

Familierecht

Het afstammingsrecht na de arresten van het Grondwettelijk Hof van 2010 - 2011

Patrick SENAËVE
buitengewoon hoogleraar KU Leuven

Anneleen QUIRYNEN
praktijkassistent KU Leuven

I. Situering

1. Het afstammingsrecht – dat door de wet van 31 maart 1987 [hierna aangehaald als *Afstammingswet 1987*] radicaal hervormd en gemoderniseerd werd – werd door de wet van 1 juli 2006 [hierna aangehaald als *Afstammingswet 2006*], in werking getreden op 1 juli 2007¹, nogmaals grondig gewijzigd. Al vóór zijn inwerkingtreding werd de wet van 1 juli 2006 gerepareerd door de wet van 27 december 2006.²

2. De Afstammingswet 2006 is er vooral gekomen ingevolge een reeks van 30 arresten van het Grondwettelijk Hof m.b.t. bepalingen van de Afstammingswet 1987, waarin niet minder dan 14 keer tot een schending van het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel was besloten. Overigens werden ook na de inwerkingtreding van de Afstammingswet 2006 nog twee arresten geveld waarbij een – thans opgeheven – bepaling van de Afstammingswet 1987, namelijk oud artikel 323 BW³, door het Grondwettelijk Hof als strijdig werd bevonden met het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel⁴ resp. met het grondwettelijk beschermde recht op eerbiediging van het privéleven⁵.

II. Analyse van de arresten van het Grondwettelijk Hof 2010-2011

§1. *Het arrest van 6 april 2011*⁶

A. De wettelijke regeling

3. Overeenkomstig artikel 330, § 1, vierde lid BW moet de vordering tot betwisting van een [vaderlijke] erkenning door de man die de afstamming opeist – d.w.z. door de voorgehouden genetische vader – worden ingesteld binnen een jaar na de ontdekking van het feit dat hij zelf de vader van het kind is.

4. Deze regel werd door de Afstammingswet 2006 ingevoerd in het kader van een amendement⁷ dat ertoe strekte de “*personen die een vordering mogen instellen te beperken tot de personen die daadwerkelijk belanghebbenden zijn*”, waarbij het volgens de indieners ook nodig leek “*de gezinscel van het kind zo-*

¹ Wet van 1 juli 2006 tot wijziging van het BW met betrekking tot het vaststellen van de afstamming en de gevolgen ervan, *BS* 29 december 2006.

² Wet van 27 december 2006 houdende diverse bepalingen (I), artt. 367-374, *BS* 28 december 2006.

³ Opgeheven door artikel 24 van de wet van 1 juli 2006.

⁴ GwH 29 oktober 2009, nr. 172/2009, *T.Fam.* 2009, 188, noot P. SENAËVE.

⁵ GwH 7 juli 2011, nr. 122/2011, *T.Fam.* 2011, 152, noot A. QUIRYNEN. Dit arrest wordt in deze bijdrage niet besproken. Zie daarvoor de noot van A. QUIRYNEN, en de overzichtstabel op het einde van deze bijdrage.

⁶ GwH 6 april 2011, nr. 54/2011, *T.Fam.* 2011, 93, noot G. VERSCHULDEN.

⁷ Amendement nr. 112 (Déom c.s.), *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 51K0597/026, 4.

veel mogelijk te beschermen door eensdeels het bezit van staat te behouden (...) en anderdeels door termijnen te bepalen voor het instellen van de vordering”.⁸ Oorspronkelijk was in de Kamer zelfs een tekst aangenomen waarbij de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot en de betwisting van de vaderlijke erkenning door één enkele bepaling werden geregeld. In de Senaat werden weliswaar de regels in verband met de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot (nieuw art. 318 BW) en deze inzake de betwisting van een vaderlijke erkenning (nieuw art. 330 BW) opgesplitst⁹, maar de keuze van de wetgever voor “een aantal eenvormige regels voor alle betwistingen van de afstamming zowel die langs moederszijde als die langs vaderszijde en zowel in als buiten het huwelijk” werd behouden.¹⁰

B. Analyse van het arrest

5. Nadat de buitenhuwelijkse relatie tussen een man en een vrouw waarin een kind geboren werd, beëindigd was, wenste de genetische vader zijn kind te erkennen, maar hij stuitte op de toestemmingsweigering van de moeder. Een verzoeningspoging voor de vrederechter onder de gelding van het vroegere afstammingsrecht (oud art. 319, § 3, derde lid BW) mislukte. Daarop stelde de aspirant-erkenner op grond van het nieuwe artikel 329bis, § 2, derde lid BW een vordering in om gemachtigd te worden tot erkenning over te gaan. Op de inleidingszitting bleek evenwel dat het kind intussen – op vierjarige leeftijd – met toestemming van de moeder door een andere man was erkend. De genetische vader vorderde vervolgens de betwisting van deze erkenning. De rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen oordeelde dat het kind weliswaar geen bezit van staat had ten aanzien van zijn erkenner, maar diende ook vast te stellen dat de in artikel 330, § 1, vierde lid BW bepaalde vervaltermijn van één jaar na de ontdekking van het feit dat de man die de afstamming opeist de vader van het kind is, reeds was verstreken. Hierop stelde zij een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof.

6. De prejudiciële vraag peilde in essentie naar het discriminatoire karakter van het vertrekpunt van de vervaltermijn voor de vordering tot betwisting van een erkenning die geldt voor de man die beweert de genetische vader te zijn. Ongelijke situaties (betwisting van een vaderlijke erkenning *ex* artikel 330 BW *versus* betwisting van het vaderschap van de echtgenoot *ex* artikel 318 BW) worden gelijk behandeld met een wettelijke vervaltermijn van één jaar die in beide gevallen begint te lopen vanaf de ontdekking van de genetische werkelijkheid.

7. Het Grondwettelijk Hof erkent dat er een wezenlijk verschil bestaat tussen het vaderschap van de echtgenoot dat krachtens de wet zelf gevestigd wordt (art. 315 tot 316bis BW), en de vaderlijke erkenning (art. 319 BW) waarvoor de erkenner het initiatief moet nemen door een rechtshandeling te stellen. Het

⁸ Verantwoording bij het (aangenomen) amendement nr. 112 (Déom *c.s.*), *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 51K0597/026, 6.

⁹ Amendement nr. 34 (de 'T Serclaes *c.s.*), *Parl.St.* Senaat 2005-06, nr. 3-1402/4.

¹⁰ Verslag namens de commissie voor de justitie, *Parl.St.* Senaat 2005-06, nr. 3-1402/7, 52, verklaring van de minister van justitie.

vaderschap van de echtgenoot staat al vanaf de geboorte vast, zodat het logisch is dat de éénjarige termijn om het vaderschap van de echtgenoot te betwisten pas begint te lopen vanaf de ontdekking van het (eigen) vaderschap. Daarentegen kan een vaderlijke erkenning geruime tijd na de geboorte geschieden, aangezien deze rechtshandeling aan geen enkele termijn is onderworpen. Het kan dus gebeuren dat een kind pas erkend wordt door een man op een ogenblik dat de genetische vader al meer dan een jaar wist dat hij en niet de latere erkenner het kind verwekt heeft. In dat geval is de wettelijke betwistingstermijn al verstreken nog vooraleer het vorderingsrecht effectief kon worden uitgeoefend, aangezien een erkenning die nog niet heeft plaatsgevonden, uiteraard niet kan worden betwist.

Het Grondwettelijk Hof beslist dan ook – met betrekking tot een vraag inzake de betwisting van een vaderlijke erkenning – dat artikel 330, § 1, vierde lid BW de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt in zoverre de daarin bepaalde vervaltermijn voor de man die de afstamming opeist, kan aanvangen vooraleer de betwiste erkenning plaatsvond.

C. Beoordeling van het arrest ¹¹

8. Het gaat hier om een voor de hand liggende uitspraak van het Grondwettelijk Hof. De in vraag gestelde regel betreft geenszins een bewuste keuze van de wetgever, maar een loutere vergetelheid; de daardoor tot stand gekomen aberratie had gemakkelijk opgelost kunnen worden door een creatieve rechtspraak, zonder dat daarvoor een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof nodig was. De rechter kan immers de regel die de wetgever invoerde herleiden tot zijn juiste, werkbare proportie, zonder zich in de plaats van de wetgever te stellen. ¹²

Na het totstandkomen van de Afstammingswet 2006 was in de rechtsleer al gesignaleerd dat het aanvangspunt van de betwistingstermijn tot verrassende gevolgen kan leiden voor de verwekker wiens relatie met de moeder is bekoeld. ¹³ De aberratie dat de vervaltermijn voor de verwekker al vóór de opmaak van de akte van erkenning kan beginnen lopen, is louter te verklaren door – en te wijten aan – het feit dat de wetgever wenste vast te houden aan een strikt parallelisme tussen de procedures tot betwisting van het huwelijkse en het buitenhuwelijkse vaderschap, terwijl het *in se* om zeer verschillende wijzen van vaststelling van een vaderlijke afstamming gaat, namelijk de ene op basis van het wettelijke automatisme gesteund op het (hetero)huwelijk van de

¹¹ Voor een uitgebreide commentaar, zie: G. VERSCHELDEN, “Het vertrekpunt van de vervaltermijn waarbinnen de beweerde biologische vader een vaderlijke erkenning moet betwisten” (noot bij Grondwettelijk Hof 6 april 2011), *T.Fam.* 2011, 96-100.

¹² Zie daarover de interessante studie van P. SCHOLLEN, *De greep van de wetgever op de rechter*, Brugge, die Keure, 2011, 299 p. (doctoraatsthesis KU Leuven, 27 augustus 2007).

¹³ G. VERSCHELDEN, “De moederlijke en de vaderlijke erkenning” in P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHELDEN (eds.), *De hervorming van het afstammingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 202-203, nr. 371.

moeder, de andere op basis van een uitdrukkelijke rechtshandeling uitgaande van een man. ¹⁴

D. Gevolgen voor de rechtspraak

9. In het arrest van 6 april 2011 overweegt het Grondwettelijk Hof zelf dat de termijn om een leugenachtige erkenning te betwisten in hoofde van de persoon die de afstamming opeist, pas mag ingaan, niet enkel nadat hij ontdekt heeft dat hij de vader van het kind is, maar ook pas nadat die leugenachtige erkenning heeft plaatsgevonden (r.o. B.3.4). De hoven en rechtbanken kunnen aldus niet langer artikel 330, § 1, vierde lid BW letterlijk toepassen, maar dienen, rekening houdend met het arrest van het Grondwettelijk Hof, het vertrekpunt van de éénjarige vervaltermijn in hoofde van de voorgehouden genetische vader zo toe te passen dat dit ten vroegste de opmaak van de erkenningsakte is, ook al wist de betwistende man al eerder dat hij de verwekker is van dat kind. De vervaltermijn van één jaar kan in hoofde van de genetische vader dus nooit vroeger beginnen lopen dan op de dag van de opmaak van de erkenningsakte. Vanaf dat tijdstip moet de persoon die het vaderschap opeist, steeds een termijn van één jaar worden gegund waarbinnen hij de erkenning door een andere man moet kunnen aanvechten. ¹⁵

10. De vraag rijst of de in het arrest van 6 april 2011 vastgestelde ongrondwettigheid zich ook uitstrekt tot het vertrekpunt van de vervaltermijn voor de betwisting van een *moederlijke* erkenning. Hoewel de motivering van het Grondwettelijk Hof uitsluitend gesteund is op het gegeven van een *vaderlijke* erkenning die naderhand wordt betwist, is het *dictum* van het arrest niet beperkt tot de (termijn voor de betwisting van een) *vaderlijke* erkenning, maar bevat het een uitspraak over de ongrondwettigheid van artikel 330, § 1, vierde lid BW als dusdanig, zonder een onderscheid te maken tussen de betwisting van een vaderlijke erkenning en de betwisting van een moederlijke erkenning. De context waarbinnen de biologische werkelijkheid inzake het moederschap ontdekt wordt, verschilt wezenlijk van deze van de ontdekking van het vaderschap, nu een vrouw in de regel weet of ze van een kind bevallen is of niet. ¹⁶

¹⁴ G. VERSCHELDEN, “De moederlijke en de vaderlijke erkenning” in P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHELDEN (eds.), *De hervorming van het afstammingsrecht. Commentaar op de wetten van 1 juli 2006, 27 december 2006 en 6 juli 2007*, Antwerpen, Intersentia, 2007, nr. 371, p. 202-203; P. SENAËVE, “De hervorming van het afstammingsrecht door de wetten van 1 juli 2006 en van 27 december 2006 (deel II)”, *T.Fam.* 2008, (102) 119, nr. 155; P. SENAËVE, “Ontwikkelingen in het afstammingsrecht 2007-2010” in P. SENAËVE en J. DU MONGH (eds.), *Persone- en Familierecht. Themis Vormingsonderdeel 61*, Brugge, die Keure, 2011, (1) 31, nr. 70.

¹⁵ G. VERSCHELDEN, “Het vertrekpunt van de vervaltermijn waarbinnen de beweerd biologische vader een vaderlijke erkenning moet betwisten” (noot bij Grondwettelijk Hof 6 april 2011), *T.Fam.* 2011, (96) 99-100, nrs. 13-15; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 13^{de} uitg. 2011, nr. 681-1.

¹⁶ Onder de ontdekking van “*het feit dat (...) zij de moeder van het kind is*” in artikel 330, § 1, vierde lid BW moet niet het genetische moederschap, maar de bevalling

Toch kan ook de in het buitenland anoniem bevallen vrouw – bv. een draagmoeder – onmogelijk een erkenning betwisten (van bv. een wensmoeder) die nog niet heeft plaatsgevonden. Ook haar recht op toegang tot de rechter komt *de lege lata* in het gedrang door een letterlijke toepassing van de tekst van artikel 330, § 1, vierde lid BW, zodat het Grondwettelijk Hof het *dictum* van zijn arrest terecht niet heeft beperkt tot het geval van de betwisting van een vaderlijke erkenning.¹⁷

De hoven en rechtbanken kunnen aldus ook, op basis van het arrest van het Grondwettelijk Hof, m.b.t. de betwisting van een *moederlijke* erkenning aannemen dat de termijn van één jaar pas begint te lopen vanaf het opmaken van de akte van erkenning, zonder eerst een nieuwe prejudiciële vraag te moeten stellen. Deze stelling is niet in strijd met de rechtspraak van het Hof van Cassatie dat de rechter niet vermag de door het Grondwettelijk Hof vastgestelde schending bij analogie uit te breiden *tot een andere rechtsvraag* dan degene waarover het Grondwettelijk Hof reeds uitspraak heeft gedaan, ook al heeft die betrekking op dezelfde wetsbepaling.¹⁸ *In casu* gaat het immers om *dezelfde* rechtsvraag die door het Grondwettelijk Hof, gelet op het dictum van het arrest van 6 april 2011, geslachtsneutraal (“*de persoon die de afstamming opeist*”) werd beantwoord.

§2. Het arrest van 16 december 2010¹⁹

A. De wettelijke regeling

11. De wet vereist in geval van erkenning door een man van een niet-ontvoogd minderjarig kind en van een nog niet geboren kind de voorafgaande instemming van de (juridische) moeder van het kind (art. 329*bis*, § 2, eerste lid BW). Na de meerderjarigheid of de ontvoogding van het kind is de instemming van de (juridische) moeder niet meer vereist. Voor zover het gaat om een reeds geboren kind, houdt dit een prerogatief in van het ouderlijk gezag van de moeder. Voor zover het gaat om een prenatale vaderlijke erkenning – hetgeen toegelaten is op grond van artikel 328, tweede lid BW – moet de vrouw die het kind draagt, door de wet verkeerdelijk ‘*moeder*’ genoemd, instemmen.

Vanaf 12 jaar is bovendien de instemming van het kind zelf vereist, tenzij de rechtbank oordeelt dat het kind geen onderscheidingsvermogen heeft (art. 329*bis*, § 2, tweede lid BW).

Eens meerderjarig of ontvoogd beschikt het kind over een vetorecht tegen zijn vaderlijke erkenning (art. 329*bis*, § 1 BW).

worden begrepen, nu voor de gegrontheid van de vordering tot betwisting van een moederlijke erkenning bewezen moet worden dat de erkennende vrouw niet van het kind bevallen is.

17 G. VERSCHULDEN, noot bij GwH 6 april 2011, *T.Fam.* 2011, (96) 100, nr. 16.

18 Cass. 24 januari 2011, C.09.0635.N en de conclusie van A.-G. Mortier.

19 GwH 16 december 2010, nr. 144/2010, *T.Fam.* 2011, 56, noot F. SWENNEN, *Act.dr.fam.* 2011, 2, noot N. MASSAGER, *RW* 2010-11, 894 en *TJK* 2011, 139, noot C. MELKEBEEK.

12. Ingeval de man niet de instemming van de moeder *c.q.* de zwangere vrouw en/of de instemming van het kind van 12 tot 18 jaar verkrijgt, dient hij de weigerende personen te dagvaarden voor de rechtbank teneinde een vervangende machtiging tot erkenning te bekomen (art. 329*bis*, § 2, derde lid BW). Deze vordering kan door de man reeds vóór de geboorte van het kind worden ingeleid (art. 328*bis* BW).

13. Sinds de Afstammingswet 2006 – die juist beoogde rekening te houden met de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof – is de wettelijke regeling in geval van verhaal tegen een weigering door de moeder van een minderjarig kind dat, voorzover niet bewezen wordt dat de kandidaat-erkenner niet de genetische vader is, de rechtbank in beginsel de machtiging tot erkenning *moet* verlenen.

Ingeval evenwel het verzoek tot machtiging tot erkenning door de man pas wordt ingeleid nadat het kind *één jaar* is geworden, voorziet de wet in een *nuancering* van deze regel (het is geen echte uitzondering): de rechtbank kan en moet in dat geval weigeren om machtiging te verlenen voor zover bewezen wordt dat de voorgenomen erkenning kennelijk strijdig is met het belang van het kind (art. 329*bis*, § 2, derde lid *in fine* BW). De bewijslast van de kennelijke strijdigheid met het belang van het kind rust op degene die zich tegen de erkenning verzet, dit is de moeder en/of het kind.²⁰ Gelet op de door de wetgever gebruikte bewoordingen kan de rechtbank enkel een louter marginale toetsing doorvoeren en moet de moeder (en/of het kind) derhalve een ernstige schending van de belangen van haar kind bewijzen.²¹ In deze dient ook een louter negatieve invulling van de notie ‘belang van het kind’ te gebeuren: het volstaat dat de erkenning door de man niet (manifest) nadelig zal zijn voor het kind, er wordt geenszins vereist dat bewezen wordt dat de erkenning het kind iets positief zal opleveren.²²

Bij een verzoek ingeleid vóór de leeftijd van één jaar heeft de rechtbank daarentegen, op grond van de wet, geen enkele beoordelingsvrijheid naar het belang van het kind toe als het genetische vaderschap niet (meer) ter discussie staat.

B. Analyse van het arrest

14. Het was te verwachten dat het Grondwettelijk Hof over dat onderscheid tussen te erkennen kinderen al naargelang ze bij het inleiden van de procedure de scharnierleeftijd van één jaar bereikt hebben of niet, ondervraagd zou worden.

²⁰ *Parl.St.* Senaat, nr. 3-1402/7, Verslag namens de commissie voor de justitie, 41-42; *in dezelfde zin* J. SOSSON, “Le droit de la filiation nouveau est arrivé”, *JT* 2007, (365) 397, nr. 40; G. MATHIEU, “La réforme du droit de la filiation: une refonte en profondeur...” *RTDF* 2007, (333) 353, voetnoot 16.

²¹ Rb. Hasselt 2 maart 2010, AR 08/3012/A.

²² Rb. Hasselt 2 maart 2010, AR 08/3012/A.

15. Het Grondwettelijk Hof zegt dat artikel 329*bis*, § 2, derde lid BW de artikelen 10 en 11 Gw. schendt in zoverre het de rechter bij wie een vordering tot machtiging tot erkenning aanhangig is gemaakt, gedurende het eerste levensjaar van het te erkennen kind door een man die de genetische vader is, er niet toe in staat stelt controle uit te oefenen op het belang van het kind bij het vaststellen van die afstamming.

Het Grondwettelijk Hof overweegt – zonder veel nuance – dat artikel 3.1 IVRK en artikel 22*bis* (vierde lid) Gw. de verplichting opleggen om rekening te houden met de belangen van het kind in de procedures die op het kind betrekking hebben.

Het Hof brengt in herinnering dat het juist de bedoeling was van de wetgever van 1 juli 2006 om rekening te houden met de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en met name met de arresten nrs. 112/2002 en 66/2003, en stelt dat het reeds in zijn arrest nr. 66/2003 heeft opgemerkt 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 er van uitgaan dat het wel in het belang is van het kind dat zijn afstamming van beide zijden wordt vastgesteld, toch kan men niet onomstotelijk voorhouden dat dit altijd het geval is. De scharnierleeftijd van één jaar is – uiteraard – een objectief criterium²³, maar hij kan volgens het Grondwettelijk Hof niet als pertinent beschouwd worden ten aanzien van deze maatregel, omdat volgens het Hof niets kan verantwoorden dat de rechter bij wie een verzoek tot machtiging tot erkenning van vaderschap aanhangig wordt gemaakt, het belang van het kind in aanmerking neemt ingeval het kind ouder is dan één jaar, terwijl hij daar geen rekening mee zou kunnen houden ingeval het kind jonger is dan één jaar. Bovendien doet die maatregel volgens het Hof op onevenredige wijze afbreuk aan de rechten van de betrokken kinderen doordat hij tot gevolg heeft dat nooit rekening wordt gehouden met het belang van een kind dat jonger is dan één jaar bij het inleiden van de vordering tot machtiging tot vaderlijke erkenning, nu de rechter m.b.t. zo'n kind het verzoek nooit kan afwijzen als het uitgaat van de genetische vader.

De conclusie van het Grondwettelijk Hof is dan dat het ontbreken in deze hypothese van iedere rechterlijke controlemogelijkheid op het belang van het kind bij het vaststellen van de afstamming van vaderszijde via erkenning onbestaanbaar is met het gelijkheidsbeginsel en het verbod van discriminatie.

C. Beoordeling van het arrest

16. Deze uitspraak van het Grondwettelijk Hof kwam niet als een complete verrassing, nu het Hof reeds in het arrest nr. 66/2003 vastgesteld had dat *“het ontbreken van iedere mogelijkheid, voor de rechter, om controle uit te oefenen op het belang van het kind jonger dan 15 jaar in geval van vaststellen van de afstamming van vaderszijde via erkenning, strijdig is met de artikelen 10 en 11*

²³ In het arrest nr. 66/2003 had het Arbitragehof reeds gesteld dat de toenmalige scharnierleeftijd van 15 jaar een objectief criterium was (r.o. B.6).

Gw.”²⁴ De overwegingen uit het arrest nr. 144/2010 zijn voor een groot stuk een *copy/paste* van die van het arrest nr. 66/2003, waarbij “kind jonger dan vijftien jaar” vervangen werd door “kind jonger dan één jaar” (r.o. B.5 en B.6).

17. In eerdere publicaties hebben wij verdedigd dat de door de Afstammingswet 2006 ingevoerde scharnierleeftijd van één jaar een verdedigbaar compromis inhield tussen de thesis dat de erkenning door de genetische vader *steeds* zou moeten worden *toegestaan*, en de thesis dat deze erkenning *steeds* zou moeten kunnen worden *getoetst* aan het belang van het kind (en dus *steeds* zou moeten kunnen worden *geweigerd*)²⁵. Elke leeftijdsgrens heeft iets arbitrairs²⁶, maar het onderscheid tussen een erkenning onmiddellijk na de geboorte en een laattijdige erkenning is o.i. wel degelijk pertinent.²⁷ Bovendien valt niet in te zien waarom het recht de vaders die tijdens de zwangerschap of kort na de geboorte hun verantwoordelijkheid t.a.v. hun kind wensen op te nemen, in hun voornemen zou moeten dwarsbomen. In dit onderscheid lag er o.i. geen discriminatoire behandeling tussen kinderen al naargelang zij het voorwerp zijn van een verzoek tot vaderlijke erkenning vóór of na hun eerste levensjaar, temeer omdat het aangewende middel – ook na de eerste verjaardag is de controle naar het belang van het kind *slechts marginaal* – de proportionaliteitstoets zou kunnen doorstaan.²⁸ Er kon o.i. nog veel minder sprake zijn van een discriminatoire behandeling tussen vaders al naargelang zij hun kind willen erkennen vóór of na zijn eerste verjaardag.²⁹

Wij menen voorts dat deze uitspraak van het Grondwettelijk Hof ook een flinke stap achteruit is in de gelijke behandeling van vaders en moeders. De moederlijke afstamming wordt immers automatisch vastgesteld, krachtens de wet,

²⁴ Arbitragehof 14 mei 2003, nr. 66/2003, r.o. B.8.

²⁵ P. SENAËVE, “De hervorming van het afstammingsrecht door de wetten van 1 juli 2006 en van 27 december 2006 (deel II)”, *T.Fam.* 2008, (102) 110-111, nr. 122.

²⁶ Zo werd tijdens de voorbereidende werkzaamheden de – retorische - vraag gesteld welk verschil er dan wel is tussen een kind dat 364 dagen oud is en een kind dat 366 dagen oud is; *Parl.St.* Kamer, nr. 51-597/032, Verslag namens de commissie voor de justitie, 26.

²⁷ *In dezelfde zin*: G. VERSCHELDEN, *Origineel ouderschap herdacht*, Brugge, die Keure, 2005, nrs. 582-588; *contra* N. MASSAGER, “La nouvelle loi sur la filiation” in D. PIRE (ed.), *Droit des Familles*, Commission Université-Palais - Université de Liège, Luik, Anthemis, 2007, 77, nr. 28; J. SOSSON, “Le droit de la filiation nouveau est arrivé”, *JT* 2007, (365) 397, nr. 41; F. SWENNEN, “Het onderzoek naar het moederschap en naar het vaderschap” in P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHELDEN (eds.), *De hervorming van het afstammingsrecht. Commentaar op de wetten van 1 juli 2006, 27 december 2006 en 6 juli 2007*, Antwerpen, Intersentia, 2007, p. 239-240, nr. 432.

²⁸ Zie daarover het advies van de Raad van State: *Parl.St.* Senaat 2005-06, nr. 3-1402/2, 4; *contra*: N. MASSAGER, “La proposition de loi 597”, *Rev.dr.ULB* 2005, (193) 224, nr. 29; M. DEMARET, “Le droit de la filiation réformé”, *RNB* 2007, (114) 136-139, nrs. 32-33; G. VERSCHELDEN, “De moederlijke en de vaderlijke erkenning” in P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHELDEN (eds.), *De hervorming van het afstammingsrecht. Commentaar op de wetten van 1 juli 2006, 27 december 2006 en 6 juli 2007*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 150, nr. 294.

²⁹ *In dezelfde zin* G. VERSCHELDEN, “De moederlijke en de vaderlijke erkenning”, o.c., 149, nr. 294.

op basis van de vermelding in de geboorteakte van de naam van de vrouw die het kind gebaard heeft (art. 312, § 1 BW), en bij geboorte in België moet de naam van de moeder verplicht in de geboorteakte vermeld worden (art. 57, 2° BW). Er is m.a.w. geen enkele controle door een rechter mogelijk bij de vaststelling van de moederlijke afstamming van een kind. Nochtans is het duidelijk dat, ook al kan men doorgaans er van uitgaan dat het wel in het belang is van het kind dat zijn afstamming van moederszijde wordt vastgesteld, men toch niet onomstotelijk kan voorhouden dat dit altijd het geval is.

Anderen zijn daarentegen van oordeel dat dit een erg voorspelbaar arrest van het Grondwettelijk Hof is, nu er geen redelijke verantwoording gegeven werd en evenmin gegeven zou kunnen worden voor deze scharnierleeftijd van één jaar waaronder geen controle naar het belang van het kind mogelijk is.³⁰ Er wordt o.m. gesteld dat een zeer korte bedenktijd voor de vader na de geboorte – maar veel korter dan één jaar – eventueel wél te verantwoorden zou zijn.³¹

18. Van de andere kant is het zo dat bij de vorderingen tot betwisting van de vaderlijke of moederlijke afstamming, het belang van het kind *geen wettelijk criterium* vormt (art. 312, § 2 BW: betwisting wettelijk moederschap; art. 318, §§ 1-3 BW: betwisting vaderschap van de echtgenoot; art. 330, §§1-2 BW: betwisting vaderlijke en moederlijke erkenning), behalve dan ingeval de vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot (art. 318, § 5 BW) en die tot betwisting van de vaderlijke erkenning (art. 330, § 3 BW) wordt ingesteld door de man die beweert de genetische vader te zijn, en ingeval de vordering tot betwisting van de moederlijke erkenning wordt ingesteld door de vrouw die beweert de bevallingsmoeder te zijn: [enkel] in die laatste gevallen moet de rechtbank immers ondermeer nagaan of aan de voorwaarden van artikel 332*quinquies* BW voldaan is, en artikel 332*quinquies*, § 2, eerste lid BW laat toe de kennelijke strijdigheid met de belangen van het kind na te gaan. De vraag rijst dus of, na dit arrest van het Grondwettelijk Hof, door het ontbreken van iedere rechterlijke controle op het belang van het minderjarige kind bij deze vorderingen ingeval ze *niet* uitgaan van de beweerde genetische vader *resp.* de beweerde bevallingsmoeder (bij de betwisting van de moederlijke erkenning), de bepalingen van artikel 312, § 2 BW, artikel 318, §§ 1-3 BW en artikel 330, §§1-2 BW ook niet op de helling zijn komen te staan.

D. Gevolgen voor de rechtspraak

19. Nu het Grondwettelijk Hof geoordeeld heeft dat artikel 329*bis*, § 2, derde lid BW de artikelen 10 en 11 Gw. schendt in de hypothese dat het verzoek tot machtiging tot erkenning wordt ingediend op een ogenblik dat het kind minder dan één jaar oud is (of zelfs vóór de geboorte van het kind: art. 328*bis* BW), kan het niet meer ten volle door de hoven en rechtbanken worden toegepast. Nu de strijdigheid volgens het Hof ligt in het feit dat de rechter in deze hypo-

³⁰ F. SWENNEN, “De toets aan het belang van het kind van de vaderlijke erkenning” (noot onder GwH 16 december 2010), *TFam.* 2011, 57-61.

³¹ F. SWENNEN, *l.c.*, 59; zie hierover ook: G. VERSCHULDEN, *Origineel ouderschap herdacht*, Brugge, die Keure, 2005, nrs. 581-582.

these niet de mogelijkheid heeft controle uit te oefenen op het belang van het kind, kan de rechter voor wie een man – van wie niet bewezen is dat hij niet de genetische vader is – de machtiging vraagt om het kind te erkennen, niet langer zeggen dat hij geen controle kan doen naar het belang van het kind. De uitweg hiervoor is dan dat de rechter op die hypothese de regeling toepast waarin de wetgever in artikel 329*bis*, § 2, derde lid *in fine* BW reeds heeft voorzien voor de kinderen die minstens één jaar zijn op het ogenblik van de dagvaarding, namelijk nagaat of de gevraagde erkenning “*kennelijk strijdig is met de belangen van het kind*”.³²

Het is hierbij zeer de vraag hoe een rechter kan oordelen dat de voorgenomen erkenning kennelijk strijdig is met de belangen van het kind als de machtiging gevraagd wordt tijdens de zwangerschap (art. 328*bis* BW) en het kind op het ogenblik van zijn uitspraak nog niet eens geboren is.³³

20. Indien een rechter de stelling van het Grondwettelijk Hof toch in vraag wenst te stellen, dan is hij er toe gehouden opnieuw een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof te stellen. In dat geval lijdt het nochtans weinig twijfel, gelet op de arresten van 14 mei 2003 en van 16 december 2010, dat het Grondwettelijk Hof opnieuw tot de ongrondwettigheid zal besluiten, tenzij misschien als de vraagstelling zou worden opengetrokken en het Hof ook eens ondervraagd zou worden aangaande de mogelijke discriminatie tussen (niet met elkaar gehuwde) vaders en moeders bij de vaststelling van de afstamming ten aanzien van hun kind (zie *supra* nr. 17).

21. De vraag rijst ook wat het effect is van dit arrest m.b.t. andere wettelijke bepalingen waar dezelfde scharnierleeftijd van één jaar wordt aangewend.

Wat de moederlijke erkenning betreft, lijkt er geen probleem te bestaan, nu artikel 313, § 1 BW zelf uitdrukkelijk verwijst naar de voorwaarden bepaald in het geviseerde artikel 329*bis* BW.

In de andere situaties daarentegen, namelijk:

- de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot door de beweerde genetische vader (art. 318, § 5 BW dat verwijst naar de voorwaarden bepaald in art. 332*quinquies* BW);
- de betwisting van de vaderlijke / moederlijke erkenning door de beweerde genetische vader resp. de beweerde bevallingsmoeder (art. 330, § 3 BW, dat eveneens verwijst naar de voorwaarden bepaald in art. 332*quinquies* BW);
- het onderzoek naar het vaderschap bij verzet van de moeder resp. het kind tussen 12 en 18 jaar (art. 332*quinquies*, § 2, eerste lid BW),

³² F. SWENNEN, *l.c.*, 59, nr. 4; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 13^{de} uitg. 2011, nr. 668, p. 267-268.

³³ In de memorie van toelichting bij de wet van 27 december 2006 werd uitdrukkelijk in de mogelijkheid van een uitspraak vóór de geboorte voorzien: *Parl.St.* Kamer, nr. 51-2760/001, MvT bij art. 475, 239-240.

- het onderzoek naar het moederschap bij verzet van de vader resp. van het kind tussen 12 en 18 jaar (art. 314, eerste lid en art. 332*quinquies*, § 2, eerste lid BW),

dient de rechter, ambtshalve of op verzoek van een der partijen, een nieuwe prejudiciële vraag te richten aan het Grondwettelijk Hof.³⁴

Volgens de vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie volgt uit het systeem van de prejudiciële vraagstelling, zoals onder meer geregeld door de artikelen 26, § 2, 2^o, en 28 Bijz. Wet Grondwettelijk Hof, weliswaar dat ook in andere zaken waarin een vraag wordt opgeworpen *met een identiek onderwerp* als een vraag waarover het Grondwettelijk Hof reeds uitspraak heeft gedaan, de rechter de wetsbepaling die het Grondwettelijk Hof ongrondwettig heeft bevonden, buiten toepassing kan laten zonder eerst een nieuwe prejudiciële vraag te moeten stellen, maar vermag de rechter niet de door het Grondwettelijk Hof vastgestelde schending bij analogie uit te breiden *tot een andere rechtsvraag* dan degene waarover het Grondwettelijk Hof reeds uitspraak heeft gedaan, ook al heeft die betrekking op een andere wetsbepaling maar met een gelijkaardige inhoud als die welke reeds door het Grondwettelijk Hof ongrondwettig werd bevonden³⁵, en zelfs al heeft die betrekking op dezelfde wetsbepaling³⁶. De hoven en rechtbanken kunnen aldus ook in deze materie niet de door het Grondwettelijk Hof in het arrest van 16 december 2010 vastgestelde ongrondwettigheid zomaar uitbreiden tot andere kwesties van het afstammingsrecht die geen identiek onderwerp hebben als de specifieke vraag waarover het Grondwettelijk Hof in genoemd arrest uitspraak heeft gedaan.

§3. *Het arrest van 3 februari 2011*³⁷

A. De wettelijke regeling

22. Luidens artikel 318, § 1 BW kan het vaderschap dat volgt uit de vaderschapsregel worden betwist door de moeder, het kind, de man ten aanzien van wie de afstamming vaststaat, en de persoon die het vaderschap van het kind opeist, tenzij evenwel het kind bezit van staat heeft ten aanzien van de echtgenoot. Met de Afstammingswet 2006 heeft de wetgever van het deugdelijk bezit van staat ten aanzien van de echtgenoot een *algemene* grond van ontoelaatbaarheid van de vordering gemaakt die geldt zowel in het gewone geval van de vaderschapsbetwisting op tegenbewijs (art. 318, § 3, eerste lid BW) als in het uitzonderlijke geval van de vaderschapsbetwisting zonder bewijsvoering (art. 318, § 3, tweede lid BW). De verwachting was dat deze nieuwe regel in veel gevallen zou verhinderen dat een vordering tot betwisting van het vaderschap ingesteld op basis van de verruimde mogelijkheden die de Afstammingswet

³⁴ Wat intussen reeds gebeurd is m.b.t. art. 332*quinquies*, § 2, eerste lid BW: Rb. Leuven 2 januari 2012, rol GwH nr. 5296.

³⁵ Cass. 22 februari 2005, P.04.1345.N.

³⁶ Cass. 24 januari 2011, C.09.0635.N en de conclusie van A.-G. Mortier.

³⁷ GwH 3 februari 2011, nr. 20/2011, *T.Fam.* 2011, 61, noot T. WUYTS.

2006 bood, succesvol zal zijn eens het kind een zekere leeftijd heeft bereikt zonder dat iemand in rechte is opgetreden.³⁸

B. Analyse van het arrest

23. Een gehuwde man stelde na een DNA-onderzoek vast dat hij niet de genetische vader was van zijn toen tienjarige dochter, en vorderde vervolgens voor de rechtbank de betwisting van zijn wettelijk vaderschap. De rechtbank te Leuven stelde vast dat het kind bezit van staat had ten aanzien van zijn wettelijke vader. Het bezit van staat werd ook voortdurend geacht, zelfs al had de vader zich na deze ontdekking niet meer bekommerd om het kind, dat verbleef bij de moeder van wie hij reeds vóór de ontdekking van het feit dat hij niet de genetische vader was, gescheiden leefde. Evenmin werd het bezit van staat dubbelzinnig geacht nu er geen enkel element wees op het bezit van staat ten aanzien van een andere man.

De rechtbank stelde ambtshalve vast dat de grondrechten vervat in het door de eiser ingeroepen artikel 8 EVRM ook gewaarborgd worden door artikel 22 Gw., en besloot om – bij toepassing van artikel 26, § 4 Bijz. Wet Grondwettelijk Hof³⁹ – een prejudiciële vraag te stellen over de verenigbaarheid van het vereiste van afwezigheid van bezit van staat met artikel 22 Gw. eventueel in samenhang gelezen met artikel 8 EVRM.

24. Het Grondwettelijk Hof oordeelt – in algemene bewoordingen – dat artikel 318, § 1 BW artikel 22 Gw., in samenhang gelezen met artikel 8 EVRM schendt, in zoverre de vordering tot betwisting van het vaderschap niet ontvankelijk is indien het kind bezit van staat heeft ten aanzien van de echtgenoot van de moeder.

25. Het was de eerste keer sinds het de bevoegdheid kreeg om te toetsen aan alle artikelen vervat in titel II van de Grondwet⁴⁰ dat het Grondwettelijk Hof een bepaling van het afstammingsrecht diende te toetsen aan het recht op eerbiediging van het privéleven en het gezinsleven vervat in artikel 22 Gw. Zoals gebruikelijk leest het Hof deze bepaling in samenhang met artikel 8 EVRM.⁴¹ Het Hof toetst immers de grondwettelijke rechten en vrijheden meer en meer in het licht van de inhoud van analoge waarborgen vervat in internationale ver-

³⁸ P. SENAËVE, “De hervorming van het afstammingsrecht door de wetten van 1 juli 2006 en van 27 december 2006 (deel II)”, *TFam.* 2008, (102) 102, nr. 85.

³⁹ Zie over het gewijzigde art. 26 Bijz. Wet Grondwettelijk Hof: P. POPELIER, “Prejudiciële vragen bij samenloop van grondrechten. Prioriteit voor bescherming van grondrechten of voor bescherming van de wet?”, *RW* 2009-10, 50-62.

⁴⁰ Bijzondere wet van 9 maart 2003 tot wijziging van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, *BS* 11 april 2003, in werking getreden op 21 april 2003.

⁴¹ Zie eerder: Arbitragehof 12 juli 1996, nr. 47/96; Arbitragehof 3 december 1998, nr. 122/98.

dragsbepalingen.⁴² Zoals aangehaald in het arrest had de grondwetgever bij de redactie van artikel 22 Gw. overigens uitdrukkelijk artikel 8 EVRM voor ogen (r.o. B.4.).

26. De eerste vraag die rees was of de wettelijke regeling van de relatie van de vader tot het kind dat is geboren binnen zijn huwelijk, valt binnen het toepassingsgebied van artikel 22 Gw. en van artikel 8 EVRM.

In navolging van de Straatsburgse organen die reeds oordeelden dat o.m. onder privéleven valt, het recht om een afstammingsband gevestigd op basis van een wettelijk vermoeden, weerlegd te zien in het licht van biologische bewijzen⁴³, zelfs indien de vordering gericht is op de verbreking van bestaande familiale banden⁴⁴, komt het Grondwettelijk Hof tot de vaststelling dat de in geding zijnde regeling van betwisting van het vaderschap gesteund op de vaderschapsregel valt onder het toepassingsgebied van artikel 22 Gw. en van artikel 8 EVRM. De regeling raakt inzonderheid het privéleven van de juridische vader en het kind (r.o. B.5.).

27. Het Grondwettelijk Hof past vervolgens het beginsel dat voor het eerst werd ontwikkeld in het arrest-*Kroon* toe op de voorliggende zaak (zie r.o. B.7.). In het arrest-*Kroon* oordeelde het EHRM dat een daadwerkelijke eerbiediging van het privé- en gezinsleven vereist dat de biologische en sociale werkelijkheid primeert op een wettelijk vermoeden ingeval dit frontaal indruist tegen de vastgestelde feiten en de wensen van alle betrokkenen, zonder dat iemand er een tastbaar voordeel uit haalt.⁴⁵ De wettelijke regel lijkt dan *geen legitimum doel* te beschermen.⁴⁶

Hierbij moet er wel op gewezen worden dat het in de zaak-*Kroon* ging om een kind dat geboren was uit een vrouw die gehuwd was maar al 7 jaar vóór de geboorte gescheiden leefde van haar echtgenoot van vreemde nationaliteit met wie ze alle contact verloren had en waarbij niemand wist waar die zich bevond, terwijl naar [toenmalig] Nederlandse recht enkel de echtgenoot het vaderschap gevestigd op basis van de vaderschapsregel kon betwisten. Deze feitenconstellatie was dan ook totaal verschillend van degene die aanleiding gaf tot de prejudiciële vraag, waarbij er tot kort voordien wél een sociale werkelijkheid was in overeenstemming met de vaderschapsregel, en waarbij het niet de wens was van alle betrokkenen om dit vaderschap ongedaan te maken. De

⁴² Voor het eerst uitdrukkelijk gesteld in het arrest nr. 136/2004 van 22 juli 2004; zie: A. ALLEN, “Twintig jaar grondwettigheidstoezicht op wetgevende normen. Krachtlijnen van de rechtspraak van het Arbitragehof van 1983 tot en met 2004”, *TBP* 2005, (213) 221, nrs. 32-33.

⁴³ EHRM 24 november 2005, *Shofman t./ Rusland*, nr. 74826/01, §§ 30-31; EHRM 12 januari 2006, *Mizzi t./ Malta*, nr. 26111/02, §§ 102-103; EHRM 9 november 2006, *Tavli t./ Turkije*, nr. 11449/02, §§ 25-26.

⁴⁴ EHRM 21 november 1984, *Rasmussen t./ Denemarken*, *Publ. Cour eur. D.H.*, Serie A, nr. 87, § 33.

⁴⁵ EHRM 27 oktober 1994, *Kroon e.a. t./ Nederland*, *Publ. Hof*, Serie A, nr. 297-C, § 40.

⁴⁶ Zie bv. ook EHRM 2 juni 2005, *Znamenskaya t./ Rusland*, nr. 77785/01, §§ 30-31.

verwijzing dienaangaande in het arrest van het Grondwettelijk Hof naar het arrest-Kroon is dan ook niet relevant.⁴⁷

28. Het Grondwettelijk Hof oordeelde terecht dat er legitieme doelstellingen voorhanden zijn om een onbeperkte mogelijkheid tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot te verhinderen, nl. enerzijds de rust der families en de rechtszekerheid van familiale banden, en anderzijds het belang van het kind (r.o. B.9.).

29. Om te bepalen of een wettelijke (maat)regel strookt met artikel 8 EVRM, moet volgens de (o.m. in het arrest van het Grondwettelijk Hof aangehaalde rechtspraak van) het EHRM onderzocht worden, op basis van de feiten van de zaak, of de Staat een *billijk evenwicht* heeft gevonden tussen alle rechten en belangen die in het geding zijn. Naast een afweging van de individuele belangen tegenover het algemeen belang van de samenleving in zijn geheel, dienen ook de concurrerende individuele belangen tegenover elkaar te worden afgewogen. Het Grondwettelijk Hof neemt die redenering vrijwel letterlijk over (r.o. B.7.).

De belangen die het EHRM tegenover elkaar afweegt ingeval het gaat om een vordering tot betwisting van het vaderschap zijn, enerzijds, het belang van de rechtszekerheid in familiale betrekkingen alsook het belang van het kind bij het behoud van de afstammingsband, en anderzijds het belang van de juridische vader om zijn vaderschap weerlegd te zien in het licht van biologische bewijzen. Het Grondwettelijk Hof past deze redenering vrijwel letterlijk toe (r.o. B.8.). Hierbij is de overweging dat het “*mogelijke belang van het kind om het “bezit van staat” te genieten van kind van de echtgenoot van de moeder, (het) niet (mag) halen op het legitieme recht van deze laatste om ten minste één gelegenheid te krijgen om het vaderschap te betwisten van een kind dat op grond van wetenschappelijke bewijzen, niet van hem is*” (r.o. B.8.) verrassend. De kern is immers niet gelegen in het feit dat men ten minste één gelegenheid moet krijgen om het vaderschap te betwisten, maar wel dat het EVRM niet tot doel heeft theoretische en illusoire rechten te beschermen.⁴⁸ Welnu, zoals het Grondwettelijk Hof zelf vaststelt, wordt door van het bezit van staat een absolute grond tot niet-ontvankelijkheid te maken, de echtgenoot van de moeder die te goeder trouw het socio-affectieve vaderschap heeft opgenomen, *op absolute wijze* uitgesloten van de mogelijkheid om zijn vaderschap te betwisten omdat zijn handelen te goeder trouw precies heeft bijgedragen tot de totstandkoming van de feiten die de criteria uitmaken van bezit van staat (r.o. B.10.). De juridische vader die pas na de totstandkoming van bezit van staat te weten komt dat hij niet de genetische vader is, beschikt in het Belgische recht aldus over een louter theoretisch of illusoir recht op betwisting van zijn vaderschap. Er wordt dus helemaal geen rekening gehouden met zijn rechten en belangen in dat geval. De absolute grond van onontvankelijkheid die het bezit van staat uitmaakt, is bijgevolg geen maatregel die evenredig is met het doel, nl. de

⁴⁷ *In dezelfde zin:* N. GALLUS, “Filiation paternelle dans le mariage: le droit de constatation du mari et l’intérêt de l’enfant selon la Cour constitutionnelle” (noot onder GwH 3 februari 2011), *Act.dr.fam.* 2011, (77) 79.

⁴⁸ T. WUYTS, *l.c.*, 70, nr. 19.

rechtszekerheid in familierechtelijke betrekkingen, de rust der families en het belang van het kind dienen (zie ook r.o. B.10.).

Het Grondwettelijk Hof lijkt daarbij, in tegenstelling tot zijn eerdere rechtspraak⁴⁹, nu wél degelijk rekening te houden met het gebrek aan kennis over het niet-genetische vaderschap in hoofde van de juridische vader.⁵⁰

C. Beoordeling van het arrest

30. Hoewel de prejudiciële vraag gesteld werd in de specifieke context van een betwisting van vaderschap ingesteld door de man die op basis van de vaderschapsregel juridisch vader is van een kind waarvan hij na de breuk met de moeder verneemt niet de genetische vader te zijn, maakt het Grondwettelijk Hof in zijn *dictum* geen enkele nuance. Het Hof zegt zeer algemeen dat artikel 318, § 1 BW artikel 22 Gw. schendt in zoverre het een grond van niet-ontvankelijkheid instelt voor de vordering tot betwisting van het vaderschap indien het kind bezit van staat heeft t.a.v. de echtgenoot van de moeder; dit antwoord reikt dan ook veel verder dan voor de rechter die de prejudiciële vraag stelde, nodig was om het geschil ten gronde te kunnen beslechten.

Artikel 318 BW laat de betwisting van het vaderschap ook toe door de moeder, door het kind zelf en door de man die voorhoudt de genetische vader te zijn. De overwegingen uit het arrest die geleid hebben tot de vaststelling van de ongrondwettigheid zijn nochtans niet zomaar transposeerbaar op andere hypothesen van betwisting van het vaderschap van de echtgenoot, in het bijzonder niet indien de genetische vader tegen het door bezit van staat bevestigde vaderschap opkomt tegen de wil in van de moeder en haar echtgenoot, alsook indien het kind zelf tegen dit door bezit van staat bevestigde vaderschap van zijn vader opkomt, vanaf 12 jaar hiertoe vertegenwoordigd door een aangeduide voogd *ad hoc*, of vanaf 18 jaar in eigen naam (art. 318, § 2, eerste lid BW).⁵¹

D. Gevolgen voor de rechtspraak

31. Vermits het Grondwettelijk Hof oordeelde dat artikel 318, § 1 BW strijdig is met artikel 22 Gw. in samenhang gelezen met artikel 8 EVRM in zoverre de vordering tot betwisting van vaderschap niet ontvankelijk is indien het bezit van staat heeft ten aanzien van de echtgenoot van de moeder, kan het niet meer

⁴⁹ Arbitragehof 21 december 2000, nr. 138/2000 en Arbitragehof 12 juli 2001, nr. 95/2001. Zie G. VERSCHULDEN, "De wettelijke termijnregeling voor de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot geconfronteerd met het gelijkheidsbeginsel" (noot onder Arbitragehof 21 december 2000), *TBBR* 2001, (362) 370-371, nr. 22.

⁵⁰ T. WUYTS, *l.c.*, 70, nr. 19 *in fine*.

⁵¹ Bij een vordering tot betwisting uitgaande van de moeder is de vraag eerder theoretisch, nu de moeder de vordering dient in te stellen binnen het jaar na de geboorte (art. 318, § 2 BW) en aangenomen wordt dat er op dat tijdstip nog geen deugdelijk bezit van staat t.a.v. de echtgenoot ontstaan kan zijn.

ten volle door de hoven en rechtbanken worden toegepast. De hoven en rechtbanken mogen in het licht van dit arrest een vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot niet langer onontvankelijk verklaren op grond dat het kind deugdelijk bezit van staat heeft t.a.v. de (ex-)echtgenoot van de moeder. De enige uitweg is dan dat, minstens in de hypothese dat het de juridische vader zelf is die zijn vaderschap betwist, de vordering toch onontvankelijk verklaard wordt, ook al is er deugdelijk bezit van staat voorhanden.⁵²

Voorts is er in het arrest van 3 februari 2011 geen aanwijzing te vinden dat de hoven en rechtbanken voortaan bij de beoordeling van een vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot rekening zouden kunnen houden met het belang van het kind bij het behoud dan wel het verbreken van zijn vaderlijke afstammingsband.⁵³

32. De rechter die de stelling van het Grondwettelijk Hof toch in vraag wenst te stellen, is er toe gehouden opnieuw een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof te stellen (art. 26, § 2 Bijz. Wet Grondwettelijk Hof). Gelet op de vele onduidelijkheden inzake de draagwijdte, lijkt het er op dat dit niet het laatste arrest was dat verband houdt met artikel 318, § 1 BW.⁵⁴ Er is zeker ruimte om een nieuwe prejudiciële vraag te stellen in de situatie waarin de eiser in betwisting van het vaderschap de (beweerde) genetische vader is en de echtgenoot en/of de moeder zich tegen de betwisting verzetten, nu zoals gezegd de overwegingen die het Grondwettelijk Hof in het arrest van 3 februari 2011 vooropstelt niet zomaar getransponeerd kunnen worden naar dergelijke casus.⁵⁵

33. Het is te verwachten dat dit arrest zal zorgen voor een toename van het aantal gerechtelijke procedures. Het deugdelijke bezit van staat vormt immers geen rem meer op de betwisting van een op basis van het huwelijk vaststaand vaderschap. De enige rem die blijft bestaan is de vervaltermijn van één jaar die voor de juridische vader en voor de man die het vaderschap opeist evenwel pas start op het ogenblik dat hij ontdekt niet *resp.* wél de genetische vader te zijn (art. 318, § 2, eerste lid BW). Bijgevolg kan een vader die na 10, 15, 20 jaar verneemt dat hij zijn zoon of dochter die hij tot dan toe liefdevol en met veel inzet heeft onderhouden en opgevoed, voortaan binnen het jaar van die ontdekking zijn vaderschap in rechte betwisten.

Verder kan het kind dat weet dat zijn juridische vader – die hem misschien tot dan met veel affectie en inzet heeft opgevoed – niet zijn genetische vader is, voortaan tot zijn 22^{ste} verjaardag dit vaderschap in rechte nog betwisten, en als het maar later verneemt dat zijn juridische vader niet zijn genetische vader is,

52 T. WUYTS, *l.c.*, 73, nr. 25; P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 13^{de} uitg. 2011, nr. 634-3, p. 257.

53 Zie daarover uitgebreid: N. GALLUS, *l.c.*, 78-79; T. WUYTS, *l.c.*, 70-72, nr. 20.

54 Vgl. G. VERSCHULDEN, “Betwisting huwelijks vaderschap niet langer ontoelaatbaar bij bezit van staat”, *Juristenkrant* 23 februari 2011, afl. 224, 3 die spreekt over een ‘vloedgolf’.

55 T. WUYTS, *l.c.*, 73, nr. 26.

ook nog binnen het jaar na deze ontdekking (wat deze termijn betreft, zie ook *infra* nrs. 35-42).

Dit arrest opent op die manier ongetwijfeld de doos van Pandora en brengt veel ongerustheid met zich mee zowel voor (voorheen) gehuwde vrouwen over wat komen kan, als voor (voorheen) gehuwde mannen die ervan op de hoogte zijn dat zij niet de genetische vader zijn en een mogelijk initiatief van hun kind vrezes.⁵⁶

34. Dit arrest kan ook gevolgen hebben voor de betwisting van de vaderlijke *erkenning*, aangezien deugdelijk bezit van staat ook daar een absolute grond tot niet-ontvankelijkheid van de betwistingsvordering is (art. 330, § 1, eerste lid BW).⁵⁷ De rechtspositie van een man die de vader is op grond van de vaderschapsregel, en een man die vader geworden is op basis van een erkenning, is evenwel niet volledig dezelfde. Hetzelfde geldt *mutatis mutandis* bij de betwisting van de afstamming langs moederszijde (art. 312, § 2 BW).

Indien het geval zich voordoet, is er reden om dienaangaande een nieuwe prejudiciële vraag te richten aan het Grondwettelijk Hof, aangezien het Hof in het arrest van 3 februari 2011 enkel uitspraak heeft gedaan over de verenigbaarheid van artikel 318, § 1 BW met artikel 22 Gw. en geenszins over de verenigbaarheid van artikel 330, § 1, eerste lid BW of artikel 312, § 2 BW met voornoemde grondwetsbepaling.⁵⁸

Voor de vaderlijke erkenning zullen de gevolgen van een eventuele vaststelling van onverenigbaarheid met het recht op privéleven evenwel minder drastisch zijn, gelet op de veel beperktere mogelijkheden om een betwisting van een vaderlijke erkenning te voeren dan een betwisting van het vaderschap van de echtgenoot.

§4. Het arrest van 31 mei 2011⁵⁹

A. De wettelijke regeling

35. Overeenkomstig artikel 318, § 2, eerste lid BW moet de vordering van het kind dat het vaderschap van de echtgenoot wil betwisten, op zijn vroegst worden ingesteld op de dag waarop het de leeftijd van 12 jaar heeft bereikt, en uiterlijk op de dag waarop het de leeftijd van 22 jaar heeft bereikt of binnen één jaar na de ontdekking van het feit dat de echtgenoot van zijn moeder niet zijn genetische vader is.

⁵⁶ T. WUYTS, *l.c.*, 74, nr. 26.

⁵⁷ G. VERSCHULDEN, "Betwisting huwelijks vaderschap niet langer ontoelaatbaar bij bezit van staat", *Juristenkrant* 23 februari 2011, afl. 224, 3; T. WUYTS, *l.c.*, 74, nr. 27.

⁵⁸ Het Hof van Cassatie aanvaardt de analoge toepassing door hoven en rechtbanken van prejudiciële arresten van het Grondwettelijk Hof niet, zie Cass. 24 januari 2011, A.R.C.09.0635.N.

⁵⁹ GwH 31 mei 2011, nr. 96/2011, *T.Fam.* 2011, 214, noot A. QUIRYNEN.

B. Analyse van het arrest

36. Een kind, inmiddels meerderjarig⁶⁰, wenste de afstammingsband te betwisten tussen hem en de man met wie zijn moeder gehuwd was op het moment van zijn geboorte. De grond van ontoelaatbaarheid van bezit van staat (zie *supra* nr. 22) speelde niet, nu zijn ouders onmiddellijk na de geboorte gescheiden leefden – in 1972 gevolgd door een echtscheiding – en de vader zich sindsdien niet meer om het kind bekommerde. Ondertussen was de juridische vader overleden en liet het kind een genetische analyse uitvoeren waaruit het genetische vaderschap van een andere man bleek.

Hoewel de resultaten van de genetische analyse reeds bekend waren op 10 augustus 2000, wachtte het kind met het instellen van zijn betwistingsvordering tot 24 februari 2010, hetzij 8½ jaar.

In een eerste prejudiciële vraag wordt het Grondwettelijk Hof verzocht zich uit te spreken over de verenigbaarheid van artikel 318, § 2 BW met de artikelen 10, 11 en 22 Gw., in samenhang gelezen met de artikelen 8 en 14 EVRM, in zoverre die bepaling tot gevolg zou hebben een kind te beletten op te komen tegen zijn afstamming van vaderszijde die juridisch is vastgesteld, terwijl geen enkel concreet en daadwerkelijk belang die inmenging zou verantwoorden (r.o. B.1.1.). In een tweede vraag wordt het Hof verzocht zich uit te spreken over dezelfde bepaling, alsook over artikel 331*ter* BW, in zoverre die bepalingen een discriminatie in het leven zouden roepen tussen de personen die zijn geboren binnen het huwelijk en diegenen die zijn geboren buiten het huwelijk, aangezien de eersten over een termijn van 22 jaar⁶¹ beschikken om het vaderschap dat is vastgesteld ten aanzien van de echtgenoot van de moeder te betwisten, of van één jaar te rekenen vanaf de ontdekking van het feit dat de echtgenoot niet de vader van het kind is, terwijl de tweeden over een termijn van 48 jaar beschikken (r.o. B.1.2.).

In de eerste vraag werd gewag gemaakt van de eventuele schending van het beginsel van gelijkheid en non-discriminatie verankerd in de artikelen 10 en 11 Gw en van de bescherming van het privéleven, gewaarborgd door artikel 22 Gw., in samenhang gelezen met de artikelen 8 en 14 EVRM. Die vraag beoogde de personen die, met toepassing van artikel 318, § 2 BW, in de onmogelijkheid zijn om op te komen tegen hun juridisch vastgestelde afstamming. Alleen in de tweede prejudiciële vraag werd evenwel aangegeven ten opzichte van welke categorieën van personen de categorieën bedoeld in de eerste vraag

⁶⁰ Uit de weergave van de feiten in het arrest kan worden afgeleid dat het kind *in casu* 39 à 40 jaar was toen het op 24 februari 2010 de vordering inleidde. Het diende zich dan ook op de bijkomende termijn te beroepen.

⁶¹ Het ware nauwkeuriger geweest te spreken over een termijn van 10 jaar. Tijdens zijn minderjarigheid wordt het kind wel vertegenwoordigd door een voogd *ad hoc* (zie artikel 331*sexies* BW), maar vóór zijn twaalf jaar kan niemand namens het kind de vordering instellen, zie P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 13^{de} uitg. 2011, 260, nr. 642.

moeten worden vergeleken. Beide vragen dienden derhalve samen te worden onderzocht (r.o. B.1.3.).⁶²

37. Overgangsrechtelijk rijst in deze casus evenwel de vraag of een kind dat, zoals hier, vóór 1 juli 2007 reeds ouder was dan 22 jaar – en wiens vorderingsrecht dus op grond van het oude recht reeds vervallen was – op het ogenblik van de inwerkingtreding van het nieuwe recht al dan niet gerechtigd wordt het vaderschap van de echtgenoot van zijn moeder te betwisten op basis van het gewijzigde – en voor hem gunstigere – vertrekpunt van de termijn, namelijk het tijdstip waarop hij ontdekt heeft dat zijn juridische vader niet zijn genetische vader is. Bij gebreke van bijzondere overgangsbepaling dient er voor die hypothese teruggesproken te worden naar de basisregel dat bij gebreke van andersluidende overgangsrechtelijke bepalingen, de afstammingsrelaties die definitief gevestigd waren onder gelding van het oude afstammingsrecht, onaanvechtbaar blijven onder de nieuwe wet, ook al stelt die bijkomende mogelijkheden tot betwisting ervan ter beschikking. Zoniet zou aan de nieuwe wet een – verboden (artikel 2 BW) – retroactieve werking worden toegekend.⁶³

Een kind dat op 1 juli 2007 reeds 22 jaar was (dus geboren is vóór 1 juli 1985), kan derhalve *geen* vordering tot betwisting van het vaderschap van de echtgenoot meer instellen, zelfs niet ingeval zou blijken dat het minder dan een jaar vóór de inwerkingtreding van de nieuwe wet of zelfs na 1 juli 2007 kennis had gekregen van het feit dat de echtgenoot van zijn moeder niet zijn biologische vader is.⁶⁴ Het kind had dus bij toepassing van het oude recht (en bij gebrek aan bijzondere overgangsbepaling) slechts een theoretisch en illusoir recht van betwisting (zie *supra* nr. 29 en *infra* nr. 40). De bodemrechter had voorafgaandelijk dienen te onderzoeken welke wet overgangsrechtelijk op de casus van toepassing was, in plaats van zomaar de nieuwe wet (nieuw art. 318, § 2 BW)

⁶² Op die manier ‘redt’ het Grondwettelijk Hof de eerste prejudiciële vraag m.b.t. het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel van onontvankelijkheid, zie A. RASSON-ROLAND en J. SOSSON, “Coups de tonnerre constitutionnels dans la filiation: l’article 318 du Code civil dans la tourmente...”, *RTDF* 2011, (581) 606 en 608, resp. nr. 14 en 15. Formeel beantwoordt het Hof de vraag naar de verenigbaarheid met de artikelen 10 en 11 Gw. (in samenhang gelezen met art. 14 EVRM) door te overwegen dat “op discriminerende wijze” afbreuk wordt gedaan aan het recht op eerbiediging van het privéleven (r.o. B.14.), inhoudelijk wordt echter niet verder ingegaan op het verschil in behandeling tussen kinderen geboren binnen en buiten het huwelijk.

⁶³ I. SAMOY, “Aspecten van het nieuwe afstammingsrecht, met bijzondere aandacht voor het overgangsrecht”, *l.c.*, 66, nr. 24; P. SENAËVE, “De vaderlijke afstamming binnen het huwelijk” in P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHELDEN (eds.), *De hervorming van het afstammingsrecht. Commentaar op de Wetten van 1 juli 2006, 27 december 2006 en 6 juli 2007*, Antwerpen, Intersentia, 2007, (9) 68-69, nrs. 136-139 en P. SENAËVE, “De hervorming van het afstammingsrecht door de Wetten van 1 juli 2006 en van 27 december 2006 (deel I)”, *T.Fam.* 2007, (62) 79-80, nr. 79.

⁶⁴ P. SENAËVE, “De vaderlijke afstamming binnen het huwelijk” in P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHELDEN (eds.), *De hervorming van het afstammingsrecht. Commentaar op de Wetten van 1 juli 2006, 27 december 2006 en 6 juli 2007*, Antwerpen, Intersentia, 2007, (9) 70, nr. 142 en G. VERSCHELDEN, *De nieuwe afstammingswetgeving*, Mechelen, Kluwer, 2007, 17, nr. 30.

in zijn beoordeling te betrekken. Het kwam evenwel niet aan het Grondwettelijk Hof toe dat op te werpen, aangezien het Hof de prejudiciële vraag dient te beantwoorden zonder na te gaan of de rechter die ze stelt, zich vergist aangaande de toepasselijkheid van de bevraagde (nieuwe) norm in de concrete (oude) casus.⁶⁵ Eén en ander is des te meer bevreemdend, nu zelfs onder het nieuwe recht de vordering al lang verjaard was, nu ze werd ingesteld op een tijdstip dat het kind ouder was dan 22 jaar en meer dan één jaar na de ontdekking van het niet-genetische vaderschap van de juridische vader.

38. Beide prejudiciële vragen samen behandelen (zie *supra* nr. 36), betekende concreet dat het Grondwettelijk Hof diende na te gaan of artikel 318, § 2 BW niet op discriminerende wijze afbreuk doet aan het recht op eerbiediging van het privéleven van het kind dat, bij ontstentenis van bezit van staat, het vaderschap wil betwisten dat is vastgesteld ten aanzien van de echtgenoot van zijn moeder en daarin belet wordt door het verstrijken van de termijnen die in artikel 318, § 2 BW worden bepaald (r.o. B.7.). Het hof besluit dat in deze hypothese artikel 318, § 2 BW de artikelen 10, 11 en 22 Gw. schendt, in samenhang gelezen met de artikelen 8 en 14 EVRM.

39. Het Grondwettelijk Hof overweegt ongenueanceerd dat op discriminerende wijze afbreuk gedaan wordt aan het recht op eerbiediging van het privéleven van het kind als *“een kind het vermoeden van vaderschap dat is vastgesteld ten aanzien van de echtgenoot van zijn moeder niet meer kan betwisten na de leeftijd van 22 jaar of na het jaar te rekenen vanaf de ontdekking van het feit dat diegene die de echtgenoot van zijn moeder was, niet zijn vader is, terwijl dat vermoeden met geen enkele biologische, noch socio-affectieve realiteit overeenstemt”* (r.o. B.14.). In de voorgaande overweging had het Hof nochtans – zoals in zijn arrest van 3 februari 2011 (*supra* nr. 28) – geponoerd dat de rust der families en de rechtszekerheid van de familiale banden, enerzijds, en het belang van het kind, anderzijds, legitieme doelstellingen zijn die een onbeperkte mogelijkheid tot betwisting van het vaderschap kunnen verhinderen (r.o. B.13.). Aldus lijkt het Hof te willen aangeven dat, hoewel vervaltermijnen die het instellen van een betwistingsvordering maar beperkt in de tijd mogelijk maken, een geoorloofde overheidsinmenging in het privéleven kunnen uitmaken, de termijn voor het kind vervat in artikel 318, § 2 BW een onevenredig middel vormt, daar *“[het] door de korte verjaringstermijn zou kunnen dat dat kind niet meer beschikt over de mogelijkheid om zich tot een rechter te wenden die rekening kan houden met de vaststaande feiten, alsook met het belang van alle betrokken partijen, zonder dat een en ander kan worden verantwoord door de zorg om de rust der families te bewaren terwijl de familiale banden te dezen onbestaande zijn”* (vervolg r.o. B.14.). Van ‘rust der families’ kan inderdaad in voorliggende feitenconstellatie geen sprake zijn, omdat er nu eenmaal nooit een familie langs vaderszijde is geweest.

⁶⁵ Juridische vergissingen door de verwijzende rechter kunnen worden rechtgezet door het aanwenden van rechtsmiddelen, maar niet door het Grondwettelijk Hof, dat geen beroepsinstantie is, zie J. SMETS, “De verhouding van het Arbitragehof tot de verwijzende rechter in het prejudiciële contentieux”, *TBP* 2005, (227) 229, nr. 5.

Het is wel opmerkelijk dat in laatstgenoemde zinsnede de doelstelling van *rechtszekerheid*⁶⁶ ontbreekt, alsof die plots niet meer meetelt.

C. Beoordeling van het arrest

40. De *Shofman*-doctrine van het EHRM⁶⁷ impliceert de onverenigbaarheid met artikel 8 EVRM van een – zoals onder het oude afstammingsrecht – theoretisch en illusoir betwistingsrecht.⁶⁸ Uit het arrest-*Kroon* (*supra* nr. 27) volgde de regel dat daadwerkelijk respect voor het privé-, gezins- en familieleven vereist dat de genetische en sociale werkelijkheid de bovenhand halen op een wettelijk vermoeden wanneer dat ingaat tegen zowel de vastgestelde feiten als de wensen van alle betrokken partijen, zonder dat daar iemand bij gebaat is.⁶⁹

In het arrest-*Phinikaridou* nuanceerde het EHRM dit door er op te wijzen dat er een onderscheid gemaakt moet worden tussen zaken waarin de verzoeker niet de gelegenheid had om kennis te hebben van de feiten, en zaken waarin de verzoeker met zekerheid wist of gronden had om aan te nemen wie de vader is maar om redenen die geen verband houden met het recht, geen stappen ondernam binnen de vooropgestelde vervaltermijn.⁷⁰ Het huidige Belgische af-

66 Zie het belang daarvan in C. CASTELEIN en T. WUYTS, “Erft het naaste bloed het goed? Over bloed, afstamming en erfrecht” (noot onder GwH 7 november 2007), *T.Fam.* 2008, (46) 53 en 55-56, resp. nr. 16 en nrs. 23-24.

67 EHRM 24 november 2005, *Shofman t./ Rusland*, nr. 74826/01, §§ 43 en 45; in dezelfde zin EHRM 12 januari 2006, *Mizzi t./ Malta*, nr. 26111/02, §§ 112 en 114; 10 oktober 2006, *Paulik t./ Slovakije*, nr. 10699/05, §§ 45 en 47 en 9 november 2006, *Tavli t./ Turkije*, nr. 11449/02, §§ 34 en 36 en recenter EHRM 6 juli 2010, *Backlund t./ Finland*, nr. 36498/05, § 55.

68 Zie hierover (m.b.t. het vorderingsrecht van de echtgenoot) P. SENAËVE, “Materieelrechtelijke problemen in het nieuwe afstammingsrecht” in P. SENAËVE (ed.), *Vijf jaar toepassing van het nieuwe afstammingsrecht*, Leuven, Acco, 1993, (19) 50, nr. 67; C. CASTELEIN en T. WUYTS, “Erft het naaste bloed het goed? Over bloed, afstamming en erfrecht” (noot onder GwH 7 november 2007), *T.Fam.* 2008, (46) 53-54, nr. 19; F. SWENNEN, “Privéleven is personenrecht is familie-recht”, *RW* 2011-12, (41) 44, nr. 8; G. VERSCHULDEN, “Naar een nieuwe vervaltermijn voor de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot” (noot onder EHRM 24 november 2005), *TJK* 2006, (153) 155-156, nrs. 9 en 10; T. WUYTS, “Het bezit van staat als absolute grond van niet-ontvankelijkheid bij betwisting van de afstamming strijdig met het recht op eerbiediging van het privéleven” (noot onder GwH 3 februari 2011), *T.Fam.* 2011, (64) 70, nr. 19 en uitvoerig T. WUYTS, “De termijn voor de betwisting van het vaderschap door de (ex-)echtgenoot herbekken” (noot onder Rb. Leuven 12 december 2005), *RW* 2006-07, (528) 530, nr. 4. Dezelfde redenering gaat ook op voor het betwistingsrecht in hoofde van de kinderen, zie C. CASTELEIN en T. WUYTS, “Erft het naaste bloed het goed? Over bloed, afstamming en erfrecht”, *l.c.*, 54, nr. 20.

69 EHRM 27 oktober 1994, *Kroon e.a. t./ Nederland*, nr. 18535/91, § 40. Het Grondwettelijk Hof lijkt er *in casu* van uit te gaan dat alle private belangen in het geding gelijklopend zijn (zie r.o. B.14. *in fine*).

70 EHRM 20 december 2007, *Phinikaridou t./ Cyprus*, nr. 23890/02, § 63; in dezelfde zin EHRM 19 oktober 1999 (ontvankelijkheidsbeslissing), *Yildirim t./ Oosten-*

stammingsrecht kan in het licht van die rechtspraak bezwaarlijk discriminerend en strijdig met het recht op privéleven worden geacht: het kind heeft immers onder het nieuwe artikel 318, § 2 BW de mogelijkheid om nog een betwistingsvordering in te stellen binnen het jaar na de ontdekking van het feit dat de echtgenoot niet de vader is. Het EHRM heeft enkel moeite met *absolute* vervaltermijnen zonder flexibel beginpunt, omdat het dan louter door het recht is dat een juridische situatie strijdig is met de biologische en socio-affectieve werkelijkheid.

Aldus kan geconcludeerd worden dat een regel van het afstammingsrecht niet alleen foutief toegepast werd door de bodemrechter, maar ook nog eens onterecht ongrondwettelijk werd bevonden. Het lijkt er namelijk op dat het Grondwettelijk Hof *in casu* integraal teruggrijpt naar de *Kroon*-rechtspraak, maar zonder daarbij voor ogen te houden dat het in het arrest-*Kroon* niet de houding van de partijen was die ertoe leidde dat de vordering tot betwisting niet (meer) ingesteld kon worden, maar louter de wetgeving zelf (zie *supra* nr. 27).

D. Gevolgen voor de rechtspraak

41. De hoven en rechtbanken mogen voortaan de vordering tot betwisting van het huwelijkse vaderschap die uitgaat van het kind bij afwezigheid van genetische en van socio-affectieve werkelijkheid niet meer onontvankelijk verklaren op grond dat de in de wet bepaalde vervaltermijn reeds verstreken is. Aldus zou zelfs een betwistingsvordering die, zoals *in casu*, tien jaar of meer na de ontdekking van de afwezigheid van genetisch vaderschap wordt ingesteld, nog ontvankelijk verklaard moeten worden.⁷¹

In het arrest vindt het Grondwettelijk Hof niet (enkel) het vertrekpunt van de termijn problematisch, maar ook de duurtijd ervan (zie het in r.o. B.14. gehanteerde begrip “*korte verjaringstermijn*”).⁷² Daarop besluiten tot de onverjaarbaarheid⁷³ van de vordering *ex* artikel 318 BW is nochtans te radicaal, nu het Hof ook overweegt dat “*het vaststellen van een verjaringstermijn voor het instellen van een vordering tot onderzoek naar het vaderschap kan worden verantwoord door de zorg om de rechtszekerheid en een definitief karakter van de familiale relaties te waarborgen*” (r.o. B.12.).

rijk, nr. 34308/96 en 28 november 1984, *Rasmussen t./ Denemarken*, nr. 8777/79, §§ 8 en 10.

71 In dezelfde zin A. RASSON-ROLAND en J. SOSSON, “Coups de tonnerre constitutionnels dans la filiation: l’article 318 du Code civil dans la tourmente...”, *RTDF* 2011, (581) 611, nr. 18.

72 Vgl. A. RASSON-ROLAND en J. SOSSON, “Coups de tonnerre constitutionnels dans la filiation: l’article 318 du Code civil dans la tourmente...”, *RTDF* 2011, (581) 611, nr. 18; vgl. M. VERHOEVEN, “Termijn betwisting vaderschapsvermoeden is discriminerend”, *Juristenkrant* 15 juni 2011, afl. 231, (4) 5.

73 Voor een pleidooi tot onverjaarbaarheid, zie J.L. RENCHON, “Note relative au projet de loi en matière de filiation” in N. GALLUS en D. CARRÉ, *La nouvelle loi sur la filiation*, Waterloo, Kluwer, 2007, (418) 427-428.

Er zou bijgevolg verdedigd kunnen worden dat voortaan de dertigjarige termijn van artikel 331ter BW van toepassing is ook op deze betwistingsvordering.⁷⁴ Het gaat dan om een *verjarings*stermijn, die t.a.v. het kind zelf tijdens zijn minderjarigheid wordt geschorst (art. 331ter, 1^e lid *jo.* art. 2252 BW), zodat het kind dat nooit bezit van staat heeft gehad, de betwistingsvordering kan instellen tot zijn 48^{ste} verjaardag.

Een andere stelling geeft er de voorkeur aan om de éénjarige termijn uit artikel 318, § 2, eerste lid BW als uitgangspunt te handhaven. Blijkt uit de concrete omstandigheden van de zaak dat de laattijdigheid niet te wijten is aan de houding van de eiser, dan – en enkel dan – zou het mogelijk zijn de vordering alsnog ontvankelijk te verklaren.⁷⁵ In essentie lijkt het Hof immers nog meer te struikelen over het *absolute* karakter dan over de ‘korte’ duurtijd van de betwistingstermijn.⁷⁶

42. Het Grondwettelijk Hof is – gelukkig – zo voorzichtig geweest zijn *dictum* te beperken tot de bijzondere hypothese waarin het juridische vaderschap van de echtgenoot overeenstemt noch met de genetische, noch met de socio-affectieve waarheid (verwijzing naar r.o. B.7.)⁷⁷.

Door deze verwijzing naar rechtsoverweging B.7 beperkt het de vastgestelde schending van de Grondwet tot de hypothese dat het kind het vaderschap van de echtgenoot van zijn moeder wil betwisten, zonder zich uit te spreken over de hypothesen waarin andere titularissen dan het kind dit vaderschap willen be-

⁷⁴ In die zin P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 13^{de} uitg. 2011, 259-260, nr. 641-2 en A. RASSON-ROLAND en J. SOSSON, “Coups de tonnerre constitutionnels dans la filiation: l’article 318 du Code civil dans la tourmente...”, *RTDF* 2011, (581) 611, nr. 18; vgl. M. VERHOEVEN, “Termijn betwisting vaderschapsvermoeden is discriminerend”, *Juristenkrant* 15 juni 2011, afl. 231, (4) 5.

⁷⁵ Hetgeen dus neerkomt op een soepele interpretatie van overmacht, iets waar de feitenrechtlers zich ook vóór het arrest van 31 mei 2011 op konden beroepen. Vgl. F. SWENNEN, “Privéleven is personenrecht is familierecht”, *RW* 2011-12, (41) 44, nr. 8. Een uitzonderlijke omstandigheid op basis waarvan over een principiële vervaltermijn heen *kan* worden gestapt om een vordering – uitgaande van de juridische vader – ontvankelijk te verklaren, is er volgens SWENNEN als enerzijds het kind de betrokken vader niet meer nodig heeft, en anderzijds de vader kan aantonen dat hij de werkelijkheid slechts buiten de termijn ontdekte en kon ontdekken; wordt – zoals *in casu* – de vordering ingesteld door het kind zelf, dan is die eerste voorwaarde per definitie vervuld.

⁷⁶ Vgl. N. MASSAGER, “La prophétie de Gerlo. Réflexion à propos des derniers arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation”, *Act.dr.fam.* 2011, (130) 131: “Pour la Cour, ‘il est interdit d’interdire’ à tout individu de porter sa demande en justice” en 137; vgl. A. RASSON-ROLAND en J. SOSSON, “Coups de tonnerre constitutionnels dans la filiation: l’article 318 du Code civil dans la tourmente...”, *RTDF* 2011, (581) 612, nr. 19.

⁷⁷ MASSAGER spreekt over “*le cas de la coquille vide*”, zie N. MASSAGER, “La prophétie de Gerlo. Réflexion à propos des derniers arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation”, *Act.dr.fam.* 2011, (130) 136-137.

twisten.⁷⁸ In de hypothese dat een andere titularis de vordering inleidt en er een probleem rijst naar de grondwettigheid van de in artikel 318, § 2, eerste lid BW vooropgestelde vervaltermijn, dient de feitenrechter een nieuwe prejudiciële vraag te richten aan het Grondwettelijk Hof toegespitst op de voorliggende titularis van de vordering.⁷⁹

III. Ten uitgeleide

43. Wie gedacht (en/of gehoopt) had dat met de Afstammingswet 2006 de rust in het domein van vestiging en betwisting van afstammingsrelaties was teruggekeerd, is bedrogen uitgekomen. Vier arresten heeft het Grondwettelijk Hof m.b.t. de Afstammingswet 2006 reeds geveld, en viermaal is het tot de conclusie gekomen dat de bevroegde wetsbepaling onverenigbaar is met de Grondwet. Nieuwe prejudiciële vragen zijn hangende, ook m.b.t. de adoptiewetgeving:

- naar de schending door artikel 325 BW van de artikelen 10 en 11 Gw. in samenlezing met artikelen 8 en 14 EVRM en met artikelen 3.1 en 7.1 IVRK⁸⁰;
- naar de schending door artikel 143, tweede lid BW van de artikelen 10, 11, 22 en 22bis Gw. en, *inzake adoptie*, naar de schending door artikel 348-3 en 348-11 BW van de artikelen 10, 11 en 22 Gw., al dan niet in samenlezing met artikelen 8 en 14 EVRM⁸¹;
- *inzake adoptie*, naar de schending door art. 343, § 1, b) BW van de artikelen 10, 11, 22 en 22bis Gw. en artikel 8 EVRM en art. 21 IVRK, en in voorkomend geval naar de schending door de artikelen 356-1 en 356-2 BW van dezelfde bepalingen⁸²;
- naar de schending door artikel 332quinquies, § 2, eerste lid BW van de artikelen 10 en 11 Gw.⁸³

44. Waar oorspronkelijk enkel de toetsing met het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel en discriminatieverbod gemaakt kon worden, wordt, sinds de wijziging door de Bijz. wet van 9 maart 2003 van de Bijz. Wet Grondwettelijk Hof, meer en meer ook de toetsing aan art. 22 Gw. gemaakt (bescherming van het privéleven en van het familieleven), met een nog grotere kans op een vaststelling van een schending van de Grondwet.

⁷⁸ Standpunt van P. SENAËVE; zie P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 13^{de} uitg. 2011, nrs. 641-1 – 641-2; zie evenwel anders: A. QUIRYNEN, *l.c.*, 222-223, nrs. 24-27.

⁷⁹ A. RASSON-ROLAND en J. SOSSON, “Coups de tonnerre constitutionnels dans la filiation: l’article 318 du Code civil dans la tourmente...”, *RTDF* 2011, (581) 609, nr. 16.

⁸⁰ Rb. Hoei 29 september 2011, rol GwH nr. 5216, *BS* 22 november 2011, 69183.

⁸¹ Jeugdrrb. Luik 14 november 2011, rol GwH nr. 5252.

⁸² Jeugdrrb. Leuven 22 november 2011, rol GwH nr. 5261.

⁸³ Rb. Leuven 2 januari 2012, rol GwH nr. 5296.

45. De vraag rijst of het Grondwettelijk Hof wel steeds voldoende zicht heeft op alle gevolgen van zijn sanctionerende arresten voor andere bepalingen van het afstammingsrecht en zelfs op andere casussen waarin de strijdig met de Grondwet verklaarde bepaling moet worden toegepast. Als het niet voorzien in een rechterlijk toetsingsrecht ingeval de genetische vader zijn kind gedurende het eerste levensjaar wil erkennen (art. 329*bis*, § 2, 3^{de} lid BW) als een discriminatie beschouwd wordt⁸⁴, verliest men dan niet de discriminatie uit het oog van vaders t.o.v. moeders, ten aanzien van wie geen enkele rechterlijke controle mogelijk is (*supra* nr. 17), en de discriminatie van niet met de moeder gehuwde vaders t.o.v. wél met de moeder gehuwde vaders, die hun vaderschap gevestigd zien op grond van de vaderschapsregel zonder enige rechterlijke toetsing⁸⁵? Als het vooropstellen van het bezit van staat als absolute grond van ontoelaatbaarheid voor de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot (art. 318, § 1 BW) gezien wordt als een schending van het recht op privéleven van de wettelijke vader die naderhand zijn vaderschap wenst uit te schakelen⁸⁶, maakt het dan geen schending uit van het gezins- en familieleven van de moeder en haar echtgenoot (en van het kind) indien de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot op initiatief van de (beweerde) genetische vader toegelaten zou worden ook in het geval het kind deugdelijk bezit van staat heeft t.a.v. de echtgenoot?⁸⁷

In de recente arresten van het Grondwettelijk Hof inzake afstamming wordt op een systematische wijze verwezen naar arresten van het EHRM m.b.t. gelijkaardige kwesties⁸⁸ die als uitgangspunt genomen worden voor de analyse van de verenigbaarheid met dezelfde of gelijkaardige bepalingen in de Grondwet, hetgeen logisch is. Dit verantwoordt evenwel nog geen blinde volgzzaamheid van de Straatsburgse rechtspraak die overigens zelf de laatste jaren meer en meer het voorwerp van kritiek vormt, en niet enkel in het domein van het personen- en familierecht. Hoedanook is het niet aangewezen dat wetgeving inzake personen- en familierecht die misschien maatschappelijk achterhaald is of in bepaalde situaties onwenselijke neveneffecten meebrengt, bijna automatisch wordt gezien als een schending van een mensenrecht. Op die manier wordt immers de notie ‘mensenrechten’ zelf gebanaliseerd.

⁸⁴ GwH 16 december 2010, nr. 144/2010.

⁸⁵ Zie A.-C. RASSON, “Reconnaissance d’un enfant hors mariage: l’intérêt de l’enfant aurait-il vaincu l’égalité? Réflexions à partir de l’arrêt n° 144/2010 de la Cour constitutionnelle », *CDPK* 2011, (47) 59, nr. 23.

⁸⁶ GwH 3 februari 2011, nr. 20/2011.

⁸⁷ Zie T. WUYTS, “Het bezit van staat als absolute grond van niet-ontvankelijkheid bij betwisting van de afstamming strijdig met het recht op eerbiediging van het privéleven” (noot), *T.Fam.* 2011, (64) 72-73, nrs. 23-24.

⁸⁸ Arresten van het EHRM: *Rasmussen* (GwH nr. 20/2011), *Keegan* (GwH nrs. 20/2011, 96/2011 en 122/2011), *Kroon e.a.* (GwH nrs. 20/2011, 96/2011 en 122/2011), *Shofman* (GwH nrs. 20/2011, 96/2011 en 122/2011), *Mizzi* (GwH nrs. 20/2011, 96/2011 en 122/2011), *Grönmark* (GwH nr. 20/2011), *Znamenskaya* (GwH nrs. 20/2011, 96/2011 en 122/2011), *Melis* (GwH nr. 54/2011), *Backlund* (GwH nrs. 96/2011 en 122/2011), *Paulik* (GwH nrs. 96/2011 en 122/2011), *Phinikaridou* (GwH nr. 96/2011) en *Pascaud* (GwH nr. 122/2011).

46. Het wordt nu een delicate taak voor de federale wetgever om andermaal de afstammingswetgeving aan te passen in het licht van de arresten van het Grondwettelijk Hof. Dit wordt best niet *en stoemelings* gedaan zoals werd voorgesteld (maar gelukkig niet aangenomen) in een aantal amendementen bij het wetsvoorstel tot oprichting van een familie- en jeugdrechtbank⁸⁹, maar in het kader van een goed doordacht globaal voorstel. Hierbij staat de wetgever o.m. voor volgende uitdagingen:

- de wetgever zal eens te meer delicate afwegingen moeten maken tussen het recht op kennis van zijn genetische oorsprong, het belang van het kind, de rust der gezinnen, de rechtszekerheid, en het recht op bescherming van het privéleven en van het gezinsleven;
- hij zal bovendien oog moeten hebben op het vermijden van discriminaties (zowel in de zin van het onverantwoord ongelijk behandelen van vergelijkbare categorieën, als in de zin van het onverantwoord gelijk behandelen van onvergelijkbare categorieën) tussen kinderen binnen en buiten het huwelijk geboren, tussen vaders en moeders, tussen afstammingsituaties vóór of kort na de geboorte en sinds lang bestaande situaties, enz.;
- en hij zal een keuze moeten maken tussen het handhaven van min of meer strikte regels met het oog op de rechtszekerheid, dan wel het formuleren van zeer soepele regels waarbij het aan elke rechter wordt overgelaten om de afstammingsgeschillen 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 de moeder.

Wordt vervolgd...

⁸⁹ *Parl.St.* Kamer 2010-11, 52K0682/007, amendement nr. 37 (Brotcorne) [gesubamendeerd] en 52/K/0682/010, amendementen nrs. 93 en 94 (Maingain en Mergem) [ingetrokken].

Tabel – Overzicht van de arresten van het Grondwettelijk Hof inzake afstamming 2010-2011

Datum arrest	Nummer arrest	Met de Gw. strijdig geachte wet	Materie afstammingsrecht	Geschonden grondwets-artikel	Grondwettelijke bescherming
16/12/2010	144/2010	art. 329bis, §2, 3 ^e lid BW	vaderlijke erkenning zonder instemming moeder	10 + 11	gelijkheidsbeginsel + discriminatieverbod
03/02/2011	20/2011	art. 318, §1 BW	betwisting vaderschap vd echtgenoot	22 [i.s.m. art. 8 EVRM]	recht op eerbiediging vh privéleven van wettelijke vaders
06/04/2011	54/2011	art. 330, §1, 4 ^{de} lid BW	betwisting vaderlijke erkenning	10 + 11	gelijkheidsbeginsel + discriminatieverbod
31/05/2011	96/2011	art. 318, § 2 BW	betwisting vaderschap vd echtgenoot	10 + 11 en 22 [i.s.m. art. 8 en art. 14 EVRM]	a) gelijkheidsbeginsel + discriminatieverbod b) recht op eerbiediging vh privéleven van kinderen
07/07/2011	122/2011	art. 323 <i>oud</i> BW [opgeheven bij art. 24, wet van 1 juli 2006]	onderzoek naar het vaderschap [onrechtstreeks ook: betwisting vaderschap vd echtgenoot]	22	recht op eerbiediging vh privéleven van kinderen