verlaten – was voor het Hof van Beroep te Bergen duidelijk onvoldoende om zijn betwistingsvordering gegrond te verklaren, nu geen enkel wilsgebrek in hoofde van de erkenner bewezen werd geacht (Bergen (2de kamer) nr. 1998/495, 23 februari 1999, *onuitg.*).

Als principe geldt dat een bewust en vrij gedane leugenachtige erkenning niet door de erkenner zelf kan worden betwist.

Voor een toepassingsgeval, zie Rb. Neufchâteau 2 juni 1999, *R.R.D.* 2000, 69, noot N. DENIES, waar de vordering van de erkenner wegens dwaling onontvankelijk werd verklaard, nu hij pertinent wist dat hij niet de biologische vader niet was.

1050 Dwaling kan daarnaast slechts een grond tot nietigverklaring zijn als ze verschoonbaar is, *i.e.* wanneer een redelijk mens, geplaatst in dezelfde omstandigheden, ook gedwaald zou hebben.

In de rechtspraak zijn vele gevallen terug te vinden waarin de ingeroepen dwaling in hoofde van de erkenner niet als verschoonbaar kan worden gekwalificeerd.

– In een geval waarin de erkenner zonder zich vragen te stellen een kind had erkend in de overtuiging dat hij de biologische vader was, nadat hem werd verteld dat het kind na zes maanden zwangerschap geboren werd en er na de geboorte geen complicaties waren opgetreden, oordeelde het Hof van Beroep te Gent dat dergelijk gedrag blijk gaf van een verregaande onzorgvuldigheid die zijn dwaling onverschoonbaar maakt (Gent (1ste kamer) 9 juni 1995, *A.J.T.* 1995-96, 319, noot K. JACOBS; vgl. Gent (1ste kamer) AR 1997/2969, 27 januari 2000, *onuitg.*, waar één kind nog erkend werd nadat de erkenner al feitelijk gescheiden leefde van de moeder en het hof dwaling

evenmin bewezen achtte, nu de bewering van de erkenner dat hij tijdens het samenleven nooit iets hoorde van het dubbelleven van de moeder ongeloofwaardig was overgekomen.

– In een geval waarin het tijdstip van de verwekking te situeren was in een periode dat de moeder met een andere man samenwoonde en zij pas enkele weken na de geboorte met de erkenner ging samenwonen, oordeelde het Hof van Beroep te Gent dat de erkenner zich in die omstandigheden normaal vragen dient te stellen over zijn vaderschap. Nu hij dit niet deed, kon zijn houding slechts worden geïnterpreteerd in die zin dat hij het kind hoe dan ook, al dan niet de biologische vader zijnde, heeft willen erkennen. Zo de erkenner al gedwaald zou hebben, werd zijn dwaling niet verschoonbaar geacht (Gent (1ste kamer) nr. 2001/AR/118, 31 januari 2002, *onuitg.*).

Een mentale handicap in hoofde van de erkenner kan de dwaling in zijnen hoofde verschoonbaar maken (Gent (1ste kamer) nr. 2001/AR/1285, 27 juni 2002, *onuitg.*).

(iii) Bedrog

1051 Bedrog is opzettelijk verwekte dwaling en is aanwezig wanneer de moeder een man ertoe bewogen heeft de erkenning te doen o.g.v. een onjuist element (G. BAETEMAN, *Overzicht*, 626, nr. 1011). Er moeten dus kunstgrepen of listen worden gebruikt met het doel de erkenner te doen geloven dat hij de biologische vader is. Ook een bedrieglijk stilzwijgen kan als kunstgreep worden aangemerkt.

In een geval waarin de moeder van het kind listig gebruik – misbruik – maakte van de handicap van de erkenner om haar doel te bereiken, hem geen tijd tot nadenken gaf en hem voorspiegelde dat het kind haar anders zou worden afgepakt en dat zij na de erkenning samen zouden gaan wonen, werd de erkenning nietig verklaard, o.m. o.g.v. bedrog. Mondelinge en schriftelijke getuigenverklaringen wezen alle in de richting dat de moeder de erkenner bewust had gemanipuleerd en hem omtrent de draagwijdte van de erkenning totaal had doen dwalen (Gent (1ste kamer) nr. 2001/AR/1285, 27 juni 2002, *onuitg.*).

(iv) Geweld

1052 Ernstig, ongeoorloofd en onmiddellijk inwerkend geweld dat doorslaggevend was voor de erkenning vormt ook een wilsgebrek.

– Zo werd de erkenning door een veertien en een half jaar oude jongen op vordering van diens vader – die optrad als wettelijke vertegenwoordiger van zijn zoon en de vordering in naam van dit erkennende kind instelde – door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Luik nietig verklaard, omdat zijn toestemming was aangetast door moreel geweld, nu bewezen was dat de vader van de jonge moeder hem tot de erkenning had gedwongen (Rb. Luik 25 november 1988, *Rev. trim. dr. fam.* 1990, 267; de rechtbank vermeldde in haar vonnis dat alle belanghebbenden het eens waren over het feit dat niet de erkenner, maar een andere man de biologische vader van het erkende kind was).

– In een geval waarin een mentaal gehandicapte man die al jaren door gespecialiseerde diensten werd begeleid met een IQ van 73 en een schoolse kennis van het niveau eerste en tweede graad lager onderwijs een kind had erkend, besloot het Hof van Beroep te Gent dat de voorgelegde stukken en gegevens met voldoende zekerheid aantoonden dat de erkenner de echte draagwijdte van zijn handeling niet heeft beseft en gehandeld had onder morele dwang van de moeder en de grootmoeder van het kind, die hem het kind lieten erkennen om geen last meer te hebben van de biologische vader (Gent (1ste kamer) nr. 2001/AR/1285, 27 juni 2002, *onuitg.*).

– Een erkenning uit welwillendheid tegenover de moeder of om met haar te kunnen huwen, is niet aangetast door het wilsgebrek (moreel) geweld. De emotionele omstandigheid die tot de erkenning heeft bijgedragen is een menselijke factor, maar belet niet dat de erkenner vrij en bewust tot de erkenning heeft toegestemd (Gent (1ste kamer) nr. 1998/AR/994, 16 mei 2002, *onuitg.*; het hof merkte op dat handelen uit een "allesoverheersende liefde" mooi is, maar de wil tot handelen niet aantast).

1053 Het bewijs van geweld houdt – in tegenstelling tot het bewijs van dwaling of bedrog – op geen enkele wijze verband met het bewijs van niet-vaderschap (H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité*, II/2, 897-898, nr. 904).

d. Synthese

1054 Het bewijs van een wilsgebrek – niet het louter opwerpen ervan – is een voorwaarde voor de ontvankelijkheid van de vordering tot betwisting van een erkenning. Om tot de gegrondheid van de vordering te kunnen besluiten moet ook worden bewezen dat de erkennende man niet de biologische vader van het kind is.
Niet elk bewezen wilsgebrek leidt automatisch tot de gegrondheid van de vordering, omdat niet voor alle wilsgebreken het bewijs ervan meteen het bewijs impliceert dat de erkenner niet de vader is:
– dwaling en bedrog kunnen enkel als wilsgebrek worden aanvaard indien de erkenner niet de biologische vader is. Bewezen dwaling en/of bedrog impliceren dan ook de gegrondheid van de vordering;
– noch bewezen geweld, noch het ontbreken van elk bewustzijn in hoofde van de erkenner impliceert het bewijs dat het kind niet door de erkenner is verwekt. In die gevallen is ons inziens een supplementair bewijs van niet-vaderschap noodzakelijk om tot de gegrondheid van de betwistingsvordering te kunnen besluiten. Een deskundigenonderzoek is het sterkste bewijsmiddel, maar het bewijs van niet-vaderschap mag overeenkomstig artikel 330 § 2 eerste lid B.W. door alle wettelijke middelen worden geleverd, met inbegrip van getuigen (zie verder, nr. 1057 e.v.).

2. Betwisting door degenen die tot de erkenning hebben toegestemd

1055 Niet alleen het betwistingsrecht van de erkenner zelf, maar ook het betwistingsrecht van moeder en/of kind of zijn wettelijke vertegenwoordiger, die hun toestemming tot de erkenning hebben gegeven, wordt beperkt.
Zij die de voorafgaande toestemmingen vereist in de §§ 2 en 3 of bedoeld in § 4 eerste lid van artikel 319 B.W. hebben gegeven, zijn immers alleen gerechtigd de erkenning te betwisten indien zij bewijzen dat aan hun toestemming een gebrek kleefde (art. 330 § 1 tweede lid B.W.).

Concreet gaat het om de volgende personen en situaties:
– meerderjarige kinderen of ontvoogde minderjarigen die hebben toegestemd tot hun erkenning door een man (art. 319 § 2 B.W.) kunnen deze erkenning slechts betwisten indien zij een wilsgebrek aantonen;

– de moeder die haar toestemming heeft gegeven tot de erkenning van een minderjarig niet-ontvoogd kind (art. 319 § 3 eerste lid B.W.) door een man, kan deze erkenning slechts betwisten indien zij bewijst dat aan haar toestemming een gebrek kleefde;
– hetzelfde geldt voor het minderjarig kind dat de leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt en tot de erkenning heeft toegestemd (art. 319 § 3 tweede lid B.W.);
– het minderjarig niet-ontvoogd kind waarvan de moeder onbekend of overleden is, dan wel in de onmogelijkheid is haar wil te kennen te geven (art. 319 § 4 eerste lid B.W.) en diens wettelijke vertegenwoordiger moeten eveneens een wilsgebrek in hunnen hoofde bewijzen om de erkenning door een man succesvol te kunnen betwisten indien zij tot de erkenning hebben toegestemd.

1056 Eerder in dit werk hebben wij verdedigd dat het bezit van staat een onontvankelijkheidsgrond is voor elke betwisting van een erkenning (zie boven, nrs. 1034-1036). Om dezelfde redenen zijn wij van oordeel dat de exceptie van het bestaan van bezit van staat ook kan worden ingeroepen wanneer de nietigverklaring van de erkenning wordt gevorderd door een persoon die zijn toestemming tot de erkenning heeft gegeven. Bezit van staat t.a.v. de erkenner maakt de door deze persoon ingestelde betwistingsvordering onontvankelijk. Vooraleer de rechtbank de erkenning nietig kan verklaren, dient de persoon die tot de erkenning heeft toegestemd – met het oog op de ontvankelijkheid van de vordering – een wilsgebrek in zijnen hoofde te bewijzen. Om dezelfde redenen als aangehaald bij de bespreking van de betwisting van de erkenning door de erkenner zelf (zie boven, nr. 1044), zijn wij van oordeel dat het bewijs van het wilsgebrek door degene die tot de erkenning heeft toegestemd niet automatisch impliceert dat de rechtbank de erkenning nietig moet verklaren (*anders*: A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 330 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 9, nr. 12). De gegrondheid van de vordering vereist het bewijs van niet-vaderschap.

§ 2. Voorwaarde voor de gegrondheid van de vordering: het bewijs van niet-vaderschap

A. BEWIJS DOOR ALLE WETTELIJKE MIDDELEN

1057 De erkenning wordt tenietgedaan indien door alle wettelijke middelen wordt bewezen dat de man die het kind erkend heeft niet de vader van het kind is (art. 330 § 2 eerste lid B.W.).

1058 De bewijslast i.v.m. het niet-vaderschap van de erkenner rust op de eisende partij.

B. INVULLING DOOR DE RECHTSPRAAK

1059 Inzake het bewijs van niet-vaderschap kan *mutatis mutandis* worden verwezen naar de principes en de rechtspraak die werden besproken bij de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot op tegenbewijs (art. 318 §§ 1 en 2 B.W.; zie boven, nrs. 829-834).

Hieronder wordt de rechtspraak vermeld die expliciet betrekking had op het bewijs van niet-vaderschap van de erkenner in een procedure tot betwisting van een erkenning o.g.v. artikel 330 B.W.

1. Rechtstreeks bewijs van niet-vaderschap d.m.v. een deskundigenonderzoek

1060 Het rechtstreeks bewijs dat er geen genetische band bestaat tussen het kind en zijn erkenner kan worden geleverd via een deskundigenonderzoek. Een bloedonderzoek of enig ander onderzoek volgens beproefde wetenschappelijke methodes kan door de rechtbank, zelfs ambtshalve, worden gelast o.g.v. artikel 331*octies* B.W.

Dit onderzoek kan zelf *post mortem* worden bevolen. Aangezien het vaststaat dat het mettertijd onzekerder wordt dat organen en weefsels kunnen worden weggenomen op het stoffelijk overschot van een overledene, meende de Voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel dat, die dringende noodzakelijkheid in acht genomen, moest worden toegestaan dat een wetsdokter het lichaam van de erkenner opgraaft en de nodige organen en weefsels wegneemt om nadien het genetisch patroon van de overledene vast te stellen (Kort Ged. Rb. Brussel 4 april 1995, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 679).

Een door de rechtbank – al dan niet ambtshalve – bevolen bloedonderzoek is tegenwerpelijk aan alle partijen in het geding (Rb. Aarlen 14 oktober 1988, *J.L.M.B.* 1989, 130 en *T.B.B.R.* 1989, 404).

1061 Uit het feit dat een partij zich verzet tegen het opleggen van een deskundigenonderzoek kan nog geen feitelijk vermoeden in het nadeel van de weigerende partij worden afgeleid.

Zo oordeelde het Hof van Beroep te Brussel dat uit het feit dat de moeder van het kind zich in haar conclusies principieel verzette tegen het opleggen van een DNA-deskundigenonderzoek in een geding tot betwisting van een erkenning dat was ingeleid door de erkenner zelf, niet kon worden afgeleid dat de erkenner niet de biologische vader van het kind was; het zich verzetten tegen het opleggen door de rechter van een DNA-onderzoek is één zaak, het zich verzetten tegen het ondergaan van een reeds door de rechter opgelegd DNA-onderzoek is een heel andere zaak (Brussel 7 januari 2003, *NjW* 2003, 134, noot RdC, err. *NjW* 2003, 292).

Pas wanneer een persoon effectief zonder geldig reden heeft geweigerd een door de rechter opgelegd deskundigenonderzoek te ondergaan, kan uit die onrechtmatige weigering, in combinatie met andere elementen van het dossier die in dezelfde richting wijzen, een feitelijk vermoeden in het nadeel van de weigerende partij worden afgeleid dat als basis kan dienen voor het oordeel of de erkenner al dan niet de vader is en op die manier meteen het oordeel van de rechtbank over de gegrondheid van de vordering tot betwisting van een erkenning determineert.

Zo oordeelde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel dat indien de moeder – zowel wat haarzelf als de kinderen betreft – weigert een bloedonderzoek te ondergaan in het raam van een vordering tot betwisting van de erkenning van twee kinderen, deze weigering, in combinatie met een geheel van zwaarwichtige vermoedens, die duidelijk en overeenstemmend zijn, de beslissing kan rechtvaardigen dat de erkenningen leugenachtig waren (Rb. Brussel 23 mei 1989, *J.T.* 1990, 744, noot (met daarin opgenomen het eindvonnis: Rb. Brussel 3 april 1990)).

1062 Indien een deskundigenonderzoek heeft aangetoond dat de erkenner niet de vader is en de erkenning in eerste aanleg nietig werd verklaard op basis van dit resultaat, dan lopen degenen die hoger beroep instellen tegen die beslissing de kans tot schadevergoeding wegens tergend en roekeloos hoger beroep te worden veroordeeld.

Het Hof van Beroep te Luik veroordeelde de moeder en de erkenner in een dergelijk geval tot betaling van 25000 BEF (€ 619,73) schadeloosstelling aan de man die de erkenning betwistte en door het deskundigenonderzoek als biologische vader werd aangewezen (Luik (1ste kamer) nr. 1997/RG/1382, 15 februari 1999, *onuitg.*).

Het loutere feit dat een erkenning leugenachtig is impliceert echter niet dat de erkenner tot schadevergoeding moet worden veroordeeld.

Zo oordeelde het Hof van Beroep te Luik uitdrukkelijk dat elke man de mogelijkheid heeft om een kind te erkennen waarvan hij niet de biologische vader is; dat geldt zeker wanneer de erkenner meer dan twee jaar met de moeder samenleefde en de biologische vader in die periode niets heeft ondernomen (Luik 16 maart 1999, *J.L.M.B.* 1999, 1529).

2. *Onrechtstreeks bewijs van niet-vaderschap*

1063 Hoewel een deskundigenonderzoek bevolen in toepassing van artikel 331*octies* B.W. ongetwijfeld de meeste zekerheid biedt en dus het sterkste bewijsmiddel is, aanvaardt de rechtspraak ook andere bewijsmiddelen.

Zo vernietigde het Hof van Beroep te Antwerpen de erkenning, nu de moeder verklaarde en ook uit de voorliggende stukken – zonder verdere specificatie – ontegensprekelijk kon worden afgeleid dat de erkenner niet de biologische vader was (Antwerpen 5 mei 1999, *A.J.T.* 1999-2000, 836, noot K. JACOBS).

– Het bewijs van niet-vaderschap kan ook via getuigen worden geleverd (Rb. Luik 31 januari 1994, *J.L.M.B.* 1995, 193).

– Concubinaat van de moeder met een andere man dan de erkenner gedurende het wettelijk tijdvak van de verwekking is weliswaar geen afdoend bewijsmiddel, maar zeker een aanwijzing die kan leiden tot de gegrondheid van de betwistingsvordering.

De betwistingsvordering van een vorige echtgenoot van de moeder werd gegrond verklaard nu hij (en niet de erkenner) met de moeder samenleefde gedurende de verwekkingsperiode, het kind pas erkend werd als het vijf jaar oud was en de moeder de erkenner pas drie jaar na de geboorte van het kind had leren kennen (Luik 22 januari 1991, *Rev. trim. dr. fam.* 1991, 385). Tegelijk werd hier het deugdelijk karakter van het bezit van staat en het biologisch vaderschap van de erkenner weerlegd (zie boven, nr. 1027).

– Het is ook mogelijk dat de leeftijd van de erkenner zijn vaderschap over het erkende kind uitsluit.

Zo verklaarde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen drie erkenningen nietig op vordering van de procureur des Konings in een geval waarin de erkenner slechts enkele maanden de moeder van de kinderen had gekend vooraleer tot erkenning over te gaan en hij slechts acht, tien en dertien jaar ouder was dan de erkende kinderen (Rb. Antwerpen 17 april 1989, *Pas.* 1989, III, 104, noot F.B.).

1064 Vereist blijft wel dat het niet-vaderschap van de erkenner op afdoende wijze wordt bewezen. De rechtbank kan niet volstaan met erop te wijzen dat er geen contact was tussen de erkenner en het kind, zelfs niet indien de desinteresse van de erkenner voor het kind en de procedure manifest is.

Bekritiseerbaar is in die optiek de beslissing van de Rechtbank van Eerste Aanleg om, bij verstek van de erkenner, diens erkenning nietig te verklaren, enkel en alleen op basis van de volgende overwegingen: "dat het erop lijkt dat het kind nooit contact heeft gehad met de versteklatende erkenner; dat deze nooit heeft voorzien in onderhoud of opvoeding van het kind; dat hij niet de minste interesse heeft laten blijken voor de procedure tot betwisting van zijn erkenning; dat noch zijn familie, noch de gemeenschap het kind hebben beschouwd als kind van de erkenner en dat uit de stukken voorgelegd tijdens de debatten volgt dat de erkenner nooit heeft samengeleefd met de moeder en vanaf de geboorte van het kind nooit met haar een gezin heeft gevormd (Rb. Charleroi (1ste kamer) 28 april 1988, *onuitg.*, aangehaald door D. PIRE, "Inédits de droit de la famille (V-3). Filiation", *J.L.M.B.* 1991, (1082) 1098).

§ 3. Geen toetsing van het belang van het kind

1065 Analyse van de rechtspraak leert dat partijen in een procedure tot betwisting van een erkenning de feitenrechters dikwijls verzoeken om rekening te willen houden met het belang van het kind. Het Hof van Cassatie verbiedt echter dat de rechtbank een soort opportuniteitscontrole doorvoert alvorens te oordelen of de erkenning al dan niet moet worden nietigverklaard.

1066 In 1995 stelde het hof vast dat artikel 330 B.W. niet bepaalt dat bij het al of niet tenietdoen van een erkenning rekening moet worden gehouden met het belang van het kind (Cass. 28 april 1995, *Arr. Cass.* 1995, 429 en *Pas.* 1995, I, 449). Nog in datzelfde jaar werd verduidelijkt dat wanneer een erkenning o.g.v. artikel 330 § 2 B.W. wordt betwist, de rechter bij het al dan niet tenietdoen van de erkenning geen rekening dient te houden met het belang van het kind (Cass. 11 september 1995, *Arr. Cass.* 1995, 766 en *Bull.* 1995, 792).

1067 Artikel 3.1 van het Internationaal Verdrag voor de Rechten van het Kind (I.V.R.K.) bepaalt in essentie dat bij alle maatregelen betreffende kinderen, ook deze die genomen worden door rechterlijke instanties, de belangen van het kind de eerste overweging vormen. Artikel 3.2 I.V.R.K. verwoordt de verbintenis van de Staten die partij zijn bij dit verdrag om het kind de nodige bescherming te verzekeren en daartoe alle passende wettelijke en bestuurlijke maatregelen te nemen.

In twee arresten van 4 november 1999 heeft het Hof van Cassatie de vraag naar de directe werking van artikel 3 I.V.R.K. negatief beantwoord door te oordelen "(...) dat die bepalingen, ook al kunnen zij nuttig zijn bij de interpretatie van teksten, op zichzelf niet voldoende nauwkeurig en volledig zijn om directe werking te hebben omdat zij verscheidene mogelijkheden aan de Staat laten om aan het belang van het kind te voldoen; dat zij niet kunnen gelden als bron van subjectieve rechten en verplichtingen voor particulieren; dat zij inzonderheid de mogelijkheid open laten voor de verbonden Staten en overheden om te bepalen hoe de belangen van het kind het best worden beschermd in verband met de wijze waarop de biologische afstamming wordt vastgesteld (...)" (Cass. C.99.0048.N en C.99.0111.N, 4 november 1999, *R.W.* 2000-01, 232, noot A. VANDAELE).

Deze arresten werden gewezen naar aanleiding van een betwisting van een erkenning o.g.v. artikel 330 B.W.; in beide zaken werd de voorziening in cassatie ingesteld tegen arresten van het Hof van Beroep te Gent.

– Nadat in eerste aanleg de erkenning van drie kinderen door een man nietig was verklaard en tegelijk was geoordeeld dat de erkenning door een andere man – de biologische vader – kon plaatsvinden, ondanks toestemmingsweigering van de moeder, stelde zij samen met de eerste erkenner hoger beroep in. In een tussenarrest werden de partijen o.m. uitgenodigd te concluderen omtrent de toepasselijkheid van artikel 3.1 I.V.R.K. en werd hun persoonlijke verschijning en deze van de drie erkende minderjarige kinderen bevolen (Gent (1ste kamer) nr. 1996/AR/382, 10 oktober 1996, *onuitg.*). In zijn eindarrest was het hof de mening toegedaan dat "wanneer een vordering betrekking heeft op (de afstamming van) kinderen – [on]afgezien van wie de vordering uitgaat – het internationaal recht de rechter dwingt tot in acht name van de belangen van deze kinderen, meer nog hun belang – luidens artikel 3 van het Kinderrechtenverdrag (dat een scharnierfunctie, een algemene draagwijdte heeft waaraan alle verdragrechtelijk gegarandeerde rechten dienen getoetst) – de belangrijkste overweging uitmaakt". Concreet betekende dit dat het hof zich boog "over de vraag naar het concreet belang van de kinderen [bij] het teniet doen van de bestaande afstammingsband met [de eerste erkenner] en het creëren van de mogelijkheid tot het scheppen van eenzelfde band met [de biologische vader], zonder dat abstractie kan worden gemaakt van de concrete beleving van die afstammingsband". Het hof besloot dat niet kon worden geoordeeld dat de erkenning van de betrokken kinderen door de biologische vader kan plaatsvinden, "gezien de strijdigheid van deze erkenning met hun belangen (art. 3 Kinderrechtenverdrag)" en dat "er geen reden is de voorafgaande nietigverklaring van de erkenning van dezelfde kinderen [...] in te willigen, als zijnde (ten andere) eveneens strijdig met hun belangen" (Gent (1ste kamer) nr. 1996/AR/382, 12 maart 1998, *onuitg.*).

In de eerste zaak vernietigde het Hof van Cassatie het bestreden arrest dat rekening hield met de belangen van de kinderen en beklemtoonde het nogmaals expliciet de stelling die het in 1995 reeds had ingenomen, nl. dat het "niet aan de rechter toekomt de bescherming van de belangen van het kind die door de wetgever is geboden terzijde te schuiven ten voordele van een eigen appreciatie die de rechter meer gepast vindt" (Cass. C.99.0048.N., 4 november 1999, *R.W.* 2000-01, (232), 232).

In het arrest op verwijzing bevestigde het Hof van Beroep te Brussel – nu afdoende was bewezen dat de eerste erkenner niet de biologische vader was en het kind geen deugdelijk bezit van staat had t.a.v. deze man – het vonnis in eerste aanleg dat de erkenning vernietigde en oordeelde het dat de erkenning door de biologische vader kan plaatsvinden zonder toestemming van de moeder (Brussel (3de kamer) A.R. nr. 2000/AR/263, 8 juni 2000, *onuitg.*).

– Nadat in eerste aanleg een niet met de biologische werkelijkheid overeenstemmende erkenning op vordering van de grootmoeder van het kind (moeder van de erkenner) nietig was verklaard, betwistte de moeder van het kind in hoger beroep deze nietigverklaring, enerzijds omdat zij meende dat de grootmoeder van het kind niet betwistingsgerechtigd was en anderzijds omdat zij van oordeel was dat haar kind bezit van staat had t.a.v. de erkenner. Het Hof van Beroep te Gent hervormde het bestreden vonnis na de vaststelling dat voldoende en betekenisvolle elementen wezen op het ondubbelzinnig bezit van staat in hoofde van het kind t.a.v de erkenner. De oorspronkelijke vordering tot betwisting van de erkenning werd niet-toelaatbaar verklaard wegens bezit van staat (Gent (1ste kamer) nr. 1997/AR/ 1547, 30 januari 1998, *onuitg.*). Daarop stelde de grootmoeder van het kind een voorziening in cassatie in, waarin zij o.m. de schending van artikel 3.1 I.V.R.K. opwierp.

In de tweede zaak verwierp het Hof van Cassatie de voorziening tegen het bestreden arrest waarin bij de beoordeling van de vordering tot nietigverklaring van de erkenning geen rekening was gehouden met het belang van het kind. Het hof was van mening dat de artikelen 330 § 2 en 332[*bis*] B.W. in een regeling hebben voorzien waarbij de belangen van het kind worden beschermd (Cass. C.99.0111.N., 4 november 1999, *R.W.* 2000-01, (232) 233). In dit laatste arrest lijkt het Hof van Cassatie er o.m. van uit te gaan dat de verplichte afwijzing van het verzoek tot betwisting van een erkenning wanneer het kind bezit van staat heeft t.a.v. de erkenner steeds in het belang van het kind plaatsvindt.

1068 Na vier cassatiearresten kan er geen twijfel meer bestaan over het feit dat het belang van het kind geen enkele rol mag spelen bij het al dan niet tenietdoen van een erkenning. Aangenomen moet worden dat het aan de rechtbank niet toekomt om een opportuniteitscontrole door te voeren bij de beoordeling van de betwistingsvordering.

De kamer van het Hof van Beroep te Gent die de arresten wees waartegen de voorziening door het Hof van Cassatie werd beantwoord in zijn arresten van 4 november 1999, heeft de daarin ontwikkelde visie inmiddels integraal overgenomen (zie Gent (1ste kamer) nr. 1997/AR/596, 5 december 2002, *onuitg.*).

§ 4. Procedureregels

A. TITULARISSEN VAN DE VORDERING

1. Wettelijke regeling (art. 330 § 1 eerste en derde lid B.W.)

a. "Iedere belanghebbende": een louter vermogensrechtelijk belang volstaat

1069 Luidens artikel 330 § 1 eerste lid B.W. kan een erkenning door iedere belanghebbende worden betwist.

Onder het oude afstammingsrecht bepaalde artikel 339 (oud) B.W. dat elke erkenning door de vader of door de moeder en elke inroeping van staat van de zijde van het kind kon worden betwist "door ieder die daarbij belang heeft". Uit deze bepaling werd afgeleid dat een erkenning door een persoon met een louter patrimoniaal belang kon worden betwist (W. DELVA, *Personen- en familierecht*, Gent, E. Story-Scientia, 1982, p. 394; H. DE PAGE, *Traité*, I, 1201, nr. 1146; J.M. PAUWELS,

Personen- en familierecht, III, *Jeugdrecht - Verwantschapsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1986, 51, nr. 15.94, met verwijzingen naar rechtspraak).
Het Hof van Cassatie oordeelde dat artikel 339 (oud) B.W. van algemene aard is en *onder andere* (eigen cursivering) van toepassing is op ieder die kan doen blijken van een moreel belang (Cass. 18 december 1980, *Arr. Cass.* 1980-81, 447, *Pas.* 1981, I, 451 en *R.W.* 1981-82, 1537, noot).

1070 Er bestaat diepgaande verdeeldheid in de rechtsleer over de vraag of een louter materieel (patrimoniaal) belang volstaat om de vordering tot betwisting van een erkenning te kunnen inleiden, dan wel of een moreel belang in hoofde van de betwistende partij vereist is.

Verschillende auteurs zijn van oordeel dat – net zoals voor elke andere rechtsvordering tot betwisting van staat (zie art. 332*bis* eerste lid B.W.) – een niet louter vermogensrechtelijk belang een ontvankelijkheidsvoorwaarde is voor de vordering tot betwisting van een erkenning.

In die zin: A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 330 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 2-3, nr. 1; J. DALCQ, "La réforme du droit de la filiation", *J.T.* 1987, (393) 398, nr. 26; H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité*, II/2, 896, nr. 903, voetnoot 3; M.-Th. MEULDERS-KLEIN, "L'établissement et les effets personnels de la filiation selon la loi belge du 31 mars 1987", *Ann. dr. Louvain* 1987, (213) 275, nr. 124; D. PIRE, "Droit judiciaire de la filiation", *Act. dr.* 1991, (689) 698, nr. 9 en voetnoot 39; V. POULEAU, "Propos sur les modes de preuve retenus en matière d'établissement et de contestation de la filiation en droit belge", *Rev. trim. dr. fam.* 1995, (613) 639, nr. 49; J. VAN COMPERNOLLE, "Aspects judiciaires des actions relatives à la filiation", *Ann. dr. Louvain* 1987, (319) 328).

Deze strekking in de rechtsleer steunt zich op de bedoeling van de wetgever, zoals die tot uiting is gekomen in de voorbereidende werken van de Afstammingswet.

In het verslag van de eerste senaatscommissie zijn verschillende argumenten terug te vinden ter staving van de stelling dat een louter patrimoniaal belang onvoldoende is om een gedane erkenning te kunnen betwisten. De toekenning van een betwistingsrecht aan schuldeisers – personen met een louter vermogensrechtelijk belang – werd "uiteraard onaanvaardbaar" geacht (Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 101). Tevens kwam meermaals het streefdoel van de wetgever tot uiting om de erkenning als wijze van vaststelling van de afstamming dezelfde stabiliteit toe te kennen als de vaststelling van de afstamming langs vaderszijde van een huwelijks kind door de vaderschapsregel. Tussen beide vaststellingswijzen diende een zo groot mogelijk parallellisme te bestaan, met als hoofdbekommernis de rechtszekerheid van het kind te waarborgen (Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 102). Het vaderschap van de echtgenoot kan enkel worden betwist door de leden van het kerngezin die limitatief in de wet worden opgesomd (art. 332 eerste lid B.W.); dit zijn personen met een patrimoniaal belang, maar zeker ook met een moreel belang. Er werd zelfs expliciet in de senaatscommissie overwogen: "Als belanghebbenden zouden alleen mogen worden beschouwd degenen die een morele band met het kind kunnen inroepen zoals o.m. de grootouders, de broers en de zusters. Zij die enkel een successoraal belang inroepen, komen niet in aanmerking, vermits dit belang zich enkel zal richten op de nalatenschap" (Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 102). Uit een vergelijkend schematisch overzicht van de doorgevoerde wijzigingen ten opzichte van het vroegere recht kan eveneens worden afgeleid dat de wetgever wenste dat de betwistingsvordering niet meer door iedere belanghebbende zou kunnen worden ingesteld, maar dat men over een niet [louter] vermogensrechtelijk belang diende te beschikken (Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 173).

Dit standpunt is eveneens gebaseerd op een zeer beperkte interpretatie van het voorbehoud opgenomen in de aanhef van artikel 332*bis* eerste lid B.W., dat

het gemeen recht inzake de titularissen van de rechtsvorderingen tot betwisting van staat bevat.

In het verslag van de kamercommissie antwoordde prof. VIEUJEAN op een vraag van de heer BOURGEOIS, die peilde naar het verband tussen de artikelen 330 en 332*bis* B.W., dat de woorden "Onverminderd artikel 330" in werkelijkheid betekenen "Onverminderd de beperkingen bepaald in het tweede en het derde lid van § 1 van artikel 330" (Verslag kamercommissie, *Parl. St.* Kamer 1985-86, nr. 378/16, 53; eveneeens uitdrukkelijk in die zin: Gent (1ste kamer) nr. 1997/AR/ 1547, 30 januari 1998, *onuitg.*, waar in een *obiter dictum* werd overwogen: "de discussie tussen partijen omtrent de draagwijdte van het eerste lid van artikel 332*bis* B.W. – "onverminderd artikel 330 B.W." – dient aan de hand van de voorbereidende weken aldus gelezen dat de wetgever geen afbreuk beoogde aan de beperkingen opgenomen in artikel 330 § 1 alinea 2 en 3, en niet wenste te tornen aan het principe van de niet-toelaatbaarheid bij louter vermogensrechtelijke belangen (...)").

Er is ook rechtspraak die een niet louter vermogensrechtelijk belang in hoofde van de betwistende partij vereist (zie o.m. Bergen 4 februari 1992, *J.T.* 1992, 313; Rb. Brussel 28 juni 1988, *Pas.* 1989, III, 21; Rb. Brussel 23 mei 1989, *J.T.* 1990, 744, noot; Rb. Brussel 19 mei 1992, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 665; Rb. Luik 12 februari 1993, *J.L.M.B.* 1995, 191; Rb. Bergen 23 september 1987, *Rev. trim. dr. fam.* 1990, 284).

De argumenten, geput uit de parlementaire stukken, voor de stelling dat de personen die een gedane erkenning kunnen betwisten moeten worden beperkt tot degenen met een niet louter vermogensrechtelijk belang, kunnen niet overtuigen.

De woorden "Onverminderd artikel 330" in de aanhef van artikel 332*bis* B.W. maken immers geen onderscheid tussen de verschillende onderdelen van deze bepaling en wijzen dus op het volledige wetsartikel, met inbegrip van het eerste lid van de eerste paragraaf dat stelt dat de erkenning door iedere belanghebbende kan worden betwist (*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*). Ons inziens kunnen de woorden "onverminderd artikel 330" worden geïnterpreteerd als "zonder afbreuk te doen aan de mogelijkheid om met een louter vermogensrechtelijk belang op te treden bij toepassing van artikel 330" (zoals reeds opgemerkt door A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 330 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 3, nr. 1, voetnoot 2, die nochtans een andere mening zijn toegedaan).
Artikel 330 B.W. werd door de wetgever zelf in verband gebracht met artikel 332*bis* B.W., maar de wettekst van artikel 332*bis* eerste lid B.W. wijst er geenszins op dat beide bepalingen samen dienen te worden gelezen, wel integendeel. Uit het feit dat artikel 332*bis* eerste lid B.W. pas na de verwijzing naar artikel 330 B.W. *in globo*, de moreel belanghebbenden (personen die van enig belang doen blijken dat niet louter vermogensrechtelijk is) beoogt als titularissen van de "andere" rechtsvorderingen tot betwisting van staat (dan de rechtsvorderingen tot betwisting van een erkenning o.g.v. art. 330 B.W. en de rechtsvorderingen tot betwisting van het vaderschap waarvan de procedureregels werden opgenomen in art. 332 B.W.), kan *a contrario* worden afgeleid dat personen met een louter vermogensrechtelijk belang als belanghebbenden in de zin van artikel 330 § 1 eerste lid B.W. mogen worden aangemerkt.

1071 Ons inziens kan een moreel belang dus niet worden vereist; een louter materieel belang volstaat om de vordering tot betwisting van een erkenning in te leiden (in dezelfde zin: G. BAETEMAN, *Overzicht*, 626, nr. 1012; J. GERLO, *Handboek Personen- en familierecht*, 59, nr. 134; J. GERLO, "De afstamming langs moederszijde en vaderszijde", in G. BAETEMAN (ed.), *Afstamming en adoptie*, Brussel, E. Story-Scientia, 1987, 111-112, nr. 131; J. MELLAERTS, "Afstammingsgeschillen: een procesrechtelijke benadering", *T.P.R.* 1991, (1139) 1166, nrs. 68-69; P. SENAEVE, *Compendium*, 328-329, nr. 834).

Deze visie impliceert dat een schuldeiser de erkenning van een kind die door zijn schuldenaar werd gedaan kan betwisten als hij blijk geeft van zijn – louter vermogensrechtelijk – belang bij de nietigverklaring van deze erkenning.

Dit zal bv. het geval zijn als een man een kind heeft erkend en zijn schulden t.a.v. een bepaalde schuldeiser niet (meer) kan betalen nadat hij werd aangesproken tot het betalen van onderhoudsgeld voor het erkende kind (zie art. 203 § 1 B.W.). Dat de schuldeiser onbetaald zal blijven na een vonnis dat de erkenner veroordeelt tot het betalen van onderhoudsgeld voor het erkende kind is niet denkbeeldig, gelet op het zgn. "supervoorrecht" van de alimentatieschuldeiser, bepaald in artikel 1412 tweede lid Ger. W. De vraag rijst of de schuldeiser over het vereiste belang beschikt om de betwistingsvordering reeds in te stellen vooraleer de erkenner (schuldenaar) door een rechter veroordeeld is tot het betalen van onderhoudsgeld ten behoeve van het kind. Onder gelding van het oude afstammingsrecht oordeelde het Hof van Cassatie dat de draagwijdte van artikel 339 (oud) B.W. niet wordt beperkt door de artikelen 17 en 18 Ger. W. (Cass. 18 december 1980, *Arr. Cass.* 1980-81, 447, *Pas.* 1981, I, 451 en *R.W.* 1981-82, 1537, noot). Transpositie van deze cassatierechtspraak i.v.m. artikel 339 (oud) B.W. naar het huidige artikel 330 § 1 eerste lid B.W. vormt een argument voor de stelling dat de schuldeiser geen reeds verkregen en dadelijk belang (vgl. art. 18 eerste lid Ger. W.) zou moeten hebben bij het inleiden van zijn vordering tot betwisting van de erkenning die door zijn schuldenaar werd verricht. Wanneer de erkenning nietig wordt verklaard, vervalt de onderhoudsplicht van de erkenner t.o.v. het erkende kind, waardoor de schuldeiser – weliswaar voor de toekomst – zijn aanspraken op het vermogen van de erkenner in grotere mate dan voordien zal kunnen laten gelden.

b. Uitsluiting van bepaalde categorieën personen

1072 Luidens artikel 330 § 1 derde lid B.W. kan de erkenning van het vaderschap niet worden betwist door hen die partij zijn geweest bij een beslissing waarbij de erkenning is toegestaan overeenkomstig artikel 319 § 3 vierde lid B.W., of bij een beslissing waarbij de vernietiging krachtens artikel 319 § 4 B.W. is afgewezen.

1073 Indien na de toestemmingsweigering van de moeder en/of het niet-ontvoogd minderjarig kind dat de leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt, de rechtbank overeenkomstig artikel 319 § 3 vierde lid B.W. heeft geoordeeld dat de erkenning toch kan plaatsvinden, dan kunnen zij als partij bij deze beslissing, de erkenning niet meer betwisten, ook niet o.g.v. enig wilsgebrek.
Hetzelfde geldt voor de wettelijke vertegenwoordiger en het niet-ontvoogd minderjarig kind dat de volle leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt, in een procedure tot nietigverklaring van een erkenning in de bijzondere hypothese van artikel 319 § 4 B.W., wanneer de rechtbank heeft geweigerd deze – eventueel zonder toestemming(en) gedane – erkenning te vernietigen.

Partij bij dergelijke beslissingen kunnen dus zijn:
- de erkenner;
- de moeder;
- de wettelijke vertegenwoordiger van het kind;
- het kind zelf indien het de leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt.

1074 Wanneer het niet-ontvoogd minderjarig kind dat de leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt persoonlijk partij is geweest in het geschil over de voorgenomen erkenning (art. 319 § 3 vierde lid B.W.) of de nietigverklaring van de erkenning (art. 319 § 4 B.W.), dan kan het deze erkenning zelf niet meer betwisten. Nu rijst de vraag of het kind dat op het ogenblik van de erkenning de leeftijd van vijftien jaar niet had bereikt en daarin dus niet moest toestemmen, de erkenning achteraf nog kan betwisten.

Wanneer de erkenning heeft plaatsgevonden met toestemming van de moeder (art. 319 § 3 B.W.) kan deze vraag ondubbelzinnig positief worden beantwoord. De moeder stemt dan persoonlijk toe tot de erkenning, niet als vertegenwoordiger van het kind. Het kind kan dan geenszins als "partij" worden beschouwd (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 330 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 4, nr. 4).

Meer twijfel over het betwistingsrecht van het kind kan bestaan wanneer een vordering tot nietigverklaring van de erkenning (art. 319 § 4 B.W.) werd ingesteld door de wettelijke vertegenwoordiger van het kind en die vordering werd afgewezen. Dan zou kunnen worden aangevoerd dat het kind gedurende die procedure vertegenwoordigd was door zijn wettelijke vertegenwoordiger en dus ook partij was in het geding. Wie deze stelling volgt, moet tot het besluit komen dat het kind de erkenning niet meer kan betwisten (in die zin: A. HEYVAERT, "De afstamming langs vaderszijde buiten het huwelijk", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1987, 190-191, nr. 287).
Ons inziens moet echter worden aangenomen dat de wettelijke vertegenwoordiger in het geding tot vernietiging van de erkenning niet optreedt in naam van het kind, maar o.g.v. een eigen recht (zie in die zin J. MELLAERTS, "Afstammingsgeschillen: een procesrechtelijke benadering", *T.P.R.* 1991, (1139) 1147, nr. 11, die het evenwel enkel heeft over de rol van de wettelijke vertegenwoordiger van een minderjarige van 15 jaar of ouder). Het kind, jonger dan vijftien jaar, is nooit partij in dergelijk geding (Cass. 29 april 1993, *Arr. Cass.* 1993, 416, *Pas.* 1993, I, 411 en *R.W.* 1993-94, 508, noot), ook al kan het worden gehoord. Daarom moet worden aangenomen dat het kind de erkenning achteraf nog kan betwisten onder de voorwaarden van artikel 330 B.W.

2. Invulling van het begrip "belanghebbende" door de rechtspraak

1075 Nagenoeg alle rechtscolleges vereisen een moreel belang in hoofde van degene die een erkenning aanvecht o.g.v. artikel 330 B.W., dikwijls met verwijzing naar artikel 332*bis* eerste lid B.W. Er is geen enkele rechterlijke uit-

spraak bekend waarin werd geoordeeld over de vordering van een persoon die o.g.v. een louter patrimoniaal belang beweerde gerechtigd te zijn om een gedane erkenning te betwisten.

1076 Vanuit praktisch oogpunt wordt de rechtspraak aangaande het vereiste belang om gerechtigd te zijn een erkenning te betwisten hieronder ingedeeld volgens de hoedanigheid van de betwistende partij. De onderscheiden categorieën titularissen van de betwistingsvordering worden benoemd volgens hun afstammingsrelatie tot het erkende kind.

a. Grootouders

1077 Een meerderheidsstrekking in de rechtspraak lijkt te aanvaarden dat de grootouders van het kind vanuit die hoedanigheid het vereiste belang hebben om de erkenning van het kind dat juridisch hun kleinkind is te betwisten. Dit geldt zeker voor de ouders van de erkenner, die een specifiek (moreel) belang hebben bij de betwisting van een erkenning die door hun zoon werd gedaan (Luik 11 januari 1999, *T.B.B.R.* 2000, 180, noot), maar hetzelfde wordt aanvaard voor de ouders van de moeder van het kind (Rb. Brussel 19 mei 1992, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 665: ook zij hebben een wettig moreel belang).

Het Hof van Beroep te Bergen overwoog uitdrukkelijk dat de grootouders langs vaderszijde een zeker moreel belang hebben bij de betwisting van de erkenning; dat belang kan erin bestaan dat na de betwisting hun naam niet meer gedragen zal worden door een kind waarvan is vastgesteld dat zij er niet de grootouders van zijn (Bergen 4 februari 1992, *J.T.* 1992, 313 en *Rev. trim. dr. fam.* 1992, 371).

De Rechtbank van Eerste Aanleg te Luik oordeelde dat de moeder van de erkenner doet blijken van een voldoende moreel belang om de erkenning te betwisten wanneer zij wenst dat de juridische toestand van het kind zou overeenstemmen met de biologische werkelijkheid (Rb. Luik 12 februari 1993, *J.L.M.B.* 1995, 191). In dezelfde zin was de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent van oordeel dat de moeder van de erkenner een moreel belang heeft om de erkenning die door haar zoon werd gedaan te betwisten; zij is gerechtigd de juridische situatie van het kind in overeenstemming te brengen met de biologische situatie in relatie met haar familie (Rb. Gent 5 april 2001, *T.G.R.* 2001, 168).
Het Hof van Beroep te Gent bevestigde dat grootouders van het kind de betwistingsvordering kunnen instellen omdat zij een voldoende belang hebben dat het vermogensrechtelijke overstijgt. Het hof merkte op dat grootouders een belangrijke sociale en opvoedkundige rol hebben t.o.v. hun kleinkinderen en een moreel belang kunnen laten gelden om de onterechte erkenning van een kind dat als afstammeling zou doorgaan en de familienaam zou dragen te betwisten. Ook wanneer de grootouders het kind in een bepaalde periode en bepaalde omstandigheden zouden hebben aanzien als hun kleinkind, zou dit gegeven de betrokkenen in beginsel het vereiste belang niet ontnemen (Gent (1ste kamer) nr. 2000/AR/1820, 3 oktober 2002, *onuitg.*; met *quasi* identieke bewoordingen: Gent (1ste kamer) nr. 1998/AR/1787, 30 november 2000, *onuitg.*; Gent (1ste kamer) nr. 1997/AR/1547, 30 januari 1998, *onuitg.*).

In een procedure waarbij de grootvader langs vaderszijde de erkenning door zijn zoon wenste te betwisten, overwoog de Voorzitter van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel nochtans dat de erkenning door elke belanghebbende kan worden betwist, "indien deze blijk geeft" van een niet louter patrimoniaal belang (Kort Ged. Rb. Brussel 4 april 1995, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 679).

b. Ooms en tantes

1078 Het is opmerkelijk dat wanneer een broer of zus van de erkenner diens erkenning wenst te betwisten, de rechtspraak bij de beoordeling van de vraag of de eisende partij over het vereiste belang beschikt, haar oordeel soms laat afhangen van het feit of het huwelijk tussen de erkenner en de moeder van het kind al dan niet reeds ontbonden is op het ogenblik dat de betwistingsvordering werd ingeleid. Pas na echtscheiding zou er sprake kunnen zijn van het vereiste belang.

Voor de Rechtbank van Eerste Aanleg te Luik probeerde de zus van de erkenner – dus een tante van het kind – op verzoek van haar broer, de erkenning te betwisten omdat de erkenner zelf geen wilsgebrek kon aantonen. De rechtbank oordeelde dat zolang de echtscheidingsprocedure niet was beëindigd en verzoening nog mogelijk was, niet kon worden aangenomen dat de zus van de erkenner over een specifiek belang beschikt. Zij zou volgens de rechtbank eventueel wel het vereiste belang kunnen hebben bij de betwisting van de erkenning wanneer haar broer uit de echt gescheiden zal zijn; op dat moment zal het volgens de rechtbank misschien wenselijk zijn alle juridische banden tussen de twee families te verbreken (Rb. Luik 24 juni 1994, *J.L.M.B.* 1995, 196).

Vanuit diezelfde redenering verklaarde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Neufchâteau de erkenning nietig, o.m. op vordering van de broer van de erkenner – dus een oom van het kind –, nadat de erkenner uit de echt gescheiden was en zijn broer terecht mocht verlangen dat alle juridische banden tussen beide families zouden verbroken worden (Rb. Neufchâteau 2 juni 1999, *R.R.D.* 2000, 66, noot N. DENIES).

De rechtspraak vereist dus niet alleen een niet louter vermogensrechtelijk belang in hoofde van de betwistende partij, maar weigert daarenboven ook te aanvaarden dat ooms en tantes o.g.v. hun verwantschap met het kind steeds over het vereiste moreel belang beschikken. Hun moreel belang wordt *in concreto* getoetst.

Zo oordeelde het Hof van Beroep te Luik dat de zus van de erkenner in artikel 330 B.W. het recht vindt diens erkenning te betwisten als zij een niet louter vermogensrechtelijk belang heeft (vgl. art. 332*bis* eerste lid B.W.); een morele band met het kind volstaat. *In casu* oordeelde het hof dat haar betwistingsvordering onontvankelijk was bij gebrek aan wettig belang, nu ze zich gedurende twee jaar tevreden had gesteld met de erkenning en haar vordering slechts was ingesteld na het mislukken van een echtscheidingsprocedure door onderlinge toestemming waarbij de ontwerpversie van de voorafgaande overeenkomst de vader onthief van zijn verplichting bij te dragen in het onderhoud van het kind. De vordering van de zus van de erkenner leek er volgens het hof ook op gericht de vader te moeten toelaten de vernietiging van de erkenning te verkrijgen die hijzelf niet wettelijk kon bekomen (Luik 2 juni 1998, *J.T.* 1998, 811 en *Rev. trim. dr. fam.* 1999, 552; *in casu* had het kind overigens ook bezit van staat t.a.v. de erkenner).

c. Andere bloedverwanten van het kind

1079 Andere bloedverwanten die voor het kind hebben gezorgd, beschikken alleszins ook over het vereiste belang om de erkenning te betwisten.

Het Hof van Cassatie oordeelde onder gelding van het oude afstammingsrecht dat artikel 339 (oud) B.W. van algemene aard is en *onder andere* (eigen cursivering) van toepassing is op ieder die kan doen blijken van een moreel belang; dit belang kan volgens het hof uitgaan van een voortdurende genegenheid en toewijding voor het erkende kind wegens bloedverwantschap, ook al bestaat er tussen de personen die de erkenning betwisten en het erkende kind geen juridische

verwantschapsband (Cass. 18 december 1980, *Arr. Cass.* 1980-81, 447, *Pas.* 1981, I, 451 en *R.W.* 1981-82, 1537, noot, in een geval dat de erkenning werd betwist door een nicht van de – overleden – moeder).

d. De beweerde biologische vader

1080 De man die beweert de biologische vader te zijn van het door een andere man erkende kind, heeft belang bij de betwisting van deze erkenning, zodat hij zelf gerechtigd is om de betwistingsvordering in te leiden.

Zo oordeelde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel dat de man die de erkenning door een andere man betwistte, met het doel zijn eigen vaderschap te laten vaststellen o.g.v. artikel 322 B.W., belang heeft in de zin van artikel 332*bis* eerste lid B.W. (Rb. Brussel 28 juni 1988, *Pas.* 1989, III, 21).

Diezelfde rechtbank was zelfs van oordeel dat wanneer de biologische vader van een kind de erkenning van dit kind door een andere man wil betwisten, het geenszins noodzakelijk is dat hij zelf het kind erkent. Opdat zijn vordering ontvankelijk zou zijn volstaat het dat er aanwijzingen bestaan (bv. feiten die wijzen op een gemeenschappelijk leven met de moeder, aanwezigheid bij het doopsel en andere belangrijke gebeurtenissen in het leven van het kind) die toelaten te overwegen dat de eiser belang heeft bij de vordering, zonder dat de rechtbank zich in het raam van de betwisting van de erkenning moet uitspreken over het eventueel vaderschap van de eiser (Rb. Brussel (12de kamer) 20 december 1988, *onuitg.*, besproken door D. PIRE, "Inédits de droit de la famille (V-3). Filiation", *J.L.M.B.* 1991, (1082) 1096).

In een zaak waarin een man minder dan twee jaar na de geboorte van een kind van zijn ex-partner een procedure o.g.v. artikel 319 § 3 B.W. had gestart, maar dit kind tijdens de procedure door de echtgenoot van de moeder werd erkend, oordeelde het Hof van Beroep te Gent dat deze man als mogelijke biologische vader duidelijk belanghebbende is in de zin van artikel 330 § 1 eerste lid en artikel 332*bis* B.W. om de erkenning van de echtgenoot te betwisten (Gent (1ste kamer) nr. 1997/AR/596, 5 december 2002, *onuitg.*).

e. Het meerderjarig kind zelf

1081 Wanneer het kind geen partij is geweest bij een beslissing waarbij de erkenning is toegestaan overeenkomstig artikel 319 § 3 vierde lid B.W., of bij een beslissing waarbij de vernietiging krachtens artikel 319 § 4 B.W. is afgewezen, kan het – na zijn meerderjarigheid – zelf zijn erkenning door een man betwisten.

De voorbeelden uit de rechtspraak waarin een meerderjarig kind zelf de betwistingsvordering inleidt zijn schaars (zie voor een toepassingsgeval: Brussel 30 januari 2003, *NjW* 2003, 709, noot RdC: een 25-jarige jongeman die geboren was uit een Italiaanse moeder en op éénjarige leeftijd door een Franse man in België was erkend, slaagde erin deze erkenning te betwisten).

f. Het Openbaar Ministerie

1082 De vraag rijst of de procureur des Konings wel als een "belanghebbende" in de zin van artikel 330 § 1 eerste lid B.W. kan worden beschouwd en uit deze bepaling een eigen recht kan putten om een leugenachtige erkenning te betwisten.

Wellicht is dit niet het geval: het Openbaar Ministerie heeft immers geen persoonlijk belang bij het instellen van een vordering tot betwisting van een leugenachtige erkenning; het belang van de maatschappij kan wel met dit initiatief gediend zijn.

In de voorbereidende werken werd bij de bespreking van artikel 330 B.W. nochtans uitdrukkelijk vermeld: "Tot de belanghebbenden behoort ook de procureur des Konings wanneer de openbare orde in gevaar wordt gebracht ingeval een erkenning aanleiding geeft tot een toestand die behoort rechtgezet te worden". Als voorbeeld werd de situatie geschetst waarin de concubant van een vrouw haar kind erkent hoewel hij niet de vader is, teneinde de vervallenverklaring van [bedoeld wordt wellicht: de gevolgen van de ontzetting uit] het ouderlijk gezag van de vrouw tegen te gaan (Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 103).

De gevolgen van een uitspraak waarin de jeugdrechtbank de moeder uit het ouderlijk gezag ontzet, zouden inderdaad kunnen worden omzeild doordat de erkenner via zijn erkenning de hoedanigheid van ouder en – daarmee gepaard gaand – op zijn beurt ouderlijk gezag over het kind verwerft; hij zou dit eventueel onder invloed van zijn vrouwelijke partner (de ontzette moeder) kunnen uitoefenen. Wanneer de jeugdrechtbank de volledige of gedeeltelijke ontzetting uit het ouderlijk gezag uitspreekt, wordt een zgn. "provoogd" aangewezen, die de rechten van de ontzette ouder zal uitoefenen (art. 34 eerste lid Jeugdbeschermingswet). Indien hij het kind vóór het vonnis dat de ontzetting uitspreekt heeft erkend en dit niet in strijd is met de belangen van de minderjarige, zou de erkenner zelfs – als niet-ontzette ouder – als provoogd kunnen worden aangewezen (zie art. 34 derde lid Jeugdbeschermingswet), waardoor hij bovendien ook nog de ouderlijke rechten van de ontzette moeder zou kunnen uitoefenen.

In de gepubliceerde rechtspraak is een soortgelijk geval terug te vinden. Een moeder was ingegaan op een krantenadvertentie van een geestelijke die aanbood om elk kind dat hem werd toevertrouwd onderhoud te verschaffen en had haar kind van zes maanden oud afgestaan aan deze man die door de kerkelijke overheden al zijn bevoegdheden was ontnomen, al verschillende veroordelingen had opgelopen en zowel met een vrouw als met een man samenleefde. Omdat zij tien jaar later weigerde het kind opnieuw onder haar hoede te nemen, nu gebleken was dat het niet in een geschikt milieu opgroeide, werd zij door de rechtbank uit haar ouderlijke macht ontzet, waarna de familieraad een voogd had aangesteld. De geestelijke, die steeds had geweigerd zich te onderwerpen aan de beslissingen die m.b.t. het kind werden genomen in uitvoering van het vonnis en de beslissing van de familieraad, ging een jaar na het vonnis dat de ontzetting uitsprak over tot erkenning van het kind als laatste redmiddel om afbreuk te doen aan de genomen beslissingen. Het Openbaar Ministerie stelde een vordering tot betwisting van zijn erkenning in. De Rechtbank van Eerste Aanleg te Doornik overwoog m.b.t. de ontvankelijkheid van de vordering dat het [opgeheven] artikel 46 van de Wet van 20 april 1810 sur l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice het Openbaar Ministerie het recht geeft om ambtshalve de uitvoering te benaarstigen van vonnissen waarvan de bepalingen de openbare orde aanbelangen, dat de [opgeheven] Wet van 15 mei 1912 die de ontzetting uit de ouderlijke macht organiseerde de openbare orde raakte en dat daaruit volgde dat het Openbaar Ministerie ambtshalve kon optreden om een einde te maken aan manoeuvres die er zouden toe strekken om vonnissen m.b.t. deze materie alle effectiviteit te doen verliezen. M.b.t. de grond van de zaak overwoog de rechtbank dat het Openbaar Ministerie kan bewijzen dat de bestreden erkenning niet overeenstemt met de feitelijke realiteit. De bestreden erkenning werd vernietigd, enerzijds omdat ze niet aan de werkelijkheid beantwoordde en anderzijds omdat ze afbreuk deed aan het vonnis dat de moeder uit het ouderlijk gezag ontzette, juist omwille van het feit dat zij haar kind in de handen van de (latere) erkenner had achtergelaten (Rb. Doornik 14 december 1955, *J.T.* 1956, 200).

1083 Het Openbaar Ministerie put zijn recht om een erkenning te betwisten uit artikel 138 tweede lid Ger. W., hetgeen bepaalt dat het Openbaar Ministerie in burgerlijke zaken tussenkomt bij wege van rechtsvordering, vordering of advies. Het treedt ambtshalve op in de gevallen die de wet bepaalt en bovendien telkens als de openbare orde zijn tussenkomst vergt.

Ondanks het feit dat de Koninklijke Commissaris voor de gerechtelijke hervorming in de jaren zestig het voorstel lanceerde om het Openbaar Ministerie het recht te verlenen ambtshalve op te treden in de gevallen die de wet bepaalt en bovendien "telkens als het oordeelt te moeten tussenkomen in het openbaar belang" (zie Ch. VAN REEPINGHEN, *Verslag over de gerechtelijke hervorming*, Brussel, *Belgisch Staatsblad*, 1964, 146) heeft de wetgever het in artikel 138 Ger. W. gehouden bij de traditionele rechtsregel en opvatting van het vroegere artikel 46 van de Wet van 20 april 1810 sur l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice (E. KRINGS, "Le rôle du ministère public dans le procès civil", in X (ed.), *Rapports belges au IXe Congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, Brussel, z. uitg., 1974, 148; A. MEEÚS, "Le rôle du ministère public en droit judiciaire privé", *T.P.R.* 1980, (143) 162, nr. 32) en mag het Openbaar Ministerie, indien de wet niet anders bepaalt, slechts ambtshalve optreden wanneer de openbare orde in gevaar wordt gebracht door een toestand die verholpen moet worden. Dit ambtshalve optreden zou overigens niet een loutere mogelijkheid, maar een werkelijke verplichting zijn (L. HUYBRECHTS, "Art. 138 Ger. W.", in P. DEPUYDT, J. LAENENS, D. LINDEMANS en S. RAES (red.), *Gerechtelijk Recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 13-14, nr. 7).

1084 Het Hof van Cassatie heeft – nog onder gelding van de oude afstammingswetgeving – uitdrukkelijk het recht op tussenkomst van het Openbaar Ministerie bevestigd inzake de betwisting van een leugenachtige erkenning. Het betrof een zaak waarin de procureur-generaal in hoger beroep was tussengekomen in een geding dat initieel door de erkenner zelf was ingeleid.

Het bestreden arrest had beslist dat de vordering van een man die zijn eigen erkenning betwistte niet kon worden toegestaan, omdat hij "zonder enig gebrek in de toestemming aan te voeren, de oprechtheid betwist van zijn erkenning waarvan hij beweert dat ze wetens een leugen is geweest" en o.m. na de overwegingen "dat bij ontstentenis van een gebrek in de toestemming de rechtsvordering tot betwisting van de erkenning van een natuurlijk kind noch door de erkenner, noch door het Openbaar Ministerie kan worden ingesteld" en dat "de openbare orde er helemaal geen belang bij heeft dat de echte staat – de natuurlijke staat – van het kind wordt geëerbiedigd" (Luik 17 januari 1973, *Pas.* 1973, II, 82). Zowel de erkenner als de Procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Luik stelden tegen dit arrest een voorziening in cassatie in. Het Hof van Cassatie voegde beide zaken samen.

M.b.t. de voorziening van de erkenner overwoog het hof dat artikel 339 (oud) B.W. een algemene bepaling is die van toepassing is zowel op degene die de erkenning heeft gedaan, ook al is ze leugenachtig, als op elke andere belanghebbende. Als reden daarvoor werd aangehaald dat de natuurlijke afstamming betrekking heeft op de staat van de persoon en, bijgevolg, op de openbare orde. Volgens het hof is het met het maatschappelijk belang in overeenstemming dat de erkenning met de waarheid strookt en dat de erkenner wordt toegelaten te bewijzen dat de staat van de persoon is vervalst door zijn leugenachtige erkenning. Het middel afgeleid uit de schending van artikel 6 B.W. en artikel 339 (oud) B.W. werd gegrond verklaard.
De lege lata hebben deze overwegingen hun relevantie grotendeels verloren, aangezien het betwistingsrecht van de erkenner wettelijk is beperkt; zonder bewezen wilsgebrek is hij niet meer gerechtigd zijn erkenning te betwisten.

M.b.t. de voorziening van de Procureur-generaal bij het Hof van Beroep te Luik overwoog het Hof van Cassatie dat de rechtsvordering tot betwisting van een erkenning van een natuurlijk kind, waarvan sprake in artikel 339 (oud) B.W., een vordering betreffende de staat van personen is in de zin van artikel 764, 1° Ger. W., zodat die vordering op straffe van nietigheid aan het Openbaar Ministerie moet worden medegedeeld. Het feit dat het Openbaar Ministerie bij wijze van advies tussenkomt zonder zich in de zaak partij te stellen belet echter niet dat het Openbaar Ministerie wegens de ver-

eisten van de openbare orde van deze regel kan afwijken en zich *in de reeds aanhangige zaak* (eigen cursivering) ambtshalve partij kan stellen door erin tussen te komen bij wege van rechtsvordering zoals ook in artikel 138 tweede lid Ger. W. wordt bepaald. De vereisten van de openbare orde die, in de zin van deze bepaling, dergelijke tussenkomst kunnen rechtvaardigen, impliceren dat de openbare orde in gevaar wordt gebracht door een toestand die dient verholpen te worden. Hieruit volgt dat het Openbaar Ministerie kan tussenkomen in een procedure tot betwisting van een erkenning wanneer blijkt dat het doel van deze tussenkomt erin bestaat een toestand te verhelpen die de belangen van de openbare orde in gevaar brengen welke het Openbaar Ministerie moet verdedigen, o.m. inzake jeugdbescherming. Nochtans kan uit de enkele omstandigheid dat de erkenning leugenachtig werd gedaan, niet worden afgeleid dat door het feit van de leugenachtige erkenning zelf een toestand is voortgevloeid die het optreden of de tussenkomst van ambtswege van het Openbaar Ministerie rechtvaardigt. Door de tussenkomst van het Openbaar Ministerie niet ontvankelijk te verklaren, steunend op de overweging dat de afstamming uitsluitend een privé-kwestie is en dat de openbare orde er helemaal geen belang bij heeft, schond het bestreden arrest artikel 138 tweede lid Ger. W. en artikel 339 (oud) B.W. (Cass. 28 maart 1974, *Arr. Cass.* 1974, 829, noot, *Pas.* 1974, I, 773, noot en *R.W.* 1974-75, 343, noot).

Ons inziens kan uit dit arrest niet alleen worden afgeleid dat het Openbaar Ministerie kan tussenkomen in een reeds aanhangige procedure tot betwisting van een erkenning, maar ook dat het openbaar ministerie gerechtigd is om op eigen initiatief een vordering tot betwisting van een erkenning in te leiden, evenwel steeds op voorwaarde dat de openbare orde in gevaar wordt gebracht door een toestand die verholpen moet worden. Het op gang brengen van een procedure is immers ook een vorm van tussenkomst "bij wege van rechtsvordering", zoals bedoeld in artikel 138 tweede lid Ger. W. (L. HUYBRECHTS, "Art. 138 Ger. W.", in P. DEPUYDT, J. LAENENS, D. LINDEMANS en S. RAES (red.), *Gerechtelijk Recht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 10, nr. 4); deze vorm van optreden impliceert dat het Openbaar Ministerie de mogelijkheid krijgt om, ambtshalve, niet alleen als tussenkomende partij maar ook als hoofdpartij, het nemen van een bepaalde rechterlijke beslissing te vorderen (in die zin: B. MAES, *Inleiding tot het gerechtelijk privaatrecht*, Brugge, die Keure, 2001, 30, voetnoot 56).

1085 De meeste auteurs aanvaarden een vorderingsrecht van het Openbaar Ministerie o.g.v. artikel 138 tweede lid Ger. W. (zie J. DALCQ, "La réforme du droit de la filiation", *J.T.* 1987, (393) 398-399, nr. 26), maar slechts op voorwaarde dat het doel erin bestaat remediërend op te treden tegen een toestand die strijdig is met de openbare orde. Deze bijkomende voorwaarde vindt steun in de voorbereidende werken (zie boven, nr. 1082) en het zonet besproken cassatiearrest van 28 maart 1974.

Zo is GERLO van oordeel dat het Openbaar Ministerie in toepassing van dit arrest "een onware erkenning die de openbare orde ernstig verstoort" kan betwisten (J. GERLO, "De afstamming langs moederszijde en vaderszijde", in G. BAETEMAN (ed.), *Afstamming en adoptie*, Brussel, E. Story-Scientia, 1987, 112, nr. 131 en voetnoot 82).
Ook SENAEVE aanvaardt op deze basis dat het Openbaar Ministerie de vaderlijke erkenning kan betwisten, "doch slechts voorzover het daarmee beoogt een toestand te verhelpen die belangen van openbare orde in gevaar brengt welke het Openbaar Ministerie tot taak heeft te verdedigen (o.m. inzake jeugdbescherming) (art. 138 tweede lid Ger. W.)" (P. SENAEVE, *Compendium*, 329, nr. 836).

Sommige auteurs wijzen er echter op dat het Openbaar Ministerie een niet louter vermogensrechtelijk belang heeft in de zin van artikel 332*bis* eerste lid B.W (J. VAN COMPERNOLLE, "Aspects judiciaires des actions relatives à la filiation", *Ann. dr. Louvain* 1987, (319) 328, voetnoot 18; in dezelfde zin: D. PIRE, "Aspects de droit judiciaire relatifs à la filiation", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, 69 en G. MAHIEU en D. PIRE, *Droit des personnes. La filiation*, in *Rép. not.*, Brussel, Larcier, 1999, 135, nr. 164).

Anders: H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité*, II/2, 897, nr. 904; MASSON is van oordeel dat het Openbaar Ministerie geen vorderingsrecht bezit inzake de betwisting van een erkenning en motiveert zijn stelling door erop te wijzen dat de afstamming uitsluitend een zaak van privaat belang en vnl. moreel belang is die de eer en de rust der families op het spel zet.
Sinds 1974 is die visie echter met klem tegengesproken door een duidelijk arrest van het Hof van Cassatie. Deze auteur acht de vordering van het Openbaar Ministerie evenwel toch aanvaardbaar indien ze gegrond is op artikel 138 tweede lid Ger. W. in het uitzonderlijk geval dat een leugenachtige erkenning bedrieglijk werd gedaan met als enig doel een vonnis dat de ontzetting uit het ouderlijk gezag heeft bevolen alle effect te ontnemen en verwijst in zijn voetnoot 3 van de vermelde passage naar het in ons randnr. 1082 besproken vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg te Doornik, evenwel verkeerdelijk aangehaald als "civ. Courtrai".

1086 Of de openbare orde al dan niet geschonden wordt door het voortbestaan van de erkenning is ons inziens een vraag die de ontvankelijkheid (niet: de gegrondheid) van de vordering van het Openbaar Ministerie betreft. De rechtbank zal zijn betwistingsvordering slechts ontvankelijk mogen verklaren indien het Openbaar Ministerie aanvoert dat het voortbestaan van de gedane erkenning de openbare orde schendt en de rechtbank *in casu* aanvaardt dat de openbare orde door de bestreden erkenning geschonden wordt. De vordering van het Openbaar Ministerie zal pas gegrond kunnen worden verklaard als het bewijst dat de erkenner niet de biologische vader van het kind is (art. 330 § 2 eerste lid B.W.; zie reeds Rb. Doornik 14 december 1955, *J.T.* 1956, 200).

Onder gelding van het huidige afstammingsrecht is slechts één geval in de gepubliceerde rechtspraak bekend waarin het Openbaar Ministerie *proprio motu* de betwistingsvordering heeft ingeleid. Op vordering van de procureur des Konings verklaarde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Antwerpen drie erkenningen nietig in een geval waarin de erkenner slechts enkele maanden de moeder van de kinderen kende vooraleer tot erkenning over te gaan en zijn leeftijd elk vaderschap van deze kinderen uitsloot (Rb. Antwerpen 17 april 1989, *Pas.* 1989, III, 104, noot F.B.), evenwel zonder in te gaan op het vorderingsrecht van het Openbaar Ministerie.

In de rechtsleer is de vraag opgeworpen of de rechter het verzoek van het Openbaar Ministerie moet afwijzen wanneer hij constateert dat het kind bezit van staat heeft t.a.v. de erkenner (M.-Th. MEULDERS-KLEIN, "L'établissement et les effets personnels de la filiation selon la loi belge du 31 mars 1987", *Ann. dr. Louvain* 1987, (213) 275, nr. 124). Geen enkele auteur lijkt zich over dit probleem uit te spreken. Ons inziens moet deze vraag, op basis van de overwegingen uit het eerder besproken cassatiearrest van 25 juni 1993 (zie boven, nr. 1034), positief worden beantwoord.

B. TERMIJN

1. Principe: dertig jaar vanaf de opmaak van de erkenningsakte

1087 Uit artikel 331*ter* B.W. kan worden afgeleid dat de vorderingen tot betwisting van een erkenning verjaren door verloop van 30 jaar te rekenen vanaf de dag waarop het kind in het bezit van de betwiste staat is gekomen.

Het is zeer de vraag of met het vertrekpunt van de dertigjarige termijn, nl. "de dag waarop het kind in het bezit van de betwiste staat is gekomen", wel het ogenblik wordt bedoeld waarop het kind bezit van staat heeft t.a.v. de erkenner, zoals omschreven in artikel 331*nonies* B.W. (zoals nochtans wordt verdedigd door J. DE GAVRE, "Réflexions sur la prescription des actions en matière de la filiation", *Rev. trim. dr. fam.* 1991, (465) 469, nr. 5). Ons inziens is dit niet het geval en moet worden aangenomen dat het vertrekpunt de dag is vanaf dewelke er een formeel bewijs van de betwiste staat bestaat, nl. de dag van de opmaak van de erkenningsakte (eveneens in die zin: G. BAETEMAN, *Overzicht*, 627, nr. 1014; P. SENAEVE, "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 67, nr. 104).

Deze laatste mogelijkheid is de enige die redelijkerwijs kan worden aanvaard. Het zou onzinnig zijn te beweren dat de dertigjarige verjaringstermijn pas begint te lopen op het ogenblik dat het kind bezit van staat heeft t.a.v. de erkenner, aangezien de wet precies in dat geval bepaalt dat de betwistingsvordering moet worden afgewezen (zie art. 330 § 2 tweede lid B.W.). Indien het bezit van staat zoals omschreven in artikel 331*nonies* B.W. de verjaringstermijn zou doen lopen (*quod non*), dan zou dit bezit van staat dertig jaar moeten duren alvorens het vorderingsrecht inzake betwisting van een erkenning verjaard zou zijn, wat zeker niet de bedoeling van de wetgever kan geweest zijn (eveneens in die zin: A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 330 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 7-8, nr. 9).
Nadeel van deze oplossing is dat het occulte karakter van een notariële erkenning – de wet verplicht niet uitdrukkelijk deze te kantmelden in de geboorteakte van het kind overeenkomstig artikel 62 § 2 B.W. – de betrokkenen voor voldongen feiten zou kunnen plaatsen. Wie meer dan dertig jaar na de opmaak van een notariële erkenningsakte met deze erkenning wordt geconfronteerd, kan ze niet meer betwisten. Volgens HEYVAERT zou het verval van de betwistingsvordering kunnen worden gekeerd door een beroep op overmacht (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 330 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 8, nr. 10; zie reeds A. HEYVAERT, "De afstamming langs vaderszijde buiten het huwelijk", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1987, 192, nr. 291).

2. Overgangsrecht

1088 Aangezien de betwisting van een erkenning een rechtsvordering is die onder het oude afstammingsrecht niet vatbaar was voor verjaring, zal de termijn bepaald in artikel 331*ter* B.W. ingevolge artikel 119 § 2 Afstammingswet pas beginnen lopen op 6 juni 1987, datum van inwerkingreding van de Afstammingswet, ook al werd de erkenningsakte voordien opgemaakt (Rb. Gent 21 mei 1992, *T.B.B.R.* 1993, 482; voor de *ratio* van deze bepaling, zie Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 177).

C. PARTIJEN IN HET GEDING

1089 De vordering tot gemeenrechtelijke betwisting van een erkenning o.g.v. artikel 330 B.W. moet als vordering tot betwisting van staat in toepassing van artikel 332*bis* tweede lid B.W. op zodanige wijze worden ingesteld dat het kind of zijn afstammelingen en degene van de ouders wiens vaderschap of moederschap niet wordt betwist (hier: de moeder), alsook de persoon wiens vaderschap of moederschap wel wordt betwist (hier: de erkennende man) in het geding worden geroepen.

Concreet moeten de volgende personen in het geding worden geroepen:
– indien de erkenner zelf de vordering instelt: het kind (of zo dit overleden is, zijn afstammelingen) en, indien het moederschap vaststaat, de moeder;
– indien het kind de vordering instelt: de erkenner en, indien het moederschap vaststaat, de moeder;
– indien de moeder de vordering instelt: de erkenner en het kind (of zijn afstammelingen);
– indien een derde de vordering instelt: de erkenner, het kind (of zijn afstammelingen) en de moeder, indien het moederschap vaststaat.

1090 Indien één van de personen die moet worden gedagvaard overleden is, moet de vordering alleen worden ingesteld tegen de anderen. Indien allen die moeten worden gedagvaard overleden zijn, wordt de vordering ingesteld bij eenzijdig verzoekschrift (zie art. 332*quater* B.W.).

1091 Erfgenamen kunnen de reeds begonnen rechtsvordering tot betwisting van een erkenning voortzetten, tenzij de verzoeker er uitdrukkelijk afstand van heeft gedaan (art. 331*quinquies* B.W.).

1092 Het Openbaar Ministerie kan o.g.v. artikel 138 tweede lid Ger. W. bij wege van rechtsvordering optreden als tussenkomende partij in het geding tot betwisting van een erkenning dat door een belanghebbende werd ingeleid, op voorwaarde dat de openbare orde in gevaar werd gebracht door een toestand die dient te worden verholpen. De rechtsgrond voor het optreden van het Openbaar Ministerie ligt niet in het feit dat de erkenning leugenachtig is, maar in het feit dat de afstamming geen privé-kwestie is, maar daarentegen de openbare orde raakt (Cass. 28 maart 1974, *Arr. Cass.* 1974, 829, noot, *Pas.* 1974, I, 773, noot en *R.W.* 1974-75, 343, noot; zie ook boven, nrs. 1082-1086).

1093 Om mogelijk derdenverzet te voorkomen kan de rechtbank, in afwijking van artikel 811 Ger. W., zelfs ambtshalve, gelasten dat alle belanghebbenden jegens wie zij oordeelt dat de beslissing mede moet gelden, in het geding worden geroepen (art. 331*decies* tweede lid B.W.).

D. VERTEGENWOORDIGING VAN DE PROCESPARTIJEN

1094 De niet-ontvoogde minderjarige, de onbekwaamverklaarde en de geesteszieke worden in gedingen betreffende hun afstamming, als eiser of als verweerder, vertegenwoordigd door hun wettelijke vertegenwoordiger en, indien er tegenstrijdigheid van belangen is, door een voogd *ad hoc* aangewezen door de voorzitter van de rechtbank op verzoek van elke belanghebbende of van de procureur des Konings (art. 331*sexies* B.W.).

1095 De draagwijdte van deze bepaling werd eerder al besproken, bij de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap (zie boven, nrs. 551-556).
Specifiek m.b.t. de betwisting van een erkenning kunnen enkele verduidelijkingen worden aangebracht.
– Artikel 331*sexies* B.W. is ook van toepassing wanneer de vordering betrekking heeft op een afstammingsrelatie die de onbekwame zelf betreft, maar in een verdere dan de eerste graad. Zo kan de wettelijke vertegenwoordiger van een onbekwame grootouder van het kind deze grootouder als eiser vertegenwoordigen in een geding tot betwisting van de door zijn zoon gedane erkenning.
– Artikel 331*sexies* B.W. is evenwel niet van toepassing indien het kind wiens afstamming wordt betwist vóór het inleiden van de procedure al overleden zou zijn en diens minderjarige afstammelingen de vordering tot betwisting van de erkenning willen instellen of in het geding betrokken worden. In dat geval gaat het immers om een geding m.b.t. de afstamming van een derde, terwijl deze bepaling enkel van toepassing is op gedingen m.b.t. de afstamming van de onbekwame zelf (als kind en als ouder). Aangenomen mag worden dat de onbekwamen, ongeacht hun procespositie, in dergelijke hypothese worden vertegenwoordigd door hun wettelijke vertegenwoordiger (zie *in extenso* boven, nr. 556), maar dat in geval van belangentegenstelling geen voogd *ad hoc* kan worden aangewezen o.g.v. artikel 331*sexies* B.W.

1096 Duidelijk moet zijn dat de rechtbank de vordering tot betwisting van een erkenning niet onontvankelijk kan verklaren o.g.v. de overweging dat er tegenstrijdigheid van belangen zou kunnen bestaan tussen de moeder en het erkende kind en dat het kind daarom steeds door een voogd *ad hoc* zou moeten worden vertegenwoordigd. Als de rechtbank van mening is dat er *in concreto* tegenstrijdigheid van belangen bestaat, moet zij haar uitspraak over de betwistingsvordering opschorten, teneinde een voogd *ad hoc* door de voorzitter van de rechtbank te laten aanwijzen (Bergen 4 februari 1992, *J.T.* 1992, 313 en *Rev. trim. dr. fam.* 1992, 371).

De rechtbank die uitspraak doet over de betwistingsvordering kan geenszins zelf een voogd *ad hoc* aanwijzen.

De wetgever heeft nergens gepreciseerd of de rechtbank al dan niet zelf een voogd *ad hoc* kan aanstellen in de gevallen waarin noch de partijen, noch de procureur des Konings op een dergelijke aanstelling hebben aangestuurd. Zelfs al kan de rechtbank o.g.v. artikel 331*decies* tweede lid

B.W. alle belanghebbenden jegens wie zij oordeelt dat de beslissing mede moet gelden in het geding roepen, toch lijkt zij volgens de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel niet zelf een voogd *ad hoc* te kunnen aanstellen om het kind te vertegenwoordigen en moet het geding worden geschorst tot een voogd *ad hoc* is aangewezen door de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg conform artikel 331*sexies* B.W. (Rb. Brussel 5 april 1988, weergegeven door C. PANIER, "Inédits de droit de la famille (II-2). Le nouveau droit de la filiation (loi du 31 mars 1987), *J.L.M.B.* 1988, (685) 685-686).

De procedurele aspecten van de aanwijzing van de voogd *ad hoc* werden reeds besproken (zie boven, nrs. 965-969).

1. Vertegenwoording van de verweerder

1097 Het minderjarig kind wordt, als verweerder, vertegenwoordigd door zijn wettelijke vertegenwoordiger of door een voogd *ad hoc*.

Een cruciale vraag voor de praktijk is wanneer het kind in een procedure tot betwisting van een vaderlijke erkenning kan vertegenwoordigd worden door zijn wettelijke vertegenwoordiger en wanneer een voogd *ad hoc* moet worden aangesteld.
Ons inziens dringt een genuanceerde benadering zich op en moet een onderscheid worden gemaakt tussen verschillende situaties, naargelang de persoon die de vordering inleidt.

a. Eerste hypothese: de betwistingsvordering wordt ingeleid door de erkenner

1098 Ingeval de erkenner zelf zijn eigen erkenning betwist, kan het niet-ontvoogd minderjarig kind als verweerder vertegenwoordigd worden door zijn moeder in haar hoedanigheid van wettelijke vertegenwoordiger en moet er niet *a priori* een voogd *ad hoc* worden aangesteld.

Uit de tekstanalyse van artikel 331*sexies* B.W. volgt immers dat de vertegenwoordiging door de wettelijke vertegenwoordiger het principe is en de vertegenwoordiging door een voogd *ad hoc* de uitzondering. In alle gevallen vereisen dat een voogd *ad hoc* wordt aangesteld zou ertoe leiden dat de uitzondering de regel wordt en zou de rechtbank haar appreciatiebevoegdheid ontnemen (Bergen 4 februari 1992, *J.T.* 1992, 313 en *Rev. trim. dr. fam.* 1992, 371). Dit laatste argument is *de lege lata* doorslaggevend: indien steeds een voogd *ad hoc* zou moeten optreden, zou de vertegenwoordiging door de wettelijke vertegenwoordiger (meestal de vader of de moeder), geen zin hebben.
De rechtbank heeft een grote appreciatiebevoegdheid bij haar oordeel of er al dan niet reden is om een bijzondere vertegenwoordiger (voogd *ad hoc*) aan te stellen (zie Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 107-10).

De Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel aanvaardde in een geval waarin geen tegenstrijdigheid van belangen bleek tussen de moeder (verweerster) en haar twee kinderen van minder dan vijftien jaar, dat de moeder als wettelijke vertegenwoordigster haar kinderen overeenkomstig artikel 331*sexies* B.W. kon vertegenwoordigen in het geding tot betwisting van hun erkenning (Rb. Brussel 23 mei 1989, *J.T.* 1990, 744).

b. Tweede hypothese: de betwistingsvordering wordt ingeleid door de moeder

1099 Wanneer de betwistingsvordering – uitzonderlijk – werd ingesteld door de moeder, dan kan zij evident niet tezelfdertijd optreden als wettelijke vertegenwoordiger van het kind, omdat een procespartij de hoedanigheden van eiser en verweerder niet kan combineren.

Een tegenstrijdigheid van belangen tussen moeder en kind is in dat geval niet denkbeeldig. De doelstellingen die de moeder nastreeft zijn niet noodzakelijk in het belang van het kind. Toch hoeft dit in de besproken hypothese niet te impliceren dat steeds een voogd *ad hoc* moet worden aangesteld. Om dezelfde redenen als deze waarom de moeder het kind in haar hoedanigheid van wettelijke vertegenwoordiger kan vertegenwoordigen in de hypothese dat de erkenner zijn eigen erkenning betwist (zie boven, nr. 1098) mag ons inziens immers worden aangenomen dat de erkenner het kind als wettelijke vertegenwoordiger kan vertegenwoordigen indien de moeder de betwistingsvordering heeft ingeleid. De aanstelling van een voogd *ad hoc* dringt zich pas op als *in concreto* tegenstrijdigheid van belangen blijkt te bestaan tussen het kind en zijn juridische vader, die in deze hypothese co-verweerder is aangezien zijn vaderschap door de moeder wordt betwist.

De Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel merkte op dat indien de moeder een erkenning door een man betwist, de wetgever zeker niet gewild heeft dat het kind kan worden vertegenwoordigd door de ouder wiens afstamming niet wordt betwist, maar was tegelijk ook van oordeel dat de bodemrechter bevoegd is om te oordelen of er al dan niet tegenstrijdigheid van belangen bestaat tussen moeder en kind (Rb. Brussel 5 april 1988, weergegeven door C. PANIER, "Inédits de droit de la famille (II-2). Le nouveau droit de la filiation (loi du 31 mars 1987)", *J.L.M.B.* 1988, (685) 685-686; het geding werd *in casu* geschorst tot de aanwijzing van een voogd *ad hoc* door de voorzitter van de rechtbank).

c. Derde hypothese: de betwistingsvordering wordt door een andere persoon dan een ouder van het kind ingeleid

1100 Indien de erkenning wordt betwist door een grootouder, een oom of een tante, een verwant in nog verdere graad of door een persoon die niet tot de familie van het erkende kind behoort, dan mag worden aangenomen dat de moeder haar minderjarig kind als wettelijke vertegenwoordiger (en co-verweerster) in de procedure tot betwisting van de erkenning kan vertegenwoordigen. Enkel indien *in concreto* belangentegenstelling tussen moeder en kind zou blijken, dient een voogd *ad hoc* te worden aangewezen.

Volgens het Hof van Beroep te Bergen vereist artikel 331*sexies* B.W. echter niet dat er al tegenstrijdigheid van belangen gebleken is; voor de aanstelling van een voogd *ad hoc* volstaat de mogelijkheid daartoe. Die mogelijkheid moet *in concreto* worden nagegaan in functie van de elementen eigen aan de zaak, niet op een puur theoretische manier (Bergen 4 februari 1992, *J.T.* 1992, 313 en *Rev. trim. dr. fam.* 1992, 371, met verwijzing naar H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité*, II/2, 939, nr. 979; *in casu* werd besloten dat de moeder haar drie kinderen rechtsgeldig kon vertegenwoordigen in de procedure tot betwisting van hun erkenning die was ingeleid door de grootouders langs vaderszijde).

1101 Het lijkt niet opportuun om de aanstelling van een voogd *ad hoc* met het oog op de vertegenwoordiging van het erkende kind afhankelijk te maken van het feit of de persoon die de betwistingsvordering inleidt een verwant van het kind langs moederszijde of langs de zijde van de erkenner is. Er moet enkel een voogd *ad hoc* worden aangewezen indien er *in concreto* belangentegenstelling is aangetoond tussen het kind en één van zijn wettelijke vertegenwoordigers.

Als de betwistingsvordering werd ingesteld door een familielid van de erkenner, lijkt het aannemelijk dat er niet *a priori* belangentegenstelling bestaat tussen moeder (wettelijke vertegenwoordiger) en kind, zodat de moeder haar kind in de procedure zal kunnen vertegenwoordigen, tenzij er *in concreto* toch een tegenstrijdigheid van belangen tussen moeder en kind zou blijken, in welk geval een voogd *ad hoc* moet worden aangewezen. Indien een familielid van de moeder de nietigverklaring van de erkenning zou vorderen, lijkt het aannemelijk dat er niet *a priori* belangentegenstelling bestaat tussen erkenner (wettelijke vertegenwoordiger) en kind, zodat deze het kind in de procedure zal kunnen vertegenwoordigen, tenzij er *in concreto* toch een tegenstrijdigheid van belangen tussen het kind en zijn erkenner zou blijken, in welk geval een voogd *ad hoc* moet worden aangewezen.

1102 Een meerderjarige verweerder (erkenner, moeder of kind) wordt eveneens vertegenwoordigd als hij onbekwaam is (zie boven, nr. 550 e.v.).

2. Vertegenwoordiging van de eiser

1103 Het minderjarig erkende kind is gerechtigd zijn erkenning door een man te betwisten, op voorwaarde dat het geen partij is geweest in een geding o.g.v. artikel 319 § 3 vierde lid B.W. Deze voorwaarde speelt enkel een rol voor minderjarigen die de volle leeftijd van vijftien jaar hebben bereikt; een kind jonger dan vijftien jaar is volgens het Hof van Cassatie nooit partij in dergelijk geding (zie boven, nr. 445) en kan dus de (daaropvolgende) erkenning later onbeperkt betwisten (J. GERLO, *Handboek Personen- en familierecht*, 67, nr. 155). Omwille van de procesonbekwaamheid van de minderjarige kan het erkende kind de betwistingsvordering echter niet zelf inleiden; via vertegenwoordiging kan hij dat wel.

Hoewel onduidelijk is of de moeder en de erkenner in een regime van gezamenlijke gezagsuitoefening gezamenlijk als vertegenwoordiger van het kind moeten optreden (art. 376 eerste lid B.W.), dan wel of elk van beide wettelijke vertegenwoordigers alleen kan optreden met een vermoeden van instemming van de andere (zie art. 376 tweede lid B.W.), de ouders hebben in geen geval (meer) voorafgaande machtiging van de vrederechter nodig om hun minderjarig kind in rechte te vertegenwoordigen als eiser (art. 378 § 2 B.W.). Duidelijk is ook dat noch de moeder – die tot de erkenning heeft toegestemd (art. 319 § 3 eerste lid B.W.) – noch de erkenner de hoedanigheid van eiser (*qualitate qua* het kind) en verweerder kunnen combineren.

Omdat er in deze context sprake is van belangentegenstelling tussen de minderjarige eiser en minstens één ouder (zijn erkenner, verweerder in het geding), moet door de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg in toepassing van artikel 331*sexies* B.W. een voogd *ad hoc* worden aangewezen.

Ons inziens is de aanwijzing van de voogd *ad hoc* een prerogatief van de voorzitter, die ertoe kan overgaan op verzoek van elke belanghebbende of van de procureur des Konings, en kan de voogd *ad hoc* niet ambtshalve worden aangewezen door de rechter bij wie de zaak aanhangig is (vgl. art. 378 § 2 B.W., dat van toepassing is bij belangentegenstelling tussen de minderjarige en zijn – beide – ouders) o.g.v. het adagium *Lex specialis* (art. 331*sexies* B.W.) *derogat legi generali* (art. 378 § 2 B.W.).

1104 Een minderjarige erkenner die zijn eigen erkenning betwist, kan worden vertegenwoordigd door (één van) zijn beide ouders, grootouders van het kind.

Zo oordeelde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Luik dat de vader van een veertien en een half jaar oude erkenner gerechtigd was om als wettelijke vertegenwoordiger van zijn zoon de vordering tot betwisting van de erkenning in naam van dit erkennende kind in te leiden (Rb. Luik 25 november 1988, *Rev. trim. dr. fam.* 1990, 267).

1105 De onbekwame meerderjarige eiser wordt vertegenwoordigd zoals eerder beschreven (zie boven, nr. 550 e.v.).

E. BEVOEGDE RECHTBANK

1106 Alleen de rechtbank van eerste aanleg van de woonplaats van het kind is bevoegd om kennis te nemen van de vorderingen betreffende de afstamming (art. 331 § 1 B.W.), zo ook van de vordering tot betwisting van een vaderlijke erkenning.

Ons inziens raakt zowel de materiële bevoegdheidsregel als de territoriale bevoegdheidsregel uit artikel 331 § 1 B.W. de openbare orde (zie *in extenso* boven, nr. 973 en de nrs. 980-982).

In een procedure tot betwisting van een erkenning oordeelde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent daarentegen uitdrukkelijk dat artikel 331 § 1 B.W. van dwingend recht, maar niet van openbare orde is. Nu uit de voorbereidende werken van de Afstammingswet blijkt dat aanvankelijk enkel was bepaald dat de rechtbank van eerste aanleg alleen bevoegd was om kennis te nemen van de vorderingen inzake afstammingsgeschillen en dat de woorden "van de woonplaats van het kind" pas *in extremis* werden toegevoegd, kan deze inlassing volgens de rechtbank niet *ipso facto* met zich meebrengen dat het openbare orde-karakter van de materiële bevoegdheidsregel wordt overgedragen op de territoriale bevoegdheid. Derhalve was de rechtbank van oordeel dat zij niet ambtshalve de onbevoegdheid moet opwerpen en bevoegd is om kennis te nemen van het geding tot betwisting van een erkenning indien partijen de onbevoegdheid niet *in limine litis* hebben opgeworpen (Rb. Gent 5 april 2001, *T.G.R.* 2001, 168).

F. WIJZE VAN GEDINGINLEIDING

1107 In beginsel wordt de vordering tot betwisting van een vaderlijke erkenning ingeleid bij dagvaarding (art. 700 Ger. W.); voor een model van dagvaarding tot betwisting van een erkenning o.g.v. artikel 330 B.W., zie *A.M.R.*, II, Burgerlijk Recht, Afstamming, (afl. 17, 1988), 28-30.

1108 Overeenkomstig artikel 706 Ger. W. kan het geding ook worden ingeleid via vrijwillige verschijning van alle partijen die in het geding moeten zijn voor de rechtbank van eerste aanleg.

1109 In de hypothese dat alle partijen die krachtens artikel 332*bis* tweede lid B.W. moeten worden gedagvaard overleden zijn, wordt de vordering ingeleid bij eenzijdig verzoekschrift en zijn de artikelen 1025-1034 Ger. W. van toepassing (art. 332*quater* tweede lid B.W.), met als gevolg dat het verzoekschrift verplicht door een advocaat moet worden ondertekend (zie art. 1026, 5° Ger. W.).

De wetgever heeft in artikel 332*quater* tweede lid *in fine* B.W. twee bepalingen uitdrukkelijk niet van toepassing verklaard: vooreerst is de beschikking niet uitvoerbaar bij voorraad (in afwijking van art. 1029 tweede lid Ger. W.); daarnaast kan bij gebrek aan veranderde omstandigheden (in afwijking van art. 1032 Ger. W.) geen wijziging of intrekking van de beschikking worden gevraagd.

G. GERECHTSKOSTEN

1110 Volgens het gemeen recht verwijst het eindvonnis, zelfs ambtshalve, de in het ongelijk gestelde partij in de kosten, tenzij bijzondere wetten anders bepalen (art. 1017 eerste lid Ger. W.). Het afstammingsrecht bevat geen bijzondere bepalingen aangaande de kosten van het geding tot betwisting van een vaderlijke erkenning.

1111 Luidens artikel 1017 derde lid Ger. W. kunnen de gerechtskosten worden omgeslagen zoals de rechter het raadzaam oordeelt, hetzij wanneer de partijen onderscheidenlijk omtrent enig geschilpunt in het ongelijk zijn gesteld, hetzij over echtgenoten, bloedverwanten in de rechte lijn, broers en zussen of aanverwanten in dezelfde graad.

In een procedure waar de moederlijke grootouders van het kind de betwistingsvordering hadden ingeleid, aanvaardde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel dat de procedurekosten uitsluitend ten laste van de moeder vielen omwille van het feit dat de erkenner het kind enkel had erkend uit welwillendheid t.o.v. de moeder (Rb. Brussel 19 mei 1992, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 665).

1112 Het deskundigenonderzoek dat bevolen werd om na te gaan of de erkenner wel degelijk niet de biologische vader van het kind is, wordt beheerst door het gemeen recht terzake (art. 962-991 Ger. W.). De kosten van het deskundigenonderzoek maken – als uitgaven betreffende een onderzoeksmaatregel – deel uit van de gerechtskosten (art. 1018, 3° Ger. W.).

Dikwijls wordt bepaald dat de kosten voor het deskundigenonderzoek dienen te worden voorgeschoten door de partij die het onderzoek vraagt – en op wie de bewijslast inzake het niet-vaderschap rust –, in dit geval degene die de erkenning betwist (zie Gent (1ste kamer) nr. 1997/AR/596, 5 december 2002, *onuitg.*; *in casu* wenste een in Spanje wonende man de erkenning door de echtgenoot van de moeder – die beiden, samen met het kind in de Verenigde Staten woonden – te betwisten. Hij moest de kosten voor het deskundigenonderzoek voorschieten, maar diende de vliegtuigreis Texas-België niet te betalen; de moeder en haar echtgenoot moesten ervoor zorgen dat de deskundige over het nodige genetisch materiaal zou kunnen beschikken).

Voor de kosten van een deskundigenonderzoek is – als kosten die de rechtspleging met zich meebrengt – ook rechtsbijstand mogelijk (zie art. 664 *juncto* 692 Ger. W.; voor details, zie reeds boven, nr. 995).

1113 De advocaat die wordt aangeduid als voogd *ad hoc* in een procedure tot betwisting van een erkenning heeft geen recht op een rechtsplegingsvergoeding. De situatie is anders wanneer de voogd *ad hoc* zich zelf ook laat vertegenwoordigen door een advocaat (zie boven, nr. 996).

H. RECHTSMIDDELEN

1114 Tegen het vonnis waarin uitspraak werd gedaan over de vordering tot betwisting van een vaderlijke erkenning kunnen – overeenkomstig het gemeen recht – de gewone rechtsmiddelen (verzet en hoger beroep) worden ingesteld.

Voor ogen moet worden gehouden dat het geding onsplitsbaar is in de zin van artikel 31 Ger. W. Wanneer één of meer partijen verstek la(a)t(en) gaan, maar er ten minste één verschijnt, kan tegen de niet verschijnende partijen, na verwittiging, op de ex artikel 753 Ger. W. vastgestelde rechtsdag een vonnis worden gevorderd dat geacht wordt op tegenspraak te zijn gewezen (art. 753 zesde lid Ger. W.); in die hypothese is er enkel nog hoger beroep mogelijk.
Ook in het uitzonderlijk geval dat de vordering werd ingesteld op eenzijdig verzoekschrift krachtens artikel 332*quater* tweede lid B.W. is uiteraard enkel hoger beroep mogelijk.

1115 Nadat de gewone rechtsmiddelen zijn aangewend, kan nog een voorziening in cassatie worden ingesteld (i.v.m. de schorsende kracht van deze voorziening, zie boven, nr. 579).

1116 Aangezien de vordering tot betwisting van een erkenning o.g.v. artikel 330 B.W. geen toegewezen rechtsvordering is, is het rechtsmiddel derdenverzet niet beperkt tot bepaalde personen. Nu iedere belanghebbende – zelfs personen met een louter vermogensrechtelijk belang – de vordering tot betwisting van een erkenning kan inleiden, volgt daaruit logischerwijze dat tegen de rechterlijke beslissing die uitspraak doet over de vordering tot betwisting van de erkenning, o.g.v. artikel 331*decies* eerste lid B.W. derdenverzet kan worden ingesteld door elke belanghebbende die geen partij was in het betwistingsgeding.

I. UITWERKING VAN DE BESLISSING

1117 Het vonnis of arrest dat de vordering tot betwisting van de erkenning door een man gegrond verklaart, heeft uitwerking vanaf het ogenblik dat het in kracht van gewijsde treedt.
Op dat moment wordt het vaderschap van de erkenner uitgeschakeld en wordt het kind juridisch vaderloos, tenzij de erkenning van een overspelig kind *a matre* werd nietigverklaard. In dat geval wordt het vaderschap van de echtgenoot van de moeder, dat vóór de erkenning vaststond o.g.v. artikel 315 of 317 B.W., retroactief hersteld.

1118 Vermits de rechterlijke uitspraak waarbij de erkenning wordt nietigverklaard niet constitutief, maar declaratief van aard is, wordt zij geacht nooit te hebben bestaan. De nietigverklaring werkt retroactief terug tot op het moment van de geboorte en, zo nodig, tot op het ogenblik van de verwekking. De retroactieve werking van de uitspraak tot op het moment van de verwekking zal bv. tot gevolg hebben dat het kind niet meer erfgerechtigd is in de nalatenschap van zijn erkenner indien deze na zijn prenatale erkenning maar vóór de geboorte van het kind is overleden.

1119 De beslissing die de betwistingsvordering gegrond verklaart of afwijst geldt *erga omnes*: ze kan aan elkeen worden tegengeworpen, zelfs aan personen die geen partij waren in het geding. Dezen kunnen echter derdenverzet instellen (art. 331*decies* eerste lid B.W., zie boven, nr. 1116).

J. BEKENDMAKING IN DE REGISTERS VAN DE BURGERLIJKE STAND

1120 De rechterlijke beslissing die de erkenning door een man nietig verklaart, wordt bekendgemaakt in de registers van de burgerlijke stand, op de wijze zoals bepaald in artikel 333 B.W. Het gaat om een louter administratieve formaliteit, die is overgelaten aan het Openbaar Ministerie en de ambtenaar van de burgerlijke stand.

Deze bepaling werd eerder in al haar aspecten besproken bij de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap (zie boven, nrs. 593-600).

§ 5. Overgangsrecht

1121 Alvorens het overgangsrecht inzake de betwisting van de erkenning te behandelen, lijkt het nuttig een kort overzicht te geven van de belangrijkste wijzigingen die door de Afstammingswet in deze context werden ingevoerd in vergelijking met de voordien geldende bepalingen.

– Voortaan is bezit van staat een afdoende exceptie tegen de vordering tot betwisting van een erkenning, terwijl dit vroeger niet het geval was.
– De erkenner zelf kan de gedane erkenning zonder bewezen wilsgebrek in zijnen hoofde niet meer betwisten, terwijl hij dat vroeger wel kon.
– Het recht tot betwisting van een erkenning verjaart in het huidige recht na verloop van dertig jaar, terwijl de vordering vroeger onverjaarbaar was.

1122 Er werden geen afzonderlijke overgangsbepalingen geconcipieerd voor problemen van overgangsrecht m.b.t. de ontvankelijkheid van de betwistingsvordering enerzijds en de gegrondheid ervan anderzijds. Er bestaat slechts één overgangsbepaling: de laatste twee leden van § 1 en het laatste lid van § 2 van artikel 330 B.W. zijn niet van toepassing indien de betwiste erkenning heeft plaatsgehad vóór de inwerkingtreding van de Afstammingswet en indien de vordering wordt ingesteld binnen een jaar na die inwerkingtreding (art. 118 Afstammingswet).

De verwijzing naar het laatste lid van § 1 van artikel 330 B.W. (*i.e.* art. 330 § 1 derde lid B.W.) is zonder voorwerp en dus zinloos. Aangezien de procedures ex artikel 319 § 3 vierde lid B.W. en artikel 319 § 4 B.W. onder het vroegere afstammingsrecht niet bestonden, kunnen zij ook geen aanleiding geven tot geschillen m.b.t. erkenningen die gedaan werden vóór 6 juni 1987.

De regeling in artikel 118 Afstammingswet wijkt af van de algemene overgangsbepaling dat de nieuwe wet van toepassing is op kinderen die werden geboren voor haar inwerkingtreding en nog in leven waren op dat ogenblik (art. 107 eerste lid Afstammingswet).

A contrario kunnen uit artikel 118 Afstammingswet twee zaken worden afgeleid in de hypothese dat de betwiste erkenning vóór 6 juni 1987 werd geakteerd en de betwistingsvordering uiterlijk op 6 juni 1988 werd ingeleid:
– het eerste lid van § 1 van het huidige artikel 330 B.W. is toepasselijk, zodat de meeste rechtbanken de betwistingsvordering ingesteld door personen met een louter vermogensrechtelijk belang allicht niet ontvankelijk zullen verklaren (zie boven, nr. 1075 e.v.);
– het eerste lid van § 2 van het huidige artikel. 330 B.W. is eveneens toepasselijk, zodat voor de gegrondheid van de betwistingsvordering in elk geval vereist is dat wordt bewezen dat de erkenner niet de biologische vader is.

1123 In een meer systematische benadering kan een onderscheid worden gemaakt naargelang de vordering tot betwisting van een erkenning vóór of na de inwerkingtreding van de Afstammingswet werd ingeleid.

A. DE VORDERING TOT BETWISTING VAN DE ERKENNING WAS REEDS INGELEID VÓÓR 6 JUNI 1987

1124 Werd de vordering tot betwisting van een erkenning reeds ingeleid vóór 6 juni 1987, maar is zij op die datum nog niet gevolgd door een in kracht van gewijsde gegane beslissing, dan gelden de volgende principes.

– Bezit van staat t.a.v. de erkenner maakt de ingestelde betwistingsvordering niet onontvankelijk of ontoelaatbaar;
– Voor de gegrondheid van de vordering is vereist dat het bewijs van niet-vaderschap wordt geleverd.

Zo oordeelde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel in toepassing van artikel 118 Afstammingswet dat de onontvankelijkheidsgrond voorzien in artikel 330 § 2 tweede lid B.W. wegens bezit van staat t.a.v. de erkenner niet van toepassing is op de vordering die vóór 6 juni 1987 werd ingeleid en strekt tot betwisting van een erkenning die eveneens vóór die datum werd gedaan. In toepassing van artikel 330 § 2 eerste lid B.W. kan deze erkenning worden betwist indien door alle wettelijke middelen wordt bewezen dat de erkennner niet de biologische vader is. De bewijslast terzake ligt bij de persoon die de betwistingsvordering instelt (Rb. Brussel 10 november 1987, weergegeven door C. PANIER, "Inédits de droit de la famille (II). Le nouveau droit de filiation et de l'adoption", *J.L.M.B.* 1987, (1549) 1550-1551; nu de door eiser aangebrachte bewijselementen niet voldoende konden overtuigen beval de rechtbank een vergelijkend bloedonderzoek).

– De betwistingsvordering door de erkenner zelf blijft ontvankelijk, zonder dat het bewijs van een wilsgebrek vereist is.

Zo werd o.g.v. een *a fortiori* -argument, geput uit artikel 118 Afstammingswet, geoordeeld dat indien de betwistingsvordering werd ingesteld vóór 6 juni 1987, de erkenner zijn eigen erkenning kan betwisten zonder een wilsgebrek in zijnen hoofde te bewijzen (Rb. Brussel 15 december 1987, weergegeven door C. PANIER, "Inédits de droit de la famille (II-2). Le nouveau droit de la filiation (loi du 31 mars 1987)", *J.L.M.B.* 1988, (685) 688-689; nu hij een reeks overeenstemmende vermoedens m.b.t. zijn niet-vaderschap aanvoerde, verklaarde de rechtbank zijn betwistingsvordering gegrond zonder een bloedonderzoek te bevelen; in dezelfde zin, maar met een bevel tot uitvoering van een bloedonderzoek, omdat de eiser onvoldoende bewijselementen aanvoerde: Rb. Brussel 29 december 1987, weergegeven door C. PANIER, "Inédits de droit de la famille (II-2). Le nouveau droit de la filiation (loi du 31 mars 1987)", *J.L.M.B.* 1988, (685) 690-691).

– De betwistingsvordering die werd ingesteld door een persoon met een louter vermogensrechtelijk belang blijft ontvankelijk.

Verschillende auteurs komen tot deze conclusie op basis van een redenering naar analogie met artikel 119 § 5 Afstammingswet, hetgeen bepaalt dat indien de erfgenamen die overeenkomstig het opgeheven artikel 317 (oud) B.W. gerechtigd zijn de vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot in te stellen, die vordering vóór 6 juni 1987 ook daadwerkelijk hebben ingeleid, zij deze na die datum kunnen voortzetten (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 330 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 10, nr. 15; E. VIEUJEAN, "Les dispositions transitoires", in X (ed.), *La filiation et l'adoption*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 1988, 264, nr. 13).
Ons inziens kunnen personen met een louter patrimoniaal belang ook onder gelding van het vigerende recht een erkenning betwisten overeenkomstig artikel 330 § 1 eerste lid B.W. (zie boven, nrs. 1069-1071), zodat deze mogelijkheid ook o.g.v. artikel 118 *a contrario* Afstammingswet kan worden verdedigd.

De Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel is duidelijk een andere mening toegedaan. Ze overwoog dat de wetgever gewild heeft dat elke vordering tot betwisting van staat dient te worden afgewezen indien ze gesteund is op louter vermogensrechtelijke belangen, ongeacht de datum waarop de vordering wordt ingeleid. De rechtbank was van oordeel dat de wetgever deze oplossing gewild heeft door, enerzijds, artikel 332*bis* B.W. niet te vermelden in de overgangsbepalingen en, anderzijds, het principe van de onmiddellijke werking van de nieuwe wet te huldigen (Rb. Brussel 23 mei 1989, *J.T.* 1990, 744, noot).

– Ook al was op het ogenblik waarop de vordering werd ingesteld reeds dertig jaar verlopen sinds het kind in het bezit van de betwiste staat is gekomen, de ingestelde betwistingsvordering blijft ontvankelijk.

Onder het vroegere recht was de betwistingsvordering immers onverjaarbaar. De verjaringstermijn ex artikel 331*ter* B.W. begint overeenkomstig artikel 119 § 2 Afstammingswet pas te lopen op 6 juni 1987 indien het begin van de betwiste staat deze datum voorafgaat.

– Het vonnis dat de vordering tot betwisting van een erkenning gegrond verklaart, moet worden bekendgemaakt in de registers van de burgerlijke stand overeenkomstig artikel 333 B.W.

B. DE BETWISTINGSVORDERING WAS OP 6 JUNI 1987 NOG NIET INGELEID

1125 Indien de vordering tot betwisting van een erkenning op de datum van de inwerkingtreding van de Afstammingswet nog niet was ingeleid, moet een

onderscheid worden gemaakt naargelang ze al dan niet binnen het jaar na de inwerkingtreding van de Afstammingswet is ingeleid.

1. De vordering werd minder dan een jaar te rekenen vanaf 6 juni 1987 ingesteld

1126 De vordering tot betwisting van een vóór 6 juni 1987 verrichte erkenning die werd ingeleid door de erkenner zelf of door de personen die tot de erkenning hebben toegestemd, zal uitzonderlijk nog ontvankelijk zijn zonder bewezen wilsgebrek indien ze werd ingesteld binnen het jaar na de inwerkingtreding van de Afstammingswet. Ook het bezit van staat t.a.v. de erkenner zal geen onontvankelijkheids- of ontoelaatbaarheidsgrond vormen indien de vordering die ertoe strekt een vóór 6 juni 1987 gedane erkenning te betwisten werd ingeleid binnen het jaar na die datum (art. 118 Afstammingswet).

2. De vordering werd ingesteld na 5 juni 1988

1127 In toepassing van het vigerende afstammingsrecht kunnen de erkenner en de personen die tot de erkenning hebben toegestemd de erkenning die gedaan werd vóór 6 juni 1987 vanaf 6 juni 1988 slechts betwisten indien zij bewijzen dat aan hun toestemming een gebrek kleefde (art. 330 § 1 tweede lid B.W.). Bezit van staat t.a.v. de erkenner is een grond van ontoelaatbaarheid voor elke betwistingsvordering die vanaf die datum wordt ingesteld (art. 330 § 2 tweede lid B.W.).
De dertigjarige verjaringstermijn voor het instellen van de betwistingsvordering begint te lopen bij de inwerkingtreding van de nieuwe wet – dus op 6 juni 1987 – "indien het begin van het bezit van de betwiste staat daaraan voorafgaat" (art. 119 § 2 Afstammingswet). Onder dit "begin van het bezit van staat" moet de opmaak van de erkenningsakte worden begrepen (zie ook boven, nr. 1087), zodat de betwisting van een erkenning waarvan de akte vóór 6 juni 1987 werd opgemaakt ten vroegste op 7 juni 2017 verjaard kan zijn.

1128 Uiteraard wordt de betwisting van een erkenning die na 6 juni 1987 werd geakteerd volledig beheerst door het geldende afstammingsrecht en kan een vóór 6 juni 1987 gedane erkenning na die datum niet meer worden betwist wegens miskenning van de nieuwe grond- of vormvoorwaarden.

Zo blijft een erkenning die vóór 6 juni 1987 verleden werd bij authentiek testament – en dus strijdig is met het huidige artikel 327 B.W. – geldig (zie expliciet art. 117 Afstammingswet). Evenzeer zal een erkenning die in dat tijdvak zonder toestemming van moeder en/of kind werd gedaan – ondanks de miskenning van het huidige artikel 319 § 2 of 3 B.W. – om die reden niet kunnen worden betwist na 6 juni 1987.

AFDELING II

NIETIGVERKLARING VAN DE ERKENNING IN DE BIJZONDERE HYPOTHESE VAN ARTIKEL 319 § 4 B.W.

§ 1. Toepassingsgebied

A. ERKENNING DOOR EEN MAN O.G.V. ARTIKEL 319 § 4 B.W. ZONDER TOESTEMMING(EN)

1129 Eerder werd al verduidelijkt dat artikel 319 § 4 B.W. de erkenning door een man betreft van een minderjarig niet-ontvoogd kind wiens moeder onbekend of overleden is, dan wel in de onmogelijkheid verkeert haar wil te kennen te geven. Deze erkenning gebeurt uiteraard zonder toestemming van de moeder; bijzonder is evenwel dat zij ook zonder de toestemming van het kind dat ouder is dan vijftien jaar en zonder toestemming van diens wettelijke vertegenwoordiger kan gebeuren.

B. KENNISGEVING OF BETEKENING

1130 Stemmen beiden niet toe, dan moet de ambtenaar van de burgerlijke stand in deze hypothese o.g.v. artikel 319 § 4 eerste lid B.W. een letterlijk afschrift van de erkenning ter kennis brengen van de wettelijke vertegenwoordiger van het kind en van het kind zelf (art. 319 § 4 eerste lid B.W.).
Indien de erkenning niet is ontvangen door een Belgische ambtenaar van de burgerlijke stand, moet zij op verzoek van de erkenner worden betekend aan de wettelijke vertegenwoordiger van het kind en aan het kind zelf indien het de volle leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt (art. 319 § 4 tweede lid B.W.; voor een model van akte waarin de erkenning wordt betekend, zie *A.M.R.*, II, Burgerlijk Recht, Afstamming, (afl. 17, 1988), 17-18).

Stemt slechts één van beide betrokkenen – de wettelijke vertegenwoordiger of het niet-ontvoogd kind van vijftien jaar of ouder – niet tot de erkenning toe, dan moet de kennisgeving of betekening logischerwijze slechts gebeuren aan de weigerende persoon.

1131 Kennisgeving en betekening moeten duidelijk van elkaar worden onderscheiden, ook wat de praktische modaliteiten betreft:
– de wijze waarop de kennisgeving dient te geschieden staat vermeld in artikel 319 § 4 eerste lid B.W.: het gaat om een letterlijk afschrift van de erkenning dat ter kennis wordt gebracht; overeenkomstig artikel 32, 2° Ger. W. kan dit via de post gebeuren;
– de betekening van de erkenningsakte vereist de tussenkomst van een gerechtsdeurwaarder; hij zal een afschrift van de erkenningsakte moeten betekenen (zie art. 32, 1° Ger. W.).

1132 Bij nader inzien is de publiciteit die aan de erkenning zonder toestemming(en) wordt verbonden slechts in één geval verplicht: indien een Belgische ambtenaar van de burgerlijke stand de erkenningsakte heeft opgemaakt, *moet* er een kennisgeving overeenkomstig artikel 319 § 4 eerste lid B.W. plaatsvinden.
Indien een andere ambtenaar – bv. een buitenlandse ambtenaar van de burgerlijke stand of een Belgische of buitenlandse notaris – de erkenning heeft geakteerd, is de in artikel 319 § 4 tweede lid B.W. voorziene betekening van de erkenning niet verplicht: zij vindt plaats "op verzoek van de erkenner".

Vauit het notariaat wordt het ontbreken van de verplichting tot betekening in hoofde van de notaris als een ernstige lacune in de wetgeving aangevoeld (zie G. MAHIEU en D. PIRE, *Droit des personnes. La filiation*, in *Rép. not.*, Brussel, Larcier, 1999, 94, nr. 93).

Niettegenstaande de notaris niet vermeld is in artikel 319 § 4 B.W., wordt in de rechtsleer aangenomen dat ook de notarissen die een erkenningsakte in deze hypothese hebben opgemaakt, gehouden zijn artikel 319 § 4 tweede lid B.W. na te leven (zie A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 319 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 14, nr. 21 en voetnoot 1).

CASMAN is eveneens van oordeel dat indien de erkenningsakte door een notaris werd verleden, op verzoek van de erkenner een afschrift van de erkenningsakte wordt betekend. Zij acht het vanzelfsprekend dat de notaris de erkenner hierop zal wijzen en – zo hij hierom wordt verzocht – de daartoe vereiste stappen voor hem zal zetten (H. CASMAN, *Notarieel familierecht*, Gent, Mys & Breesch, 1991, 202-203, nr. 572).

De kennisgeving of betekening, waarvan zonet sprake, gebeurt met het oog op een mogelijke vordering tot nietigverklaring van de erkenning; zij doet immers de termijn van zes maanden lopen binnen dewelke de vordering moet worden ingesteld (art. 319 § 4 derde lid B.W.; zie verder, nrs. 1138-1139).

§ 2. Bezit van staat t.a.v. de erkenner is geen onontvankelijkheidsgrond

1133 Bij de gemeenrechtelijke wijze tot betwisting van een erkenning is bezit van staat t.a.v. de erkenner een onontvankelijkheidsgrond (zie boven, nr. 1023 e.v.). Dat is echter niet het geval voor de nietigverklaring van de erkenning in de bijzondere hypothese van artikel 319 § 4 B.W. (*anders*: P. SENAEVE, *Compendium*, 327, nr. 829, die ook in dit geval verwijst naar art. 330 § 2 tweede lid B.W.).

In artikel 319 § 4 B.W. is geen sprake van een onontvankelijkheidsgrond gebaseerd op bezit van staat. Het lijkt overigens verantwoord dat het vaderschap van de erkenner in deze uitzonderlijke gevallen in mindere mate wordt beschermd, al was het maar omdat de erkenning wettelijk heeft kunnen plaatsvinden zonder de toestemming van de persoon die (nadien) de nietigverklaring van de erkenning vordert en haar uitwerking precair is (zie art. 319 § 4 laatste lid B.W.).

Het Hof van Beroep te Antwerpen hield er – ten onrechte – een andere visie op na toen het in een procedure tot nietigverklaring van een erkenning die o.g.v. artikel 319 § 4 derde lid B.W. door de

voogd als wettelijke vertegenwoordiger van het erkende kind was ingeleid, in een tussenarrest ambtshalve de vraag opwierp of er geen bezit van staat voorhanden was waardoor de vordering ontoelaatbaar zou zijn (Antwerpen (1ste kamer) A.R. 984/88, 30 november 1988, *onuitg.*, samen met het eindarrest d.d. 22 maart 1989 besproken door P. SENAEVE, "Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht", in P. SENAEVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, 86-87, nr. 147).

§ 3. Procedureregels

A. TITULARISSEN VAN DE VORDERING

1134 Uit een samenlezing van de eerste drie leden van artikel 319 § 4 B.W. blijkt dat de wet twee personen vermeldt aan wie de erkenning ter kennis moet worden gebracht of betekend, nl. het minderjarig niet-ontvoogd kind van vijftien jaar of ouder en zijn wettelijke vertegenwoordiger. Zij kunnen de vernietiging van de erkenning vorderen, indien ze niet vooraf tot de erkenning hebben toegestemd.

Sinds de inwerkingtreding van de nieuwe voogdijwetgeving is de positie van de grootouders langs moederszijde *q.q.* wettelijke vertegenwoordigers van hun kleinkind enigszins verzwakt wat de mogelijkheid tot betwisting van de erkenning betreft.

Onder het oude voogdijrecht was in een situatie waarin de moeder was overleden of in de onmogelijkheid was haar wil te uiten en geen testamentaire voogd was aangesteld, de overlevende grootouder van rechtswege voogd (oud art. 402 eerste lid B.W.). In het geval dat er nog twee grootouders in leven waren, was degene onder hen voogd die daartoe door de familieraad was aangewezen (oud art. 402 tweede lid B.W.). Aldus had de grootvader of grootmoeder van het kind langs moederszijde als voogd – en wettelijke vertegenwoordiger – automatisch ook een sterke rechtspositie inzake de aanvechting van de erkenning die een man in deze bijzondere hypothese had gedaan. Onder het vigerende voogdijrecht – in werking sinds 1 augustus 2001 – kiest de vrederechter in een dergelijk geval "een voogd die geschikt is om de minderjarige op te voeden en zijn goederen te beheren, bij voorkeur uit de naaste familieleden" (art. 393 tweede lid B.W.). Dit zal echter niet noodzakelijk de moederlijke grootmoeder of grootvader zijn (P. SENAEVE, "Werking van de voogdij inzake de persoon – Wijzigingen in Boek I B.W. inzake huwelijk, adoptie, pleegvoogdij en ontvoogding", in P. SENAEVE, J. GERLO en F. LIEVENS (ed.), *De hervorming van het voogdijrecht*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2002, 80, nr. 203). Uiteraard kan een grootouder die geen voogd (en dus geen wettelijke vertegenwoordiger) is de erkenning van zijn kleinkind betwisten als (moreel) belanghebbende o.g.v. de gemeenrechtelijke regels bepaald in artikel 330 B.W.

1135 De vraag rijst op welk ogenblik het niet-ontvoogd minderjarig kind de leeftijd van vijftien jaar moet hebben bereikt om gerechtigd te zijn de vordering tot nietigverklaring van zijn erkenning door een man in te leiden.
Zowel ten voordele van een zeer beperkt als ten gunste van een zeer ruim vorderingsrecht blijken argumenten voorhanden.

Uit artikel 319 § 3 tweede lid B.W. volgt dat de toestemming van het kind pas noodzakelijk is als het vijftien jaar of ouder is op het ogenblik van de erkenning. Daaruit zou een zeer beperkt betwistingsrecht van het kind kunnen worden afgeleid, in die zin dat het kind al vijftien jaar zou moeten zijn op het ogenblik dat de erkenning werd geakteerd, vooraleer het de vordering tot nietigverklaring zou kunnen inleiden.

Naar analogie met wat vroeger gold inzake de toestemming tot adoptie – nl. dat de minderjarige geadopteerde die nog geen vijftien jaar was bij de sluiting van de debatten, maar op het ogenblik van de uitspraak van de adoptie die leeftijd wel heeft bereikt, zijn persoonlijke toestemming dient te geven (Cass. 22 februari 1979, *Arr. Cass.* 1978-79, 754, *Pas.* 1979, I, 758 en *R.W.* 1979-80, 906) – heeft HEYVAERT gepleit voor een zeer ruim vorderingsrecht van de minderjarige. Deze redenering leidt immers tot de stelling dat het kind pas vijftien jaar oud moet zijn op het ogenblik dat het zelf de vordering tot nietigverklaring van zijn erkenning inleidt (in die zin: A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 319 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 15, nr. 23; ten gunste van deze visie is nog vermeld dat via deze oplossing mogelijk misbruik van de erkenner wordt uitgeschakeld wanneer deze het kind net vóór zijn vijftiende verjaardag zou erkennen om het betwistingsrecht van het kind te omzeilen; vgl. reeds A. HEYVAERT, "De afstamming langs vaderszijde buiten het huwelijk", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1987, 194, nr. 295, die al opmerkte dat de wetgever het kind zoveel mogelijk eigen beslissingsrecht heeft willen verlenen inzake zijn afstamming en dat het kind, indien het de leeftijd van vijftien jaar intussen zou hebben bereikt, toch persoonlijk in het geschil zou moeten worden betrokken).

Ons inziens moet een tussenstandpunt worden verdedigd. Uit artikel 319 § 4 eerste lid B.W. kan worden afgeleid dat kennisgeving of betekening slechts moet gebeuren wanneer het kind op dat ogenblik de leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt, ook al was het nog geen vijftien jaar op het ogenblik van de erkenning. Hieruit volgt ons inziens dat het kind de vordering tot nietigverklaring van zijn erkenning kan inleiden als het op het ogenblik van de kennisgeving of de betekening al vijftien jaar was, ook al had het op het ogenblik van de erkenning die leeftijd nog niet bereikt. Het kind dat op het ogenblik van de kennisgeving of betekening (aan zijn wettelijke vertegenwoordiger) geen vijftien jaar is, kan nadat het die leeftijd heeft bereikt ons inziens zijn erkenning niet meer betwisten o.g.v. artikel 319 § 4 B.W. Het derde lid van deze bepaling biedt een extra argument in die zin, aangezien het vorderingsrecht enkel wordt toegekend aan "de personen aan wie zij [de kennisgeving of de betekening] is gedaan".

1136 Onduidelijkheid bestaat eveneens over de vraag of het minderjarig niet-ontvoogd kind van vijftien jaar of ouder en zijn wettelijke vertegenwoordiger de bijzondere vordering tot nietigverklaring van de erkenning nog kunnen inleiden of verderzetten indien zij zich op de erkenning hebben beroepen in de zin van artikel 319 § 4 zevende lid *in fine* B.W. Anders geformuleerd: kan een persoon die zich op een bepaalde staat beroept deze staat tegelijk ook betwisten?
Een bevestigend antwoord kan worden verdedigd, naar analogie met een echtgenoot die de nietigverklaring van zijn huwelijk vordert en inmiddels een vordering tot het bekomen van dringende en voorlopige maatregelen o.g.v. artikel 223 B.W. heeft ingeleid. Zolang zijn huwelijk niet is nietigverklaard, is hij daartoe gerechtigd (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 319 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 14, nr. 22).

1137 Wanneer de openbare orde in het gedrang komt door een toestand die moet verholpen worden, put het Openbaar Ministerie uit artikel 138 tweede lid Ger. W. een eigen vorderingsrecht om een erkenning nietig te laten verklaren (zie ook boven, nrs. 1082-1086).

In een zaak waarin een kind door een man was erkend om de gevolgen van een vonnis waarin de rechtbank de ontzetting van de moeder uit het ouderlijk gezag had uitgesproken te omzeilen, oordeelde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Luik dat de moeder in dergelijk geval moet worden beschouwd als zijnde in de onmogelijkheid haar wil te kennen te geven, met als gevolg dat de erkenning ter kennis moet gebracht worden van de wettelijke vertegenwoordiger van het kind. Nu de moeder de ambtenaar van de burgerlijke stand had misleid door niet te vermelden dat zij niet tot de erkenning kon toestemmen en de procedure uit artikel 319 § 4 B.W. niet was gerespecteerd, werd de erkenning op vordering van het openbaar ministerie – dat zich steunde op artikel 138 Ger. W. – nietig verklaard (Rb. Luik (3de kamer) 23 maart 1990, *onuitg.* besproken door D. PIRE, "Inédits de droit de la famille (V-3). Filiation", *J.L.M.B.* 1991, (1082) 1096).

B. TERMIJN

1138 De vordering tot nietigverklaring van de erkenning moet luidens artikel 319 § 4 derde lid B.W. worden ingesteld binnen zes maanden te rekenen vanaf de kennisgeving of betekening die overeenkomstig artikel 319 § 4 eerste resp. tweede lid B.W. moet geschieden.

Aangezien deze termijn van zes maanden een vervaltermijn is, kan hij niet geschorst of gestuit worden. De dag van de kennisgeving of betekening wordt niet in de termijn begrepen, de einddag wel (*dies a quo non computatur in termino, sed dies ad quem*).

1139 Het feit dat het erkende kind en zijn wettelijke vertegenwoordiger deze termijn hebben laten verstrijken zonder de vordering tot nietigverklaring o.g.v. artikel 319 § 4 B.W. in te stellen, belet ons inziens niet dat zij de erkenning op de gemeenrechtelijke wijze kunnen betwisten, onder de voorwaarden van artikel 330 B.W.

Enerzijds was het duidelijk de bedoeling van de wetgever om "vermenigvuldiging van procedures inzake erkenning" zoveel mogelijk te vermijden (Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 72) en kan de individuele kennisgeving of betekening worden aangezien als een formaliteit die van dezelfde aard is als de betekening van een rechterlijke beslissing; door die laatste betekening wordt de termijn om derdenverzet in te stellen nochtans beperkt tot drie maanden (art. 1129 Ger. W.), beduidend minder lang dan de zes maanden om de bijzondere vordering tot nietigverklaring o.g.v. artikel 319 § 4 B.W. in te leiden en de dertig jaar (vanaf de erkenning) om de gemeenrechtelijke betwistingsvordering o.g.v. artikel 330 B.W. in te stellen.
Anderzijds zijn er – overtuigender – argumenten die doen besluiten dat het gemeenrechtelijke betwistingsrecht niet vervalt. Zo maakt artikel 330 B.W. wel degelijk melding van een erkenning overeenkomstig artikel 319 § 4 B.W., zelfs tweemaal. Het niet-inleiden van de vordering binnen de wettelijk bepaalde vervaltermijn kan niet worden gelijkgesteld met een vooraf gegeven toestemming, waardoor het betwistingsrecht zou vervallen (zie art. 330 § 1 tweede lid B.W.). Wie de vordering niet heeft ingesteld kan uiteraard ook geen partij zijn bij de beslissing waarbij de vernietiging van de erkenning, gevorderd krachtens artikel 319 § 4 B.W., is afgewezen, zodat ook o.g.v. artikel 330 § 1 derde lid B.W. het betwistingsrecht niet kan worden ontnomen aan het kind of zijn wettelijke vertegenwoordiger. Bovendien worden afstand en verval van rechten nooit vermoed en mag *a fortiori* worden aangenomen dat, nu het niet instellen van derdenverzet voor de derde geen verlies meebrengt van de hem toebehorende rechten, rechtsvorderingen en excepties (art. 1124 Ger. W.), dit zeker niet het geval kan zijn voor rechtstreeks betrokken personen, zoals het kind en zijn wettelijke vertegenwoordiger. Om die redenen moet worden verdedigd dat het gemeenrechtelijk betwistingsrecht niet vervalt indien zij de termijn van zes maanden hebben laten verstrijken zonder in rechte op te treden (in dezelfde zin: A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 319 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 17-18, nr. 29; zie reeds identiek A. HEYVAERT, "De afstamming langs vaderszijde buiten het huwelijk", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1987, 195-196, nr. 298).

C. PARTIJEN IN HET GEDING

1140 Overeenkomstig artikel 332*bis* tweede lid B.W. moet de vordering tot nietigverklaring van een erkenning in elk geval worden ingesteld tegen de erkenner, nu diens vaderschap wordt betwist.
Aangezien ook de ouder wiens ouderschap niet wordt betwist in het geding moet zijn, dient de wettelijke vertegenwoordiger van de moeder – als ze er een heeft – (zie aanhef art. 331*sexies* B.W.) eveneens in het geding te worden geroepen. Is de moeder overleden, dan moeten haar erfgenamen niet in het geding worden betrokken, aangezien het hier een vordering tot betwisting (niet: tot inroeping) van staat betreft (art. 332*quater* eerste lid B.W. *a contrario*).

– Indien de wettelijke vertegenwoordiger (van het kind) de vordering instelt, moet ook het minderjarig niet-ontvoogd kind in het geding worden betrokken indien het de leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt.

Indien het kind pas vijftien jaar wordt op een ogenblik dat de vordering al werd ingeleid maar vooraleer er uitspraak werd over gedaan, dienen de debatten te worden heropend nadat het kind in het geding is geroepen (vgl. inzake adoptie Cass. 22 februari 1979, *Arr. Cass.* 1978-79, 754, *Pas.* 1979, I, 758 en *R.W.* 1979-80, 906, waar de adoptie zonder toestemming van de na de sluiting van de debatten vijftien jaar geworden minderjarige nietig werd bevonden).

– Wanneer het kind zelf de vordering tot nietigverklaring inleidt, wordt ook zijn wettelijke vertegenwoordiger in het geding betrokken (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 319 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 15, nr. 24; zie reeds A. HEYVAERT, "De afstamming langs vaderszijde buiten het huwelijk", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1987, 195, nr. 296).

Hoewel geen enkele wetsbepaling deze verplichting bevat, is het zonder twijfel opportuun om de wettelijke vertegenwoordiger van het kind in het geding te roepen, aangezien hij nauw betrokken is bij de afstammingsrelatie tussen de erkenner en het kind, nu hij er zich minstens tot het in kracht van gewijsde treden van de uitspraak op kan beroepen (zie art. 319 § 4 zevende lid *in fine* B.W.).

1141 Volgens artikel 331*quinquies* B.W. kunnen erfgenamen een reeds begonnen rechtsvordering voortzetten, tenzij de verzoeker er uitdrukkelijk afstand van heeft gedaan. Deze regel is echter niet van toepassing is op de vordering bedoeld in artikel 319 § 4 B.W., aangezien het hier om een vordering gaat die persoonlijk is voorbehouden aan de wettelijke vertegenwoordiger van het kind (E. VIEUJEAN, "Le nouveau droit de la filiation", *Ann. dr. Liège* 1987, (97) 127, nr. 37 *in fine*; vgl. Rb. Luik 8 november 1991, *J.L.M.B.* 1995, 170, inzake de vaststelling van de afstamming via erkenning).

D. VERTEGENWOORDIGING

1142 De minderjarige die de volle leeftijd van vijftien jaar heeft bereikt en de nietigverklaring van zijn erkenning door een man vordert, wordt niet vertegenwoordigd en zelfs niet bijgestaan door zijn wettelijke vertegenwoordiger.

Dit is de betekenis van het voorbehoud dat wordt gemaakt in de aanhef van artikel 331*sexies* B.W. (E. VIEUJEAN, "Le nouveau droit de la filiation", *Ann. dr. Liège* 1987, (97) 130, nr. 41).

E. BEVOEGDE RECHTBANK

1143 Artikel 319 § 4 derde lid *in fine* B.W. bepaalt dat de vordering tot nietigverklaring van de erkenning in deze bijzondere hypothese moet worden gebracht voor de rechtbank van eerste aanleg van de woonplaats van het kind.

Dit is geen afwijkende regel, maar een bevestiging van de gemeenrechtelijke bevoegdheidsbepaling die geldt in afstammingszaken (art. 331 § 1 B.W., zie boven, nrs. 973-986).

F. WIJZE VAN GEDINGINLEIDING EN PROCEDUREVERLOOP

1144 De vordering kan luidens artikel 319 § 4 derde lid B.W. worden ingeleid bij "gewoon verzoekschrift".

Aangezien het hier om een vordering tot betwisting van staat gaat die een procedure op tegenspraak impliceert, moet worden aangenomen dat de vordering moet worden ingeleid via een verzoekschrift op tegenspraak in de zin van de artikelen 1034*bis-sexies* Ger. W. (G. MAHIEU en D. PIRE, *Droit des personnes. La filiation*, in *Rép. not.*, Brussel, Larcier, 1999, 148, nr. 184).

De bepalingen van artikel 1025-1034 Ger. W. i.v.m. het eenzijdig verzoekschrift zijn hier niet van toepassing, omdat de procedure een tegensprekelijk karakter heeft en steeds meerdere personen in het geding (moeten) zijn (zie ook boven, nr. 1140). Dat blijkt tevens uit artikel 319 § 4 vijfde lid B.W., dat spreekt over "partijen" (in het meervoud), dit zijn alleszins de persoon die de vernietiging van de erkenning vordert en de erkenner, die als tegenpartij moet worden beschouwd.

Artikel 319 § 4 zesde lid B.W. wekt nochtans de indruk dat de bepalingen i.v.m. het eenzijdig verzoekschrift (art. 1025-1034 Ger. W.) van toepassing zouden zijn door één ervan – nl. artikel 1029 tweede lid B.W. – expliciet uit te sluiten. Het gaat wellicht om een vergissing (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 319 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 16, nr. 26; J. SOSSON, "Quelques problèmes judiciaires d'application de la loi du 31 mars 1987 réformant le droit de la filiation", *J.T.* 1990, (301) 307, nr. 36, meer bepaald voetnoot 76). Ten tijde van de inwerkingtreding van de Afstammingswet was enkel het eenzijdig verzoekschrift in het Gerechtelijk Wetboek uitgewerkt, wat deze vergissing zou kunnen verklaren.

Sinds de Wet van 3 augustus 1992 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek (*B.S.* 31 augustus 1992, in werking getreden op 1 januari 1993) is duidelijk dat een rechtspleging die op tegenspraak verloopt beheerst wordt door de artikelen 1034*bis-sexies* Ger. W. i.v.m. het verzoekschrift op tegenspraak.
Dit impliceert o.m. dat
– het verzoekschrift op straffe van nietigheid een aantal vermeldingen moet bevatten, opgesomd in artikel 1034*ter* Ger. W.; ondertekening door een advocaat is evenwel niet vereist (zie art. 1034*ter*, 6° Ger. W.);

– bij het verzoekschrift, eveneens op straffe van nietigheid, een getuigschrift van woonplaats van de op te roepen erkenner moet worden gevoegd (art. 1034*quater* eerste lid Ger. W.);
– het verzoekschrift met zijn bijlage in zoveel exemplaren als er partijen zijn – dus minstens in tweevoud – bij aangetekende brief moet worden verzonden aan de griffier van de bevoegde rechtbank of ter griffie neergelegd (art. 1034*quinquies* Ger. W.);
– partijen door de griffier per gerechtsbrief worden opgeroepen en de erkenner daarbij een afschrift van het verzoekschrift zal ontvangen (art. 1034*sexies* Ger. W.).

Voor een model van verzoekschrift tot nietigverklaring van de erkenning o.g.v. artikel 319 § 4 B.W., zie *Rép. not.*, deel 1 Personenrecht, Boek XII Afstamming, p. 13-14, model 8; het model opgenomen in *A.M.R.*, II, Burgerlijk Recht, Afstamming, (afl. 18, 1989), 19-20, is af te raden, omdat het – ten onrechte – verwijst naar het belang van het kind als grond voor de nietigverklaring; zie ook verder, nrs. 1150-1153).

1145 De griffier stelt de ambtenaar van de burgerlijke stand of de ministeriële ambtenaar die de erkenningsakte heeft opgemaakt onmiddellijk in kennis van het feit dat een vordering tot nietigverklaring van een erkenning o.g.v. artikel 319 § 4 B.W. is ingeleid (art. 319 § 4 vierde lid B.W.) en roept de partijen op bij gerechtsbrief (art. 1034*sexies* Ger. W.).

1146 De rechtbank hoort de (verschijnende) partijen en het Openbaar Ministerie alvorens uitspraak te doen over de vordering (art. 319 § 4 vijfde lid B.W.).

De behandeling van de zaak gebeurt in openbare terechtzitting, net als de uitspraak.

Hoewel initieel was voorgesteld om de zaak in raadkamer te behandelen en gewezen werd op het gevaar dat sommige betwistingen weerklank zouden kunnen vinden in de pers wanneer ze in openbare zitting worden behandeld, werd na stemming in de senaatscommisie – met elf stemmen tegen één – beslist de vordering in openbare zitting te behandelen, omwille van de daarmee gepaard gaande "waarborg" en na de – inmiddels niet meer correcte – opmerking dat de beoordeling van de rechtbank eerder de opportuniteit betreft (Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 72-73).

§ 4. Voorwaarde voor de gegrondheid van de vordering: het bewijs van niet-vaderschap

1147 Ook in de bijzondere hypothese dat het kind minderjarig en niet-ontvoogd is en zijn moeder onbekend, overleden of in de onmogelijkheid is haar wil te kennen te geven vernietigt de rechtbank de erkenning indien het bewijs wordt geleverd dat de erkenner niet de vader is (art. 319 § 4 vijfde lid B.W.).

1148 Hoewel dit niet in de wet is herhaald, kan het bewijs van niet-vaderschap door alle wettelijke middelen worden geleverd. De bewijslast rust op de eiser die de vernietiging van de erkenning vordert.

1149 De kans bestaat dat een minderjarig niet-ontvoogd kind na de erkenning – die o.g.v. artikel 319 § 4 B.W. plaatsvond zonder zijn toestemming – meerderjarig of ontvoogd is geworden vooraleer de rechtbank uitspraak deed

over de vordering tot nietigverklaring van de erkenning die door hemzelf of door zijn wettelijke vertegenwoordiger werd ingesteld.

Volgens HEYVAERT en VANCRAENENBROECK moet in dergelijk geval de vordering gegrond worden verklaard indien het kind dat eist, ook al werd de vordering ingesteld door zijn wettelijke vertegenwoordiger. Zij komen tot deze stelling o.g.v. een eerder vermelde redenering naar analogie met de adoptie (zie boven, nr. 1135). Voorts wijzen zij op de niet-tegenwerpelijkheid van de erkenning overeenkomstig artikel 319 § 4 laatste lid B.W. en het feit dat de rechtbank voor haar opportuniteitsoordeel de gegevens tot op het ogenblik van haar uitspraak in acht moet nemen. In hun optiek oordeelt het meerderjarig of ontvoogd kind conform artikel 319 § 2 B.W. soeverein over de opportuniteit van zijn erkenning door een man (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 319 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 17, nr. 28), hetgeen blijkbaar de automatische gegrondverklaring van hun betwistingsvordering zou moeten impliceren.

Ons inziens gaat de vergelijking met de vereiste toestemming tot een adoptie hier niet op. Door adoptie wordt immers een – sociologische – afstammingsband gevestigd die nog niet bestond op het ogenblik dat het te adopteren kind vijftien jaar werd, terwijl het hier besproken probleem de betwisting van een reeds vastgestelde – biologische – afstammingsband betreft die wel degelijk bestond op het ogenblik dat het kind vijftien jaar was, maar werd gecreëerd zonder toestemming van de minderjarige, wat luidens artikel 319 § 4 B.W. perfect mogelijk is.

Wanneer het kind of zijn wettelijke vertegenwoordiger overeenkomstig artikel 319 § 4 B.W. de nietigverklaring vorderen van deze rechtsgeldig tot stand gekomen rechtshandeling, mag de rechtbank ons inziens haar oordeel enkel en alleen laten afhangen van de biologische werkelijkheid en moet de vordering tot nietigverklaring worden afgewezen indien niet wordt bewezen dat de erkenner niet de vader is. Uit het arrest nr. 62/94 dat het Arbitragehof wees op 14 juli 1994 (zie verder, nr. 1151) kan duidelijk worden afgeleid dat de rechtbank in deze context haar wettelijk opportuniteitsoordeel heeft verloren; ze is dan ook geenszins verplicht haar oordeel te laten determineren door de wil van het ontvoogd of meerderjarig geworden kind zonder bewijs van niet-vaderschap. Artikel. 319 § 2 B.W. geeft overigens aan het meerderjarig of ontvoogd kind enkel een vetorecht inzake de vaststelling van zijn afstamming via erkenning; uit deze bepaling kunnen geen bijzondere bevoegdheden voor het kind worden afgeleid i.v.m. de betwisting van een voordien rechtsgeldig vastgestelde afstammingsband.

§ 5. Geen toetsing aan het belang van het kind

A. WETTELIJKE REGELING: ARTIKEL 319 § 4 VIJFDE LID B.W.

1150 Ontbreekt het bewijs dat de erkennende man niet de biologische vader van het door hem erkende kind is, dan bepaalt artikel 319 § 4 vijfde lid B.W. dat de rechtbank uitspraak doet over de vordering tot nietigverklaring van de erkenning "met inachtneming van de belangen van het kind".

Zo oordeelde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Hasselt dat de belangen van een tienjarig kind dat sinds het overlijden van zijn moeder door zijn grootmoeder langs moederszijde werd opgevoed duidelijk wezen in de richting van het laten voortbestaan van de erkenning. De rechtbank oordeelde dat ieder kind een man als vader moet kunnen bekennen, zo dit realiseerbaar is, aangezien het fenomeen van het vaderschap een essentiële schakel is in de normale opvoeding van het kind. Mede omdat niet kan worden ontkend dat het creëren van erfrechten in het belang van het kind is,

werd de vordering tot nietigverklaring van de erkenning afgewezen (Rb. Hasselt 6 november 1990, *R.W.* 1991-92, 127).

B. STRIJDIGHEID MET HET GELIJKHEIDSBEGINSEL (ARBITRAGEHOF NR. 62/94, 14 JULI 1994)

1151 Aan het Arbitragehof werd gevraagd of de opportuniteitstoetsing die de rechtbank uitvoert via de inachtneming van de belangen van het kind het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel schendt.

Het Hof van Beroep te Bergen moest uitspraak doen over het hoger beroep tegen een vonnis waarin de vordering uitgaande van de wettelijke vertegenwoordiger (*in casu* de datieve voogd) van het kind, strekkende tot nietigverklaring van diens erkenning door een man, ongegrond werd verklaard. De moeder was een achttal maanden na de geboorte overleden en de man die tot haar dood met haar samenleefde had het kind na haar overlijden erkend op een moment dat het bijna één jaar oud was. De voogd van het kind was het niet eens met die erkenning, maar bewees niet – en bood ook niet aan te bewijzen – dat de erkenner niet de biologische vader van het kind was. Hij beweerde, zich baserend op uittreksels uit diverse strafdossiers, dat die erkenning in strijd is met het belang van het kind en vroeg subsidiair een psychologisch onderzoek. De Rechtbank van Eerste Aanleg te Bergen verklaarde zijn verzoek in een onuitgegeven vonnis van 2 juni 1993 ongegrond, met verwijzing naar het arrest van het Arbitragehof van 8 oktober 1992 en overwoog dat de biologische band een "vermoeden van het belang van het kind bij zijn erkenning [was] zonder dat de opvoedkundige capaciteiten van zijn verwekker dienen te worden onderzocht".
Het hof van beroep stelde vast dat een vraag werd opgeworpen die gelijkt op de vragen die door het Arbitragehof in zijn arresten van 21 december 1990 en 8 oktober 1992 werden onderzocht, maar dat de *in casu* betwiste norm niet identiek is, vermits hier artikel 319 § 4 B.W. aan de orde was i.p.v. artikel 319 § 3 B.W. in de vorige arresten. Daarom vroeg het Hof van Beroep te Bergen aan het Arbitragehof of artikel 319 § 4 B.W. een schending inhoudt van de artikelen 6 en 6*bis* [thans 10 en 11] van de Grondwet doordat het, wanneer de moeder in de onmogelijkheid is haar wil te kennen te geven, aan de rechtbank de bevoegdheid toekent om, afhankelijk van haar beoordeling van de belangen van het kind, de erkenning van een minderjarig niet-ontvoogd kind door een man van wie niet is aangetoond dat hij niet de biologische vader is, te vernietigen (Bergen 10 november 1993, *J.L.M.B.* 1994, 173).

Het Arbitragehof startte met de vaststelling dat de afstamming van moederszijde in beginsel vaststaat o.g.v. artikel 312 § 1 B.W. en dat de erkenning van een kind door de moeder bij ontstentenis van de vermelding van haar naam in de geboorteakte – de hypothese beoogd door artikel 313 § 1 B.W. – een uitzonderlijke wijze is om de afstamming vast te stellen, die geen enkele voorafgaande toestemming, noch van de vader, noch van het kind vereist en aan geen enkele rechterlijke controle is onderworpen.
Het hof wees erop dat de prejudiciële vraag beperkt was tot de regel die de rechtbank toelaat de erkenning te vernietigen van een man van wie niet is aangetoond dat hij niet de biologische vader is en stelde vast dat artikel 319 § 4 vijfde lid B.W. de rechtbank toelaat, op verzoek van de wettelijke vertegenwoordiger, de erkenning te vernietigen wanneer het belang van het kind dit vereist, terwijl wanneer de vader in de onmogelijkheid is zijn wil te kennen te geven, niet in een dergelijke mogelijkheid is voorzien om de vaststelling van de afstamming van moederszijde te betwisten.

Het Arbitragehof overwoog dat het aan de wetgever toekomt te oordelen of en in welke mate er reden is om vanuit het standpunt van het belang van het kind de vaststelling van de afstamming aan een opportuniteitscontrole te onderwerpen. Indien hij besluit een dergelijke controle in te voeren, zelfs wanneer niet is aangetoond dat de persoon die een kind wil erkennen geen biologische band met dat kind heeft, mag hij evenwel niet, zonder voldoende verantwoording, de vader en de moeder verschillend behandelen. Er moet rekening worden gehouden niet alleen met artikel 3.1 van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (I.V.R.K.), dat voorschrijft dat bij alle maatregelen betreffende kinderen de belangen van het kind de eerste overweging vormen, maar ook met artikel 7.1 I.V.R.K., dat bepaalt dat het kind, voor zover mogelijk, het recht heeft zijn ouders te kennen en door hen te worden verzorgd.

Het Arbitragehof was van mening dat de wetgever op een discriminerende manier afbreuk doet aan het recht op eerbiediging van het gezinsleven van de man die een minderjarig niet-ontvoogd buitenhuwelijks kind erkent waarvan de moeder onbekend, overleden of in de onmogelijkheid is haar wil te kennen te geven door, in het belang van het kind, de vernietiging van de vastgestelde afstammingsband tussen man en kind mogelijk te maken, terwijl een identieke vernietigingsmogelijkheid niet bestaat voor de vaststelling van de afstamming langs moederszijde in dezelfde omstandigheden. Die man moet immers niet *a priori* minder geschikt worden geacht om het belang van het kind te beoordelen dan de moeder, de wettelijke vertegenwoordiger of de gehuwde ouders. Evenmin blijkt volgens het Arbitragehof dat een erkenning die plaatsvindt na het overlijden van de moeder of na een gebeurtenis die haar in de onmogelijkheid stelt haar wil te kennen te geven, op zich als verdacht moet worden beschouwd. Het Arbitragehof erkende dat er ongetwijfeld tussen moeder en kind een bijzondere band bestaat die al vóór de geboorte tot stand is gekomen, maar was van oordeel dat die niet volstaat om te verantwoorden dat de vaststelling van de afstamming langs vaderszijde wordt onderworpen aan een controle die niet bestaat voor de vaststelling van de afstamming langs moederszijde.

Om die redenen kwam het Arbitragehof in het beschikkend gedeelte van zijn arrest tot de conclusie dat artikel 319 § 4 B.W. de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt, in zoverre het, wanneer de moeder onbekend of overleden is, dan wel in de onmogelijkheid is haar wil te kennen te geven, aan de rechtbank de bevoegdheid toekent om, afhankelijk van haar beoordeling van het belang van het kind, de erkenning van een minderjarig, niet-ontvoogd kind door een man van wie het biologisch niet-vaderschap niet is aangetoond, te vernietigen (Arbitragehof nr. 62/94, 14 juli 1994, *B.S.* 3 september 1994, *J.L.M.B.* 1995, 164, noot D. PIRE en *R.W.* 1994-95, 532, noot).

C. CONCLUSIE

1152 Zowel uit het *dictum* als uit de motivering van het arrest kan worden afgeleid dat het belang van het kind niet mag spelen bij de afstamming langs vaderszijde omdat het ook niet speelt op het vlak van de afstamming langs moederszijde.

De hoven en rechtbanken die zich voegen naar dit arrest kunnen de erkenning niet vernietigen indien niet werd bewezen dat de erkenner niet de biologische vader is. Wensen zij dit toch te doen, dan moeten zij een nieuwe prejudiciële vraag stellen (eveneens in die zin: P. SENAEVE, *Compendium*, 327, nr. 830-1).

Het Arbitragehof heeft geen uitspraak gedaan over de hypothese dat het niet-vaderschap van de erkenner wordt bewezen. De regel dat de erkenning moet worden vernietigd indien wordt bewezen dat de erkenner niet de vader is, blijft dus onverkort gelden.

Teneinde de discriminatie tussen man en vrouw op te heffen, zou de wet als volgt gewijzigd kunnen worden: *ofwel* wordt de opportuniteitscontrole van de rechtbank afgeschaft bij de erkenning door de vader, *ofwel* wordt ze ingevoerd bij de erkenning door de moeder.

Dit laatste zou evenwel – mede gelet op het zeldzame karakter van de erkenning door de moeder – een niet te rechtvaardigen schending van artikel 8 *juncto* 14 E.V.R.M. kunnen uitmaken (vgl. A.-Ch. VAN GYSEL, "Notre droit de la filiation face aux inacceptables discriminations", *Journ. proc.* 1991, afl. 194, (9) 10; zie ook P. SENAEVE, "De vaderlijke erkenning van een buitenhuwelijks kind en het gelijkheidsbeginsel", *R.W.* 1990-91, (1211) 1218: deze auteur meent dat in het fundamentele recht op bescherming van het gezinsleven, *minstens als regel*, een fundamenteel recht op vaststelling van de afstamming vervat ligt, zowel voor het kind als voor de biologische ouder).

1153 Wil het Arbitragehof in de toekomst consequent zijn, dan zal het desgevraagd moeten terugkomen op het zonet besproken arrest nr. 62/94 van 14 juli 1994 en een nieuwe prejudiciële vraag naar het discriminatoir karakter van het opportuniteitsoordeel uit artikel 319 § 4 B.W. negatief moeten beantwoorden. In de context van artikel 319 § 3 B.W. werd de wettelijke mogelijkheid voor de rechtbank om haar oordeel te baseren op het belang van het kind immers – na de ongrondwettigheidsverklaring in het arrest van 8 oktober 1992 – expliciet grondwettig bevonden in het hoger reeds uitgebreid besproken arrest van 14 mei 2003 (zie boven, nrs. 339-341).

§ 6. Gerechtskosten – Rechtsmiddelen – Uitwerking van de beslissing

1154 Hiervoor kan worden verwezen naar wat dienaangaande hoger is vermeld inzake de gemeenrechtelijke betwisting van een erkenning o.g.v. artikel 330 B.W. (zie boven, nrs. 1110-1119).

§ 7. Bekendmaking in de registers van de burgerlijke stand

1155 Artikel 333 B.W. is toepasselijk op beslissingen, gewezen als gevolg van de procedure bedoeld in artikel 319 § 4 B.W. (J. SOSSON, "Quelques problèmes judiciaires d'application de la loi du 31 mars 1987 réformant le droit de la filiation", *J.T.* 1990, (301) 306, nr. 32).

Indien een afstammingsvordering werd *afgewezen*, zijn de mededeling aan het Openbaar Ministerie en de toezending aan de ambtenaar van de burgerlijke stand waarin artikel 333 B.W. voorziet *normaliter* overbodig, aangezien in dat geval geen wijziging aan de staat van de betrokkenen wordt aangebracht. Wanneer een vordering tot nietigverklaring van de erkenning is ingesteld volgens artikel 319 § 4 B.W., dan moet de griffier de ambtenaar die de akte heeft opgemaakt daarvan onmiddellijk in kennis stellen (art. 319 § 4 vierde lid B.W.). In dit geval is het toch nodig een toezending te doen aan de ambtenaar van de burgerlijke stand of aan de notaris die de erkenningsakte gemaakt heeft. Artikel 62 § 1, 3° tweede lid B.W. vereist immers dat de rechterlijke beslissing waarbij de vordering werd afgewezen in de erkenningsakte wordt gekantmeld.

AFDELING III

NIETIGVERKLARING VAN EEN (SCHIJN)ERKENNING WEGENS WETSONTDUIKING

§ 1. Situering van de problematiek

A. HET FENOMEEN "SCHIJNERKENNING"

1156 Naar analogie met de nietigverklaring van schijnhuwelijken – die in de wet is voorzien – zou kunnen worden verdedigd dat een erkenning die kennelijk niet gericht is op het totstandbrengen van afstammingsbanden tussen erkenner en kind, maar enkel op het bekomen van een met de erkenning gepaard gaand verblijfsrechtelijk voordeel voor één van de betrokkenen, op die grond kan worden nietigverklaard.

Een schijnhuwelijk kan immers nietig worden verklaard wanneer, ondanks de gegeven formele toestemmingen, uit een geheel van omstandigheden blijkt dat de intentie van minstens één partij (echtgenoot) kennelijk niet gericht is op het totstandbrengen van een duurzame levensgemeenschap, maar enkel op het bekomen van een verblijfsrechtelijk voordeel dat is verbonden aan de staat van gehuwde (zie art. 184 *juncto* art. 146*bis* B.W.).

Groot verschil is evenwel dat het schijnhuwelijk in het huwelijksrecht is omschreven (art. 146*bis* B.W.) en dat de nietigverklaring ervan door een wettelijke bepaling mogelijk is gemaakt (art. 184 B.W. verwijst o.m. naar art. 146*bis* B.W.), terwijl het fenomeen van een "schijnerkenning" in het afstammings-

recht niet is voorzien en een specifieke wettelijke nietigheidsgrond evenmin voorradig is in het juridisch arsenaal, wat de analogische redenering enigszins op losse schroeven zet.

B. HET CONCEPT "WETSONTDUIKING"

1157 Wetsontduiking kan worden omschreven als de handeling van een persoon die wel handelt in overeenstemming met de woorden van de wet maar niet met de geest van de wet (W. VAN GERVEN, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, I, *Algemeen Deel*, Gent E. Story-Scientia, 1987 (ongewijzigde herdruk van de eerste editie 1969), 202, nr. 74).

Opdat van verboden wetsontduiking sprake kan zijn, moeten verschillende voorwaarden vervuld zijn. Vooreerst moet het ontdoken voorschrift van dwingend recht zijn. Daarenboven moet blijken dat de ontdoken wettekst een bepaald resultaat heeft willen verbieden en niet alleen maar een bepaalde manier om dat resultaat te verwezenlijken. Ten slotte is ook vereist dat de wetsontduiker zich, door zijn handeling, in een toestand tracht te wringen die zeer dicht in de buurt komt van de door het ontdoken voorschrift verboden toestand en dat hij dit tracht te bereiken door handelingen die op zichzelf geoorloofd zijn, nl. door een beroep te doen op een ander wetsvoorschrift, dat hem ogenschijnlijk toelaat te doen wat hij doet (W. VAN GERVEN, *a.w.*, 205-207, nr. 75).

Wanneer de leer van de wetsontduiking inzake erkenning wordt toegepast zouden alle betrokkenen, met inbegrip van de erkenner en het Openbaar Ministerie, echter de nietigverklaring van een "schijnerkenning" kunnen vorderen.

De vreemdelingenwetgeving, die o.m. het recht op verblijf regelt en de rechtsgrond bevat voor een bevel om het grondgebied te verlaten (zie art. 7 eerste lid Vreemdelingenwet), is zonder enige twijfel van dwingend recht; zij raakt zelfs de openbare orde. Het bedoelde verboden resultaat is wellicht een verlenging van het verblijf in België, zonder te voldoen aan de wettelijke voorwaarden daartoe. Een erkenning door een man is een op zichzelf geoorloofde handeling, die evenwel gesteld kan worden met de bedoeling een andere persoon, bv. de moeder, in staat te stellen verblijfsrecht in België te verkrijgen.

§ 2. Toepassing in de rechtspraak

1158 De Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent heeft, op vordering van de erkenner zelf, een erkenning vernietigd wegens wetsontduiking, terwijl een wilsgebrek aan de zijde van de erkenner uitdrukkelijk niet werd aanvaard.

De feitenconstellatie en de antecendenten van deze opmerkelijke uitspraak kunnen als volgt worden samengevat. Een Belgische man ontmoette een 39 jaar jongere vrouw van Sierra Leoonse nationaliteit, leefde er kortstondig mee samen en erkende op 67-jarige leeftijd haar tweejarig kind, hoewel hij wist dat hij niet de biologische vader was. Hij weigerde een huwelijk met de moeder, maar toonde zich wel bereid met haar een langdurige relatie aan te gaan. Onder het voorwendsel dat zij deze idee ook genegen was en via het stellen van "allerlei seksuele handelingen" stuurde de moeder aan op een erkenning van haar kind door de bejaarde man. Na de erkenning vertrok de moeder met onbekende bestemming. De erkenner vorderde vervolgens de nietigverklaring van zijn erkenning, steunend op twee beweringen, *primo* – in feite en in rechte – dat de moeder hem via het wilsgebrek bedrog tot de erkenning had gebracht en *secundo* – alleen in feite – dat de moeder met de erkenning enkel een regularisatie van haar (verblijfs)statuut in ons land beoogde.

In een tussenvonnis maakte de rechtbank duidelijk dat ze niet bereid was een wilsgebrek te aanvaarden: zowel dwaling als bedrog werden niet bewezen geacht. Omdat de rechtbank van oordeel was dat de afstamming de openbare orde raakt en de vraag rees of dit instituut niet werd aangewend voor een ander doel dan datgene waarvoor het werd ingesteld, werden de debatten heropend, teneinde partijen toe te laten hierover standpunt in te nemen en het Openbaar Ministerie de mogelijkheid te geven als partij in het geding tussen te komen (Rb. Gent 25 oktober 2001, *T.B.B.R.* 2003, 90, noot G. VERSCHELDEN). Het Openbaar Ministerie maakte van deze mogelijkheid geen gebruik.

De rechtbank meende dat er sprake is van wetsontduiking die de openbare orde schendt wanneer bewezen wordt dat de erkenning louter was ingegeven om het verblijf van de moeder in ons land te laten regulariseren. Uit een zevental in het eindvonnis opgenomen overwegingen blijkt dat de rechtbank het ontduikingsoogmerk (*consilium fraudandi*) in hoofde van de moeder heeft proberen nagaan; zij leidden tot het oordeel dat de erkenning enkel was ingegeven vanuit de bekommernis haar verblijf te regulariseren. De erkenner kon zich volgens de rechtbank op deze wetsontduiking – en de ermee gepaard gaande schending van de openbare orde – beroepen om de vernietiging van zijn eigen erkenning te vorderen, zelfs in de mate dat ook t.a.v. hem bewezen zou zijn dat hij medewerking verleende aan deze wetsontduiking. De schuld van de erkenner aan de wetsontduiking werd finaal – zonder verdere duiding – vastgesteld en weerspiegeld in de begroting van de kosten die bij helften werden verdeeld tussen de erkenner en de moeder (Rb. Gent 31 januari 2002, *T.B.B.R.* 2003, 92, noot G. VERSCHELDEN).

HOOFDSTUK III

BETWISTING VAN HET GERECHTELIJK VASTGESTELD VADERSCHAP

1159 Rechterlijke beslissingen inzake afstamming – zoals vonnissen of arresten waarin het vaderschap gerechtelijk wordt vastgesteld – zijn tegenwerpelijk, zelfs aan personen die geen partij waren in het geding. Deze personen kunnen echter derdenverzet instellen (art. 331*decies* B.W.); op die manier kunnen zij het gerechtelijk vastgesteld vaderschap betwisten.

Derdenverzet tegen een beslissing waarin het vaderschap werd vastgesteld heeft geen schorsende werking (C. PANIER, "Problèmes de droit judiciaire relatifs à la filiation", in X (ed.), *La filiation et l'adoption*, Brussel, Ed. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1988, 123, nr. 73).

AFDELING I

GEEN WETTELIJKE ONONTVANKELIJKHEIDSGROND

1160 Anders dan bij de betwisting van een erkenning door een man (vgl. art. 330 § 2 tweede lid B.W.) bepaalt de wet niet dat de vordering tot betwisting van het gerechtelijk vastgesteld vaderschap moet worden afgewezen wanneer het vaderschap dat bij vonnis is vastgesteld bevestigd wordt door bezit van staat.

In de rechtsleer wordt desalniettemin aangenomen dat het derdenverzet in die hypothese moet worden afgewezen (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 331*decies* B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 5, nr. 10).

AFDELING II

BIJZONDERE PROCEDUREREGELS

§ 1. Titularissen van de vordering

1161 In de rechtsleer bestaat onenigheid omtrent de vraag wie de vereiste hoedanigheid heeft om derdenverzet in te stellen.

– Volgens de meerderheid van de auteurs staat het rechtsmiddel derdenverzet slechts open voor de personen die de hoedanigheid hadden om de vordering tot onderzoek naar het vaderschap in te leiden of er zich tegen te verweren, maar die om een of andere reden niet in de procedure werden betrokken (J.

MELLAERTS, "Afstammingsgeschillen: een procesrechtelijke benadering", *T.P.R.* 1991, (1139) 1153, nr. 34; zie in dezelfde zin: H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, *Les personnes*, vol. 1, Brussel, Bruylant, 1990, 111, nr. 98; J. VAN COMPERNOLLE, "Aspects judiciaires des actions relatives à la filiation", *Ann. dr. Louvain* 1987, (319) 343; E. VIEUJEAN, "Le nouveau droit de la filiation", *Ann. dr. Liège* 1987, (97) 131, nr. 43).

Dit zal bv. het geval zijn wanneer na het overlijden van het kind, één of meerdere, maar niet al diens afstammelingen de vordering hebben ingeleid, of wanneer na het overlijden van de vader de vordering werd ingesteld of voortgezet tegen enkele maar niet alle erfgenamen van de vader; dit zal uiteraard ook het geval zijn wanneer de moeder, het kind of de vermeende vader ten onrechte niet in het geding werden betrokken.

– HEYVAERT en VANCRAENENBROECK schuiven een andere oplossing naar voren: in hun optiek stelt degene die derdenverzet instelt tegen een beslissing inzake afstamming zelf een afstammingsvordering in, en volstaat het (maar is het ook noodzakelijk) dat hij de vereiste hoedanigheid heeft om de afstammingsvordering in te stellen waarop zijn derdenverzet neerkomt: wie derdenverzet doet tegen een beslissing waarbij een vordering tot onderzoek naar het vaderschap gegrond werd verklaard, betwist het vastgestelde vaderschap en moet alleen doen blijken van een belang dat niet louter vermogensrechtelijk is (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 331*decies* B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 3, nr. 4).

Volgens deze laatste stelling zou elke derde met een niet louter vermogensrechtelijk belang ook derdenverzet kunnen instellen. In feite wordt dan verondersteld dat de betwisting van een gerechtelijk vastgestelde afstamming een vordering tot betwisting van staat is die kan worden ingeleid door eenieder die van enig belang doet blijken dat niet louter vermogensrechtelijk is (art. 332*bis* eerste lid B.W.).

Dit standpunt moet worden verworpen. De eerste zienswijze sluit immers best aan bij het gemene procesrecht, waar derdenverzet kan worden gedaan door "ieder die niet behoorlijk is opgeroepen of niet in dezelfde hoedanigheid in de zaak is tussengekomen" (aanhef art. 1122 Ger. W.). Uit de parlementaire voorbereiding van de Afstammingswet blijkt geenszins de intentie van de wetgever om op dit punt van het gemeen recht af te wijken (zie Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 110-111).

Het minderjarig kind dat vertegenwoordigd is geweest in de procedure tot vaststelling van het vaderschap zal niet persoonlijk derdenverzet kunnen instellen eens het de volle leetijd van vijftien jaar heeft bereikt en evenmin eens het meerderjarig is geworden; de vertegenwoordigde is immers partij geweest in het geding (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 331*decies* B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 4, nr. 6).

§ 2. Termijn

1162 Het recht om derdenverzet in te stellen verjaart door verloop van 30 jaar vanaf de uitspraak, indien het vonnis niet is betekend aan de derde (art. 1128 eerste lid Ger. W.).
Indien het vonnis betekend is aan de derde, moet hij derdenverzet instellen binnen drie maanden te rekenen vanaf de betekening (art. 1129 Ger. W.; Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 111).

§ 3. Partijen in het geding

1163 Al wie partij is geweest in de bestreden beslissing tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap moet worden gedagvaard. De ondeelbaarheid van de staat gebiedt dat dit zowel de hoofdpartijen als de tussengekomen of tussengeroepen partijen zijn (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 331*decies* B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 4, nr. 7).

§ 4. Bevoegde rechter en wijze van gedinginleiding

1164 Het derdenverzet moet, met dagvaarding aan alle partijen, worden gebracht voor de rechter die de bestreden beslissing heeft gewezen (art. 1125 eerste lid Ger.W.). Incidenteel kan het bij schriftelijke conclusie worden gebracht voor de rechter bij wie het geschil aanhangig is, indien deze de gelijke of de meerdere is van de rechter die de bestreden beslissing heeft gewezen, voor zover alle partijen tussen wie deze beslissing is gevallen, in het geding zijn (art. 1125 tweede lid Ger. W.).

1165 Derdenverzet is een rechtsmiddel – de gemeenrechtelijke bepalingen dienaangaande zijn terug te vinden in Titel V van Boek III van het Ger. W. – met als gevolg dat de bevoegdheid tot kennisneming ervan wordt bepaald door de territoriale vestiging van de rechtsinstantie wiens beslissing door het rechtsmiddel wordt bestreden.
Dit alles impliceert dat in de hypothese dat het kind inmiddels een andere woonplaats zou hebben, de rechter van die nieuwe woonplaats niet bevoegd is om kennis te nemen van de vordering tot betwisting van het gerechtelijk vastgesteld vaderschap (in die zin: A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 331*decies* B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 4-5, nr. 9).

AFDELING III

GEVOLGEN VAN EEN SUCCESVOLLE BETWISTING VAN HET GERECHTELIJK VASTGESTELD VADERSCHAP NA DERDENVERZET

1166 Wordt het derdenverzet door de rechtbank toegewezen, dan is artikel 1130 tweede lid Ger. W. van toepassing (Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.*

Senaat 1984-85, nr. 904/2, 111). De vernietiging van het vonnis of arrest dat het vaderschap gerechtelijk vaststelde – die het gevolg is van de toewijzing van het derdenverzet – geldt dus t.a.v. alle partijen in het geding tot betwisting van het gerechtelijk vastgesteld vaderschap, aangezien de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing hier noodgedwongen onverenigbaar is met de tenuitvoerlegging van de vernietigende beslissing.
De vernietiging geldt evenwel niet t.a.v. andere derden die geen partij waren in het geding (voor een verhelderende toelichting, zie P. TAELMAN, *Het gezag van het rechterlijk gewijsde – een begrippenstudie,* Diegem, Kluwer, 2001, 394-396, nrs. 508-510, in het bijzonder 396, nr. 510).

DEEL IV

VASTSTELLING EN BETWISTING VAN DE AFSTAMMING NA ARTIFICIËLE PROCREATIE

INLEIDING

§ 1. Artificiële procreatie en afstamming

1167 In het laatste deel van dit werk wordt het hoger beschreven afstammingsrecht toegepast en verdiept in een bijzondere situatie, nl. deze waarin mensen om een of andere reden hun toevlucht hebben genomen tot een kunstmatige wijze van voortplanting.

Medisch begeleide voortplanting vindt in de praktijk plaats bij verschillende categorieën personen. Meestal gaat het om heteroseksuele koppels bij wie het normaal seksueel verkeer niet leidt tot voortplanting. Door de medische wetenschap worden koppels als "subfertiel" (minder vruchtbaar) aangeduid wanneer zij gedurende minstens één jaar actief proberen om een zwangerschap te bekomen en daar niet in slagen. Het gaat om ongeveer 15% van alle koppels in België. Vruchtbaarheidsproblemen komen vandaag de dag frequenter voor dan vroeger. Het feit dat vrouwen pas op latere leeftijd – wanneer hun vruchtbaarheid is verminderd – kinderen krijgen en het feit dat de mens blootgesteld wordt aan schadelijke stoffen die qua structuur sterk gelijken op kunstmatige vrouwelijke hormonen (oestrogenen) en een negatieve invloed hebben op de spermakwaliteit, zijn twee van de belangrijkste factoren voor een afnemende vruchtbaarheid.

Artificiële procreatietechnieken kunnen echter ook worden toegepast ten behoeve van heteroseksuele koppels die zich wel kunnen voortplanten, maar waarbij het niet aangewezen is dat zij op natuurlijke wijze een kind verwekken, bv. wegens een genetische aandoening. Daarnaast kunnen zij soelaas bieden voor personen die niet in een partnerrelatie leven die voortplanting toelaat (bv. homoseksuele of lesbische koppels of bewust alleenstaande personen) of voor personen die biologisch in de onmogelijkheid zijn om zich voort te planten, bv. wegens hun hoge leeftijd.

1168 Kunstmatige of "artificiële" procreatie staat tegenover de "natuurlijke" voortplanting via geslachtsgemeenschap tussen man en vrouw. Omdat kunstmatige voortplanting in het merendeel van de gevallen zal plaatsvinden onder deskundige medische begeleiding wordt ook gesproken over "medisch begeleide voortplanting".

De medische begeleiding bij de voortplanting is in Frankrijk wettelijk omschreven: "L'assistance médicale à la procréation s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle, ainsi que de toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel" (art. L2141-1 Code de la santé publique).

In ons land omschrijft artikel 1, 2° van het K.B. van 15 februari 1999 (houdende vaststelling van de normen waaraan de zorgprogramma's "reproductieve geneeskunde" moeten voldoen om erkend te worden, *B.S.* 25 maart 1999, 9556) medisch begeleide voortplanting (MBV) voor de toepassing van dit besluit in beperktere zin, nl. als "technieken voor de behandeling van menselijke onvruchtbaarheid [...], waarbij zowel menselijke gameten als embryo's behandeld worden".

1169 De impact van artificiële procreatietechnieken op het afstammingsrecht kan maar zinvol worden bestudeerd na een inzicht in de verhouding tussen "afstamming" en "procreatie".
Het juridisch begrip afstamming mag niet worden gelijkgesteld met procreatie, een begrip dat enkel duidt op biologische verwantschapsbanden. De biologische band tussen twee personen is een uiterst belangrijke grondslag voor de bepaling van de afstammingsrelatie, maar in het huidige afstammingsrecht

niet de enige. De socio-affectieve band tussen twee personen (vertaald in de notie bezit van staat) en de wil om een afstammingsband te vestigen (via erkenning) kunnen volstaan om tussen ouder en kind een afstammingsband tot stand te brengen die niet beantwoordt aan de biologische werkelijkheid. Een juridische afstammingsband met een kind is dus mogelijk zonder procreatie vanwege zijn ouder.

Anderzijds leidt procreatie niet noodzakelijk tot een juridische afstammingsband. Geslachtsgemeenschap en de daaruit voortvloeiende genetische banden, zwangerschap en bevalling zijn sinds de opkomst van de kunstmatige voortplantingstechnieken niet langer een onontkoppelbare eenheid; de zgn. "eenheid in de procreatie" (zie A. HEYVAERT, "De nieuwe procreatietechnieken en de Afstammingswet van 31 maart 1987, *Vl. T. Gez.* 1988, (227) 228, nr. 3) is al geruime tijd doorbroken. Het is niet meer evident dat een kind een genetische band heeft met de vrouw die het heeft gebaard; evenmin is het noodzakelijk zo dat de biologische vader van het kind geslachtsgemeenschap heeft gehad met de vrouw die ervan bevallen is.

1170 De ontwikkeling van artificiële procreatietechnieken heeft aldus ruimte gecreëerd voor bewuste en doelgerichte menselijke interventie in de procreatie, wat de keuzevrijheid van toekomstige ouders gevoelig heeft vergroot, maar tegelijk ook problemen heeft doen rijzen, zowel op ethisch als op juridisch vlak.

§ 2. Het geoorloofd karakter van medisch begeleide voortplanting: enkel als remedie of ook als alternatief?

1171 De vraag of medisch begeleide voortplantingstechnieken als een alternatief voor natuurlijke procreatie mogen worden toegepast, dan wel of hun toepassing beperkt moet worden tot een remedie tegen onvruchtbaarheid of een preventie wanneer natuurlijke zwangerschappen om medische redenen te ontraden zijn, is vooralsnog niet op duidelijke wijze beantwoord. Dit vraagstuk houdt nauw verband met problemen die de wetgever nog niet heeft opgelost, zoals de vraag naar de toelaatbaarheid van kunstmatige voortplanting buiten een heterosekueel koppel, kunstmatige voortplanting voor personen die de grens van de reproductieve leeftijd hebben bereikt of overschreden en de toelaatbaarheid van postume voortplanting via inseminatie en implantatie van embryo's *post mortem*.

In dit werk kan uiteraard geen ethisch standpunt worden ingenomen over de toelaatbaarheid van de artificiële procreatietechnieken in diverse feitenconstellaties; wel wordt hieronder nagegaan welke juridische argumenten *pro* en *contra* de discussie kunnen voeden.

– Op internationaal vlak kan worden vastgesteld dat in principe 1 eerste lid van een rapport opgesteld door het *ad hoc* expertencomité inzake bio-ethiek (CAHBI) ten behoeve van het Comité van Ministers van de Raad van Europa (zie ook verder, nr. 1179) met zoveel woorden de beperking van medisch begeleide voortplantingstechnieken tot remedie voor heteroseksuele koppels, al

dan niet gehuwd, bij wie onvruchtbaarheid is geconstateerd of een gevaar voor erfelijke aandoeningen, dan wel een groot risico voor een ernstige aangeboren ziekte, is neergeschreven.

Rechtsvergelijkend onderzoek toont aan dat in het jaar 1998 in 26 van de 39 onderzochte lidstaten medisch begeleide voortplanting niet vrij beschikbaar was en aan diverse voorwaarden werd onderworpen, waarvan onvruchtbaarheid de meest voorkomende was (COUNCIL OF EUROPE, *Medically assisted procreation and the protection of the human embryo. Comparative study on the situation in 39 states*, doc. CDBI/INF (98) 8, 4 juni 1998, p. 26).

– In België kan artikel 318 § 4 B.W. worden gezien als een impliciete erkenning van het geoorloofd karakter van medisch begeleide bevruchtingstechnieken (i.v.m. kunstmatige inseminatie met donorsperma: H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité*, II/2, 933, nr. 966; algemeen: H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, in *A.P.R.*, Brussel, E. Story-Scientia, 1991, 176, nr. 365). Opgemerkt moet worden dat deze bepaling enkel gehuwde koppels betreft.

Verschillende auteurs hebben zich voorstander getoond van een beperking van medisch begeleide bevruchting tot therapeutische toepassingen o.g.v. het argument dat medisch handelen slechts geoorloofd is met een therapeutisch doel, het weze curatief of preventief (M.-Th. MEULDERS-KLEIN, "Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées", in MINISTERIE VAN JUSTITIE. INTERUNIVERSITAIR CENTRUM VOOR VERGELIJKEND RECHT (ed.), *Verslagboek Internationaal colloquium over de juridische aspecten van medisch begeleide voortplantingstechnieken*, Brussel, *Belgisch Staatsblad*, 1988, 169). Zo pleitte SENAEVE nog vóór de inwerkingtreding van de Afstammingswet *de lege ferenda* voor een basisregeling die de toepassing van kunstmatige inseminatie zou beperken tot bestrijding van infertiliteit (P. SENAEVE, "Juridische implicaties van nieuwe ontstaansvormen van menselijk leven", *R.W.* 1985-86, (626) 644, nr. 46; nochtans beschouwde deze auteur de alleenstaande vrouw die via K.I.D. een kind wenst als een bijzondere hypothese). Ook na de inwerkingtreding van de Afstammingswet is de idee blijven voortleven dat medisch begeleide voortplanting geen alternatief is voor natuurlijke procreatie, maar slechts een hulpmiddel in geval van gebrekkig functioneren van de natuurlijke procreatie (zie in deze bewoordingen A. DE KOEKELAERE, "Geneeskundige, bio-ethiek en recht", *R.W.* 1993-94, (481) 501, nr. 85).

In ons afstammingsrecht bestaan echter geen beginselen waardoor de toelaatbaarheid van de aanwending van procreatietechnieken zou moeten worden beperkt tot een (gehuwd) heteroseksueel paar (A. HEYVAERT, "De nieuwe procreatietechnieken en de Afstammingswet van 31 maart 1987, *Vl. T. Gez.* 1988, (227) 233, nr. 44; zie ook A. HEYVAERT, "Opmerkingen over 'juridische' stellingen in verband met de nieuwe procreatietechnieken en afstammingsafspraken", in L. APOSTEL, P. DEVROEY en H. CAMMAER (red.), *Beschikken over lijf en leven: ethische vragen rond vrijheid en geborgenheid*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, 9, nr. 7). Homoseksuele paren met een kinderwens kunnen nooit samen een kind verwekken. Indien zij – zonder ontrouw – een kind wensen dat verwekt is met de gameten van één van hen, is de toepassing van medisch begeleide voortplantingstechnieken het enige middel om dit doel te bereiken. Ons inziens kan ook de invoering van de regel dat de echtgenote van de moeder niet van rechtswege een afstammingsband met het kind verkrijgt (zie art. 143 eerste lid B.W.) niet worden beschouwd als een impliciete afwijzing van de toelaatbaarheid van kunstmatige voortplantingstechnieken ten behoeve van homokoppels. De aanknoping bij de biologische werkelijkheid op het vlak van de vaststelling van de afstamming impliceert niet de ontoelaatbaarheid van een voortplantingstechniek bij personen van hetzelfde geslacht.

1172 De toelaatbaarheid van artificiële procreatie als remedie tegen natuurlijke onvruchtbaarheid of ter voorkoming van erfelijke aandoeningen wordt vandaag vrij algemeen aanvaard. Naar Belgisch recht bestaan geen overtuigende en boven elke betwisting verheven redenen om de aanwending van medisch begeleide voortplantingstechnieken als alternatief te verbieden of als ongeoorloofd medisch handelen te bestempelen. Een niet-vervulde kinderwens kan zeer zware emotioneel-psychologische gevolgen hebben waardoor

het medisch procreatiegericht handelen een therapeutisch karakter krijgt. Het sterkste argument ten gunste van de medisch begeleide voortplanting als alternatief voor natuurlijke procreatie is wellicht het feit dat ook andere vormen van medisch handelen niet gericht zijn op de genezing van een ziekte of het herstel van een fysiek defect, maar toch geoorloofd worden bevonden (bv. anticonceptie, sterilisatie, esthetische chirurgie en de chirurgische begeleiding van een geslachtswijziging).

De toelaatbaarheid van kunstmatige voortplanting als alternatief voor natuurlijke voortplanting vindt overigens steun in het feit dat de laboratoriumkosten bij in-vitrofertilisatie in België sinds 1 juli 2003 via de sociale zekerheid worden terugbetaald onder de bij koninklijk besluit bepaalde voorwaarden, die o.m. wel een leeftijdsvereiste (maximum 42 jaar), maar geen vereisten aangaande de gezinssituatie van de betrokken vrouw omvatten (zie art. 11 en bijlage 15 van het K.B. van 4 juni 2003 tot wijziging van het koninklijk besluit van 25 april 2002 betreffende de vaststelling en de vereffening van het budget van financiële middelen van de ziekenhuizen, *B.S.* 16 juni 2003).

De toepassing van kunstmatige voortplantingstechnieken *post mortem*, waarbij gameten worden aangewend na de dood van degene die ze heeft afgestaan, roept de meeste weerstand op (zie Advies nr. 19 d.d. 14 oktober 2002 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek over de bestemming van ingevroren embryo's, waaruit blijkt dat voor sommige leden het overlijden van één partner het einde betekent van het ouderlijk project van beide intentionele ouders en de toepassing van MBV *post mortem* een ernstig gevaar inhoudt voor het welzijn van het toekomstige kind, redenen waardoor de ouderlijke vrijheid inzake voortplanting zou kunnen worden beperkt).

§ 3. Gebruik van donorgameten – Beschikking over embryo's

A. ALGEMEEN

1173 De terbeschikkingstelling van zaadcellen verloopt doorgaans eenvoudiger dan de donatie van eicellen, die steeds een medische ingreep vereist, waardoor de fysieke integriteit van de vrouw wordt aangetast. Van een therapeutisch oogmerk voor de betrokken vrouw is geen sprake, zodat de vraag rijst naar de geoorloofdheid van dergelijke wegname. Uit de bestaande wetgeving blijkt echter niet dat deze handeling ontoelaatbaar is.

Het overbrengen van een embryo en het gebruik van eicellen en sperma is uitdrukkelijk uitgesloten uit het toepassingsgebied van de Wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen (zie art. 1 § 1 tweede lid Orgaantransplantatiewet), omdat de wetgever oordeelde dat de onvruchtbaarheids- en voortplantingsproblematiek specifiek is en een eigen regeling behoeft (zie het Verslag namens de commissie voor de volksgezondheid en het leefmilieu, uitgebracht door mevr. HANQUET inzake het wetsontwerp betreffende het wegnemen en transplanteren van organen, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 832/2, 10, meer bepaald de verantwoording bij het regeringsamendement dat deze bepaling invoegde).

Vast staat dat zowel de prelevatie als het gebruik van gameten enkel mogelijk is mits (aangehouden) toestemming van de donor.

De wegneming van eicellen zonder toestemming van de vrouw is onaanvaardbaar. Wie eicellen wegneemt bij sterilisatie en deze aanwendt voor in-vitrofertilisatie maakt zich schuldig aan diefstal (H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, in *A.P.R.*, Brussel, E. Story-Scientia, 1991, 178, nr. 370), nu lichaamsstoffen of -delen na de afscheiding van het menselijk lichaam als een zelf-

standige zaak in de zin van het vermogensrecht te beschouwen zijn (P. SENAEVE, "Juridische implicaties van nieuwe ontstaansvormen van menselijk leven", *R.W.* 1985-86, (626) 628, nr. 6).

Wanneer een man in een irreversibele coma verkeert, kan hij niet meer toestemmen tot de aanwending van zijn sperma om een vrouw (bv. zijn echtgenote) te bevruchten. Zowel vanuit medische, filosofische als juridische hoek is verdedigd dat het verzoek van de vrouw tot prelevatie van sperma in die hypothese moet worden afgewezen indien de betrokkene niet vooraf uitdrukkelijk in de spermadonatie heeft toegestemd (in die zin: P. DEVROEY, M. DELFOSSE en T. VANSWEEVELT, "Casusbespreking. Kunstmatige inseminatie en comateuze spermadonor", *T. Gez.* 1996-97, 22-24; laatstgenoemde auteur merkt nog op dat het bestaan van een (huwelijks)relatie nog niet de wil tot verwekking van een kind impliceert).

1174 Naar Belgisch recht is er – ook na de inwerkingtreding van de zgn. "Embryowet" (zie verder, nr. 1182) geen specifiek burgerrechtelijk statuut voor het embryo, waardoor de vraag naar een mogelijke rechtsbescherming open blijft.

Voor interessante beschouwingen omtrent het begrip "statuut" in deze context kan worden verwezen naar het Advies nr. 18 d.d. 16 december 2002 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek betreffende het onderzoek op het menselijk embryo *in vitro*, ook gepubliceerd als *Parl. St.* Senaat 2001-02, nr. 2-695/15.

Indien men het embryo *in vitro de lege lata* als een zaak zou beschouwen bij gebrek aan ander bruikbaar juridisch statuut, dan moet de arts overeenkomstig artikel 1137 B.W. als een goed huisvader instaan voor de bewaring van het embryo.

Bij nader inzien zijn er belangrijke verschillen in de rechtsbescherming tussen de fase vóór en na de inplanting.

Wat het strafrecht betreft, moet worden opgemerkt dat de strafwetgeving i.v.m. vruchtafdrijving (art. 348 e.v. Sw.) *in vitro* niet van toepassing is, *in utero* wel.
Wat het burgerlijk recht betreft, kan het embryo dat *in vitro* is geconcipieerd, maar nog niet is ingeplant, niet als een verwekt kind worden beschouwd, het embryo *in utero* wel. In beide fasen heeft het geen juridische persoonlijkheid, maar het kind zal voor de periode dat het een embryo *in utero* was rechten genieten en kunnen laten gelden als het levend en levensvatbaar wordt geboren (in die zin: Chr. HENNAU-HUBLET, "De wet en het menselijk embryo in vitro: welk juridisch kader voor het menselijk embryo in vitro", in Y. ENGLERT en A. VAN ORSHOVEN (red.), *Het menselijk embryo in vitro*, Leuven, Garant, 1991, 136-137).

De bestemming van embryo's wordt in beginsel bepaald door de aangehouden toestemming van beide genitoren (zie uitgebreid Advies nr. 19 d.d. 14 oktober 2002 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek over de bestemming van ingevroren embryo's).

B. ANONIMAAT VAN DE DONOR *VERSUS* HET RECHT VAN HET KIND OP GENETISCHE INFORMATIE

1175 Het beroepsgeheim van de arts, waarvan de niet-naleving met strafsancties wordt bestraft (art. 458 Sw.), gebiedt discretie omtrent de aanwen-

ding van de gedoneerde gameten. De arts onder wiens verantwoordelijkheid sperma wordt verzameld en bewaard, eicellen worden gepreleveerd en embryo's worden geconserveerd, is gebonden door een geheimhoudingsplicht.

Artikel 458 Sw. bepaalt immers dat geneesheren die uit hoofde van hun staat of beroep kennis dragen van geheimen die hun zijn toevertrouwd, en deze bekendmaken buiten het geval dat zij geroepen worden om in rechte of voor een parlementaire onderzoekscommissie getuigenis af te leggen en buiten het geval dat de wet hen verplicht die geheimen bekend te maken, worden gestraft met gevangenisstraf van acht dagen tot zes maanden en met een geldboete van honderd euro tot vijfhonderd euro.

M.b.t. in-vitrofertilisatie zijn er evenwel medisch-praktische problemen die tot gevolg kunnen hebben dat de anonimiteit niet altijd wordt gewaarborgd. Het is vooralsnog onmogelijk om niet-bevruchte eicellen te cryopreserveren en de wegneming ervan veronderstelt de opname van de vrouw die de eicel afstaat in een ziekenhuis. In de praktijk wordt de geheimhouding meestal gehandhaafd via een stelsel van zgn. "wisseldonatie": elk koppel brengt zijn eigen donor mee, waarna de donoren worden uitgewisseld.

1176 Uit het beroepsgeheim van de arts en diens geheimhoudingsplicht volgt het principieel respect voor de anonimiteit van de donor, zowel tegenover de wensouders als tegenover het kind.

De verplichting om de anonimiteit van de donor te eerbiedigen wordt ook in verband gebracht met een wenselijk geacht resultaat, nl. het onmogelijk maken van de vaststelling van de afstamming van de donor (op initiatief van een ouder of kind) of het welslagen van een onderhoudsvordering (zie ook verder, in het raam van de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap van de donor, nrs. 1218-1220).

Het anonimaat van de donor werkt overigens dubbel: niet alleen wordt de anonimiteit van de donor beschermd, ook aan de donor zal, bij gebrek aan specifieke wetgeving, elke aanspraak op kennisgeving van gegevens omtrent de kinderen die met gedoneerde gameten zijn verwekt, worden ontzegd.

Op die manier wordt meteen iedere aanspraak van de donor op omgangsrecht uitgesloten (H. Nys, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, in *A.P.R.*, Brussel, E. Story-Scientia, 1991, 180, nr. 377 en P. Senaeve, "Juridische implicaties van nieuwe ontstaansvormen van menselijk leven", *R.W.* 1985-86, (626) 648, nr. 60). Die uitsluiting moet eerder feitelijk dan juridisch worden begrepen. De donor die geen afstammingsband met het kind heeft, mag dan wel geen ouder zijn in de zin van artikel 374 vierde lid B.W. – waardoor hij geen principieel omgangsrecht heeft –, theoretisch kan hij wel als virtueel omgangsgerechtigde in de zin van artikel 375*bis* B.W. worden beschouwd. In de praktijk zal hij evenwel nooit een recht op persoonlijk contact met dit kind kunnen vorderen, aangezien hij de identiteit van het kind niet kent.

Op het niveau van de Raad van Europa wordt de anonimiteit van de donor als een principe vooropgesteld, waarvan slechts onder bepaalde voorwaarden kan worden afgeweken.

"Le médecin et le personnel de l'établissement utilisant les techniques de procréation artificielle doivent préserver l'anonymat du donneur et, sous réserve des dispositions de la loi nationale en cas de procédure judiciaire, le secret de l'identité des membres du couple ainsi que le secret sur la procréation artificielle elle-même. Des informations concernant les caractéristiques génétiques du

donneur peuvent être fournies en cas de nécessité dans l'intérêt de la santé de l'enfant ou aux fins d'un conseil génétique" (principe 13 eerste lid ontwerp-aanbeveling CAHBI (1989)).
Principe 13 tweede lid van de ontwerp-aanbeveling CAHBI (1989) biedt de lidstaten echter ook de bevoegdheid om regels tot stand te brengen die het kind toelaten de identiteit van de donor te kennen: "Toutefois, le droit national peut prévoir que l'enfant, à un âge approprié, peut avoir accès à l'information relative aux modalités de sa conception ou même à l'identité du donneur".

Uit de schaarse gepubliceerde rechtspraak omtrent kinderen die via artificiële procreatietechnieken zijn verwekt blijkt dat de anonimiteit van spermadonatie niet systematisch wordt gegarandeerd door de Belgische fertiliteitscentra.

Zo staat in een vonnis inzake onderhoudsgeld te lezen dat een lesbische vrouw via K.I. was bevrucht met zaadcellen van haar broer (Jeugdrb. Kortrijk 18 maart 1997, *T. Gez.* 1998-99, 245, noot N. COLETTE-BASECQZ, *T.W.V.R.* 1997, 91, noot J. TREMMERY, *J.T.* 1998, 731, noot N. MASSAGER, *Journ. proc.* 1997, afl. 324, 16, noot L. VERSLUYS en *Rev. trim. dr. fam.* 1998, 687, noot Y.-H. LELEU) en vermeldt een ander vonnis inzake de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot dat een draagmoeder zich kunstmatig heeft laten bevruchten met donorsperma "van een vriend die zij reeds vele jaren kent en die zij wilde helpen om zijn verlangen naar een kind te realiseren" (Rb. Gent 31 mei 2001, *T.B.B.R.* 2002, 27, noot G. VERSCHELDEN en *T.G.R.* 2002, 89).

1177 Een recht van het kind op genetische informatie zou daarentegen kunnen worden verdedigd o.g.v. artikel 7.1 I.V.R.K., dat het kind, voor zover mogelijk, het recht geeft zijn ouders te kennen en door hen te worden verzorgd (zie over dit spanningsveld met het anonimaat van de donor verder, nr. 1218).

De meerderheid in de rechtsleer neemt aan dat het recht om de identiteit van de donor te vernemen niet kan worden afgeleid uit artikel 7.1 I.V.R.K. (zie bv. A. ROUVROY, "Quelques questions relatives aux procréations médicalement assistées", *J.T.* 1997, (769) 776-777; E. GULDIX, "De impact van de medische wetenschap en techniek op het personen- en gezinsrecht", *R.W.* 1993-94, (1104) 1117, nr. 60; H. LEENEN, "Het recht op kennisname van de identiteit van de gametendonor en diens anonimiteit, *NJB* 1993 (1101) 1103).

Het "Witboek" van de CJ-FA (2002) over de principes i.v.m. de vaststelling en de juridische gevolgen van een afstammingsband preciseert dat wetgeving naar behoren rekening dient te houden met het belang van het kind in het raam van gegevens m.b.t. zijn biologische oorsprong, maar bevat geen beginsel dat het kind het absoluut recht garandeert om zijn oorsprong te kennen: "La loi doit dûment tenir compte de l'intérêt de l'enfant concernant les informations relatives à son origine biologique" (principe 28 en de toelichting daarbij, in het bijzonder randnr. 88, waaruit blijkt dat het belang van het kind ook kan rechtvaardigen dat bepaalde informatie niet wordt meegedeeld).

In sommige gevallen kunnen er ook gegronde medische redenen bestaan die het vrijgeven van informatie i.v.m. de donor kunnen verantwoorden of zelfs vereisen. Zo bestaat het gevaar dat kinderen verwekt na kunstmatige inseminatie met donorsperma van dezelfde man (halfbroer en halfzus) met elkaar trouwen en kinderen krijgen met een groot risico op congenitale afwijkingen.

1178 In Nederland is – na een lange parlementaire voorbereiding – een wettelijke regeling tot stand gekomen inzake de verstrekking van donorgegevens; ook andere landen hebben op dit vlak al gelegifereerd.

De Nederlandse Wet van 25 april 2002 houdende regels voor de bewaring, het beheer en de verstrekking van gegevens van donoren bij kunstmatige donorbevruchting (Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting, *Stb.* 240) voorziet in de oprichting van een Stichting Donorgegevens, die gegevens bewaart die door natuurlijke personen of rechtspersonen die kunstmatige donorbevruchting verrichten of doen verrichten werden verstrekt en, zo dit wordt gevraagd, deze gegevens op haar beurt verstrekt aan bepaalde in de wet genoemde personen.
De wet maakt een onderscheid tussen drie soorten gegevens:
– medische gegevens die van belang kunnen zijn voor de gezonde ontwikkeling van het kind (art. 2 eerste lid a): deze worden enkel op verzoek verstrekt aan de huisarts van het kind (art. 3 eerste lid a);
– fysieke kenmerken, opleiding en beroep alsmede gegevens omtrent de sociale achtergrond en een aantal persoonlijke kenmerken (art. 2 eerste lid b): deze gegevens mogen afzonderlijk of in combinatie niet herleidbaar zijn tot de individuele donor (art. 3 derde lid); zij kunnen op verzoek worden verstrekt aan het kind dat weet of vermoedt dat het verwekt is via kunstmatige donorbevruchting wanneer dit kind twaalf jaar of ouder is (art. 3 eerste lid b); is het kind jonger dan twaalf jaar, dan kunnen deze gegevens worden verstrekt aan (één van) de ouders van dit kind, op hun (zijn) verzoek (art. 3 eerste lid c);
– geslachtsnaam, voornamen, geboortedatum en woonplaats: deze persoonsidentificerende gegevens van de donor kunnen op verzoek van het kind worden verstrekt indien dit kind de leeftijd van zestien jaar heeft bereikt, nadat de donor daarmee schriftelijk heeft ingestemd. Indien de donor daarmee niet instemt, blijft verstrekking uitsluitend achterwege indien, "in aanmerking genomen de gevolgen die niet-verstrekking voor de verzoeker zou kunnen hebben, zwaarwegende belangen van de donor meebrengen dat verstrekking niet hoort plaats te vinden" (art. 3 tweede lid). De Stichting Donorgegevens dient de belangen van de donor en die van het kind af te wegen. De gegevens zullen worden verstrekt indien de belangen van het kind *in concreto* het zwaarst wegen (Gr. VAN DER BURGHT en J.E. DOEK, *Personen- en familierecht*, in PITLO, *Het Nederlands Burgerlijk Wetboek*, I, Kluwer, Deventer, 2002, 482, nr. 699).

Zweden was het eerste land ter wereld met wetgeving i.v.m. K.I.D. De Wet nr. 1140 van 20 december 1984 m.b.t. donorinseminatie bepaalt dat elk kind het recht heeft op informatie omtrent de identiteit van de donor van zodra het voldoende maturiteit heeft (L. NIELSEN, "Artificial Procreation in the Nordic Countries", in M.-Th. MEULDERS-KLEIN, R. DEECH en P. VLAARDINGERBROEK (eds.), *Biomedicine, the Family an Human Rights*, Den Haag/Londen/New York, Kluwer Law International, 2002, 567; L. NIELSEN, "The Role of Ethics Committees in Legislation", in J. GUNNING (ed.), *Assisted Conception: research, ethics and law*, Aldershot, Ashgate, 2000, 135-136; zie voor een effectenstudie: C. GOTTLIEB, O. LALOS en F. LINDBLAD, "Disclosure of donor insemination to the child: the impact of Swedish legislation on couples' attitudes", *Human Reproduction* 2000, vol. 15, nr. 9, 2052-2056).
In Zwitserland is zelfs in de Grondwet bepaald dat elke persoon toegang heeft tot gegevens m.b.t. zijn ascendentie (art. 119 tweede lid *g* (vroeger art. 24*novies*) Constitution fédérale de la Confédération suisse). De concrete uitwerking van dit principe is terug te vinden in een federale wet van 18 december 1998 i.v.m. medisch begeleide voortplanting, die op 1 januari 2001 in werking is getreden (zie daarover P. MEIER, "Génétique et procréation assistée en Suisse", in M.-Th. MEULDERS-KLEIN, R. DEECH en P. VLAARDINGERBROEK (eds.), *Biomedicine, the Family an Human Rights*, Den Haag/Londen/New York, Kluwer Law International, 2002, 341-343).

In België is er nog geen wetgeving inzake het verzamelen, registreren en verstrekken van gegevens omtrent de donor en het recht van het kind en/of zijn ouders op kennisname van deze gegevens.

Volgens NYS maakt de huidige interpretatie van de geheimhoudingsplicht het meedelen van genetische gegevens over een donor vrijwel onmogelijk. Slechts een wetswijziging of een beroep op noodtoestand, nl. een afweging tussen de geheimhoudingsplicht en de hulpverleningsplicht zou hier een oplossing kunnen bieden (H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, in *A.P.R.*, Brussel, E. Story-Scientia, 1991, 180, nr. 376). Een arts mag medische gegevens over een patiënt meedelen aan een andere arts wanneer deze laatste die gegevens nodig heeft voor de behandeling

van dezelfde patiënt. In deze context kan de donor echter niet als een "patiënt" worden beschouwd.

Er bestaat in ons land zeker geen verplichting voor de ouders om hun kind op de hoogte te brengen van het feit dat het via medisch begeleide bevruchting (en eventueel) met gameten van een derde is verwekt.

Net zoals bij adoptie moet deze kwestie worden overgelaten aan de individuele opvatting van de ouders (P. SENAEVE, "Juridische implicaties van nieuwe ontstaansvormen van menselijk leven", *R.W.* 1985-86, (626) 647, nr. 58); het recht dient zich daar niet mee in te laten (H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, in *A.P.R.*, Brussel, E. Story-Scientia, 1991, 180, nr. 375). De beslissing om het kind al dan niet in te lichten moet worden overgelaten aan de ouders, omdat ze betrekking heeft op een aspect van het ouderlijk gezag. Het onthullen van de wijze van verwekking houdt immers verband met het recht van de ouders op de zgn. "juridische bewaring", *i.e.* het recht om de fundamentele opties m.b.t. de opvoeding van het kind te nemen.

§ 4. Fragmentair wettelijk kader

1179 In de schoot van de Raad van Europa werd in 1985 een speciaal comité opgericht met de bedoeling de werkzaamheden te leiden i.v.m. problemen inzake medisch recht en menselijke genetica. Het gaat om het "Comité *ad hoc* d'experts sur les progrès des sciences biomédicales (*ad hoc* Committee of experts on progress in the biomedical sciences)" (CAHBI).
Dit comité heeft enkele jaren later een rapport afgeleverd "betreffende kunstmatige voortplanting bij de mens" waarin eenentwintig principes werden vooropgesteld. Hoewel omtrent deze tekst geen consensus bestond binnen het Comité van Ministers werd hij toch door de Raad van Europa vrijgegeven als " ontwerp-aanbeveling ", met de bedoeling een gedragslijn voor de lidstaten te bieden en op die manier een bijdrage te leveren tot harmonisatie van toekomstige nationale wetgeving. Verder in deze verhandeling zal het Belgisch recht worden vergeleken met de richtlijnen uit dit document (hierna afgekort: ontwerp-aanbeveling CAHBI (1989)) die verband houden met de afstamming.

In 1992 verkreeg voornoemd comité het statuut van "Comité Directeur pour la Bio-éthique" (CDBI) of "Steering Committee on Bioethics".

Een groot aantal landen van de Raad van Europa heeft het Verdrag inzake de Mensenrechten en de Biogeneeskunde ("Convention sur les droits de l'Homme et de la biomédecine") dat op 4 april 1997 te Oviedo voor ondertekening werd opengesteld geratificeerd of ondertekend.
Op het vlak van artificiële procreatie bepaalt het Verdrag Mensenrechten en Biogeneeskunde dat het gebruik van medisch begeleide voortplantingstechnieken niet toegelaten is om het geslacht van het kind te kiezen, tenzij wanneer een ernstige erfelijke geslachtsgebonden ziekte moet worden vermeden (art. 14; zie ook het Advies nr. 3 d.d. 17 november 1997 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek van België betreffende de geslachtskeuze).

Deze regel werd al een decennium eerder voorgesteld in de ontwerp-aanbeveling van het CAHBI (1989): "Les techniques de procréation artificielle humaine ne doivent pas être utilisées pour obtenir des caractéristiques particulières chez l'enfant à naître et notamment pour permettre de

choisir son sexe, sauf lorsque, conformément à l'alinéa a du paragraphe précédent, il s'agit d'éviter une maladie héréditaire grave liée au sexe" (principe 1 tweede lid).

Wanneer onderzoek op embryo's *in vitro* is toegelaten door nationale wetgeving, moet deze wetgeving een adequate bescherming van het embryo waarborgen (art. 18.1). De creatie van menselijke embryo's voor onderzoeksdoeleinden is volgens het verdrag verboden (art. 18.2).

België ondertekende dit verdrag (nog) niet.

De houding van ons land kan enerzijds worden verklaard doordat het in onze ethisch pluralistische samenleving onaanvaardbaar wordt geacht dat ethische standpunten die niet door de hele samenleving gedeeld worden aanleiding geven tot dwingende rechtsregels, anderzijds omdat het verdrag in artikel 18.2 een verbod inhoudt op de creatie ven menselijke embryo's voor onderzoeksdoeleinden (Y.H. LELEU en E. LANGENAKEN, "Quel statut pour l'embryon et le fœtus dans le champ juridique belge?", *J.T.* 2002, (657) 659, nr. 7; voor een analyse van de gevolgen van een ondertekening voor de Belgische wetgeving, zie het Advies nr. 2 d.d. 27 juli 1997 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek van België betreffende het Verdrag Mensenrechten en Biogeneeskunde van de Raad van Europa).

1180 Medisch begeleide voortplanting kan in België enkel worden toegepast in het raam van erkende "zorgprogramma's reproductieve geneeskunde", die bij koninklijk besluit werden omschreven.

Het Koninlijk Besluit van 15 februari 1999 houdende vaststelling van de normen waaraan de zorgprogramma's "reproductieve geneeskunde" moeten voldoen om erkend te worden (*B.S.* 25 maart 1999, 9556) heeft kwaliteitsnormen vastgelegd waaraan deze zorgprogramma's moeten voldoen om een erkenning te bekomen en erkend te kunnen blijven.
Voor de bepaling van de vereiste infrastructuur, de vereiste medische en niet-medische personeelsomkadering en voor de bepaling van de concrete kwaliteitsnormen en de normen inzake kwaliteitsopvolging wordt een onderscheid gemaakt tussen een zorgprogramma "reproductieve geneeskunde" A en een zorgprogramma "reproductieve geneeskunde" B (zie resp. hoofdstuk II (art. 5-14) en hoofdstuk III (art. 15-27) van het K.B. 15 februari 1999 houdende vaststelling van de normen waaraan de zorgprogramma's "reproductieve geneeskunde" moeten voldoen om erkend te worden, *t.a.p.*, in werking getreden op 1 juni 1999; zie daarnaast ook K.B. 15 februari 1999 tot vaststelling van de lijst van zorgprogramma's zoals bedoeld in art. 9*ter* van de Wet op de ziekenhuizen, gecoördineerd op 7 augustus 1987 en tot aanduiding van de artikelen van de wet op de ziekenhuizen die op hen van toepassing zijn, *B.S.* 25 maart 1999, 9554 en K.B. 15 februari 1999 tot vaststelling van de programmatiecriteria die van toepassing zijn op het zorgprogramma "reproductieve geneeskunde", *B.S.* 25 maart 1999, 9555).

Deze regulering is er gekomen na een advies van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek waarin de kwaliteit van de behandeling centraal stond (zie Advies nr. 6 d.d. 8 juni 1998 betreffende de ethische normen voor de optimalisering van het aanbod en van de werkingscriteria van de centra voor in-vitrofertilisatie van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek van België).

Het zorgprogramma A omvat in essentie de patiëntenbehandeling en -begeleiding, met inbegrip van de prelevatie van gameten (zie art. 5 K.B. 15 februari 1999 houdende vaststelling van de normen waaraan de zorgprogramma's "reproductieve geneeskunde" moeten voldoen om erkend te worden, *t.a.p.*).

Het zorgprogramma B is ruimer en omvat, naast de activiteiten van zorgprogramma A, de adequate behandeling van gameten, conform de actuele medisch-wetenschappelijke inzichten en technieken, met het oog op bevruchting

in vitro, het herplaatsen van de embryo's en het invriezen en bewaren van de gameten en embryo's (art. 15 K.B. 15 februari 1999 houdende vaststelling van de normen waaraan de zorgprogramma's "reproductieve geneeskunde" moeten voldoen om erkend te worden, *t.a.p.*).

De in-vitrofertilisatie met embryotransfer kan ingevolge artikel 3 tweede lid van het K.B. van 15 februari 1999 houdende vaststelling van de normen waaraan de zorgprogramma's "reproductieve geneeskunde" moeten voldoen om erkend te worden (*t.a.p.*) enkel plaatsvinden binnen een erkend zorgprogramma "reproductieve geneeskunde" B.

1181 Afgezien van de zonet besproken kwaliteitscriteria, heerst er een juridisch vacuüm aangaande de (on)toelaatbaarheid van medisch begeleide voortplanting in diverse feitenconstellaties (zie boven, nr. 1171 e.v.). Elk fertiliteitscentrum hanteert eigen criteria en legt de limieten op die het raadzaam acht (N. DENIES, "Génétique et procréation assistées en Belgique: état du droit et des pratiques", in M.-Th. MEULDERS-KLEIN, R. DEECH en P. VLAARDINGERBROEK (eds.), *Biomedicine, the Family an Human Rights*, Den Haag/Londen/New York, Kluwer Law International, 2002, 219).

Wel is het zo dat er een geïnstitutionaliseerde vorm van ethische reflectie plaatsvindt die voor de participanten bij artificiële procreatie van groot belang blijkt te zijn.

Op lokaal niveau wordt het beleid inzake de toepassing van artificiële procreatietechnieken bepaald door de ethische comité's van de ziekenhuizen.

Sinds 1995 moet elk ziekenhuis beschikken over een plaatselijk ethisch comité van het ziekenhuis, dat o.m. een begeleidende en raadgevende functie heeft m.b.t. de ethische aspecten van de ziekenhuiszorg evenals een ondersteunende functie bij beslissingen over individuele gevallen inzake ethiek (zie art. 1-2 K.B. 12 augustus 1994 tot wijziging van het K.B. van 23 oktober 1964 tot bepaling van de normen die door de ziekenhuizen en hun diensten moeten worden nageleefd, *B.S.* 27 september 1994).

Op nationaal vlak is het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek werkzaam, dat een raadgevende en informatieve taak heeft.

Het Raadgevend Comité resulteert uit een samenwerkingsakkoord houdende oprichting van een Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, gesloten te Brussel op 15 januari 1993 tussen de Staat, de Vlaamse Gemeenschap, de Franse Gemeenschap, de Duitstalige Gemeenschap en de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie.

De creatie van lokale ethische comité's heeft echter geen harmonisatie van de ethische standpunten omtrent de toelaatbaarheid van medisch begeleide voortplanting tot gevolg gehad. Elke instelling bepaalt nog steeds autonoom haar beleid. Uit de adviezen van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek blijkt dat over weinig themata een consensus kan worden bereikt, omwille van grote ideologische en filosofische verschillen tussen de leden. Deze diversiteit aan opinies remt het wetgevend werk ongetwijfeld af.

1182 Desalniettemin heeft de Wet van 11 mei 2003 betreffende het onderzoek op embryo's in vitro (*B.S.* 28 mei 2003, hierna afgekort: Embryowet) een juridisch kader geboden waarbinnen wetenschappelijk onderzoek op embryo's kan plaatsvinden (zie daaraan voorafgaand het Advies nr. 18 d.d. 16 december 2002 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek betreffende het onderzoek op het menselijk embryo *in vitro*, ook gepubliceerd als *Parl. St.* Senaat 2001-02, nr. 2-695/15).

Artikel 3 Embryowet laat het onderzoek op embryo's toe, onder de in de wet bepaalde voorwaarden. Het aanmaken van embryo's *in vitro* voor onderzoeksdoeleinden is luidens artikel 4 § 1 Embryowet verboden, behalve indien het doel van het onderzoek niet kan worden bereikt door onderzoek op overtallige embryo's en voorzover voldaan is aan de voorwaarden van deze wet. Inbreuken op deze regel worden gestraft met gevangenisstraf van een tot vijf jaar en met een geldboete van 1000 tot 10 000 euro of met een van die straffen alleen (art. 13 Embryowet).

Aangezien artikel 4 § 1 Embryowet in een uitzondering voorziet op het verbod tot creatie van menselijke embryo's voor onderzoeksdoeleinden, dringt een voorbehoud t.a.v. artikel 18.2 in de zin van artikel 36 van het Verdrag inzake de Mensenrechten en de Biogeneeskunde zich op wanneer België zal overgaan tot de ondertekening van dit verdrag.

In Nederland is ongeveer gelijktijdig nationale wetgeving tot stand gekomen die het wetenschappelijk onderzoek m.b.t. gameten en embryo's reguleert (zie de Wet van 20 juni 2002, houdende regels inzake handelingen met geslachtscellen en embryo's (Embryowet), *Stb.* 338, in werking getreden op 1 september 2002, ingevolge het Besluit van 4 juli 2002, houdende inwerkingtreding van de Embryowet, *Stb.* 359).

1183 De Belgische wetgever heeft totnogtoe bijzonder weinig aandacht besteed aan de mogelijke implicaties van artificiële procreatietechnieken op het afstammingsrecht. Er bestaat slechts één wetsbepaling waarin melding wordt gemaakt van kunstmatige voortplantingstechnieken, nl. artikel 318 § 4 B.W., op grond waarvan de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot onontvankelijk is wanneer de echtgenoot toestemming heeft gegeven tot kunstmatige inseminatie of tot een andere daad die de voortplanting tot doel had, tenzij de verwekking van het kind niet het gevolg kan zijn van die handeling (zie *in extenso* verder, nrs. 1224-1238).

Uit de parlementaire voorbereiding van de Afstammingswet blijkt dat de wetgever zich wel degelijk bewust was van het feit dat belangrijke afstammingsrechtelijke vragen zullen rijzen i.v.m. voortplantingstechnieken; hij heeft deze doelbewust onbeantwoord gelaten (zie Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 55, waar i.v.m. art. 318 § 4 B.W. werd gesteld: "Alle andere methodes [dan kunstmatige inseminatie] vallen buiten toepassing van deze wet en zij zullen in de toekomst door een bijzondere wetgeving moeten worden geregeld").

In afwachting van bijzondere wetgeving zullen de principes uit het vigerende recht inzake de vaststelling en de betwisting van de afstamming (art. 312-333 B.W.) moeten worden toegepast.

PLAN

1184 Bij de hierna volgende analyse van de vaststelling en de betwisting van de afstamming van een kind dat ter wereld is gekomen via artificiële procreatie wordt – om overbodige herhalingen te vermijden – uitgegaan van de gehanteerde kunstmatige voortplantingstechniek. Deze benadering is ook weerspiegeld in de opbouw van dit deel.

Vooreerst zal worden ingegaan op de verschillende vormen van kunstmatige inseminatie (titel I), vervolgens op in-vitrofertilisatie met transfer van genetisch materiaal in de eileider of de baarmoeder (titel II) en de juridische aspecten van draagmoederschap (titel III), om te eindigen met enkele opmerkingen i.v.m. het klonen van mensen (titel IV).

1185 Voor een goed begrip van de inhoud van dit deel lijkt het nuttig preliminair op terminologisch vlak een onderscheid te maken tussen verschillende soorten – feitelijk – ouderschap m.b.t. kinderen die niet via geslachtsgemeenschap zijn verwekt.

– Genetisch of biologisch ouderschap is het moederschap van de vrouw die de eicel heeft geleverd of het vaderschap van de man die de zaadcel heeft gedoneerd.
– Met (bio-)fysiologisch ouderschap wordt het moederschap bedoeld van de vrouw die het embryo heeft gedragen.
– Psychologisch of socio-affectief ouderschap is ten slotte het moederschap of vaderschap van degene(n) die het kind na de geboorte willen opnemen (de zgn. wensouder(s), zorgouder(s) of intentionele ouder(s)).

TITEL I

KUNSTMATIGE INSEMINATIE

HOOFDSTUK I
BEGRIPSOMSCHRIJVING

1186 Bij kunstmatige inseminatie (hierna afgekort: K.I.) wordt een zaadcel op artificiële wijze – dus anders dan via geslachtsgemeenschap – in contact gebracht met een eicel. De bevruchting van de eicel zal plaatsvinden in het lichaam van een vrouw.

Voor de toepassing van dit procédé zal in de regel een arts optreden, die over een gespecialiseerd laboratorium beschikt waar sperma (*semen*) kan worden geanalyseerd en behandeld ter voorbereiding van inseminatie. Dergelijk laboratorium zal ook beschikken over een spermabank om zaadstalen te cryopreserveren, *i.e.* diepgevroren te bewaren.
Het sperma kan worden aangebracht in de baarmoederhals (intracervicale inseminatie), in de baarmoeder (intra-uteriene inseminatie), in de eileider (intratubaire inseminatie), in de abdominale holte (intraperitoneale inseminatie) of in de follikel (intrafolliculaire inseminatie).

Zelfinseminatie valt buiten het bereik van het recht (H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, in *A.P.R.*, Brussel, E. Story-Scientia, 1991, 176, nr. 367 *in fine*), in die zin dat de toepassing ervan niet kan worden vermeden. In een geval waar een man als verweer tegen een vordering tot gerechtelijke vaststelling van zijn vaderschap inriep dat zijn gewezen partner zichzelf had bevrucht met zaad uit een condoom, oordeelde het Hof van Beroep te Gent dat wanneer een deskundigenonderzoek wijst op een genetische band, de aan- of afwezigheid van geslachtsbetrekkingen tussen moeder en vermeende vader irrelevant is (Gent 2 april 1999, *T.B.B.R.* 2000, 617; de voorziening in cassatie tegen dit arrest werd verworpen door Cass. C.99.0337.N, 3 maart 2000, *onuitg.*, om cassatietechnische redenen).

1187 Verschillende vormen van K.I. kunnen van elkaar worden onderscheiden, naargelang de herkomst van de zaadcellen.

Vooreerst zijn er twee vormen van homologe of autologe kunstmatige inseminatie:
– is het semen afkomstig van de echtgenoot van de geïnsemineerde vrouw, dan spreekt men over kunstmatige inseminatie tussen echtgenoten (hierna afgekort: K.I.E.);
– is het semen afkomstig van een man die niet (met de geïnsemineerde vrouw) is gehuwd, dan gaat het om kunstmatige inseminatie tussen partners (hierna afgekort: K.I.P.).

Is het sperma niet afkomstig van de man binnen het koppel – maar van een derde – of wordt een alleenstaande vrouw bevrucht, dan wordt gesproken over heterologe kunstmatige inseminatie of kunstmatige inseminatie met donorsperma (hierna afgekort: K.I.D.).

Ten slotte is het ook mogelijk dat de ingebrachte zaadcellen afkomstig zijn uit een mengsel van het sperma van de echtgenoot of partner enerzijds en een donor anderzijds.

Deze laatste vorm van kunstmatige inseminatie is in Frankrijk wettelijk verboden, net als K.I. met niet-diepgevroren sperma: "Toute insémination artificielle par sperme frais provenant d'un don et tout mélange de sperme sont interdits" (art. L673-3 Code de la santé publique).

HOOFDSTUK II
AFSTAMMING VAN MOEDERSZIJDE

AFDELING I

VASTSTELLING VAN DE AFSTAMMING

1188 In België wordt voor ieder levend geboren kind een geboorteakte opgemaakt. De kennisgevings- en aangifteformaliteiten i.v.m. de geboorte worden geregeld door de artikelen 55 en 56 B.W.
Artikel 57, 2° B.W. verplicht de ambtenaar van de burgerlijke stand om de naam, voornamen en woonplaats van de moeder in de geboorteakte te vermelden, samen met het jaar, de dag en de plaats van haar geboorte. In combinatie met artikel 312 § 1 B.W. – dat bepaalt dat het kind als moeder heeft de persoon die als zodanig in de geboorteakte is vermeld – impliceert deze verplichting dat in ons land de afstamming langs moederszijde steeds vaststaat. De regel *Mater semper certa est* (zie boven, nr. 91 e.v.) geldt, ook indien een vrouw kunstmatig werd geïnsemineerd. Als zij nadien van het kind bevalt, moet haar naam in de geboorteakte worden vermeld, waardoor zij de juridische moeder van het kind wordt. Dit principe geldt ongeacht het ingebrachte sperma afkomstig was van haar echtgenoot (K.I.E), haar partner (K.I.P.) of een donor (K.I.D), en ongeacht het feit of deze techniek is aangewend vóór of na het overlijden van deze mannen.

De regel dat de vrouw die het kind baart ook juridisch als moeder van het kind wordt beschouwd, is ook terug te vinden in principe 14 eerste lid van de ontwerp-aanbeveling opgesteld door het CAHBI (1989) ten behoeve van het Comité van Ministers van de Raad van Europa: "La femme qui donne naissance à l'enfant est considérée en droit comme la mère".

1189 Het moederschap kan ook worden vastgesteld via erkenning door een vrouw, maar enkel in uitzonderlijke gevallen, nl. indien de naam van de vrouw die van het kind bevallen is niet in de geboorteakte werd vermeld of wanneer er geen geboorteakte is (art. 313 § 1 B.W.). Om het even welke vrouw kan het kind in dergelijke hypothese erkennen. Is zij gehuwd en erkent zij een kind dat tijdens haar huwelijk geboren is, dan moet deze erkenning worden meegedeeld aan haar echtgenoot of echtgenote, op straffe van niet-tegenwerpelijkheid (art. 313 § 3 eerste en derde lid B.W.).

1190 Staat het moederschap niet vast o.g.v. de vermelding van de naam van een vrouw in de geboorteakte of is het kind onder valse namen ingeschreven en heeft geen enkele vrouw het kind erkend, dan is de gerechtelijke vaststelling van het moederschap mogelijk (art. 314 eerste lid B.W.).

Indien een andere vrouw dan deze die het kind ter wereld heeft gebracht bezit van staat heeft t.a.v. het kind, dan kan zij bij vonnis als moeder worden aangewezen. Eerder werd immers verduidelijkt dat het bezit van staat t.a.v. de vermeende moeder (art. 314 vierde lid B.W.) de draagwijdte heeft van een onweerlegbaar vermoeden (zie boven, nr. 153). Het is slechts bij gebreke van bezit van staat dat een vrouw het bewijs van haar afstammingsband met het kind door alle wettelijke middelen kan leveren (art. 314 vijfde lid B.W.). Ook al moet de eiser in de procedure tot gerechtelijke vaststelling van het moederschap het bewijs leveren dat het kind hetzelfde is als dat van wie de vermeende moeder is bevallen (art. 314 derde lid B.W.), indien er bezit van staat is primeert de socio-affectieve werkelijkheid op de biologische realiteit.

Bij afwezigheid van bezit van staat t.a.v. een andere vrouw kan een genetisch onderzoek, bevolen in toepassing van artikel 331*octies* B.W., waarbij de DNA-structuur van de bevallen vrouw en het kind wordt vergeleken, uitsluitsel bieden over het moederschap, nu de vrouw die na K.I. (zonder embryotransfer) van het kind bevallen is, steeds ook de genetische moeder van het kind is. De genetische verwantschap tussen vrouw en kind bewijst in dit geval dus meteen de bevalling.

AFDELING II

BETWISTING VAN DE AFSTAMMING

1191 Het moederschap dat blijkt uit de geboorteakte kan enkel worden betwist als het kind geen bezit van staat heeft t.a.v. de vrouw wiens naam in de geboorteakte is vermeld. De betwistingsvordering is immers onontvankelijk wanneer het kind een bezit van staat heeft dat overeenstemt met de geboorteakte (art. 312 § 3 B.W.). Wanneer het kind geen bezit van staat heeft t.a.v. de vrouw wiens naam in de geboorteakte is vermeld, zal de betwistingsvordering gegrond worden verklaard indien wordt bewezen dat de vrouw wiens naam in de geboorteakte is vermeld niet bevallen is van het kind. Dit bewijs mag door alle wettelijke middelen worden geleverd (art. 312 § 2 B.W.). Zowel bij homologe als bij heterologe kunstmatige inseminatie werden zaadcellen in contact gebracht met een eicel van de vrouw die van het kind bevallen is (behalve in geval van embryotransfer, zie daaromtrent verder, nrs. 1244-1246). Deze vrouw is dan ook de genetische moeder van het kind. Het negatief bewijs van de bevalling kan in dit geval dus met wetenschappelijke zekerheid worden geleverd door een deskundigenonderzoek in de zin van artikel 331*octies* B.W. waaruit blijkt dat de vrouw die in de geboorteakte wordt vermeld geen genetische band heeft met het kind.

1192 Indien een vrouw overeenkomstig artikel 313 B.W. is overgegaan tot erkenning van een via K.I. verwekt kind, dan kan deze erkenning enkel succesvol worden betwist indien het kind geen bezit van staat heeft t.a.v. de

vrouw die het heeft erkend. Heeft het kind bezit van staat t.a.v. de erkennende vrouw, dan moet de betwistingsvordering immers worden afgewezen (art. 330 § 2 tweede lid B.W.). Bij ontstentenis van bezit van staat moet worden bewezen dat de erkennende vrouw niet de moeder is (art. 330 § 2 eerste lid B.W.), in die zin dat zij niet van het kind bevallen is. Aangezien de biofysiologische moeder na K.I. ook de genetische moeder is, kan ook hier het negatief bewijs van de bevalling met wetenschappelijke zekerheid worden geleverd door een deskundigenonderzoek bevolen o.g.v. artikel 331*octies* B.W. waaruit blijkt dat de vrouw die het kind erkend heeft niet genetisch verwant is met het kind.

1193 In het uiterst uitzonderlijk geval dat het moederschap van een via K.I. verwekt kind gerechtelijk is vastgesteld, kan dit moederschap enkel nog via derdenverzet worden bestreden (art. 331*decies* B.W.; zie boven, nr. 817 e.v.).

HOOFDSTUK III
AFSTAMMING VAN VADERSZIJDE

AFDELING I

VASTSTELLING VAN DE AFSTAMMING

§ 1. Binnen het huwelijk: kunstmatige inseminatie van een gehuwde vrouw

A. HOMOLOGE KUNSTMATIGE INSEMINATIE (K.I.E.)

1194 Wanneer een vrouw kunstmatig is geïnsemineerd met sperma (*semen*) van haar echtgenoot (K.I.E.) op het ogenblik dat beiden nog in leven zijn, stellen er zich op juridisch vlak geen problemen. Na K.I.E. *intra vivos* vallen de biologische en de juridische afstamming van vaderszijde samen. Wanneer het kind geboren wordt tijdens het huwelijk van de moeder of binnen de 300 dagen na de ontbinding of de nietigverklaring van dit huwelijk, wordt het vaderschap van haar echtgenoot automatisch gevestigd: de vaderschapsregel uit artikel 315 B.W. is immers van toepassing. In voorkomend geval kan ook artikel 317 B.W. worden toegepast.

Wanneer de echtgenoot van de moeder toestemming heeft gegeven tot de K.I.E. en eraan heeft meegewerkt, dan kan zijn vaderschap door niemand meer op rechtstreekse wijze worden betwist (o.g.v. art. 318 *j°* art. 332 B.W.), tenzij zou blijken dat het kind niet via K.I.E. is verwekt (art. 318 § 4 B.W., zie verder, nr. 1224 e.v.).

1195 Een en ander impliceert niet dat het vaderschap van een andere man dan de echtgenoot niet juridisch zou kunnen worden vastgesteld. Wanneer het huwelijk van de kunstmatig bevruchte moeder en haar echtgenoot wiens sperma werd gebruikt dermate onstabiel (geworden) is dat het kind geen bezit van staat heeft t.a.v. deze man die vader is o.g.v. artikel 315 of 317 B.W. en één van de gevallen opgesomd in artikel 320 B.W. eveneens van toepassing is, dan kan een andere man dan de echtgenoot het kind erkennen (mits de nodige toestemming(en), zie art. 319 B.W.). Tevens kan het vaderschap van een andere man dan de echtgenoot gerechtelijk worden vastgesteld o.g.v. artikel 323 *juncto* artikel 320 B.W., behoudens de verzetsmogelijkheid bepaald in artikel 322 eerste lid B.W. (zie boven, nr. 463 e.v.). Ons inziens kan de vordering tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap evenwel enkel gegrond worden verklaard indien deze man bezit van staat heeft t.a.v. het kind (art. 324 eerste lid B.W.).

Het bewijs van het vaderschap van een andere man dan de echtgenoot – *i.e.* de vermeende vader in het onderzoek naar het vaderschap – kan in deze context niet worden geleverd door alle wettelijke middelen in de zin van artikel 324 tweede lid B.W., nu na K.I.E. onmogelijk kan worden bewezen dat deze man de biologische vader van het kind is.

Het vaderschap van een andere man dan de echtgenoot kan evenmin worden bewezen o.g.v. het in artikel 324 derde lid B.W. bepaalde vermoeden nadat is komen vast te staan dat deze man met de

kunstmatig geïnsemineerde gehuwde moeder gemeenschap heeft gehad gedurende het wettelijk tijdperk van de verwekking; het feit dat de vrouw kunstmatig werd geïnsemineerd is alleszins voldoende om "twijfel" over het vermoede vaderschap te doen ontstaan in de zin van artikel 324 aanhef derde lid B.W.

Zowel bij een erkenning mits machtiging van de rechtbank (art. 320 B.W.) als bij een onderzoek naar het vaderschap o.g.v. artikel 323 B.W. vervalt het vaderschap van de echtgenoot van de moeder zonder dat een afzonderlijke procedure tot betwisting moet worden gevoerd (zie boven, nrs. 1007-1016).

B. HETEROLOGE KUNSTMATIGE INSEMINATIE (K.I.D.)

1196 Indien de moeder kunstmatig geïnsemineerd is met donorsperma kan via een deskundigenonderzoek met wetenschappelijke zekerheid worden vastgesteld dat de echtgenoot van de moeder niet de biologische vader van het kind is. Toch is de vaderschapsregel uit artikel 315 (en 317) B.W. ook na K.I.D. toepasselijk; deze toepassing mag dan onverenigbaar zijn met de empirische grondslag van de regel, ze is verantwoord om de principiële reden dat het socio-affectief vaderschap van de echtgenoot die toegestemd heeft tot K.I.D. om juridische bevestiging vraagt.

Principe 14 tweede lid aanhef *litt.* a van de ontwerp-aanbeveling van het CAHBI (1989) aan het Comité van Ministers van de Raad van Europa voorziet in dezelfde oplossing: "En cas d'utilisation du sperme d'un donneur: [le] mari [de la mère] est considéré comme le père légitime (...)".

1197 Voor het overige geldt nagenoeg dezelfde regeling als voor K.I.E. (zie hierboven, nrs. 1094-1095); de donor is immers een andere man dan de echtgenoot. Indien hij de identiteit van het kind kent, zal hij het – mits de nodige toestemming(en) – kunnen erkennen onder de voorwaarden van artikel 320 B.W.; indien de identiteit van de donor bekend is, kan zijn vaderschap gerechtelijk worden vastgesteld o.g.v. artikel 323 *juncto* artikel 320 B.W. Beide wijzen van vaststelling van de afstamming komen neer op een impliciete betwisting van het vaderschap van de echtgenoot.
Enkel wanneer de echtgenoot van de geïnsemineerde vrouw niet heeft toegestemd tot de K.I.D. of het kind, ondanks zijn toestemming, niet via K.I.D. is verwekt, kan het vaderschap van de echtgenoot van de moeder ook op rechtstreekse wijze succesvol worden betwist, waarna de belemmeringen inzake de vaststelling van de afstamming van vaderszijde wegvallen: als het vaderschap van de echtgenoot niet meer vaststaat na een betwistingsprocedure ex artikel 318 *juncto* artikel 332 B.W. kan een erkenning door de spermadonor plaatsvinden zonder machtiging van de rechtbank (art. 319 § 1 B.W.) en kan diens vaderschap ook buiten de voorwaarden van artikel 323 *juncto* artikel 320 B.W. worden vastgesteld, behoudens verzet (art. 322 eerste lid B.W.).

Anders dan wat geldt voor het onderzoek naar het vaderschap van een andere man dan de echtgenoot na K.I.E., kan de vordering tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap van een bekende donor na K.I.D. gegrond worden verklaard o.b.v. een deskundigenonderzoek dat aantoont dat de donor de genetische vader is (art. 324 tweede lid *j°* art. 331*nonies* B.W.).

C. KUNSTMATIGE INSEMINATIE NA HET OVERLIJDEN VAN DE ECHTGENOOT

1198 Het kan voorkomen dat een vrouw die gehuwd (geweest) is, pas na de ontbinding van dit huwelijk door het overlijden van haar echtgenoot op kunstmatige wijze werd geïnsemineerd, met diepgevroren sperma van haar overleden echtgenoot (K.I.E. *post mortem*) of met donorsperma (K.I.D. *post mortem*).
In beide gevallen heeft de bevruchting nog niet plaatsgevonden op het moment dat de echtgenoot overlijdt (hierin ligt het grote verschil met in-vitro-fertilisatie *post mortem* (zie verder, nr. 1258 e.v.).

1199 De afstamming van vaderszijde wordt op een verschillende manier vastgesteld naargelang het tijdstip waarop het kind geboren wordt.

1. Het kind wordt geboren binnen de 300 dagen na het overlijden van de echtgenoot

1200 Wanneer de kunstmatige inseminatie korte tijd na het overlijden van de echtgenoot wordt toegepast en het kind ten gevolge daarvan ter wereld komt binnen de 300 dagen na de ontbinding van het huwelijk door overlijden, geldt de vaderschapsregel en wordt het vaderschap van de overleden echtgenoot (art. 315 B.W.). of de – eventuele – nieuwe echtgenoot van de moeder (art. 317 eerste lid B.W.) automatisch vastgesteld (N. MASSAGER, "L'influence des techniques de procréation", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, (135) 147, nr. 11).

Verschillende gezaghebbende auteurs zijn echter van mening dat het vaderschap van de overleden echtgenoot van de moeder niet kan worden vastgesteld wanneer het kind geboren is na K.I. *post mortem*. Uit artikel 725 tweede lid 1° B.W., dat een nog niet verwekt kind erfrecht ontzegt, leiden zij af dat een kind ook geen afstammingsband kan verkrijgen met een man die reeds overleden was op het ogenblik van de verwekking van het kind (G. BAETEMAN, "Het afstammingsrecht in België", *T.P.R.* 1989, (1539) 1574, nr. 52, die opmerkt dat het beginsel van de operatie zelf strijdig lijkt te zijn met het belang van het kind, vermits het als wees van de vader ter wereld zal komen; A. HEYVAERT, "De nieuwe procreatietechnieken en de Afstammingswet van 31 maart 1987, *Vl. T. Gez.* 1988, (227) 238, nr. 26, die erop wijst dat de premisse waarvan de art. 315, 326 en 725 tweede lid 1° B.W. uitgaan, nl. dat voortplanting enkel mogelijk is door geslachtsgemeenschap tussen levende personen, weliswaar voorbijgestreefd is, maar dat het beginsel dat de man nog in leven moet zijn op het ogenblik van de (vermoede) verwekking de openbare orde raakt, nog deel uitmaakt van ons positieve recht en dat men zich aan de toepassing ervan niet kan onttrekken; zie ook P. SENAEVE, "Juridische implicaties van nieuwe ontstaansvormen van menselijk leven", *R.W.* 1985-86, (626) 632, nr. 18, die enkel vermeldt dat het kind een natuurlijk kind zal zijn van de weduwe; in dezelfde zin: A. VERBEKE, "Art. 725 B.W.", in M. COENE, W. PINTENS en A. VASTERSAVENDTS (red.), *Erfenissen, schenkingen en testamenten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1991, 11, nr. 17).
Ons inziens kan uit een bepaling die een nog niet verwekt kind één gevolg van de afstamming – nl. erfrecht – ontzegt, niet worden afgeleid dat het kind geen afstammingsband kan verkrijgen met een man die overleden was op het ogenblik van de verwekking. Oorzaak (afstamming) en gevolg (erfrecht) kunnen niet worden gelijkgesteld. Een dergelijke deductie gaat overigens lijnrecht in tegen de duidelijke wettekst van artikel 315 B.W. die alle kinderen, zonder onderscheid naar het tijdstip waarop ze werden verwekt, onder het toepassingsgebied van de vaderschapsregel plaatst

indien ze werden geboren binnen de 300 dagen na het overlijden van de echtgenoot van hun moeder.

2. Het kind wordt geboren meer dan 300 dagen na het overlijden van de echtgenoot

1201 Meestal zal het kind echter geboren worden meer dan 300 dagen na de ontbinding van het huwelijk door overlijden van de echtgenoot.

a. Geen toepassing van de vaderschapsregel

1202 Een strikte toepassing van de bestaande regels kan enkel leiden tot de conclusie dat een kind in dat geval niet kan genieten van een toepassing van de vaderschapsregel (H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité*, II/2, 932, nr. 964; P. SENAEVE, "Juridische implicaties van nieuwe ontstaansvormen van menselijk leven", *R.W.* 1985-86, (626) 632, nr. 18; M.-F. LAMPE, "Procréation assistée - Problèmes éthiques et juridiques liés au sort de l'embryon - Statut de l'enfant à naître", *Rev. trim. dr. fam.* 1986, (129) 168, nr. 24, e).

1203 In geval van K.I. *post mortem* is het kind per definitie verwekt na het overlijden van de echtgenoot, nl. op het ogenblik dat het sperma van de overleden echtgenoot (K.I.E.) of een donor (K.I.D.) bij de moeder wordt ingebracht.
De vraag rijst of het kind artikel 326 B.W. kan aanwenden om zijn verwekking te situeren vóór het overlijden van de echtgenoot met de bedoeling alsnog onder het toepassingsgebied van de vaderschapsregel te kunnen vallen. Ons inziens is dit niet mogelijk; artikel 326 B.W. is er niet op gericht de duurtijd van de zwangerschap fictief met maanden en jaren te verlengen (in dezelfde zin: M.-Th. MEULDERS-KLEIN, "Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées", *Rev. trim. dr. civ.* 1988, (645) 649; reeds in dezelfde zin: M.-F. LAMPE, "Procréation assistée - Problèmes éthiques et juridiques liés au sort de l'embryon - Statut de l'enfant à naître", *Rev. trim. dr. fam.* 1986, (129) 168, nr. 24, c).

In de doctrine is de vraag gesteld of kinderen die werden geboren meer dan 300 dagen nadat de echtgenoot van hun kunstmatig geïnsemineerde moeder is overleden niet worden gediscrimineerd t.o.v. kinderen die minder dan 300 dagen na het overlijden werden geboren. Bij gebruik van eenzelfde voortplantingstechniek – kunstmatige inseminatie – is het verschil in de wijze van vaststelling van de afstamming gebaseerd op de correlatie tussen de verwekking van het kind en het overlijden van de echtgenoot en blijkt het tijdsverschil tussen deze momenten determinerend: wordt het sperma van de overleden echtgenoot niet vrijwel onmiddellijk aangewend, dan zal het van rechtswege geldend vermoeden van vaderschap uit artikel 315 B.W. niet kunnen spelen. MASSAGER meent dat dit verschil in behandeling op geen enkel objectief criterium berust en sluit een veroordeling van de Belgische wetgeving door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens of door het Arbitragehof niet uit (N. MASSAGER, "L'influence des techniques de procréation", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, (135) 149, nr. 13).
Het onderscheid in behandeling zou kunnen worden weggewerkt via een uitbreiding van het toepassingsgebied van de vaderschapsregel. Verschillende auteurs hebben zich uitgesproken vóór een uitbreiding van het vermoeden van vaderschap tot kinderen die via K.I. *post mortem* verwekt

zijn (zie bv. M. GOBERT, "Les incidences juridiques des progrès des sciences biologique et médicale sur les droit des personnes", in H. NYSSEN (ed.), *Génétique, procréation et droit*, Arles, Actes Sud, 1985, 182) omdat de overleden echtgenoot ofwel de biologische vader is (bij K.I.E. *post mortem*), dan wel tijdens zijn leven de intentie had om ook het socio-affectief vaderschap op zich te nemen (bij K.I.D. *post mortem*). Sommigen onder hen menen echter dat een dergelijke vaderschapstoewijzing moet worden beperkt tot kinderen die binnen een maximumtermijn van twee of drie jaar na het overlijden van de echtgenoot geboren worden (P. SENAEVE, "Juridische implicaties van nieuwe ontstaansvormen van menselijk leven", *R.W.* 1985-86, (626) 633, nr. 20; vgl. het voorstel *de lege ferenda* van MASSAGER die een periode van drie jaar vooropstelt: N. MASSAGER, "L'influence des techniques de procréation", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, (135) 151, nr. 14).

b. Erkenning of gerechtelijke vaststelling van het vaderschap

1204 Nu de vaderschapsregel niet kan worden toegepast wanneer het kind meer dan 300 dagen na het overlijden van de echtgenoot wordt geboren, zal zijn afstamming van vaderszijde via de subsidiaire wijzen, nl. erkenning en gerechtelijke vaststelling van het vaderschap, moeten worden vastgesteld.
Een onderscheid kan worden gemaakt naargelang sperma van de echtgenoot of donorsperma werd aangewend om de moeder na het overlijden van haar echtgenoot te bevruchten.

(i) K.I.E. *post mortem*

1205 De biologische vader – *i.e.* de (overleden) echtgenoot van de moeder – zal het kind dat ter wereld komt na K.I.E. *post mortem* nooit kunnen erkennen. Vooreerst is de erkenning een strikt persoonlijke rechtshandeling die moet uitgaan van de erkenner zelf; het is uitgesloten dat een overledene een kind erkent. Bovendien kan enkel een reeds verwekt kind worden erkend o.g.v. artikel 328 tweede lid B.W.; bij K.I.E. *post mortem* is de echtgenoot al overleden op het ogenblik van de verwekking. Ook tijdens zijn leven kan de echtgenoot van de moeder niet overgaan tot erkenning van het kind dat later met zijn sperma zal worden verwekt. Een preconceptieve erkenning is *de lege lata* immers niet mogelijk (zie boven, nr. 394; *adde*: P. SENAEVE, "Juridische implicaties van nieuwe ontstaansvormen van menselijk leven", *R.W.* 1985-86, (626) 633, nr. 18).

Wie wenst dat het kind van een vastgestelde afstamming langs vaderszijde zou genieten, kan aansturen op een erkenning uit welwillendheid. Een andere man dan de overleden echtgenoot kan het kind erkennen o.g.v. artikel 319 § 1 B.W., mits de nodige toestemming(en). Indien het kind bezit van staat heeft verworven t.a.v. de erkenner, wordt zijn erkenning onbetwistbaar (art. 330 § 2 tweede lid B.W.).

1206 Een andere mogelijkheid vormt het inleiden van een vordering tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap van de overleden echtgenoot (N. MASSAGER, "L'influence des techniques de procréation", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, (135) 153, nr. 16).

Anders: A. HEYVAERT, "De nieuwe procreatietechnieken en de Afstammingswet van 31 maart 1987, *Vl. T. Gez.* 1988, (227) 238, nr. 26, die opmerkt dat de artikelen 315 en 326 B.W. uitgaan van de veronderstelling dat de betrokken man nog in leven was op het ogenblik van de verwekking en uit artikel 725 tweede lid 1° B.W. afleidt dat het kind geen aan de afstamming verbonden rechten en dus geen afstamming kan verkrijgen t.a.v. een man die reeds overleden was op het ogenblik van de verwekking, ook al heeft het met die man een genetische band; in soortgelijke bewoordingen: G. BAETEMAN, "Het afstammingsrecht in België", *T.P.R.* 1989, (1539) 1574, nr. 52; zie ook reeds P. SENAEVE, "Juridische implicaties van nieuwe ontstaansvormen van menselijk leven", *R.W.* 1985-86, (626) 633, nr. 18, die van oordeel is dat dergelijk kind een natuurlijk kind van de weduwe zal zijn en dat het niet mogelijk is om het vaderschap gerechtelijk te doen vaststellen.

Aangezien het vaderschap van de echtgenoot van de geïnsemineerde vrouw niet vaststaat o.g.v. artikel 315 of 317 B.W., vindt de gerechtelijke vaststelling van diens vaderschap *post mortem* een juridische grondslag in artikel 322 eerste lid B.W.

De vordering kan door het kind of zijn moeder worden ingeleid (zie art. 332*ter* eerste lid B.W.), binnen de dertig jaar na de geboorte van het kind (zie art. 331*ter* B.W.); ze moet ook tegen de – andere – erfgenamen van de overleden echtgenoot worden ingesteld (zie art. 332*quater* eerste lid B.W.). Rekening moet ook worden gehouden met de verzetsmogelijkheid bepaald in artikel 322 eerste lid B.W.

Op het vlak van het bewijs rijst de vraag of de afstammingsband tussen het kind en de overleden echtgenoot in toepassing van artikel 324 eerste lid B.W. kan worden bewezen door het bezit van staat t.a.v. de vermeende vader. Hoewel het element *tractatus* aanwezig is t.a.v. een kind dat na K.I.E. *post mortem* geboren is wanneer de man zijn toestemming gaf tot de aanwending van een procreatietechniek, kan vóór de verwekking nooit sprake zijn van een deugdelijk bezit van staat, aangezien de elementen *nomen* en *fama* alleszins ontbreken. Nu de man nog vóór de geboorte van het kind overleden is, kan er bovendien evenmin sprake zijn van een voortdurend bezit van staat. Het nog niet verwekte kind bestaat juridisch nog niet en beschikt dan ook nog niet over een staat, met als aannemelijk gevolg dat het op dat moment ook nog niet kan genieten van een bezit van staat (N. MASSAGER, "L'influence des techniques de procréation", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, (135) 153-154, nr. 16).
Bij gebreke van bezit van staat kan de afstamming van vaderszijde door alle wettelijke middelen worden bewezen (art. 324 tweede lid B.W.). De resultaten van een deskundigenonderzoek, bevolen o.g.v. artikel 331*octies* B.W., zullen met wetenschappelijke zekerheid het vaderschap van de overleden echtgenoot bewijzen indien het kind na zijn dood met zijn sperma werd verwekt.

In het uiterst uitzonderlijke geval dat de moeder zich, ondanks de – latere – toepassing van K.I.E. *post mortem*, nog tijdens het leven van de echtgenoot – dus in overspel – zou hebben laten bevruchten door een andere man wiens identiteit gekend is, zal diens vaderschap eveneens (behoudens verzet) gerechtelijk kunnen worden vastgesteld o.g.v. artikel 322 eerste lid B.W., aangezien de vaderschapsregel ook in dit geval niet speelt, op voorwaarde dat de verwekker het kind niet heeft erkend.

Opgemerkt moet worden dat het na K.I.E. verwekte kind krachtens artikel 725 tweede lid 1° B.W. erfonbekwaam is t.a.v. de overleden echtgenoot van zijn moeder, nu de verwekking heeft plaatsgevonden na diens overlijden (A. VERBEKE, "Art. 725 B.W.", in M. COENE, W. PINTENS en A. VASTERSAVENDTS (red.), *Erfenissen, schenkingen en testamenten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1991, 11, nr. 17).

(ii) K.I.D. *post mortem*

1207 Indien een weduwe na het overlijden van haar echtgenoot met donorsperma werd bevrucht, kan de biologische vader (donor), evenals elke andere man, het kind erkennen o.g.v. artikel 319 § 1 B.W. mits de nodige toestemming(en), aangezien de vaderschapsregel in de besproken hypothese niet speelt.

1208 Is de identiteit van de donor bekend en weigert hij het kind te erkennen, dan kan zijn vaderschap gerechtelijk worden vastgesteld o.g.v. artikel 322 eerste lid B.W., via een deskundigenonderzoek dat zijn genetisch vaderschap bewijst (art. 324 tweede lid *j°* art. 331*octies* B.W.). Het vaderschap van een andere man zal enkel kunnen worden bewezen o.g.v. bezit van staat (art. 324 eerste lid B.W.). Het vaderschap van de anoniem gebleven spermadonor zal om praktische redenen niet kunnen worden vastgesteld: het feit dat zijn identiteit onbekend is, heeft tot gevolg dat hij nooit gedagvaard zal kunnen worden.

§ 2. Buiten het huwelijk: kunstmatige inseminatie van een vrouw die niet gehuwd is (met de biologische vader)

1209 Indien K.I. werd toegepast bij een vrouw die niet gehuwd is (met de biologische vader), dan kan zij ofwel geïnsemineerd zijn met sperma van haar partner (K.I.P.), ofwel met donorsperma (K.I.D.) (zie hieronder resp. A en B). Voor de vaststelling van de afstamming van vaderszijde moet telkens een onderscheid worden gemaakt naargelang de persoon waarmee men het kind juridisch wil verbinden al dan niet wenst mee te werken aan de vaststelling van zijn afstammingsband met het kind. In het eerste geval moet erkenning worden overwogen; in het tweede geval kan een procedure tot gerechtelijke vaststelling van vaderschap worden gestart.

A. HOMOLOGE KUNSTMATIGE INSEMINATIE (K.I.P.)

1. Erkenning door een man

1210 Wanneer een vrouw kunstmatig is geïnsemineerd met sperma van een partner waarmee zij niet gehuwd is, verschilt deze situatie in niets van de toestand na natuurlijke bevruchting.

– Is de geïnsemineerde vrouw ongehuwd, dan kan haar partner als biologische vader dit kind erkennen o.g.v. artikel 319 § 1 B.W., mits hij de nodige toestemming(en) bekomt. Elke andere man – zonder biologische band met het kind – beschikt over dezelfde mogelijkheid. Van zodra de inseminatie is uitgevoerd kan de erkenning worden geakteerd; ook vóór de geboorte kan een verwekt kind worden erkend (art. 328 tweede lid B.W.).

– Is de geïnsemineerde vrouw gehuwd, maar niet met degene met wiens sperma het kind is verwekt, dan is haar (mannelijke) echtgenoot vader o.g.v. de vaderschapsregel (art. 315 B.W.) en kan het kind slechts door een andere man worden erkend onder de voorwaarden van artikel 320 B.W.

De termijnen bepaald in artikel 320 B.W. verwijzen naar het wettelijk vermoeden aangaande de minimum- en maximumduur van een zwangerschap (resp. 180 en 300 dagen). Dit vermoeden is echter vatbaar voor tegenbewijs (zie art. 326 B.W.). Welnu, bij kunstmatige inseminatie kan het tijdstip van de verwekking in juridische zin exact worden bepaald: het valt samen met het ogenblik waarop de vrouw wordt geïnsemineerd. Daarom zal een verzoek van een andere man dan de echtgenoot van de geïnsemineerde vrouw gegrond moeten worden verklaard door de rechtbank op voorwaarde dat het kind geen bezit van staat heeft t.a.v. de echtgenoot van zijn moeder en indien – bv. via een medisch attest – wordt bewezen dat de K.I. plaatsvond op enig tijdstip
– na de ontbinding of nietigverklaring van het huwelijk van de moeder (art. 320, 1° B.W.);
– na de inleidingszitting bedoeld in artikel 1258 Ger. W. waarna geen procesverbaal van verzoening is opgemaakt, of na een beschikking van de voorzitter zitting houdend in kort geding, waarbij de echtgenoten gemachtigd worden afzonderlijk te verblijven, of na de verklaring bedoeld in artikel 1289 Ger. W. en tegelijk vóór de definitieve afwijzing van de eis of de verzoening van de echtgenoten (art. 320, 2° B.W.);
– na de beschikking van de vrederechter krachtens artikel 223 B.W., waarbij de echtgenoten tot afzonderlijk verblijf werden gemachtigd en tegelijk vóórdat aan deze maatregel een einde is gekomen of de echtgenoten feitelijk herenigd zijn geweest (art. 320, 3° B.W.);
– na de datum van de feitelijke scheiding die gevolgd is door een uitgesproken echtscheiding (art. 320, 4° B.W.).

– Is de partner van de geïnsemineerde vrouw nog gehuwd, dan moet de erkenningsakte ter homologatie worden voorgelegd aan de rechtbank in een procedure waarbij de echtgenoot of echtgenote van de erkenner wordt betrokken (art. 319*bis* B.W.).

1211 Weigert de moeder haar toestemming tot de erkenning, dan vindt overeenkomstig artikel 319 § 3 B.W. een verzoeningspoging plaats voor de vrederechter; zo deze mislukt, komt de zaak voor de rechtbank van eerste aanleg, die in het belang van het kind zal oordelen of de erkenning door een man al dan niet kan plaatshebben, wanneer de moeder niet bewijst dat de verzoeker niet de vader is.

Onder gelding van de leer uit de arresten die het Arbitragehof wees op 21 december 1990 en 8 oktober 1992 kon de erkenning door de partner van de moeder niet worden verhinderd: de rechtbank moest deze erkenning – die conform de biologische werkelijkheid is – toestaan, aangezien de moeder nooit het bewijs kon leveren dat deze aspirant-erkenner niet de biologische

vader van het kind was (zie boven, nr. 352). Uit het arrest dat het Arbitragehof wees op 14 mei 2003 kan echter worden afgeleid dat de rechtbank haar wettelijk bepaalde opportuniteitsoordeel heeft herwonnen en na toestemmingsweigering van de moeder in het belang van het kind oordeelt of de erkenning al dan niet kan plaatsvinden. De gunstiger positie van de biologische vader t.a.v. een man die geen genetische band met het kind heeft is aldus enigszins afgezwakt, al blijft het uiteraard zo dat de rechtbank het verzoek moet afwijzen indien de moeder tijdens het geding ex artikel 319 § 3 B.W. bewijst dat de aspirant-erkenner niet de biologische vader van het kind is, wat onmogelijk zal zijn wanneer het gaat om haar partner wiens sperma is gebruikt.

1212 *De lege lata* impliceert het geven van de toestemming tot K.I. door de partner van de moeder geenszins dat deze man het kind ook erkent.

De lege ferenda is ervoor gepleit om het uitdrukkelijk akkoord van de man om zijn partner via K.I. te bevruchten gelijk te stellen met de erkenning van het vaderschap over het te verwekken kind (P. SENAEVE, "Juridische implicaties van nieuwe ontstaansvormen van menselijk leven", *R.W.* 1985-86, (625) 635, nr. 24).
Een aanwijzing in die zin is ook terug te vinden in principe 14 tweede lid *litt.* b van de ontwerpaanbeveling van het CAHBI (1989) aan het Comité van Ministers van de Raad van Europa, waaruit kan worden afgeleid dat de partner van de moeder zijn "ouderlijke verantwoordelijkheden" niet kan ontlopen indien hij heeft toegestemd tot K.I.D.: "En cas d'utilisation du sperme d'un donneur: (...) lorsque le couple n'est pas marié, le compagnon de la mère qui a donné son consentement ne peut s'opposer à l'établissement de responsabilités parentales à l'égard de l'enfant, sauf s'il prouve que l'enfant n'est pas né de la procréation artificielle".

2. Gerechtelijke vaststelling van vaderschap

1213 Mocht de partner van de geïnsemineerde vrouw met wiens sperma het kind werd verwekt weigeren het kind te erkennen, dan kan zijn vaderschap gerechtelijk worden vastgesteld o.g.v. artikel 322 eerste lid B.W., zo de moeder ongehuwd is, en onder de voorwaarden van artikel 323 *juncto* artikel 320 B.W. indien de geïnsemineerde vrouw gehuwd is met een ander persoon. Het onomstotelijk bewijs van zijn vaderschap zal volgen uit een deskundigenonderzoek (art. 324 tweede lid B.W. *j°* art. 331*octies* B.W.).

B. HETEROLOGE KUNSTMATIGE INSEMINATIE (K.I.D.)

1214 Wanneer een vrouw kunstmatig werd geïnsemineerd met donorsperma van een man met wie zij niet in een partnerrelatie leeft, dan rijst de vraag naar de vaststelling van de afstamming van de donor (biologische vader) of een andere man, in de praktijk meestal de partner van de moeder.

1. Erkenning door een man

a. Erkenning door de donor

1215 Indien de donor de identiteit van het kind kent, dan zou ook hij als biologische vader kunnen overgaan tot erkenning van het met zijn sperma verwekte kind o.g.v. artikel 319 § 1 B.W. of, indien de moeder zich in overspel zou hebben laten bevruchten, onder de voorwaarden van artikel 320 B.W. Zelfs na toestemmingsweigering van de moeder, is zijn positie – merkwaardig

genoeg – theoretisch sterker dan deze van de partner van de moeder die met de K.I.D. heeft ingestemd. Het bewijs van niet-vaderschap van de donor kan immers niet worden geleverd; of zijn erkenning na toestemmingsweigering van de moeder al dan niet kan plaatsvinden is afhankelijk van het oordeel van de rechtbank, die zich moet laten leiden door het belang van het kind (art. 319 § 3 vierde lid B.W.). Indien de donor gehuwd is, moet de erkenningsakte ter homologatie worden voorgelegd, maar de homologatie kan niet verhinderd worden, aangezien het bewijs van niet-vaderschap van de erkenner niet kan worden geleverd (art. 319*bis* B.W.).
In de regel zal de donor niet weten welke vrouw met zijn sperma is geïnsemineerd, zodat een erkenning door de biologische vader van een via K.I.D. verwekt kind eerder zelden zal voorkomen.

b. Erkenning door een andere man

1216 De partner die in concubinaat met de geïnsemineerde vrouw (moeder) samenleeft, zal in de praktijk vaak bereid worden gevonden het kind te erkennen.

– Geeft de moeder haar toestemming tot deze erkenning, vereist door artikel 319 § 3 B.W., dan zijn er geen problemen als haar partner niet gehuwd is: hij kan het kind erkennen o.g.v. artikel 319 § 1 B.W., zonder complicaties. Deze erkenning kan al vóór de geboorte plaatsvinden, maar enkel indien de toepassing van K.I.D. succesvol is gebleken en de vrouw zwanger is: enkel een verwekt kind kan worden erkend (art. 328 tweede lid B.W.; zie boven, nrs. 390-394).
Is de partner van de geïnsemineerde vrouw gehuwd met een ander persoon dan de moeder van het kind, dan moet de erkenning ter homologatie aan de rechtbank worden voorgelegd en wordt de echtgenoot of echtgenote van de verzoeker in het geding betrokken (art. 319*bis* eerste lid B.W.). Hij of zij kan eenvoudig bewijzen dat de erkenner niet de biologische vader is, waarna de rechtbank het verzoek tot homologatie moet afwijzen (art. 319*bis* derde lid B.W.), waardoor de erkenning zonder uitwerking blijft (art. 319*bis* vierde lid B.W.).

In de praktijk zal de echtgeno(o)t(e) van de erkenner lang niet altijd weten dat het erkende kind via K.I.D. werd verwekt of zich om een andere reden niet verzetten tegen de homologatie. In dat geval zal het bewijs van niet-vaderschap van de erkenner wellicht niet worden geleverd, in welk geval de rechtbank de erkenning moet homologeren.

– Weigert de moeder haar toestemming tot de erkenning – bv. nadat het concubinaat met de aspirant-erkenner beëindigd is – en mislukt de verzoeningspoging voor de vrederechter, dan moet de rechtbank van eerste aanleg oordelen over het verzoek tot erkenning. De positie van de (ex-)partner is dan uiterst precair: de moeder van het kind kan eenvoudig bewijzen dat haar (ex-)partner niet de biologische vader van het kind is, nl. door aan te tonen dat het kind via K.I.D. werd verwekt. In dat geval levert zij het bewijs van

niet-vaderschap van de aspirant-erkenner, waarna de rechtbank het verzoek moet afwijzen. Slechts indien de moeder zou nalaten dit bewijs te leveren kan de rechtbank in het belang van het kind oordelen of de erkenning al dan niet kan plaatsvinden (art. 319 § 3 vierde lid B.W.).

1217 De man die uitdrukkelijk of impliciet heeft toegestemd met de kunstmatige inseminatie van zijn partner met donorsperma kan nooit tegen zijn wil tot een erkenning worden gedwongen. De erkenning is en blijft een vrijwillige rechtshandeling.

Volgens sommige auteurs kan de partner van de geïnsemineerde vrouw die uitdrukkelijk tot de K.I.D. heeft toegestemd worden veroordeeld tot het betalen van schadevergoeding (in die zin: X. DIJON, "La filiation paternelle de l'enfant né par insémination artificielle avec donneur", *T.B.B.R.* 1990, (95) 102, nr. 14). De fout zou bestaan in het niet-respecteren van het engagement van de partner om het kind dat geboren zal worden als het zijne te beschouwen. De schade zou bestaan in het verlies van materiële en morele voordelen die verbonden zijn aan het bestaan van een afstammingsband langs vaderszijde (N. MASSAGER, "L'influence des techniques de procréation", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, (135) 182, nr. 44).

De principiële aansprakelijkheid van degene die toegestemd heeft tot medisch begeleide voortplanting en het kind nadien niet erkent is in Frankrijk uitdrukkelijk in de wet opgenomen: "Celui qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu engage sa responsabilité envers la mère et envers l'enfant" (art. 311-20 vierde lid C.c.).

Ons inziens impliceert een toestemming tot K.I.D. naar Belgisch recht echter geen engagement van de partner van de geïnsemineerde vrouw om het na K.I.D. geboren kind als zijn kind te beschouwen, waardoor er geen fout is, zodat de aansprakelijkheid van de partner niet kan worden gegrond op artikel 1382-1383 B.W.; het tegendeel aanvaarden zou neerkomen op een plicht tot erkenning die in ons afstammingsrecht niet bestaat en ook niet nodig is, gelet op het feit dat het vaderschap van de partner gerechtelijk kan worden vastgesteld als zou blijken dat het kind bezit van staat heeft t.a.v. deze man, wat de rechter zal beoordelen.

2. *Gerechtelijke vaststelling van vaderschap*

a. Onderzoek naar het vaderschap van de donor

1218 De vraag of het vaderschap van de spermadonor gerechtelijk kan worden vastgesteld, moet genuanceerd worden beantwoord.

In tegenstelling tot wat geldt in andere landen, bestaat er in het Belgisch afstammingsrecht geen wettelijk verbod tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap van de spermadonor.

Principe 14 derde lid van de ontwerp-aanbeveling van het CAHBI (1989) aan het Comité van Ministers van de Raad van Europa bevat een verbod tot vaststelling van een afstammingsband met de donor van gameten wanneer de techniek in een erkend fertiliteitscentrum werd uitgevoerd: "Lorsque le don de gamètes a été réalisé par l'intermédiaire d'un établissement agréé, aucun lien de filiation entre les donneurs de gamètes et l'enfant conçu par procréation artificielle ne peut être établi. Aucune action à fin alimentaire ne peut être intentée contre le donneur ou par celui-ci contre l'enfant".

In Frankrijk is de onmogelijkheid tot vaststelling van een afstammingsband tussen kind en donor na K.I.D. met zoveel woorden in de wet opgenomen: "En cas de procréation médicalement

assistée avec tiers donneur, aucun lien de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant issu de la procréation" (art. 311-19 eerste lid C.c.).
In Nederland wordt een onderscheid gemaakt tussen het begrip "verwekker", waarmee de man wordt bedoeld die samen met een vrouw het kind op natuurlijke wijze heeft laten ontstaan, en het begrip "biologische vader", waarmee de donor wordt bedoeld. Het vaderschap van de donor kan ook in Nederland niet gerechtelijk worden vastgesteld, nu de gerechtelijke vaststelling van vaderschap slechts kan plaatsvinden o.g.v. het feit dat de man verwekker is van het kind of o.g.v. het daarmee gelijkgesteld geval dat de man met een daad van verwekking heeft ingestemd (art. 1: 207 eerste lid N.B.W.).

De vraag rijst of de invoering van een wettelijke bepaling die in alle hypotheses de vaststelling van de afstamming van de spermadonor verbiedt niet strijdig is met artikel 7.1 van het Internationaal Verdrag voor de Rechten van het Kind (I.V.R.K.), dat het kind vanaf de geboorte het recht geeft om, "voor zover mogelijk, (...) zijn of haar ouders te kennen en door hen te worden verzorgd". Het antwoord zal verschillend zijn naargelang de inhoud die aan het woord "ouders" moet worden gegeven. Wie beweert dat hier de genetische ouders worden bedoeld, zal uiteraard besluiten tot een strijdigheid met artikel 7.1 I.V.R.K. Wie aanvaardt dat deze bepaling de ouders beoogt die door de wet *qualitate qua* worden aangemerkt, zal een wettelijk verbod tot vaststelling van de afstamming daarmee perfect verenigbaar achten. Het voorbehoud "voor zover mogelijk" is wellicht mede ingegeven door de problematiek van de anonimiteit van de donor (J. GERLO, "Het Verdrag inzake de Rechten van het Kind en het Belgisch personen- en familierecht", in X (ed.), *KINDERRECHTENGIDS*, I, Gent, Mys & Breesch, 1998, 1.2, p. 24, nr. 44, voetnoot 55; K. ADRIAENSSENS, "De rechten van het kind", *R.W.* 1991-92, (1108) 1115, nr. 51).

De wettelijke onmogelijkheid om een afstammingsband tot stand te brengen tussen donor en kind is in contradictie met artikel 3 van het binnen de Raad van Europa op 15 oktober 1975 gesloten – maar door België niet ondertekend – Verdrag van Straatsburg betreffende het juridisch statuut van buiten het huwelijk geboren kinderen, hetgeen bepaalt dat de afstamming van vaderszijde van een buitenhuwelijks kind kan worden bewezen of vastgesteld door vrijwillige erkenning of gerechtelijke beslissing.

1219 Er bestaat wel een feitelijk impedimentum dat het onderzoek naar het vaderschap sterk bemoeilijkt, nl. de anonimiteit van de donor, die in ons land wordt beschermd door het beroepsgeheim van de arts, waarvan de schending met correctionele sancties wordt bestraft (art. 458 Sw.).

De meningen zijn verdeeld over de vraag of de arts wel gehouden is omwille van het beroepsgeheim de identiteit van de donor verborgen te houden.

Het antwoord op deze vraag wordt soms gekoppeld aan de problematiek inzake de (on)toelaatbaarheid van overeenkomsten tot spermadonatie. Volgens DIJON zou de arts zich niet op zijn beroepgeheim kunnen steunen om de anonimiteit van de donor te bewaren omdat de overeenkomst tot spermadonatie absoluut nietig is, wegens strijdigheid met het beginsel van de onbeschikbaarheid van de staat van personen (X. DIJON, "La filiation paternelle de l'enfant né par insémination artificielle avec donneur", *T.B.B.R.* 1990, (95) 108, nr. 26; *anders:* H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, in *A.P.R.*, Brussel, E. Story-Scientia, 1991, 179, nr. 373).
Deze cirkelredenering kan niet overtuigen. *De lege lata* bestaat in het Belgisch recht geen enkele regel waarin staat te lezen dat het vaderschap van de donor niet mag worden vastgesteld. De spermadonatie en de daarmee gepaard gaande overeenkomst met de arts is zonder twijfel geldig, zowel bij gehuwde als ongehuwde partners. Uit artikel 318 § 4 B.W. blijkt dat de wetgever de techniek van de K.I.D. op zich zeker niet veroordeelt. Ook de niet-toepasselijkheid van deze bepaling bij ongehuwde koppels is geen afdoend argument om tot de nietigheid van de overeenkomsten tot spermadonatie te besluiten, evenmin als de beginselen inzake de onbeschikbaarheid van het lichaam en de staat van de persoon (H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité*, II/2, 933, nr. 966). Overeenkomsten waarbij een persoon beschikt over bepaalde lichaamsbestanddelen (zoals bv. sperma) – die bovendien gemakkelijk regenereren – leveren geen problemen op vanuit het

oogpunt van de geoorloofdheid van het voorwerp (in dezelfde zin: A. DE BOECK en A. VAN OEVELEN, "De begrenzing van de contractuele vrijheid t.a.v. de beschikkingsmacht over het menselijk lichaam", in X (ed.), *Over zichzelf beschikken. Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Apeldoorn, Maklu, 1996, 344, nr. 71). Het is dan ook niet aangewezen te besluiten tot de nietigheid van de overeenkomst tussen de donor en de arts, met als motivering dat dergelijke overeenkomsten strijdig zijn met de openbare orde.

Wanneer men – terecht – aanvaardt dat de overeenkomst tussen de arts en de spermadonor geldig kan zijn, moet het besluit luiden dat niet alleen het feit van de spermadonatie, maar ook de identiteit van de donor gedekt zijn door de geheimhoudingsplicht van de arts en dat het doorbreken van het anonimaat van de donor een inbreuk op artikel 458 Sw. uitmaakt en niet mogelijk is zonder wetswijziging (H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, in *A.P.R.*, Brussel, E. Story-Scientia, 1991, p. 179, nr. 373; *anders*: X. DIJON, "La filiation paternelle de l'enfant né par insémination artificielle avec donneur", *T.B.B.R.* 1990, (95) 108, nr. 26, voetnoot 40, die – ten onrechte – de toepassing van K.I.D. als een geneeskundige handeling betwijfelt en parallel daarmee ook de gelding van het beroepsgeheim van de geneesheer in deze context in vraag stelt).

Principieel zijn geneesheren gebonden door het beroepsgeheim, maar artikel 458 Sw. voorziet in een uitzondering voor de gevallen "zij geroepen worden om in rechte of voor een parlementaire onderzoekscommissie getuigenis af te leggen en buiten het geval dat de wet hen verplicht die geheimen bekend te maken".

De arts die verzocht wordt voor de rechtbank te getuigen bevindt zich dus in een schizofrene situatie. Enerzijds heeft hij het recht te zwijgen, dat kan worden afgeleid uit artikel 929 Ger. W. Luidens deze algemene bepaling wordt het beroepsgeheim beschouwd als een wettige reden om te worden ontslagen van het afleggen van de eed of het getuigenis. Anderzijds is er ook de specifiekere bepaling van artikel 458 Sw. die hem straffeloosheid garandeert als hij beslist te spreken. Aangezien artikel 458 Sw. niet verwijst naar artikel 929 Ger. W. zou daaruit kunnen worden afgeleid dat de arts gehouden is te spreken wanneer hij opgeroepen wordt in rechte te getuigen. In de praktijk beslist de arts echter zelf of hij het opportuun acht te getuigen. De bodemrechters kunnen steeds verifiëren of de geneesheer die zwijgt het beroepsgeheim niet van zijn doel afwendt (Cass. 29 oktober 1991, *Arr. Cass.* 1991-92, 197 en *Pas.* 1992, I, 162; Cass. 23 september 1986, *Arr. Cass.* 1986-87, 96 en *Pas.* 1987, I, 89).

In het geval dat een arts die de K.I.D. heeft mogelijk gemaakt wordt opgeroepen om te getuigen in een procedure die gericht is op de vaststelling van het vaderschap van de donor heeft hij de keuze om al dan niet de identiteit van de donor te onthullen. Als hij beslist te spreken, dan kan geen enkele strafsanctie tegen hem worden uitgesproken; als hij beslist te zwijgen, dan kan niemand hem dwingen te getuigen, zelfs al is hij ontheven van zijn geheimhoudingsplicht (H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, in *A.P.R.*, Brussel, E. Story-Scientia, 1991, 399-400, nrs. 928-930).

Indien de identiteit van de donor gekend zou zijn, wordt het praktisch mogelijk hem te dagvaarden en kan zijn vaderschap worden bewezen o.g.v. bezit van staat (art. 324 eerste lid B.W.) of, bij gebrek daaraan, door via alle wettelijke middelen (zie art. 324 tweede lid B.W.), bv. na een deskundigenonderzoek, bevolen o.g.v. artikel 331*octies* B.W., aan te tonen dat hij de biologische vader van het kind is.

Er kan onmogelijk worden verdedigd dat de donor gedurende het wettelijk tijdvak van de verwekking met de moeder "gemeenschap" heeft gehad in de zin van artikel 324 derde lid B.W., zodat het daarin bepaalde wettelijk vermoeden in deze context niet dienend is.

1220 Een eventuele voorafgaande overeenkomst tussen de moeder en een bekende donor waarin staat dat de spermadonatie niet mag leiden tot de vaststelling van het vaderschap is volkomen waardeloos. Van het vorderingsrecht inzake afstamming kan immers niet worden afgezien (art. 331*quater* B.W.). De moeder kan in eigen naam een vordering tot gerechtelijke vaststelling van vaderschap inleiden, zonder dat dergelijke overeenkomst haar kan worden tegengeworpen. Hetzelfde geldt *a fortiori* voor het kind (art. 332*ter* eerste lid B.W.) (in dezelfde zin: A. HEYVAERT, "De nieuwe procreatietechnieken en de Afstammingswet van 31 maart 1987, *Vl. T. Gez.* 1988, (227) 239, nr. 28, die het elementair acht dat de geneesheer de betrokkenen hierop wijst). Ons inziens kan ook de spermadonor zelf deze vordering tot onderzoek naar zijn eigen vaderschap inleiden, maar hij zal dan wellicht stuiten op het verzet van de moeder (art. 322 eerste lid B.W.).

b. Onderzoek naar het vaderschap van een andere man

1221 Weigert de (ex-)partner van de moeder over te gaan tot erkenning, dan kan een onderzoek naar zijn vaderschap worden overwogen. Indien de geïnsemineerde vrouw niet gehuwd is, vindt de gerechtelijke vaststelling van vaderschap een juridische grondslag in artikel 322 eerste lid B.W.; mocht het kind onder de toepassing van de vaderschapsregel vallen, dan kan het vaderschap van een andere man dan haar echtgenoot worden vastgesteld onder de voorwaarden van artikel 323 B.W. en in de gevallen opgesomd in artikel 320 B.W.

Wat het bewijs betreft, zal een deskundigenonderzoek nutteloos zijn ter staving van de vordering: de (ex-)partner van de geïnsemineerde vrouw is niet de biologische vader van het kind dat via K.I.D. werd verwekt. Het primair bewijsmiddel inzake de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap is echter het bezit van staat ten aanzien van de vermeende vader (art. 324 eerste lid B.W.). Wanneer een man weigert het kind te erkennen, lijkt het weinig waarschijnlijk dat hij zich na de geboorte dusdanig gedraagt dat er sprake kan zijn van een bezit van staat. Wanneer hij echter heeft toegestemd tot de K.I.D. van zijn partner, rijst nochtans de vraag of prenataal bezit van staat niet kan leiden tot de vaststelling van het vaderschap.

Het gedrag van de partner van de geïnsemineerde vrouw vóór de geboorte en zelfs nog vóór de zwangerschap zou in aanmerking kunnen worden genomen om te bewijzen dat het zijn intentie was het kind als het zijne te behandelen (*tractatus*) en het als dusdanig voor te stellen in de ogen van zijn omgeving en de gemeenschap (*fama*). Zijn houding vóór de zwangerschap kan al blijk geven van de wil om vader van het kind te zijn. Die wil kan zich op de meest diverse manieren uiten, bv. in de aankondiging aan de buitenwereld in te stappen in een inseminatieprogramma, het vergezellen van de te insemineren vrouw, het ten laste nemen van de medische kosten daaraan verbonden enz. (in die zin: N. MASSAGER, "L'influence des techniques de procréation", in X (ed.),

10 années d'application du nouveau droit de la filiation, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, (135) 183-184, nr. 45).

Daartegen kan worden opgeworpen dat de indiciën die zouden kunnen wijzen op bezit van staat slechts relevant kunnen zijn vanaf het ogenblik van de verwekking, omdat het – nog niet verwekte – kind geen juridisch statuut heeft in het burgerlijk recht, waardoor er ook geen bezit van staat kan zijn.

Aangezien de vordering tot onderzoek naar het vaderschap slechts kan worden ingesteld indien het kind levend en levensvatbaar is geboren (zie art. 331*bis* B.W.), volgt het oordeel van de rechtbank of het kind al dan niet bezit van staat heeft pas na de geboorte. Ons inziens kan de rechtbank in haar beoordeling het gedrag van de verweerder vóór de verwekking in aanmerking nemen – o.m. zijn toestemming tot K.I.D. –, maar moet de wil om als vader te fungeren ook na de succesvolle inseminatie aantoonbaar volgehouden zijn gedurende (minstens een periode van) de zwangerschap. De toestemming tot K.I.D. door de partner van de geïnsemineerde vrouw is, op zichzelf, *de lege lata* alleszins onvoldoende om te besluiten dat het kind bezit van staat heeft t.a.v. deze man en op die grond zijn vaderschap gerechtelijk vast te stellen.

Het Belgisch recht is op dit punt liberaler dan principe 10 tweede lid van het "Witboek" CJ-FA (2002), hetgeen bepaalt dat de partner van de moeder – evenmin als haar echtgenoot – zich niet kan verzetten tegen de gerechtelijke vaststelling van zijn vaderschap wanneer hij zijn toestemming tot de medische begeleide voortplantingsbehandeling heeft gegeven, behalve indien voor de rechter wordt bewezen dat het kind niet geboren is ten gevolge van de behandeling waarin werd toegestemd: "Le mari ou compagnon de la mère qui a donné son consentement au traitement ne peut s'opposer à l'établissement de sa paternité, sauf si le juge établit que l'enfant n'a pas été conçu grâce au traitement auquel il a consenti".

In Frankrijk heeft de moeder de keuze: zij kan ofwel schadevergoeding vorderen van de man die heeft toegestemd tot de K.I.D. en het kind niet wil erkennen (zie boven, art. 311-20 vierde lid C.c.), ofwel diens vaderschap gerechtelijk laten vaststellen: "En outre, est judiciairement déclarée la paternité hors mariage de celui qui, après avoir consenti à l'assistance médicale à la procréation, ne reconnaît pas l'enfant qui en est issu. L'action obéit aux dispositions des articles 340-2 à 340-6" (art. 311-20 vijfde lid C.c.).

C. KUNSTMATIGE INSEMINATIE *POST MORTEM*

1222 Wanneer een vrouw werd geïnsemineerd met sperma van een man met wie zij niet gehuwd is (haar partner of een donor) en de K.I. plaatsvond na de dood van die man, is de situatie identiek als bij K.I. *post mortem* met sperma van de (overleden) echtgenoot van de geïnsemineerde vrouw, in het geval dat het kind werd geboren meer dan 300 dagen na het overlijden van de echtgenoot (zie boven, nrs. 1201-1208).

AFDELING II

BETWISTING VAN DE AFSTAMMING

§ 1. Betwisting van het vaderschap van de echtgenoot

A. ONTVANKELIJKHEIDSVEREISTEN

1. Een levensvatbaar geboren kind (art. 331bis B.W.)

1223 Artikel 331*bis* B.W. bepaalt dat rechtsvorderingen met betrekking tot de afstamming niet ontvankelijk zijn indien het kind niet levensvatbaar geboren is.

Een meerderheidsstrekking in rechtspraak en rechtsleer aanvaardt dat dit gemeenrechtelijk ontvankelijkheidsvereiste ook van toepassing is op vorderingen tot rechtstreekse betwisting van het vaderschap van de echtgenoot o.g.v. artikel 318 B.W., met als gevolg dat de vordering tot betwisting die wordt ingeleid vóór de geboorte niet ontvankelijk is (zie boven, nr. 871).

2. Geen toestemming van de echtgenoot tot kunstmatige inseminatie of tot een andere daad die de voortplanting tot doel had (art. 318 § 4 B.W.)

1224 De vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot – door tegenbewijs of op eenvoudige verklaring – is luidens artikel 318 § 4 B.W. niet ontvankelijk wanneer de echtgenoot toestemming heeft gegeven tot kunstmatige inseminatie of tot een andere daad die de voortplanting tot doel had, tenzij de verwekking van het kind niet het gevolg kan zijn van die handeling.

Het Nederlands recht kent een gelijkaardige bepaling, die evenwel ruimer is geformuleerd: de vader of de moeder kunnen het vaderschap van de echtgenoot niet ontkennen, "indien de man heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad" (art. 1:200 derde lid N.B.W.).

In Frankrijk geldt een soortgelijk artikel: "Le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action en contestation de filiation ou en réclamation d'état à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée ou que le consentement a été privé d'effet" (art. 311-20 tweede lid C.c.).

Artikel 318 § 4 B.W. is innovatief t.o.v. het vroegere recht. Vóór de inwerkingtreding van de Afstammingswet kon de gehuwde man het kind "ontkennen" indien hij binnen het wettelijk tijdvak van de verwekking door verwijdering of ten gevolge van enig ongeval in de natuurlijke onmogelijkheid was met zijn vrouw gemeenschap te hebben (art. 312 tweede lid (oud) B.W.). De Belgische rechtspraak stelde de fysische onmogelijkheid tot geslachtsgemeenschap gelijk met de onmogelijkheid tot het verwekken van een kind. Het was in principe niet uitgesloten dat de echtgenoot van de moeder zijn vaderschap over het kind ontkende, ook al had hij voorheen toegestemd tot K.I.D. Omwille van de onbeschikbaarheid van de staat van personen werd aanvaard dat de echtgenoot niet rechtsgeldig afstand kon doen van zijn recht een vordering van staat tot ontkenning van zijn vaderschap in te stellen. Het kader waarin een dergelijke ontkenning van

vaderschap besloten lag was echter beperkt, zodat de kansen op een succesvolle betwisting voor de echtgenoot vrij miniem waren (P. SENAEVE, "Juridische implicaties van nieuwe ontstaansvormen van menselijk leven", *R.W.* 1985-86, (626) 634, nr. 21; vgl. M.-F. LAMPE, "Procréation assistée - Problèmes éthiques et juridiques liés au sort de l'embryon - Statut de l'enfant à naître", *Rev. trim. dr. fam.* 1986, (129) 165, nr. 23, d-1)).

a. Toepassingsvoorwaarden voor artikel 318 § 4 B.W.

1225 Hieronder wordt geanalyseerd welke voorwaarden vervuld moeten zijn om in een concreet geval artikel 318 § 4 B.W. te kunnen toepassen, met als gevolg dat de vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot onontvankelijk moet worden bevonden.

(i) Huwelijk van de moeder

1226 Aangezien de wet spreekt over "de echtgenoot", moet de moeder van het kind gehuwd zijn met de man die zijn toestemming gaf tot K.I. of een andere daad die de voortplanting tot doel had.

1227 De vraag rijst of de betrokken man reeds echtgenoot moet zijn op het ogenblik dat hij zijn toestemming geeft, dan wel of zijn toestemming vóór het huwelijk al voldoende is om tot de onontvankelijkheid van de vordering tot betwisting van zijn vaderschap te kunnen besluiten.
Een strikte, tekstuele interpretatie van artikel 318 § 4 B.W. kan een argument voor de eerste stelling vormen.
Toch is het o.g.v. de geest van de wet moeilijk aanvaardbaar dat het vaderschap van de (latere) echtgenoot betwistbaar zou zijn wanneer bewezen wordt dat hij zijn toestemming al vóór het huwelijk heeft gegeven. De wetgever had duidelijk de bedoeling om gevolgen te koppelen aan de intentie van de echtgenoot om nog vóór de verwekking uitdrukkelijk duidelijk te maken dat het kind als het zijne moest worden beschouwd.
Daarom moet worden aangenomen dat de vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot onontvankelijk is, ook al heeft de echtgenoot al vóór het huwelijk toegestemd tot K.I. of een andere daad die de voortplanting tot doel had (in dezelfde zin: G. MAHIEU en D. PIRE, *Droit des personnes. La filiation*, in *Rép. not.*, Brussel, Larcier, 1999, 78, nr. 58; N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Brussel, Bruylant, 1997, 590, nr. 277; N. MASSAGER, "L'influence des techniques de procréation médicalement assistée sur la filiation de l'enfant à naître", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, 164, nr. 28; vgl. M.-F. LAMPE, "Procréation assistée - Problèmes éthiques et juridiques liés au sort de l'embryon - Statut de l'enfant à naître", *Rev. trim. dr. fam.* 1986, (129) 165, nr. 23, d-1), die in artikel 318 § 4 B.W., o.i. ten onrechte, een prenataal – of misschien exacter: "preconceptief" – bezit van staat t.o.v. de (latere) echtgenoot ontwaart).

(ii) Kunstmatige inseminatie of een andere daad die de voortplanting tot doel had

1228 De toestemming van de echtgenoot bedoeld in artikel 318 § 4 B.W. is deze tot "kunstmatige inseminatie of een andere daad die de voortplanting tot doel had".
Deze bepaling is dus niet alleen van toepassing in geval van kunstmatige inseminatie (K.I.) – waarbij een zaadcel op artificiële wijze in contact wordt gebracht met een eicel en de bevruchting van de eicel zal plaatsvinden in het lichaam van een vrouw – maar ook op andere voortplantingstechnieken (P. SENAEVE, "Juridische implicaties van nieuwe ontstaansvormen van menselijk leven", *R.W.* 1985-86, (625) 635, nr. 22.b) zoals invitrofertilisatie (I.V.F.) met embryotransfer (E.T.) en aanverwante technieken zoals Z.I.F.T., G.I.F.T. en I.C.S.I. Al deze procreatietechnieken worden in een volgend hoofdstuk omschreven (zie verder, nrs. 1243-1246).
Artikel 318 § 4 B.W. is ook toepasselijk binnen de context van draagmoederschap, ongeacht het feit of de draagmoeder op natuurlijke of artificiële wijze werd bevrucht met semen van een andere man dan de echtgenoot (N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Brussel, Bruylant, 1997, 950, nr. 417; N. MASSAGER, "L'influence des techniques de procréation médicalement assistée sur la filiation de l'enfant à naître", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, 232, nr. 89).
Uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat de wetgever ook de toestemming van de echtgenoot tot geslachtsbetrekkingen met het oog op zwangerschap bedoelde (M.v.T. bij wetsontwerp-VAN ELSLANDE, *Parl. St.* Senaat 1977-78, nr. 305/1, 12).

1229 De bewezen toestemming moet de voortplanting tot doel hebben of m.a.w. procreatiegericht zijn. Dit laatste blijkt uit de feiten zelf wanneer het om K.I. of om de aanwending van andere artificiële procreatietechnieken gaat.

Een procreatiegerichte toestemming kan ook ingegeven zijn door andere motieven dan de wil van een man om zich samen met zijn echtgenote voort te planten en zelf het vaderschap op te nemen. Zo is de situatie denkbaar dat in een reeds ontwricht huwelijk de echtgenoot toestemt tot K.I. wanneer zijn echtgenote en haar minnaar fertiliteitsproblemen kennen. In die hypothese heeft de echtgenoot niet de intentie een vaderrol te vervullen; desalniettemin is hij o.g.v. artikel 315 B.W. de juridische vader van het kind en is de betwisting van zijn vaderschap volgens de letter van de wet ontoelaatbaar (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 318 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 6-7, nrs. 7-8).

Daar waar de toestemming tot kunstmatige procreatietechnieken per definitie de bedoeling tot voortplanting in zich draagt, is dit niet steeds het geval voor de toestemming tot geslachtsbetrekkingen met een derde. Wanneer de echt-

genoot heeft toegestemd tot de geslachtsgemeenschap van zijn vrouw met een andere man (bv. in geval van partnerruil) kunnen vragen rijzen aangaande de (on)ontvankelijkheid van de betwistingsvordering.

Er moet worden aangenomen dat het betwistingsrecht niet vervalt wanneer de man er wel mee heeft ingestemd dat zijn vrouw met een derde (overspelige) geslachtsbetrekkingen onderhield, maar niet expliciet toestemming gaf tot haar zwangerschap.

In die zin: M.v.T. bij wetsontwerp-VAN ELSLANDE, *Parl. St.* Senaat 1977-78, nr. 305/1, 12; *anders*: de mening van één lid van de senaatscommissie (zie Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 55 en het Nederlandse recht: vgl. art. 1:200 derde lid N.B.W., dat spreekt over een daad die de verwekking van het kind "tot gevolg kan hebben gehad". De Nederlandse doctrine lijkt enkel een causaal verband tussen de toestemming van de echtgenoot en de verwekking van het kind te vereisen. De toestemming tot seksueel verkeer – ook zonder procreatieve motieven – volstaat in Nederland om de betwistingsvordering onontvankelijk te verklaren, zie P. VLAARDINGERBROEK, "Art. 200 N.W.B.", in S.F.M. WORTMANN (red.), *Personen- en familierecht*, z.pl., Kluwer, 1999, p. 12, nr. 4).

Samengevat moet het doel van de toestemming van de echtgenoot de voortplanting, m.a.w. een zwangerschap van zijn echtgenote zijn, ongeacht of de echtgenoot ten tijde van zijn toestemming al dan niet de intentie had om zelf de vaderrol te vervullen. Werd de toestemming met een ander motief dan procreatie gegeven (bv. in het raam van partnerruil), dan blijft de betwistingsvordering naar Belgisch recht toelaatbaar. De motieven van de vrouw om geslachtsbetrekkingen met een derde te onderhouden zijn terzake niet relevant; de procreatiegerichte toestemming van haar echtgenoot volstaat om de betwistingsvordering ontoelaatbaar te maken.

In het – zeer uitzonderlijke – geval dat de man schriftelijk zou hebben toegestemd in de procreatiegerichte geslachtsgemeenschap van zijn echtgenote met een andere man, kan die toestemming ons inziens niet terzijde worden geschoven omwille van het feit dat ze strijdig zou zijn met de openbare orde; in die situatie blijft de vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot onontvankelijk.

De plicht tot getrouwheid (art. 213 B.W.) is een essentiële huwelijksverplichting, maar de rechtsgevolgen van de toestemming van een echtgenoot tot geslachtsbetrekkingen van zijn mede-echtgenoot met een derde kunnen niet worden afgeweerd o.g.v. het argument dat de daad die het voorwerp is van die toestemming strijdig is met de openbare orde, zeker nu het Hof van Cassatie de (schending van de) getrouwheidsverplichting beoordeelt in de optiek van de "vrijwaring van individuele rechten en vrijheden, ook al zouden die niet van fundamentele aard zijn" (Cass. 29 januari 1999, *Arr. Cass.* 1999, 107 en *Pas.* 1999, I, 111).

(iii) Bewezen toestemming van de echtgenoot

1230 De toestemming van de echtgenoot tot K.I. of tot een andere daad die de voortplanting tot doel had moet worden bewezen. Het antwoord op de vraag of de toestemming van de echtgenoot al dan niet bewezen is, is determinerend voor de (on)ontvankelijkheid van de ingestelde betwistingsvorde-

ring. Het onaanvaardbare van de vordering is immers gebaseerd op het feit dat de echtgenoot met de daad heeft ingestemd (Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 56).

1231 Vermits het om een grond van onontvankelijkheid gaat, ligt de bewijslast i.v.m. de toestemming van de echtgenoot bij de verwerende partij in het betwistingsgeding. Aangezien het afstammingsrecht de openbare orde raakt, kan deze onontvankelijkheidsgrond ook worden opgeworpen door het Openbaar Ministerie en zelfs ambtshalve door de rechtbank, mocht de toestemming van de echtgenoot uit elementen van het dossier blijken (P. SENAEVE, "De afstamming langs vaderszijde binnen het huwelijk", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, 83, nr. 80).

1232 De Belgische wetgever heeft weinig aandacht besteed aan de bewijsproblematiek m.b.t. de toestemming tot K.I. of tot een andere daad die de voortplanting tot doel had. Zo is in de wet niet concreet bepaald onder welke vorm de toestemming moet worden gegeven. Evenmin zijn mogelijkheden tot herroeping van de toestemming in de wet opgenomen.

In Frankrijk is dit wel het geval: het Franse recht vereist dat de echtgenoten hun toestemming tot K.I.D. laten optekenen voor een rechter of een notaris, die hen informeert over de gevolgen van hun daden met betrekking tot de afstamming van het kind dat na aanwending van deze techniek zal geboren worden: "Les époux ou les concubins qui, pour procréer, recourent à une assistance médicale nécessitant l'intervention d'un tiers donneur, doivent préalablement donner, dans les conditions garantissant le secret, leur consentement au juge ou au notaire, qui les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation" (art. 311-20 eerste lid C.c.).
De Franse wetgeving bepaalt ook een aantal gevallen en modaliteiten waarin de toestemming tot een medisch begeleide voortplantingstechniek respectievelijk automatisch en vrijwillig vervalt of kan worden herroepen: "Le consentement est privé d'effet en cas de décès, de dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou de cessation de la communauté de vie, survenant avant la réalisation de la procréation médicalement assistée. Il est également privé d'effet lorsque l'homme ou la femme le révoque, par écrit et avant la réalisation de la procréation médicalement assistée, auprès du médecin chargé de mettre en œuvre cette assistance" (art. 311-20 derde lid C.c.).

Hoewel in de doctrine is gesteld dat een schriftelijke toestemming onontbeerlijk zou zijn (M.-Th. MEULDERS-KLEIN, "Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées", *Rev. trim. dr. civ.* 1988, (645) 651) vereist geen enkele wettelijke bepaling *de lege lata* dat de echtgenoot schriftelijk toestemt (N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Brussel, Bruylant, 1997, p. 591, nr. 277; N. MASSAGER, "L'influence des techniques de procréation médicalement assistée sur la filiation de l'enfant à naître", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, (135) 165, nr. 29 *in fine*).

Tijdens de parlementaire voorbereiding van de Afstammingswet is voorgesteld een schriftelijk bewijs van de toestemming van de echtgenoot – in de vorm van een verklaring – te vereisen, maar een dergelijke verplichting is niet in de wettekst opgenomen. Deze idee stuitte op verzet "omdat dergelijke verklaring indruist tegen de geheimhouding die bij kunstmatige inseminatie moet worden in acht genomen" (Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 56; voor een gefundeerde kritiek op deze *ratio*, zie N. MASSAGER, "L'influence des techniques de procréa-

tion médicalement assistée sur la filiation de l'enfant à naître", p. 165-166, nr. 29, die vormvereisten i.v.m. de toestemming niet onverenigbaar acht met garanties tot discretie en meent dat een zeker formalisme ook in het belang van het kind kan zijn, nu een bewezen toestemming de vastgestelde afstamming langs vaderszijde behoedt voor betwisting. Voor voorstellen *de lege ferenda*, zie N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Brussel, Bruylant, 1997, p. 591-594). Tevens werd gesteld dat "de regelen van het gemeen recht ter zake van toepassing [zijn]. Daarom werd het als overbodig geacht te vermelden dat het bewijs wordt geleverd door alle wettelijke middelen" (Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 56-57).

1233 De vraag of de echtgenoot al dan niet tot de K.I. heeft toegestemd en de bewijsproblemen die daarmee gepaard gaan, stonden centraal in de eerste gepubliceerde rechterlijke uitspraak i.v.m. artikel 318 § 4 B.W.

Uit het feitenrelaas kunnen de volgende relevante elementen weerhouden worden. Twee echtgenoten leven – naar eigen zeggen – in goede verstandhouding samen en hebben drie kinderen die uit hun huwelijk geboren zijn. De vrouw wenste een kind van een andere man te dragen, maar haar echtgenoot is die beslissing nooit genegen geweest. Desondanks heeft de vrouw zich kunstmatig laten insemineren met het sperma van een vriend die zij al jarenlang kende en die zij wilde helpen in zijn verlangen om een kind te realiseren. Haar echtgenoot was van mening dat de weerslag van die beslissing op het huwelijks gezin werd onderschat en drong er van bij het begin van de zwangerschap op aan dat de positie van partijen duidelijk zou worden vastgelegd. Na de K.I., maar vóór de geboorte, werd dan ook een notariële akte opgemaakt waarin werd gestipuleerd dat de bevruchting van de vrouw artificieel gebeurde met zaadcellen van een donor wiens naam ook werd vermeld. In de akte verklaarden alle partijen dat het hun onderlinge afspraak en bedoeling is dat het kind na de geboorte ten volle zou worden geadopteerd door *de nominatim* genoemde man die zijn sperma ter beschikking stelde. De moeder en haar echtgenoot verleenden in die notariële akte hun uitdrukkelijke toestemming tot een dergelijke adoptie door de biologische vader, onder opschortende voorwaarde van de geboorte. De echtgenoot gaf te kennen niet in de adoptieprocedure betrokken te willen worden. Omdat hij ook niet door het leven wenste te gaan als juridische vader van het kind dat via K.I. met donorsperma bij zijn echtgenote werd verwekt, betwistte hij zijn vaderschap voor de Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent.
De echtgenoot achtte zijn toestemming tot de K.I. niet bewezen. De moeder deelde die mening en stelde dat het feit dat de positie van de partijen werd vastgelegd in een notariële akte niet kan gelezen worden als een toestemming van haar echtgenoot met de K.I. zelf. De voogd *ad hoc* wierp daarentegen op dat de toestemming tot het draagmoederschap de toestemming tot K.I. impliceert. Het parket vroeg aan de partijen om de arts die de K.I. toepaste een attest te vragen dat er geen schriftelijk akkoord tot K.I. aan de echtgenoot gevraagd werd, met vermelding van de reden. Een dergelijk attest kon echter niet worden verkregen.

De Rechtbank van Eerste Aanleg te Gent volgde de draagmoeder en haar echtgenoot en oordeelde dat een notariële akte die na de inseminatie maar vóór de geboorte was opgesteld enkel de bevestiging bevat dat het kind in geen geval zou worden opgevoed in het gezin van de moeder en haar echtgenoot. De toestemming tot K.I. werd niet bewezen geacht, waardoor de betwistingsvordering ontvankelijk werd bevonden; op basis van een deskundigenonderzoek waaruit bleek dat de echtgenoot niet de biologische vader was, werd de vordering gegrond verklaard (Rb. Gent 31 mei 2001, *T.B.B.R.* 2002, 27, noot G. VERSCHELDEN en *T.G.R.* 2002, 89).

Voor een kritische evaluatie van dit vonnis vanuit diverse perspectieven kan worden verwezen naar G. VERSCHELDEN, "De betwisting van het vaderschap van de echtgenoot na kunstmatige inseminatie", (noot onder Rb. Gent 31 mei 2001), *T.B.B.R.* 2002, (29) 34-36, nrs. 25-29.

1234 De toestemming bedoeld in artikel 318 § 4 B.W. is een eenzijdige rechtshandeling. De doorvoor vereiste wilsgeschiktheid in hoofde van de echtgenoot moet niet alleen betrekking hebben op de voortplantingsdaad, maar ook op de draagwijdte en de gevolgen van die beslissing. Op de toestemming tot een daad die de voortplanting tot doel heeft zijn de klassieke wilsgebreken toepasbaar; de eventuele nietigverklaring van de toestemming heeft enkel tot gevolg dat de onontvankelijkheidsgrond voor het instellen van de vordering verdwijnt; ze heeft geen enkele invloed op de gegrondheid van de betwistingsvordering (in die zin: F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het Burgerlijk Recht*, Antwerpen-Groningen, Intersentia, 2001, 707-708, nrs. 911-912).

(iv) Uitzondering

1235 Ook al werd de toestemming van de echtgenoot van de moeder tot K.I. of tot een andere daad die de voortplanting tot doel heeft door de rechtbank bewezen geacht, het betwistingsrecht blijft onaangetast wanneer de verwekking van het kind niet het gevolg kan zijn van de kunstmatige inseminatie of een andere daad die de voortplanting tot doel had (art. 318 § 4 *in fine* B.W.).

Deze uitzondering wijkt af van principe 14 tweede lid van de ontwerp-aanbeveling van het CAHBI (1989) aan het Comité van Ministers van de Raad van Europa, waarin het verbod voor de echtgenoot die tot K.I.D. heeft toegestemd om zijn vaderschap te betwisten op absolute wijze is geformuleerd: "En cas d'utilisation du sperme du donneur: son mari est considéré comme le père légitime et, s'il a consenti à la procréation artificielle, celui-ci ne peut pas contester la légitimité de l'enfant sur le fondement de la procréation artificielle" (principe 14 tweede lid *litt.* a). Enkel aan de ongehuwde partner van de moeder wordt ruimte gelaten voor een betwisting op andere gronden dan de artificiële procreatie: "(...) lorsque le couple n'est pas marié, le compagnon de la mère qui a donné son consentement ne peut s'opposer à l'établissement de responsabilités parentales à l'égard de l'enfant, sauf s'il prouve que l'enfant n'est pas né de la procréation artificielle (principe 14 tweede lid *litt.* b).

De Belgische wetgeving is wel in overeenstemming met principe 11 tweede lid *litt.* b van het latere "Witboek" CJ-FA (2002) van de Raad van Europa over de principes i.v.m. de vaststelling en de juridische gevolgen van een afstammingsband: "La filiation paternelle peut être contestée pour les motifs suivants: (...) en cas d'assistance médicale à la procréation:
– le père a consenti à l'assistance médicale à la procréation mais l'enfant n'est pas né grâce à ce traitement;
– le père a consenti à l'assistance médicale à la procréation en ayant recours à son sperme, mais le sperme d'un tiers a été utilisé; (...)".

1236 Met artikel 318 § 4 *in fine* B.W. kunnen mogelijke misbruiken van de vrouw worden voorkomen (Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 56). Zij zou zich bv. na overeengekomen K.I.D. in overspel kunnen laten bevruchten door een gekende man, zonder medeweten van haar echtgenoot of in elk geval zonder dat hij tot die geslachtsgemeenschap heeft toegestemd. Het zou bijzonder onbillijk zijn mocht de vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot ook in dat geval ontoelaatbaar worden geacht; de echtgenoot behoudt in deze hypothese zijn vorderingsrecht (P. SENAEVE, "De afstamming langs vaderszijde binnen het huwelijk", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987,

82, nr. 79; X. DIJON, "La filiation paternelle de l'enfant né par insémination artificielle avec donneur", *T.B.B.R.* 1990, (95) 96, nr. 3).

Ook indien een gehuwde vrouw kunstmatig werd geïnsemineerd op een andere wijze dan deze waartoe haar echtgenoot heeft toegestemd (bv. via K.I.D. na een toestemming tot K.I.E.), moet worden aangenomen dat het betwistingsrecht onaangetast blijft.

1237 Artikel 318 § 4 B.W. betreft de (on)ontvankelijkheid van de vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot. Het bewijs dat de verwekking van het kind niet het gevolg kan zijn van de K.I. of een andere daad die de voortplanting tot doel had waartoe de echtgenoot had toegestemd (art. 318 § 4 *in fine* B.W.) heeft echter niet alleen tot gevolg dat de betwistingsvordering ontvankelijk wordt (blijft), maar is ook relevant met het oog op de gegrondheid van de vordering. In dat verband moet worden opgemerkt dat het vaderschap van de echtgenoot niet door alle personen die titularis zijn van het betwistingsrecht op even eenvoudige wijze zal kunnen worden betwist.

Illustratief is de situatie waarin de vrouw zich parallel aan pogingen tot K.I.D. waartoe haar echtgenoot heeft toegestemd – tegen diens wil in – in overspel heeft laten bevruchten.

De overspelige vrouw die als moeder van het kind het vaderschap van haar echtgenoot wil betwisten kent – wellicht – de identiteit van haar minnaar die het kind heeft verwekt. In dat geval kan zij door alle wettelijke middelen bewijzen dat deze man de vader is van het overspelig kind *a matre*. Het is dan aan de verwerende partij(en) in het geding tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot om te bewijzen dat de echtgenoot tot deze geslachtsgemeenschap heeft toegestemd. Ontbreekt dit bewijs, dan is de vordering van de moeder niet alleen ontvankelijk, maar zal ze ook meteen gegrond worden bevonden.
Toch zal deze procedure tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot niet altijd probleemloos verlopen. Vooreerst moet de minnaar van de moeder in dergelijke procedure niet in het geding worden geroepen (vgl. art. 332 zesde lid B.W.), zodat een afzonderlijke dagvaarding noodzakelijk zal zijn bij gebrek aan vrijwillige verschijning.
Bovendien kan de minnaar weigeren een deskundigenonderzoek te ondergaan. Op dat moment rijst de vraag welke gevolgen aan zijn weigering moeten worden gekoppeld. Eerder werd al verdedigd dat, naar analogie met de cassatierechtspraak i.v.m. dergelijke weigering in het raam van een vordering tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap, mag worden aangenomen dat de rechter uit de weigering van de vermeende verwekker zonder rechtmatige reden een feitelijk vermoeden mag afleiden en – in combinatie met andere elementen van het dossier die eveneens wijzen op het niet-vaderschap van de echtgenoot – de betwistingsvordering gegrond mag verklaren (zie boven, nr. 830).
Deze oplossing vermijdt collusie en kan tegelijk verhinderen dat een beroep wordt gedaan op een derde die de functie van denkbeeldige minnaar vervult. Wanneer deze pseudo-minnaar zou weigeren een deskundigenonderzoek te ondergaan, loopt hij immers zelf het risico dat de rechtbank zijn vaderschap – in een latere fase – gerechtelijk vaststelt.

De betwisting van het vaderschap van de echtgenoot kan eveneens gebeuren door de echtgenoot zelf en door het meerderjarig geworden kind. Zij kunnen echter met veel grotere bewijsproblemen worden geconfronteerd bij hun beroep op de uitzondering vervat in artikel 318 § 4 *in fine* B.W.
Twee situaties kunnen zich voordoen.
– In een eerste hypothese is de identiteit van de minnaar(s) van de vrouw gekend. In dat geval geldt hetzelfde als wanneer de moeder de betwistingsvordering zou hebben ingesteld (zie hierboven).

– In een tweede hypothese verdenkt de echtgenoot zijn vrouw ervan geslachtsbetrekkingen te hebben onderhouden gedurende de wettelijke periode van de verwekking, maar kent hij de identiteit van haar minnaar niet.
In dat geval blijft de uitzondering van artikel 318 § 4 *in fine* B.W. dode letter, aangezien onmogelijk het bewijs kan worden geleverd dat de verwekking niet het gevolg is van de procreatiegerichte daad waartoe de echtgenoot heeft toegestemd: geen minnaar kan worden gedagvaard, wiens biologisch vaderschap kan worden bewezen; wanneer de identiteit van de spermadonor geheim werd gehouden, kan evenmin worden bewezen dat niet de donor, maar een andere man de biologische vader van het kind is.

Het is enigszins paradoxaal dat de echtgenoot en het meerderjarig kind enerzijds wel wettelijk de mogelijkheid hebben om te ontsnappen aan de ontoelaatbaarheid van de betwisting van het vaderschap, maar dat, anderzijds, de positieve bewijsvoering die daar noodzakelijk mee gepaard gaat in sommige gevallen *quasi* onmogelijk is, mede gelet op het anonimaat van de donor.

Deze toestand is duidelijk niet gewild door de wetgever die de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot mogelijk heeft willen maken wanneer de verwekking het resultaat was van een daad die de echtgenoot niet heeft gewild (Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 57).

In de rechtsleer is een oplossing gesuggereerd die erin bestaat dat de artsen verplicht zouden worden een bloedstaal of een DNA-profiel van elke donor te bewaren dat toelaat diens vaderschap te bevestigen of te ontkennen, zonder de identiteit van de donor te onthullen (M.-Th. MEULDERS-KLEIN, "Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées", *Rev. trim. dr. civ.* 1988, (645) 652, voetnoot 33). Op die manier wordt het vaderschap van de donor bewezen – en kan de echtgenoot geen vaderschap meer worden opgelegd waarin hij niet heeft toegestemd – zonder dat een afstammingsband van het kind met de donor juridisch wordt vastgesteld.

b. Gevolgen van de toepassing van artikel 318 § 4 B.W.

1238 Wanneer de voorwaarden van artikel 318 § 4 B.W. zijn vervuld en de uitzondering die *in fine* is bepaald niet speelt, dan is de rechtstreekse betwisting van het vaderschap van de echtgenoot o.g.v. artikel 318 B.W. uitgesloten voor alle in artikel 332 B.W. genoemde titularissen van het betwistingsrecht, dus niet alleen voor de echtgenoot, maar ook voor de moeder en het kind.

De parlementaire voorbereiding verantwoordt de uitsluiting van moeder en kind als volgt: "(...) doordat de moeder heeft ingestemd met de kunstmatige inseminatie past het niet dat zij de vordering tot betwisting instelt: de beslissing tot kunstmatige inseminatie bindt beide echtgenoten. Wat het kind betreft, dit heeft geen recht tot inspraak bij de beslissing van zijn ouders een ouderschap op te nemen dat het midden houdt tussen het biologisch ouderschap en vormen van socio-affectief ouderschap zoals adoptie" (M.v.T. bij wetsontwerp-VAN ELSLANDE, *Parl. St.* Senaat 1977-78, nr. 305/1, 12).
De verantwoording om het kind binnen de context van artikel 318 § 4 B.W. uit te sluiten als titularis van het betwistingsrecht steunt op zwakke rechtsgronden (P. SENAEVE, "De afstamming langs vaderszijde binnen het huwelijk", in P. SENAEVE (ed.), *Het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven/Amersfoort, Acco, 1987, 84, nr. 81) en kan niet overtuigen, omdat overspelige kinderen die op natuurlijke wijze zijn verwekt zich in dezelfde situatie bevinden wanneer hun moeder en haar echtgenoot zijn overeengekomen het vaderschap van deze laatste niet te betwisten en zij deze betwistingsvordering daarentegen wel degelijk kunnen inleiden (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 318 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 6, nr. 6). De conformiteit van deze regeling

met artikel 8 E.V.R.M. is in twijfel getrokken (X. DIJON, "La filiation paternelle de l'enfant né par insémination artificielle avec donneur", *T.B.B.R.* 1990, (95) 100, nr. 10 en voetnoot 15).

Een onrechtstreekse betwisting van het vaderschap van de echtgenoot via de betwisting van het moederschap, een erkenning door een man o.g.v. artikel 320 B.W. of een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap o.g.v. artikel 323 B.W. (zie boven, nrs. 1007-1016) blijft evenwel mogelijk.

§ 2. Betwisting van een vaderlijke erkenning

1239 Ongeacht welke man het kind heeft erkend dat via K.I. werd verwekt, als dit kind bezit van staat heeft t.a.v. de erkenner is de erkenning onbetwistbaar, aangezien de betwistingsvordering in toepassing van artikel 330 § 2 tweede lid B.W. moet worden afgewezen.

1240 Het is denkbaar dat een man een kind erkend heeft in de veronderstelling dat het met zijn sperma of met donorsperma werd verwekt bij zijn partner, terwijl de moeder zich in werkelijkheid door een andere man via geslachtsgemeenschap heeft laten bevruchten. Daarnaast is het ook mogelijk dat de partner van de moeder in de waan was dat hij het kind via geslachtsgemeenschap heeft verwekt, maar dat de moeder haar toevlucht heeft genomen tot K.I.D.

– Op het vlak van de ontvankelijkheid van de vordering tot betwisting van de erkenning, moet worden vermeld dat de erkenner zijn eigen erkenning slechts kan betwisten indien hij erin slaagt een wilsgebrek (dwaling, bedrog, geweld) te bewijzen (art. 330 § 1 tweede lid B.W.).

In deze context moeten dwaling en bedrog ons inziens niet noodzakelijk betrekking hebben op de biologische verwantschap tussen erkenner en kind (zoals eerder verdedigd (zie nr. 1049)); ook dwaling en bedrog omtrent de modaliteiten van de verwekking is voldoende voor de ontvankelijkheid van de betwistingsvordering. Zo zal de partner van de moeder die heeft toegestemd tot K.I.D. en nadien verneemt dat zij met een andere man geslachtsgemeenschap heeft gehad, gerechtigd zijn deze erkenning te betwisten als blijkt dat het door de partner erkende kind op natuurlijke wijze door deze andere man is verwekt. Hetzelfde geldt voor de man die een kind heeft erkend in de veronderstelling dat het door hem werd verwekt, terwijl de moeder haar toevlucht heeft genomen tot K.I.D. zonder zijn medeweten. Aangezien dwaling slechts een grond tot nietigverklaring is als ze verschoonbaar is, zal het wilsgebrek bedrog in deze context wellicht het meest aanvaardbare wilsgebrek vormen. Enkel indien de erkenner opzettelijk misleid werd door de moeder zal hij met succes kunnen aanvoeren dat zijn erkenning als rechtshandeling door een wilsgebrek is aangetast.

– Wat de gegrondheid van de betwistingsvordering betreft, moet worden bewezen dat de erkenner niet de biologische vader van het kind is, een bewijs dat in de zonet genoemde hypotheses eenvoudig te leveren is via een deskundigenonderzoek.

1241 De erkenning van een via K.I. verwekt kind door een andere man dan de biologische vader die niet bevestigd wordt door bezit van staat is uitermate precair, aangezien elke belanghebbende deze erkenning kan betwisten door te

bewijzen dat de erkenner niet de biologische vader is (art. 330 § 1 eerste lid *j°* § 2 eerste lid B.W.).

§ 3. Betwisting van het gerechtelijk vastgesteld vaderschap

1242 Het vaderschap van een na K.I. verwekt kind dat gerechtelijk is vastgesteld kan enkel via derdenverzet worden betwist (zie boven, nr. 1159 e.v.). Op deze uiterst uitzonderlijke procedure dient in de context van kunstmatige inseminatie niet verder te worden ingegaan.

TITEL II

IN-VITROFERTILISATIE EN EMBRYOTRANSFER

HOOFDSTUK I
OMSCHRIJVING VAN DE BEGRIPPEN

1243 Bij in-vitrofertilisatie (hierna afgekort: I.V.F.) worden eicellen opgezogen uit de eierstokken (*ovaria*) en behandeld in een hiervoor gespecialiseerd laboratorium. Aan deze eicellen worden buiten het lichaam, in een aangepast milieu – *in vitro* betekent letterlijk: "onder glas" – zaadcellen toegevoegd.

Omdat bij een gewone maandelijkse menstruatiecyclus slechts één eitje rijpt en meerdere eitjes nodig zijn om de slaagkans van I.V.F. te verhogen, zal een combinatie van medicatie voorafgaandelijk de ontwikkeling van meerdere eitjes stimuleren. Deze ovariële stimulatie kan verschillende vormen aannemen: bij ovulatie-inductie wordt de eisprong van één enkele eicel bevorderd; bij gecontroleerde superovulatie wordt de rijping van meerdere eicellen beoogd.
De handeling waarbij een arts de rijpe eitjes uit de eierstokken wegzuigt wordt de "pick-up" genoemd. Na contact met zaadcellen worden embryo's teruggeplaatst in het lichaam van de vrouw en moet worden afgewacht of zij al dan niet zwanger is.
De eerste zgn. "proefbuisbaby" (Louise Brown) werd in juli 1978 geboren in Engeland, als resultaat van de samenwerking tussen embryoloog Roger Edwards en gynaecoloog Patrick Steptoe.

Daarnaast is het mogelijk dat één enkele zaadcel – die zelfs niet bewegend hoeft te zijn – geïnjecteerd wordt in het cytoplasma van een eicel: deze bijzondere techniek wordt toegepast in geval van ernstige mannelijke infertiliteit en wordt omschreven als intra-cytoplasmatische sperma injectie (I.C.S.I.).

Deze zaadcel kan op verschillende wijzen worden bekomen. De techniek waarbij langs microchirurgische weg onder algehele narcose zaad wordt opgezogen uit de bijbal wordt micro epididymale sperma aspiratie (MESA) genoemd. Een equivalent van MESA is percutane epididymale sperma aspiratie (PESA), waarbij het zaad met een klein naaldje onder lokale verdoving uit de bijbal wordt gepuncteerd. Tenslotte wordt ook testiculaire sperma extractie (TESE) toegepast, waarbij sperma uit de zaadbal wordt gehaald.
Op 14 januari 1992 werd in het academisch ziekenhuis van de Vrije Universiteit Brussel (V.U.B.) voor het eerst een kind geboren na toepassing van de I.C.S.I.-techniek, onder leiding van de professoren André Van Steirteghem en Paul Devroey.

1244 De technieken worden verschillend benoemd naargelang het ontwikkelingsstadium van het genetisch materiaal dat het voorwerp is van tubaire transfer (de overplaatsing in de eileider).

– Indien de *in vitro* onderzochte en behandelde eicellen en zaadcellen samen in de eileider worden getransfereerd vooraleer bevruchting heeft plaatsgevonden, dan spreekt men van gameet intrafallopiaan transfer (G.I.F.T.).

Een gameet kan worden omschreven als een voortplantingscel (eicel of zaadcel) die zich met een andere verenigt (tot een zygote) om een nieuw individu te gaan vormen; een zygote is dus de generieke term voor één cel die is ontstaan uit de versmelting van twee gameten.

– Het is ook mogelijk dat eicellen en zaadcellen in het laboratorium worden samengebracht en de dag na de bevruchting als ééncellige embryo's in de eileider worden gebracht: deze techniek noemt men zygoot intrafallopiaan transfer (Z.I.F.T.). Worden meercellige embryo's twee dagen na de bevruchting in de eileider geplaatst, dan spreekt men van tubaire embryo transfer (T.E.T.).

Een embryo is wettelijk omschreven als een cel of samenhangend geheel van cellen met het vermogen uit te groeien tot een mens, een embryo *in vitro* als een embryo dat zich buiten het vrouwelijk lichaam bevindt en een overtallig embryo als een embryo dat is aangemaakt in het kader van medisch begeleide voortplanting, maar dat niet bij een vrouw is ingeplant (art. 2 resp. 1°, 2° en 3° Embryowet).

In het raam van een in-vitrofertilisatiebehandeling worden vaak meer embryo's aangemaakt dan men onmiddellijk wenst terug te plaatsen. Overtallige embryo's worden in de overgrote meerderheid van de centra ingevroren voor later gebruik o.m. wanneer een eerste poging mislukt is of indien een volgende zwangerschap wordt gewenst. Deze cryopreservatie roept een aantal ethische vragen op m.b.t. de bestemming van de embryo's en de beslissingsmacht dienaangaande (zie daaromtrent het Advies nr. 19 d.d. 14 oktober 2002 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek over de bestemming van ingevroren embryo's).

– De terugplaatsing van geïnjecteerde eicellen in de eileider na I.C.S.I. wordt benoemd als microïnjectie intrafallopiaan transfer (M.I.F.T.).

1245 Een embryo kan na I.V.F. niet alleen via de eileider, maar ook rechtstreeks in de baarmoeder (*uterus*) van een vrouw worden ingeplant. In dat geval gaat het niet om een vorm van tubaire transfer, maar om uteriene embryo transfer.

Het transporteren van embryo's wordt verschillend benoemd naargelang de richting en het doel van het transport. Het procédé waarbij een embryo uit de baarmoeder van een vrouw wordt weggenomen heet "embryo-flush" (E.F.). De generieke term voor het overbrengen van een embryo is "embryotransfer" (E.T.). Gaat het om de overplaatsing van diepgevroren embryo's, dan spreekt men over een "frozen embryo transfer" (FR.E.T.).

Embryotransfer kan ook het gevolg zijn van embryodonatie, waarbij een embryo is weggenomen bij een andere vrouw en (meestal diepgevroren) werd bewaard, met het oog op inplanting bij een andere vrouw.

1246 In hoofdorde dienen twee vormen van I.V.F. met E.T. van elkaar te worden onderscheiden, naargelang de herkomst van de gameten waarmee het embryo is geconcipieerd.

Bij homologe of autologe I.V.F. met E.T. is het embryo samengesteld uit gameten van het koppel dat beroep doet op de voortplantingstechniek: een eicel van de bevruchte vrouw en een zaadcel van haar echtgenoot of partner.

Bij heterologe I.V.F. met E.T. is het embryo geconcipieerd met minstens één gameet van een derde.
De conceptie kan op drie manieren worden verwezenlijkt:
– ofwel levert de bevruchte vrouw zelf een eicel en wordt deze bevrucht met donorsperma (I.V.F. met spermadonatie);
– ofwel levert de man binnen het koppel de zaadcellen en wordt dit sperma aangewend om een gedoneerde eicel te bevruchten (I.V.F. met eiceldonatie);
– ofwel wordt een embryo ingeplant dat geconcipieerd is met donorsperma en een gedoneerde eicel (I.V.F. met embryodonatie).

HOOFDSTUK II
AFSTAMMING VAN MOEDERSZIJDE

AFDELING I

VASTSTELLING VAN DE AFSTAMMING

1247 Uit de combinatie van artikel 312 § 1 B.W. – dat bepaalt dat het kind als moeder heeft de persoon die als zodanig in de geboorteakte is vermeld – en artikel 57, 2° B.W., dat de ambtenaar van de burgerlijke stand verplicht om de naam van de moeder in de geboorteakte te vermelden, volgt dat de afstamming van moederszijde steeds vaststaat.
De regel *Mater semper certa est* moet ook worden toegepast na I.V.F. en aanverwante technieken: de naam van de vrouw die van het kind bevalt, moet in de geboorteakte worden vermeld, waardoor zij de juridische moeder van het kind wordt, ongeacht de wijze waarop het embryo is geconcipieerd, zelfs indien noch zijzelf, noch haar eventuele partner genetisch materiaal hebben geleverd en ongeacht het feit of de voortplantingstechniek is aangewend vóór of na het overlijden van de genitoren.

Enkel na eicel- of embryodonatie zal de vrouw die van het kind bevalt niet genetisch verwant zijn met het kind: desondanks wordt ze ook in dat geval juridisch als moeder aangewezen indien haar naam in de geboorteakte van het kind wordt vermeld.

1248 Het moederschap kan ook worden vastgesteld via erkenning door een vrouw, maar enkel in uitzonderlijke gevallen, nl. indien de naam van de vrouw die van het kind bevallen is niet in de geboorteakte werd vermeld of wanneer er geen geboorteakte is (art. 313 § 1 B.W.). Om het even welke vrouw kan het kind in dergelijke hypothese erkennen. Is zij gehuwd en erkent zij een kind dat tijdens haar huwelijk geboren is, dan moet deze erkenning worden meegedeeld aan haar echtgenoot of echtgenote, op straffe van niet-tegenwerpelijkheid (art. 313 § 3 eerste en derde lid B.W.).

1249 Staat het moederschap niet vast o.g.v. de vermelding van de naam van een vrouw in de geboorteakte of is het kind onder valse namen ingeschreven en heeft geen enkele vrouw het kind erkend, dan is de gerechtelijke vaststelling van het moederschap mogelijk (art. 314 eerste lid B.W.).

Indien een andere vrouw dan deze die het kind ter wereld heeft gebracht bezit van staat heeft t.a.v. het kind, dan kan zij bij vonnis als moeder worden aangewezen. Eerder werd verduidelijkt dat het bezit van staat t.a.v. de vermeende moeder (art. 314 vierde lid B.W.) de draagwijdte heeft van een onweerlegbaar vermoeden (zie boven, nr. 153). Het is slechts bij gebreke van bezit van staat dat een vrouw het bewijs van haar afstammingsband met het kind door alle wettelijke middelen kan leveren (art. 314 vijfde lid B.W.). Bewezen moet worden dat het kind hetzelfde is als dat van wie de vermeende moeder is bevallen (art. 314 derde lid B.W.).

Ingeval het kind niet geboren is uit de eicel van de bevallen vrouw, maar na eicel- of embryodonatie, moet een bijzonderheid worden vermeld op het vlak van het bewijs door alle wettelijke middelen (art. 314 vijfde lid B.W.). Bij afwezigheid van bezit van staat t.a.v. de vermeende moeder is het bevel tot een genetisch onderzoek, in toepassing van artikel 331*octies* B.W., waarbij de DNA-structuur van de bevallen vrouw en het kind wordt vergeleken, zinloos. De vrouw die van het kind bevallen is na eiceldonatie is nooit de genetische moeder van het kind. Het bewijs van de afwezigheid van genetische verwantschap impliceert echter geen positief bewijs dat de vermeende moeder ook daadwerkelijk van het kind bevallen is. Opdat de vordering tot gerechtelijke vaststelling van het moederschap gegrond zou kunnen worden verklaard, zal op andere manieren moeten worden bewezen dat de vermeende moeder het kind gebaard heeft.

In alle andere gevallen (homologe I.V.F. of heterologe I.V.F. met (enkel) spermadonatie) kan een deskundigenonderzoek dat uitsluitsel geeft omtrent het bestaan van een biogenetische band tussen vermeende moeder en kind de bevalling bewijzen, waarna het moederschap gerechtelijk kan worden vastgesteld in toepassing van artikel 314 vijfde lid B.W.

AFDELING II

BETWISTING VAN DE AFSTAMMING

1250 Voor de betwisting van het moederschap dat volgt uit de vermelding van de naam van een vrouw als moeder in de geboorteakte, voor de betwisting van een erkenning door een vrouw en voor de betwisting van het gerechtelijk vastgesteld moederschap na de toepassing van I.V.F. en aanverwante technieken kan worden verwezen naar de regels inzake kunstmatige inseminatie (zie boven, nrs. 1191-1193), met inachtneming van de hierna volgende verduidelijkingen en preciseringen.

§ 1. Homologe I.V.F. en heterologe I.V.F. met spermadonatie

1251 Bij de toepassing van homologe in-vitrofertilisatie werden eicellen aangewend die afkomstig zijn van de vrouw die van het kind bevallen is. De vrouw die van het kind beviel is in dit geval dus ook de genetische moeder. Hetzelfde geldt indien donorsperma werd aangewend om een eicel te bevruchten die afkomstig is van de vrouw die van het kind zal bevallen.
Met het oog op de betwisting van het moederschap dat blijkt uit de geboorteakte of gecreëerd is via erkenning geldt hetzelfde als voor kunstmatige inseminatie: het bewijs dat de moeder niet van het kind is bevallen kan door alle wettelijke middelen worden geleverd, o.m. door een deskundigenonderzoek waaruit blijkt dat tussen moeder en kind geen genetische band bestaat (art.

312 § 2 B.W.). De betwistingsvordering is evenwel onontvankelijk indien het kind bezit van staat heeft t.a.v. de vrouw die als moeder in de geboorteakte is vermeld (art. 312 § 3 B.W.).

Indien de vordering tot betwisting van het moederschap dat blijkt uit de geboorteakte reeds kort na de geboorte werd ingesteld, rijst de vraag of deugdelijk bezit van staat kan worden afgeleid uit gedragingen in de loop van de zwangerschap. Zo zouden de inschrijving van het kind in een crèche, de aanvraag van een geboortepremie of de aanwijzing van een peter en meter indiciën kunnen zijn die er zouden kunnen op wijzen dat de moeder de intentie heeft dit kind als het hare te beschouwen (in die zin: N. MASSAGER, "L'influence des techniques de procréation", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, (135) 210, nr. 66). De rechtbank zal op soevereine wijze in elk geval afzonderlijk oordelen of het kind al dan niet bezit van staat heeft dat overeenstemt met de geboorteakte, rekening houdend met de vereisten die in artikel 331*nonies* B.W. worden gesteld.

§ 2. Heterologe I.V.F. met eicel- of embryodonatie

1252 Werd een eicel van een vreemde vrouw *in vitro* bevrucht met sperma van de echtgenoot of partner van de vrouw bij wie dit aldus geconcipieerde embryo naderhand werd ingeplant, dan heeft de vrouw die van het kind bevalt geen enkele genetische band met haar kind. Wanneer het kind geboren is nadat een embryo werd ingeplant dat is ontstaan uit gameten afkomstig van derde personen, dan is de vrouw die van het kind bevallen is evenmin de genetische moeder.

In beide gevallen bestaat niettemin de verplichting om de naam van de vrouw die het kind heeft gebaard als moeder in de geboorteakte te akteren (art. 312 § 1 *j°* art. 57, 1° B.W.), waardoor zij de juridische moeder van het kind wordt.

Het bewijs van eicel- of embryodonatie en de daaruit voortvloeiende ontstentenis van een genetische band tussen moeder en kind, geleverd door een deskundigenonderzoek, zal niet kunnen volstaan om succesvol het moederschap te betwisten van de vrouw die van het kind bevallen is.
Samengevat: indien in de geboorteakte van het kind de naam van de vrouw is vermeld die het kind daadwerkelijk gebaard heeft, dan zal haar moederschap nooit kunnen worden betwist, aangezien het bewijs dat de moeder niet van het kind bevallen is, in dit geval niet kan worden geleverd. Indien een andere vrouw dan deze die het kind gebaard heeft als moeder in de geboorteakte van het kind werd vermeld, dan kan haar moederschap enkel worden betwist indien het kind geen bezit van staat heeft t.a.v. deze vrouw (art. 312 § 3 B.W.) en daarenboven wordt bewezen dat zij het kind niet heeft gebaard (art. 312 § 2 B.W.).

1253 De betwisting van het moederschap dat blijkt uit de geboorteakte en – *a fortiori* – de betwisting van een erkenning door een vrouw – is weinig waarschijnlijk na eicel- of embryodonatie: in de regel zal een vrouw die de gameten heeft geleverd niet de intentie hebben om zichzelf via een afstammingsband te verbinden met dit kind. Bovendien blijven eiceldonoren en genitoren van gedoneerde embryo's meestal anoniem, hetgeen zal verhinderen dat het kind en zijn genetische moeder elkaars identiteit kennen.

Toch kan een betwistingsprocedure niet worden uitgesloten.

Aangezien de anonimiteit van de gametendonor in België niet expliciet wettelijk is bekrachtigd, is het niet denkbeeldig dat pogingen worden ondernomen om, na eicel- of embryodonatie, het moederschap dat vaststaat o.g.v. de geboorteakte te betwisten teneinde daarna, via erkenning of een procedure tot gerechtelijke vaststelling van het moederschap, een afstammingsband met de genetische moeder te kunnen creëren.
Zo is het bv. mogelijk dat de vrouw die van het kind bevallen is nog tijdens de zwangerschap ongeneeslijk ziek werd en het kind daarom in een afstammingsrelatie wil plaatsen met bv. haar zus, een vriendin of een andere vrouw die de eicellen heeft geleverd en dus de genetische moeder is. Het initiatief tot betwisting van het moederschap van de vrouw wiens naam in de geboorteakte is vermeld, kan ook van het kind zelf komen, bv. wanneer het verlaten werd door de vrouw die het ter wereld heeft gebracht en kennis heeft gekregen van het feit dat het verwekt werd via eicel- of embryodonatie. Daarnaast zijn ook de vrouw die haar eicel heeft afgestaan en de genitoren van een gedoneerd embryo ons inziens betwistingsgerechtigd: zij kunnen van enig belang doen blijken dat niet louter vermogensrechtelijk is in de zin van artikel 332*bis* eerste lid B.W.

Zolang het juridisch moederschap dat vaststaat o.g.v. de vermelding van de naam van een vrouw in de geboorteakte van het kind niet succesvol werd betwist, kan het moederschap van de genetische moeder nooit worden vastgesteld, noch via erkenning, noch via gerechtelijke vaststelling van het moederschap.

HOOFDSTUK III
AFSTAMMING VAN VADERSZIJDE

AFDELING I

VASTSTELLING VAN DE AFSTAMMING

§ 1. Binnen het huwelijk: toepassing van I.V.F. bij een gehuwde vrouw

A. HOMOLOGE I.V.F. MET E.T.

1254 Als de echtgenoot nog in leven is op het ogenblik van de inplanting van het embryo dat met zijn zaad werd geconcipieerd, doen er zich geen bijzondere problemen voor: biologisch en juridisch vaderschap zullen samenvallen. Voor de vaststelling van de afstamming van vaderszijde gelden dezelfde regels als na K.I.E. (zie boven, nrs. 1194-1195).

Bijzondere problemen kunnen rijzen bij I.V.F. vóór en E.T. na het overlijden van de echtgenoot. Zij zullen verder worden behandeld (zie verder, nrs. 1258-1262).

B. HETEROLOGE I.V.F. MET E.T.

1255 Voor de vaststelling van de afstamming van vaderszijde binnen het huwelijk na I.V.F. met de aanwending van gameten van een derde kan een onderscheid worden gemaakt naargelang de soort van de gedoneerde gameten.

1. I.V.F. met spermadonatie en I.V.F. met embryodonatie

1256 Werd een eicel van een gehuwde vrouw *in vitro* bevrucht met donorsperma of werd bij haar een embryo ingeplant dat geconcipieerd is met zaad van een vreemde man, dan zullen biologisch en juridisch vaderschap niet samenvallen. Dezelfde regels als voor de heterologe kunstmatige inseminatie (K.I.D.) zijn in deze gevallen *mutatis mutandis* van toepassing (zie boven, nrs. 1196-1197).

2. I.V.F. met (enkel) eiceldonatie

1257 Werd alleen een eicel van een vreemde vrouw gedoneerd – die naderhand *in vitro* is bevrucht met sperma van de echtgenoot van de latere moeder – dan is de echtgenoot van de moeder niet alleen de biologische, maar ook de juridische vader van het kind o.g.v. de vaderschapsregel (art. 315-317 B.W.). In dit geval gelden *mutatis mutandis* dezelfde principes als na homologe kunstmatige inseminatie (K.I.E.) (zie boven, nrs. 1194-1195).

C. I.V.F. VÓÓR EN E.T. NA HET OVERLIJDEN VAN DE ECHTGENOOT

1258 Anders dan bij K.I *post mortem* is de bevruchting in geval van I.V.F. binnen het huwelijk en E.T. *post mortem* al gebeurd vóór de echtgenoot is overleden. Alvorens het diepgevroren embryo wordt ingeplant in de baarmoeder van de weduwe is het *in vitro* geconcipieerd met de gameten van het (gewezen) echtpaar of derden. De inplanting kan maanden, zoniet jaren na het overlijden van de echtgenoot nog worden uitgevoerd.
In tegenstelling tot wat het geval is bij K.I. zijn er in deze context twee verschillende momenten in de conceptie betekenisvol: het moment van de bevruchting en het moment van de inplanting. Enkel dit laatste is gesitueerd na de dood van de echtgenoot (N. MASSAGER, "L'influence des techniques de procréation", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, (135) 146-147).

1259 Wat de vaststelling van de afstamming van vaderszijde betreft, werd eerder al vermeld dat verschillende gezaghebbende auteurs van oordeel zijn dat een kind geen vaderlijke afstamming kan krijgen t.a.v. een man die reeds overleden was op het ogenblik van de verwekking, ook al heeft het kind met die man een onmiddellijke genetische band; zij menen dat dit ook geldt wanneer die overleden man tot zijn overlijden de echtgenoot was van de moeder (zie boven, nr. 1206, voor referenties).
Ons inziens moet met het oog op de vaststelling van het vaderschap van een kind dat uit een gehuwde vrouw geboren is via I.V.F. vóór en E.T. na het overlijden van haar echtgenoot in eerste instantie worden nagegaan of de vaderschapsregel toepassing vindt.

– Wordt het kind geboren binnen de 300 dagen na het overlijden van de echtgenoot, dan is de overleden echtgenoot van de moeder (of haar nieuwe echtgenoot) vader o.g.v. artikel 315 B.W. (of art. 317 B.W.).
Desalniettemin kan het kind, mits machtiging van de rechtbank van eerste aanleg en de nodige toestemming(en), worden erkend door een andere man dan de echtgenoot op voorwaarde het vaderschap van de overleden echtgenoot niet wordt bevestigd door bezit van staat en het kind geboren is ten minste 180 dagen na het overlijden van de echtgenoot (waardoor het huwelijk ontbonden is, hypothese van art. 320, 1° B.W.).

– Wordt het kind meer dan 300 dagen na het overlijden van de echtgenoot geboren, dan speelt de vaderschapsregel niet.
Staat het vaderschap niet vast o.g.v. artikel 315 of 317 B.W., dan kan een andere man dan de overleden echtgenoot het kind erkennen o.g.v. artikel 319 § 1 B.W., mits hij de nodige toestemming(en) bekomt. Na een toestemmingsweigering en een mislukte verzoeningspoging voor de vrederechter, zal de rechtbank van eerste aanleg in het belang van het kind oordelen of de erkenning al dan niet kan plaatsvinden, tenzij wordt bewezen dat de verzoeker niet de biologische vader van het kind is, in welk geval het verzoek wordt afgewezen (art. 319 § 3 vierde lid B.W.).

Werd het kind geconcipieerd met sperma van de overleden echtgenoot of met donorsperma, dan blijft de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap van de overleden echtgenoot resp. een bekende donor mogelijk o.g.v. artikel 322 eerste lid B.W. en kan de biologische band tussen vader en kind worden bewezen door een deskundigenonderzoek.

1260 Wat het erfrecht betreft, vereist artikel 725 eerste lid B.W. om te kunnen erven dat men bestaat op het ogenblik dat de erfenis openvalt. Een kind dat nog niet is verwekt, is derhalve onbekwaam om te erven (art. 725 tweede lid 1° B.W.); dit is ook zo indien er automatisch een afstammingsband langs vaderszijde zou worden vastgesteld via de vaderschapsregel.
Een afstammingsband met de overleden echtgenoot is een noodzakelijke voorwaarde om van hem te kunnen erven, maar is niet voldoende: het kind moet ook verwekt zijn op het tijdstip van het overlijden van de echtgenoot. Van cruciaal belang is dus de bepaling van het exacte tijdstip van de verwekking in juridische zin. De rechtsleer blijkt hieromtrent verdeeld.

– Sommige auteurs lijken de bevruchting te beschouwen als het ogenblik van de juridische verwekking (zie M.-F. LAMPE, "Procréation assistée - Problèmes éthiques et juridiques liés au sort de l'embryon - Statut de l'enfant à naître", *Rev. trim. dr. fam.* 1986, (129) 168, nr. 24, c). Wordt de verwekking vanuit louter biologisch oogpunt bekeken, dan is de voorwaarde van artikel 725 tweede lid 1° B.W. inderdaad al vervuld vanaf het ogenblik dat de zaadcel in de eicel binnendringt (E. GULDIX, "De impact van de medische wetenschap en techniek op het personen- en gezinsrecht", *R.W.* 1993-94, (1104) 1115, nr. 51, voetnoot 85).
Deze visie biedt het kind goede kansen op erfrecht in de nalatenschap van de echtgenoot van zijn moeder: bij I.V.F. vóór en E.T. na de dood van de echtgenoot is deze immers nog in leven op het ogenblik dat als de verwekking wordt beschouwd, zodanig dat zijn vaderschap zonder discussie vaststaat o.g.v. artikel 315 B.W. als het kind geboren wordt binnen de 300 dagen na zijn overlijden en dat het kind erfgerechtigd is in zijn nalatenschap omdat de verwekking wordt gesitueerd vóór het openvallen van de nalatenschap.

– Andere auteurs menen daarentegen dat het kind pas verwekt is op het ogenblik waarop het embryo wordt ingeplant (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 326 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 5, nr. 7; A. HEYVAERT, "De nieuwe procreatietechnieken en de Afstammingswet van 31 maart 1987, *Vl. T. Gez.* 1988, (227) 234, nr. 18; M.-Th. MEULDERS-KLEIN, "Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées", *Rev. trim. dr. civ.* 1988, (645) 649-650; N. MASSAGER, "L'influence des techniques de procréation", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, (135) 217, nr. 73).
VAN GERVEN verkiest als tijdstip van de juridische verwekking een nog later ogenblik, nl. datgene waarop het (pre-)embryo zich in de baarmoeder innestelt en – in zijn optiek – daardoor voluit embryo wordt (W. VAN GERVEN, "Ontluikend leven. Groeiend recht", in X (ed.), *Recht en medisch begeleide bevruchting*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1991, 185-186, nrs. 21-22).
Deze zienswijzen hebben tot gevolg dat het kind dat geboren werd na toepassing van I.V.F. vóór en E.T. na de dood van de echtgenoot van zijn moeder, nooit van deze man kan erven omdat het nog niet verwekt was vóór diens overlijden.

Wij sluiten ons aan bij de stelling dat de verwekking van een kind dat na E.T. is geboren in een juridische betekenis moet worden gesitueerd op het moment van de inplanting van het embryo en niet op het ogenblik van de bevruchting.

De kwalificatie van de bevruchting *in vitro* als het ogenblik van de verwekking kan om diverse redenen niet worden bijgetreden.

Vooreerst is ze in strijd met de *ratio* van artikel 725 B.W., dat de gelijkstelling tussen "bestaan" en "verwekt zijn" slechts aanvaardt vanuit de optiek dat het kind, eens verwekt, binnen een voorspelbare en korte periode ter wereld zal komen (M. PUELINCKX-COENE, *Erfrecht*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1996, 55 en 58, nr. 32; A. VERBEKE, "Art. 725 B.W.", in M. COENE, W. PINTENS en A. VASTERSAVENDTS (red.), *Erfenissen, schenkingen en testamenten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1991, 12-13, nr. 20).
Daarnaast is hierboven al opgemerkt dat het wettelijk vermoeden omtrent het tijdstip van de verwekking (art. 326 B.W.) weliswaar kan worden weerlegd, maar er werd onmiddellijk aan toegevoegd dat die weerlegging er zeker niet toe kan leiden dat de duurtijd van de zwangerschap wordt verlengd met maanden en jaren die in geval van transfer van een diepgevroren embryo kunnen verstrijken tussen de bevruchting en de geboorte (zie boven, nr. 1203). In het normale taalgebruik impliceert de term "verwekking" overigens een onmiddellijk daaropvolgende zwangerschap.
Ten slotte is het zo dat indien zou worden aangenomen dat het ogenblik van de bevruchting ook het moment van de verwekking is, – strikt juridisch – potentiële erfrechten moeten worden toegekend aan diepgevroren embryo's, wat tot grote problemen kan leiden indien de weduwe – om welke reden dan ook – afziet van de inplanting, met als gevolg dat deze embryo's ofwel nooit worden ingeplant, ofwel worden ingeplant bij een andere vrouw (N. MASSAGER, "L'influence des techniques de procréation", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, (135) 215-217, nrs. 71-72).

Het is duidelijk dat het ogenblik van de verwekking één en hetzelfde feitelijk gegeven moet zijn t.a.v. de moeder, de vader en het kind. T.a.v. de moeder moet worden aangenomen dat het tijdstip van de verwekking samenvalt met het ogenblik van de inplanting van het embryo: pas op dat moment ontstaat met zekerheid de bio[fysio]logische band tussen een bepaalde vrouw en het kind waarvan zij (later) zal bevallen (A. HEYVAERT en R. VANCRAENENBROECK, "Art. 326 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1997, 5, nr. 7; zie reeds A. HEYVAERT, "De nieuwe procreatietechnieken en de Afstammingswet van 31 maart 1987, *Vl. T. Gez.* 1988, (227) 234, nr. 18).

Wel moet opgemerkt worden dat het technisch mogelijk is dat een embryo vóór de innesteling opnieuw wordt losgemaakt of uitgewassen (via "embryo-flush", met het oog op embryodonatie); in die zin is er geen absolute zekerheid dat er een langdurige biofysiologische band bestaat tussen het kind en de vrouw die een embryo in zich draagt. Na inplanting is het echter geenszins de bedoeling dat het ingebrachte embryo opnieuw uit het lichaam van de vrouw wordt verwijderd, zodat het tijdstip van inplanting als de juridische verwekking mag worden beschouwd.

Onze voorkeur gaat niet uit naar het – iets later – tijdstip van de innesteling van het embryo. Het exacte tijdstip van de innesteling verschilt nauwelijks van dat van de inplanting, maar is beduidend moeilijker exact te bepalen, zodat de betrokkenen met grotere bewijsproblemen zullen worden geconfronteerd, wat niet wenselijk is.

1261 Naargelang de gehanteerde voortplantingstechniek kan het exacte tijdstip van de verwekking dan als volgt worden bepaald:
– bij G.I.F.T. geschiedt de verwekking op het ogenblik waarop de *in vitro* onderzochte eicellen en zaadcellen samen in de eileider werden geplaatst, dus op het moment van de tubaire transfer;

– bij Z.I.F.T. en T.E.T. is het kind nog niet verwekt op het ogenblik dat eicellen en zaadcellen *in vitro* worden samengebracht, maar pas op het ogenblik dat ze als eencellige resp. meercellige embryo's in de eileider worden gebracht;
– bij I.C.S.I. is het kind pas verwekt op het ogenblik dat de geïnjecteerde eicellen worden teruggeplaatst in de eileider.

1262 Samengevat: dit ogenblik van de verwekking is ons inziens niet determinerend voor de toepassing van de vaderschapsregel, maar wel voor de erfrechten van het kind in de nalatenschap van de overleden echtgenoot van de moeder.

– Is het embryo ingeplant of vond G.I.F.T. plaats vóór het overlijden van de echtgenoot, dan zal het kind hoogstwaarschijnlijk binnen de 300 dagen na de ontbinding van het huwelijk van de moeder door dit overlijden worden geboren, waardoor de vaderschapsregel speelt; het kind is dan ook erfgerechtigd in de nalatenschap van de overleden man.

– Gebeurt de inplanting of G.I.F.T. daarentegen na de dood van de echtgenoot, dan zal het kind wellicht meer dan 300 dagen na het overlijden van de echtgenoot worden geboren, met als gevolg dat het vaderschap van de overleden echtgenoot niet meer automatisch wordt vastgesteld o.g.v. artikel 315 of 317 B.W.; er blijft dan een mogelijkheid tot erkenning door een andere man of tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap.
In dergelijk geval kan het kind nooit tot de nalatenschap van de overleden echtgenoot worden geroepen, zodat de gerechtelijke vaststelling van diens vaderschap hoofdzakelijk een morele waarde heeft.

Aangezien het kind nog niet verwekt is op het ogenblik van het overlijden van de echtgenoot, kan het adagium *Infans conceptus pro jam nato habetur* niet worden aangewend om het kind dat geboren wordt meer dan 300 dagen na het overlijden van de echtgenoot na I.V.F. met E.T. *post mortem* erfgerechtigd te maken in diens nalatenschap *ab intestato*. Ook testamentair kan het kind geboren na I.V.F. slechts erven als het embryo werd ingeplant vóór het overlijden van de erflater, *quod non in casu*. Uit artikel 906 tweede lid B.W. kan immers worden afgeleid dat het kind verwekt moet zijn op het ogenblik van de dood van de erflater om van hem testamentair te kunnen erven.

De postume aanwending van embryo's – voor zover deze al toelaatbaar wordt geacht – heeft geen erfrechtelijke gevolgen (A. VERBEKE, "Art. 725 B.W.", in M. COENE, W. PINTENS en A. VASTERSAVENDTS (red.), *Erfenissen, schenkingen en testamenten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1991, 13, nr. 21). Het feit dat er nog ingevroren embryo's bestaan die gecreëerd zijn met sperma van een nog in leven zijnde weduwe en haar overleden echtgenoot belet niet dat de nalatenschap van deze man verdeeld mag worden.

§ 2. Buiten het huwelijk: toepassing van I.V.F. bij een vrouw die niet gehuwd is (met de biologische vader)

1263 Indien I.V.F. of een aanverwante techniek wordt toegepast bij een vrouw die niet gehuwd is (met de biologische vader), dan moet voor de vaststelling van het vaderschap een onderscheid worden gemaakt naargelang sperma van haar partner, ofwel donorsperma werd gebruikt.
Mutatis mutandis gelden dan dezelfde regels als eerder uiteengezet bij resp. homologe kunstmatige inseminatie (zie de nrs. 1210-1213) en heterologe kunstmatige inseminatie (zie de nrs. 1214-1221).

Wanneer de E.T. bij een vrouw die niet gehuwd is (met de biologische vader) pas plaatsvond na de dood van de man wiens sperma werd aangewend, is de situatie vergelijkbaar met deze bij I.V.F vóór en E.T. na de dood van de echtgenoot van de moeder, in het geval dat het kind werd geboren meer dan 300 dagen na het overlijden van de echtgenoot (zie *mutatis mutandis* boven, nr. 1222).

AFDELING II

BETWISTING VAN DE AFSTAMMING

1264 Wat de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot van de moeder betreft, kan *mutatis mutandis* worden verwezen naar wat werd uiteengezet bij de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot van een kunstmatig geïnsemineerde vrouw, nu I.V.F. met E.T. kan worden beschouwd als een "daad die de voortplanting tot doel had" in de zin van artikel 318 § 4 B.W. (zie boven, nrs. 1228-1229).

1265 Voor de betwisting van een erkenning en het gerechtelijk vastgesteld vaderschap na I.V.F. met E.T. kan eveneens worden verwezen naar de regeling i.v.m. K.I. (zie *mutatis mutandis* boven, resp. nrs. 1239-1241 en nr. 1242).

TITEL III

JURIDISCHE ASPECTEN VAN DRAAGMOEDERSCHAP

HOOFDSTUK I
DRAAGMOEDERSCHAP ALS FENOMEEN

AFDELING I

OMSCHRIJVING

1266 Draagmoederschap kan worden omschreven als een fenomeen waarbij een vrouw (de draagmoeder) in haar baarmoeder een vrucht tot ontwikkeling laat komen en een kind baart met de bedoeling dit aan de wensouder(s) af te geven. Dit draagmoederschap is in de regel gebaseerd op een contract afgesloten tussen de draagmoeder en de wensouder(s), vooraleer de zwangerschap een aanvang heeft genomen (A. DE WOLF, "Draagmoederschap in België en Frankrijk: een stand van zaken", in K. BOELE-WOELKI en M. ODERKERK (red.), *(On)geoorloofdheid van het draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Antwerpen/Groningen, Intersentia, 1999, p. 89; P. SENAEVE, "Juridische aspecten van het draagmoederschap", *Vl. T. Gez.* 1988, (247) 247, nr. 1).

In Nederland is het begrip "draagmoeder" in de strafwet gedefinieerd: "Als draagmoeder wordt aangemerkt de vrouw die zwanger is geworden met het voornemen een kind te baren ten behoeve van een ander die het ouderlijk gezag over dat kind wil verwerven, dan wel anderszins duurzaam de verzorging en opvoeding van dat kind op zich wil nemen" (art. 151b derde lid Wetboek van Strafrecht).

1267 Het fenomeen draagmoederschap is in België niet verboden.

In een vonnis m.b.t. volle adoptie na draagmoederschap werd geoordeeld dat het draagmoederschap dat een uiting is van de vrije wil en tot de verantwoordelijkheid behoort van degene die er zich zonder winstbejag toe leent, niet strijdig is met de openbare orde (Jeugdrb. Turnhout 4 oktober 2000, *R.W.* 2001-02, 206, noot F. SWENNEN, met verwijzing naar Parijs 15 juni 1990, *J.T.* 1991, 767, een arrest dat evenwel werd verbroken door Cass. fr. (plén.) 31 mei 1991, *ibid.*, noot X. DIJON en J.-P. MASSON).

De toepassing van draagmoederschap wordt evenwel door verschillende factoren sterk bemoeilijkt: vooreerst is in toepassing van het geldend afstammingsrecht niet de wensmoeder, maar de draagmoeder de juridische moeder van het kind (zie verder, nrs. 1284-1286); daarnaast kunnen draagmoederschapsovereenkomsten *de lege lata* niet in rechte worden afgedwongen (zie verder, nr. 1277); bovendien lopen artsen risico's indien ze meewerken aan de uitvoering ervan door de draagmoeder te bevruchten via een artificiële procreatietechniek (zie verder, nr. 1280).

Bemiddeling inzake draagmoederschap is in België evenmin bij wet verboden, nu er in ons land (nog) geen specifiek wettelijk kader is dat draagmoederschap reguleert.

Een aansporing tot wettelijk verbod is nochtans terug te vinden in de ontwerp-aanbeveling, opgesteld door het CAHBI (1989) aan de Comité van Ministers van de Raad van Europa: "Toute activité d'intermédiaire à l'intention des personnes concernées par une maternité de substitution doit être interdite, de même que toute forme de publicité qui y est relative" (principe 15 derde lid). O.m. in Frankrijk en in Nederland zijn strafsancties voorzien voor de bemiddeling m.b.t. draagmoederschap (art. 227-12 C.pén. en art. 151b eerste en tweede lid en 151c Wetboek van Strafrecht). Commercieel draagmoederschap is ook in andere landen, zoals Oostenrijk, Spanje en Zwitserland, bij wet verboden (W. SCHRAMA, "De betekenis van het EVRM voor de burgerlijke stand in de lidstaten van de CIEC", *FJR* 1998, (222) 224); in Rusland is het toegestaan en wordt de prijs door de markt bepaald (zie M. ANTOKOLSKAYA, "Draagmoederschap naar Russisch recht", in K. BOELE-WOELKI en M. ODERKERK (red.), *(On)geoorloofdheid van het draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Antwerpen/Groningen, Intersentia, 1999, p. 150-151). Toch zorgt ook daar de figuur van de verplichte geïnformeerde instemming ervoor dat vrouwen die enkel om financiële redenen als draagmoeder willen fungeren van die idee afzien nadat de arts hen de risico's en ongemakken heeft verduidelijkt (O.A. KHAZOVA, "Genetics and Artificial Procreation in Russia", in M.-Th. MEULDERS-KLEIN, R. DEECH en P. VLAARDINGERBROEK (eds.), *Biomedicine, the Family an Human Rights*, Den Haag/Londen/New York, Kluwer Law International, 2002, 390).

AFDELING II

TERMINOLOGIE

1268 In de rechtsleer worden diverse begrippen gehanteerd om de vrouw aan te duiden in wiens baarmoeder het kind zich zal ontwikkelen (zie voor een overzicht: S. DE MEUTER, "Het kind en zijn moeder(s). Het moederschap na medisch begeleide voortplanting inzonderheid draagmoederschap", *T.P.R.* 1990, (645) 651-652, nr. 11). De meest voorkomende term naast "draagmoeder" ("mère porteuse") is "leenmoeder" of "vervangmoeder" ("mère de substitution"). Hoewel de auteurs het eens zijn dat beide termen een verschillende betekenis hebben, wordt dit verschil niet eenduidig ingevuld, noch in de Nederlandstalige, noch in de Franstalige rechtsleer.

Volgens sommige auteurs draagt een "mère de substitution" een kind dat is geconcipieerd met de gameten van de wensmoeder na in-vitrofertilisatie met embryotransfer, terwijl een "mère porteuse" zelf de genetische moeder is van het kind dat ze na de geboorte zal afstaan (in die zin: A. ROUVROY, "Quelques questions relatives aux procréations médicalement assistées", *J.T.* 1997, (769) 774). Draagmoeders zouden in hun optiek genetisch verwant zijn met het kind en leenmoeders niet (J.B.M. VRANKEN, "Contractualisering en draagmoederschap", *T.P.R.* 1997, (1751) 1751).

De meerderheidsstrekking in de rechtsleer omschrijft een "mère de substitution" ("leenmoeder" of "vervangmoeder") als een vrouw die een kind draagt dat is ontstaan uit haar eigen eicel, (al dan niet artificieel) bevrucht met het zaad van de wensvader of een (al dan niet) anonieme donor, terwijl een "mère porteuse" (draagmoeder *sensu stricto*) wordt omschreven als een vrouw die een embryo krijgt ingeplant dat is samengesteld uit een eicel van de wensmoeder die bevrucht is door een zaadcel van de wensvader (A. DE WOLF, "Draagmoederschap in België en Frankrijk: een stand van zaken", in K. BOELE-WOELKI en M. ODERKERK (red.), *(On)geoorloofdheid van het draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Antwerpen/Groningen, Intersentia, 1999, p. 92-93; N. MASSAGER, "L'influence des techniques de procréation médicalement assistée sur la filiation de l'enfant à naître", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, (135) 219-220; J.-P. BRANLARD, *Le sexe et l'état des personnes*, Paris, L.G.D.J., 1993, 86-87, nrs. 179-180).

1269 Ons inziens dekt de Nederlandse term "draagmoeder" de twee Franse begrippen. In beide gevallen draagt een vrouw een kind voor een ander. "Mère de substitution" is een draagmoeder in ruime zin; "mère porteuse" is een draagmoeder in strikte zin. De omschrijving van de meerderheid in de rechtsleer verdient duidelijk de voorkeur. De genetische moeder van het kind dat zij ter wereld brengt vervangt op een dubbel vlak de wensmoeder, niet alleen op het vlak van de zwangerschap, maar ook op het vlak van de conceptie. Deze draagmoeder *sensu lato* mag terecht "leenmoeder" of "vervangmoeder" ("mère de substitution") worden genoemd. Een vrouw die het kind enkel draagt en baart, zonder er genetisch mee verwant te zijn is een draagmoeder *sensu stricto* ("mère porteuse").

HOOFDSTUK II
HET DRAAGMOEDERSCHAPSCONTRACT

AFDELING I

GELDIGHEIDSVOORWAARDEN

1270 Net zoals elke andere overeenkomst moet een draagmoederschapscontract, om geldig te zijn, voldoen aan vier voorwaarden die worden opgesomd in artikel 1108 B.W.: de toestemming van de partij die zich verbindt moet vrij en geïnformeerd worden gegeven (§ 1), de partijen die zich verbinden moeten daartoe bekwaam zijn (§ 2). Bovendien moet de verbintenis niet alleen een rechtsgeldig en bepaald voorwerp (§ 3), maar ook een geoorloofde oorzaak hebben (§ 4).

Het feit dat een gegeven toestemming niet rechtsgeldig is, geeft, net als de onbekwaamheid tot contracteren in hoofde van de draagmoeder of de wensouder(s), slechts aanleiding tot de relatieve nietigheid van het draagmoederschapscontract. De afwezigheid van één van de twee andere geldigheidsvoorwaarden leidt echter tot de absolute nietigheid van het draagmoederschapscontract.

Ongeacht het genetisch materiaal afkomstig is van draagmoeder of wensmoeder worden draagmoederschapscontracten door de meerderheid van de auteurs als absoluut nietig beschouwd omdat ze geen of een ongeoorloofd voorwerp, dan wel een ongeoorloofde oorzaak hebben. Toch zijn er ook inzake de vereiste toestemming en bekwaamheid een aantal bedenkingen te formuleren.

§ 1. Toestemming

1271 Verschillende auteurs werpen op dat aan de toestemmingsvereiste in hoofde van de draagmoeder nooit voldaan zal zijn, omwille van de onvoorzienbare risico's die zouden kunnen gepaard gaan met de zwangerschap en de bevalling en de mogelijke fysiologische en psychologische nasleep ervan (M.-F. LAMPE, "Procréation assistée - Problèmes éthiques et juridiques liés au sort de l'embryon - Statut de l'enfant à naître", *Rev. trim. dr. fam.* 1986, (129) 162, nr. 22, c-4); J. RUBELLIN-DEVICHI, "Congélation d'embryons. Fécondation *in vitro*. Mère de substitution. Point de vue d'un juriste", in H. NYSSEN (ed.), *Génétique, procréation et droit*, Arles, Actes Sud, 1985, p. 314, nr. 13). Het is duidelijk dat dit bezwaar geldt voor elke overeenkomst die een medische ingreep met een daaraan gekoppeld gezondheidsrisico impliceert.

Ons inziens kan er van een volwaardige toestemming bij draagmoederschap sprake zijn als alle betrokken partijen hun toestemming op vrije en geïnformeerde wijze hebben gegeven. Zo zal een gegeven toestemming zeker ongeldig zijn indien ze is aangetast door een wilsgebrek zoals dwaling, bedrog of geweld (art. 1109 B.W.). Dit lijkt veeleer een uitzonderlijke hypo-

these te zijn. Bovendien rust op de arts die de voortplanting medisch begeleidt een informatieverplichting die – bij ontstentenis van wettelijke *informed consent*-vereiste – gegrond kan worden op de algemene zorgvuldigheidsverplichting die geldt in de precontractuele fase en gebaseerd is op de artikelen 1382-1383 B.W. (A. DE BOECK en A. VAN OEVELEN, "De begrenzing van de contractuele vrijheid ten aanzien van de beschikkingsmacht over het menselijk lichaam", in X (ed.), *Over zichzelf beschikken. Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1996, 313-314, nrs. 9-11 en nr. 13).

§ 2. Bekwaamheid

1272 Een minderjarig meisje is onbekwaam om te contracteren en kan dus geen draagmoederschapscontract sluiten (art. 1124 B.W.). Hetzelfde geldt voor minderjarige wensouder(s). In deze context kan niet worden afgeweken van de principiële handelingsonbekwaamheid van de minderjarige.

Het argument dat het sluiten van een draagmoederschapscontract een materiële rechtshandeling met een sterk persoonlijk karakter is waardoor de minderjarige deze alleen zou mogen verrichten moet worden verworpen. Nochtans is het zo dat een minderjarige een kind kan erkennen indien hij over voldoende onderscheidingsvermogen beschikt om tot deze rechtshandeling toe te stemmen (zie boven, nr. 389); deze uitzondering op de principiële handelingsonbekwaamheid van de minderjarige is echter verwoord in een uitdrukkelijke wettekst (art. 328 eerste lid B.W.) die ontbreekt inzake draagmoederschap. Voor minderjarigen is de onbekwaamheid de regel en vormt de bekwaamheid de uitzondering.

§ 3. Voorwerp

1273 Alleen zaken die in de handel zijn kunnen het voorwerp van overeenkomsten uitmaken (art. 1128 B.W.). Aangezien de menselijke persoon in principe niet in de handel is en de beperkte uitzonderingen op dit principe niet kunnen worden toegepast op het geval van een draagmoederschapscontract, wordt besloten dat de menselijke persoon niet vatbaar is om het voorwerp van een rechtshandeling uit te maken (P. SENAEVE, "Juridische aspecten van het draagmoederschap", *Vl. T. Gez.* 1988, (247) 250, nr. 10). Het menselijk lichaam kan in zijn geheel niet als een voorwerp worden beschouwd; het is immers een fysieke en psychische eenheid (A. DE BOECK en A. VAN OEVELEN, "De begrenzing van de contractuele vrijheid ten aanzien van de beschikkingsmacht over het menselijk lichaam", in X (ed.), *Over zichzelf beschikken. Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Apeldoorn, Maklu, 1996, 341-342, nr. 69).

Anderen menen dat een draagmoederschapscontract wel een voorwerp heeft, maar dat dit voorwerp strijdig is met de openbare orde (H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité*, II/2, 935, nr. 971, in de context van I.V.F. met E.T., waarbij het embryo geconcipieerd werd met gameten van de wensouders en nadien bij een draagmoeder *sensu stricto* werd ingeplant).

Slechts een minderheid van de auteurs gaat in tegen deze opvatting en is van mening dat een draagmoederschapscontract geen ongeoorloofd voorwerp heeft omdat het contract wordt afgesloten vooraleer het kind is verwekt en zelfs een verwekt kind in de juridische betekenis van het woord geen persoon is (E. GULDIX, "De impact van de medische wetenschap en techniek op het

personen- en gezinsrecht", *R.W.* 1993-94, (1104) 1106, nr. 11). Het creëren van leven is in hun optiek op zich een geoorloofd voorwerp (in die zin: N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, Brussel, Bruylant, 1997, 857, nr. 388).

Het draagmoederschapscontract heeft ons inziens in hoofdorde twee verbintenissen voor de draagmoeder om iets te doen (art. 1101 B.W.) tot voorwerp: vooreerst een embryo tot ontwikkeling laten komen en het kind baren en vervolgens, eens het kind geboren is, de afgifte ervan aan de wensouders. De verbintenissen van de wensouders zouden kunnen worden beperkt tot de betaling van een onkostenvergoeding aan de draagmoeder en de opneming van het kind, zonder specifiëring over diens juridisch statuut. Voornamelijk de contractuele verplichting van de draagmoeder om het kind af te geven is problematisch, gelet op het onvervreemdbaar karakter van het recht van een vrouw die een kind baart om het moederschap op te nemen – dat (indien zij niet anoniem is bevallen) juridisch wordt vastgesteld o.g.v. dwingende rechtsregels –, met alle consequenties daaraan verbonden, waaronder het ouderlijk gezag.

§ 4. Oorzaak

1274 Draagmoederschapscontracten kunnen om verschillende redenen een ongeoorloofde oorzaak (art. 1131 B.W.) hebben.
Dit is vooreerst het geval indien ze een contractuele afspraak i.v.m. de afstamming of de gevolgen ervan bevatten. Aangezien de afstamming deel uitmaakt van de staat van de persoon, raakt de wetgeving betreffende de afstamming de openbare orde (A. HEYVAERT, "De nieuwe procreatietechnieken en de Afstammingswet van 31 maart 1987, *Vl. T. Gez.* 1988, (227) 233, nr. 15). Het recht van de vrouw die van het kind bevalt om haar moederschap t.a.v. dat kind vast te stellen is onvervreemdbaar en onbeschikbaar (N. MASSAGER, "L'influence des techniques de procréation médicalement assistée sur la filiation de l'enfant à naître", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, (135) 220-221, nrs. 75-77). De verbintenis die de draagmoeder vóór de geboorte of zelfs vóór de verwekking aangaat en die ertoe strekt haar kind af te staan en haar ouderlijke rechten over te dragen is strijdig met de openbare orde. Van de regel dat de bevalling de grondslag is voor de vestiging van de afstamming langs moederszijde kan niet rechtsgeldig worden afgeweken d.m.v. een prenatale of preconceptieve overeenkomst (A. HEYVAERT, "De nieuwe procreatietechnieken en de Afstammingswet van 31 maart 1987, *Vl. T. Gez.* 1988, (227) 233, nr. 17). Enkel en alleen al om die reden moet worden aangenomen dat een draagmoederschapscontract met een beding betreffende de afstamming van het kind absoluut nietig is.

Volgens sommige auteurs is de draagmoederschapsovereenkomst nietig omdat haar oorzaak ongeoorloofd is, nu deze bestaat in de beschikking over een persoonlijkheidsrecht, nl. het recht op fysieke integriteit, wat strijdig is met de openbare orde (H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, in *A.P.R.*, Brussel, E. Story-Scientia, 1991, 180-181, nr. 378; W. WILS, "Draagmoederschap: een vergelijkende studie vanuit het recht van de Verenigde Staten van Amerika", *Jura Falc.* 1988-89, (9) 13-14; P. SENAEVE, "Juridische aspecten van het draagmoederschap", *Vl. T. Gez.*

1988, (247) 250, nr. 10, die in een latere publicatie evenwel schrijft dat het niet relevant is de nietigheid van dergelijke overeenkomsten te steunen op de schending van de fysieke integriteit van de betrokken vrouw, nu de fysieke integriteit van het lichaam niet onaantastbaar is en dus niet alle schendingen ervan als ongeoorloofd kunnen worden bestempeld, zodat – uitzonderlijk – overeenkomsten die deze schending tot voorwerp of gevolg hebben, wel als geldig kunnen worden beschouwd (P. SENAEVE, "Overeenkomsten tussen en met samenlevende personen andere dan echtgenoten", in M. STORME, Y. MERCHIERS en J. HERBOTS (ed.), *De overeenkomst vandaag en morgen, XVI° Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1989-1990*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1990, 420, nr. 9)).

Een ander argument om tot het ongeoorloofd karakter van de oorzaak te besluiten, nl. dat draagmoederschapscontracten zouden ingaan tegen het principe van de onbeschikbaarheid van de staat van de persoon, moet worden verworpen, aangezien het fenomeen draagmoederschap – zoals hierboven (zie nr. 1266) gedefinieerd – op geen enkele wijze de staat van de persoon beïnvloedt. Hoewel sommige auteurs het tegendeel beweren (A. DE BOECK en A. VAN OEVELEN, "De begrenzing van de contractuele vrijheid ten aanzien van de beschikkingsmacht over het menselijk lichaam", in X (ed.), *Over zichzelf beschikken. Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Apeldoorn, Maklu, 1996, 342, nr. 69) hoeft een draagmoederschapscontract niet *per se* een (ongeoorloofde) afspraak in te houden i.v.m. de vaststelling van de afstamming van moederszijde. Het komt immers voor dat het moederschap van de draagmoeder volgens de geldende regels wordt vastgesteld door de vermelding van haar naam in de geboorteakte van het kind en dat de wensmoeder nadien overgaat tot volle adoptie. Daarnaast is het ook mogelijk dat een draagmoeder in het buitenland anoniem bevalt en dat een wensmoeder nadien de moederrol opneemt en het kind erkent. In dergelijk geval wordt ons inziens geen enkele inbreuk gepleegd op de afstammingswetgeving (*anders*: A. HEYVAERT, "De nieuwe procreatietechnieken en de Afstammingswet van 31 maart 1987, *Vl. T. Gez.* 1988, (227) 233, nr. 17, die deze laatste werkwijze als wetsontduiking beschouwt).

1275 Indien de draagmoeder voor haar prestaties een financiële vergoeding krijgt die meer bedraagt dan een forfaitaire onkostenvergoeding, dan heeft het contract een ongeoorloofde oorzaak omdat het in strijd is met de goede zeden (art. 1133 B.W.) (G. BAETEMAN, *Overzicht*, 642, nr. 1038; P. SENAEVE, "Juridische aspecten van het draagmoederschap", *Vl. T. Gez.* 1988, (247) 250, nr. 10; P. SENAEVE, "Juridische implicaties van nieuwe ontstaansvormen van menselijk leven", *R.W.* 1985-86, (625) 638, nr. 31; *anders*: E. GULDIX, "De impact van de medische wetenschap en techniek op het personen- en gezinsrecht", *R.W.* 1993-94, (1104) 1106, nr. 11, die draagmoederschap eerder ziet als een vorm van dienstverlening dan als schenking of verkoop van een baby).

AFDELING II

UITWERKING – GEVOLGEN

1276 Ongeacht het draagmoederschapscontract wordt beschouwd als een koopovereenkomst (waarbij de draagmoeder een kind verkoopt aan de wensouders), een aannemingsovereenkomst (waarbij de draagmoeder zich ertoe verbindt een kind ter wereld te brengen met door de wensouders aangebracht genetisch materiaal) of een huurovereenkomst (waarbij de draagmoeder haar baarmoeder verhuurt), de conclusie moet zijn dat de overeenkomst waarin

een vrouw zich er nog vóór de geboorte (of zelfs vóór de verwekking) toe verbindt het kind dat zij zal baren af te geven, absoluut nietig is omdat het recht om haar moederschap t.a.v. dit kind te doen vaststellen als onvervreemdbaar moet worden beschouwd.

De (geoorloofde) afstand van een kind voor adoptie die plaatsvindt na de geboorte is niet vergelijkbaar met een draagmoederschapscontract. De wetgever heeft het nodig gevonden de vrouw die het kind baart (tegen zichzelf) te beschermen door te bepalen dat de toestemming tot adoptie ten vroegste twee maanden na de geboorte kan worden gegeven door de ouder die een afstammingsband met het kind heeft (art. 348-4 eerste lid B.W., vgl. het oude art. 348 § 1 vijfde lid B.W.).

1277 Een gevolg van de nietigheid van een afgesloten draagmoederschapscontract is *de lege lata* dat wanneer één van de contracterende partijen weigert haar verbintenis na te komen, de andere partij de naleving van de overeenkomst niet voor de rechter kan afdwingen.

Deze regel is ook terug te vinden in de ontwerp-aanbeveling aan het Comité van Ministers van de Raad van Europa inzake kunstmatige inseminatie bij de mens die werd opgesteld door het CAHBI (1989): "Aucun contrat ou accord entre une mère de substitution et la personne ou le couple pour le compte de laquelle ou duquel un enfant est porté ne pourra être invoqué en droit" (principe 15 tweede lid). Hij werd recentelijk bevestigd in de toelichting bij principe 1 van het "Witboek" CJ-FA (2002), randnr. 13.

In Frankrijk is de nietigheid van draagmoederschapscontracten sinds de Wet van 29 juli 1994 uitdrukkelijk in de wet opgenomen: "Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle" (art. 16-7 C.c.).
De Franse cassatierechtspraak was voordien al in dezelfde zin gevestigd: de overeenkomst waarin een vrouw zich – ook al is het ten kosteloze titel – verbindt tot de verwekking en de zwangerschap van een kind dat zij bij de geboorte zal verlaten en ter beschikking zal stellen van wensouders, werd strijdig bevonden met beginselen van openbare orde zoals de onbeschikbaarheid van het menselijk lichaam en – o.i. ten onrechte – de staat van de persoon (Cass. fr. (plén.) 31 mei 1991, *J.T.* 1991, 767, noot X. DIJON en J.-P. MASSON, waarin geoordeeld werd dat de volle adoptie van dit draagkind als ultieme fase in een totaalproces om wensouders toe te laten het kind in hun gezin op te voeden in uitvoering van een contract waarbij een vrouw het kind bij de geboorte moet afstaan, een misbruik zou uitmaken van het instituut adoptie; dit cassatiearrest verbreekt een arrest van het Hof van Beroep te Parijs d.d. 15 juni 1990 (*ibid.*), dat de volle adoptie uitsprak o.m. op basis van de overweging dat het draagmoederschap dat een uiting is van de vrije wil en tot de verantwoordelijkheid behoort van degene die er zich zonder winstbejag toe leent, als geoorloofd moet worden beschouwd en niet strijdig is met de openbare orde). Het Franse Hof van Cassatie heeft zijn afwijzende rechtspraak later nog in dezelfde bewoordingen bevestigd (zie Cass. fr. (1e ch. civ.) 29 juni 1994, *J.T.* 1995, 149).

In Nederland wordt de nietigheid van het draagmoederschapscontract door de meeste auteurs aangenomen; enkel BROEKHUIJSEN-MOLENAAR neemt een genuanceerd standpunt in door de overeenkomst deels relatief nietig/geldig, deels partieel nietig en deels geldig te beschouwen, afhankelijk van de specifieke onderdelen van het contract. De Nederlandse doctrine was lange tijd unaniem in de vaststelling dat nakoming van de hoofdverplichtingen uit het contract niet kan worden afgedwongen (zie G. STEENHOFF, "Rechtsvergelijkende synthese" en A. BROEKHUIJSEN-MOLENAAR, "Geoorloofdheid van draagmoederschap naar Nederlands (wenselijk) recht", in K. BOELE-WOELKI en M. ODERKERK (red.), *(On)geoorloofdheid van het draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Antwerpen/Groningen, Intersentia, 1999, resp. 157 en 34-37). Recentelijk zijn echter stemmen opgegegaan om onder bepaalde omstandigheden de naleving van afspraken over draagmoederschap in rechte afdwingbaar te achten, waarbij de contractuele gebondenheid groeit, parallel met het geboorteproces (zie J.H. NIEUWENHUIS, "Promises, promises. Over contracten en andere afspraken", *NJB* 2001, 1795-1799 en P. VLAARDINGERBROEK, "Draagmoederschap: een gecompliceerde constructie", *AA* 2003, (171) 176-178).

§ 1. Bescherming van de draagmoeder

1278 De draagmoeder wordt door de nietigheid van de draagmoederschapsovereenkomst in dubbel opzicht beschermd.
Vooreerst kan ze weigeren het kind af te staan op het moment van de geboorte.

In Rusland – waar draagmoederschap wettelijk is geregeld – is het recht van de draagmoeder om te beslissen of ze het kind al dan niet houdt zelfs in de wet ingeschreven (zie O.A. KHAZOVA, "Genetics and Artificial Procreation in Russia", in M.-Th. MEULDERS-KLEIN, R. DEECH en P. VLAARDINGERBROEK (eds.), *Biomedicine, the Family an Human Rights*, Den Haag/Londen/New York, Kluwer Law International, 2002, 387).

Daarenboven kan de draagmoeder nooit gedwongen worden schadevergoeding te betalen aan de wensouders voor het niet-uitvoeren van haar contractuele verplichtingen.

§ 2. Onzekere positie van de wensouders

1279 De absolute nietigheid van een gesloten draagmoederschapcontract heeft voor de wensouders voor- en nadelen in de hypothese dat het contract niet wordt nageleefd.

– Negatief voor de wensouders is dat zij problemen zullen ondervinden wanneer zij terugbetaling van de aan de draagmoeder betaalde bedragen vorderen indien deze de overeenkomst niet naleeft, omwille van de adagia *In pari causa turpitudinis cessat repetitio* en *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans.*

LAMPE verdedigt evenwel – als enige in de doctrine – de terugbetalingsplicht van de draagmoeder o.g.v. een *actio de in rem verso* waarover de wensouders zouden beschikken (M.-F. LAMPE, "Procréation assistée - Problèmes éthiques et juridiques liés au sort de l'embryon - Statut de l'enfant à naître", *Rev. trim. dr. fam.* 1986, (129) 163, nr. 22, c-8).

Volgens MASSAGER kunnen de wensouders geen enkele aanspraak maken op terugbetaling van de reeds betaalde bedragen omdat beide genoemde adagia zich radicaal verzetten tegen elke aanspraak die gegrond is op de (nietige) draagmoederschapsovereenkomst (N. MASSAGER, "L'influence des techniques de procréation médicalement assistée sur la filiation de l'enfant à naître", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, (135) 221, nr. 76).
Volgens SENAEVE kunnen de wensouders niet de terugbetaling vorderen van hetgeen zij reeds aan de draagmoeder hebben betaald voor haar prestaties wanneer deze weigert de overeenkomst verder uit te voeren, op basis van het adagium *In pari causa turpitudinis cessat repetitio.* Volgens deze auteur is de toepassing van het adagium facultatief en moet de rechter de restitutie alleen weigeren als hij meent dat het algemeen belang daarmee gediend wordt (P. SENAEVE, "Juridische aspecten van het draagmoederschap", *Vl. T. Gez.* 1988, (247) 251, nr. 11).

Bij nader inzien mag aan beide rechtsspreuken geen identieke draagwijdte worden toegekend. *In pari causa* ... is qua betekenis beperkt tot de terugvordering (*repetitio*) van reeds nagekomen prestaties; *Nemo auditur* ... heeft een ruimere draagwijdte aangezien het zich ook verzet tegen een eis tot uitvoering en zelfs tegen een eis tot vernietiging van een overeenkomst die strijdig is met de openbare of de goede zeden (W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbin-*

tenissenrecht, Leuven, Acco, 2001, 92). Beide adagia moeten echter niet verplicht worden toegepast door de rechtbank.

Sinds enkele decennia wordt aangenomen dat de rechter niet verplicht is toepassing te maken van *In pari causa* ... (Cass. 8 december 1966, *Arr. Cass.* 1967, 450, *Pas.* 1967, I, 434, *R.W.* 1967-68, 397 en *R.C.J.B.* 1967, 5, met concl. HAYOIT DE TERMICOURT en noot J. DABIN) en dat hij de terugvordering kan weigeren "hetzij omdat hij van oordeel is dat [anders] de preventieve rol van de sanctie van absolute nietigheid (...) in het gedrang zou [komen], hetzij nog omdat hij meent dat de sociale orde vereist dat een van de medecontractanten zwaarder moet worden getroffen" (Cass. 24 september 1976, *Arr. Cass.* 1977, 98, *Pas.* 1977, I, 101 en *R.W.* 1976-77, 2269). Inmiddels heeft het Hof van Cassatie ook m.b.t. *Nemo auditur*... geoordeeld dat dit adagium geen dwingende wettelijke bepaling is (Cass. 5 september 1996, *Arr. Cass.* 1996, 708, *Pas.* 1996, I, 760 en *R. Cass.* 1997, 224, noot I. CLAEYS).

De visie van MASSAGER die erin bestaat dat de draagmoeder in geen enkel geval op vordering van de wensouders tot terugbetaling kan worden veroordeeld o.g.v. het adagium *Nemo auditur* ... kan worden begrepen na vergelijking met het Franse recht, waarin deze rechtsspreuk een heel andere betekenis heeft dan in ons recht en enkel wordt aangewend bij contracten die nietig zijn wegens de immoraliteit van het voorwerp of van de oorzaak. Dit adagium verzet zich dan tegen de teruggave van wat gepresteerd was onder uitvoering van het nietige contract. Nochtans wordt het ook in Frankrijk niet automatisch toegepast, in die zin dat de rechters de teruggave kunnen weigeren of toestaan; zij zullen de teruggave echter weigeren wanneer degene die het "contrat nul pour immoralité" heeft uitgevoerd, zelf een "but immoral" nastreeft (W. GELDHOF, "In pari causa ... een waardevol adagium", *T.B.B.R.* 2001, (514) 525). In de hypothese dat de wensouders het contract hebben uitgevoerd door de betaling van de draagmoeder om voor hen een kind te baren kan moeilijk worden verdedigd dat zijzelf een immoreel doel nastreefden, zodat *Nemo auditur* ... in deze context minder toepasselijk lijkt dan *In pari causa* ...

De facultatieve toepassing van de vermelde adagia vormt een bevredigende sanctie, nu zij ruimte laat voor een rechterlijk oordeel op basis van de billijkheid.

De kritiek dat het facultatief karakter de rechtszekerheid niet ten goede komt, kan worden gepareerd met de stelling dat partijen bij een nietige overeenkomst geen aanspraak kunnen maken op rechtszekerheid (J. DABIN, " 'In pari causa turpitudinis cessat repetitio': fondement, conditions et champ d'application de l'adage. 'Quid' pour les choses données en gage?", (noot onder Cass. 8 december 1966), *R.C.J.B.* 1967, (25) 33, nr. 13). Onzekerheid omtrent de juridische gevolgen van een draagmoederschapscontract heeft een afschrikkend effect: wensouders blijven in het ongewisse of de bedragen die ze aan de draagmoeder betaald hebben al dan niet effectief zullen moeten worden terugbetaald bij niet-uitvoering van haar verbintenis het kind af te geven. Rechtsonzekerheid kan ook een middel zijn om te bereiken dat wensouders minder geneigd zijn draagmoederschapsovereenkomsten te sluiten.

– Positief voor de wensouders is dat zij na de geboorte niet gedwongen kunnen worden het kind op te nemen, bv. omdat het een handicap vertoont (P. SENAEVE, "Juridische aspecten van het draagmoederschap", *Vl. T. Gez.* 1988, (247), 250-251, nr. 11).

DIRIX houdt er een andere visie op na: deze auteur acht het mogelijk dat iemand op geoorloofde wijze een contractuele aantasting van zijn grondrechten toelaat, zolang deze maar niet onherroepelijk is. De overeenkomst is in die optiek niet afdwingbaar t.o.v. de draagmoeder, omdat anders de menselijke waardigheid op een onduldbare wijze in het gedrang zou komen; ze is dat echter wel t.o.v. de wensouders: zij zouden niet meer kunnen weigeren het ouderschap op te nemen. Op die manier blijft een grondrecht als het recht op fysische integriteit onvervreemdbaar (zie E. DIRIX, "Overeenkomsten en menselijke waardigheid", *R.W.* 1989-90, (686) 686-687).

Ons inziens is dit standpunt juridisch moeilijk verdedigbaar. Het ouderlijk gezag – dat ouderlijke rechten en plichten omvat – is immers een gevolg van de afstamming. Zowel de regels inzake afstamming als deze inzake ouderlijk gezag raken de openbare orde. Indien de draagmoeder juridisch de moeder van het kind is door de vermelding van haar naam in de geboorteakte (art. 312 § 1 B.W.), dan oefent zij – als juridische ouder – het ouderlijk gezag uit over het kind dat ze ter wereld heeft gebracht, principieel samen met de man die een juridisch vastgestelde afstammingsband met het kind heeft, in een regime van gezamenlijke gezagsuitoefening, ongeacht of zij al dan niet samenleven (zie resp. art. 373 eerste lid en 374 eerste lid B.W.). Indien het kind enkel een juridisch vastgestelde afstamming langs moederszijde heeft, dan oefent de moeder alleen het ouderlijk gezag uit (art. 375 eerste lid B.W.). Indien de afstamming van de draagmoeder t.o.v. het kind juridisch vaststaat – wat de regel zou moeten zijn (zie verder, nrs. 1284-1286) – dan kan de wensmoeder het ouderlijk gezag op geen enkele andere manier verkrijgen dan na adoptie van het kind; de wensvader die erin slaagt het door een draagmoeder gebaard kind te erkennen is als gevolg van zijn afstammingsband met het kind juridische ouder en dus bekleed met het ouderlijk gezag. De stelling dat wensouders *de lege lata* niet zouden kunnen weigeren het ouderschap op te nemen is slechts correct indien wordt uitgegaan van de drievoudige premisse dat de afstammingsband tussen draagmoeder en kind niet vaststaat, dat de wensmoeder het ouderlijk gezag uitoefent (na erkenning of adoptie) en dat de wensvader de juridische vader van het kind is. Dat dergelijke situatie niet de regel is indien een kind uit een draagmoeder wordt geboren lijkt voldoende aangetoond, zeker nu de draagmoeder die ook juridisch moeder is slechts twee maanden na de geboorte van het kind dat zij gebaard heeft haar toestemming tot de adoptie kan geven (art. 348-4 eerste lid B.W.).

In Rusland kunnen gehuwde wensouders die schriftelijk hebben toegestemd tot inplanting van een embryo in een andere vrouw met de bedoeling dat zij dat baart (het zgn. "hoogtechnologisch" draagmoederschap) en waarvan de vrouw niet in staat is zelf een kind te baren, als ouders worden ingeschreven in een zgn. boek van registratie van geboorten, mits toestemming van de draagmoeder. Nadat hun ouderschap eenmaal is ingeschreven, kunnen zij hun moederschap en vaderschap niet betwisten (zie art. 51 vierde lid en art. 52 derde lid Russisch Familiewetboek). Als de wensouders niet willen meewerken aan hun inschrijving in het register van de burgerlijke stand wordt hun ouderschap door de rechter vastgesteld en worden zij krachtens het vonnis ingeschreven, ook wanneer het kind met zware handicaps is geboren. Niet-nakoming van de verplichting uit de draagmoederschapsovereenkomst om het juridisch ouderschap van het draagkind op te nemen lijkt in Rusland dus niet mogelijk (M. ANTOKOLSKAYA, "Draagmoederschap naar Russich recht", in K. BOELE-WOELKI en M. ODERKERK (red.), *(On)geoorloofdheid van het draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Antwerpen/Groningen, Intersentia, 1999, p. 149).

De invoering van een plicht voor de wensouders om het kind tegen hun zin op te nemen is niet alleen vanuit juridisch oogpunt problematisch, maar ook maatschappelijk niet verdedigbaar, mede gelet op het belang van het kind. Een kind dat ongewenst is zal wellicht voor adoptie worden afgestaan; adoptie door derden is eveneens een oplossing indien de wensouders vóór de geboorte van het door hen gewenste kind reeds overleden zijn. Adoptie van een gehandicapt kind lijkt echter niet evident.

§ 3. Risico's voor de arts

1280 Ook de arts die de bevruchting van de draagmoeder medisch begeleidt en op die manier meewerkt aan de eerste fase van de uitvoering van een draagmoederschapscontract loopt risico's.

De toepassing van een procreatietechniek moet kunnen worden gekaderd in de medische toelaatbaarheid voor de arts om het misdrijf opzettelijk toebrengen van lichamelijk letsel te begaan (zie art. 392 e.v. Sw.; K.B. nr. 78 van 10 november 1967 betreffende de uitoefening van de gezondheidszorgberoepen, afgekort: Wet Uitoefening Geneeskunst).

De medische behandelingsovereenkomst doet problemen rijzen, zowel op burgerrechtelijk als op strafrechtelijk vlak.

Burgerrechtelijk deelt de overeenkomst tussen arts en draagmoeder volgens een aantal auteurs in het lot van het draagmoederschapscontract tussen deze vrouw en de wensouder(s); ze is *ab initio* nietig. Ook al zou ze geldig zijn, dan nog kan de draagmoeder niet tot nakoming ervan verplicht worden (H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, in *A.P.R.*, Brussel, E. Story-Scientia, 1991, 181-182, nr. 379).
MASSON maakt i.v.m. de rechtsgeldigheid van de overeenkomsten die de arts sluit en diens aansprakelijkheid een onderscheid tussen K.I. en I.V.F.
– De overeenkomst tot kunstmatige inseminatie van de draagmoeder wordt theoretisch geldig geacht, evenwel op voorwaarde dat zij is afgescheiden van het contract m.b.t. de afgifte van het kind. Indien er slechts één contract is afgesloten, dan moet dit in zijn geheel als nietig worden beschouwd, aangezien de clausules die de arts verbinden het – ongeoorloofd – engagement van de draagmoeder om het kind af te geven als oorzaak hebben (H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité*, II/2, 933-934, nr. 967).
– De overeenkomst met de arts tot inplanting van een embryo (geconstrueerd met een eicel van de wensmoeder) bij een draagmoeder ontsnapt volgens deze auteur niet aan de nietigheid, zelfs al is ze afgescheiden van de overeenkomst waarin de afgifte van het kind is gestipuleerd, omdat de arts die tot inplanting overgaat zeer goed weet dat de draagmoeder zich ertoe verbindt om het kind af te staan aan de genetische moeder, nu deze laatste anders geen beroep op een draagmoeder zou hebben gedaan. Volgens MASSON zou het kind dat geconfronteerd wordt met een conflict tussen de draagmoeder en de wensmoeder een trauma kunnen oplopen en gerechtigd zijn om herstel daarvan te vorderen van alle partijen, met inbegrip van de arts. Daarentegen zouden noch de draagmoeder, noch de genetische moeder, noch de vader de aansprakelijkheid van de arts op het spel kunnen zetten, aangezien zijzelf om tussenkomst van de arts hebben gevraagd (H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité*, II/2, 936-937, nr. 972).

Strafrechtelijk pleegt de arts bij toepassing van K.I. of I.V.F. met E.T. volgens sommige auteurs een inbreuk op de fysieke integriteit van de draagmoeder die gekwalificeerd kan worden als het misdrijf opzettelijke slagen en verwondingen (art. 398 Sw.). Haar toestemming volstaat in hun optiek niet om deze strafrechtelijk beteugelde inbreuk te rechtvaardigen. De geneesheer zou op zijn beurt in een dergelijk geval de medische noodzaak niet als een rechtvaardigingsgrond kunnen inroepen, aangezien de ingreep voor de draagmoeder geen aanwijsbare curatieve doeleinden nastreeft (H. NYS, "Het medisch recht en het 'kunstmatig leven'", *Kultuurleven* 1986, (262) 270; P. SENAEVE, "Juridische aspecten van het draagmoederschap", *Vl. T. Gez.* 1988, (247) 251, nr. 12). Een medische behandelingsovereenkomst waarbij iemand een aantasting van zijn fysieke integriteit toestaat heeft een geoorloofd karakter wanneer deze inbreuk noodzakelijk of nuttig is ter bevordering van de gezondheid van hem zelf (H. NYS, *Medisch recht*, Leuven, Acco, 2001, 99). Deze geldigheidsvoorwaarde is niet vervuld nu de draagmoeder zelf geen enkel medisch voordeel put uit een behandeling ter voorbereiding van een zwangerschap ten behoeve van een ander.

Toch zou de medische interventie bij de draagmoeder eventueel kunnen worden verantwoord door de wil van de draagmoeder om aan de problemen van de wensouders tegemoet te komen, naar analogie met de afgifte van een long, nier of beenmerg, waar het – aanvaard – therapeutisch doel voor de ingreep bij de donor ook bestaat in het willen tegemoetkomen aan de wens van de receptor (A. DE WOLF, "Draagmoederschap in België en Frankrijk: een stand van zaken", in K. BOELE-WOELKI en M. ODERKERK (red.), *(On)geoorloofdheid van het draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Antwerpen/Groningen, Intersentia, 1999, p. 95).

De ontwerpaanbeveling inzake kunstmatige inseminatie bij de mens, ontworpen in de schoot van de Raad van Europa, vereist een wettelijke basis voor de procreatiegerichte behandeling die de arts uitvoert in het raam van draagmoederschap:
"Aucun médecin ou établissement ne doit utiliser les techniques de procréation artificielle pour la conception d'un enfant qui sera porté par une mère de substitution" (principe 15 eerste lid ontwerp-aanbeveling CAHBI (1989)).
"Toutefois, les Etats peuvent, dans des cas exceptionnels fixés par leur droit national, prévoir, sans faire exception au paragraphe 2 du présent Principe [*i.e.* de regel dat de overeenkomst tussen draagmoeder en wensouders niet in rechte kan worden ingeroepen], qu'un médecin ou un établissement pourra procéder à la fécondation d'une mère de substitution en utilisant des techniques de procréation artificielle, à condition:
a. que la mère de substitution ne retire aucun avantage matériel de l'opération; et
b. que la mère de substitution puisse à la naissance choisir de garder l'enfant" (principe 15 vierde lid).

Het voorwaardelijk en uitzonderlijk karakter van in nationale wetgeving voorziene toelaatbaarheid van de kunstmatige bevruchting van een draagmoeder door een arts is herbevestigd in de toelichting bij principe 1 van het "Witboek" CJ-FA (2002), randnr. 13.

Wanneer de draagmoeder uit de zwangerschap of de bevalling schade lijdt, kan de arts dus zowel burgerrechtelijk als strafrechtelijk aansprakelijk worden gesteld (eveneens in die zin: N. DENIES, "Génétique et procréation assistées en Belgique: état du droit et des pratiques", in M.-Th. MEULDERS-KLEIN, R. DEECH en P. VLAARDINGERBROEK (eds.), *Biomedicine, the Family an Human Rights*, Den Haag/Londen/New York, Kluwer Law International, 2002, 215).

§ 4. Noodzaak tot regulering?

1281 Het antwoord op de vraag of het fenomeen draagmoederschap in België via een wettelijke regeling moet worden omkaderd, is afhankelijk van een beleidskeuze. Het huidig gebrek aan reglementering veroorzaakt rechtsonzekerheid voor alle betrokkenen en heeft – willens nillens – een zeker afschrikkend effect.

1282 De meningen zijn verdeeld over de vraag naar de strekking van het wetgevend optreden dat erop gericht is de belangen van de participanten bij draagmoederschap zo goed mogelijk te beveiligen.

Sommige auteurs achten het noodzakelijk dat de wetgever een basis vestigt voor de toepassing van het draagmoederschapscontract (J.B.M. VRANKEN, "Contractualisering en draagmoederschap", *T.P.R.* 1997, (1751) 1761; zie voor concrete voorstellen: E. GULDIX, "De impact van de medische wetenschap en techniek op het personen- en gezinsrecht", *R.W.* 1993-94, (1104) 1120, nr. 72 en P. BORGHS, *Juridische aspecten van homoseksueel ouderschap. Het recht om lief te hebben*, Gent, Mys & Breesch, 1998, p. 81, nrs. 161-162).

Anderen pleiten voor een expliciet wettelijk verbod op draagmoederschapscontracten (N. MASSAGER, "L'influence des techniques de procréation médicalement assistée sur la filiation de l'enfant à naître", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, (135) 221-222, nr. 77). Zo werd voorgesteld om draagmoederschapscontracten in ieder geval te verbieden, al was het maar omdat het kind er als een object wordt beschouwd (in dezelfde zin: A. ROUVROY, "Quelques questions relatives aux procréations médicalement assistées", *J.T.* 1997, (769) 774).
De wetgever heeft zich voor dergelijke benadering niet ongevoelig getoond, nu in de anno 2003 hervormde adoptiewetgeving de adoptieakte is verdwenen. Bovendien is opgemerkt dat de prak-

tijk van draagmoeders raakt aan de essentie van het moederschap dat één en onoverdraagbaar is (zie E. MONTERO, "Observations: L'adoption consécutive à un contrat de mère porteuse", (noot onder Jeugdrb. Brussel 4 juni 1996), *T. Gez.* 1997-98, (124) 128, nr. 11).

Lange tijd leek de Belgische doctrine overwegend geneigd de voorkeur te geven aan een verbod om draagmoederschapscontracten af te sluiten, o.g.v. een filosofische traditie waarin het draagmoederschap en zijn contractualisering wordt beschouwd als een gevaarlijke verzwakking van het onderscheid tussen mensen en dingen.

Op het niveau van de Raad van Europa wordt nochtans geen verbod op draagmoederschap aanbevolen, maar wel een gecontroleerde toepassing ervan, in het belang van het kind.

"A cet égard, les Etats qui autorisent la maternité de substitution dans des cas définis par leur droit interne devraient prévoir des procédures sous contrôle des autorités compétentes, afin de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant au moment du transfert de la filiation juridique de la mère de substitution à la nouvelle mère juridique", met inachtname van o.m. het reeds eerder vermelde principe 15 vierde lid ontwerp-aanbeveling CAHBI (1989) (toelichting bij principe 1 van het "Witboek" CJ-FA (2002), randnr. 13).

Mettertijd zal ons land naar alle waarschijnlijkheid deze laatste weg inslaan.

HOOFDSTUK III
AFSTAMMING VAN MOEDERSZIJDE

AFDELING I

VASTSTELLING VAN DE AFSTAMMING

§ 1. Vermelding van de naam van de moeder in de geboorteakte

1283 De complexiteit van sommige medische procreatietechnieken die worden toegepast teneinde de draagmoeder te bevruchten staat in schril contrast met de eenvoud waarmee na om het even welke voortplantingstechniek de afstamming langs moederszijde van het draagkind juridisch wordt vastgesteld. De draagmoeder is juridisch de moeder o.g.v. de regel *Mater semper certa est*, maar de wensmoeder kan overgaan tot adoptie (§ 1). Slechts in uitzonderlijke gevallen zal de wensmoeder een oorspronkelijke afstammingsband met het draagkind tot stand kunnen brengen, via erkenning (§ 2) of gerechtelijke vaststelling van haar moederschap (§ 3).

A. TOEPASSING VAN DE REGEL *MATER SEMPER CERTA EST*

1284 De regel *Mater semper certa est* houdt in dat de naam van de vrouw die van een kind bevalt in de geboorteakte moet worden vermeld, met als gevolg dat de vrouw die het kind heeft gebaard juridisch moeder wordt (art. 312 § 1 *j°* art. 57, 2° B.W.).
Deze regel moet worden toegepast, ook al is de genetische moeder een andere vrouw die meegewerkt heeft aan in-vitrofertilisatie met eiceldonatie of embryodonatie, gevolgd door embryotransfer. Ook al wordt bij de draagmoeder een embryo ingeplant dat gegroeid is uit de gameten van totaal onbekende derden, na de bevalling – en de vermelding van haar naam in de geboorteakte – wordt zij de moeder (zie Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 55).
Dezelfde oplossing geldt indien de draagmoeder die van het kind bevalt kunstmatig is geïnsemineerd met het sperma van de wensvader of met sperma van een donor.

Een draagmoederschapscontract kan aan het beginsel van de vaststaande afstamming van moederszijde niets veranderen. Bij overeenkomst kan niet worden afgeweken van de dwingende bepalingen van artikel 312 § 1 B.W. (J. GERLO, *Handboek Personen- en familierecht*, 14, nr. 24), die zelfs de openbare orde raken. De draagmoeder die van het kind bevallen is – en wiens naam in de geboorteakte is vermeld – zal de juridische moeder van het kind zijn (en haar eventuele echtgenoot de juridische vader, zie verder, nr. 1310).

Specifiek m.b.t. draagmoederschap wordt in het "Witboek" van de Raad van Europa bevestigd dat het eerste principe op grond waarvan de vrouw die van het kind bevalt ook de juridische moeder is de juridische toestand ten tijde van de geboorte betreft, alle andere afspraken ten spijt. "Par conséquent, aucun accord préalable concernant la naissance de l'enfant et le don de celui-ci à une tierce personne n'affectera la filiation juridique maternelle au moment de la naissance. En d'autres termes, toutes les circonstances antérieures touchant à la conception et la grossesse (par exemple, maternité de substitution) et toute modification ultérieure de la filiation juridique (par exemple, adoption par une autre personne) seront sans incidence sur la filiation juridique maternelle au moment de la naissance" ("Witboek" CJ-FA (2002), toelichting bij principe 1, randnr. 14).

1285 De wensouders die de vermelding van de naam van de (draag)moeder in de geboorteakte van het kind willen vermijden, zullen in België op *quasi*-onoverkomelijke moeilijkheden stuiten. Een dubbel aanmeldingssysteem zorgt er immers zo goed als zeker voor dat de naam van de vrouw die van het kind bevallen is in de geboorteakte wordt vermeld. Als het kind niet binnen de vijftien dagen na de geboorte is aangegeven, wordt de plicht tot kennisgeving van de geboorte omgezet in een aangifteverplichting, op grond waarvan de aangifte moet gebeuren door het personeel van de instelling waar het kind geboren is, of, in de andere gevallen, door geneesheren, vroedvrouwen of andere personen die bij de bevalling tegenwoordig zijn geweest of door de persoon bij wie de bevalling heeft plaatsgehad (art. 56 §§ 1 en 2 B.W.; zie boven, nrs. 94-95).
De hypothese dat een andere vrouw erin zou slagen haar naam als moeder van het kind op te geven is zeer onwaarschijnlijk, aangezien de formulieren die voor de verplichte kennisgeving worden gebruikt eveneens melding maken van alle gegevens van de moeder en zelfs van die van de vader (A. De Wolf, "Draagmoederschap in België en Frankrijk: een stand van zaken", in K. Boele-Woelki en M. Oderkerk (red.), *(On)geoorloofdheid van het draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Antwerpen/Groningen, Intersentia, 1999, p. 105-106).

1286 Tekortkomingen op het vlak van de aangifte- en kennisgevingsplicht worden correctioneel bestraft.

Niet alleen hij die gehouden is krachtens artikel 56 § 1 eerste lid, § 2 eerste lid en § 3 B.W. de geboorte van een kind aan te geven en die aangifte niet doet overeenkomstig de bepalingen van artikel 55 en 56 B.W. (art. 361, 1° Sw.), maar ook hij die gehouden is krachtens artikel 56 § 1 tweede lid en § 2 tweede lid B.W. kennis te geven van een bevalling aan de ambtenaar van de burgerlijke stand en die kennisgeving niet doet overeenkomstig die bepalingen (art. 361, 2° Sw.) wordt gestraft met een gevangenisstraf van acht dagen tot drie maanden en met een geldboete van 26 euro tot 200 euro of met een van die straffen alleen.

Indien de vrouw die van het kind bevallen is niet haar eigen naam, maar een valse naam heeft opgegeven of indien de wensmoeder haar naam in de geboorteakte heeft laten akteren, dan stellen beiden zich bloot aan nog zwaardere straffen.

Met opsluiting van vijf jaar tot tien jaar wordt gestraft hij die een kind met een ander kind verwisselt of aan een vrouw een kind toeschrijft waarvan zij niet is bevallen (art. 363 eerste lid Sw.) en de opdrachtgever daartoe, indien de opdracht is uitgevoerd (art. 363 derde lid Sw.).

Hoewel een vrouw in Frankrijk anoniem kan bevallen en de naam van de moeder niet verplicht moet worden opgenomen in de geboorteakte (art. 57 C.c.) wordt de verwisseling van een kind ook daar bestraft: "La substitution volontaire, la simulation ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende. La tentative est punie des mêmes peines" (art. 227-13 C.pén.).

De bevallen vrouw die een valse naam opgeeft aan de ambtenaar van de burgerlijke stand loopt daarenboven het risico op strafvervolging wegens valse naamdracht.

Wie in het openbaar een naam aanneemt die hem niet toekomt wordt overeenkomstig deze bepaling gestraft met gevangenisstraf van acht dagen tot drie maanden en met een geldboete van vijfentwintig euro tot driehonderd euro, of met een van die straffen alleen (art. 231 Sw.).

Wie de opmaak van een geboorteakte verhindert of een opgemaakte geboorteakte vernietigt kan eveneens strafrechtelijk worden vervolgd.

Met gevangenisstraf van zes maanden tot vijf jaar wordt gestraft hij die het bewijs van de burgerlijke staat van een kind vernietigt of het opmaken ervan verhindert (art. 363 tweede lid Sw.) en de opdrachtgever daartoe, indien de opdracht is uitgevoerd (art. 363 derde lid Sw.).

B. AANVULLING OF VERVANGING D.M.V. EEN ADOPTIEVE AFSTAMMINGSBAND

1287 Het enkelvoudig karakter van de afstamming verzet zich tegen een dubbel afstammingsstatuut: twee vrouwen – de draagmoeder en de wensmoeder – kunnen nooit op een gegeven moment tegelijk een afstammingsband met eenzelfde kind hebben. Dat de draagmoeder die niet anoniem bevalt in de regel de juridische moeder van het kind is en blijft, impliceert echter niet *a priori* dat de wensmoeder daarnaast geen juridische banden met het kind kan creëren, op een andere manier dan via de oorspronkelijke afstamming. De beste oplossing om dit doel te bereiken is adoptie (in dezelfde zin: E. GULDIX, "De impact van de medische wetenschap en techniek op het personen- en gezinsrecht", *R.W.* 1993-94, (1104) 1119, nr. 67; S. DE MEUTER, "Het kind en zijn moeder(s). Het moederschap na medisch begeleide voortplanting inzonderheid draagmoederschap", *T.P.R.* 1990, (645) 667, nr. 26 en 669, nr. 31). Adoptie kan worden gezien als een techniek via dewelke de (onbeschikbare) staat van de persoon (het draagkind) op rechtsgeldige wijze in overeenstemming wordt gebracht met de inhoud van de ongeldige draagmoederschapsovereenkomst (in die zin: F. SWENNEN, "Volle adoptie na draagmoederschap: *nihil obstat*?", (noot onder Jeugdrb. Turnhout 4 oktober 2000), *R.W.* 2001-02, (206) 207, nr. 5).

1288 Een juridische band met draagmoeder én wensmoeder kan worden bekomen door gewone adoptie. Veelal zal echter worden geopteerd voor volle adoptie door de wensmoeder, omdat daardoor de (afstammings)banden met de draagmoeder worden verbroken.

1. Voorwaarden voor adoptie van het draagkind

1289 Elke adoptie moet steeds gegrond zijn op wettige redenen; ingeval zij betrekking heeft op een persoon van minder dan achttien jaar kan zij slechts plaatsvinden in het hoger belang van het kind en met eerbied voor de fundamentele rechten die het op grond van het internationaal recht toekomen (art. 344-1 eerste lid B.W.).

Er zijn slechts drie uitspraken in de Belgische gepubliceerde rechtspraak bekend waarin de rechter zich binnen de context van de (oude) adoptiewetgeving moest uitspreken over toepassingsgevallen van draagmoederschap. In alledrie deze zaken was de centrale vraag of de adoptie door de wensouder(s) van het kind dat door een draagmoeder werd gebaard op wettige reden steunde.

In 1989 weigerde het Hof van Beroep van Gent de homologatie van de volle adoptie van een kind dat bij een leenmoeder werd "besteld" door een kinderloos echtpaar omwille van het feit dat deze adoptie niet op wettige redenen steunde en de geadopteerde geenszins tot voordeel strekte. Van de instelling van de adoptie mocht geen karikatuur worden gemaakt (Gent 16 januari 1989, *T. Gez.* 1989, 52).

Zeven jaar later oordeelde de Jeugdrechtbank te Brussel daarentegen op verzoek van een wensmoeder dat aan alle wettelijke voorwaarden voor volle adoptie was voldaan, aangezien de (draag)moeder – zuster van de aspirant-adoptante – haar toestemming gaf tot de adoptie, het kind in het sociaal verkeer reeds beschouwd werd als de zoon van verzoekster en het in het belang van het kind was dat zijn toestand juridisch werd verduidelijkt en dat feit en recht zouden worden verenigd (Jeugdrb. Brussel 4 juni 1996, *T. Gez.* 1997-98, 124, noot E. MONTERO en *J.L.M.B.* 1996, 1182, adv. O.M.).

Nog eens vier jaar later wenste een echtpaar de homologatie te bekomen van de volle adoptie van twee kinderen die met gameten van beide adoptanten *in vitro* waren geconcipieerd. Een gehuwde zus van de vrouw was bereid geweest als leenmoeder te fungeren. De Jeugdrechtbank te Turnhout overwoog dat de kinderen vanaf hun geboorte door de adoptanten werden opgevoed en dat deze de genetische ouders waren. Na de vaststelling dat de draagmoeder en haar echtgenoot – als wettige ouders – hun uitdrukkelijke toestemming gaven tot de volle adoptie en ook de grootouders daartegen geen bezwaar hadden, werd de volle adoptie van het draagkind door de wensouders gehomologeerd, nu de door de wet gestelde voorwaarden waren vervuld en de volle adoptie met inachtname van alle wettige belangen op wettige redenen steunde en de betrokkenen tot voordeel strekte (Jeugdrb. Turnhout 4 oktober 2000, *R.W.* 2001-02, 206, noot F. SWENNEN).

1290 De (on)geldigheid van het draagmoederschapscontract mag ons inziens geen invloed hebben op het verzoek tot adoptie. De rechterlijke beoordeling die het adoptievonnis voorafgaat moet beperkt blijven tot de grond- en vormvoorwaarden en het belang van het kind.

In die zin: A. DE WOLF, "Draagmoederschap in België en Frankrijk: een stand van zaken", in K. BOELE-WOELKI en M. ODERKERK (red.), *(On)geoorloofdheid van het draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Antwerpen/Groningen, Intersentia, 1999, p. 122; N. MASSAGER, "L'influence des techniques de procréation", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, (135) 240-244, nrs. 97-98; E. MONTERO, "Observations: L'adoption consécutive à un contrat de mère porteuse", (noot onder Jeugdrb. Brussel 4 juni 1996), *T. Gez.* 1997-98, (124) 127, nr. 10; *anders*: Rb. Hasselt 27 maart 2001, *Limb. Rechtsl.* 2001, 323, noot van de redactie, waar de rechtbank enerzijds oordeelde dat het haar niet toekwam om binnen het bestek van de procedure tot homologatie van een erkenning door de

biologische vader (echtgenoot van de wensmoeder) een onderzoek uit te voeren naar de inhoud, aard, draagwijdte en juridische (on)geldigheid van de door partijen met een derde gesloten draagmoederschapsovereenkomst, maar anderzijds overwoog dat de juridische waarde van het draagmoederschapscontract zal worden afgewogen in het raam van de geplande procedure tot homologatie van de volle adoptie van het kind door de echtgenote van de erkenner voor de jeugdrechtbank).

Omgekeerd kan de adoptie *ipso facto* de draagmoederschapsovereenkomt geen legitimiteit verschaffen (reeds in die zin: Jeugdrb. Brussel 4 juni 1996, *T. Gez.* 1997-98, 124, noot E. MONTERO en *J.L.M.B.* 1996, 1182, adv. O.M.).

1291 Vanaf de inwerkingtreding van het in 2003 hervormde adoptierecht kunnen ook ongehuwde wensouders van verschillend geslacht – die geen verwanten van elkaar zijn en die op een permanente en affectieve wijze samenwonen sedert ten minste drie jaar op het tijdstip van het verzoek tot adoptie – samen het draagkind (gewoon of ten volle) adopteren (art. 343 § 1 *b)* B.W.).

1292 De wensouders moeten op het tijdstip van de indiening van het verzoekschrift tot adoptie de l e e f t i j d van vijfentwintig jaar hebben bereikt en ten minste vijftien jaar ouder zijn dan het te adopteren draagkind (art. 345 eerste lid B.W.). Zij moeten daarenboven ook bekwaam en g e s c h i k t zijn om te adopteren (art. 346-1 eerste lid B.W.).

De geschiktheid van de wensouder(s) zal door de jeugdrechtbank worden beoordeeld o.g.v. een door haar te bevelen maatschappelijk onderzoek. Vooraleer over de geschiktheid wordt geoordeeld, moet(en) de wensouder(s) de voorbereiding hebben gevolgd die door de bevoegde gemeenschap wordt verstrekt en die meer bepaald de informatie inhoudt over de stappen in de gerechtelijke procedure, de juridische en de andere gevolgen van de adoptie, en over de mogelijkheid en het nut van nazorg na de adoptie (art. 346-2 eerste lid B.W.). De rechtbank houdt inzonderheid rekening met de persoonlijke, familiale en medische toestand van de adoptant en met zijn beweegredenen (art. 346-2 tweede lid B.W.). Het maatschappelijk onderzoek is echter niet verplicht wanneer de adoptant een kind wenst te adopteren dat met hem, met zijn echtgenoot of met de persoon met wie hij samenwoont, zelfs overleden, verwant is tot in de derde graad of met wie hij reeds het dagelijkse leven deelt of met wie hij reeds een sociale en affectieve band heeft (art. 346-2 derde lid 1° en 2° B.W.).

De jeugdrechtbank zal geen maatschappelijk onderzoek (moeten) bevelen indien de echtgenoot of samenwonende partner van de wensmoeder het kind reeds erkend heeft en op die manier verwant is met het kind in de eerste graad (zie art. 346-2 derde lid 1° B.W.) of indien de draagmoeder het kind kort na de geboorte aan de wensouder(s) heeft afgestaan, waarna het draagkind het dagelijks leven deelt met zijn wensouder(s) en zal blijken dat dezen met het kind een sociale en affectieve band hebben (art. 346-2 derde lid 2° B.W.).

1293 Daarnaast moet worden opgemerkt dat de draagmoeder – als juridische moeder – en, in voorkomend geval haar echtgenoot – als juridische vader – hun t o e s t e m m i n g tot de adoptie slechts kunnen geven twee maanden na de geboorte van het kind (art. 348-4 eerste lid B.W.).

Sinds de hervorming van de adoptiewetgeving wordt de draagmoeder en, in voorkomend geval, haar echtgenoot, over de adoptie en de gevolgen van hun toestemming geïnformeerd door de

rechtbank voor wie de toestemming dient te worden gegeven en door haar sociale dienst. Deze informatie heeft inzonderheid betrekking op de rechten, de bijstand en de voordelen waarop de families, de vaders en de moeders, al dan niet alleenstaand, en hun kinderen bij wet of decreet aanspraak kunnen maken, alsook op de middelen waarop een beroep kan worden gedaan om sociale, financiële, psychologische of andere problemen die hun situatie meebrengt, op te lossen (art. 348-4 tweede en derde lid B.W.).

2. *Gevolgen van de adoptie door de wensmoeder of wensouders*

1294 De gevolgen van een door de rechtbank uitgesproken en naderhand in de registers van de burgerlijke stand overgeschreven adoptie werken retroactief terug tot op de datum van de neerlegging van het verzoekschrift tot adoptie (zie art. 349-1 B.W.).

Wat de specifieke gevolgen van een adoptie betreft, moet een onderscheid worden gemaakt tussen gewone adoptie en volle adoptie. De gevolgen van een volle adoptie zijn verregaander dan deze van een gewone adoptie.

a. Gewone adoptie

1295 Na gewone adoptie van het draagkind zal dit in de regel de naam van zijn adoptant-wensouder dragen of, indien twee (gehuwde of samenwonende) wensouders samen adopteren, de naam van de wensvader (art. 353-1 eerste lid B.W.); een dubbele naam is mogelijk indien de partijen de toekenning daarvan aan de rechtbank vragen (art. 353-1 tweede lid B.W.).
De wensouder-adoptant verkrijgt het ouderlijk gezag over het kind, met inbegrip van het wettelijk genot, het recht om zijn ontvoogding te vorderen en toe te stemmen in zijn huweljk (art. 353-8 eerste lid B.W.). Indien twee wensouders het draagkind samen hebben geadopteerd, oefenen zij het ouderlijk gezag gezamenlijk uit (art. 353-9 eerste lid B.W.).
De wensouders-adoptanten zullen ook een adoptieve verwantschap hebben met de afstammelingen van het draagkind (art. 353-12 B.W.); tevens zullen huwelijksbeletselen gelden (art. 353-13 B.W.).
Wensouders en geadopteerd draagkind zijn aan elkaar levensonderhoud verschuldigd in de mate zoals bepaald in artikel 353-14 B.W.
Geadopteerde draagkinderen (en hun afstammelingen) behouden al hun erfrecht in hun oorspronkelijke familie – die zeker de draagmoeder omvat –, maar erven daarenboven ook in de nalatenschap van hun wensouder(s), maar niet in de nalatenschap van de bloedverwanten van deze adoptant(en) (art. 353-15 B.W.).

b. Volle adoptie

1296 Volle adoptie verleent aan het draagkind (en zijn afstammelingen) een statuut met dezelfde rechten en verplichtingen als ware het een kind geboren uit de wensouder(s)-adoptant(en) (art. 356-1 eerste lid B.W.). Het kind dat ten volle is geadopteerd, houdt op tot

zijn oorspronkelijke familie te behoren, onder voorbehoud van de huwelijksbeletselen, die blijven gelden (art. 356-1 tweede lid B.W.).

Het draagkind verkrijgt na volle adoptie de naam van de wensouder-adoptant of, bij adoptie door twee wensouders, de naam van de adopterende man (art. 356-2 eerste lid B.W.).
Volle adoptie door de wensmoeder van het kind van haar echtgenoot of de persoon met wie zij samenwoont, brengt geen wijziging mee in de naam van het kind (art. 356-2 tweede lid B.W.). Deze regel kan tot problemen leiden, bv. voor de ongehuwde wensmoeder wiens concubinaat een einde neemt vooraleer haar adoptie van het draagkind definitief is. Indien haar vroegere (mannelijke) partner – *in tempore non suspecto* – het draagkind (eventueel prenataal) heeft erkend, blijft het kind ondanks de adoptie door deze vrouw toch de familienaam van deze man dragen, wellicht tegen de wil van de wensmoeder en eventueel ook tegen die van haar ex-partner in.

§ 2. Erkenning door een vrouw

1297 Indien de naam van de vrouw die van het kind bevallen is (de draagmoeder) niet in de geboorteakte werd vermeld of wanneer er geen geboorteakte is, kan het moederschap ook worden vastgesteld via erkenning (art. 313 § 1 B.W.) door om het even welke vrouw, dus ook door de wensmoeder.

Een volle adoptie is dus niet de enige manier om juridische banden te creëren tussen het kind en de wensmoeder. Indien de draagmoeder anoniem is bevallen, belet niets dat gehuwde wensmoeder tot erkenning van het draagkind overgaat. Op die manier kan een adoptieprocedure worden vermeden. Indien een gehuwde vrouw een kind erkent dat tijdens het huwelijk geboren is, moet deze erkenning worden medegedeeld aan haar echtgenoot, overeenkomstig artikel 313 § 3 B.W.

De techniek waarbij de draagmoeder anoniem in het buitenland bevalt en de wensmoeder het kind vervolgens erkent, houdt voor de wensmoeder risico's in. In de fase waarin het kind t.o.v. haar (nog) geen bezit van staat heeft, kan haar erkenning door elke belanghebbende (bv. de draagmoeder) succesvol worden betwist indien deze bewijst dat de erkennende vrouw niet van het kind bevallen is (zie verder, nr. 1306).

De draagmoeder die na een anonieme bevalling weigert het kind af te geven, is zelf ook in de mogelijkheid het kind dat zij gebaard heeft te erkennen.

Deze erkenning is, zelfs zonder bezit van staat t.a.v. de erkennende draagmoeder, onbetwistbaar, nu het bewijs dat de draagmoeder niet van het kind bevallen is nooit kan worden geleverd.

§ 3. Gerechtelijke vaststelling van het moederschap

1298 Staat het moederschap niet vast o.g.v. de vermelding van de naam van een vrouw in de geboorteakte of is het kind onder valse namen ingeschreven en heeft geen enkele vrouw het kind erkend, dan is de gerechtelijke vaststelling van het moederschap mogelijk (art. 314 eerste lid B.W.).

Eerder werd verdedigd dat een vrouw zelf de vordering tot gerechtelijke vaststelling van haar eigen moederschap kan inleiden (zie boven, nr. 166). Zowel de draagmoeder als de wensmoeder kan dus het initiatief nemen tot het onderzoek naar hun moederschap. Conflicten tussen beide vrouwen zijn niet denkbeeldig en zelfs reëel indien de draagmoeder zich – tegen alle contractuele afspraken in – heeft bedacht en weigert het kind af te geven omdat ze zelf de moederrol wil vervullen.

Indien de draagmoeder geen afstammingsband met het kind heeft, zal een wensmoeder die het kind bij zich heeft wellicht in eerste instantie opteren voor de vrijwillige wijze van vaststelling van de afstamming via erkenning. Nochtans biedt de gerechtelijke vaststelling van haar moederschap grotere zekerheid, nu een erkenning door de wensmoeder die niet bevestigd wordt door bezit van staat door elke belanghebbende succesvol kan worden betwist indien deze aantoont dat de wensmoeder niet van het kind bevallen is. Het gerechtelijk vastgesteld moederschap van de wensmoeder kan enkel via derdenverzet worden bestreden.

Een procedure tot onderzoek naar het moederschap kan in geval van draagmoederschap worden ingeleid met de bedoeling het moederschap van de wensmoeder vast te stellen (A) of met de bedoeling het moederschap van de draagmoeder vast te stellen (B).

O.g.v. artikel 332*ter* derde lid B.W. dient geen andere vrouw dan de vermeende moeder in het geding tot onderzoek naar het moederschap te worden geroepen. Om het risico op derdenverzet te beperken, lijkt het evenwel raadzaam dat de rechtbank in toepassing van artikel 331*decies* tweede lid B.W., wanneer de wensmoeder haar eigen moederschap gerechtelijk wenst te laten vaststellen, de draagmoeder ambtshalve in het geding roept indien zij niet vrijwillig zou zijn tussengekomen en *vice versa.*

A. MOEDERSCHAP VAN DE WENSMOEDER

1299 Het bezit van staat t.a.v. de wensmoeder (art. 314 vierde lid B.W.) heeft de draagwijdte van een onweerlegbaar vermoeden (zie boven, nr. 153). Het is slechts bij gebreke van bezit van staat dat het bewijs van een afstammingsband tussen moeder en kind door alle wettelijke middelen kan worden geleverd (art. 314 vijfde lid B.W.).
Dit betekent dat indien een andere vrouw dan deze die het kind ter wereld heeft gebracht, bv. de wensmoeder, bezit van staat heeft t.a.v. het kind, zij bij vonnis als moeder kan worden aangewezen. Het bewijs dat zij het draagkind niet heeft gebaard, is dan irrelevant en kan niet verhinderen dat het moederschap van de wensmoeder gerechtelijk wordt vastgesteld o.g.v. bezit van staat.

Ook al moet de eiser in de procedure tot gerechtelijke vaststelling van het moederschap het bewijs leveren dat het kind hetzelfde is als dat van wie de vermeende moeder is bevallen (art. 314 derde lid B.W.), indien er bezit van staat is primeert de socio-affectieve werkelijkheid op de biofysiologische realiteit.

Nu wij aannemen dat het bezit van staat t.a.v. een vrouw een onweerlegbaar bewijs vormt inzake gerechtelijke vaststelling van het moederschap, volgt daaruit dat indien het draagkind bezit van staat heeft t.a.v. de wensmoeder, het onmogelijk is om, overeenkomstig artikel 314 vijfde lid *in fine* B.W., het (tegen)bewijs te leveren dat deze vermeende moeder niet van het kind bevallen is. Uit de structuur van artikel 314 vijfde lid B.W. kan immers worden afgeleid dat het tegenbewijs enkel mogelijk is bij gebreke van bezit van staat.

1300 Bij gebreke van bezit van staat t.a.v. de wensmoeder is het niet zinvol om door alle wettelijke middelen, bv. via een deskundigenonderzoek, te bewijzen dat de vrouw die haar eicel heeft geleverd – vaak de wensmoeder – de genetische moeder is. Het bewijs van genetisch moederschap is irrelevant; de vrouw die van het kind bevallen is wordt juridisch als moeder aangewezen, ook al heeft ze geen genetische band met het kind (vgl. Verslag senaatscommissie I, *Parl. St.* Senaat 1984-85, nr. 904/2, 55).

B. MOEDERSCHAP VAN DE DRAAGMOEDER

1301 Niet alleen het moederschap van de wensmoeder kan gerechtelijk worden vastgesteld, ook dat van de draagmoeder, indien deze laatste anoniem is bevallen, indien niet haar naam maar die van een andere vrouw – een valse naam – in de geboorteakte van het kind werd vermeld of indien er geen geboorteakte is en het kind nog niet door een andere vrouw werd erkend.
De draagmoeder is – per definitie – van het kind bevallen.
Ook hier is het bezit van staat (van het kind t.a.v. de draagmoeder) het primair bewijsmiddel dat deze bevalling kan aantonen (art. 314 vierde lid B.W.).
Bij afwezigheid van bezit van staat t.a.v. de draagmoeder kan het bewijs van het moederschap door alle wettelijke middelen worden geleverd. Een genetisch onderzoek, bevolen in toepassing van artikel 331*octies juncto* artikel 314 vijfde lid B.W., waarbij de DNA-structuur van draagmoeder en kind wordt vergeleken, kan echter niet in alle gevallen uitsluitsel bieden over de bevalling als juridische grondslag voor het moederschap:
– staat vast dat de draagmoeder op natuurlijke wijze zwanger is geworden of via K.I. of G.I.F.T. zonder E.T. werd bevrucht, dan is zij ook de genetische moeder. In dergelijk geval is een deskundigenonderzoek waarbij haar genetisch materiaal en dat van het kind wordt vergeleken wel degelijk zinvol om tot de bevalling en de daaraan gekoppelde afstamming van moederszijde te kunnen besluiten;
– staat vast dat het draagkind geconcipieerd werd met een eicel van de wensmoeder of een donor, dan is de draagmoeder niet genetisch verwant met het kind. In dat geval is een wetenschappelijk onderzoek dat die afwezigheid van genetische band vaststelt irrelevant en onvoldoende om de vordering tot gerechtelijke vaststelling van het moederschap van de draagmoeder af te wijzen.

AFDELING II

BETWISTING VAN DE AFSTAMMING

1302 Voor de betwisting van de afstamming van moederszijde van een kind dat na draagmoederschap ter wereld is gekomen, kan worden verwezen naar wat eerder werd gesteld i.v.m. de betwisting van het moederschap na toepassing van K.I. (zie boven, nrs. 1191-1193) en I.V.F. met E.T. (zie boven, nrs. 1250-1253), naargelang de voortplantingstechniek die werd aangewend om de draagmoeder te bevruchten. Hieronder worden de eerder vermelde regels toegelicht vanuit het perspectief van de draagmoeder en de wensmoeder.

§ 1. Betwisting van het moederschap dat blijkt uit de geboorteakte

1303 Voor de betwisting van het moederschap dat blijkt uit de geboorteakte moet een onderscheid worden gemaakt naargelang de naam van de draagmoeder (A), dan wel die van een andere vrouw (B) in de geboorteakte van het kind is vermeld.

A. MOEDERSCHAP VAN DE DRAAGMOEDER

1304 Wanneer de naam van de draagmoeder in de geboorteakte van het kind vermeld is, dan staat haar moederschap onbetwistbaar vast, ook al is zij niet de genetische moeder van het kind omdat de eicel waaruit het kind is voortgekomen afkomstig was van de wensmoeder of een (al dan niet gekende) donor.

Is het kind gebaard door een vervangmoeder of leenmoeder ("mère de substitution"), dan zal het met dit type draagmoeder ook genetisch verwant zijn.

Is het kind ter wereld gebracht door een draagmoeder *sensu stricto* ("mère porteuse"), dan is de vrouw die van het kind bevallen is niet de genetische moeder (zie ook boven, nr. 1269).

Het bewijs dat de draagmoeder niet bevallen is van het kind (zie art. 312 § 2 B.W.) zal nooit kunnen worden geleverd.

De rechtsleer toont zich verdeeld over de vraag of het wenselijk is dat de genetische moeder het moederschap van de draagmoeder *sensu stricto* ("mère porteuse") – dat vaststaat o.g.v. de geboorteakte – succesvol zou kunnen betwisten. De meerderheid van de auteurs is van mening dat de zwangerschap en de bevalling essentiële elementen van het moederschap zijn, waarvan de gevolgen niet mogen worden betwist door de genetische moeder, ook al zou dat de wensmoeder zijn (M.-F. LAMPE, "Procréation assistée - Problèmes éthiques et juridiques liés au sort de l'embryon - Statut de l'enfant à naître", *Rev. trim. dr. fam.* 1986, (129) 170, nr. 25, a-8), bijgetreden door N. MASSAGER, "L'influence des techniques de procréation", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, (135) 230-231, nr. 86). Ook bij de betwisting van de afstamming is immers enkel het bevallen zijn relevant; de oorsprong van het genetisch materiaal doet hier niet ter zake (in dezelfde zin: P. SENAEVE, "Juridische aspecten van het draagmoederschap", *Vl. T. Gez.* 1988, (247) 252, nr. 13).
De huidige wettelijke regeling sluit de mogelijkheid om het moederschap van de draagmoeder te betwisten – althans in theorie – niet volledig uit: enkel indien er bezit van staat is t.o.v. de vrouw

wiens naam in de geboorteakte is vermeld, zal de vordering tot betwisting van het moederschap onontvankelijk zijn (art. 312 § 3 B.W.). Bij afwezigheid van bezit van staat kan de betwistingsvordering wel degelijk worden ingeleid, maar ze zal telkens als ongegrond moeten worden afgewezen omdat het criterium van de bevalling primeert op de genetische verbondenheid tussen vrouw en kind.
Om die reden is het niet verwonderlijk dat MASSON de genetische moeder afraadt het moederschap van de draagmoeder te betwisten, ook al spreekt deze auteur zich principieel – maar o.i. *contra legem* – uit voor de primauteit van het genetisch moederschap als er zich t.o.v. de draagmoeder geen bezit van staat heeft ontwikkeld (H. DE PAGE en J.-P. MASSON, *Traité*, II/2, 935-936, nr. 971 *j°* nr. 970).

B. MOEDERSCHAP VAN EEN ANDERE VROUW

1305 Slechts in de uitzonderlijke hypothese dat de naam van een andere vrouw dan deze die van het kind is bevallen (bv. de wensmoeder) in de geboorteakte is vermeld, kan het moederschap dat blijkt uit de geboorteakte succesvol worden betwist, op voorwaarde dat het kind geen bezit van staat heeft dat overeenstemt met de geboorteakte (art. 312 § 3 B.W.).

Opgemerkt moet worden dat de personen die doelbewust de naam van een andere vrouw dan de draagmoeder in de geboorteakte laten akteren zich blootstellen aan strafvervolging o.g.v. artikel 363 Sw. (zie boven, nr. 783).

Door alle wettelijke middelen kan worden bewezen dat de vrouw wiens naam in de geboorteakte vermeld staat, niet bevallen is van het kind (art. 312 § 2 B.W.). Indien de wensmoeder – ten onrechte – als moeder in de geboorteakte vermeld is, dan kan het bewijs dat zijzelf een eicel heeft geleverd waarmee een embryo werd geconcipieerd dat bij een andere vrouw werd ingeplant, aantonen dat zij niet van het kind bevallen is. Het juridisch moederschap van de genetische moeder kan op die manier succesvol worden betwist. Zo de rechtbank het bewijs dat de moeder niet van het kind bevallen is aanvaardt, zal ze immers in haar vonnis bepalen dat de vrouw wiens naam in de geboorteakte is vermeld niet de moeder van het kind is.

§ 2. Betwisting van een erkenning door een vrouw

A. ERKENNING DOOR DE WENSMOEDER

1306 Een erkenning door de wensmoeder die (nog) niet bevestigd wordt door bezit van staat is precair, aangezien elke belanghebbende (bv. de draagmoeder) kan bewijzen dat de erkennende vrouw niet van het kind bevallen is (art. 330 § 2 eerste lid B.W.).

Bewijst de wensmoeder (als verweerster in de procedure) dat het kind bezit van staat heeft t.a.v. haarzelf, dan moet de betwistingsvordering worden afgewezen (art. 330 § 2 tweede lid B.W.).

B. ERKENNING DOOR DE DRAAGMOEDER

1307 Een erkenning door de draagmoeder – in weerwil van het draagmoederschapscontract – is onaantastbaar. Zelfs indien de rechtbank niet zou aanvaarden dat het kind bezit van staat heeft t.a.v. de draagmoeder die het heeft erkend, dan nog kan de eisende partij (bij hypothese de wensmoeder) nooit het bewijs leveren dat de draagmoeder niet van het kind bevallen is. Indien de erkenning door de draagmoeder bevestigd wordt door bezit van staat, dan kan zij *a fortiori* onmogelijk nog succesvol worden betwist.

De wensmoeder die partij was bij het draagmoederschapscontract kan ons inziens wel als een belanghebbende in de zin van artikel 330 § 1 eerste lid B.W. worden beschouwd, ook al heeft zij zelf geen eicel afgestaan en is ze dus niet genetisch verwant met het kind. Haar schriftelijk bevestigde intentie om de ouderrol op te nemen verantwoordt haar belang. De nietigheid van het draagmoederschapscontract doet daaraan geen afbreuk.

§ 3. Betwisting van het gerechtelijk vastgesteld moederschap

1308 Het gerechtelijk vastgesteld moederschap kan enkel worden betwist via derdenverzet (art. 331*decies* B.W.; zie boven, nr. 817 e.v.).

HOOFDSTUK IV
AFSTAMMING VAN VADERSZIJDE

AFDELING I

VASTSTELLING VAN DE AFSTAMMING

1309 Hieronder wordt nagegaan hoe de afstamming van vaderszijde wordt vastgesteld indien een draagmoeder van het kind is bevallen. Een onderscheid kan worden gemaakt naargelang de draagmoeder al dan niet gehuwd is.

§ 1. Het kind is geboren uit een gehuwde draagmoeder

A. DE AFSTAMMINGSBAND MET DE DRAAGMOEDER IS JURIDISCH VASTGESTELD

1310 Zoals eerder al werd verduidelijkt, is de gehuwde draagmoeder die niet anoniem bevallen is, de moeder van het kind door de vermelding van haar naam in de geboorteakte (*Mater semper certa est*). Haar echtgenoot zal als gevolg van de vaderschapsregel automatisch de juridische vader van het kind zijn als het kind geboren wordt binnen het huwelijk of binnen de 300 dagen na de ontbinding of nietigverklaring van het huwelijk (art. 315 of 317 B.W.). Zijn naam zal samen met die van de moeder vermeld moeten worden in de geboorteakte van het kind (art. 57, 2° B.W.).

1311 Wanneer het kind verwekt is met sperma van de wensvader zullen de betrokken partijen hoogstwaarschijnlijk dit vermoeden van vaderschap willen keren.

B. DE AFSTAMMINGSBAND MET DE DRAAGMOEDER IS NIET VASTGESTELD

1312 In de uitzonderlijke gevallen dat het kind geen juridische afstammingsband zou hebben met de gehuwde draagmoeder – bv. wanneer deze in het buitenland anoniem is bevallen zodat haar naam niet in de geboorteakte is vermeld of bij ontstentenis van een geboorteakte – wordt de afstamming langs vaderszijde op een verschillende wijze vastgesteld naargelang een andere vrouw (de wensmoeder) er al dan niet in geslaagd is het kind te erkennen of haar moederschap gerechtelijk te laten vaststellen.

1. Erkenning door de wensmoeder of gerechtelijke vaststelling van haar moederschap

1313 Na een – leugenachtige – erkenning door de wensmoeder zal het vaderschap van de echtgenoot van de wensmoeder automatisch o.g.v. de vaderschapsregel worden vastgesteld, voor zover het kind

geboren werd tijdens dit huwelijk of 300 dagen na de ontbinding of nietigverklaring ervan en op voorwaarde dat de erkenning werd medegedeeld aan haar echtgenoot (art. 313 § 3 eerste lid B.W. *juncto* art. 315 B.W.); zonder mededeling is de erkenning hem immers niet tegenwerpelijk (art. 313 § 3 derde lid B.W.).

De regel *Pater is est quem nuptiae demonstrant* zal ook spelen in de hypothese dat de gehuwde wensmoeder erin geslaagd is haar moederschap gerechtelijk te laten vaststellen o.g.v. artikel 314 B.W.: haar echtgenoot is dan vader in toepassing van artikel 315 B.W. Hij dient overigens o.g.v. artikel 332*ter* vierde lid B.W. in het geding te worden geroepen.

Aangezien de wensmoeder nooit zal kunnen bewijzen dat ze daadwerkelijk van het kind bevallen is (vgl. art. 314 derde lid B.W.), zal haar moederschap enkel bij vonnis kunnen worden vastgesteld wanneer het kind bezit van staat heeft t.a.v. de wensmoeder (art. 314 vierde lid B.W.; zie boven, nrs. 150-153).

Aangenomen moet worden dat in het geval dat de erkenning van de wensmoeder succesvol werd betwist (zie daaromtrent boven, nr. 1306) het vaderschap van de echtgenoot van de wensmoeder vervalt. Hetzelfde geldt indien het gerechtelijk vastgesteld moederschap van de wensmoeder via derdenverzet succesvol zou zijn bestreden.

2. Totale afwezigheid van vaststelling van de afstamming langs moederszijde

1314 In de uitzonderlijke hypothese dat de afstamming van het draagkind t.a.v. de draagmoeder niet is vastgesteld, de wensmoeder het kind niet welwillend heeft erkend en het moederschap evenmin gerechtelijk is vastgesteld, zal het kind waarvan de draagmoeder is bevallen zonder afstamming langs moederszijde blijven. In dat geval kan de vaderschapsregel niet spelen aangezien het kind juridisch geen moeder heeft.

1315 Een e r k e n n i n g door een man (bv. de wensvader) is mogelijk o.g.v. artikel 319 § 1 B.W., zonder dat de draagmoeder of de wettelijke vertegenwoordiger van het kind tot die erkenning hoeft toe te stemmen. De draagmoeder is immers niet de juridische moeder, met als gevolg dat haar toestemming niet vereist is o.g.v. artikel 319 § 3 eerste lid B.W. Ook de toestemming van de wettelijke vertegenwoordiger van het kind kan niet worden vereist, nu artikel 319 § 4 eerste lid B.W. bepaalt dat hem – *a posteriori* – een letterlijk afschrift van de erkenning ter kennis wordt gebracht, waarna hij de vernietiging van de erkenning kan vorderen indien hij het bewijs levert dat de erkenner niet de vader is (in dezelfde zin: N. MASSAGER, "L'influence des techniques de procréation médicalement assistée sur la filiation de l'enfant à naître", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, 235, nr. 92). Is het kind minderjarig maar heeft het de volle leeftijd van vijftien jaar bereikt (art. 319 § 3 tweede lid B.W.), of is het kind meerderjarig (art. 319 § 2 B.W.), dan moet het zelf tot de erkenning toestemmen. Is de man die het draagkind erkent zelf ook gehuwd, dan erkent

hij een kind dat (het weze soms kunstmatig) is verwekt bij een andere vrouw dan zijn echtgenote – nl. bij de draagmoeder – en moet de erkenningsakte ter homologatie worden voorgelegd aan de rechtbank (zie art. 319*bis* B.W.).

Het is echter ook mogelijk dat de echtgenoot van de draagmoeder het kind erkent, wat niet denkbeeldig is als de draagmoeder – in strijd met het draagmoederschapscontract – weigert het kind aan de wensouder(s) af te geven, omdat zij zich bedacht heeft en het kind binnen haar eigen gezin wil opvoeden. De erkenning door de echtgenoot van een draagmoeder die geen afstammingsband met het kind heeft, moet ons inziens niet ter homologatie aan de rechtbank worden voorgelegd, aangezien het kind niet verwekt is bij een vrouw waarvan de erkenner niet de echtgenoot is (zie art. 319*bis* B.W.). Eens deze erkenning bevestigd wordt door bezit van staat, kan zij niet meer worden betwist (art. 330 § 2 tweede lid B.W.).

1316 Is geen enkele man bereid (geweest) het kind te erkennen, kan een vordering tot gerechtelijke vaststelling van vaderschap worden ingeleid o.g.v. artikel 322 eerste lid B.W., die gegrond zal worden verklaard indien het kind bezit van staat heeft t.a.v. de vermeende vader (art. 324 eerste lid B.W.) of deze man de biologische vader van het kind is, in welk geval zijn vaderschap op basis van een deskundigenonderzoek kan worden vastgesteld (art. 324 tweede lid *juncto* art. 331*octies* B.W.). Is de man wiens vaderschap gerechtelijk wordt vastgesteld zelf gehuwd, dan moet het vonnis dat zijn afstamming vaststelt betekend worden aan zijn echtgenoot of echtgenote (zie art. 322 tweede lid B.W).

§ 2. Het kind is geboren uit een ongehuwde draagmoeder

1317 Is de draagmoeder ongehuwd, dan wordt aan het kind geen vader toegekend uit kracht van wet. Wel kan een man het draagkind erkennen (A) of kan het vaderschap gerechtelijk worden vastgesteld (B).

A. ERKENNING DOOR EEN MAN

1318 Om het even welke man kan het kind dat een ongehuwde draagmoeder zal baren erkennen, zelfs nog vóór de geboorte, op voorwaarde dat de erkenning plaatsvindt na de verwekking (art. 328 tweede lid B.W.), na toestemming van de draagmoeder en voorlegging van een zwangerschapsattest (zie boven, nrs. 390-394). Het tijdstip waarop het kind juridisch als verwekt moet worden beschouwd, werd eerder al per procreatietechniek bepaald (zie boven, nr. 1261). Ook na de geboorte kan de wensvader – ook al werd het kind niet met zijn sperma verwekt – het draagkind erkennen o.g.v. artikel 319 § 1 B.W., mits hij de nodige toestemming(en) (art. 319 § 2 of 3 B.W.) bekomt. De draagmoeder zal na de geboorte enkel tot de erkenning moeten toestemmen indien zij een afstammingsband heeft met het kind. Na haar toestemmingsweigering en een mislukte verzoeningspoging voor de vrederechter beslist de rechtbank van eerste aanleg met inachtneming van de belangen van het kind of de erkenning kan plaatshebben indien het bewijs van niet-vaderschap van de aspirant-erkenner niet wordt geleverd (art. 319 § 3 vierde lid B.W.). Sinds

het arrest dat het Arbitragehof wees op 14 mei 2003 is de biologische realiteit niet meer determinerend voor het oordeel van de rechtbank.

1319 Indien een gehuwde man een kind heeft erkend dat door een draagmoeder werd gebaard, maar dat met zijn sperma en een eicel van zijn echtgenote – maar zonder geslachtsgemeenschap – werd verwekt, moet de erkenningsakte ter homologatie aan de rechtbank worden voorgelegd in toepassing van artikel 319*bis* B.W.

De Rechtbank van Eerste Aanleg te Hasselt heeft in die zin geoordeeld in een geval waarin een overeenkomst van draagmoederschap was opgemaakt en een kind was verwekt via in-vitrofertilisatie (I.V.F.) met gameten van een echtpaar gevolgd door embryotransfer (E.T.) bij een draagmoeder. De draagmoeder was anoniem bevallen in Frankrijk. De dag na de geboorte erkende de man het kind in de geboorteakte voor de ambtenaar van de burgerlijke stand van een Franse stad. De erkenner legde de Franse erkenningsakte ter homologatie voor aan de Hasseltse Rechtbank, die oordeelde dat er in het voorliggende geval *sensu stricto* geen verwekking door verzoeker van een kind bij een andere vrouw is, maar dat, gezien de evolutie die de technieken van medisch begeleide voortplanting recentelijk hebben gekend, onder het begrip "verwekt bij een andere vrouw dan de echtgenote" (zie het oude art. 319*bis* eerste lid B.W.), tevens de situatie moet worden begrepen waarin een andere vrouw dan de echtgenote bevalt van een kind dat ontstaan is uit het genetisch materiaal van de gehuwde man.
De rechtbank constateerde dat er geen moederlijke afstamming bestond, zodat de vrouw die van het kind was bevallen ook niet moest worden opgeroepen. Na de vaststelling dat de echtgenote van de erkenner de gegrondheid van het verzoek tot homologatie niet betwistte en dat de erkenner wel degelijk de biologische vader was, werd de vordering gegrond verklaard en de erkenning gehomologeerd (Rb. Hasselt 27 maart 2001, *Limb. Rechtsl.* 2001, 323, noot van de redactie).

Hoewel in een teleologische interpretatie van de wettekst zou kunnen worden aangevoerd dat de homologatieprocedure haar doel voorbijschiet indien de echtgenote van de erkenner haar medewerking heeft verleend aan de procreatie – door een eicel te leveren – en allerminst diens vaderschap wenst te betwisten, toch kan niet worden voorbijgegaan aan het feit dat de inplanting van het embryo bij de vrouw die later van het kind zal bevallen moet worden beschouwd als een verwekking in juridische zin (zie reeds boven, nrs. 1260-1262), wat op zichzelf de homologatieverplichting rechtvaardigt.

De homologatieverplichting bestaat *a fortiori* indien een ongehuwde vrouw een kind heeft gebaard voor een ander koppel, maar het draagkind werd verwekt via geslachtsgemeenschap met haar partner en – in strijd met de draagmoederschapsovereenkomst – ook door deze partner werd erkend, wanneer deze man zelf met een andere persoon dan de draagmoeder is gehuwd; het gaat dan om een zuivere toepassing van artikel 319*bis* B.W.

1320 Eerder hebben wij de stelling verdedigd dat het homologatieverzoek vóór de geboorte kan worden ingediend en dat de rechtbank de beslissing over de gegrondheid kan nemen vanaf het moment dat met zekerheid kan worden nagegaan of de erkenner al dan niet de biologische vader van het kind is (zie boven, nrs. 691-692). Welnu, indien een arts zou attesteren of getuigen dat het erkende kind via een artificiële procreatietechniek werd verwekt met sperma van de erkenner, kan de rechtbank de erkenningsakte nog vóór de geboorte van het prenataal erkende kind homologeren, omdat het bewijs dat de erken-

ner niet de biologische vader van het kind is in dergelijk geval nooit zal kunnen worden geleverd.

B. GERECHTELIJKE VASTSTELLING VAN HET VADERSCHAP

1321 Indien geen man bereid wordt gevonden om het kind van een ongehuwde draagmoeder te erkennen, kan het vaderschap gerechtelijk worden vastgesteld.
Zo kan de ongehuwde draagmoeder de man die luidens het draagmoederschapscontract als wensvader zou fungeren maar het kind niet wenst op te nemen, dagvaarden teneinde zijn vaderschap bij vonnis vast te stellen o.g.v. artikel 322 eerste lid B.W. Bij gebreke van bezit van staat kan de afstamming van vaderszijde met alle wettelijke middelen worden bewezen (art. 324 tweede lid B.W.). Indien het draagkind met zijn sperma werd verwekt (bv. na inplanting van een embryo dat met zijn zaad is geconcipieerd), dan zal zijn vaderschap kunnen worden vastgesteld op basis van de bevindingen uit een deskundigenonderzoek bevolen in toepassing van artikel 331*octies* B.W. Hetzelfde geldt voor het vaderschap van de partner van de ongehuwde draagmoeder die in uitvoering van het draagmoederschapcontract het kind via geslachtsgemeenschap heeft verwekt en er geen verantwoordelijkheid wil voor dragen.

1322 Een man kan ons inziens ook zelf het initiatief nemen om zijn vaderschap gerechtelijk te laten vaststellen. Zo kan de wensvader die zich als vader gedraagt zijn vaderschap laten vaststellen indien hij kan aantonen dat het draagkind bezit van staat heeft t.a.v. hem (art. 324 eerste lid B.W.), zelfs al werd het kind niet met zijn sperma verwekt. Dezelfde mogelijkheid blijft open voor de partner van de ongehuwde draagmoeder, ongeacht of het kind al dan niet met zijn genetisch materiaal werd verwekt.

Mocht die partner zelf met een ander persoon gehuwd zijn, dan dient het vonnis dat zijn afstamming vaststelt strikt genomen niet te worden betekend aan zijn echtgenoot of echtgenote om tegenwerpelijk te zijn. Artikel 322 tweede lid B.W. bepaalt immers enkel dat betekening aan de echtgeno(o)t(e) nodig is, indien de "verweerder" gehuwd is en het kind tijdens het huwelijk verwekt is met een andere vrouw dan zijn echtgenote. Aangezien de verweerder in een procedure tot gerechtelijke vaststelling van vaderschap *normaliter* de vermeende vader is – nu het onderzoek naar het vaderschap in de regel pas plaatsvindt wanneer een man weigert op vrijwillige basis het vaderschap op te nemen –, moet ons inziens volgens de geest van de wet worden aangenomen dat betekening van het vonnis zich opdringt voor de tegenwerpelijkheid van de vastgestelde afstammingsband aan de echtgeno(o)t(e) van de vader die de vaststelling van zijn afstamming zelf heeft gevorderd.

AFDELING II

BETWISTING VAN DE AFSTAMMING

§ 1. Betwisting van het vaderschap van de echtgenoot

A. RECHTSTREEKSE BETWISTING O.G.V. ARTIKEL 318 B.W.

1323 Indien de echtgenoot van de draagmoeder zijn toestemming heeft gegeven tot geslachtsbetrekkingen van zijn echtgenote met de wensvader of een andere man, of tot de toepassing van kunstmatige inseminatie of in-vitrofertilisatie met embryotransfer bij zijn echtgenote, dan zal de vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot niet ontvankelijk zijn. In al deze gevallen heeft de echtgenoot van de draagmoeder immers zijn toestemming gegeven tot daden die de voortplanting tot doel hadden. De bewoordingen van artikel 318 § 4 B.W. zijn algemeen en bevatten geen uitzondering voor draagmoederschap (in die zin: P. SENAEVE, "Juridische aspecten van het draagmoederschap", *Vl. T. Gez.* 1988, (247) 253, nr. 17), ook al is het kind verwekt met zaad van een andere man dan de echtgenoot na spermadonatie of embryodonatie (N. MASSAGER, "L'influence des techniques de procréation", in X (ed.), *10 années d'application du nouveau droit de la filiation*, I, Luik, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 1997, (135) 232, nr. 89).

De betwisting van hat vaderschap van de echtgenoot na de aanwending van medisch begeleide voortplantingstechnieken is eerder in dit werk uitgebreid besproken bij de behandeling van K.I. (zie boven, nrs. 1224-1238).

1324 Indien de echtgenoot van de draagmoeder niet tot de bevruchting van zijn echtgenote zou hebben toegestemd, dan kan zijn vaderschap door alle wettelijke middelen worden betwist (art. 318 §§ 1 en 2 B.W.), door de personen limitatief opgesomd en binnen de termijnen bepaald in artikel 332 B.W. In veel gevallen zal de echtgenoot of de partner van een steriele wensmoeder de biologische vader van het kind zijn, maar hij is niet gerechtigd het vaderschap dat vaststaat o.g.v. artikel 315 of 317 B.W. te betwisten. De betwistingsvordering is immers voorbehouden aan de echtgenoot van de draagmoeder (en, na diens overlijden, aan zijn bloedverwanten in opgaande en neerdalende lijn), aan de draagmoeder zelf en aan het kind tussen 18 en 22 jaar (art. 332 eerste, tweede en vijfde lid B.W.).

1325 Als de betrokkenen de mogelijkheid om het vaderschap van de echtgenoot van de draagmoeder te betwisten willen behouden, dan moeten zij er voor zorgen dat hij op geen enkele wijze toestemt in de bevruchting van zijn vrouw voor een ander (in dezelfde zin: A. DE WOLF, "Draagmoederschap in België en Frankrijk: een stand van zaken", in K. BOELE-WOELKI en M. ODERKERK (red.), *(On)geoorloofdheid van het draagmoederschap in rechtsvergelij-*

kend perspectief, Antwerpen/Groningen, Intersentia, 1999, p. 109; P. SENAEVE, "Juridische aspecten van het draagmoederschap", *Vl. T. Gez.* 1988, (247) 253, nr. 17).

Een waarschuwing, vnl. gericht aan de gehuwde draagmoeder, lijkt hier gepast. Wanneer de betrokkenen alles in het werk stellen om te doen geloven dat de echtgenoot van de draagmoeder niet op de hoogte was van het plan de draagmoeder te bevruchten, bestaat het risico dat de man die houding van zijn echtgenote zal inroepen om een echtscheiding o.g.v. grove beledigingen lastens de draagmoeder te verkrijgen: het verwekken van een kind met een andere man, zonder toestemming van de echtgenoot, kan immers worden aanvaard als grond tot echtscheiding (W. FORRIER en J. GERLO, "Art. 231 B.W.", in *Comm. Pers.*, 1999, 10, nr. 25; R. DIERKENS, "Artificiële filiatie", *T.P.R.* 1975, (367) 377). Wanneer de draagmoeder de toestemming van haar echtgenoot kan bewijzen aan de hand van een geschrift dat in haar bezit gebleven is, dan kan ze de echtscheidingseis zeker afweren, maar dat plaatst haar echtgenoot in een delicate positie: het is niet denkbeeldig dat de draagmoeder het document waarin de toestemming is opgenomen pas zal aanwenden wanneer zij de bedoeling heeft zich te verzetten tegen de betwistingsvordering die haar echtgenoot wil instellen, bv. in de hypothese dat zij het kind dat ze ter wereld heeft gebracht als het hare wil behouden en haar echtgenoot tegen zijn wil tot juridische vader van het kind wil maken (i.v.m. de bewijsproblematiek inzake toestemming van de echtgenoot, zie boven, nrs. 1230-1234).

1326 Het vaderschap van de echtgenoot van de wensmoeder die ofwel het kind heeft erkend, ofwel haar moederschap gerechtelijk heeft kunnen laten vaststellen, zal in uitzonderlijke gevallen op eenvoudige verklaring kunnen worden betwist door de personen opgesomd in artikel 332 B.W. en binnen de daarin vermelde termijnen, nl. onder de dubbele voorwaarde dat het kind geen bezit van staat heeft t.a.v. de wensmoeder en haar echtgenoot en beiden daarenboven niet feitelijk herenigd waren ten tijde van de verwekking (hypothese van art. 318 § 3 eerste lid 4° B.W.). Het bewijs dat de echtgenoot van de wensmoeder toch de vader is, kan door alle wettelijke middelen worden geleverd (art. 318 § 3 tweede lid B.W.).

In deze context rijst de vraag of de betwistingsvordering ook onontvankelijk is in toepassing van artikel 318 § 4 B.W. indien de echtgenoot van de wensmoeder heeft toegestemd tot K.I. of een andere daad die de voortplanting tot doel had, met als gevolg dat niet zijn echtgenote, maar de draagmoeder werd bevrucht. Hoewel de wetgever in 1987 deze hypothese wellicht niet voor ogen zal hebben gehad, kan een positief antwoord worden verdedigd. De doelstelling van de wetgever bestond erin het vaderschap van de echtgenoot van de juridische moeder onbetwistbaar te maken wanneer deze een procreatiegerichte wil heeft geuit; de onontvankelijkheidsgrond bepaald in artikel 318 § 4 B.W. moet ons inziens gelden in die hypothese, ongeacht de wijze waarop het moederschap is vastgesteld.

B. ONRECHTSTREEKSE BETWISTING DOOR EEN ERKENNING O.G.V. ARTIKEL 320 B.W. OF DOOR DE GERECHTELIJKE VASTSTELLING VAN HET VADERSCHAP O.G.V. ARTIKEL 323 B.W.

1327 Onafhankelijk van het feit of de echtgenoot van de draagmoeder of de wensmoeder al dan niet tot de bevruchting van de draagmoeder heeft toegestemd, kan het vaderschap dat vaststaat o.g.v. artikel 315 of 317 B.W. op

impliciete wijze worden betwist door de vaststelling van het vaderschap van een andere man, hetzij omdat deze het kind erkent onder de voorwaarden van artikel 320 B.W., hetzij omdat zijn vaderschap gerechtelijk wordt vastgesteld o.g.v. artikel 323 B.W.

Na een succesvolle erkenning of gerechtelijke vaststelling van het vaderschap o.g.v. voornoemde bepalingen vervalt het vaderschap van de echtgenoot automatisch, zelfs indien deze uitdrukkelijk zijn instemming heeft gegeven met de fertilisatie van de draagmoeder.

Dergelijke vaststellingen van vaderschap zijn slechts mogelijk indien het draagkind geen bezit van staat heeft t.a.v. de echtgenoot (zie aanhef art. 320 en 323 B.W.) en indien het huwelijk van de (draag)moeder en haar echtgenoot wankel is (zie de hypotheses van art. 320 B.W.).

– Zijn de toepassingsvoorwaarden van artikel 320 B.W. vervuld, dan kan een andere man dan de echtgenoot, mits machtiging van de rechtbank van eerste aanleg, overgaan tot e r k e n n i n g van het draagkind, indien hij de nodige toestemming(en) bekomt (art. 319 § 2 of 3 B.W.). Het machtigingsverzoek kan nog vóór de geboorte van het kind worden ingediend en ingewilligd (zie boven, nrs. 638-642).
Weigert de draagmoeder – wiens afstammingsband met het kind is vastgesteld – haar toestemming tot de erkenning en mislukt de verzoeningspoging bij de vrederechter, dan oordeelt de rechtbank van eerste aanleg met inachtneming van de belangen van het minderjarig kind of de erkenning kan plaatshebben indien het bewijs van niet-vaderschap van de aspirant-erkenner niet wordt geleverd (art. 319 § 3 vierde lid B.W.).

Sinds het arrest dat het Arbitragehof wees op 14 mei 2003 wordt het oordeel van de rechtbank niet meer gedetermineerd door de biologische werkelijkheid en kan zij het verzoek tot erkenning nog afwijzen in het belang van het kind, ook al is de aspirant-erkenner de biologische vader van het kind omdat het met zijn sperma werd verwekt na sperma- of embryodonatie.

Is de erkenner zelf ook gehuwd, dan moet de erkenningsakte ter homologatie aan de rechtbank worden voorgelegd en de echtgeno(o)t(e) van de erkenner worden opgeroepen. Indien hij/zij bewijst dat zijn/haar echtgenoot niet de biologische vader van het kind is, zal het homologatieverzoek moeten worden afgewezen, waardoor de erkenning zonder uitwerking blijft (art. 319*bis* B.W.).

– Wordt de g e r e c h t e l i j k e v a s t s t e l l i n g v a n v a d e r s c h a p gevorderd o.g.v. artikel 323 B.W., dan heeft de draagmoeder een recht van verzet tegen de vaststelling van de afstamming van haar kind dat jonger is dan vijftien jaar (art. 322 eerste lid B.W.); indien zij bewijst dat de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap strijdig is met de belangen van het kind zal deze niet plaatsvinden.

Is de man wiens vaderschap gerechtelijk werd vastgesteld zelf ook gehuwd, dan moet het vonnis dat de afstamming vaststelt, op straffe van niet-tegenwerpelijkheid, worden betekend aan diens echtgeno(o)t(e) (art. 322 tweede lid B.W.).

§ 2. Betwisting van een vaderlijke erkenning

1328 Wanneer een man een draagkind heeft erkend, dan kan deze erkenning worden betwist onder de voorwaarden van artikel 330 B.W. *Mutatis mutandis* gelden dezelfde principes als eerder vermeld in het raam van de betwisting van een vaderlijke erkenning na K.I. (zie boven, nrs. 1239-1241).

§ 3. Betwisting van het gerechtelijk vastgesteld vaderschap

1329 De afstammingsband van vaderszijde van het draagkind die door de rechtbank is vastgesteld na een onderzoek naar het vaderschap kan enkel d.m.v. derdenverzet worden bestreden (art. 331*decies* B.W.; zie boven, nr. 1159 e.v.).

TITEL IV

KLONERING

1330 Reproductief menselijk kloneren (syn. klonen), nl. het voortbrengen van één of meerdere menselijke individuen wier genen identiek zijn met die van het organisme van waaruit het kloneren werd gerealiseerd, is in België verboden (art. 6 *j*° art. 2, 7° Embryowet).

Dit verbod is ook terug te vinden in artikel 1 van een additioneel protocol bij het Verdrag inzake Mensenrechten en Biogeneeskunde van de Raad van Europa dat op 12 januari 1998 te Parijs voor ondertekening werd geopend: "Est interdite toute intervention ayant pour but de créer un être humain génétiquement identique à un autre être humain vivant ou mort. Au sens du présent article, l'expression être humain 'génétiquement identique' à un autre être humain signifie un être humain ayant en commun avec un autre l'ensemble des gènes nucléaires".
Luidens artikel 24 f. van de Nederlandse Embryowet is het verboden handelingen met geslachtscellen of embryo's te verrichten met het oogmerk van de geboorte van genetisch identieke menselijke individuen.
In Frankrijk wordt reproductief menselijk klonen niet in een specifieke wettekst verboden, maar zijn zowel de Raad van State als het Nationaal Raadgevend Ethisch Comité van oordeel dat artikel 16-4 C.c. een *de jure* verbod op reproductief kloneren bevat: "Nul ne peut porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine. Toute pratique eugénique tendant à l'organisation de la sélection des personnes est interdite. Sans préjudice des recherches tendant à la prévention et au traitement des maladies génétiques, aucune transformation ne peut être apportée aux caractères génétiques dans le but de modifier la descendance de la personne". Bovendien lijken de bepalingen van de Code de la santé publique m.b.t. medisch begeleide voortplanting onverenigbaar met de kloneringstechnieken (in die zin: P. KAMINA, "Legal Approaches: France", in J. GUNNING (ed.), *Assisted Conception: research, ethics and law*, Aldershot, Ashgate, 2000, 113).

1331 Een juridisch verbod op het klonen van mensen kan niet beletten dat een mens – *contra legem* – toch zou worden gekloond. Indien een menselijk kloon zou worden gecreëerd, dan is dit gekloonde (syn.: gekloneerde) kind een volwaardig mens; geen enkel argument tegen het reproductief klonen van mensen mag worden aangewend om zijn menselijke waardigheid te betwisten (Advies nr. 10 d.d. 14 juni 1999 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek van België i.v.m. het reproductieve menselijk klonen).

Ogenblikkelijk rijst dan de vraag naar de vaststelling van de afstamming van het gekloonde kind. Het verbod op reproductief klonen van een mens impliceert immers geenszins dat het gekloond kind geen recht zou hebben op de vaststelling van zijn afstamming, net als enig ander kind.

1332 Het juridisch principe dat een persoon via oorspronkelijke afstammingsbanden één vader en één moeder heeft, zal voor een gekloond kind nooit beantwoorden aan de biologische werkelijkheid, aangezien dergelijk kind voor 100% erfelijk materiaal heeft van één biologische ouder (man of vrouw).

1333 Het moederschap wordt principieel vastgesteld door de vermelding van de naam van de vrouw die van het kind bevalt in de geboorteakte en subsidiair door erkenning of gerechtelijke vaststelling van het moederschap. In dat laatste geval moet de bevalling worden bewezen, niet het genetisch moederschap.

Indien een kind uit een kunstmatige baarmoeder (i.p.v. uit het lichaam van een vrouw) zou worden geboren, dan blijft het zonder afstamming van moederszijde als geen vrouw bereid is het kind te erkennen of het moederschap niet o.g.v. bezit van staat bij vonnis kan worden vastgesteld.

Het juridisch moederschap dat blijkt uit de vermelding van de naam van een vrouw in de geboorteakte of dat is vastgesteld via erkenning kan worden betwist door het bewijs dat deze vrouw niet van het kind bevallen is. Het bij vonnis vastgestelde moederschap kan enkel nog via derdenverzet worden bestreden.

1334 De vaststelling van het vaderschap van een gekloond kind is complexer en zal in sommige gevallen eveneens onmogelijk zijn.

Indien de moeder gehuwd is (geweest), moet worden nagegaan of haar echtgenoot niet als vader moet worden aangewezen in toepassing van de vaderschapsregel, zoals verwoord in de artikelen 315 en 317 B.W. Onder de voorwaarden van artikel 320 B.W. kan een andere man dan de echtgenoot het gekloond kind mits machtiging van de rechtbank erkennen, mits hij de nodige toestemming(en) bekomt (art. 319 § 2 of 3 B.W.) of kan het vaderschap van een andere man dan de echtgenoot van de moeder bij vonnis worden vastgesteld (art. 323 B.W.), behoudens het verzetsrecht bepaald in artikel 322 eerste lid B.W. en indien de afstamming van vaderszijde kan worden bewezen via een bewijsmiddel opgesomd in artikel 324 B.W. (zie dadelijk verder in dit randnr.).

Wanneer de vaderschapsregel niet kan worden toegepast – bv. in het geval dat de moeder ongehuwd is – kan het vaderschap van een gekloond kind worden vastgesteld via erkenning door een man (art. 319 § 1 B.W.), mits de nodige toestemming(en).
Indien geen man het kind wil erkennen, dan bestaat theoretisch de mogelijkheid dat het vaderschap gerechtelijk wordt vastgesteld (art. 322 eerste lid B.W.), primordiaal o.g.v. bezit van staat t.a.v. de vermeende vader (art. 324 eerste lid B.W.). Bij gebreke van bezit van staat kan het bewijs van (biologisch) vaderschap volgens onze afstammingswetgeving door alle wettelijke middelen worden geleverd (art. 324 tweede lid B.W.). In deze context moet echter worden opgemerkt dat een deskundigenonderzoek op basis van een comparatieve analyse van het genetisch materiaal van vermeende vader en kind in toepassing van artikel 331*octies* B.W. enkel tot het vaderschap zal kunnen leiden indien het kind een jongen is en de man van wie het kind een kloon is ook daadwerkelijk kan worden gedagvaard.
Een gekloond meisje dat is geboren uit een ongehuwde moeder kan geen juridische vader krijgen indien er geen man bereid wordt gevonden het kind te erkennen of zich dusdanig gedraagt t.o.v. het kind dat een rechtbank bezit van staat aanvaardt.

I.v.m. de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot rijst vooreerst de vraag of het klonen kan worden beschouwd als een "daad die de voortplanting tot doel had" in de zin van artikel 318 § 4 B.W. Dit lijkt zo te zijn indien het kind ter wereld is gekomen uit een vrouw die samen met haar echtgenoot een bewezen procreatiegerichte wil had. Heeft de toestemming van de echtgenoot van

de moeder tot de techniek van het klonen dan ook tot gevolg dat de vordering tot betwisting van zijn vaderschap onontvankelijk is? Betwijfeld kan worden of een man rechtsgeldig kan toestemmen tot de uitvoering van een misdrijf uit het bijzonder strafrecht; reproductief menselijk kloneren is verboden en eenieder die deze handeling uitvoert stelt zich bloot aan strafvervolging (zie art. 6 *j°* art. 13 Embryowet). Ons inziens moet desondanks worden aanvaard dat de echtgenoot wiens toestemming tot het klonen bewezen is, niet gerechtigd is zijn vaderschap te betwisten, tenzij hij zou bewijzen dat het betrokken kind niet gekloond is (vgl. art. 318 § 4 *in fine* B.W.). Het verdedigen van een betwistingsrecht voor de toestemmende echtgenoot zou immers tot een situatie leiden waarbij de echtgenoot die toestemt tot een geoorloofde procreatietechniek ongunstiger wordt behandeld dan de echtgenoot die heeft toegestemd tot een expliciet verboden techniek, hetgeen onaanvaardbaar is. Het vaderschap van de echtgenoot van de moeder wiens procreatiegerichte toestemming tot het klonen niet bewezen is, kan worden betwist op eenvoudige verklaring onder de voorwaarden van artikel 318 § 3 B.W. of na het bewijs dat de echtgenoot niet de biologische vader is van het gekloond kind (art. 318 §§ 1 en 2 B.W.).

De betwisting van een erkenning van een gekloond kind door een man zal ontoelaatbaar zijn indien het kind bezit van staat heeft t.a.v. zijn erkenner (art. 330 § 2 tweede lid B.W.). Zoniet kan de erkenning door elke belanghebbende worden betwist en zal de betwistingsvordering gegrond worden verklaard van zodra bewezen wordt dat het kind geen kloon is van zijn erkenner; in al deze gevallen zal de erkennende man immers niet de biologische vader van het kind zijn (art. 330 § 1 eerste lid en § 2 eerste lid B.W.).

Het vaderschap van een gekloond kind dat gerechtelijk is vastgesteld kan enkel nog d.m.v. derdenverzet worden bestreden.

ZAAKREGISTER

De cijfers verwijzen naar de randnummers.

A

Aangifte
– akte van – van een levenloos kind 100, 371
– geboorte 94, 99, 344, 371, 390, 721, 785, zie ook Strafsancties
Aanranding van de eerbaarheid 975
Aansprakelijkheid
– arts na draagmoederschap 1280
– persoon die tot medisch begeleide voortplanting heeft toegestemd 1217
– Staat 345
Aanverwantschap
– begrip 12
– verbod tot erkenning wegens – 762-764, 768
Aanzegging 575
Abortus 102, 1174
Actioni nondum natae non praescribitur 178, 543, 756
Adoptie
– erkenning tijdens –procedure 140, 411
– erkenning van een geadopteerd kind 410
– na anonieme bevalling 101, 103-104
– na draagmoederschap 1287-1296
– regulariserende – 109-111
Advocaat
– bijstand door een – bij de verzoeningszitting ex art. 319 § 3 B.W. 418
– gevolmachtigde 426
– recht van een – op rechtsplegingsvergoeding *q.q.* voogd *ad hoc* 431
– vertegenwoordiging door een – 418, 431, 437, 996
– voogd *ad hoc* in afstammingszaken Zie Voogd *ad hoc*
Afstamming
– begrip en definitie 7-9
– belang / gevolgen 19-22
– juridische *versus* biologische – 8
– meest waarschijnlijke – 153, 280, 477, 637
– overeenkomst over – 1220, 1274, 1284
– verschil met adoptie 9
Afstammingsprocesrecht 1, 4, 877
Afstammingsrecht
– hervorming 29-30, 81-84
– historiek 25-28
– structuur 2
Afstammingswet
– **art. 107** 71-80, 106, 109, 114, 159, 168, 203, 270, 514, 529, 588, 726, 755, 814, 875, 908, 1015, 1122
– **art. 108** 106-107, 112, 121-122, 203, 207, 588, 592
– **art. 109** 157, 176, 203
– **art. 110** 108, 120, 157, 221, 227, 395, 529
– **art. 111** 107, 109, 112, 158, 204-207, 227, 270, 395, 513, 589-592, 876, 904, 1014
– **art. 112** 157, 159, 203, 208
– **art. 113** 874, 943
– **art. 114** 633, 725, 1011, 1013
– **art. 115** 512, 514
– **art. 116** 270
– **art. 117** 381, 395, 1128
– **art. 118** 122, 814-816, 1122, 1124, 1126
– **art. 119 § 1** 168, 172, 529, 943-946
– **art. 119 § 2** 176, 179, 542, 544, 755, 815-816, 1088, 1124, 1127
– **art. 119 § 3** 168, 530
– **art. 119 § 4** 943
– **art. 119 § 5** 905, 907, 1124

– **art. 119 § 6** 47, 178-179, 539-541, 543-544, 754-755, 757, 943, 945
– krachtlijnen 28
Afstand
– in bloedverwantschap 11
– van een kind 103, 1276
– van hoger beroep 900, 997
– van rechtsvordering / geding 113, 164, 428, 519-522, 616, 645, 849, 884-885, 1091, 1141
Afwezigheid 260, 267, 271-275, 309, 926, 943
Afzonderlijk verblijf (machtiging tot –) 619-622, 860-861, 1210
Akte
– authentieke erkennings– 127, 370-374
– van aangifte van een levenloos kind 100, 371
Alimentatie Zie Onderhoudsgeld
Ambtenaar van de burgerlijke stand
– gevolgen rechtspraak Arbitragehof voor de – 344-346
– kantmelding erkenningsakte in geboorteakte kind door de – 129, 144, 453-455
– kennisgeving en aangifte geboorte aan de – 94-95
– kennisgeving erkenning 129, 215, 218, 220, 227, 454, 678-680
– kennisgeving geboorte aan de vrederechter 105
– kennisgeving homologatievonnis aan het openbaar ministerie 719-720
– kennisgeving notariële erkenning aan de – 454
– opmaak erkenningsakte 376-377, 385
– toezending afstammingsvonnis aan de – 598-599
Anonieme bevalling
– begrip 101
– gevolgen 103-105
– in geval van draagmoederschap 1286-1287, 1297, 1301, 1310, 1312, 1319
– verbod (in België) en mogelijkheden (in het buitenland) 102
Anonimaat van de donor 1175-1176, 1219, 1237
Arbeidsongevallenuitkering 20-21
Arbitragehof, zie ook Gelijkheidsbeginsel
– bevoegdheid en rol 60-63
– overzicht van de arresten in afstammingszaken 69
– zich voegen naar de rechtspraak van het – 65-66
Artificiële procreatie, zie ook Medisch begeleide voortplanting
– relatie tot afstamming 1167-1170
Arts, zie ook Geneesheer
– beroepsgeheim 102, 309, 830, 1176, 1178, 1219, 1237
– informatieverplichting 1271
– overeenkomst tot spermadonatie 1219
– risico's voor de – inzake draagmoederschap 1280
– rol i.v.m. bewaring embryo's 1174-1175
– rol i.v.m. opmaak geboorteakte 98
Ascendent
– begrip 11
– in procedure tot betwisting vaderschap echtgenoot 882-885, 932, 936, 944, 947
Attest
– celibaats– 447
– geboorte 639
– levende geboorte 95
– medisch begeleide bevruchting 1210, 1233, 1320
– niet-levensvatbaarheid 98
– verdwijning 309
– waaruit blijkt dat geen rechtsmiddelen werden aangewend 436, 598, 676, 715, 717, 1318
– zwangerschaps– 259, 394, 641
Authenticiteit Zie Akte

B

Bedrog 674, 802-803, 925-926, 940, 999, 1017, 1040, 1044-4045, 1047, 1051, 1053-1054, 1158, 1240, 1271
Bekendmaking Zie Publiciteit
Bekentenis 156, 280, 386, 479, 494, 631, 729, 832, 852
Bekwaamheid Zie Vertegenwoordiging
Belang van het kind
– adoptie draagkind 1289-1290
– betwisting erkenning o.g.v. art. 330 B.W. 808, 1031, 1065-1068, 1099
– betwisting vaderschap echtgenoot 890, 897, 915, 840, 960, 970
– erkenning door een man 293, 349, 352-369, 448, zie ook Opportuniteitsoordeel
– gerechtelijke vaststelling vaderschap 537, zie ook Recht van verzet
– machtiging tot erkenning o.g.v. art. 320 B.W. 611
– nietigverklaring erkenning o.g.v. art. 319 § 4 B.W. 1150-1153
– vaststelling bloedschennige afstamming 761, 764, 768
– vaststelling en betwisting afstamming na artificiële procreatie 1200, 1232, 1279, 1282
– verdragsrecht Zie I.V.R.K. (art. 3)
– vermoeden *Omni meliore momento* 263-264
– Witboek CJ-FA 1177
Belangentegenstelling Zie Tegenstrijdigheid van belangen
Beroep tot vernietiging 66, 68
Beroepsgeheim van de arts 102, 309, 830, 1176, 1178, 1219, 1237
Betekening
– aanvang termijn voor aanwending rechtsmiddel 432, 670, 672, 676, 712, 820, 1162
– erkenning door gehuwde vrouw 219-220, 920, 929
– erkenning zonder toestemming 311-312, 452, 1130-1132, 1135, 1138-1139
– homologatievonnis 714-715, 717, 720
– uitspraak na eenzijdig verzoekschrift 1000
– vonnis tot betwisting vaderschap echtgenoot 1000
– vonnis tot vaststelling vaderschap 581, 597, 748-752, 1322
Betwisting moederschap
– gerechtelijk vastgesteld moederschap 817-824
– moederlijke erkenning 794-816
– moederschap blijkend uit de geboorteakte 778-793
Betwisting vaderlijke erkenning o.g.v. art. 319 § 4 B.W.
– belang van het kind inzake – 1150-1152
– gegrondheid van de vordering tot – 1147-1149
– procedureregels inzake – 1134-1146
– toepassingsgebied van de vordering ex art. 319 § 4 B.W. 1129
Betwisting vaderlijke erkenning o.g.v. art. 330 B.W.
– bekendmaking vonnis in registers 1120
– belang van het kind 1065-1068
– bevoegde rechtbank 1106
– bewijs 1057-1064
– gerechtskosten 1110-1113
– noodzaak tot afwezigheid van bezit van staat als onontvankelijkheidsvoorwaarde 1023-1036
– partijen in het geding 1089-1093
– rechtsmiddelen 1114-1116
– termijn 1087-1088
– titularissen 1069-1086
– uitwerking van de beslissing 1117-1119
– vereiste van levensvatbaar geboren kind 1037

– vertegenwoordiging 1094-1105
– wijze van gedinginleiding 1107-1109
– wilsgebrek 1038-1056
Betwisting vaderschap echtgenoot
– algemeen 825-826
– bekendmaking vonnis in registers 1003-1005
– bevoegde rechtbank 973, 979-986
– door tegenbewijs 828-834
– gerechtskosten 993-996
– onrechtstreeks Zie Onrechtstreekse betwisting
– op eenvoudige verklaring Zie Eenvoudige verklaring
– partijen in het geding 947-952
– rechtsmiddelen 997-999
– termijnen 908-946
– titularissen 878-907
– uitwerking van de beslissing 1000-1002
– vertegenwoordiging 953-972
– wijze van gedinginleiding 987-992
Betwisting gerechtelijk vastgesteld vaderschap 1159-1166
Bevalling
– anonieme – 101-105
– bewijs dat een vrouw niet bevallen is 779-780, 1191-1192, 1304
– bewijs van de – 148, 154-157, 642, 1190, 1249, 1301, 1304
– dwaling omtrent de – 803
– grondslag voor vaststelling moederschap 93, 1274, 1284
– na artificiële procreatie 1169, 1190-1192, 1249, 1274, 1280, 1284-1286, 1297, 1301, 1304
Bevallingskosten 28, 113-115
Bevoegde rechtbank
– inzake betwisting gerechtelijk vastgesteld moederschap 822-823
– inzake betwisting gerechtelijk vastgesteld vaderschap 1164-1165
– inzake betwisting moederschap blijkend uit geboorteakte 788
– inzake betwisting vaderlijke erkenning o.g.v. art. 330 B.W. 1066
– inzake betwisting vaderschap echtgenoot 973, 979-986
– inzake gerechtelijke vaststelling moederschap 189-192
– inzake gerechtelijke vaststelling vaderschap 562-565
– inzake homologatie van een erkenning 704-706
– inzake machtiging tot erkenning 652-654
– inzake nietigverklaring erkenning o.g.v. art. 319 § 4 B.W. 1143
– na toestemmingsweigering inzake erkenning 315
Bevolkingsregister
– inschrijving van het kind in het – 191, 564, 984
– inschrijving van echtgenoten in het – 631, 852
– uittreksel uit het – 447, 507
Bewijs (te leveren –)
– betwisting moederlijke erkenning 805-807
– betwisting moederschap blijkend uit geboorteakte 779-780
– betwisting vaderlijke erkenning o.g.v. art. 330 B.W. 1057-1064
– betwisting vaderschap echtgenoot 827-868
– gerechtelijke vaststelling moederschap 149-159
– gerechtelijke vaststelling vaderschap 473-514
– nietigverklaring erkenning o.g.v. art. 319 § 4 B.W. 1147-1149
Bewijsmiddelen
– bekentenis 156, 280, 386, 479, 494, 631, 729, 832-833, 852, 874
– deskundigenonderzoek Zie Deskundigenonderzoek
– eed 156, 280, 479, 481, 631, 780, 852
– geschrift 148, 156-157, 479, 832, 1325, zie ook Woonstcertificaat

– getuigen 93, 148, 156, 479, 631, 833, 919, 931, 970, 1051, 1054, 1063
– vermoedens 93, 148, 156, 383, 479, 500-501, 507, 511, 830, 832, 1061, 1124
Bewustzijn, zie ook Onderscheidingsvermogen
– gebrek aan – 803, 1040, 1048, 1054
Bezit van staat
– betwisting gerechtelijk vastgesteld moederschap 818
– betwisting gerechtelijk vastgesteld vaderschap 1160
– betwisting moederlijke erkenning 122, 143, 147, 794-799, 813, 815-816, 818, 1192, 1297-1298, 1306-1307, 1315
– betwisting moederschap blijkend uit geboorteakte 119, 146, 781-783, 792, 952, 1191, 1251-1252, 1304-1305
– betwisting vaderlijke erkenning 1017, 1023-1036, 1040-1041, 1043, 1056, 1067, 1086-1087, 1121, 1126-1127, 1205, 1239, 1241
– betwisting vaderschap echtgenoot 56, 825, 839-841, 939-940, 1009, 1228, 1326, 1334
– gerechtelijke vaststelling moederschap 46, 148-153, 155, 157-158, 170, 176-177, 1190, 1249, 1299, 1301, 1313
– gerechtelijke vaststelling vaderschap 46-47, 75, 292, 461-462, 474-477, 482, 511-512, 537, 539-540, 543-544, 583, 753, 757, 1195, 1206, 1208, 1219, 1316, 1322, 1334
– historiek 26, 28
– homologatie van een erkenning 689-690
– machtiging tot erkenning o.g.v. art. 320 B.W. 279, 292, 607, 610-612, 628, 636, 639, 658, 661, 1195, 1210, 1259
– nietigverklaring erkenning o.g.v. art. 319 § 4 B.W. 1133
– omschrijving van de notie 8, 150
– subsidiair karakter 280
Bijstand
– informatie omtrent de – inzake adoptie 1293
– inzake erkenning 301, 389
Bijzondere Wet Arbitragehof
– algemeen 60, 344
– **art. 4** 68
– **art. 26** 61, 66, 349, 355-356, 856-857, 938
– **art. 28** 65, 856
– **art. 114** 67
Biologische vader (vorderingsrecht van de –)
– betwisting erkenning 1080
– betwisting vaderschap echtgenoot 895-900
– gerechtelijke vaststelling vaderschap 526-527
Bloedonderzoek Zie Deskundigenonderzoek
Bloedproef Zie Bloedonderzoek
Bloedschennig kind
– verbod tot erkenning van een – 232-234, 758-768
– verbod tot gerechtelijke vaststelling ouderschap t.a.v. een – 235-236, 769-770
Bloedverwantschap 7, 10-11, 19, 505, 1079
Burgerlijke stand Zie Ambtenaar van de –

C

CAHBI 1171, 1179, zie ook Ontwerp-aanbeveling –
CDBI 1179
Celibaatsattest 447
Centraal register der uiterste wilsbeschikkingen 455
Centraal register van afstamming 454-455
CIEC Zie Internationale Commissie voor de Burgerlijke Stand
CJ-FA 31, zie ook Witboek –

Code Napoléon Zie Historiek
Collateralen 11
Coma
– afname genetisch materiaal bij persoon in – 490
– toestemming tot aanwending sperma van een persoon in – 1173
Comité
– *ad hoc* d'experts sur les progrès des sciences biomédicales Zie CAHBI
– Directeur pour la Bio-éthique Zie CDBI
– Ethisch – van het ziekenhuis 1181
– Raadgevend – voor Bio-ethiek 1181, zie ook Raadgevend Comité voor Bio-ethiek
Consignatie 571, 995
Consulaat
– consulaire agenten in het buitenland 59
– consulaire ambtenaren 127, 387
Cryopreservatie 1176, 1186, 1244
Cumul van procedures
– machtiging en homologatie 731-734
– machtiging en toestemming 729
– machtiging en toestemmingsweigering 737-738
– machtiging, toestemmingsweigering en homologatie 740
– toestemming en homologatie 730
– toestemmingsweigering en homologatie 739

D

Dagvaarding Zie Wijze van gedinginleiding
Declaratief karakter
– erkenning 222, 396, 405, 449-450, 723
– vonnis tot betwisting vaderschap echtgenoot 1001
– vonnis tot gerechtelijke vaststelling ouderschap 201-202, 577-578, 582
– vonnis tot nietigverklaring erkenning 933, 1118
Derdenverzet
– betwisting gerechtelijk vastgesteld moederschap 817-824
– betwisting gerechtelijk vastgesteld vaderschap 1159-1166
Descendent
– begrip 11
– in procedure tot betwisting vaderschap echtgenoot 882-885, 932, 936, 944, 947, 951, 999
Deskundigenonderzoek
– betwisting moederlijke erkenning 807
– betwisting moederschap blijkend uit geboorteakte 1191-1192, 1251-1252
– betwisting vaderlijke erkenning 1032, 1045, 1054, 1060-1062, 1240
– betwisting vaderschap echtgenoot 829-830, 833, 970, 1196, 1233
– bloedonderzoek *versus* genetisch onderzoek 482
– buitengerechtelijk – 834
– erkenning na toestemmingsweigering 320-321, 448
– gerechtelijke vaststelling moederschap 154-156, 1249, 1300-1301
– gerechtelijke vaststelling vaderschap 477, 481-501, 508, 512, 527, 543, 1186, 1197, 1206, 1208, 1213, 1219, 1221, 1259, 1316, 1321, 1334
– kosten 571, 710, 995, 1112
– toestemming 484-491
– uitvoering *post mortem* 491
– weigering een door de rechter bevolen – te ondergaan 492-501, 507, 509, 830, 1237
Diefstal 975, 1173
Dies a quo non computatur in termino, sed dies ad quem 249, 258, 941, 1138
Diplomatieke ambtenaren 127, 298, 387, 447, zie ook Consulaat
Discriminatieverbod Zie Gelijkheidsbeginsel

Donor
– anonimaat van de – 1175-1177, 1237
– erkenning door de – 1215
– informatie i.v.m. de – 1177-1178, 1237
– omgangsrecht van de – 1176
– onderhoudsvordering tegen de – 1176
– onderzoek naar het vaderschap van de – 1197, 1208, 1218-1220, 1259
– toestemming van de – tot gebruik en prelevatie van zijn gameten 1173
Donorgameten 1173
Doodgeboren kind 99-100, 372, 401
Dossierkosten
– i.v.m. notariële erkenning 447
Draagmoeder, zie ook Draagmoederschap
– terminologie 1268-1269
Draagmoederschap
– bemiddeling inzake – 1267
– betwisting moederschap na – 1302-1308
– betwisting vaderschap na – 1323-1329
– omschrijving van het fenomeen 1266
– vaststelling moederschap na – 1293-1301
– vaststelling vaderschap na – 1309-1322
Draagmoederschapscontract
– geldigheidsvoorwaarden 1270-1275
– uitwerking en gevolgen 1276-1280
Dwaling 802-803, 925, 1017, 1034, 1040, 1044-1050, 1054, 1158, 1240, 1271
Dwangsom
– inzake geding tot erkenning ex art. 319 § 3 B.W. 321
– inzake gerechtelijke vaststelling vaderschap 54, 502-505
– inzake onderhoudsvordering ex art. 336 e.v. B.W. 502
Dwanguitvoering tegen de persoon
– verbod van – 496

E

Eenvoudige verklaring (betwisting vaderschap echtgenoot op –)
– art. 318 § 3 eerste lid 1° B.W. 846-850
– art. 318 § 3 eerste lid 2° B.W. 851-857
– art. 318 § 3 eerste lid 3° B.W. 858-861
– art. 318 § 3 eerste lid 4° B.W. 862-863
– art. 318 § 3 eerste lid 5° B.W. 864-866
Eenzijdig verzoekschrift
– in de context van art. 319 § 3 B.W. 425
– in de context van art. 319 § 4 B.W. 1144
– homologatie erkenning ex art. 319*bis* B.W. 707, 712, 715
– machtiging tot erkenning ex art. 320 B.W. 655, 657-662, 664-665, 667, 669-671, 738
– vordering tot gerechtelijke vaststelling vaderschap overleden kind 547
– na overlijden van alle te dagvaarden partijen (art. 332*quater* tweede lid B.W.) 195, 197, 568, 572, 789, 991, 997, 1090, 1109
– oproeping echtgenoot inzake erkenning overspelig kind o.g.v. art. 331 (oud) B.W. bij – 647
– tot aanstelling deskundige 491
– tot aanstelling voogd *ad hoc* 912, 966, 969
Eiceldonatie 1246, 1249, 1257, 1284
Embryo
– bescherming 1179
– beschikking 1173, 1262
– bewaring 1175, 1180, 1244

– creatie van een menselijk – 1179
– erfrecht 1262
– implantatie 1171, 1180, 1244-1245, 1258, 1260, 1279-1280, 1319
– innesteling 260, 1260
– omschrijving 1244, 1260
– onderzoek 1182
– samenstelling 1246, 1268, 1273
– statuut 1174
– transport 1245
Embryodonatie 1245, 1247, 1249, 1252-1253, 1256, 1284, 1323
Embryo-flush (E.F.) 1245, 1260
Embryotransfer (E.T.) 1180, 1191, 1228, 1244-1246, 1284, 1319, 1323
Embryowet 1174, 1182, 1244, 1330, 1334
Ereloon van de notaris
– bij notariële erkenning 447
Erfrecht
– argument tegen nietigverklaring erkenning 1150
– bekwaamheid om te erven 96, 592, 1200, 1260
– beperkende maatregelen inzake – van buitenhuwelijkse kinderen *de lege lata* 584
– directe werking E.V.R.M. inzake – 42-44, 48, 50-52
– doorwerking van het oude discriminatoire – 71-80
– embryo 1262
– gevolg van de afstamming 19, 583, 768
– in de nalatenschap van de echtgenoot van de moeder 255, 882, 970, 1200, 1260, 1262
– ingeval van erkenning na adoptie 140, 410
– na adoptie van een draagkind 1295
– na erkenning door een gehuwd man 722
– na erkenning door een gehuwde vrouw 216, 223-224
– na gerechtelijke vaststelling vaderschap 582-586
– na prenatale erkenning 396, 694
– na vaststelling vaderschap gehuwd man 751-752, 755
– o.g.v. de regel *Mater semper certa est* 106
– oud Belgisch – beoordeeld in arrest Marckx 35
– oud Belgisch – beoordeeld in arrest Vermeire 37
– oud Belgisch – beoordeeld in zaak Verryt 38
– *post mortem* verwekt kind 1206, 1260, 1262
– verjaring 583, 585
Erkenning door een man
– begrip 283, 287
– bij notariële akte 379
– die niet de biologische vader is 388
– doodgeboren kind 401
– grondvoorwaarden 288-313
– homologatie 681-726
– in afzonderlijke akte voor de ambtenaar van de burgerlijke stand 378
– in geboorteakte 375-377
– in overspel verwekt kind 601-740
– juridische grondslag 291-293
– kind waarvan de afstamming gerechtelijk is vastgesteld 409
– machtiging tot – 602-677
– nog niet geboren kind 390-397
– nog niet verwekt kind 394
– onbekwame erkenner 389
– oordeel of de – al dan niet kan plaatsvinden 314-323, 351-369
– overleden kind 398-402
– reeds erkend kind 403-408
– reeds geadopteerd kind 410
– toestemming tot – 293-313
– uit welwillendheid 388
– verbod tot – bloedschennig kind 758-768
– vormvereisten 370-387
Erkenning door een vrouw
– begrip 116
– bij notariële akte 127

– die niet van het kind bevallen is 130
– doodgeboren kind 99, 401
– draagmoeder 1297
– grondvoorwaarden 117-126
– in afzonderlijke akte voor de ambtenaar van de burgerlijke stand 127
– in geboorteakte 127
– kind waarvan de afstamming gerechtelijk is vastgesteld 137-138
– laattijdige – 124, 300, 324-325
– nog niet geboren kind 132-133
– onbekwame vrouw 131
– overleden kind 135
– reeds erkend kind 136
– reeds geadopteerd kind 139-140
– vormvereisten 127-129
– wensmoeder 1297
Erkenningsakte
– authentieke akte 370-384
– erkenning van meerdere kinderen in één – 373
– kantmelding in de geboorteakte 129, 453-455
– kosten i.v.m. opmaak 142, 147, 447
– personen bevoegd om – op te maken 385-387
– publiciteit 144, 453-456
– vermeldingen in – 128, 378, 382
– vordering tot verbetering 406, 604, 684
Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens (E.V.R.M.) (art. 8 *j°* 14 van het –)
– België als verweerder voor het E.H.R.M. 35-38
– bewijs via deskundigenonderzoek voor gerechtelijke vaststelling vaderschap 495-496, 503-504
– cassatierechtspraak inzake directe werking – 39-52
– erfrecht 73, 203, 588
– erkenning door een vrouw 222, 1152
– homologatie van een erkenning 686
– inhoud art. 8 en 14 E.V.R.M. 33
– machtiging tot erkenning ex art. 320 B.W. 621, 625-627
– positieve en negatieve verplichtingen 40
– procedure ex art. 319 § 3 B.W. 329, 355-356, 364
– termijnen voor betwisting vaderschap echtgenoot 921-923, 939
– termijnen voor gerechtelijke vaststelling moederschap 46, 178-179
– termijnen voor gerechtelijke vaststelling vaderschap 544, 755
– titularissen tot betwisting vaderschap echtgenoot 898, 1238
– verbod tot erkenning ex art. 321 B.W. 764
– wijzen tot betwisting vaderschap echtgenoot 855
Exceptie
– bezit van staat t.a.v. beide echtgenoten als – tegen vordering tot betwisting vaderschap echtgenoot 838
– bezit van staat t.a.v. de erkenner als – tegen vordering tot betwisting erkenning 794, 816, 1024, 1030, 1034, 1056, 1122
– *exceptio plurium* en kennelijk wangedrag moeder als – tegen vordering tot onderzoek naar vaderschap onder oud recht 512-513
– van laattijdigheid van een afstammingsvordering 915-916
– van onbevoegdheid 981
– van openbare orde 103
Exceptio est strictissimae interpretationis 730
Exceptio plurium concubentium 28, 509, 512-513
Expeditierecht 447

F

Familienaam Zie Naam
Feitelijke hereniging

– art. 318 § 3 eerste lid B.W. 842-844
– art. 320, 3° B.W. 618-619
– verschil met verzoening 843
Feitelijke vereniging Zie Feitelijke hereniging
Feitelijke scheiding
– bewijs 621, 628, 631, 832, 852
Foetus 100
Fout
– echtscheiding o.g.v. – 625
– van de overspelige moeder 668, 994
– van de Staat wegens het niet-wijzigen van art. 319 § 3 B.W. 345
– voorwaarde voor toekenning bevallingskosten o.g.v. art. 1382 B.W. 115
– weigering erkenning als – 1217
Frozen embryo transfer (FR.E.T.) 1245
Fysieke integriteit (schending van / respect voor de –) 321, 490, 495, 500-505, 1173, 1274, zie ook Recht op fysieke integriteit

G

Gameet 1244
Gameet intrafallopiaan transfer (G.I.F.T.) 1228, 1244, 1261, 1301
Geboorte
– aangifte Zie Aangifte
– feit 96, 401, 911, 933
– kennisgeving 94
– ontdekking 918, 930-931, 933, 937, 939
Geboorteakte
– afschrift / kopie 232, 377, 447, 467
– erkenning in de – 127, 375-377
– kantmelding erkenning in de – 129, 232, 453-455
– opmaak 94-98, 398
– verbetering 263, 397
– verplichting tot vermelding naam moeder in – 91-93
Geboorten
– boek voor registratie van – 1279
– statistische gegevens i.v.m. – in België 30
Gedinginleiding Zie Wijze van gedinginleiding
Geesteszieke
– begrip 552-553
– erkend kind 301
– erkenner 131, 389
– vertegenwoordiging 184-185, 489, 557, 954, 1094
Gelijkheidsbeginsel (toetsing aan het –), zie ook Arbitragehof en Prejudiciële vraag
– algemeen 60-63
– art. 107 Afstammingswet *j°* art. 756 (oud) B.W. 71-80
– art. 319 § 2 B.W. 324-325
– art. 319 § 3 B.W. 329-340
– art. 319 § 4 B.W. 1151
– art. 320 B.W. 611, 625, 628
– art. 321 B.W. 768
– art. 323 B.W. 745-746
– art. 332 B.W. 896-897, 937-939
Geneesheer, zie ook Arts
– deskundige 490-491
– rol inzake artificiële procreatie 1219-1220, 1280
– rol inzake bevestiging van de zwangerschap 394
– rol inzake vaststelling van de geboorte 94-95, 100, 398
Generatie 11
Genetische informatie
– recht op – 1177
– verzamelen, registreren en verstrekken van – 1178
Gerechtelijke vaststelling moederschap
– begrip 145
– bewijs 149-156
– draagmoeder 1301
– grondvoorwaarden 146-147
– na in-vitrofertilisatie 1249
– na kunstmatige inseminatie 1190
– wensmoeder 1299-1300

Gerechtelijke vaststelling vaderschap
– begrip 283, 457
– bevoegde rechtbank 562-565
– bewijs 473-514
– gerechtskosten 570-571
– grondvoorwaarde 458-462
– na in-vitrofertilisatie 1254-1259, 1263
– na kunstmatige inseminatie 1195, 1197, 1206, 1208, 1213, 1218-1219, 1221-1222
– overspelig kind 741-757
– partijen in het geding 545-549
– *post mortem* 476, 491
– publiciteit van het vonnis 593-600
– recht van verzet 463-472, 745-474
– rechtsmiddelen 572-575
– termijn 531-544
– titularissen 515-530
– uitwerking van het vonnis 576-592
– van de spermadonor 1218-1220
– verbod tot – bloedschennig kind 769-770
– vertegenwoordiging 550-561
– zonder afstammelingen overleden kind 528
Gerechtsbrief
– kennisgeving van een beschikking op eenzijdig verzoekschrift gewezen krachtens art. 332*quater* tweede lid B.W. bij – 595, 1000
– kennisgeving van een vonnis ex art. 319 § 3 B.W. bij – 432
– oproeping bij – na beschikking ex art. 338 § 2 tweede lid B.W. 661
– oproeping bij – voor homologatieprocedure ex art. 319*bis* B.W. 707-708
– oproeping bij – voor procedure ex art. 319 § 3 B.W. 417, 425
– oproeping bij – voor procedure ex art. 320 B.W. 649, 661-662, 664, 667, 670, 674
– oproeping bij – voor procedure nietigverklaring erkenning o.g.v. art. 319 § 4 B.W. 1144-1145
Gerechtsdeurwaarder
– (on)bevoegdheid 597
– betekening erkenning door gehuwde vrouw 219-220
– betekening vaderlijke erkenning zonder toestemming ex art. 319 § 4 B.W. 1131
– opmaak voor eensluidend verklaard afschrift afstammingsvonnis 594
– plicht tot mededeling afstammingsvonnis aan openbaar ministerie 595-597
Gerechtskosten
– betwisting erkenning 1110-1113
– betwisting moederschap blijkend uit geboorteakte 790
– betwisting vaderschap echtgenoot 993-996
– gerechtelijke vaststelling moederschap 196
– gerechtelijke vaststelling vaderschap 570-571
– procedure homologatie erkenning 710
– procedure machtiging tot erkenning 667-668
– procedure na toestemmingsweigering erkenning 448
Geschiedenis Zie Historiek van het afstammingsrecht
Geslachtsgemeenschap
– bestanddeel van overspel 18
– gedurende wettelijk tijdperk verwekking 506-512, 828
– onmogelijkheid tot – 260, 1224
– tijdstip van de verwekking 260
– toestemming tot – met een ander persoon dan de eigen partner 1229, 1236-1237
Getuigschrift
– medisch – 639, 830
– – van woonst 707, 832, 874, 1144, zie ook Woonstcertificaat
Gevolmachtigde
– advocaat als – van een partij 426

– vertegenwoordiging door een – inzake erkenning 437
Geweld
– inzake het onderhouden van buitenhuwelijkse geslachtsbetrekkingen 115
– oplegging deskundigenonderzoek met – 494, 830
– schaking met – 462, 512, 539
– wilsgebrek inzake betwisting erkenning 802-803, 1017, 1043, 1047, 1052-1054, 1240
– wilsgebrek inzake toestemming tot draagmoederschapscontract 1271
Gezinsleven (recht op eerbiediging van het –) Zie Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens (E.V.R.M.)
Goede zeden (strijdigheid met de –)
– art. 321 B.W. 764
– art. 8.2 E.V.R.M. 33
– draagmoederschap 1275, 1279
Graad
– begrip 11-12
– bloed- of aanverwantschap in verboden – 231, zie ook Huwelijksbeletsel
Griffie
– kennisgeving beschikking ex art. 320 B.W. na eenzijdig verzoekschrift 669, 1000
– kennisgeving homologatievonnis 715, 717
– kennisgeving vonnis ex art. 319 § 3 B.W. 425, 432
– kosteloze afgifte aan het openbaar ministerie van uittreksel met beschikkend gedeelte afstammingsvonnis 598
– kosteloze afgifte attest waaruit blijkt dat geen rechtsmiddelen werden aangewend 598, 715, 717
– oproeping in raadkamer van verzoeker (na eenzijdig verzoekschrift) en tussenkomende partijen 649
– oproeping partijen in procedure tot homologatie erkenning 707
– oproeping partijen in geding ex art. 319 § 3 B.W. 417, 425
– overmaking afschrift beschikking ex art. 332*quater* tweede lid B.W. aan parket 595
– rol inzake procedure tot nietigverklaring erkenning ex art. 319 § 4 B.W. 1144-1145, 1155
– toezending dossier aan rechtbank eerste aanleg na prejudicieel geschil 978
– verwijzing naar rechtbank eerste aanleg ex art. 319 § 3 B.W. 423
– verzending aan de – van verzoekschrift tot homologatie erkenning 707
– verzoek ex art. 723 Ger. W. tot toezending dossier na voorziening 575
Grondwet Zie Gelijkheidsbeginsel
Grootouder
– advies inzake adoptie 1289
– voogd 1134
– begrip 11
– eiser in afstammingszaken 785, 955, 1029, 1070, 1077, 1095, 1100, 1104, 1111, 1134
– eiser in alimentatieprocedure 581
– verweerder in afstammingszaken 186, 555
– verweerder in alimentatieprocedure 410

H

Haarwortel 500, 504
Halfbroer 11, 874, 1177
Halfzus 11, 762, 1177
Hemofilie 500
Historiek van het afstammingsrecht
– Code Napoléon 26
– eenentwintigste eeuw 29
– Franse revolutie 26
– negentiende eeuw 27
– oorlogswetgeving 28

– twintigste eeuw 28
Hoger beroep
– rechtsmiddel 197-198, 432, 572-573, 669, 672, 711, 715, 958, 969, 997, 999, 1114
– tergend en roekeloos – 357, 501, 1062, zie ook Tergend en roekeloos geding
Homologatie van de erkenning
– bevoegde rechtbank 704-706
– draagwijdte 683
– formaliteiten na de – 714-720
– gerechtskosten 710
– gevolgen 721-723
– ontstaansgeschiedenis verplichting tot – 681
– overleden kind 695
– partijen in het geding 699-700
– procedureverloop 708-709
– ratio homologatieverplichting 682
– rechtsmiddelen 711-713
– taak van de rechtbank 688-690
– termijn voor het verzoek 698
– toepassingsgebied verplichting tot – 685-687
– vertegenwoordiging 701-703
– verwekt, maar nog niet geboren kind 691-694
– verzoekers 696-697
– wijze waarop het verzoek wordt ingeleid 707
Huwelijk
– invloed openstelling – op het afstammingsrecht 29, 213, 218, 223, 228, 248, 678, 687, 699, 748, 750
Huwelijksbeletsel
– gerechtelijke vaststelling moederschap waaruit een – blijkt 235
– gerechtelijke vaststelling vaderschap waaruit een – blijkt 779
– moederlijke erkenning waaruit een – blijkt 128, 232
– vaderlijke erkenning waaruit een – blijkt 758-760, 762-763, 768

I

Impliciete betwisting vaderschap echtgenoot Zie Onrechtstreekse betwisting
Impotentie 828
In pari causa turpitudinis cessat repetitio 790, 1279
Incest 16, 18, 76, 232, 247, 388, 759-760, 764, 768, 893
Incidenteel afstammingsgeschil 975
Infans conceptus pro jam nato habetur 96, 171, 390, 396, 538, 1262
Internationaal privaatrecht 5, 57, 104
Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (I.V.R.K.)
– **art. 1** 14
– **art. 2** 340
– **art. 3** 53-56, 340, 354-356, 358, 361, 611, 915, 939-940, 1067, 1151
– **art. 7** 53-56, 340, 356-357, 502, 611, 761, 765, 767-768, 915, 1151, 1177, 1218
– **art. 12** 54, 340
– gebrek aan directe werking van art. 3 I.V.R.K. 1067
– toetsing aan het – 32, 53-56
Internationale Commissie voor de Burgerlijke Stand (C.I.E.C.) 58, 102
Intracytoplasmatische sperma injectie (I.C.S.I.) 1228, 1243-1244, 1261
In-vitrofertilisatie
– betwisting moederschap na – 1250-1253
– betwisting vaderschap na – 1264-1265
– met E.T. *post mortem* 1258-1262
– omschrijving van de techniek 1243
– vaststelling moederschap na – 1247-1249
– vaststelling vaderschap na – 1254-1263
– vormen van – 1244-1246

J

Jeugdrechtbank
– prejudicieel afstammingsgeschil voor de – 975-976

K

Kantmelding
– afstammingsvonnis 600, 1004
– erkenning 129, 232, 453-455, 720
– erkenning zonder toestemming ex art. 319 § 4 B.W. 378
Kennelijk wangedrag 28, 509, 512-513, 591
Kennisgeving
– beschikking na eenzijdig verzoekschrift ex art. 332*quater* tweede lid B.W. 1000
– erkenning door een man 454, 678-680
– erkenning door een vrouw 129, 215, 218, 220, 227
– erkenning zonder toestemming 311-312, 1130-1132
– feit dat een vordering tot nietigverklaring erkenning ex art. 319 § 4 B.W. is ingeleid 1145, 1155
– geboorte aan de ambtenaar van de burgerlijke stand 94
– homologatievonnis aan de echtgeno(o)t(e) van de erkenner 714, 715
– homologatievonnis aan het openbaar ministerie 719-720
– oordeel dat de erkenning al dan niet kan plaatsvinden 432, 435
– vonnis tot betwisting van de afstamming met het oog op organisatie van de voogdij 777
– vonnis tot nietigverklaring van een erkenning ex art. 319 § 4 B.W. 1130-1132, 1137, 1155
Kind
– bloedschennig (incestueus) – 17-18, zie ook Bloedschennig kind en Huwelijksbeletsel
– buitenhuwelijks (natuurlijk) – 18, 30
– doodgeboren – 99-100, 372, 401
– gewettigd – 16, 22, 26, 28, 112, 178, 226, 255
– huwelijks (wettig) – 16, 18, 30, zie ook Vaderschapsregel
– levenloos – 99-100, zie ook Akte
– niet-levensvatbaar geboren – 401, 871, 1037, 1223
– overspelig – 17-18, zie ook Overspelig moederschap en Overspelig vaderschap
– statuut en terminologie 16-18
Kinderrrechten Zie Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (I.V.R.K.)
Kindschap 15
Klonen Zie Klonering
Klonering 1330-1334
Kunstmatige inseminatie
– betwisting moederschap na – 1191-1193
– betwisting vaderschap na – 1223-1242
– omschrijving van de techniek 1186
– toepassing van – *post mortem* 1198-1208, 1222
– vaststelling moederschap na – 1188-1190
– vaststelling vaderschap na – 11974-1222
– vormen 1187
Kunstmatige voortplanting Zie Artificiële procreatie

L

Lasthebber 141, 272, 437
Leenmoeder Zie Draagmoeder
Levenloos kind 99-100, zie ook Akte

Levensonderhoud Zie Onderhoudsgeld
Levensvatbaarheid 96, 871, zie ook Kind
Lex specialis derogat legi generali 1019, 1103

M

Maatschappelijk onderzoek 364, 1292
Machtiging tot erkenning
– art. 320, 1° B.W. 613-614
– art. 320, 2° B.W. 615-617
– art. 320, 3° B.W. 618-622
– art. 320, 4° B.W. 623-631
– bevoegde rechtbank 652-654
– draagwijdte 604
– formaliteiten na de – 676
– gerechtskosten 667-668
– nog niet geboren kind 638-642
– ontstaansgeschiedenis 603
– overgangsrecht 1011-1015
– overleden kind 643-644
– partijen in de procedure 647-649
– procedureverloop 663-666
– ratio van de vereiste – 602
– rechtsmiddelen 669-674
– taak van de rechtbank 635-637
– termijn 646
– toepassingsgebied van de vereiste – 605-612
– uitwerking 675
– vertegenwoordiging 650-651
– verzoeker 645
– wijze waarop het verzoek wordt ingeleid 655-662
Mandataris
– – *ad litem* 996
– erkenning via – 437
– gerechtelijk – 996,
Marckx-arrest 35-36, 74, 76
Mater semper certa est 91-93
Mededeling
– afstammingsvonnis aan openbaar ministerie 594-597
– erkenning aan echtgeno(o)t(e) erkennende vrouw 213-225
Medisch begeleide voortplanting, zie ook Artificiële procreatie
– geoorloofd karakter 1171-1172
– overzicht van de technieken 1186-1187, 1243-1246
Mensenrechten Zie Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens (E.V.R.M.)
Microïnjectie intrafallopiaan transfer (M.I.F.T.) 1244
Misbruik van vertrouwen 975
Modellen
– betekening erkenningsakte 219
– betekening erkenningsakte ex art. 319 § 4 B.W. 1130
– dagvaarding betwisting erkenning o.g.v. art. 330 B.W. 1107
– dagvaarding betwisting moederschap blijkend uit geboorteakte 789
– dagvaarding betwisting vaderschap echtgenoot 987
– dagvaarding gerechtelijke vaststelling moederschap 193
– dagvaarding gerechtelijke vaststelling vaderschap 566
– derdenverzet 999
– erkenning door een man 382, 390, 398, 420, 436
– erkenning door een vrouw 128, 133, 135
– kennisgeving moederlijke erkenning 218
– kennisgeving notariële erkenning aan ambtenaar van de burgerlijke stand 454
– p.-v. van minnelijke schikking na toestemming tot erkenning 419
– p.-v. van onmogelijkheid van verzoening en verwijzing naar de rechtbank 422
– p.-v. vrijwillige verschijning inzake betwisting vaderschap echtgenoot 989
– randmelding erkenning aan notariële erkenningsakte 718

– verzoekschrift aanwijzing voogd *ad hoc* 966
– verzoekschrift en dagvaarding inzake machtiging tot erkenning o.g.v. art. 320 B.W. 655
– verzoekschrift homologatie erkenning o.g.v. art. 319*bis* B.W. 707
– verzoekschrift tot nietigverklaring erkenning o.g.v. art. 319 § 4 B.W. 1144
– verzoekschrift tot oproeping in verzoening na toestemmingsweigering erkenning 415
Moederlijke erkenning Zie Erkenning door een vrouw
Moederschap
– begrip 15
– betwisting 776-824, zie ook Betwisting moederschap
– vaststelling 88-236, zie ook Vaststelling moederschap

N

Naam
– administratieve vergissing 933
– adoptie na draagmoederschap 1295-1296
– betwisting vaderschap echtgenoot 292, 970, 1005
– element van bezit van staat 151, 475, 796, 841, 1025
– erkenning door een gehuwd man 377, 693, 722
– erkenning door een ongehuwd man 377
– erkenning na adoptie 139, 410
– erkenning o.g.v. art. 320 B.W. 292
– gelijkheidsbeginsel 69, 266, 397
– gerechtelijke vaststelling vaderschap 762
– gevolg van afstamming 19, 767
– prenataal erkend kind 113, 397, 693
– recht op een – 53
– rechtvaardiging belang van een grootouder bij betwisting erkenning 1077
– regulariserende adoptie 110
– verplichte vermelding in de erkenningsakte 378
Nemo auditur propriam turpitudinem allegans 1279
Nicht
– begrip 11
– eiseres in procedure tot betwisting erkenning 1079
Nietigverklaring van een erkenning Zie Betwisting vaderlijke erkenning en Schijnerkenning
Niet-tegenwerpelijkheid, zie ook Tegenwerpelijkheid
– sanctie bij gebrek aan betekening vonnis tot vaststelling vaderschap 750-752
– sanctie bij niet-mededeling moederlijke erkenning 216, 223-224
– sanctie bij niet-mededeling vaderlijke erkenning zonder toestemming 452
Nieuwe echtgenoot Zie Vaderschapsconflicten
Non-discriminatiebeginsel Zie Gelijkheidsbeginsel
Notariële erkenningsakte
– aktekosten 447
– inhoud 382
– occult karakter 129, 454, 1087
– vorm 383
Notaris
– bevoegdheid opmaak erkenningsakte 380, 385
– invloed rechtspraak Arbitragehof op de – 344, 346

O

Onwaardigheid tot erkenning 290, 367
Omgangsrecht Zie Recht op persoonlijk contact

Omni meliore momento Zie Vermoeden
Onbekwamen
– gerechtelijke onbekwaamverklaring 131, 301, 389, 443, 486
– verlengde minderjarigheid 131, 301, 306, 309, 389, 442, 476, 487, 559, 957
– voorlopig bewind 185, 553, 954
– wettelijke onbekwaamheid 389, 488
Onbeschikbaarheid
– menselijk lichaam 1277
– recht van de moeder op vaststelling moederschap 1274
– staat van de persoon 631, 852, 1219, 1224, 1274
Onderhoudsgeld
– akkoord i.v.m. – tussen moeder en erkenner 1030, 1178
– bij gelding vaderschapsregel 278, 926, 931, 940, 970, 976
– erkenning na adoptie 139, 410
– na artificiële procreatie 1176
– na draagmoederschap 1295
– na erkenning door een man 581, 1071
– na erkenning door een vrouw 223
– na gerechtelijke vaststelling vaderschap 495, 557, 581, 588, 751
– na opeenvolgende erkenningen 405
– na regulariserende adoptie 110
– periode die de erkenning voorafgaat 450
– tussenkomst in geding betwisting vaderschap echtgenoot wegens vrees te worden aangesproken in betaling van – 952
– voor moeder na bevalling 113-114
Onderhoudsplicht
– gevolg van de afstamming 19, 203, 581, 767
Onderhoudsvordering tegen de waarschijnlijke verwekker (art. 336 B.W.) 1, 28, 386, 461, 500, 502, 569, 761, 999
Onderschuiving van kinderen 791-792
Onderscheidingsvermogen
– erkenner 131, 301, 389, 701
– inzake toestemming voor draagmoederschapscontract 1272
– onder voorlopig bewind geplaatste persoon 553
– toestemming tot deskundigenonderzoek 484
– vereiste – om gehoord te worden 340, 358
Onderzoek naar moederschap Zie Gerechtelijke vaststelling moederschap
Onderzoek naar vaderschap Zie Gerechtelijke vaststelling vaderschap
Onrechtstreekse betwisting vaderschap echtgenoot
– via betwisting moederschap 1006
– via erkenning o.g.v. art. 320 B.W. 1007-1015
– via gerechtelijke vaststelling vaderschap o.g.v. art. 323 B.W. 1016
Onsplitsbaar geschil 549, 572, 911, 972, 997, 1114
Ontstaansgeschiedenis Zie Historiek
Ontvoering van minderjarigen 975
Ontwerp-aanbeveling CAHBI 1179
– **principe 1** 1179
– **principe 13** 1176
– **principe 14** 1188, 1196, 1212, 1218, 1235
– **principe 15** 1267, 1277, 1280, 1282
Onvruchtbaarheid
– begrip 1167
– bewijs van – 832
– technieken voor de behandeling van – 1168, 1171-1172
Onwaardigheid 290
Oordeel of de erkenning kan plaatshebben Zie Verhaal (na toestemmingsweigering erkenning)
Opeenvolgende erkenningen
– door een man 403-408
– door een vrouw 136

Openbaar ministerie
– aanwezigheid ter voorkoming van strijdigheid van belangen 960
– advies 319, 426, 628, 699, 708, 956, 981, 1146
– bevel tot maatschappelijk onderzoek 364, 767
– mededeling afstammingsvonnis aan het – 594-597
– verzoek tot aanstelling voogd *ad hoc* 445, 965
– verzoek tot kosteloze afgifte attest waaruit blijkt dat geen rechtsmiddelen werden aangewend 598, 715
– verzoek tot kosteloze afgifte beschikkend gedeelte van een afstammingsvonnis 598
– vorderingsrecht inzake betwisting erkenning door een man 45, 604, 681, 726, 1082-1086, 1092, 1137, 1157
– vorderingsrecht inzake betwisting erkenning door een vrouw 798, 809
– vorderingsrecht inzake betwisting moederschap blijkend uit geboorteakte 785
– vorderingsrecht inzake betwisting vaderschap echtgenoot 880, 890, 899, 956-957, 1231
– vorderingsrecht inzake homologatie van een erkenning o.g.v. art. 319*bis* B.W. 711, 720
– vorderingsrecht inzake machtiging tot erkenning ex art. 320 B.W. 671, 676
– vorderingsrecht inzake onderzoek naar het moederschap 161
– vorderingsrecht inzake onderzoek naar het vaderschap 516
– vorderingsrecht inzake procedure ex art. 319 § 3 B.W. 445
– vorderingsrecht inzake verbetering van een erkenningsakte 406
Openbare orde
– afstammingsprocesrecht van – 190-191, 563-564, 654, 661, 706, 913-916, 922, 980-982, 1106
– afstammingsrecht als privaatrecht van – 23-24
– betwisting erkenning 809, 1082-1086, 1092, 1137, 1158
– betwisting moederschap blijkend uit geboorteakte 785
– betwisting vaderschap echtgenoot 832-833, 958, 973, 997, 999, 1231
– bevallingskosten 113
– erkenning 45, 294-295, 391
– gerechtelijke vaststelling moederschap 156
– gerechtelijke vaststelling vaderschap 479, 520
– homologatie erkenning ex art. 319*bis* B.W. 711
– machtiging tot erkenning o.g.v. art. 320 B.W. 602, 604, 631, 671, 676
– onmogelijkheid tot vaststelling afstamming t.a.v. een persoon die overleden is t.t.v. de verwekking 1200
– regel *Mater semper certa est* 103, 133, 1284
– strijdigheid draagmoederschapscontract met de – 1219, 1267, 1273-74, 1277
– toestemming tot procreatiegerichte geslachtsgemeenschap van de mede-echtgenoot met een andere persoon 1229
– verbod tot erkenning ex art. 321 B.W. 764-767
Opportuniteitsoordeel van de rechtbank
– erkenning door een man 322-323, 339-341, 352-369
– nietigverklaring erkenning ex art. 319 § 4 B.W. 1150-1153
– recht van verzet tegen gerechtelijke vaststelling vaderschap 468, 470-471
Oproeping Zie Griffie en Partijen in het geding

Optierecht 585
Opvoeding
– element voor bezit van staat 151, 475-476, 796, 841, 8/92, 1025, 1029, 1064
– in de echtelijke woonplaats (art. 334*bis* B.W.) 266
– onontvankelijkheidsgrond voor betwisting vaderschap echtgenoot 891-894
Ouderlijk gezag
– belang van het kind bij beoordeling vordering m.b.t. – 367
– draagmoeder 1273, 1279
– gevolg van afstamming 19, 364
– na adoptie 767
– na adoptie draagkind 1295
– na erkenning reeds geadopteerd kind 139, 410
– na opeenvolgende erkenningen 450
– na regulariserende adoptie 110
– ontzetting uit het – 309, 1082, 1085, 1137
– prejudicieel afstammingsgeschil in procedure i.v.m. – 975
– wensouders na draagmoederschap 1266, 1279
Ouderschap
– algemeen 7, 14
– terminologie / soorten 1185
Overeenkomst omtrent afstamming 1220, 1274, 1284
Overgangsrecht, zie ook Afstammingswet
– betwisting moederlijke erkenning 813-816
– betwisting moederschap blijkend uit geboorteakte 793
– betwisting vaderlijke erkenning 1088, 1121-1128
– betwisting vaderschap echtgenoot 850, 873-876, 903-907, 943-946, 1011-1015
– erkenning door een man 313, 395, 402, 408, 632-634, 724-726
– erkenning door een vrouw 120-122, 226-227
– gerechtelijke vaststelling moederschap 148, 157-159, 168, 172-179, 203-208
– gerechtelijke vaststelling vaderschap 462, 512-514, 529-530, 539-544, 587-592, 753-757
– gewettigde kinderen 112
– regulariserende adoptie 109-110
– vaderschapsregel 255
– vermelding naam moeder in geboorteakte 106-107
Overmacht
– vervaltermijnen tot betwisting vaderschap echtgenoot 927-928, 932-933, 1087
Overschrijving
– afstammingsvonnis 575-576, 579, 598, 600, 1005
– echtscheidingsvonnis 252
– homologatievonnis 720
Overspel 18
Overspelig moederschap
– algemeen 210-211
– gerechtelijke vaststelling 228-229
– vaststelling via de regel *Mater semper certa est* 212
– vaststelling via erkenning door een vrouw 213-227
Overspelig vaderschap
– vaststelling via erkenning door een man 601-740
– gerechtelijke vaststelling 741-757

P

Partijen in het geding
– betwisting gerechtelijk vastgesteld moederschap 821
– betwisting gerechtelijk vastgesteld vaderschap 1163
– betwisting moederlijke erkenning 811-812

– betwisting moederschap blijkend uit geboorteakte 786-787
– betwisting vaderlijke erkenning o.g.v. art. 330 B.W. 1089-1093
– betwisting vaderschap echtgenoot 947-952
– gerechtelijke vaststelling moederschap 180-183
– gerechtelijke vaststelling vaderschap 545-549
– homologatie van de erkenning 699-700
– machtiging tot erkenning 647-649
– na toestemmingsweigering inzake erkenning 423-427
– nietigverklaring erkenning o.g.v. art. 319 § 4 B.W. 1140-1141
Pater is est quem nuptiae demonstrant Zie Vaderschapsregel
Pensioenrechten 22
Persoonlijkheid (juridische –) 96, 98, 100, 390, 396, 401, 1037, 1174
Pleegouder 785
Prejudicieel afstammingsgeschil 974-978
Prejudiciële vraag, zie ook Arbitragehof
– formulering 61-62
– gevolgen arrest Arbitragehof gewezen op – 64-68
Prenatale erkenning
– door een gehuwd man 254
– door een ongehuwd man 390-397
– door een vrouw 132-133
Postmortale (postume) erkenning
– door een man 398-402
– door een vrouw 135
Privé-leven Zie Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens (E.V.R.M.)
Proces-verbaal van verzoening Zie Verzoening
Provisie van een deskundige 571, 995
Publiciteit, zie ook Kantmelding, Mededeling en Randmelding
– afstammingsvonnis 593-600, 1003-1005
– erkenning 144, 453-456

R

Raad van Europa
– CAHBI Zie CAHBI
– CJ-FA Zie CJ-FA
– E.V.R.M. Zie Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens
– Verdrag Mensenrechten en Biogeneeskunde 1179, 1330
– Verdrag van Straatsburg betreffende het juridisch statuut van buiten het huwelijk geboren kinderen 58, 91, 1218
Raadgevend Comité voor Bio-ethiek
– advies betreffende centra voor I.V.F. 1180
– advies betreffende geslachtskeuze 1179
– advies betreffende het Verdrag Mensenrechten en Biogeneeskunde 1179
– advies i.v.m. reproductief menselijk klonen 1331
– advies inzake anonieme bevallingen 102, 104
– advies inzake bestemming van ingevroren embryo's 1172, 1174, 1244
– advies inzake onderzoek op embryo's *in vitro* 1174, 1182
Randmelding van een homologatievonnis 716-719
Recht op fysieke integriteit 495, 504, 1274
Recht op persoonlijk contact
– belang van het kind inzake – 355, 365, 367
– donor 1176
– gevolg van afstamming 19
– prejudicieel afstammingsgeschil inzake – 975

– uitoefening – in relatie tot bezit van staat 1031
– zonder vastgestelde afstammingsband 975
Recht van verzet
– in procedure ex art. 322 B.W. 463-472
– in procedure ex art. 323 B.W. 745-747
Rechtbank van eerste aanleg
– gevolgen rechtspraak Arbitragehof voor de – 351-369
– uitsluitende materiële bevoegdheid in afstammingszaken 973
– territoriale bevoegdheid in afstammingszaken 980-986
Rechtsbijstand 571, 995, 1112
Rechtsmiddelen
– gerechtelijke vaststelling moederschap 197-199
– gerechtelijke vaststelling vaderschap 572-575
– vonnis i.v.m. betwisting erkenning 1114-1116
– vonnis i.v.m. betwisting vaderschap echtgenoot 997-999
– vonnis i.v.m. homologatie erkenning 711-713
– vonnis i.v.m. machtiging tot erkenning 669-674
Rechtsplegingsvergoeding 431, 996, 1113
Rechtszekerheid
– beperkende maatregelen in huidig erfrecht buitenhuwelijkse kinderen omwille van de – 584
– doelstelling van de wetgever t.t.v. de Afstammingswet 621
– gebrek aan – wegens facultatieve toepassing adagia *Nemo auditur* en *In pari causa* 1279
– gebrek aan – wegens occult karakter notariële erkenning 454
– gebrek aan – wegens schorsing termijn ex art. 331*ter* B.W. 534
– inzake (oud) erfrecht buitenhuwelijkse kinderen 35, 43-44, 74, 76
– inzake arbeidsongevallenuitkeringen 20
– inzake vaststelling van de afstamming van een buitenhuwelijks kind onder oud recht 52
– primaat van de sociale realiteit omwille van de – 1032
– ratio voor beperkingen in art. 318 B.W. 858
– ratio voor parallellisme tussen afstamming van vaderszijde binnen en buiten het huwelijk 1070
– ratio voor vervaltermijnen ex art. 332 B.W. 943
– via een arrest van het Arbitragehof in afwachting van wetgevend ingrijpen 857
– via het algemeen vermoeden van onbekwaamheid 389
Reproductieve geneeskunde Zie Zorgprogramma
Reus excipiendo fit actor 916
Rijksregister
– informatie i.v.m. afstamming 87, 931
Rolrecht
– notariële erkenning 447
– procedure ex art. 319 § 3 B.W. 416
Rust der families
– betwisting erkenning 1087
– betwisting vaderschap echtgenoot 897-898, 939-940
– machtiging tot erkenning o.g.v. art. 320 B.W. 603, 611, 621, 628

S

Schadevergoeding
– tussenkomst in afstammingsprocedure om een partij tot – te doen veroordelen 952
– wegens bewijs van gemeenschap ex art. 340*b* (oud) B.W. 113

– wegens fout Belgische Staat 345
– wegens leugenachtige erkenning 1062
– wegens niet-erkenning kind ondanks toestemming tot K.I.D. 1217, 1221
– wegens niet-uitvoering contractuele verplichtingen uit draagmoederschapscontract 1278
– wegens tergend en roekeloos geding 448, 826
– wegens tergend en roekeloos hoger beroep 357, 501, 1062
Schijnerkenning 1156
Schoonfamilie
– schoonbroer 12, 762
– schoondochter 12, 762, 764, 768
– schoonkind 12
– schoonmoeder 12, 762, 768
– schoonvader 12 764
– schoonzoon 12
– schoonzus 12, 762
Schorsing
– procedure tot een voogd *ad hoc* is aangesteld 967, 1096, 1099
– verjaringstermijn ex art. 331*ter* B.W. 170, 532-534, 583, 885, 757
– vervaltermijnen ex art. 332 B.W. 911-912, 927, 1138
– vervaltermijn ex art. 319 § 4 B.W. 1138
Schuldeiser (vorderingsrecht van een –)
– betwisting moederschap blijkend uit geboorteakte 785
– betwisting erkenning 809, 1070-1071
Spermadonatie
– anonimiteit 1176
– I.V.F. met – 1246, 1249, 1251, 1256, 1323
– overeenkomst tot – 1219
– toestemming tot – 1173
Steriliteit Zie Onvruchtbaarheid
Stiefbroer 11
Stiefdochter 12, 762, 767-768
Stiefkind 12, 767
Stiefmoeder 762, 768
Stiefouder 767
Stiefvader 767
Stiefzoon 12
Stiefzus 11, 767
Strafprocedure
– prejudicieel afstammingsgeschil in – 975
Strafsancties
– aanranding van de eerbaarheid en verkrachting (art. 377 Sw.) 975
– diefstal (art. 462 Sw.) 975
– misbruik van vertrouwen (art. 492 Sw.) 975
– miskenning verplichting tot aangifte / kennisgeving van de geboorte (art. 361 Sw.) 94, 102, 1286
– onderschuiving van personen (art. 194 Sw.) 792
– ontvoering van minderjarigen (art. 432 § 1 *j°* 428 § 1 Sw.) 975
– opmaak valse geboorteakte (art. 363 eerste lid Sw.) 783, 1305, zie ook Toeschrijving van een kind aan een vrouw die er niet van bevallen is en Verwisseling van een kind
– opzettelijk toebrengen van lichamelijk letsel (art. 392 e.v. Sw.) 1280
– opzettelijke slagen en verwondingen (art. 398 Sw.) 1280
– schending beroepsgeheim (art. 458 Sw.) 102, 309, 830, 1175, 1219
– valse naamdracht (art. 231 Sw.) 1286
– verhinderen / vernietigen van geboorteakte (art. 363 tweede lid Sw.) 792, 1286, zie ook Verduistering van een kind
– vruchtafdrijving (art. 348 e.v. Sw.) 1174
Stuiting
– verjaringstermijn ex art. 331*ter* B.W. 532, 816
– vervaltermijnen ex art. 332 B.W. 911, 927

– vervaltermijn ex art. 319 § 4 B.W. 1138

T

Tante
– begrip 11
– erfgerechtigdheid niet-erkend buitenhuwelijks kind in nalatenschap van – 73-74
– vorderingsrecht inzake betwisting erkenning 1078, 1100
– vorderingsrecht inzake betwisting moederschap blijkend uit geboorteakte 782, 784
Tegenbewijs
– procedure betwisting vaderschap echtgenoot door alle wettelijke middelen 828-834
– procedure betwisting vaderschap echtgenoot op eenvoudige verklaring 867-868
Tegenstrijdigheid van belangen
– betwisting erkenning 1094, 1096, 1098-1101
– betwisting vaderschap echtgenoot 953, 956-961
– erkenning na toestemmingsweigering 445
– gerechtelijke vaststelling moederschap 188
– gerechtelijke vaststelling vaderschap 557-558
Tegenwerpelijkheid, zie ook Niet-tegenwerpelijkheid
– afstammingsvonnis 549, 817, 1159
– betekend vonnis tot gerechtelijke vaststelling vaderschap 750-751, 1322
– deskundigenonderzoek 1060
– erkenning door overspelige vrouw 215-216, 222, 227
– onderscheid met (absoluut) gezag van gewijsde 548
Tergend en roekeloos geding 448, 826, zie ook Hoger beroep
Termijn
– betwisting gerechtelijk vastgesteld moederschap 820
– betwisting gerechtelijk vastgesteld vaderschap 1162
– betwisting moederlijke erkenning 810
– betwisting vaderlijke erkenning o.g.v. art. 330 B.W. 1087-1088
– betwisting vaderschap echtgenoot 908-946, zie ook Vervaltermijnen
– erkenning 413
– gerechtelijke vaststelling moederschap 169-179
– gerechtelijke vaststelling overspelig vaderschap 753-757
– gerechtelijke vaststelling vaderschap 531-544
– machtiging tot erkenning 646
– verzoek tot homologatie erkenning 698
– vordering tot nietigverklaring van een erkenning o.g.v. art. 319 § 4 B.W. 1138-1139
Testament
– aanstelling voogd bij – 1134
– beperking begiftiging bij – voor buitenhuwelijkse kinderen onder oud recht 35, 73
– erkenning bij – 127, 370, 374, 381, 395, 454-455, 1128
– verwekking als voorwaarde om bij – te kunnen verkrijgen 96, 396, 1262
Titularissen
– vordering tot betwisting gerechtelijk vastgesteld moederschap 819
– vordering tot betwisting gerechtelijk vastgesteld vaderschap 1161
– vordering tot betwisting moederlijke erkenning 809
– vordering tot betwisting moederschap blijkend uit geboorteakte 784-785

– vordering tot betwisting vaderlijke erkenning o.g.v. art. 330 B.W. 1069-1086
– vordering tot betwisting vaderschap echtgenoot 878-907
– vordering tot nietigverklaring erkenning o.g.v. art. 319 § 4 B.W. 1134-1137
– vordering tot vordering tot gerechtelijke vaststelling moederschap 160-168
– vordering tot vordering tot gerechtelijke vaststelling vaderschap 515-530
Toeschrijving van een kind aan een vrouw die er niet van bevallen is 792, 1286, 1305
Toestemming
– afwezigheid van – als wilsgebrek 1048
– deskundigenonderzoek 484-491
– draagmoederschapscontract 1271
– erkenning door een man 293-313
– erkenning door een vrouw 123-126
– intrekking gegeven – tot erkenning tijdens homologatieprocedure 730
– kunstmatige inseminatie of een andere daad die de voortplanting tot doel had 872, 1224-1238
– spermadonor tot prelevatie en gebruik 1173
Toestemmingsweigering
– procedure voor de rechtbank van eerste aanleg na – tot erkenning 319-323, 423-435
– verzoeningspoging door de vrederechter na – tot erkenning 316-318, 415-422
Tubaire embryo transfer (T.E.T.) 1244
Tussenkomst
– ambtshalve door de rechtbank bevolen – 649, 951
– gedwongen – 180, 324, 649, 661
– voogd *ad hoc* met het oog op regularisatie van de procedure 956
– vrijwillige – 180, 427, 545, 645, 649, 792, 952
Twijfel
– omtrent causaal verband tussen geslachtsgemeenschap en verwekking (art. 324 derde lid B.W.) 509-511

U

Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus 1070
Uitwerking
– erkenning 449-452
– vonnis dat erkenning homologeert 721-723
– vonnis dat erkenning tenietdoet 1117-1119
– vonnis dat machtiging tot erkenning verleent 475
– vonnis dat het moederschap vaststelt 200-208
– vonnis dat oordeelt dat erkenning kan plaatsvinden 434
– vonnis dat het vaderschap echtgenoot tenietdoet 1000-1002
– vonnis dat het vaderschap vaststelt 576-592

V

Vaderlijke erkenning Zie Erkenning door een man
Vaderschap
– begrip 15
– betwisting 825-1166, zie ook Betwisting vaderschap echtgenoot, Betwisting vaderlijke erkenning en Betwisting gerechtelijk vastgesteld vaderschap
– vaststelling 237-770, zie ook Vaststelling vaderschap
Vaderschapsconflict
– na bigamie 280-281

– na opeenvolgende huwelijken 277-279
Vaderschapsregel
– actuele draagwijdte 241-243
– begrip 238
– confrontatie met gelijkheidsbeginsel 256
– grondslag 239-240
– juridische kwalificatie 244-245
– na draagmoederschap 1310
– na in-vitrofertilisatie 1254-1262
– na kunstmatige inseminatie 1194-1208
– toepassingsgebied 246-255
Vaststelling moederschap, zie ook Overspelig moederschap
– bloedschennige afstamming langs moederszijde 230-236
– erkenning door een vrouw 116-144
– gerechtelijke – 145-209
– in overspel langs moederszijde 219-229
– vermelding naam moeder in geboorteakte 91-115
Vaststelling vaderschap
– binnen het huwelijk 237-281, zie ook Vaderschapsregel
– bloedschennige afstamming 758-770
– buiten het huwelijk Zie Erkenning en Gerechtelijke vaststelling vaderschap
– overspelige afstamming 601-757
Vaststelling van de afstamming
– algemeen 85-87
– langs moederszijde Zie Vaststelling moederschap
– langs vaderszijde Zie Vaststelling vaderschap
Verblijfsrecht 1156-1158
Verdeling *in natura* 266, 584
Verdragen, zie ook Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens (E.V.R.M.), Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (I.V.R.K.) en Raad van Europa
– bilaterale – inzake afstamming 59
– multilaterale – inzake afstamming 58
Verduistering van een kind 792, 975
Verhaal (na toestemmingsweigering erkenning door een man) 314-323, 351-369, 414-435
Verjaringstermijn (art. 331*bis* B.W.)
– juridische aard 532-534
– overgangsrecht 539-544
– vertrekpunt 535-538
Verkrachting 293, 462, 512, 539, 975, 994
Verlengd minderjarige Zie Onbekwamen
Vermeire (arrest –) 37
Vermoeden
– bewijsmiddel Zie Bewijsmiddelen
– feitelijk – van vaderschap 497-499
– ogenblik van de verwekking, 262-266, zie ook *Omni meliore momento*
– overgangsrecht 270
– tijdvak van de verwekking 258-260
– van vaderschap wegens geslachtsgemeenschap 506-511
– van wettigheid 255
Vernietiging
– beroep tot – bij het Arbitragehof 68
– erkenning Zie Betwisting moederschap en Betwisting vaderlijke erkenning
Verryt (de zaak –) 38
Verstek
– aanstelling voogd *ad hoc* na – vertegenwoordiger 188, 557, 971
– aspirant-erkenner in procedure ex art. 320 B.W. 672
– erkenner in procedure betwisting erkenning 1064
– moeder in procedure ex art. 319 § 3 B.W. 352
– uitspraak op – bij afwezigheid voogd *ad hoc* 972

– verwittiging verschenen partijen na – (art. 753 Ger. W.) 183, 197, 549, 572, 997, 1114
Vertegenwoordiging
– betwisting erkenning o.g.v. art. 330 B.W. 1094-1105
– betwisting vaderschap echtgenoot 953-972
– echtgeno(o)t(e) erkenner in homologatieprocedure 702
– erkennende man 437-439
– erkennende vrouw 141
– gerechtelijke vaststelling moederschap 184-188
– gerechtelijke vaststelling vaderschap 550-561
– nietigverklaring erkenning o.g.v. art. 319 § 4 B.W. 1142
– personen die tot de erkenning moeten toestemmen 440-441
– procedure homologatie erkenning 701-703
– procedure machtiging tot erkenning 650-651
– te erkennen kind 442-446
Vervaldag
– termijn tot betwisting vaderschap echtgenoot 942
– termijn tot kennisgeving erkenning aan echtgeno(o)t(e) 218, 678
Vervaltermijn inzake betwisting vaderschap echtgenoot (art. 332 B.W.)
– ascendenten en descendenten van de echtgenoot 932
– echtgenoot en vorige echtgenoot 917-931
– meerderjarig kind 934-935
– moeder 933
– mogelijke verlenging 925-929
Vervaltermijnen tot onderzoek naar het vaderschap onder het oude recht
– (on)verenigbaarheid met gelijkheidsbeginsel 454
– wettelijke regeling 539-543
Verwekking
– exact tijdstip 1260-1262
– op het voor het kind meest gunstige ogenblik Zie *Omni meliore momento*
– tijdvak Zie Vermoeden
– traumatiserende context 330
Verwisseling van een kind 791-792
Verzaking
– aan een erkenning 761
– aan het recht hoger beroep in te stellen 676
Verzet
– recht van – Zie Recht van verzet
– rechtsmiddel 197, 432, 572, 672, 711, 714, 997, 1114
Verzoekschrift
– eenzijdig – Zie Eenzijdig verzoekschrift
– op tegenspraak Zie Verzoekschrift op tegenspraak
Verzoekschrift op tegenspraak
– art. 320 B.W. 656
– combinatie van procedures ex art. 319 § 3 en art. 320 B.W. 738
– homologatieprocedure ex art. 319*bis* B.W. 707, 712, 717
– procedure na toestemmingsweigering erkenning ex art. 319 § 3 B.W. 415, 417, 425
– procedure tot nietigverklaring erkenning ex art. 319 § 4 B.W. 1144
Verzoening
– art. 320, 3° B.W. 622
– art. 320, 4° B.W. 624
– echtgenoten ex art. 318 § 3 eerste lid, 1° B.W. 846, 849-850, 874
– echtgenoten ex art. 320, 2° B.W. 615-617, 639, 1210
– mogelijkheid tot – als rem voor vorderingsrecht inzake betwisting erkenning 1078
– poging tot – door vrederechter na toestemmingsweigering erkenning 316-318, 324, 329, 332, 339, 344, 347, 349-350, 414-422, 423, 445, 448, 736-738, 740, 1211, 1216, 1259, 1318, 1327

– verschil met feitelijke hereniging 843
Verzwarende omstandigheid
– afstamming als – in een strafprocedure 975
Vetorecht
– tegen erkenning door een vrouw 326, 368
– van meerderjarige en ontvoogde minderjarige tegen erkenning door een man 300, 302, 327, 368, 735, 1149
– van meerderjarige en ontvoogde minderjarige tegen gerechtelijke vaststelling vaderschap 467, 471
– van moeder tegen erkenning kind door een man 293, 305, 314
Vondeling 118
Voogd *ad hoc*
– aanstellingswijze 965-967
– betwisting erkenning 1094-1103
– betwisting vaderschap echtgenoot 965-970
– gerechtelijke vaststelling vaderschap 557-558
– rol 970
– vervanging 968
Voogdij
– organisatie van de – 105
Voorlopige bewindvoerder Zie Onbekwamen
Voortzetting van een vordering
– in procedure machtiging tot erkenning o.g.v. art. 320 B.W. 645
– in procedure na toestemmingsweigering erkenning ex art. 319 § 3 B.W. 428
– tot betwisting erkenning o.g.v. art. 330 B.W. 1091, 1124
– tot betwisting vaderschap echtgenoot 884, 905
– tot gerechtelijke vaststelling moederschap 164, 168
– tot gerechtelijke vaststelling vaderschap 519, 521, 530
– tot nietigverklaring erkenning o.g.v. art. 319 § 4 B.W. 1141
Voorziening in cassatie
– rechtsmiddel 199, 574, 998, 1115
– schorsende kracht van de – 579
Voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg
– aanstelling beheerder *ad hoc* 489
– aanstelling deskundige 489, 1060
– aanstelling gerechtelijk bewindvoerder 553
– aanwijzing voogd *ad hoc* 28, 184, 445, 550, 552, 953, 960, 965, 969, 1094, 1096, 1103
– geconfronteerd met prejudicieel afstammingsgeschil 975-976, 978
– machtiging echtgenoten tot afzonderlijk verblijf ex art. 318 § 3 eerste lid 1° B.W. 846-847, 850
– machtiging echtgenoten tot afzonderlijk verblijf ex art. 320, 2° B.W. 615, 617, 1210
– toestemming tot bekendmaking afstamming aan derden 454
– vervanging aangewezen voogd *ad hoc* 968
Vrederechter
– bevoegdheid tot opmaak erkenningsakte 386
– geconfronteerd met prejudicieel afstammingsgeschil 975, 978
– gevolgen rechtspraak Arbitragehof voor de – 347-350
– keuze van een voogd 1134
– machtiging echtgenoten tot afzonderlijk verblijf ex art. 318 § 3 eerste lid 3° B.W. 847, 858-861
– machtiging echtgenoten tot afzonderlijk verblijf ex art. 320, 3° B.W. 618-621, 639, 1210
– machtiging inzake ouderlijk beheer 1103
– machtiging inzake voorlopig bewind 553
– organisatie voogdij 105, 777
– verzoeningspoging ex art. 319 § 3 B.W. Zie Verzoening

Vrijwillige tussenkomst Zie Tussenkomst
Vrijwillige verschijning Zie Wijze van gedinginleiding
Vroedvrouw 94-95, 100, 398, 1285
Vruchtafdrijving Zie Abortus

W

Wangslijmvlies (schraapsel van –) 500
Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting 1178
Wetsontduiking 1157-1158
Wettelijke samenwoning 282
Wettiging (*Legitimatio*), zie ook Kind
– afschaffing 17
– brieven van – 20
– draagkracht 26, 112
– erkenning gevolgd door – 122
– in oorlogswetgeving 28
– terminologie 16
– vaderschapsconflict na – 28
– van overspelige kinderen 28
Wilsgebrek
– bij erkenning door een man 1017, 1019, 1038-1056, 1240
– bij erkenning door een vrouw 801-804
– inzake draagmoederschap 1271
Witboek CJ-FA
– **principe 1** 93, 1277, 1280, 1282, 1284
– **principe 10** 1221
– **principe 11** 1235
– **principe 28** 1177
Wijze van gedinginleiding
– betwisting gerechtelijk vastgesteld moederschap 822
– betwisting gerechtelijk vastgesteld vaderschap 1164
– betwisting moederschap blijkend uit geboorteakte 789
– betwisting vaderlijke erkenning o.g.v. art. 330 B.W. 1107-1109
– betwisting vaderschap echtgenoot 987-992
– gerechtelijke vaststelling moederschap 193-195
– gerechtelijke vaststelling vaderschap 566-569
– nietigverklaring erkenning o.g.v. art. 319 § 4 B.W. 1144
– procedure na toestemmingsweigering tot erkenning ex art. 319 § 3 B.W. 415
– procedure homologatie erkenning 707
– procedure machtiging tot erkenning 655-662
Woonplaats van het kind
– begrip in de zin van het Ger. W. 983-986
– nog niet geboren kind 653, 705
– overleden kind 192, 565
– parlementaire voorbereiding van art. 331 § 1 B.W. 980-981, 1106
– repercussies op taal dagvaarding 988
Woonstcertificaat 832-833, zie ook Getuigschrift

Z

Zegelrecht 447
Zelfinseminatie 1186
Zorgprogramma reproductieve geneeskunde 1168, 1180
Zwager 12
Zwangerschapsattest zie Attest
Zygoot intrafallopiaan transfer (Z.I.F.T.) 1244
Zygote 1244