

uitgaat van hetzij een kind dat ouder is dan twaalf jaar, hetzij diegene van de ouders van het kind ten aanzien van wie de afstamming vaststaat, de rechtbank de vordering afwijst indien de vaststelling van de afstamming kennelijk strijdig is met de belangen van het kind.

De prejudiciële vraag dient bevestigend te worden beantwoord.

Het Hof,

Zegt voor recht:

Artikel 325 BW schendt de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in zoverre het de rechter bij wie een verzoek tot gerechtelijke vaststelling van vaderschap is ingediend, verhindert dat verzoek in te willigen indien hij vaststelt dat de vaststelling van de afstamming overeenstemt met de belangen van het kind.

## Noot

### Het verbod tot vaststelling van de bloedschennige afstamming doorbroken

#### 1. INLEIDING

##### **1.1. DE HERVORMING VAN HET AFSTAMMINGSRECHT DOOR HET GRONDWETTELIJK HOF: A NEVER ENDING STORY**

1. In een vorige noot in dit tijdschrift bespraken wij een arrest waarin het Grondwettelijk Hof, gerekend vanaf de inwerkingtreding van het hervormde afstammingsrecht op 1 juli 2007, voor de tiende keer op rij oordeelde dat een afstammingsbepaling de Grondwet schendt<sup>1</sup>. Omwille van het grote belang van deze rechtspraak voor de rechtspraak hebben wij toen de negen voorgaande arresten samengevat onder een noemer die verwees naar het feit dat het geldende afstammingsrecht in sterke mate is aangetast door het Grondwettelijk Hof. In latere arresten werd niet meer in elke afstammingszaak tot de ongrondwettigheid besloten, maar is de nood aan hervorming van het afstammingsrecht toch nog groter geworden na de vaststelling van nieuwe schendingen van de grondrechten.

Wij zetten de begonnen chronologische lijst hieronder verder vanaf het elfde arrest.

11/ De regel die bepaalt dat de echtgenoot de vordering tot betwisting van zijn vaderschap moet instellen binnen een jaar na de ontdekking van het feit dat hij niet de vader is van het kind (art. 318, § 2 BW) schendt het recht op eerbiediging van het privéleven van deze echtgenoot (art. 22 Gw., al dan niet in samenhang gelezen met art. 8 EVRM) *niet*<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> E. IGNOVSKA en G. VERSCHULDEN, “De rechterlijke toetsing van het belang van het kind bij het onderzoek naar het vaderschap”, (noot onder GwH 7 maart 2013, nr. 30/2013), *TJK* 2013, 155-164.

<sup>2</sup> GwH 28 maart 2013, nr. 46/2013, *BS* 24 mei 2013, 33866, *Act.dr.fam.* 2013, 70, *RTDF* 2013, 535, noot J. SOSSON, *RW* 2013-14, 577, noot, *JLMB* 2014, 248, *T.Fam.* 2014, 34, noot A. QUIRYNEN en *RABG* 2013, 903, noot B. LAMBERSY en C. VERGAUWEN.



12/ De regel die stelt dat de vordering tot betwisting van een vaderlijke erkenning – ingesteld door de beweerde biologische vader – niet ontvankelijk is indien het kind bezit van staat heeft ten aanzien van de erkenner (art. 330, § 1, eerste lid, tweede zin BW), is strijdig met het recht op eerbiediging van het privéleven van de man die het vaderschap opeist (art. 22 Gw. in samenhang gelezen met art. 8 EVRM)<sup>3</sup>.

13/ De regel die stelt dat de vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot – ingesteld door de beweerde biologische vader – niet ontvankelijk is indien het kind bezit van staat heeft ten aanzien van de echtgenoot van de moeder (art. 318, § 1 BW), is strijdig met het recht op eerbiediging van het privéleven van de man die het vaderschap opeist (art. 22 Gw. in samenhang met art. 8 EVRM)<sup>4</sup>.

14/ De regel die stelt dat de man die het vaderschap opeist de vordering tot betwisting van een vaderlijke erkenning moet instellen binnen een jaar na de ontdekking van het feit dat hij de vader van het kind is (art. 330, § 1, vierde lid BW) is *niet* in strijd met het grondwettelijk recht van deze man op eerbiediging van zijn privéleven (art. 22 Gw.), noch met het grondwettelijk beginsel dat het belang van het kind de eerste overweging is bij elke beslissing die het kind aangaat (art. 22bis Gw.) (telkens in samenhang gelezen met art. 8 EVRM)<sup>5</sup>.

15/ De regel die stelt dat het kind zijn vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot moet instellen ten vroegste op zijn 12<sup>de</sup> en uiterlijk op zijn 22<sup>ste</sup> verjaardag of binnen een jaar na de ontdekking van het feit dat de echtgenoot zijn vader niet is (art. 318, § 2, eerste lid BW), geïnterpreteerd in die zin dat een kind geboren vóór 1 juli 2007 wiens recht op betwisting op dat ogenblik is vervallen, niet toestaat een betwistingsvordering in te stellen wanneer het na die datum ontdekt dat de echtgenoot niet zijn vader is, schendt het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel (art. 10-11 Gw.). In de tegenovergestelde interpretatie schendt deze regel de Grondwet *niet*<sup>6</sup>.

16/ De regel die stelt dat de beweerde biologische vader zijn vordering tot betwisting van een vaderlijke erkenning moet instellen binnen een jaar na de ontdekking van het feit dat hij de vader van het kind is (art. 330, § 1, vierde lid BW), schendt het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel (art. 10-11 Gw.), in zoverre dat deze vervaltermijn voor de persoon die de afstamming opeist, kan aanvragen vooraleer hij kennis heeft kunnen nemen van het feit dat de betwiste erkenning heeft plaatsgevonden. Anders dan het aanvangspunt, vormt de duur van deze vervaltermijn *geen* schending van het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel (art. 10-11 Gw.), in samenhang gelezen met het mensenrecht van de

<sup>3</sup> GwH 9 juli 2013, nr. 96/2013, BS 14 oktober 2013, 72986, *Act.dr.fam.* 2013, 140, *RTDF* 2013, 1043, noot G. MATHIEU, *JLMB* 2013, 1344, noot N. GALLUS, *RW* 2013-14, 160, *T.Fam.* 2013, 218, noot T. WUYTS en *RABG* 2014, 207, noot B. LAMBERSY en C. VERGAUWEN.

<sup>4</sup> GwH 9 juli 2013, nr. 105/2013, BS 15 oktober 2013, 73852, *Act.dr.fam.* 2013, 143, *JLMB* 2013, 1349, noot N. GALLUS, *RW* 2013-14, 160, *Act.dr.fam.* 2013, 143, *JLMB* 2013, 1349, noot N. GALLUS, *RTDF* 2013, 1044, noot G. MATHIEU, *T.Fam.* 2013, 220, noot T. WUYTS en *RABG* 2014, 213, noot B. LAMBERSY en C. VERGAUWEN.

<sup>5</sup> GwH 17 oktober 2013, nr. 139/2013, BS 19 december 2013, 99866, *RTDF* 2013, 1045, noot G. MATHIEU, *RW* 2013-14, 1026, noot, *Act.dr.fam.* 2014, 71, *JLMB* 2014, 253, *RABG* 2014, 218, noot B. LAMBERSY en C. VERGAUWEN, *RNB* 2014, 111, noot X en *T.Fam.* 2014, 36, noot A. QUIRYNEN.

<sup>6</sup> GwH 7 november 2013, nr. 147/2013, BS 13 maart 2014, 21568, *RTDF* 2014, 385, *Act.dr.fam.* 2014, 66 en *RW* 2013-14, 679.



beweerde biologische vader op eerbiediging van zijn privéleven en het mensenrechtelijke non-discriminatiebeginsel (art. 8 en 14 EVRM)<sup>7</sup>.

17/ De regel die bepaalt dat de beweerde biologische vader zijn vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot van de moeder moet instellen binnen een jaar na de ontdekking van het feit dat hij de vader is van het kind (art. 318, § 2, eerste lid BW) schendt het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel (art. 10-11 Gw.) en het grondwettelijk recht van de man die het vaderschap opeist op eerbiediging van zijn privéleven (art. 22 Gw.), al dan niet in samenhang gelezen met het mensenrecht van deze beweerde biologische vader op eerbiediging van zijn privéleven en het mensenrechtelijke non-discriminatiebeginsel (art. 8 en 14 EVRM) *niet*<sup>8</sup>.

18/ De regel die bepaalt dat de moeder de vordering tot betwisting van het vaderschap van haar echtgenoot moet instellen binnen een jaar na de geboorte van het kind (art. 318, § 2, eerste lid BW) schendt het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel (art. 10-11 Gw.) en het grondwettelijk recht van de moeder op eerbiediging van haar privéleven (art. 22 Gw.), al dan niet in samenhang gelezen met het mensenrecht op eerbiediging van haar privéleven en het mensenrechtelijke non-discriminatiebeginsel (art. 8 en 14 EVRM) *niet*<sup>9</sup>.

19/ De bepalingen die de grondvoorwaarden voor het gerechtelijk onderzoek naar het vaderschap vaststellen en niet verhinderen dat de vordering gegrond moet worden verklaard zodra de afstamming kan worden bewezen, zonder dat de rechter in dat geval rekening kan houden met andere factoren (art. 322 en 332 *quinquies* BW) schendt het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel (art. 10-11 Gw.) en het grondwettelijk recht van de rechtsopvolgers van de vermeende vader op eerbiediging van hun privé- en gezinsleven (art. 22 Gw.), al dan niet in samenhang gelezen met het verdragsrecht op eerbiediging van hun privé- en gezinsleven en het verdragsrecht op bescherming van het gezin als natuurlijke en fundamentele kern van de maatschappij door de maatschappij en de Staat (art. 17 en 23 IVBPR) *niet*<sup>10</sup>.

20/ De overgangsrechtelijke regel die impliceert dat de beweerde biologische vader zijn vordering tot betwisting van een vaderlijke erkenning moet instellen binnen een jaar na de ontdekking van het feit dat hij de vader van het kind is (art. 25, § 1 wet 1 juli 2006 tot wijziging van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het vaststellen van de afstamming en de gevolgen ervan) schendt het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel (art. 10-11 Gw.), in zoverre deze vervaltermijn voor de persoon die de afstamming opeist, kan aanvangen vooraleer hij kennis heeft kunnen nemen van het feit dat de betwiste erkenning heeft plaatsgevonden<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> GwH 5 december 2013, nr. 165/2013, BS 12 maart 2014, 21285, RTDF 2014, 386, *Act.dr.fam.* 2014, 62, RW 2013-14, 799 en *T.Fam.* 2014, 39, noot A. QUIRYNEN.

<sup>8</sup> GwH 29 januari 2014, nr. 16/2014, BS 18 april 2014, 33961, RTDF 2014, 387, *Act.dr.fam.* 2014, 59 en RW 2014-15, 497, noot.

<sup>9</sup> GwH 20 maart 2014, nr. 46/2014, BS 5 juni 2014, 43447, RTDF 2014, 388 en RW 2013-14, 1320.

<sup>10</sup> GwH 20 maart 2014, nr. 48/2014, BS 12 mei 2014, 38507, RTDF 2014, 389 en RW 2014-15, 497, noot J.T.

<sup>11</sup> GwH 17 juli 2014, nr. 118/2014, BS 27 oktober 2014, 82761 en RTDF 2014, 528.



21/ De regel die stelt dat de vordering tot betwisting van een vaderlijke erkenning – ingesteld door de man die het kind heeft erkend – niet ontvankelijk is indien het kind bezit van staat heeft ten aanzien van de erkenner (art. 330, § 1, eerste lid, tweede zin BW), is strijdig met het recht op eerbiediging van het privéleven van de erkenner die op het ogenblik van de erkenning niet wist dat hij niet de biologische vader was (art. 22 Gw., in samenhang gelezen met art. 8 EVRM)<sup>12</sup>.

22/ De regel die bepaalt dat de vordering van de erkenner tot betwisting van zijn erkenning dient te worden ingesteld binnen een jaar na de ontdekking van het feit dat hij niet de vader is (art. 330, § 1, vierde lid BW) en de bepaling die stelt dat de erkenner alleen gerechtigd is zijn erkenning te betwisten indien hij bewijst dat aan zijn toestemming een gebrek kleefde (art. 330, § 1, tweede lid BW) schenden het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel (art. 10-11 Gw.) en het grondwettelijk recht van de erkenner op eerbiediging van zijn privéleven (art. 22 Gw.), al dan niet in samenhang gelezen met het mensenrecht op eerbiediging van het privéleven (art. 8 EVRM) *niet*<sup>13</sup>.

23/ De regel die bepaalt dat de beweerde biologische vader zijn vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot van de moeder moet instellen binnen een jaar na de ontdekking van het feit dat hij de vader is van het kind (art. 318, § 2, eerste lid BW) schendt het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel (art. 10-11 Gw.) en het grondwettelijk recht van de man die het vaderschap opeist op eerbiediging van zijn privéleven (art. 22 Gw.), al dan niet in samenhang gelezen met het mensenrecht van deze beweerde biologische vader op eerbiediging van zijn privéleven (art. 8 EVRM) *niet*<sup>14</sup>.

## 1.2. OPZET VAN DEZE BIJDRAGE

2. Het hierboven afgedrukte arrest nr. 103/2012 van het Grondwettelijk Hof werd elders al druk becommentarieerd. In andere annotaties lag de klemtoon op de botsing tussen het gelijkheidsbeginsel en het incestverbod<sup>15</sup> als symbolische norm die beetje bij beetje wordt uitgewist<sup>16</sup> om misschien totaal te verdwijnen<sup>17</sup>. Het arrest dat het Grondwettelijk Hof wees op 9 augustus 2012 werd ook al geanalyseerd in het licht van zijn eerdere rechtspraak in afstammingszaken en vanuit mensenrechtelijk perspectief<sup>18</sup>, alsook vanuit rechtsvergelijkend perspectief met focus op de belangen van het kind<sup>19</sup>.

<sup>12</sup> GwH 19 september 2014, nr. 127/2014, BS 25 november 2014, 91987 en RW 2014-15, 279. In een later arrest kwam het Hof tot dezelfde conclusie “*al dan niet* in samenhang gelezen met artikel 8 [EVRM]” (onze cursivering), zie GwH 25 september 2014, nr. 139/2014.

<sup>13</sup> GwH 25 september 2014, nr. 139/2014, BS 24 november 2014, 91656 en RW 2014-15, 279.

<sup>14</sup> GwH 9 oktober 2014, nr. 145/2014, BS 23 december 2014, 105153.

<sup>15</sup> P. MARTENS, “Inceste et filiation: égalité et tabou”, (noot onder GwH 9 augustus 2012), *JLMB* 2012, 1286-1289.

<sup>16</sup> G. MATHIEU en A.-C. RASSON, “L’interdit de l’inceste: une norme symbolique évanescence”, (noot bij GwH 9 augustus 2012), *J.dr.jeun.* 2012, afl. 319, 23-34.

<sup>17</sup> A.-Ch. VAN GYSEL, “La fin de l’interdit de l’inceste en droit belge?”, (noot onder GwH 9 augustus 2012), *Act.dr.fam.* 2012, 152-156.

<sup>18</sup> T. WUYTS, “Het verbod tot vaststelling van een afstammingsband ingeval daaruit incest blijkt strijdig bevonden met het gelijkheidsbeginsel”, (noot onder GwH 9 augustus 2012), *T.Fam.* 2012, 221-226.

<sup>19</sup> Y.-H. LELEU en L. SAUVEUR, “La filiation incestueuse et la Cour constitutionnelle”, (noot onder GwH 9 augustus 2012), *RTDF* 2013, 213-228.



Deze annotatie heeft de essentie van de meest recente rechtspraak van het Grondwettelijk Hof in afstammingszaken gesynthetiseerd (1) en focust, na korte duiding van de feitenconstellatie (2) en de vastgestelde ongrondwettigheid (3) op de gevolgen van het geannoteerde arrest voor de Belgische rechtspraak, in het bijzonder de familierechtbanken en de ambtenaren van de burgerlijke stand (4). Na een aantal kritische bedenkingen (5) wordt afgerond met een toekomstperspectief op de rol van het belang van het kind in het komende afstammingsrecht (6).

## 2. FEITENCONSTELLATIE

3. Drie kinderen werden geboren uit een relatie van halfbroer en halfzus, die eerst feitelijk en daarna wettelijk samenwoonden. De kinderen leefden onophoudelijk met hun beide ouders samen, maar konden door hun verwekker niet worden erkend omwille van het absolute huwelijksbeletsel dat tussen hem en de moeder bestaat (art. 321 j° art. 162 BW). Nadat de biologische vader was overleden, stelde de moeder (in eigen naam en in haar hoedanigheid van erfgenaam) samen met de voogd *ad hoc* van de kinderen een vordering tot gerechtelijke vaststelling van vaderschap in. De rechtbank van eerste aanleg te Hoei stelde een prejudiciële vraag naar de verenigbaarheid van artikel 325 BW met het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel, in samenhang gelezen met de artikelen 8 en 14 EVRM en met de artikelen 3.1 (de belangen van het kind vormen de eerste overweging bij alle maatregelen betreffende kinderen) en 7.1 IVRK (recht van het kind om zijn ouders te kennen).

## 3. ONGRONDWETTIGHEID VAN ARTIKEL 325 BW

4. Luidens artikel 325 BW is het onderzoek naar het vaderschap onontvankelijk, wanneer uit het vonnis (waarin het vaderschap gerechtelijk zou worden vastgesteld) een huwelijksbeletsel tussen de vermeende vader en de moeder zou blijken waarvoor de Koning geen ontheffing kan verlenen. De daaropvolgende zinsnede “tenzij het huwelijk waardoor dat beletsel is ontstaan, nietig werd verklaard of werd ontbonden door overlijden of door echtscheiding” is betekenisloos geworden na de relativering van de (voorheen absolute) huwelijksbeletselen tussen aanverwanten in de rechte lijn door de wet van 15 mei 2007. Sindsdien bestaan er geen absolute huwelijksbeletselen meer, gebaseerd op aanverwantschap. Een huwelijk kan niet langer huwelijksbeletselen doen ontstaan waarvoor de Koning geen ontheffing kan verlenen, dus de in de wet bepaalde uitzondering op het wettelijke verbod tot onderzoek naar het vaderschap is nonsens.

5. Het Grondwettelijk Hof oordeelde dat artikel 325 BW de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt, in zoverre het de rechter bij wie een verzoek tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap is ingediend, verhindert “dat verzoek” (*sic*) in te willen indien hij vaststelt dat de vaststelling van de afstamming overeenstemt met de belangen van het kind. De Franse tekst van het arrest is correcter dan de Nederlandse: bedoeld wordt “deze vordering” (*cette demande*).

Ook al kan het in bepaalde gevallen strijdig zijn met de belangen van het kind een dubbele afstammingsband te laten vaststellen die het incestueuze karakter van de



relatie tussen diens ouders onthult, toch kan men volgens het Hof niet stellen dat dit steeds het geval zal zijn. Doordat artikel 325 BW in alle gevallen de vaststelling van de dubbele afstammingsband verbiedt, wordt verhinderd dat de belangen van het kind in overweging worden genomen<sup>20</sup>. Die aantasting van het recht van de betrokken kinderen kan volgens het Grondwettelijk Hof niet worden verantwoord door het doel van de wetgever om incestueuze relaties tussen verwanten te voorkomen, nu de kinderen uit dergelijke relatie geboren zijn en de te voorkomen situatie dus reeds verwezenlijkt is<sup>21</sup>. Bovendien benadeelt artikel 325 BW vooral de kinderen uit deze afkeurenswaardig geachte relatie en niet de personen die daarvoor verantwoordelijk zijn (met name zijn verwekkers), zodat deze bepaling volgens het Hof op onevenredige wijze afbreuk doet aan het recht van de betrokken kinderen om een dubbele afstammingsband te genieten, indien dat in hun belang is<sup>22</sup>.

#### 4. GEVOLGEN VAN ARREST NR. 103/2012 VOOR DE RECHTSPRAKTIJK

6. Op basis van dit arrest kan de rechtbank, in strijd met het wettelijke verbod tot vaststelling van de incestueuze afstamming, het vaderschap vaststellen van een kind dat verwekt is bij een halfzus van de vermeende vader, ingeval het bewijs van vaderschap geleverd wordt overeenkomstig artikel 324 BW, het verzetsrecht *ex* artikel 332*quinquies*, § 2 BW niet succesvol werd uitgeoefend en de rechtbank motiveert<sup>23</sup> dat deze vaststelling van de afstamming de belangen van het kind dient.

7. Artikel 325 BW schendt de Grondwet niet ingeval de rechtbank zou vaststellen dat de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap in casu niet overeenstemt met de belangen van het kind. In dergelijk geval kan het wettelijke verbod nog steeds worden toegepast.

8. De vraag rijst of het belang van het kind hier ten volle door de rechter moet worden getoetst, dan wel of het een marginale toetsing betreft, in die zin dat de erkenning enkel kan worden geweigerd indien ze manifest strijdig is met de belangen van het kind. Met andere woorden: moet worden aangetoond dat het belang van het kind gediend is met de vestiging van de afstamming, of wordt dit vermoed en kan het tegendeel in uitzonderlijke gevallen bewezen worden? Enkel deze laatste visie is in overeenstemming met de logica van de actuele wetgeving (art. 332*quinquies*, § 2, eerste lid BW, weze het dat het belang van het kind slechts na verzet mag worden beoordeeld, zie *infra* nr. 10). De eerste visie is weliswaar het meest in overeenstemming met artikel 3.1 IVRK, maar zou inhouden dat het Grondwettelijk Hof *ex nihilo* een nieuwe, puur jurisprudentiële beoordelingsnorm zou hebben gecreëerd<sup>24</sup> en impliceert bovendien een positieve discriminatie van incestueuze kinderen<sup>25</sup>.

<sup>20</sup> Overw. B.8.1.

<sup>21</sup> Overw. B.8.2.

<sup>22</sup> Overw. B.8.3.

<sup>23</sup> Luidens het *dictum* van het arrest moet de rechter immers 'vaststellen' dat de vaststelling van de afstamming de belangen van het kind dient.

<sup>24</sup> A.-Ch. VAN GYSEL, "La fin de l'interdit de l'inceste en droit belge?", (noot onder GwH 9 augustus 2012), *Act.dr.fam.* 2012, (152) 154-155, meer bepaald voetnoot 12.

<sup>25</sup> G. MATHIEU en A.-C. RASSON, "L'interdit de l'inceste: une norme symbolique évanescence", (noot bij GwH 9 augustus 2012), *J.dr.jeun.* 2012, afl. 319, (23) 32, nr. 29.



9. Welke gevolgen sorteert het arrest van 9 augustus 2012 nu voor de toepassing van andere wetsbepalingen die de vaststelling van de incestueuze afstamming verbieden, met name artikel 314, tweede lid en artikel 325/10 BW (onderzoek naar moederschap, resp. meemoederschap) en de artikelen 313, § 2, 325/5 en 321 BW (moederlijke, resp. meemoederlijke en vaderlijke erkenning)?

In een *procedure tot onderzoek naar het (mee)moederschap* kan de rechter zich niet voegen naar deze rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en moet een nieuwe prejudiciële vraag worden gesteld. Een rechtscollège is er weliswaar niet toe gehouden een prejudiciële vraag te stellen wanneer het Grondwettelijk Hof reeds uitspraak heeft gedaan op een vraag met een identiek onderwerp (art. 26, § 2, tweede lid, 2° bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof), maar het onderwerp van de vraag is slechts ‘identiek’ indien zowel het toetsingsvoorwerp (de afstammingsbepaling) als de toetsingsmaatstaf (de Grondwetsbepaling) dezelfde is<sup>26</sup>. Dat is zeker niet het geval, nu de artikelen 314, tweede lid en 325/5 BW enerzijds en artikel 325 BW anderzijds verschillende bepalingen zijn.

De ambtenaar van de burgerlijke stand en de notaris die verzocht worden om een akte op te maken inzake *vaderlijke of (mee)moederlijke erkenning*, dienen de wet toe te passen en mogen dus – tot zolang de wet niet gewijzigd is – geen akte van erkenning opmaken wanneer daaruit een absoluut huwelijksbeletsel tussen de moeder en de vader (of meemoeder) van het kind zou blijken. De aspirant-erkenner kan zich na deze weigering tot de rechtbank wenden die op haar beurt een nieuwe prejudiciële vraag zal stellen over de verenigbaarheid van artikel 321 BW, artikel 313, § 2 BW of artikel 325/5 BW met het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel ingeval deze grondwettigheidsvraag wordt opgeworpen. De rechter kan ook ambts-halve deze prejudiciële vraag stellen.

Ook in *procedures tot nietigverklaring van contra legem gedane erkenningen* waaruit de incestueuze afstamming blijkt (wegens schending van art. 313, § 2, 325/5 of 321 BW, bepalingen die de openbare orde raken), lijkt het aangewezen om een nieuwe prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof te stellen. Het is niet aan de ambtenaar van de burgerlijke stand of de notaris om het belang van het kind te beoordelen alvorens de erkenning te laten plaatsvinden, maar het is *de lege lata* evenmin aan de rechter om bij de betwisting van de afstamming de belangen van het kind te beoordelen<sup>27</sup>.

## 5. BEDENKINGEN

10. Het Grondwettelijk Hof onderstreept in het tweede deel van rechtsoverweging B.8.3 van het geannoteerde arrest *expressis verbis* “dat de belangen van het kind steeds in aanmerking moeten worden genomen door de rechter bij wie een verzoek tot gerechtelijke vaststelling van vaderschap is ingediend” en verwijst in dat verband naar de bewoordingen van artikel 332*quinquies*, § 1 en 2 BW. Met deze beklemto-

<sup>26</sup> J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2010, 1440, nr. 2078, voetnoot 108.

<sup>27</sup> Zie de referenties aangehaald in T. WUYTS, “Het verbod tot vaststelling van een afstammingsband ingeval daaruit incest blijkt strijdig bevonden met het gelijkheidsbeginsel”, (noot onder GwH 9 augustus 2012), *T.Fam.* 2012, (221) 226, nr. 10.



ning – in een zaak waarin alle betrokkenen de vaststelling van het vaderschap wens- ten – lijkt het Hof ervan uit te gaan dat artikel 332*quinquies* BW zelfs *de lege lata* in elke gerechtelijke procedure tot onderzoek naar het vaderschap moet worden toe- gepast. Dat is o.i. niet het geval<sup>28</sup>. Artikel 332*quinquies*, § 1 BW bepaalt de niet- ontvankelijkheid van de vordering tot onderzoek naar het ouderschap *indien het* meerderjarige of ontvoegd minderjarige *kind zich* daartegen *verzet*. Artikel 332*quin- quies*, § 2 BW geeft een opportuniteitsoordeel aan de rechtbank ingeval het verzet uitgaat van het minderjarige kind ouder dan 12 jaar of diens moeder. In een logisch opgebouwd rechtsstelsel inzake de vestiging van de afstamming wordt het belang van het kind bij het onderzoek naar het vaderschap enkel getoetst na daadwerkelijk uitgeoefend verzet, net zoals dit belang ter voorbereiding van het oordeel of een vaderlijke erkenning al dan niet kan plaatsvinden enkel wordt getoetst nadat een wettelijk vereiste toestemming daadwerkelijk werd geweigerd. Elke andere interpre- tatie zou een nieuwe discriminatie creëren.

Het Grondwettelijk Hof lijkt met zijn arrest inzake het onderzoek naar het vader- schap zelf een systeem te hebben gecreëerd dat nog meer discriminerend is dan de ongrondwettig bevonden wet, nu het – gelet op de gevolgen van zijn rechtspraak – een verschil in behandeling heeft gecreëerd tussen de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap (waarbij de wettelijke verbodsbepaling terzijde kan worden gescho- ven na een toetsing aan de belangen van het kind) en de vaderlijke erkenning (waar- voor de prohibitieve wettekst van kracht blijft en de erkenner afhankelijk is van de instrumenterende ambtenaar die de incest al dan niet opmerkt)<sup>29</sup>.

## 6. TOEKOMSTPERSPECTIEF

11. De wetgever staat nu voor de keuze tussen de handhaving van min of meer strikte regels met het oog op de rechtszekerheid, dan wel de formulering van zeer soepele regels waarbij het aan de rechter wordt overgelaten om de afstammingsge- schillen te beslechten aan de hand van de concrete situatie, rekening houdend met het belang van het kind en, in voorkomend geval, het belang van de (juridische *c.q.* genetische) vader en/of moeder.

Het Grondwettelijk Hof heeft duidelijk zijn voorkeur geuit voor deze laatste richting door te wijzen op de nood aan afstammingsrecht dat de mogelijkheid biedt “*om in concreto een afweging te maken tussen de belangen van de verschillende betrokken personen, op gevaar af anders een maatregel te nemen die niet evenredig zou zijn met de nagestreefde wettige doelstellingen*”<sup>30</sup>. Ter remediëring van de ongrondwettigheid vastgesteld in het gean- noteerde arrest opteert Van Gysel concreet voor een systeem naar Brits model waar- bij de vaststelling van de afstamming van een kind verwekt door nauwe verwanten verboden, dan wel toegelaten wordt door de rechtbank, naargelang deze verwanten

<sup>28</sup> In dezelfde zin: G. MATHIEU en A.-C. RASSON, “L’interdit de l’inceste: une norme symbolique évanescence”, (noot bij GwH 9 augustus 2012), *J.dr.jeun.* 2012, afl. 319, (23) 31, nr. 26 j° 32, nr. 27, die spreken over “*une lecture inexacte*” resp. “*une interprétation erronée*” van art. 332*quinquies* BW.

<sup>29</sup> A.-Ch. VAN GYSEL, “La fin de l’interdit de l’inceste en droit belge?”, (noot onder GwH 9 augustus 2012), *Act.dr.fam.* 2012, (152) 155.

<sup>30</sup> GwH 7 maart 2013, nr. 30/2013, *TJK* 2013, 151, noot E. IGNOVSKA en G. VERSCHULDEN, overw. B.9 j° B.7.





al dan niet samen zijn opgevoed tijdens hun minderjarigheid. Wij pleiten daarentegen voor het eerste spoor waarbij de rechtszekerheid dient te primeren.

Jurisprudentiële uitbreidingen van het rechterlijke opportuniteitsoordeel doen steeds grotere verschillen in behandeling ontstaan. Enerzijds wordt het belang van het kind helemaal niet getoetst bij de vestiging van de afstamming van moederszijde op basis van de geboortakte, noch bij de vestiging van het vaderschap van de echtgenoot. Nochtans kunnen deze afstammingsbanden die van rechtswege ontstaan evenzeer de belangen van het kind schaden. Anderzijds blijft het zo dat het belang van het kind in de vaak voorkomende procedures tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot of van de erkenner niet (als dusdanig<sup>31</sup>) in rekening mag worden gebracht. In dit laatste contentieux heeft het Hof van Cassatie uitdrukkelijk gesteld dat het belang van het kind geen rol mag spelen, nu artikel 3 IVRK geen directe werking heeft, met verwijzing naar de onnauwkeurigheid en onvolledigheid van de daarin opgenomen bepalingen<sup>32</sup>. Artikel 22bis, vierde lid van de Grondwet is het spiegelbeeld van artikel 3.1 IVRK. Directe werking toekennen aan deze bepalingen zou impliceren dat het materiële afstammingsrecht *in globo* kan worden vervangen door één bepaling die stelt dat de rechter de afstamming vaststelt in het belang van het kind ...

**12.** Wij pleiten *de lege ferenda* voor een regeling waarin het belang van het kind in procedures tot vestiging of betwisting van de afstamming nooit door de rechter zou worden getoetst, maar waarin dit belang verdisconteerd zit in de wettelijke bepalingen ter zake. Het belang van het kind moet met andere woorden een primordiale overweging zijn bij de creatie van het wettelijke afstammingsrecht (zie in deze zin ook art. 22bis, vijfde lid Gw.), en niet bij de toepassing ervan. In een biologisch waarheidsgetrouw afstammingsrecht is een toetsing van het belang van het kind overbodig en zou een voor het kind nadelige vaststelling van de afstamming kunnen worden opgevangen door de functionering van de afstammingsrelatie uit te schakelen, bv. via ontzetting van het ouderlijk gezag<sup>33</sup>. Gelet op de vaagheid van het criterium en de onvoorspelbaarheid van de uitkomst van de afstammingsprocedure die erop gebaseerd is, dient rechterlijke toetsing van het belang van het kind in afstammingszaken sowieso te worden vermeden<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Hoewel de praktijk uitwijst dat de rechter, bij zijn beoordeling of er al dan niet bezit van staat is, de belangen van het kind – verdoken – in rekening kan brengen.

<sup>32</sup> Cass. 4 november 1999 (twee arresten), RW 2000-01, 232, noot A. VANDAELE. Het Hof oordeelde "(...) 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 (...)".

<sup>33</sup> F. SWENNEN in bijlage 2 bij het verslag van de subcommissie Familierecht, Parl.St. Kamer 2004-05, nr. 51K0579/024, 119.

<sup>34</sup> Zie reeds F. RIGAUX, "Le partage d'attribution entre le législateur et le juge", (noot onder Cass. 10 mei 1985 en Cass. 6 maart 1986), RCJB 1987, (11) 29, nr. 30: "L'intérêt de l'enfant est aujourd'hui le maître-mot du droit des relations familiales. Il est excellent que cet intérêt inspire le législateur. Il est moins satisfaisant que ce dernier habilite le juge à prononcer sur les droits subjectifs des citoyens en fonction d'une directive imprécise."



Deze visie lijkt haaks te staan op de tendens waarbij het belang van het kind aan belang wint in procedures rond ouderlijk gezag<sup>35</sup> en kinderalimentatie<sup>36</sup>. Er is echter een wezenlijk verschil tussen de vestiging van de afstamming en de gevolgen van de vastgestelde afstammingsband. De regels inzake de vestiging en de betwisting van de afstamming raken de openbare orde en overstijgen de louter private belangen omdat ze de staat van het individu in de familie vaststellen. Het ordenende karakter en de economische functie van het afstammingsrecht zijn bijzonder moeilijk te rijmen met een systeem waarin de vestiging of het verlies van afstammingsbanden in essentie afhankelijk is van een belangenafweging door de rechter in elk concreet dossier, ook al zou het belang van het kind prioritair worden behartigd. Het kind heeft er o.i. nog het meeste belang bij dat zijn staat via zekere en voorspelbare procedures kan worden vastgesteld en dat deze staat standvastig is. Elke essentieel subjectieve beoordeling van een vordering met betrekking tot de staat van het kind is in die optiek totaal uit den boze.

**Elena Ignovska**

Doctor in de rechten UGent

**Gerd Verschelden**

Hoogleraar UGent, Vakgroep Metajuridica, Privaat- en Ondernemingsrecht

<sup>35</sup> Cass. 28 juni 2012, *TJK* 2012, 337, noot R. VASSEUR. Uit dit arrest kan worden afgeleid dat art. 387bis BW (*lex generalis* inzake ouderlijk gezag) primeert op art. 1288, tweede lid Ger.W. (nochtans *lex specialis* in de context van echtscheiding door onderlinge toestemming).

<sup>36</sup> Zie reeds F. BUYSSENS, "Wijziging, na echtscheiding door onderlinge toestemming, van de onderhoudsbijdrage voor de kinderen", *RW* 1997-98, 1065-1072. *Cf.* de aanhef van art. 1321, § 1 Ger.W., waarin het belang van het kind expliciet wordt genoemd in de context van akkoorden tussen ouders omtrent het bedrag van de onderhoudsbijdrage (*contributio*).

