OVERZICHT VAN RECHTSPRAAK (1975-1980)

PERSONEN- EN FAMILIERECHT

door

Gustaaf BAETEMAN
Gewoon Hoogleraar
aan de V.U.B.

Johan GERLO
Eerstaanwezend assistent
aan de V.U.B.

INHOUD

DEEL I

STAAT VAN DE PERSOON (1-236)

Hoofdstuk I

STAAT VAN DE PERSOON IN DE GEMEENSCHAP (1-40)

Afdeling 1

Leven en lichaam (1-7)

§ 1. Begin van het menselijk leven (1)
§ 2. Einde van het menselijk leven (2)
§ 3. Bescherming van het menselijk lichaam (3-5)
§ 4. Bescherming van het lijk. Begrafenis en lijkverbranding (6-7) — Lijkopening en lijkafstand (6) — Begrafenis en lijkverbranding (7)

Afdeling 2

Persoonlijkheidsrechten (8-15)

§ 1. Recht op afbeelding (9)
§ 2. Recht op privacy in het algemeen (10)
§ 3. Aantasting van eer en goede naam (11)
§ 4. Bescherming van de stem (12)
§ 5. Briefgeheim (13)
§ 6. Bescherming van naam en adres (14)
§ 7. Wetsontwerp van 8 april 1976 (15)

Afdeling 3

Staat van de persoon (16-40)

§ 1. Vorderingen van staat (16-18)
§ 2. Akten van de burgerlijke stand (19-22)
§ 3. Naam (23-28) — A. Familienaam (23-26) — B. Voornaam (27-28)
§ 4. Woonplaats (29-35)
§ 5. Nationaliteit (36-40)

Hoofstuk II

STAAT VAN DE PERSOON IN DE FAMILIE (41-236)

Afdeling 1

Huwelijk (41-60)

§ 1. Wezen van het huwelijk (41-48) — A. Recht om te huwen (41-43) — B. Concubinaat (44-47) — I. Schenkingen en legaten tussen concubinerenden (44) — II. Schadevergoeding wegens overlijden van de bijzit (45) — III. Vermenging en verdeling van goederen (46) — IV. Recht op privacy (47) — C. Verloving (48)
§ 2. Aangaan van het huwelijk (49-60) — A. Toestemming van de aanstaande echtgenoten zelf (49-51) — B. Toestemming van de ouders (52-54) — C. Wachttermijn (55) — D. Leeftijdsvoorwaarden (56) — E.

Verboden bloed- en aanverwantschap (57) — F. Bigamie (58) — G. Clandestiniteit (59) — H. Putatief huwelijk (60)

Afdeling 2

Echtscheiding (61-173)

§ 1. Echtscheiding op grond van bepaalde feiten (61-136) — A. Gronden (61-65) — I. Overspel (61-64) — II. Grove beledigingen (65) — B. Bewijs (66-72) — I. Getuigenbewijs (66-68) — II. Stukken en brieven (69-70) — III. Bekentenissen (71) — IV. Psychiatrisch onderzoek (72) — C. Procedure (73-97) — I. Algemeen (73-76) — II. Verzoekschrift - nieuwe feiten (77-78) — III. Verschijning in verzoening (79) — IV. Schorsingstermijn (80-81) — V. Tegenvordering (82-85) — VI. Verzet (86) — VII. Beroep (87-94) — VIII. Cassatie (95) — IX. Overschrijving (96) — X. Verzoening (97) — D. Voorlopige maatregelen (98-115) — I. Bevoegdheidsproblemen (98-102) — II. Aard (103-105) — III. Onderhoudsgeld tussen echtgenoten (106-110) — IV. Maatregelen omtrent de kinderen (111-113) — V. Andere voorlopige maatregelen (114-115) — E. Gevolgen (116-136) — I. Persoonlijke gevolgen (116) — II. Patrimoniale gevolgen (117-119) — III. Uitkering na echtscheiding (120-129) — a. Aard (120) — b. Modaliteiten (121-128) — c. Bevoegde rechter (129) — IV. Gevolgen voor de kinderen (130-136) — a. Hoede en bezoekrecht (130-133) — b. Onderhoud (134-136)

§ 2. Echtscheiding op grond van feitelijke scheiding (137-154) — A. Voorwaarden (137-141) — B. Schuldcriterium (142-145) — C. Gevolgen (146-149) — I. Uitkering tot levensonderhoud (146)) — II. Ontbinding van de gemeenschap (147) — III. Lot van de huwelijksvoordelen en contractuele erfstellingen (148) — IV. Kosten (149) — D. Procedure (150-153) — E. Echtscheiding op grond van feitelijke scheiding van meer dan tien jaar, gevolg van de toestand van krankzinnigheid of diepe geestesgestoordheid waarin de andere echtgenoot zich bevindt (154)

§ 3. Echtscheiding door onderlinge toestemming (155-167) — A. Regeling van de wederzijdse rechten (155-158) — B. Voorafgaande overeenkomsten (159-165) — I. Onderhoud van de echtgenoten (159-161) — II. Onderhoud van de kinderen (162-164) — III. Hoede over de kinderen (165) — C. Procedure (166-167)

§ 4. Omzetting van scheiding van tafel en bed (168-173) — A. Voorwaarden (168-169) — B. Gevolgen (170-171) — C. Procedure (172-173)

Afdeling 3

Afstamming (174-192)

§ 1. Algemeen (174)

§ 2. Wettige afstamming en ontkenning van vaderschap (175-182) — A. Bewijs van het wettig moederschap (175) — B. Wettelijke verwekkingsperiode (176) — C. Ontkenning van vaderschap met tegenbewijs (177-178) — D. Ontkenning van vaderschap op eenvoudige verklaring (179) — E. Procedure (180) — F. Gevolgen (181) — G. Ontkenning van vaderschap en kunstmatige inseminatie (182)

§ 3. Natuurlijke afstamming (183-192) — A. Erkenning (183-186) — I. Erkenning van in overspel verwekte kinderen (183) — II. Betwisting (184-185) — III. Gevolgen van de erkenning (186) — B. Wettiging (187-188) — C. Vermoedelijk vaderschap (189-192)

§ 4. Adoptie en wettiging door adoptie (193-208) — A. Voorwaarden (193-197) — B. Vormen (198-201) — C. Gevolgen (202-206) — D. Her-

roeping van de adoptie (207) — E. Pleegvoogdij (208)

Afdeling 4

Ouderlijke plicht en macht (209-236)

§ 1. Ouderlijke plicht (209-224) — A. Verplichting om aan de kinderen kost, onderhoud en opvoeding te verschaffen (209-214) — B. Steunplicht (215-224) — I. Onderhoudsplichtigen (215-217) — II. Procedure (218-222) — III. Verhaalrecht van het O.C.M.W. (223-224)

§ 2. Ouderlijke macht (225-236) — A. Hoederecht (225-227) — B. Bezoekrecht (228-229) — C. Bevoegdheidsproblemen (230) — D. Jeugdbescherming (231-234) — I. Maatregelen t.a.v. de ouders (231) — II. Maatregelen t.a.v. de minderjarigen (232-233) — III. Procedure en bevoegdheid (234) — E. Ouderlijke aansprakelijkheid (235-236)

DEEL II

BEKWAAMHEID EN ONBEKWAMEN (237-266)

Hoofdstuk I

MINDERJARIGEN (237-254)

Afdeling 1

Bekwaamheid (237-243)

Afdeling 2

Wettelijk beheer (244)

Afdeling 3

Voogdij (245-250)

Afdeling 4

Ontvoogding (251-254)

Hoofdstuk II

GEESTESZIEKEN (255-266)

Afdeling 1

Algemeen (255-257)

Afdeling 2

Onbekwaamverklaarden (258-261)

Afdeling 3

Onder gerechtelijk raadsman geplaatsten (262)

Afdeling 4

Gecolloceerden, gesekwestreerden, in een open afdeling opgenomen geesteszieken (263)

Afdeling 5

Verlengd minderjarigen (264-266).

VOORWOORD

Dit overzicht sluit aan bij de vorige (1960-1963 en 1964-1974) die verschenen zijn in het *T.P.R.*, 1964 blz. 2 e.v. en *T.P.R.*, 1975 blz. 329 e.v. We betreuren een grote, onomkeerbare wijziging in de samenstelling van de opeenvolgende ploegen die deze kroniek verzorgen: de sleutelfiguur, de voornaamste co-auteur, mijn collega en vriend Willy DELVA overleed op 7 juli 1980.

Met ons, zullen de lezers voortaan de pertinente beschouwingen moeten ontberen, die Willy DELVA in zijn mooie en rijke taal in het overzicht ter overweging neerschreef voor de rechtspractici. Hem daarin vervoegen is onbegonnen werk: we kunnen alleen trachten dit overzicht, waaraan hij zoveel tijd en zorg besteedde, naar zijn opvattingen voort te zetten als een blijvende hulde aan deze grote jurist.

Een verandering in de inhoud was reeds beslist: de civielrechtelijke gevolgen van het huwelijk en het primair huwelijksstelsel worden besproken in het overzicht van rechtspraak Huwelijksvermogensrecht, dat volgend jaar verschijnt.

In dit overzicht worden de rechtspraak en rechtsleer besproken, gepubliceerd vóór 1 juli 1981.

DEEL I

STAAT VAN DE PERSOON

HOOFDSTUK I

STAAT VAN DE PERSOON IN DE GEMEENSCHAP

AFDELING 1

LEVEN EN LICHAAM

§ 1. Begin van het menselijk leven

1. De persoonlijkheid van de mens begint met de geboorte, niet met de verwekking.

Het is nochtans voldoende verwekt te zijn op het ogenblik van iemands overlijden of van de schenking, om te erven of een schenking te ontvangen, maar alleen op voorwaarde dat men nadien levend en levensvatbaar geboren wordt (art. 725 en 906 B.W.).

Een foetus, ,,doodgeboren kind'', kan niet het voorwerp geweest zijn van een onvrijwillige doding (Corr. Turnhout, 17 november 1961, *R.W.*, 1961-62, 1065; Corr. Tongeren, 8 mei 1973, *R.G.A.R.*, 1973, 9914; Corr. Verviers, 11 april 1978, *Jur. Liège*, 1977-78, 275. Zie Dierkens, R., ,,De biologische mens in het recht'', *T.P.R.*, 1972, 183 e.v.). Maar een foetus, nadien levend en levensvatbaar geboren, kan schadevergoeding bekomen van degene die de dood van zijn vermoedelijke vader veroorzaakte (Rb. Luik, 24 februari 1976, *Jur. Liège*, 1975-76, 235: schadevergoeding voor het overlijden van de verloofde van de moeder).

§ 2. Einde van het menselijk leven

2. De persoonlijkheid van de mens eindigt met het overlijden. Zolang de medische wetenschap geen absoluut criterium heeft gevonden om het juiste ogenblik van het overlijden vast te stellen (en hoe meer de geneeskunde vooruitgaat, hoe minder zeker dit ogenblik schijnt te worden), is het niet wenselijk een wettelijke definitie van de dood te geven, die het gevaar zou lopen snel voorbijgestreefd te zijn (Matthijs, J., ,,Bedenkingen ten behoeve van een transplantatiewet'', *R.W.*, 1971-72, 161 en 209, meer bepaald 220-221. Vgl. Van Till, H.A.H., ,,Doodscriteria'', *T.P.R.*, 1974, 495 e.v.).

Het overlijden wordt vastgesteld door een geneesheer. Het bewijs van het overlijden wordt door de wet enkel vergemakkelijkt door de verplichting op te leggen een akte van overlijden op te maken. Wanneer de volgorde waarin twee of meer personen zijn overleden niet kan worden bepaald, worden die personen geacht gelijktijdig te zijn overleden (art. 721 B.W.). En om erfgenaam of legataris te zijn

moet men de erflater overleven (art. 720 B.W.). De artikels 720 tot 722 B.W. werden in die zin gewijzigd door de wet van 19 september 1977, houdende goedkeuring van de Benelux-overeenkomst inzake commoriëntes, en van de Bijlage, ondertekend te Brussel op 29 december 1972 (Commentaren: Puelinckx-Coene, M., ,,De Benelux-overeenkomst van 29 december 1972 of de nieuwe commoriëntenregeling'', *T.P.R.*, 1978, 43 e.v.; Vanstraelen, I., ,,De nieuwe wetgeving op de commoriëntes'', *T. Not.*, 1978, 361 e.v.; Eeckhoutte, M., ,,La nouvelle théorie des comourants'', *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1978, 297; De Valkeneer, R., ,,La convention Benelux sur les comourants et son annexe'', *Rev. Not. B.*, 1978, 409).

§ 3. Bescherming van het menselijk lichaam

3. Op grond van de onschendbaarheid van zijn lichaam kan een autobestuurder weigeren een bloedafneming te ondergaan. Indien hij evenwel zonder wettige reden weigert, is hij strafbaar (art. 34 van de gecoördineerde wetten op het wegverkeer. K.B. 16 maart 1968, gewijzigd door de wet van 9 juni 1975).

Een bloedafneming mag worden uitgevoerd ook al is degene op wie zij wordt verricht niet in staat daarvoor toestemming te geven, omdat hij bijvoorbeeld dronken is, zijn natuurlijke roes uitslaapt of bewusteloos is. De rechtsgeldigheid van de bloedafneming is immers niet afhankelijk van de toestemming van de persoon van wie het bloedmonster genomen wordt, maar alleen van de afwezigheid van diens weigering. Er is geen vermoeden van weigering. De persoon die de bloedafneming buiten zijn wil ondergaan heeft, behoudt evenwel het recht het bewijs te leveren dat hij op het ogenblik van de bloedproef een wettige weigeringsgrond had: indien hij erin slaagt zulks te bewijzen, dan moet de rechter het resultaat van de ontleding van het afgenomen bloed uit de elementen van aard om zijn overtuiging te vestigen, verwijderen (Antwerpen, 18 maart 1976, *R.W.*, 1975-76, 2371 met noot Vandeplas, A.).

Bij afwezigheid van uitdrukkelijke wettelijke regeling kan een partij in een geding nopens de vaststelling van afstamming niet verplicht worden een bloedonderzoek te ondergaan (Rb. Luik, 25 november 1977, *Jur. Liège*, 1977-78, 219 en Rb. Marche-en-Famenne, 23 februari 1978, *Rev. Rég. Dr.*, 1978, 600 i.v.m. ontkenning van vaderschap; vgl. Brussel, 20 juni 1972, *J.T.*, 1972, 733 i.v.m. onderzoek naar het vaderschap) en kan een echtgenoot bij een echtscheidingsgeding niet gedwongen worden zich te onderwerpen aan een lichamelijk of geestesonderzoek (Cass., 7 maart 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 764 met noot E.K.; *R.W.*, 1974-75, 2236 met opm.; *Pas.*, 1975, I, 692; Rb. Luik, 19 oktober 1978, *J.T.*, 1980, 193; Brussel, 11 september 1973, *Pas.*, 1974, II, 27; Paris, 3 mei 1979, *D.*, 1979, 504 met noot Massip, J.; T.G.I. Corbeil, Réf., 5 april 1972, *D.*, Somm., 1973, 71). De rechtbank kan steeds dergelijk deskundig onderzoek bevelen, voor zover de belanghebbende niet verplicht wordt zich eraan te onderwerpen tegen zijn wil in, en met dien verstande dat de rechtbank als ze het eindvonnis wijst, niet vermag uit die weigering zelf gevolgtrekkingen te maken (Cass., 7 maart 1975, *gecit.*).

Een geneesheer mag niet tot een heelkundig ingrijpen of een behandeling overgaan dan met toestemming van de patiënt. Deze toestemming moet volwaardig zijn: de patiënt moet voorgelicht zijn over de gevolgen van de behandeling of de ingreep. Tegenover het recht op voorlichting van de patiënt staat het zwijgrecht, en zelfs de plicht tot medische verzwijging in het belang van de patiënt, van de geneesheer. De grens tussen beide is soms moeilijk vast te leggen. Gesteld mag worden dat indien een behandeling of ingreep gepaard gaat met grote gevaren, reële risico's, of indien ze een verminking tot gevolg zal hebben, de geneesheer de patiënt daarover moet inlichten; minieme risico's mag hij verzwijgen (Zie i.v.m. het medisch contract: Cass., 4 oktober 1973, *Arr. Cass.*, 1974, 132; *Pas.*, 1974, I, 121; *J.T.*, 1974, 296 met noot Fagnart, J.L., bevestiging van Luik, 24 november 1971, *J.T.*, 1974, 297).

4. Bij ongevallen (arbeidsongevallen, auto-ongevallen) doet zich vaak een conflict voor tussen het extra-patrimoniale recht van het slachtoffer en het patrimoniale recht, het economisch belang van de verantwoordelijke of diens verzekeringsmaatschappij.

Weigert het slachtoffer, al was het om godsdienstige redenen, het toedienen volgens beproefde technieken van adekwate zorgen die geen enkel abnormaal risico inhouden, zoals bloedtransfusies, dan ontzegt het zich vrijwillig belangrijke levenskansen en begaat het een fout die rechtstreeks tot het ontstaan van de schade bijdraagt en die in zijn hoofde een deel van de aansprakelijkheid meebrengt (Cass. crim., 30 oktober 1974, *D.*, 1975, 178 met noot Savatier, R.; *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1975, 712 opm. Dury, G.; Lyon, 6 juni 1975, *R.G.A.R.*, 1977, nr. 9757; *D.*, 1976, 410 met noot Savatier, R.).

Vaak kan een heelkundige ingreep de graad van arbeidsongeschiktheid in aanzienlijke mate verminderen. Beide partijen kunnen uit die ingreep voordeel halen: het slachtoffer door lichamelijke beterschap, de aansprakelijke — of diens verzekeraar — door het verminderen van de verschuldigde invaliditeitsvergoeding, mits betaling van de met de ingreep verbonden kosten. Op grond van de onschendbaarheid van het lichaam kan het slachtoffer niet gedwongen worden zich te laten opereren. Maar in geval de ingreep niet gevaarlijk en niet te pijnlijk is, en zij de volledige genezing of merkelijke verbetering in de toestand van het slachtoffer tot gevolg zal hebben, wordt een weigering ze te ondergaan als onrechtmatig beschouwd en wordt de vergoeding verminderd in de mate waarin de ingreep waarschijnlijk resultaten zou hebben opgeleverd (Rb. Brussel, 13 februari 1959, *R.W.*, 1959-60, 1454; Arbh. Brussel, 7 februari 1973, *R.G.A.R.*, 1974, nr. 9277). Wanneer de ingreep integendeel gevaarlijk is of te pijnlijk of het resultaat ervan twijfelachtig, mag het slachtoffer die weigeren, zonder dat zijn invaliditeitsvergoeding mag worden verminderd (Arbrb. Brussel, 21 januari 1975, *R.G.A.R.*, 1975, nr. 9493 i.v.m. amputatie van een been).

5. Een bijzonder uitzicht vertoont de regel van de onschendbaarheid van het lichaam in het kader van orgaantransplantaties, niet alleen ,,ex mortuo'', van dode op levende, maar ook ,,ex vivo'', van levende op levende. Een wettelijke

regeling ontbreekt vooralsnog in België, ondanks het bestaan van een uitgebreide literatuur (Zie Maeyer, J.M.M., ,,Transplantatie van organen en het privaatrecht'', *T.P.R.*, 1969, 153; Matthijs, J., ,,Bedenkingen ten behoeve van een transplantatiewet'', *R.W.*, 1971-72, 161 e.v. en 209 e.v.; Bricmont, G., ,,Les problèmes juridiques posés par les prélèvements d'organes sur le cadavre de l'homme'', *J.T.*, 1971, 1971, 145; Rigaux, M., ,,Le droit en face de certains progrès de la biologie'', *J.T.*, 1973, 669 en *Rev. Dr. Pén.*, 1973-74, 549; Demoor, A., ,,Transplantatie van organen. Of: zal het recht dwingen tot naastenliefde?'', *Jura Falc.*, 1976-77, nr. 1, 69; Oschinsky, D., ,,Les travaux du Conseil de l'Europe dans le domaine du droit de la médicine'', *J.T.*, 1980, 1. In Frankrijk: Doll, P.J., ,,L'aspect moral, religieux et juridique des transplantations d'organes'', *Gaz. Pal.*, 1974, *D.*, 820. In Frankrijk geldt nu de wet nr. 76-1181 van 22 december 1976 op de afneming van organen: zie *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1977, 199).

Het wetsontwerp betreffende het wegnemen en transplanten van organen en weefsels, door de regering op 27 februari 1981 in de Kamer ingediend, laat in het kader van een medische behandeling de wegneming bij levenden toe voor zover de donor minstens 18 jaar is en vrij toestemt na voldoende voorgelicht te zijn over de lichamelijke, psychische, familiale en sociale gevolgen van de wegneming; ook de toestemming van de samenlevende echtgenoot is vereist (art. 2-8).

Na de dood is wegneming toegelaten voor zover de donor er zich bij zijn leven niet heeft tegen verzet (art. 9-12) (*Parl. St.*, Kamer, 1980-81, nr. 774/1).

§ 4. Bescherming van het lijk. Begrafenis en lijkverbranding

6. LIJKOPENING EN LIJKAFSTAND — Hoewel de eerbied voor het stoffelijk overschot van de mens in onze samenleving nog diep geworteld is, is het redelijkerwijze onmogelijk het lijk in dezelfde mate onschendbaar te beschouwen als het lichaam van een levende.

De lijkopening verschilt van de afstand van het lijk in zijn geheel of van zekere delen ervan. De autopsie is een bewerking die de bestemming van het lijk voorafgaat, zonder haar te verhinderen. De lijkafstand heeft tot gevolg dat het volledig wordt onttrokken aan de normale bestemming, met name de begraving of lijkverbranding.

Noch lijkopening, noch lijkafstand zijn door de wet verboden. Gelet op de moeilijkheden, van emotionele of praktische aard, om de toestemming van de stervende of zijn naastbestaanden te bekomen, wordt, zoals bijvoorbeeld in het Akademisch Ziekenhuis te Gent, met het oog op de orgaantransplantaties ,,ex mortuo'' een niet-bezwarensysteem aangenomen: de organen van een patiënt in het ziekenhuis overleden mogen worden weggenomen, behoudens voorafgaandelijk verzet van de patiënt of, na diens overlijden, van zijn naaste verwanten (Verzet van de naaste verwanten na het overlijden lijkt niet meer mogelijk volgens art. 10 van ontwerp nr. 774/1).

Derden kunnen in principe geen rechten op het lijk van een anders naastbestaande laten gelden (Een persoon kan wel in zijn levensverzekeringspolis op geldige

wijze toelating geven tot het verrichten van een lijkopening, wanneer deze als voorwaarde wordt bepaald voor het uitkeren van de bedongen vergoeding). In rechte is een obductie evenwel een bijzondere vorm van deskundig onderzoek; zij kan derhalve door de rechter bevolen worden ter beveiliging van wettige civiele belangen (Arbh. Antwerpen, 19 december 1979, *R.W.*, 1979-80, 2262; Gent, 7 december 1978, *R.W.*, 1978-79, 1512). Wel stelt de jurisprudentie terecht dat een zodanige maatregel slechts met de grootste omzichtigheid mag bevolen worden en dan nog maar wanneer ernstige belangen op het spel staan (Antwerpen, 29 juni 1977, *R.W.*, 1977-78, 1890; Rb. Antwerpen, 16 februari 1977, *R.W.*, 1977-78, 478; Kort. ged. Nijvel, 16 juli 1975, *R.G.A.R.*, 1977, 1978; Brussel, 2 april 1980, *R.W.*, 1980-81, 1010 ,,algemeen bekend'' dat overledene aan kanker leed, maar door doktersattest tegengesproken).

7. BEGRAFENIS EN LIJKVERBRANDING — (Zie Vanstraelen, C., ,,Begraafplaatsen en lijkbezorging'', *Adm. Lex.*, 1974; Schreuder, P., ,,Facultatieve lijkverbranding'', *Adm. Lex.*, 1975; Lorent, A., ,,Les funérailles et la sépulture'', *Rev. Not.*, 975, 218; Vilain, F., ,,Réflexions sur la section III 'Des incinérations' de la loi du 20 juillet 1971'', *Rev. Not.*, 1975, 396; Jans-Cooremans, M., ,,La loi du 20 juillet 1971 sur les funérailles et les sépultures a 5 ans'', *Mouv. Commun.*, 1976, 457). Eenieder beslist zelf over de inrichting en de wijze van zijn begrafenis (De betrokken kiest vrij een burgerlijke of godsdienstige begrafenis. De pastoor regelt echter vrij de eredienst volgens de gebruiken in zijn kerk: Gr. Inst. Argentan, 1 februari 1972, *D.*, 1974, 789 met noot Vouin, J.F.; *J.C.P.*, 1973, noot Mazeaud, H.: geen Latijnse mis). Wanneer de overledene hierover zijn wil niet heeft kenbaar gemaakt, dan geniet in principe de langstlevende echtgenoot de voorkeur om de begrafenis van de overledene te regelen (Voorz. Brussel, 17 juli 1979, *J.T.*, 1980, 27 met noot Masson, J.P.; *Pas.*, 1980, III, 48; Rb. Luik, 18 februari 1976, *Rev. Not.*, 1976, 200 met noot F.L.: echtgenote uit 2e huwelijk; Rb. Luik, 16 november 1972, *Rev. Not.*, 1973, 81; *Pas.*, 1973, III, 7). Zo mag een aanvraag om verlof tot lijkverbranding door hem worden gedaan (Voorz. Brussel, 17 juli 1979, *J.T.*, 1980, 27 met noot Masson, J.P.. Vgl. Voorz. Brussel, 29 maart 1977, *Rev. Commun.*, 1977, 238 met noot). De weduwe mag zich het recht voorbehouden naast haar man begraven te worden (Rb. Luik, 18 februari 1976, *Rev. Not.*, 1976, 200). De crematie kan nog na de begraving gevraagd worden; de artikelen 20-23 van de wet van 20 juli 1971 inzake lijkbezorging, die het voorafgaand verlof tot lijkverbranding regelen, bepalen nergens dat de aanvraag om verlof en het verlenen ervan vóór de keuze van lijkbezorging tussen crematie en teraardebestelling moeten plaatsvinden; evenmin verbieden ze de bevoegde ambtenaar van de burgerlijke stand crematieverlof te geven na voorafgaand verlof tot teraardebestelling.

Op grond van de scheiding der machten komt het aan de rechterlijke macht niet toe de ambtenaar van de burgerlijke stand te bevelen het verlof te verlenen; krachtens artikel 21 § 4 kan de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg eventueel zelf het verlof verlenen (Gent, 23 november 1978, *R.W.*, 1978-79, 1095; *J.T.*, 1979, 200).

De gemeentelijke overheid verleent evenwel verlof tot opgraving. De opgraving van het stoffelijk overschot van een familielid om het naar een ander graf over te brengen is een zuiver administratieve aangelegenheid waarin de rechterlijke macht zich niet mag mengen. Indien daarover een conflict met de gemeenteoverheid ontstaat, dient het door de hogere administratieve overheid te worden beslecht. De voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg is niet bevoegd om de beslissing van de gemeenteoverheid op haar gegrondheid, doelmatigheid of waarde te beoordelen (Rb. Brugge, 2 april 1976, *R.W.*, 1976-77, 500; Rb. Verviers, 21 oktober 1974, *Pas.*, 1975, III, 57. Vgl. evenwel T.G.I. Paris, 20 mei 1980, *D.*, 1980, 575 met noot Lindon, R.).

Er bestaat een familierecht — recht van bijzondere aard, los van het eigendomsrecht — op de private begraafplaatsen en concessies (Rb. Luik, 22 maart 1972, *J.T.*, 1972, 556, in hoger beroep bevestigd door Luik, 20 juni 1973, *J.T.*, 1974, 214; Rb. Verviers, 21 oktober 1974, *Pas.*, 1975, III, 57: ,,une concession de sépulture dans un cimetière communal ne confère à son titulaire ni un droit sur les corps, ni un droit de propriété sur l'emplacement concédé''; Trib. Cagnes-sur-mer, 6 september 1972, *D.*, 1974, 551 met noot R.L.: ,,le droit du concessionnaire d'un caveau n'est pas un droit de propriété, mais un droit réel immobilier de jouissance et d'usage avec affectation spéciale et nominative''.) De familiebegraafplaatsen vallen, behoudens uitdrukkelijk beding, niet onder de toebedeling van een algemeen legaat: ze gaan naar de afstammelingen en die behouden hun rechten op de private familiebegraafplaatsen, in afwijking desgevallend van het overgedragen eigendomsrecht. Een recht van toegang tot de begraafplaats en een recht tot begraving van hen en hun echtgenoten moet hun verleend worden (Rb. Luik, 22 maart 1972, *J.T.*, 1972, 556; Rb. Verviers, 21 oktober 1974, *Pas.*, 1975, III, 57; Trib. Cagnes-sur-mer, 6 september 1972, *D.*, 1974, 551). Het is immers gebruikelijk aanverwanten in het familiegraf op te nemen (Rb. Verviers, 21 oktober 1974, *gecit.*, en Trib. Cagnes-sur-mer, 6 september 1972. I.v.m. concessies, familiegoederen, zie ook Cass. civ., 22 februari 1972, *Rev. Not.*, 1973, 90; Cass. civ., 6 maart 1973, *J.C.P.*, 1973, 17420 met noot Lindon, R.; Cass. civ., 12 juni 1974, *D.*, 1974, 104; Cass. civ., 20 mei 1975, *D.*, 1975, Somm., 91; Cass. civ., 2 maart 1976, *D.*, 1976, 577 met noot Lindon, R.; Cass. civ., 23 maart 1977, *J.C.P.*, 1977, II, 18658, met besluiten adv. gen. Gulphé; Cass. civ., 15 maart 1978, *J.C.P.*, 1979, II, 19083, met noot Lindon, R.; Cass. civ., 13 mei 1980, *J.C.P.*, 1980, II, 19439 met conclusie Gulphe. Voor Nederland: lees Rang, J.F., ,,Nieuwe bepalingen inzake de lijkbezorging'', *N.J.*, 1977, 1057).

AFDELING 2

PERSOONLIJKHEIDSRECHTEN

8. Persoonlijkheidsrechten — en familierechten — zijn extra-patrimoniale private subjectieve rechten (patrimoniale private subjectieve rechten zijn de zake-

lijke rechten, de vorderingsrechten en de intellectuele rechten. Onder de publieke subjectieve rechten kan men de politieke rechten (*ius suffragii, honorum, tributi, militiae*) en de grond-, vrijheids- of mensenrechten onderscheiden: vrijheid van vereniging, meningsvrijheid, recht op gelijkheid ... worden hier niet besproken).

Persoonlijkheidsrechten zijn rechten die ieder individu, door de enkele omstandigheid van zijn ,,persoon''-zijn, ten overstaan van anderen kan doen gelden op de handhaving van zijn fysische, psychische en morele integriteit: recht op naam, eer, afbeelding, schriftelijke of op een andere wijze geregistreerde gemoedsuitingen, recht op beslotenheid. Familierechten zijn de rechten die aan het individu toekomen in verband met de echtvereniging en het gezin waartoe hij behoort of dat hij wenst te stichten: recht op huwelijk, echtscheiding, erkenning van een natuurlijk kind, ontkenning van vaderschap, voogdij, ouderlijk gezag, wederzijdse huwelijksrechten ... (Van Gerven, W., *Beginselen van Belgisch privaatrecht,* I. Algemeen deel, 95, nr. 33. Voor de familierechten, o.m. het recht te huwen, zie verder, nr. 41; i.v.m. afstamming, zie verder, nr. 174)

Luidens artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens, ondertekend te Rome op 4 november 1950 en goedgekeurd door de wet van 13 mei 1955, heeft eenieder recht op de eerbiediging van zijn privé-leven en zijn gezinsleven.

Bij afwezigheid van uitdrukkelijke nationale wettekst die het recht op eerbiediging van eenieders privé-leven waarborgt (Vgl. art. 9 Franse C. Civ.: ,,Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée; ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé''), passen de Belgische rechtbanken dit artikel 8 toe, naast het steeds dienende artikel 1382 B.W.

§ 1. Recht op afbeelding

9. Een Belgisch weekblad publiceert, ter illustratie van een artikel over een beruchte moordzaak, een foto van één der slachtoffers, gezeten met haar echtgenoot in een canapé in een sfeer van familiale intimiteit. Op vordering van deze echtgenoot beslist de rechtbank te Antwerpen ,,dat het een fout was een dergelijke foto, zonder toestemming van eiser in een weekblad te publiceren omdat het voor eiser in die tragische omstandigheden schokkend moet geweest zijn te vernemen en te moeten vaststellen, dat een foto, die een tafereel voorstelt uit zijn privé- en familieleven, in een weekblad werd verspreid; dat dit een foutieve inmenging betekent in het privéleven van eiser en een bron van storing was in zijn intieme nagedachtenis voor de overledene''; zij veroordeelt de uitgevers van het weekblad tot het betalen van één frank morele schadevergoeding, beveelt de inbeslagname van de betrokken foto, de clichés en negatieven, en de publikatie van het vonnis in het betrokken weekblad en in drie dagbladen (Rb. Antwerpen, 15 mei 1975, *R.W.*, 1975-76, 2017, met noot Corbet J.).

Er wordt inbreuk gepleegd op het recht op afbeelding, onderdeel van het recht op

eerbied voor het privé-leven, van een persoon, telkens een foto die een tafereel uit zijn privé-leven voorstelt, zonder zijn voorafgaandelijke — stilzwijgende of uitdrukkelijke, maar ondubbelzinnige — toestemming wordt gebruikt of gepubliceerd (Rb. Brussel, 17 januari 1975, *J.T.*, 1975, 441; T.G.I. Paris, 6 januari 1975, *J.T.*, 1976, 209; T.G.I. Paris, 26 september 1975, *J.C.P.*, 1976, IV, 176; Paris, 5 juni 1979, *J.C.P.*, 1980, II, nr. 19343 met noot Lindon, R. Zie Lievens, J., ,,Het recht op afbeelding'', *R.W.*, 1976-77, 1857). Wanneer uit deze fout schade voortvloeit, moet deze vergoed worden. De fout ontstaat evenwel door het loutere feit van de publikatie, zelfs indien er geen schade wordt aangetoond (zie Corbet, J., noot, *R.W.*, 1975-76, 2019; Bax, M., ,,Kroniek van het personen- en familierecht'', *R.W.*, 1976-77, 1624). Kan er niet steeds schadevergoeding gevraagd worden, dan moet toch steeds stopzetting van de inbreuk kunnen gevorderd worden, b.v. inbeslagname, publikatieverbod..., gelet op de hoogdringendheid, bijna steeds in kort geding (art. 568 en 584 Ger. W. — vgl. art. 9 Fr. C. Civ.).

De omstandigheid dat een persoon toelating heeft gegeven — desnoods stilzwijgend, door zich niet te verzetten — tot het nemen van een foto uit zijn privé-leven impliceert niet diens toestemming tot de publicatie ervan (Rb. Brussel, 17 januari 1975, *J.T.*, 1975, 441). Zelfs indien toestemming tot de publikatie verleend werd, kan die nadien ingetrokken worden (Kh. Brussel, 11 september 1974, *J.T.*, 1975, 136, met noot De Salle, M.: foto voor publiciteit tegen constipatie).

Geen inbreuk wordt gepleegd op het recht op afbeelding door het fotograferen, zonder verzet, van een persoon op een voor het publiek toegankelijke plaats. Een anonieme foto, b.v. van een persoon op straat (Kh. Brussel (Kort ged.), 15 oktober 1957, *J.T.*, 1958, 44: foto van een vrouw die geamuseerd een modeshow volgt, ter illustratie van een artikel over de mode) of op het strand (Corr. Paris, 18 maart 1971, *D.*, 1971, 447, noot Foulon-Piganiol J.: foto van een vrouw in monokini ter illustratie van artikel ,,Sein Tropez''; zie Velu, J., *Le droit au respect de la vie privée,* Namen, 1974, 80), gepubliceerd in een krant ter illustratie van de actualiteit, tast het recht op privacy niet aan, op voorwaarde evenwel dat de persoon niet belachelijk wordt gemaakt, dat het begeleidend onderschrift niet kwetsend of spottend is, of dat geen winstbejag wordt nagestreefd (Rb. Brussel, 7 juni 1974, *J.T.*, 1975, 135: foto van vrouw op de markt gebruikt als platenhoes; T.G.I. Nancy, 8 juni 1973, *D.*, 1974, 126 met noot Merle P.: foto journalist O.R.T.F. bij opening supermarché. Vgl. T.G.I. Paris, 30 januari 1973, *D.*, 1974, I.R., 6: beweerde verloving van een mannequin met een drughandelaar; T.G.I Paris, 13 februari 1974, *R.G.A.R.*, 1974, nr. 9354; *D.*, 1974, 550 met noot Lindon R.: foto van een geneesheer bij een toespraak op een medisch congres met publicitaire doeleinden; T.G.I. Paris, 6 juli 1976, *J.C.P.*, 1978, II, 18840 met noot Manigne M.C.: oorlogsdocument). Dergelijke foto mag ook niet, zonder toestemming van de betrokkene, als propaganda voor een politieke partij aangewend worden (T.G.I. Grasse (Réf.), 27 februari 1971, *J.C.P.*, 1971, II, 16734, noot Lindon, R.; T.G.I. Paris, 11 juli 1973, *J.C.P.*, 1974, II, 17600, noot Lindon, R; Toulouse, 26 februari 1974, *D.*, 1974, 736 met noot; *J.C.P.*, 1975, II, 17903 met noot Lindon, R. Hierdoor wordt trouwens niet

alleen het recht op afbeelding maar ook het recht op geheimhouding van de politieke overtuiging van een persoon geschonden). Indien een foto op straat werd genomen, maar tot doel heeft een welbepaald persoon, als individu of in het kader van zijn gewoonlijk met discretie gepaard gaande beroepsactiviteit, te ontmaskeren, wordt het recht op privacy wel geschonden (T.G.I. Paris, 27 februari 1974, *D.*, 1974, 530 met noot Lindon, R.: i.v.m. prostituee; T.G.I. Paris, 3 juli 1974, *J.C.P.*, 1974, II, 17873 met noot Lindon, R.: i.v.m. agent van de veiligheid - zaak ,,Le canard enchaîné'').

Een bijzonder aspect vertoont het recht op afbeelding van bekendheden, zoals politici, sportvedetten, en filmsterren, die zodanig in de publieke belangstelling staan dat het publiek een wettig belang heeft inlichtingen over hen te hebben. Hun privacy is minder uitgestrekt dan die van een quidam; nochtans hebben ze het recht op intimiteit, beslotenheid die zonder hun toestemming niet kan worden geopenbaard (Vandenberghe, H., ,,Bescherming van het privé leven en recht op informatie via de massamedia'', *R.W.*, 1969-70, 1466, met referenties. Vgl. Lievens, J., *o.c.*, *R.W.*, 1976-77, 1859 en de referenties aldaar; Kort ged. Antwerpen, 24 december 1973, onuitg., vermeld door Lievens J., *o.c.*, 1860 en 1868: zaak Eddy Merckx; T.G.I. Paris (Réf.), 14 mei 1974, *D.*, 1974, J., 766 met noot Lindon, R: erotische filmscène; T.G.I. Paris, 8 mei 1974 *D.*, 1974, 530 met noot Lindon, R.: ruzie Birkin-Gainsbourg; T.G.I. Paris (Réf.), 28 juni 1974, *D.*, 1974, 752, noot Lindon, R.: Delon-Darc; Paris, 14 mei 1975, *D.*, 1976, 291 met noot Lindon, R.: naaktfoto actrice; T.G.I. Paris, 2 juni 1976, *D.*, 1977, 364 met noot Lindon, R.: prinses; Paris, 5 juni 1979, *J.C.P.*, 1980, II, nr. 19343 met noot Lindon, R.: naaktfoto van R. Schneider aan boord van schip, met teleobjectief genomen. Zie ook Lebon, G., ,,Vie privée et droit de la presse'', *J.T.*, 1978, 717).

Waar het recht op privacy ophoudt en waar het recht op informatie en de persvrijheid aanvangen is echter vaak moeilijk uit te maken, vooral als de betrokkenen hun privé-leven voortdurend, vaak uit opportuniteitsoverwegingen, bloot geven aan de publieke opinie (T.G.I. Paris, 16 januari 1974, *D.*, 1976, 120 met noot Lindon, R.). Het recht op afbeelding van een overleden acteur en het recht op privacy van zijn familie worden geschonden door de publicatie van deze acteur op zijn sterfbed (T.G.I. Paris, (Réf.), 11 januari 1977, *J.C.P.*, 1977, II, 18711 met noot Ferrier, D.; *D.*, 1977, 83 met noot Lindon, R.).

Min of meer beledigende karikaturen van politieke figuren worden vaak, in naam van de persvrijheid, geduld. Wanneer te ver gegaan wordt (T.G.I. Paris, 24 februari 1975, *D.*, 1975, 438 met noot Lindon, R.: professor als boef tussen twee gendarmen, wanneer de verspreiding uitsluitend met winstbejag geschiedt (T.G.I. Nancy, 15 oktober 1974, *J.C.P.*, 1977, II, 18526 met noot Lindon, R.: ,,Giscarte''), of wanneer personen die niet in het openbaar leven staan mede slachtoffer zijn (T.G.I. Paris (Réf.), 20 juni 1974, *D.*, 1974, 752 met noot Lindon R.: Harakiri/dragers van de doodkist van president Pompidou; beperking van de inbeslagname tot het arrondissement van Parijs, waar de betrokkenen woonden, gelet op hun verdere onbekendheid), kan de persvrijheid niet meer ingeroepen worden.

§ 2. Recht op privacy in het algemeen

10. Niet het recht op afbeelding, maar het recht op privacy in het algemeen wordt geschonden telkens, b.v. in de pers, gegevens uit het privé-leven van een persoon zonder diens toestemming of zonder (historisch) relevante reden worden bekend gemaakt (T.G.I. Paris, 2 mei 1972, *D.*, 1974, I.R., 6: artieste in verwachting; T.G.I. Paris, (Réf.), 20 juni 1973, *D.*, 1974, 766 met noot Lindon, R.: esthetische ingreep T.V.-omroepster; Paris, 17 december 1973, *D.*, 1976, 120 met noot Lindon, R.: familieleden artiest; T.G.I. Paris, 16 februari 1974, *J.C.P.*, 1976, 18341 met noot R.L.; T.G.I. Paris, 26 juni 1974, *D.*, 1974, 112; Aix-en-Provence, 3 februari 1975, *D.*, 1975, Somm., 112: gegevens over patrimonium; Paris, 14 mei 1975, *D.*, 1975, 687 met noot Lindon, R.: naschrift boek; Cass. civ., 14 november 1975, *D.*, 1976, I.R., 36; Cass. civ., 26 november 1975, *J.C.P.*, 1978, II, 18811 met noot Revel, J.; T.G.I. Paris, 26 mei 1976, *D.*, 1977, 364 met noot Lindon R.; Cass. Civ., 12 oktober 1976, *J.C.P.*, 1978, II, 18989 met noot Richevaux, M.: brief aan werkgever over achterstallige huur; T.G.I. Paris, 12 november 1976, *D.*, 1977, 233 met noot Ancel, J.P.; vgl. T.G.I. Paris, 6 december 1979, *D.*, 1980, 150 met noot Lindon, R.). Toespelingen op het privé-leven in romans of films kunnen leiden tot inbeslagname van boek of film, des te gemakkelijker als de betrokkenen niet in het openbaar leven staan of stonden (Brussel, 30 juni 1975, *J.T.*, 1975, 534: de geschiedschrijver mag het privé-gedrag van bepaalde politieke personen ter sprake brengen voor zover het nodig is om de historische gebeurtenissen toe te lichten; vgl. Paris, 8 juni 1970 en Cass. civ., 18 mei 1972, geciteerd door Velu, J. *o.c.*, 92-93: boek ,,Ecrous de la haine'' over tragisch eindigende verhouding tussen lerares en leerling; T.G.I. Paris, 30 juni 1971, geciteerd door Velu, J., *o.c.*, 105 e.v.: boek en film ,,Z''; T.G.I. Grasse, 22 mei 1974, *D.*, 1974, 571 met noot R.L.: film ,,Stavisky'').

Het recht op privacy komt soms in conflict met de rechten van de werkgever, die de faam van zijn onderneming of instelling onbesproken wil houden.

Het Arbeidshof te Brussel geeft de werkgever gelijk die een vrouwelijke bediende ontslaat omdat zij zich in het Zoniënwoud buiten de werkuren overlevert aan prostitutie met voorbijrijdende automobilisten, mogelijks klanten of bedienden van zijn firma (Arbh. Brussel, 22 februari 1968, *J.T.*, 1968, 387). De Raad van State verwerpt het beroep tegen de beslissing van de burgemeester die de politiecommissaris schorst omdat hij zich buiten de diensturen bezighoudt met het plaatsen van jackpots en het innen van de opbrengst ervan; er is geen schending van het recht op eerbiediging van het privé-leven. (R.v.St., 16 mei 1967, *Arr. R.v.St.*, 1967, 513. Zie ook Claeys-Leboucq, E. en Lievens, S., ,,Privacy bij het aangaan en het behoud van een dienstbetrekking'', *R.W.*, 1975-76, 769 e.v. I.v.m. ontslag en recht te huwen, zie verder, nr. 41).

§ 3. Aantasting van eer en goede naam

11. Kunnen laster en eerroof strafrechtelijk vervolgd worden, de aantasting van de eer en de goede naam kan ook aan de beoordeling van de burgerlijke rechtbank voorgelegd worden, in het kader van het recht op bescherming van de privacy.

Als een geïnterviewde in een gepubliceerd interview, dat duidelijk laakbare praktijken in een openbare dienst aan de kaak wil stellen, staande houdt dat steevast dezelfde firma's onderhandse bestellingen krijgen waarvoor te hoge prijzen betaald worden, ... en als hij dan te kennen geeft dat hij bij het speuren naar ,,wie en wat'' achter die firma's zit, op de naam van een minister die hij noemt stuit, zonder bewijzen van deze verdachtmakingen aan te voeren, dan maakt hij zich schuldig aan een inbreuk op diens privacy en brengt zijn eer en waardigheid als mens in het gedrang (Gent, 11 mei 1978, *R.W.*, 1978-79, 46: V.D.B. t. Demaegt; vgl. T.G.I. Paris (Réf.), 2 mei en 25 april 1974, *D.*, 1974, 697, noot Lindon, R.: zaken Marchais en Mitterand; T.G.I. Paris (Réf.), 12 november 1976, *D.*, 1977, 233 met noot Ancel, J.P.; T.G.I. Paris, 20 april 1977, *D.*, 1977, 610, noot Lindon R.; T.G.I. Paris, 7 juni 1977, *D.*, 1978, 18 met noot R.L.; T.G.I. Paris (Réf.), 26 november 1977, *J.C.P.*, 1978, II, 18924 met noot R.L.. In Frankrijk is sinds de wet van 29 juli 1881 een bijzondere burgerlijke vordering wegens eerroof mogelijk, die evenwel verjaart na 3 maanden: zie T.G.I. Paris, 22 november 1973 en 22 mei 1974, *D.*, 1975, 168 met noot Lindon, R.; T.G.I. Marseille, 19 juni 1975, *D.*, 1975, I, 643 met noot Lindon, R.; Cass. civ., 9 januari 1980, *J.C.P.*, 1980, IV, 112).

§ 4. Bescherming van de stem

12. Wanneer een persoon, naast vele anderen, bij een audiovisuele reportage wordt geïnterviewd, heeft hij wel een recht van nakeuring met betrekking tot de gedeelten van zijn — verknipt — interview die voor uitzending in aanmerking komen, maar niet aangaande het geheel van de reportage (Cass., 12 september 1975, *R.W.*, 1975-76, 853: zaak Van den Daele t. B.R.T.; *Arr. Cass.*, 1976, 62; *Pas.*, 1976, I, 56; *J.T.*, 1976, 723 met noot Gotzen, F.; De Wilde, L., ,,Audiovisuele reportage en persoonlijkheidsrechten van de auteurs ervan'', *R.W.*, 1975-76, 839). De met de uitzending belaste instelling brengt in de uitoefening van haar normale opdracht verknipping en samenvoeging tot stand op haar verantwoordelijkheid en ,,is gehouden tot eerlijke en trouwe weergave van woord en beeld van de ondervraagde'' (Gent, 26 april 1973, bestreden arrest, *R.W.*, 1973-74, 480 met noot Galaude, L.): de uitgedrukte mening van de geïnterviewde mag niet worden vervormd door een t.v.-montage (Zie De Wilde, L., *o.c.*, 847 en de referenties).

Wanneer een privé-telefoongesprek van een bekend T.V.-presentator met een dame, clandestien wordt opgenomen, op cassette gezet en te koop aangeboden aan het publiek, dan wordt zijn privacy, waarvan de stem een onderdeel is, geschonden (T.G.I. Paris, 11 juli 1977, *D.*, 1978, 700 met noot R.L.).

Het nabootsen van de stem van een bekend acteur in omstandigheden die verwarring kunnen scheppen, nl. bij de commentaar van een publiciteitsfilmpje op de televisie, kan aanleiding geven tot zowel morele als materiële schadevergoeding (T.G.I. Paris, 3 december 1975, *D.*, 1976, 211; *J.C.P.*, 1978, II, 19002).

De werkgever die de gesprekken van zijn werknemers in de kantine met de hulp van een apparaat clandestien afluistert, maakt zich schuldig aan inbreuk op het

privé-leven van die werknemers (T.G.I. St.-Etienne, 19 april 1977, *D.*, 1978, 123 met noot Lindon, R. Vgl. Toulouse, 1 juni 1977, *J.C.P.*, 1978, IV, 328: clandestien opnemen van louter professioneel gesprek; strafrechtelijk niet vervolgbaar — art. 368 C. Civ.; Corr. Pontarlier, 20 mei 1977, *J.C.P.*, 1978, II, nr. 19014, noot Becourt, D.: afluisteren door deurwaarder van telefoongesprek tussen echtgenoten over betaling van alimentatie. Zie i.v.m. de vervorming van de gedachte door woord en beeld: T.G.I. Paris, 7 mei 1976, *J.C.P.*, II, nr. 18419 met noot Lindon). Uitzonderlijk kan een wet het afluisteren van telefoongesprekken, mits het naleven van strenge procedureregels, bijvoorbeeld in het kader van een strafrechtelijk vooronderzoek, toelaten (Cour. sup. just. G.H. Luxemburg, 2 april 1980, *J.T.*, 1980, 489. Vgl. Cass. crim., 4 januari 1974, *J.C.P.*, 1974, II, 17731 met noot Lindon, R.: aftappen beperkt tot opsporen correspondent).

§ 5. Briefgeheim

13. Hij die brieven heeft bekomen door zich schuldig te maken aan een misdrijf (art. 508 Sw.), is niet regelmatig in het bezit gekomen van brieven die hij tot staving van zijn vordering voorlegt en kan ze dus niet voor het gerecht overleggen (Cass., 19 september 1976, *Arr. Cass.*, 1976, 92; *Pas.*, 1976, I, 84 i.v.m. bewijs van leugenachtige erkenning aan de hand van brieven gevonden ten huize van zijn moeder; Cass. civ., 28 maart 1973, *J.C.P.*, 1973, IV, 187 en 22 januari 1952, *D.*, 1952, 231 i.v.m. bewijs in echtscheidingszaken; zie ook verder, nr. 70. Vgl. Rb. Antwerpen, 15 februari 1960, *R.W.*, 1960-61, 1198 met noot Baeteman, G.; Rutsaert, J., ,,Le système jurisprudentiel du droit au respect de la vie privée'', *J.T.*, 1973, 494-495; Metzger, M.J., ,,Le secret des lettres missives'', *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1979, 291).

Een brief, om rechtsgeldig te zijn, moet ondertekend zijn (Cass., 14 maart 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 791; *Pas.*, 1975, I, 716).

De directeur van de gevangenis heeft toezicht op de briefwisseling met een gedetineerde. Uitzondering wordt gemaakt voor de briefwisseling tussen een advocaat en een gedetineerde betreffende diens verdediging. Zo er evenwel gewettigde twijfel bestaat over de hoedanigheid van advocaat van de afzender of over de inhoud van een brief aan een gedetineerde, zonder dat er aanwijzingen zijn voor een strafrechtelijk misdrijf, kan de gevangenisdirecteur deze brief aan de stafhouder van de Orde overzenden voor onderzoek; tegenover zijn tuchtoverheid kan een advocaat het beroepsgeheim niet inroepen (Cass., 12 mei 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 936; *R.W.*, 1977-78, 827; *Pas.*, 1977, I, 929 met conclusies Proc. gen. Delange. Aangaande het beroepsgeheim (art. 458 Sw.) dat het beperkte kader van het recht op privacy overschrijdt, zie o.m. Rutsaert, J., *o.c.*, 495 e.v.; Bax, M., ,,Personen- en familierecht (1977-1979)'', *R.W.*, 1979-80, 1685).

§ 6. Bescherming van naam en adres

14. Het recht op de naam is een persoonlijkheidsrecht. De titularis van een familienaam heeft het recht zich tegen elke aanmatiging van die naam te verzet-

ten; uit de enkele omstandigheid, dat die naam aan een groot aantal families gemeen is, valt af te leiden, noch dat hij die zich verzet geen belang erbij heeft in rechte op te treden, noch dat de aanmatiging, indien deze reeds voltrokken is, hem geen nadeel heeft kunnen berokkenen (Cass., 25 mei 1962, *R.W.*, 1962-63, 889: naam Duval gebruikt voor handelsprodukten. Vgl. voor de handelsnaam van een firma: Brussel, 2 oktober 1975, *R.W.*, 1975-76, 2491).
Ook een pseudoniem geniet bescherming (Cass. civ., 19 februari 1975, *D.*, 1975, 411: Lova Moor).
Gelet op de verwarring die erdoor in zijn omgeving kan ontstaan, kan een persoon zich verzetten tegen het toekennen van zijn naam of zijn identiteit aan een personage uit een film of een roman, zelfs al betreft het een sympathiek personage (T.G.I. Paris, 13 maart 1973 en Paris, 16 maart 1974, *J.C.P.*, 1975, II, 17935 met noot Lindon, R.; T.G.I. Versailles, 2 april 1974, *D.*, 1974, 714 met noot Lindon, R.).

§ 7. Wetsontwerp van 8 april 1976

15. Het wetsontwerp Vanderpoorten van 8 april 1976 tot bescherming van bepaalde aspecten van de persoonlijke levenssfeer (*Parl. St.*, Senaat, 1975-76, nr. 846/1) regelt in zijn eerste hoofdstuk voor het eerst een strafrechtelijke beteugeling van de onbescheidenheden waartoe de opneming van beelden en de afluistering van gesprekken aanleiding kunnen geven (Zie Matthijs, J., ,,Privacy'', in de reeks *Mededelingen van de Koninklijke Academie WLSK van België*, Brussel, 1978, 28. Zie in Frankrijk de wet van 17 juli 1970 en in Nederland de wet van 7 april 1971). Gestraft worden:
a. hij die een particulier gesprek of een particuliere mededeling met behulp van enig toestel afluistert, doet afluisteren, opneemt of doet opnemen zonder de toestemming van allen die aan het gesprek deelnemen of bij die mededeling zijn betrokken; met dezelfde straffen worden gestraft degene die daartoe het toestel opstelt of doet opstellen en degene die de inhoud van het aldus afgeluisterd of opgenomen gesprek bekendmaakt.
b. hij die, zonder hun toestemming, personen die zich bevinden in een niet voor het publiek toegankelijke plaats met behulp van enig toestel bespiedt of doet bespieden of van hen beelden opneemt of doet opnemen; degene die het toestel opstelt of de beelden publiceert wordt evenzeer gestraft (Art. 1 tot 4 van het ontwerp. Afwijkingen worden toegestaan in het belang van de staatsveiligheid en het strafrechtelijk vooronderzoek door art. 6 en 7: zie Matthijs, J., *o.c.*, 29-30).
In het tweede hoofdstuk van het wetsontwerp wordt gepoogd de persoonlijke levenssfeer te beschermen tegen aantastingen waartoe het gebruik van databanken aanleiding kan geven (zie Aronstein, C.S., ,,Défense de la vie privée'', *J.T.*, 1971, 453; ,,De l'urgence d'ordonner les ordinateurs'', *J.T.*, 1980, 161; Berleur, J. en Poullet, Y., ,,Informatique et vie privée'', *J.T.*, 1978, 110; Colson, F., e.a., ,,Computer en privacy'', Acco Leuven 1975; Gotzen, F., ,,L'ordinateur et la propriété intellectuelle'', *J.T.*, 1976, 89). Om misbruiken te voorkomen wordt een dienst tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer in verband met de gegevensbanken opgericht die een vergunning moet verlenen voor het

oprichten van een private databank en een gunstig advies voor het oprichten van een databank door de overheid.

Behoudens bij de wet bepaalde afwijking of de schriftelijke en uitdrukkelijke instemming van de betrokkene mogen in een databank geen gegevens voorkomen betreffende zijn ras, mening of werkzaamheid op gebied van politiek, syndicalisme, mutualisme, cultuur, levensbeschouwing of godsdienst, sociale bijstand of gerechtelijk verleden. Geneeskundige gegevens kunnen door de behandelende geneesheer zelfs zonder instemming van de patiënt in een gegevensbank worden ondergebracht wanneer alleen de behandelende geneesheer, zijn opvolger en zijn medische ploeg daartoe toegang hebben. Bij de eerste registratie van een persoon in een gegevensbank, moet daarvan aan de betrokkene onmiddellijk kennis gegeven worden.

Op verzoek van de betrokkene moet hem eveneens kennis gegeven worden van de hem betreffende gegevens die in de bank zijn opgenomen, het doel van de automatische behandeling van die gegevens, de identiteit van derden aan wie gegevens zijn medegedeeld.

De rechtbank van eerste aanleg, zitting houdende in raadkamer, is bevoegd om kennis te nemen van de vorderingen tot verbetering, aanvulling of vernietiging van gegevens die onjuist worden geacht of uit aanmerking van het doel van de gegevensbank als onvolledig of overbodig worden beschouwd, of waarvan de registratie verboden is.

AFDELING 3

STAAT VAN DE PERSOON

§ 1. Vorderingen van staat

16. De staat van de personen raakt de openbare orde (Cass., 28 maart 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 829; *Pas.*, 1974, I, 773).

De vorderingen betreffende de staat van personen worden, op straffe van nietigheid, aan het openbaar ministerie meegedeeld (art. 764, 1° Ger. W.). Het openbaar ministerie moet advies geven over de vorderingen die de staat betreffen, niet over bijkomende vorderingen die vreemd zijn aan de staat van de personen (Cass., 31 mei 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 1080; *Pas.*, 1974, I, 1006. Vgl. Brussel, 1 april 1977, *J.T.*, 1977, 119, i.v.m. E.E.G.-executieverdrag van 27 september 1968, met noot Stranart, A.M., meer bepaald 121. Zo heeft een vordering in verband met de hoede of het bezoekrecht t.o.v. een kind betrekking op de staat van de personen; een vordering met betrekking tot het onderhoud van de echtgenoten of van de kinderen daarentegen niet; anders, wat het onderhoud van de kinderen betreft: Brussel, 1 april 1977, *gecit.*).

Het advies van het openbaar ministerie wordt schriftelijk gegeven, tenzij het wegens de omstandigheden van de zaak terstond op de zitting mondeling wordt uitgebracht (art. 766 Ger. W.). De rechter moet in zijn vonnis of arrest niet vaststellen dat het advies terstond mondeling werd uitgebracht wegens de om-

standigheden van de zaak en moet deze omstandigheden niet preciseren; het openbaar ministerie oordeelt soeverein over die omstandigheden (Cass., 31 mei 1974, *gecit.*; Cass., 6 september 1974, *Arr. Cass.*, 1975, 25; *Pas.*, 1975, I, 19).

Het feit dat de staat van de personen de openbare orde raakt, impliceert evenwel niet dat de openbare orde meteen de tussenkomst van het openbaar ministerie toelaat in alle zaken die de staat van de personen betreffen (zie verder i.v.m. leugenachtige erkenning, nr. 184): er moet een blijvende toestand van schending van de openbare orde voorhanden zijn. Omdat ze de openbare orde raken zijn de vorderingen van staat, zowel de vorderingen tot opvordering als tot betwisting van een staat, onverjaarbaar (Rb. Charleroi, 14 maart 1975, *Pas.*, 1975, III, 68). Dit belet evenwel niet dat wettelijke vervaltermijnen bestaan, bv. voor sommige vorderingen tot nietigverklaring van het huwelijk (art. 183 en 185 B.W.), voor de ontkenning van vaderschap (art. 316 B.W.), en voor de vordering tot inroeping van de staat van onwettig kind (art. 341 b B.W.). De vordering tot onderzoek naar het natuurlijk vaderschap betreft de staat van de personen en, bijgevolg, de openbare orde. Deze vordering vertoont noodzakelijkerwijze een moreel belang, en blijft niet beperkt tot materiële belangen, welke ook de beweegredenen voor het instellen van deze vordering mogen zijn. Daaruit volgt dat het kind niet geldig afstand kan doen van zijn vordering tot erkenning. Het vonnis dat de afstand van een dergelijke vordering vaststelt is dan ook vatbaar voor hoger beroep (Cass., 10 november 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 303; *Pas.*, 1978, I, 289; *J.T.*, 1978, 11; *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1978, 27. Opmerkingen bij dit arrest van Wolfcarius, M., ,,De l'indisponibilité de l'état et de la filiation'', *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1978, 313).

Uit het gegeven dat artikel 330 B.W., waarnaar artikel 341 b laatste lid B.W. verwijst, bepaalt dat de erfgenamen zodanige vordering kunnen voortzetten wanneer ze door het kind is ingeleid, ,,tenzij het daarvan uitdrukkelijk afstand heeft gedaan'', kan niet afgeleid worden dat het kind geldig afstand kan doen van zijn vordering. Artikel 330 B.W. betreft de erfgenamen, niet het kind; de erfgenamen kunnen de vordering niet voortzetten indien blijkt, ook uit een niet geldige afstand, dat het kind ze niet wilde verder zetten (Wolfcarius, M., *l.c.*, 316 en 319).

Is de staat van de persoon onverhandelbaar, dan is dit niet het geval voor de rechten met patrimoniaal karakter, zoals bijvoorbeeld het erfrecht. Daarover is een dading mogelijk, voor zover duidelijk blijkt of gepreciseerd wordt dat alleen geldelijke belangen op het spel staan (Cass., 10 november 1977, *gecit.* (impliciet); Wolfcarius, M., *l.c.*, 317-319.

17. Meestal wordt aangenomen dat vonnissen die constitutief zijn van staat, zoals bv. echtscheidingsvonnissen, vonnissen van ontzetting uit de ouderlijke macht, onbekwaamverklaring, onder gerechtelijk raadsman plaatsing, een absoluut gezag van rechterlijk gewijsde hebben en niet alleen tussen partijen, maar *erga omnes* gelden. Vonnissen die declaratief van staat zijn, zoals bv. inzake de vaststelling van de afstamming, zouden daarentegen slechts een betrekkelijk gezag van gewijsde hebben (De Page, H., I, nr. 267 e.v.; Dekkers, R., I, nr. 163

C met kritiek; Masson, J.P., ,,Chronique de jurisprudence, Les personnes (1973 à 1975)'', *J.T.*, 1976, 179, nr. 21).

Ten onrechte beslist het hof van beroep te Brussel dat vonnissen van staat, zonder onderscheid, alleen tussen partijen absolute bewijskracht hebben en ten aanzien van derden slechts gelden als vermoeden *iuris tantum,* zodat derden-verzet mogelijk is (Brussel, 10 september 1975, *J.T.*, 1975, 714; *Rev. Not.*, 1976, 601 met opm. Sterckx, D.: i.v.m. derden-verzet van de leden van de familieraad tegen een onder gerechtelijk raadsman stelling, waar ze de onbekwaamverklaring advizeerden).

18. Hetzelfde hof van beroep beslist dat de rechtbank van koophandel niet bevoegd is om kennis te nemen van een prejudicieel geschil in verband met de staat van personen en dat de rechtbank van koophandel, gevat voor de hoofdvordering, de partijen voor het beslechten van het tussengeschil moet verwijzen naar de rechtbank van eerste aanleg (art. 326 B.W., en 569, 1° Ger. W.) (Brussel, 27 april 1977, *Pas.*, 1978, II, 2; vgl. Fettweis, A., *La compétence,* nr. 129).

Deze stellingname lijkt te absoluut. Artikel 326 B.W. heeft alleen betrekking op de geschillen ,,omtrent inroeping van staat'', d.w.z. op de vorderingen tot opvordering of betwisting van een afstamming (De Page, H., I, nr. 260A).

Indien, zoals *in casu,* het tussengeschil of de exceptie de vraag betreft of een persoon al dan niet gehuwd of uit de echt gescheiden is, blijft de fundamentele procedureregel dat de rechter die gevat werd door de hoofdvordering bevoegd blijft voor het beslechten van alle incidentele vorderingen, ook al behoren die, afzonderlijk beschouwd, tot de bevoegdheid van een andere rechtbank (De Page, H., *o.c.*; Cass., 22 juli 1955, *Pas.*, 1955, I, 1265 met noot).

De arrondissementsrechtbank te Luik oordeelt evenwel dat wanneer een der echtgenoten de opheffing van een onderhoudsuitkering vordert, die hij aan zijn echtgenoot verschuldigd is op grond van zijn hulpverplichting, en hij de opheffing steunt op de ontbinding van het huwelijk ingevolge een in het buitenland uitgesproken echtscheiding, de eis *hoofdzakelijk* de staat der personen betreft, vermits hij ertoe strekt te horen zeggen of partijen ten aanzien van de Belgische wet nog door het huwelijk verbonden zijn of niet; zij verwijst de zaak dan ook naar de rechtbank van eerste aanleg met toepassing van artikel 569, 1° Ger. W. (Arrond. Luik, 4 januari 1979, *Jur. Liège,* 1978-79, 266 met opm.; *J.J.P.*, 1979, 193 met noot Panier, Ch., ,,De l'existence de questions préjudicielles d'état dans les rapports entre juridictions civiles d'exception et juridiction ordinaire'', *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1979, 326 met noot Van Compernolle, J., Over de gelding van buitenlandse vonnissen van staat in België, probleem van internationaal privaatrecht, zie Masson, J.P., *o.c.*, *J.T.*, 1976, 179, nr. 22 en 1979, 583, nr. 7 met vele referenties.

§ 2. Akten van de burgerlijke stand

19. Een akte van de burgerlijke stand kan drie soorten vermeldingen bevatten, met verschillende bewijskracht:

1° de vermeldingen omtrent feiten, handelingen en gegevens die de ambtenaar van de burgerlijke stand zelf heeft vastgesteld ,,ex propriis sensibus, de visu aut auditu'', hetzij omdat hij ze zelf volbracht heeft, hetzij omdat ze in zijn tegenwoordigheid volbracht werden, hetzij omdat ze door hem werden vastgesteld binnen de grenzen van zijn opdracht: deze vermeldingen hebben een absolute bewijskracht en gelden tot inschrijving wegens valsheid.

2° de vermeldingen gedaan ingevolge verklaringen van de comparanten, die de ambtenaar van de burgerlijke stand akteert zonder ze te moeten controleren: deze vermeldingen gelden met een bewijskracht *iuris tantum,* behoudens tegenbewijs, dat door alle rechtsmiddelen kan geleverd worden.

3° de onregelmatige vermeldingen, niet voorgeschreven door de wet: deze hebben geen bijzondere bewijskracht: hoogstens gelden zij als begin van bewijs (art. 1320 B.W.), maar zij kunnen de bewijslast niet wijzigen (Vieujean, E., ,,Examen de jurisprudence (1970 à 1975)'', *R.C.J.B.,* 1977, 511, nr. 9).

Een voorbeeld van een, vaak voorkomende, onregelmatige vermelding is die van het ogenblik van overlijden (Rb. Luik, 14 februari 1975, *Jur. Liège,* 1974-75, 218; Rb. Luik, 30 april 1971, *J.T.,* 1971, 737; *Rev. Not.,* 1971, 592). Deze vermelding kan geschrapt worden, via de procedure van de verbetering van de akte van de burgerlijke stand (Vieujean, E., *l.c.,* 513, nr. 10; vgl. Cass., 11 januari 1862, *Pas.,* 1866, I, 182 en Cass., 3 juni 1907, *Pas.,* 1907, I, 262; R.v.St., 20 februari 1974, *Arr. R.v.St.,* 1974, nr. 16254). In de praktijk wordt die vermelding echter meestal geduld. Maar het is in ieder geval onmogelijk, via een verzoek tot verbetering van de akte van overlijden, het ogenblik van het overlijden in de akte te doen vermelden (Rb. Luik, 14 februari 1975, *gecit.;* Vieujean, E., *l.c.*).

Een voorbeeld van de tweede categorie vermeldingen is de vermelding van het geslacht. Het geslacht moet verplichtend vermeld worden maar de ambtenaar van de burgerlijke stand, zelfs bijgestaan door een geneesheer, is er niet toe gehouden het geslacht van de geborene vast te stellen of te controleren (Rb. Luik, 9 februari 1973, *Jur. Liège,* 1972-73, 283; Vieujean, E., *l.c.,* 511, nr. 8 *in fine*).

Wordt in de geboorteakte een verkeerd geslacht vermeld, dan geldt die vermelding niet tot inschrijving wegens valsheid, maar tot tegenbewijs. De verbetering van de geboorteakte, meer bepaald van de vermeldingen van geslacht en voornaam — die het geslacht veelal uitdrukt —, kan gevraagd worden door de persoon die, aan de hand van medische attesten, kan bewijzen dat hij op het ogenblik van het opmaken van de geboorteakte niet van het mannelijk geslacht, zoals vermeld, maar van het vrouwelijk geslacht was (Rb. Luik, 9 februari 1973, *gecit.*: geval van ,,vrouwelijk pseudohermaphrodisme'').

20. In de huidige stand van de wetgeving maakt volgens de overheersende rechtspraak de wijziging van het geslacht door een artificiële ingreep het nog niet mogelijk in rechte het geslacht te wijzigen door verbetering in de registers van de burgerlijke stand (Brussel, 7 mei 1974, *Pas.,* 1975, II, 15; *J.T.,* 1974, 713; *Rev. Not.,* 1975, 137 met noot Kluger, L. en Maes, J.; Rb. Mechelen, 17 juni 1975, *R.W.,* 1975-76, 870 met uitvoerige noot Pauwels, J., ,,Verandering van de

geslachtsaanduiding bij transseksuelen''; Rb. Antwerpen, 8 februari 1979, *R.W.*, 1979-80, 2064, met rechtsvergelijkende noot Pauwels, J., ,,Naar de juridische erkenning van de transseksualiteit?''; zie ook Vieujean, E., *l.c.*, *R.C.J.B.*, 1977, 507 e.v., nr. 8 en de referenties uit de Franse rechtspraak. Ook het Franse hof van cassatie — Cass. civ., 16 december 1975, *J.C.P.*, 1976, nr. 18503 met noot Penneau, J.) en de Nederlandse Hoge Raad — H.R., 13 december 1973, *N.J.*, 1975, 130, noot E.A.A.L.; H.R., 14 januari 1975, *N.J.*, 1975, 187 noot E.A.A.L. — verwerpen het verzoek tot verbetering van de geboorteakte van een transseksueel die operatief van geslacht veranderde. *Adde:* Paris, 24 februari 1978, *J.C.P.*, 1979, II, nr. 19202 met noot Penneau, J. Anders: T.G.I. Toulouse, 29 januari 1976, *D.*, 1976, Somm., 61; T.G.I. Amiens, 4 oktober 1976, *J.C.P.*, 1978, IV, 317; T.G.I. Paris, 19 februari 1978, *J.C.P.*, 1979, IV, 335, die een vordering tot wijziging van het geslacht, fundamenteel bestanddeel van de staat van de personen, mogelijk achten in het kader van een echte-tegensprekelijke-vordering van staat, waarvoor de rechtbank bevoegd is, niet in het kader van een vordering tot verbetering van de akte van geboorte wegens een materiële vergissing, waarvoor de voorzitter bevoegd is. Vgl. Pauwels, J., *l.c.*, *R.W.*, 1975-76, 883 en 885. Zie ook Linossier, L., ,,Le transsexualisme: esquisse pour un profil culturel et juridique'', *D.*, 1981, Chr. XIX, 139 e.v., met referenties), — althans wanneer de aangebrachte wijzigingen alleen aan de diepe psychische neigingen van de betrokkene beantwoorden — (Rb. Antwerpen, 8 februari 1979, *R.W.*, 1979-80, 2064).

De huidige wetenschap kent echter minstens vijf criteria die het geslacht bepalen: het morfologisch, het genetisch, het gonadisch, het hormonaal en het psychologisch. Wanneer bij de geboorte duidelijk beide geslachten aanwezig waren (interseksualiteit) en alleen op morfologische gronden de voorkeur werd gegeven aan het mannelijk geslacht, terwijl genetisch de betrokkene het erfelijk materiaal van beide geslachten vertoonde, en ten gevolge van gewilde en artificiële chirurgische ingrepen het vrouwelijk geslacht — reeds aanwezig bij de geboorte — meer tot uiting kwam, zodat aldus de vier andere criteria volledig werden benaderd, bestaat er volgens de rechtbank te Antwerpen wel aanleiding tot verbetering van de geboorteakte door wijziging van de geslachtsaanduiding en van de voornaam (Rb. Antwerpen, 8 februari 1979,*R.W.*, 1979-80, 2064. Anders: H.R., 14 januari 1975, *N.J.*, 1975, 187: alleen de uiterlijke geslachtskenmerken van het kind ten tijde van de geboorte zijn bepalend voor het geslacht).

Na een verzoek tot verandering van de geslachtsaanduiding te hebben zien afwijzen door het hof van beroep te Brussel, heeft D.V.O. een rekwest ingediend bij het Europese Hof voor de rechten van de mens te Straatsburg op 1 september 1976 (nr. 7654/76) wegens schending van artikels 3 (bescherming tegen onmenselijke behandeling), 8 (recht op privacy) en 12 (recht op huwelijk) van het verdrag van Rome (zie Pauwels, J., *l.c.*, *R.W.*, 1979-80, 2070. Vgl. Duitsland waar het Bundesverfassungsgericht — Grondwettelijk Hof — op 11 oktober 1978 (*N.J.W.*, 1979, 595) een arrest van het Bundesgerichtshof, dat de verandering van de geslachtsaanduiding weigerde, ongrondwettelijk verklaarde). Op 9 mei 1978 werd het rekwest door de Commisssie ontvankelijk verklaard; de Commis-

sie bracht haar verslag uit op 1 maart 1979 en de zaak werd op verzoek van de Commissie en van de Belgische regering voor het Europees Hof van de Rechten van de Mens te Straatsburg gebracht.

De Belgische regering wierp de niet-ontvankelijkheid van de vordering van V.O. op wegens het niet voorafgaandelijk uitputten van alle interne rechtsmiddelen, omdat V.O.: 1) geen voorziening in cassatie had ingesteld; 2) het Europees verdrag over de Rechten van de Mens noch in eerste aanleg, noch in beroep had ingeroepen; 3) geen verandering van voornaam had gevraagd, overeenkomstig de wet van 2 juli 1974; 4) geen vordering van staat had ingeleid.

Bij arrest van 6 november 1980 verklaarde het Hof van Straatsburg de eis van V.O. niet ontvankelijk wegens niet voorafgaandelijke uitputting van de interne rechtsmiddelen (vermeld onder 1 en 2) (Europees Hof van de Rechten van de Mens, 6 november 1980. Rechter Ganshof Van der Meersch was het slechts gedeeltelijk met het Hof eens: V.O. had wel het Europees Verdrag moeten inroepen in eerste aanleg of in hoger beroep, maar dat hij geen voorziening in cassatie had ingesteld kan hem niet verweten worden, want het hof van beroep had soeverein *in feite* vastgesteld dat niet bewezen werd dat V.O. het mannelijk geslacht (verworven) had.

21. Wanneer een vreemd kind, in België gewettigd of geadopteerd, geen geboorteakte heeft, dan stelt de rechtbank van eerste aanleg er een op, zo getrouw mogelijk, aan de hand van een medisch attest en daarbij wordt de procedure van verbetering van de akte van de burgerlijke stand gevolgd (art. 46 B.W. en 1383 Ger. W.) (Brussel, 17 april 1972, *R.W.*, 1972-73, 314; Rb. Luik, 27 juni 1975, *Jur. Liège*, 1975-76, 7; Rb. Luik, 24 oktober 1975, *Jur. Liège*, 1975-76, 99).

Een bevel tot overschrijving van een geboorteakte, die de ambtenaar van de burgerlijke stand weigerde op te stellen, staat gelijk met een bevel tot verbetering van de akten van de burgerlijke stand, zodat de artikelen 1383 e.v. Ger. W. van toepassing zijn (Antwerpen, 1 oktober 1975, *R.W.*, 1975-76, 2008 met noot Pintens, W.).

Krachtens artikel 47 B.W. heeft de akte van de burgerlijke stand van Belgen en van vreemdelingen, in een vreemd land opgemaakt, in de aldaar gebruikelijke vorm, bewijskracht (Brussel, 29 oktober 1975, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1978, 163; Hanotiau, B., „Force probante et force obligatoire des actes d'état civil et des jugements déclaratifs étrangers", *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1978, 137; Brussel, 9 janauri 1974, *Pas.*, 1975, II, 67).

Bij afwezigheid van betwisting of van weigering van de ambtenaar van de burgerlijke stand, is de rechtbank van eerste aanleg onbevoegd om de verbetering te bevelen van een in het buitenland opgemaakte of verbeterde akte van de burgerlijke stand (Rb. Brussel, 17 november 1974, *Cah. Dr. Fam.*, 1975, nr. 2, 23 met advies O.M.; Rb. Luik, 24 september 1976, twee vonnissen, *Jur. Liège*, 1976-77, 69 en 116. Vgl. Rb. Luik, 24 september 1976, *Jur. Liège*, 1976-77, 164). Een verzoek tot verbetering van de akte van de burgerlijke stand moet onderscheiden worden en mag niet in de plaats treden van een tegensprekelijke vordering van staat (Rb. Brussel, 17 november 1974, *gecit.*; Rb. Luik, 28 mei

1971, *Rev. Not.*, 1971, 482 met noot P.M.; zie Vieujean, E., *l.c.*, *R.C.J.B.*, 1977, 514; vgl. Meulders-Klein, M. Th., ,,Le secret de la maternité'', *J.T.*, 1976, 417 e.v. en 433 e.v.): de Procureur des Konings kan niet de naam van de moeder bij wege van een verzoek tot verbetering in de geboorteakte doen vermelden indien deze in Frankrijk gewild verzwegen werd.

22. Krachtens artikel 45 § 1 laatste lid B.W. hebben alleen de in de registers ingeschreven akten en de eensluidend verklaarde en behoorlijk gezegelde afschriften daarvan bewijskracht zolang ze niet van valsheid zijn beticht. Een wetsvoorstel om ook aan de uittreksels eenzelfde bewijskracht te verlenen bleef zonder gevolg (Wetsvoorstel Cumps, *Parl. St.*, Kamer, 1975-76, nr. 775/1). Het tweede luik van dit wetsvoorstel werd later (Wetsvoorstel Lacroix e.a., *Parl. St.*, Senaat, 1977-78, nr. 199/1) wel wet. De wet van 23 juni 1980 tot wijziging van art. 45 B.W. en art. 93bis Gemeentewet wijzigt art. 45 § 2 derde lid B.W. in die zin dat nu ook in gemeenten met minder dan 5.000 inwoners eensluidende afschriften en uittreksels mogen worden afgegeven door beambten van het gemeentebestuur die daartoe speciaal gemachtigd zijn door de ambtenaar van de burgerlijke stand, voor zover ze niet gelegaliseerd moeten worden. (I.v.m. akten van de burgerlijke stand, zie ook het wetsvoorstel Bourgeois e.a. tot wijziging van de artikelen 55 en 56 B.W. inzake de aangiften van geboorte, *Parl. St.*, Kamer, 1979-80, nr. 400: aangiftetermijn verlengd tot 10 dagen na de bevalling; ook de moeder kan de geboorte aangeven; Vandeplas, R., ,,Beschouwingen over overlijdensakten en vermisten'', *R.W.*, 1978-79, 1316)

§ 3. Naam

A. Familienaam

23. Het recht op het dragen van zijn werkelijke geslachtsnaam is een onvervreemdbaar en onverjaarbaar persoonlijkheidsrecht (Antwerpen, 26 april 1978, *R.W.*, 1977-78, 503; *T. Not.*, 1979, 89; *Rev. Not.*, 1979, 485; Rb. Hasselt, 18 april 1980, *R.W.*, 1979-80, 2929).

Een arrest van het hof van cassatie van 29 oktober 1976 beslist evenwel dat, vermits uit de bepalingen van het decreet van 6 fructidor jaar II, uit de aan de afstamming verbonden gevolgen en uit de vermeldingen die de geboorteakte van rechtswege moet inhouden, volgt dat de naam van het kind die is welke zijn geboorteakte aan de vader toeschrijft, geen verbetering van de schrijfwijze van de familienaam kan gevraagd worden wanneer die op dezelfde wijze is geschreven als de naam van de vader: ,,een verschil in de schrijfwijze van de beginletter van het voorvoegsel van de geslachtsnaam met de schrijfwijze ervan in akten van de burgerlijke stand van de voorouders, kan, welk ook het tijdsverloop tussen de betreffende akten zij, geen aanleiding geven tot de rechterlijke verbetering van de geboorteakte'' (Cass., 29 oktober 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 251; *R.W.*, 1977-78, 835 met kritische noot Pintens, W., ,,De verbetering van de naam in de akten van de burgerlijke stand''; *T. Not.*, 1978, 83 met noot; *T. Gem.*, 1978, 3 met conclusies adv. gen. Krings E.; *Pas.*, 1977, I, 250).

Het hof van cassatie spreekt zich niet uit over de vraag of de schrijfwijze van de naam zonder belang is en vrij mag worden aangewend, voor zover er gelijkluidendheid is, of daarentegen de naam niet alleen afhangt van de gelijkluidendheid, maar ook van de schrijfwijze van alle elementen, letters, verbindingstekens, accenten en grafische elementen (Zie noot Pintens, W., *l.c.*, 838; Rb. Ieper, 28 juni 1967, *R.W.*, 1967-68, 654; Baeteman, G., Delva, W. en Bax, M., ,,Overzicht van rechtspraak (1964-1974) Personen- en familierecht, *T.P.R.*, 1976, 335-336), wat logischer lijkt.

Het standpunt van het hof van cassatie lijkt moeilijk te verzoenen met het onverjaarbaar karakter van het recht op naam. Ook na 29 oktober 1976 beslissen verschillende lagere rechtbanken dat een persoon verbetering van de hem door zijn geboorteakte toegeschreven naam van de rechtbank kan bekomen, wanneer hij ten genoege van recht bewijst — aan de hand van parochieregisters, geschriften, notarisakten en andere stukken — dat zijn zelfs verre voorouders openbaar en overanderlijk een andere geslachtsnaam hebben gedragen (Antwerpen, 26 april 1978, *R.W.*, 1977-78, 503; Rb. Hasselt, 18 april 1980, *R.W.*, 1979-80, 2929; Brussel, 8 oktober 1980, niet gepubliceerd: ,,Decordes'' verbeterd in ,,de Cordes''. Vgl. Rb. Luik, 10 oktober 1975, *J.T.*, 1976, 171 en 230 (twee vonnissen), waar de verbetering wordt geweigerd omdat de familie de gevorderde naam slechts droeg tot resp. 1584 en 1665. Vgl. Cass. civ., 20 november 1974, *J.C.P.*, 1975, IV, 9; Cass. civ., 23 november 1976, *D.*, 1977, I.R., 70; Cass. civ., 6 juli 1977, *J.C.P.*, 1978, II, 18817 met noot Savatier, R.; Cass. civ., 31 januari 1978, *J.C.P.*, 1978, II, 19035 en 19050*bis* met noot Nerau, Ph.).

24. Omdat de naam tot het persoonlijk statuut behoort, draagt een Spaans kind de naam van zijn vader, gevolgd door de eerste naam van zijn moeder (Rb. Luik, 13 februari 1976, *J.T.*, 1976, 229), en kan in België de geboorteakte verbeterd worden van een Belgisch kind dat in Spanje met toepassing van de Spaanse wet een samengestelde naam kreeg (Rb. Luik, 24 september 1976, *Jur. Liège*, 1976-77, 76).

25. Vóór de wet van 14 juli 1976 wordt een vrouw, handelaarster, in een dagvaarding met de naam van haar man, maar voorts met haar voornaam, hoedanigheid en woonplaats vermeld. De vrouw werpt de nietigheid van de dagvaarding op. Het hof van beroep te Brussel wijst de exceptie van nietigheid af omdat de vereisten gesteld in de artikelen 43, 3° en 702, 2° Ger. W. dienen te worden begrepen in de zin dat de aanwijzing in de dagvaarding voldoende moet zijn om iedere twijfel omtrent de identiteit van de gedaagde uit te sluiten: de gedaagde gebruikte dezelfde vermeldingen (naam van haar man) in haar handelsbetrekkingen met eiser, zodat deze rechtmatig mocht geloven dat de vermelde naam de hare was of dat zij hem met toestemming van haar man gebruikte (art. 216 nieuw B.W.); aldus heeft gedaagde, aan wie het exploot ter hand werd gesteld, zich niet kunnen vergissen nopens de identiteit van de persoon die werd gedagvaard en in die omstandigheden kan het feit dat zij op naam van haar echtgenoot gedaagd werd niet als een onregelmatigheid beschouwd worden. Ten

overvloede wordt aangestipt dat het niet bewezen is dat de aangevochten proceshandeling haar belangen zou hebben geschaad (art. 861 Ger. W) (Brussel, 17 december 1975, *R.W.*, 1976-77, 609). Tegenover een andere schuldeiser voert dezelfde vrouw aan dat haar belangen geschaad zijn door de dagvaarding op naam van haar echtgenoot, omdat ze beiden een afzonderlijke handel drijven en zij er belang bij heeft dat hun respectievelijke namen en handelsbedrijvigheid niet verward worden; de rechtbank van koophandel te Antwerpen acht de belangen van de vrouw niet geschaad omdat de echtgenoten een verschillende handel (meubels en groenten) in een verschillende stad (Ninove en Brussel) drijven (Kh. Antwerpen, 23 mei 1975, *R.W.*, 1975-76, 623). Over de naam van de uit de echt gescheiden vrouw en van het geadopteerd kind, zie verder nrs. 116 en 202.

26. De naamverandering gebeurt bij koninklijk besluit (Zie Rb. Luik, 13 mei 1977, *Jur. Liège*, 1977-78, 248). Tegen de machtiging tot naamverandering kan iedere daartoe ,,gerechtigde'' persoon verzet doen (art. 7 wet 11-21 germinal jaar XI). Deze woorden moeten niet in hun enge juridische betekenis worden verstaan: iedere persoon die daarbij een voldoende belang heeft, kan tegen zo'n machtiging verzet doen (R.v.St., 8 februari 1978, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1978, 151). De Raad van State vernietigt evenwel het Koninklijk besluit, dat op verzet van graaf de L., het vroegere Koninklijk besluit, waarbij aan baron de V., diens kinderen en kleinkinderen machtiging verleend werd aan hun familienaam de woorden ,,Van Braekel'' toe te voegen, introk. Het feit dat de voorouders van graaf de L. van 1436 tot 1619 eigenaar waren van gronden te Nederbraekel en toen de titel van heren ,,van Nederbraekel'' of ,,van Brackle'' voerden, verleent aan graaf de L. niet een voldoende belang om zich te verzetten tegen de toegestane naamverandering (Raad van State, *gecit.*, na beroep van de consoorten de V. tegen het intrekkingsbesluit. Over de adelijke titels, lees Van Damme, M., ,,De juridische grondslagen van de nobiliteitsregeling in België'', *R.W.*, 1979-80, 1317, vooral 1322 en ref. (16): de adellijke titel moet in de akten van de burgerlijke stand worden opgetekend; *adde*: Rb. Luik, 10 november 1972, *Pas.*, 1973, III, 2).

B. VOORNAAM

27. De keuze van de voornaam is niet vrij, maar artikel 1 van de wet van 11-21 germinal jaar XI, dat de keuzevrijheid beperkt tot de in de verschillende kalenders gebruikelijke namen, en de ,,namen van bekende personen uit de oudere geschiedenis'' en de ambtenaren van de burgerlijke stand verbiedt er enige andere in hun akten te aanvaarden, moet ruim geïnterpreteerd worden, niet naar de letter, maar naar de geest van de wet.

De wetgever van 1803 had slechts de bedoeling belachelijke of onbetamelijke voornamen te weren (Rb. Brugge, 7 januari 1975, *R.W.*, 1974-75, 2143; *J.T.*, 1975, 640: de ambtenaar van de burgerlijke stand verwierp ten onrechte de voornaam ,,Dana'' en drong de voornaam ,,Kathy'' op).

Zo kunnen namen uit de recente geschiedenis (Rb. Brussel, 8 januari 1975, *R.W.*, 1975-76, 1263 met noot Pintens, W.: de ambtenaar van de burgerlijke stand

weigerde de voornaam ,,Wesley'' en stelde een geboorteakte zonder voornaam op) of namen uit buitenlandse kalenders (Rb. Brussel, 7 maart 1977, *Pas.*, 1977, III, 31; *J.T.*, 1977, 474; *Rev. Not.*, 1977, 600, met opm. F.L.; *Rev. Commun.*, 1977, 187 met andersluidend advies O.M. en noot X.: de ambtenaar van de burgerlijke stand verwierp de voornaam ,,Mehdi'' en drong de voornaam ,,Vincent'' op) gekozen worden. Ook moet rekening gehouden worden met de evolutie van het taalgebruik om moderne en verkorte vormen van voornamen te aanvaarden (Antwerpen, 1 oktober 1975, *R.W.*, 1975-76, 2008 met noot Pintens, W.: de ambtenaar van de burgerlijke stand weigerde de geboorteakte op te stellen omdat de voornaam ,,Annelies'' gekozen werd).

Als prerogatief van de ouderlijke macht komt de keuze van de voornamen van het kind enkel aan de ouders toe (Rb. Brugge, 7 januari 1975, *gecit.*; Rb. Brussel, 7 maart 1977, *gecit.*).

Indien de ambtenaar van de burgerlijke stand een andere voornaam opdringt, weigert de voornaam op te nemen of zelfs weigert de geboorteakte op te stellen, kunnen de ouders, of één van hen, een verzoek tot verbetering van de geboorteakte richten tot de rechtbank van eerste aanleg; in geval van weigering van de ambtenaar van de burgerlijke stand kan ook het openbaar ministerie optreden, omdat het openbaar belang vereist dat een kind een voornaam heeft.

In de procedure tot verbetering van de akten van de burgerlijke stand is de ambtenaar van de burgerlijke stand geen partij; hij kan niet tot de kosten veroordeeld worden en niet tot schadevergoeding gehouden zijn (Antwerpen, 1 oktober 1975, *gecit.*; vgl. evenwel de bijgaande noot van Pintens, W.).

In geval van betwisting tussen de ouders omtrent de keuze van de voornamen dient de ambtenaar van de burgerlijke stand toch in de geboorteakte de voornamen te vermelden, zoals zij hem worden opgegeven, zonder aanduiding van de persoon die de voornamen heeft opgegeven (meestal de vader). De andere ouder (meestal de moeder) heeft een recht van verhaal bij de jeugdrechtbank, die beslist in het belang (?) van het kind (art. 373 B.W.). Na het vonnis van de jeugdrechtbank, dat de keuze van één van beide ouders bekrachtigt, moet nog een vonnis verkregen worden van de rechtbank van eerste aanleg, dat de verbetering van de geboorteakte beveelt op grond van artikel 1383 Ger. W. (*Parl. Vr. en Antw.*, Senaat, 1975-76, 198-199 (zie *R.W.*, 1975-76, 1472) en Bax, M., *l.c.*, *R.W.*, 1976-77, 1626. Anders: Pintens, W., ,,Wijziging van voornamen'', *R.W.*, 1974-75, 2438 en 2439 met ref.).

28. De wet van 2 juli 1974 (Zie de commentaren van Pintens, W., ,,Wijziging van voornamen'', *R.W.*, 1974-75, 2433; Masson, J.P., *J.T.*, 1974, 638 en *J.T.*, 1975, 54; X., *Rev. commun.*, 1974, 177), die de administratieve verandering van de voornaam mogelijk maakt, bepaalt niet welke redenen kunnen ingeroepen worden om een voornaamwijziging te bekomen. Het nieuwe artikel 4 van de wet van 11-21 germinal jaar XI, ingevoegd door artikel 2 van de wet van 2 juli 1974 bepaalt zeer ruim: elke persoon die *enigerlei reden* heeft om zijn naam of voornamen te veranderen, moet daartoe tot de regering een met redenen omklede aanvraag richten. Als redenen worden bijvoorbeeld in aanmerking genomen:

vreemde voornaam; voornaam die op zichzelf of samengevoegd met een familienaam belachelijk of hatelijk is; voornaam die aanleiding geeft tot verwarring; wijziging van de volgorde van de voornamen omdat de huidige volgorde verwarring schept; gevestigd feitelijk gebruik van een andere voornaam dan die vermeld in de geboorteakte; voornaam die om een of andere reden een ernstig nadeel kan veroorzaken aan de betrokkene.

Elk geval dient echter te worden onderzocht met inachtneming van alle bijzondere elementen die het vertoont (*Parl. Vr. en Antw.*, Senaat, 1975-76, 198 (zie *R.W.*, 1975-76, 1472; *adde*: *R.W.*, 1979-80, 414).

In tegenstelling tot het koninklijk besluit tot naamverandering is het koninklijk besluit tot voornaamverandering van kracht vanaf de betekening of vanaf de publicatie in het Belgisch Staatsblad, indien deze de betekening voorafgaat (art. 6 wet 31 mei 1961 en art. 8 wet 11-21 germinal jaar XI). Er is dus geen sprake van opschorting gedurende een termijn van een jaar om verzet mogelijk te maken. En er is geen vonnis nodig om over te gaan tot de kantmelding (Pintens, W., *l.c.*, 2451; *Parl. Vr. en Antw.*, Senaat, 1975-76, 1250). Gelet op de algemene bewoordingen van artikel 4 van de wet van 11-21 germinal jaar XI moet het nu voor een transseksueel mogelijk zijn zijn voornaam langs administratieve weg te laten veranderen (Anders: Pintens, W., *l.c.*, 2450. Vgl. Paris, 24 februari 1978 *J.C.P.*, 1979, II, nr. 19202 met noot Penneau, J.: verbetering van voornaam, niet van geslacht); anders: Cass. civ., 16 december 1975, *J.C.P.*, 1976, IV, 50).

§ 4. Woonplaats

29. Krachtens artikel 108 B.W. heeft een niet ontvoogde minderjarige zijn woonplaats bij degene die zijn wettelijk beheerder is. Wanneer de ouders die geen gemeenschappelijke woonplaats hebben beiden wettelijk beheerder zijn van de niet ontvoogde minderjarige, dan heeft deze zijn woonplaats bij zijn vader.

Bij feitelijke scheiding is alleen de echtgenoot die de materiële bewaring van het minderjarige kind heeft wettelijke beheerder van dit kind (art. 373 en 389 B.W.). Indien het kind in geval van feitelijke scheiding bij zijn moeder verblijft heeft het zijn woonplaats bij haar (Arrond. Brussel, 25 mei 1975, *Rev. Not.*, 1976, 198 met noot F.L.). Aldus wordt artikel 108 B.W. eigenlijk aangevuld door art. 373-389 B.W. Er bestaat geen tegenstrijdigheid tussen artikel 108 en de artikelen 373-389 B.W. wanneer beide ouders een verschillende woonplaats hebben en toch samenleven (in de echtelijke verblijfplaats die kan gevestigd zijn in de woonplaats van één der ouders of elders), zodat ze beiden wettelijk beheerder zijn: dan heeft het kind zijn wettelijke woonplaats in de woonplaats van zijn vader (ook al is de woonplaats van de moeder de echtelijke verblijfplaats. Lees: Martin-Serf, A., „Du domicile à la résidence", *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1978, 535 e.v.).

30. Wanneer een niet-ontvoogd minderjarig kind het ouderlijk huis verlaat om zich elders te vestigen moet het voor het doen van een — administratieve — verklaring van verandering van verblijfplaats bij het gemeentebestuur worden bijgestaan door de personen of één van de personen die het gezag over hem uitoefenen (K.B. 31 januari 1975 tot wijziging van art. 8, tweede lid van K.B. 1

april 1960 betreffende het houden van bevolkingsregisters). Zijn — burgerlijke — woonplaats kan de minderjarige niet wijzigen, want die is noodzakelijk gevestigd bij zijn wettelijke beheerder(s), ook al verblijft hij elders. De jeugdrechtbank is dan ook onbevoegd om, op verzoek van de ouders, de woonplaats of de verblijfplaats van de minderjarige vast te stellen ten huize van de ouders (De woonplaats van de minderjarige is daar immers wettelijk nog steeds gevestigd; wat de administratieve verblijfplaats daarentegen betreft is het voor een ouder mogelijk, in geval van onenigheid tussen de ouders, een verhaal uit te oefenen bij de jeugdrechtbank, wanneer de minderjarige, met bijstand van de andere ouder, zijn verblijfplaats veranderd heeft) en de minderjarige te bevelen naar de ouderlijke woning terug te keren (Jeugdrb. Gent, 13 februari 1976, *D.M.J.*, I, 314; zie ook Masson, J.P., ,,Chronique de jurisprudence, Les personnes (1976 à 1978)'', *J.T.*, 1979, 585, nr. 24).

31. De onbekwaamverklaarde meerderjarige heeft zijn woonplaats bij zijn voogd (art. 108, 3e lid B.W.) (Cass., 20 oktober 1976, *Pas.*, 1977, I, 221).

32. Luidens artikel 76 B.W. vermeldt de akte van huwelijk: 1°) de woonplaats van de echtgenoten; ... 6°) de afkondigingen in de onderscheiden woonplaatsen.

De woonplaats vermeld onder 76, 1° is de woonplaats zoals die gedefinieerd wordt door artikel 102 B.W.. De onderscheiden woonplaatsen waarvan sprake in artikel 76, 6° zijn de plaatsen waar het huwelijk werd afgekondigd, of het nu gaat om een woonplaats in de zin van artikel 102 B.W. of een verblijfplaats (*Parl. Vr. en Antw.*, Senaat, 1975-76, 549. Zie artikel 63 B.W. en artikels 4 en 5 van de wet van 26 december 1891 die artikels 166 en 167 B.W. vervangen).

33. Sinds de invoering van het gerechtelijk wetboek heeft de gerechtelijke woonplaats, die nu overeenstemt met de administratieve verblijfplaats, dus de plaats waar de persoon in de bevolkingsregisters is ingeschreven als hebbende aldaar zijn hoofdverblijf (art. 36 Ger. W.), aan belang gewonnen, niet alleen ten nadele van de burgerlijke woonplaats (Zie Baeteman, G., Delva, W. en Bax, M., *l.c.*, *T.P.R.*, 1976, 342-343. *Adde* R.v.St., 20 november 1980, *Adm. Publ.*, 1980, 59 i.v.m. onderscheid burgerlijke woonplaats — administratieve verblijfplaats), maar ook ten nadele van de ,,commerciële woonplaats'', d.i. de plaats waar de handelaar zijn hoofdkantoor heeft, van waaruit hij zijn zaken leidt en waar hij effectief zijn handel drijft.

Een arrest van het hof van cassatie van 2 februari 1978 is in handelskringen zeer slecht onthaald, omdat daarin wordt aangenomen dat uit de artikelen 36 en 631 Ger. W. volgt dat de rechtbank van koophandel die bevoegd is om de faillietverklaring van een natuurlijk persoon uit te spreken, de rechtbank is van de plaats waar de gefailleerde in de bevolkingsregisters is ingeschreven als hebbende aldaar zijn hoofdverblijf op het tijdstip van de staking van betaling (Cass., 2 februari 1978, *R.W.*, 1977-78, 2651 met noten Laenens, J. en Lievens, J.; *Arr. Cass.*, 1978, 661; *Pas.*, 1978, I, 643; *J.T.*, 1978, 227; Cass., 11 mei 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 1067; *R.W.*, 1978-79, 1602 met noot Laenens, J.; *Pas.*, 1978, I,

1037; Brussel, 9 juni 1977, *J.T.*, 1977, 658; Fettweis, A., ,,La compétence territoriale en matière de faillite'', *J.T.*, 1977, 265; id., *Bevoegdheid,* nr. 594).

De meeste auteurs en rechtbanken, ook na de invoering van het gerechtelijk wetboek, achten in dit geval immers de rechtbank van de commerciële hoofdvestiging, van het zakencentrum, bevoegd (Kh. Oudenaarde, 29 mei 1973, *B.R.H.*, 1974, 79, met noot; Kh. Brussel, 23 april 1975, *J.T.*, 1975, 589; Brussel, 3 november 1975, *Pas.*, 1976, II, 123; Antwerpen, 10 november 1975, *R.W.*, 1977-78, 1692 met goedkeurende noot Galaude, H.; Antwerpen, 13 januari 1977, *J.T.*, 1978, 63; Kh. Brussel, 14 februari 1977, *J.T.*, 1977, 270; Arrond. Brussel, 1 december 1977, *J.T.*, 1978, 63 met tegenstrijdig advies O.M.; Bergen, 14 december 1977, *J.T.*, 1978, 60; Cloquet A., *Novelles, Droit commercial,* IV, *Les concordats et la faillite* (1975), 306, nr. 1037 en 1045). Gevreesd wordt dat de door het hof van cassatie aangenomen letterlijke interpretatie van artikel 631 Ger. W. tot praktische moeilijkheden aanleiding zal geven, wanneer de gerechtelijke woonplaats verschilt van de commerciële (Laenens, J., *l.c.*, 2654; Lievens, J., *l.c.*, 2655; Fredericq, L., *Handboek van Belgisch handelsrecht,* I, Brussel (1976), 108, nr. 80; Masson, J.P., *l.c., J.T.*, 1979, 586, nr. 25; Archambeau, G., ,,Réflexions sur la compétence territoriale du tribunal de commerce en cas de faillite d'un commerçant ou de l'obtention d'un concordat'', *J.C.B.*, 1978, 137 e.v.).

Indien het waar is dat nergens in een wettekst de ,,commerciële woonplaats'' wordt omschreven of aangehaald, toch bestaat er nu een tegenstrijdigheid tussen artikel 631 Ger. W. en artikel 440 W. Kh., dat waar het gewaagt van de woonplaats van de gefailleerde normalerwijze doelt op de woonplaats zoals die gedefinieerd is in artikel 102 van het burgerlijk wetboek: het hoofdverblijf, d.i. voor een handelaar, meestal zijn zakencentrum.

In een arrest van 30 september 1976 besliste het hof van cassatie dat wanneer een schuldenaar op het tijdstip van staking van betaling noch in België noch in het buitenland enige gekende woonplaats heeft, maar in een Belgische gemeente verblijft en er zijn commerciële bedrijvigheid uitoefent, de rechtbank van koophandel van zijn verblijfplaats territoriaal bevoegd is om de faillietverklaring uit te spreken (Cass., 30 september 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 128; *R.W.*, 1976-77, 1455 met noot; *J.T.*, 1977, 57 met noot; *Pas.*, 1977, I, 131). Dit arrest is niet in strijd met het reeds vermelde latere arrest van 2 februari 1978, maar past gewoon de beginselen vervat in art. 36 e.v. Ger. W. toe. Uit de artikelen 36 en 1503 Ger. W. leidt het hof van cassatie af dat beslag buiten de woonplaats van de schuldenaar is gelegd, wanneer zulks gebeurt in een andere plaats dan die waar de schuldenaar in de bevolkingsregisters is ingeschreven als hebbende aldaar zijn hoofdverblijf (Cass., 3 maart 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 776; *Pas.*, 1978, I, 755).

34. Een dagvaarding wordt steeds rechtsgeldig betekend op de plaats waar de gedaagde in de bevolkingsregisters is ingeschreven, ook al verblijft hij elders. Behoudens tegenbewijs is de plaats, vermeld in het deurwaardersexploot als zijnde de woonplaats van de gedaagde, de plaats waar deze in de bevolkingsregisters is ingeschreven. Over de vraag of de rechtbank, indien de dagvaarding niet

aan de persoon werd betekend en de gedaagde verstek laat gaan, aan de eiser kan opleggen een uittreksel uit de bevolkingsregisters over te leggen, bestaat betwisting. Gelet op het authentiek karakter van het deurwaardersexploot, zou de rechtbank dit slechts kunnen bevelen indien uit de stukken van het dossier zelf kan afgeleid worden dat de vermeldingen betreffende de gerechtelijke woonplaats van de gedaagde in de deurwaardersakte onjuist zijn (Fettweiss, A., noot onder Rb. Brussel, 16 maart 1977, *J.T.*, 1977, 626 en *J.T.*, 1978, 215; anders: Rb. Brussel, 16 maart 1977, *J.T.*, 1977, 626; Rouard, P., opmerkingen, *J.T.*, 1978, 214).

35. Luidens artikel 3 W.I.B. zijn aan de personenbelasting onderworpen de rijksinwoners, d.w.z. de natuurlijke personen die in België hun woonplaats of de zetel van hun vermogen gevestigd hebben.

In de zin van de fiskale wet is de woonplaats een feitelijke woonplaats die noodzakelijkerwijze gekenmerkt wordt door een zekere permanentie of continuïteit, en is de zetel van het vermogen de plaats die van nature gekenmerkt wordt door een zekere eenheid en van waaruit het vermogen beheerd wordt. Een persoon die in het buitenland verblijft en er zijn beroep uitoefent, ook al is hij — administratief — in België gedomicilieerd, is geen rijksinwoner, en bijgevolg niet onderworpen aan de personenbelasting maar aan de belasting op de niet-verblijfhouders (Cass., 7 februari 1979, *Pas.*, 1979, I, 672). Het begrip ,,fiskale woonplaats'' behoudt een autonome betekenis.

§ 5. Nationaliteit

36. En persoon is Belg door geboorte, door huwelijk, door naturalisatie of door nationaliteitskeus.

Een minderjarige wordt ook Belg indien zijn ouder(s), die er de hoede over heeft (hebben), Belg wordt (worden) door naturalisatie of nationaliteitskeus. Zo althans werd totnogtoe artikel 5 van de gecoördineerde wetten en besluiten op de nationaliteit geïnterpreteerd, luidens hetwelk niet-ontvoogde minderjarige kinderen Belg worden indien de ouder die de hoede uitoefent ,,vrijwillig'' de Belgische nationaliteit verwerft.

In een vonnis van 28 juni 1979 (Jeugdrb. Brussel, 28 juni 1979, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 88 met noot J.L.R.) beslist de jeugdrechtbank te Brussel evenwel dat het kind wiens moeder door huwelijk de Belgische nationaliteit verkrijgt, ook Belg wordt. In tegenstelling tot de algemeen geldende opvatting ziet de jeugdrechtbank de verkrijging van de Belgische nationaliteit door het huwelijk niet als een verkrijging van rechtswege, maar als een vrijwillige verwerving, omdat de vrouw de keus had tussen het behoud van haar oorspronkelijke nationaliteit door een eenvoudige wilsverklaring en het verkrijgen van de nationaliteit van haar man door geen verklaring af te leggen (I.v.m. de nationaliteit van de gehuwde vrouw, zie het wetsvoorstel ingediend door Mevr. Mayence-Goossens en Mevr. Herman-Michielsens houdende wijziging van de gecoördineerde wetten op de verwerving, het verlies en de herkrijging van de nationaliteit, *Parl. St.*, Senaat, 1980-81, nr. 588. Vgl. Gerlo, J., ,,De gelijkheid van man en vrouw en het Burgerlijk wetboek'', *T.P.R.*, 1976, 220).

37. Het natuurlijk kind dat eerst erkend wordt door de moeder en nadien door de vader heeft de nationaliteit van de moeder (Vgl. Rb. Luik, 22 maart 1974, *Jur. Liège,* 1974-75, 219, i.v.m. ontkend kind).
Het natuurlijk kind in België geboren en erkend door zijn Marokkaanse vader en Belgische moeder is Belg, want de Marokkaanse wet verbiedt de vaststelling van de natuurlijke afstamming (Rb. Luik, 26 november 1976, *Jur. Liège,* 1976-77, 235).

38. De Belgische vrouw die met een buitenlander huwt, kan haar Belgische nationaliteit behouden door een uitdrukkelijke verklaring bij de ambtenaar van de burgerlijke stand binnen de zes maanden van het huwelijk. Vaak heeft ze dan een dubbele nationaliteit. Het feit dat ze deze verklaring heeft afgelegd belet haar evenwel geenszins later de Belgische nationaliteit te verzaken (art. 18, 3°, al. 2 en 18, 1°, al. 2 nationaliteitswet; Rb. Brussel, 20 maart en 13 september 1978, *J.T.*, 1979, 444 en 445 met noot de Burlet, J.).

39. De persoon die verzuimt zijn akte van naturalisatie binnen de termijn van twee maanden te laten overschrijven in de registers van de burgerlijke stand, verliest zijn recht (art. 17 nationaliteitswet). Alleen in geval van overmacht — bv. gezondheidsredenen — kan de rechtbank verlenging toestaan van de termijn (Rb. Dendermonde, 29 juni 1976, *R.W.*, 1976-77, 689).
Ook de optietermijn van 6 maanden voor de Belgische of vreemde vrouw is voorgeschreven op straffe van verval, behoudens overmacht (Rb. Luik, 25 oktober 1974, *Jur. Liège,* 1975-76, 148: nalatigheid geen overmacht; Rb. Luik, 16 oktober 1973, *Jur. Liège,* 1973-74, 83: geen overmacht; Rb. Luik, 13 juni 1975, *Jur. Liège,* 1975-76, 28: geen overmacht).

40. Wanneer de uitlevering van een verdachte gevraagd wordt en er betwisting ontstaat over diens nationaliteit, is dit geen prejudicieel geschil in de zin van artikel 326 B.W. De raadkamer doet zelf uitspraak over de nationaliteit (Cass., 29 juni 1973, *Arr. Cass.*, 1973, 1074; *Pas.*, 1973, I, 1024; *J.T.*, 1973, 567; *Rev. Dr. Pén.*, 1973-74, 75. Zie hoger, nr. 18).

HOOFDSTUK II

STAAT VAN DE PERSOON IN DE FAMILIE

AFDELING 1

HUWELIJK

§ 1. Wezen van het huwelijk: recht te huwen, concubinaat en verloving

A. RECHT OM TE HUWEN

41. Het recht om te huwen is een fundamenteel persoonlijkheidsrecht, dat de openbare orde en de goede zeden aanbelangt en waaraan bij overeenkomst geen beperkingen kunnen worden gesteld, noch rechtstreeks, noch onrechtstreeks.

Geen onderscheid moet hierbij gemaakt worden tussen de twee aspecten van dit recht: eensdeels het recht de gehuwde staat te verkiezen boven het celibaat, anderdeels het recht te huwen met een vrij gekozen huwelijkspartner. Het behoort immers juist tot de essentie van het huwelijk dat beide partners blijvend verbonden zijn.

De discussie rond de vraag of leden van het onderwijzend personeel in het katholiek onderwijs ten gevolge van hun naar kerkelijke normen onaanvaardbaar huwelijk door de werking van een ontbindende voorwaarde zonder opzegvergoeding konden worden ontslagen (Zie Baeteman, G., Delva, W. en Bax, M., *l.c.*, T.P.R., 1976, 346, nr. 18; Arbh. Brussel, 19 juni 1972, *J.T.T.*, 1975, 298, met noot Verstegen, R.; Arbrb. Gent, 12 april 1974, *R.W.*, 1974-75, 1956; Arbh. Luik, 27 juni 1974, *Jur. Liège*, 1974-75, 50 met advies adv. gen. Morgenthal; Arbh. Bergen, 19 juni 1975, *J.T.T.*, 1975, 217; Arbrb. Brussel, 26 november 1975, *J.T.*, 1976, 329; Arbh. Antwerpen, 7 mei 1976, *R.W.*, 1976-77, 1249 met noot De Jonghe, J. en Rigaux, M.; Arbrb. Hasselt, 14 juni 1976, *T.S.R.*, 1976, 509 met noot Goorden, H.; Arbh. Brussel, 17 januari 1977, *T.S.R.*, 1978, 333; Arbh. Antwerpen, 20 december 1977, *T.S.R.*, 1978, 66 met noot Goorden, H.; Bax, M., ,,Kroniek van het personen- en familierecht'', *R.W.*, 1976-77, 1631), werd beslecht door drie cassatiearresten van 8 december 1976, 12 januari 1977 en 25 juni 1979 (Cass., 8 december 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 399; *Pas.*, 1977, I, 394 met conclusie 1e adv. gen. Dumon, F.; *J.T.T.*, 1977, 27; Cass., 12 januari 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 530; *Pas.*, 1977, I, 520; *R.W.*, 1976-77, 1937 met eensluidende conclusie adv. gen. Dumon, F.; en noot Verstegen, R.; Cass., 25 juni 1979, *R.W.*, 1979-80, 183 met andersluidende conclusie adv. gen. Lenaerts, A.; *Pas.*, 1979, I, 1234; *J.T.T.*, 1979, 270; *adde*: Cass., 26 november 1979, *Pas.*, 1980, I, 382; Bax, M., ,,Kroniek van het personen- en familierecht'', *R.W.*, 1977-78, 2471; Franck, H., ,,Contrat d'emploi et liberté de mariage. Deux arrêts récents de la Cour de Cassation'', *J.T.T.*, 1977, 149; Franck, H., *Condition résolutoire, stabilité d'emploi et libertés fondamentales*, Fac. Dr. Liège, 1979, Collection Scientifique, nr. 45).

Artikel 31 van het algemeen reglement van het personeel van de katholieke lagere en kleuterscholen, dat telkens bij individuele overeenkomst wordt opgelegd bevat volgende ontbindende voorwaarde: ,,... de aanwervingsovereenkomst wordt van rechtswege en zonder vergoeding verbroken ... zodra het personeelslid zich in een persoonlijke of gezinstoestand bevindt die onverenigbaar is met de wetten van de katholieke moraal of de wetten van de katholieke kerk ernstig schendt of zodra het stellingen verdedigt die in strijd zijn met de katholieke leer''.

Artikel 21*bis*, ingevoegd door de wet van 21 november 1969 in de wetten op de arbeidsovereenkomst voor bedienden (Artikel 51 van de wet van 21 november 1969 voegde een artikel 21*bis* toe aan de bij K.B. van 20 juni 1955 gecoördineerde wetten betreffende het bediendencontract. Artikel 11 van de wet van 21 november 1969 voegde een gelijkaardig artikel 19*quinquies* toe aan de wet van 11 maart 1900 betreffende het arbeidscontract. Beide bepalingen zijn samengesmolten in artikel 36 van de wet van 3 juli 1978, betreffende de arbeidsovereenkomsten, *B.S.*, 22 augustus 1978), verklaart nietig de bedingen waarbij

bepaald wordt dat het huwelijk van de werknemer een einde maakt aan de overeenkomst.

Deze bepaling is, aldus het hof van cassatie, een dwingende wetsbepaling met algemene draagwijdte, die ,,geen onderscheid maakt tussen de verschillende clausules, waarbij bedongen wordt dat het huwelijk van de bediende aan de overeenkomst een einde maakt'' (Cass., 12 januari 1977, *gecit.* ; Cass., 8 december 1976 en 25 juni 1979, *gecit.*). Artikel 31 van het algemeen reglement van het personeel van de katholieke scholen is strijdig met artikel 21*bis* ,,in de mate waarin het van het huwelijk met een bepaalde persoon of van een bepaalde categorie van huwelijken, de verwezenlijking van de ontbindende voorwaarde zou hebben gemaakt'' (Cass., 12 januari 1977, *gecit.*).

Aldus weerlegt het hof van cassatie het argument dat bij het ontslag van bv. een onderwijzeres die met een uit de echt gescheiden man huwt, ,,het niet het huwelijk zou zijn dat de katholieke inrichtende macht ertoe zou leiden het tussen partijen gesloten contract als vernietigd te beschouwen, doch wel het feit dat de leerkracht zich plaatst in een toestand waarin zij de wetten van de katholieke kerk, tot het naleven waarvan zij zich had verbonden, schendt'' (Conclusies eerste adv. gen. Dumon, F., *l.c.*, 1945).

Een andere opwerping was dat het contract in dergelijk geval niet zou verbroken worden ingevolge de toepassing van een nietige clausule, maar op grond van artikel 18 van de wet op het bediendecontract, dat de werkgever toelaat aan de overeenkomst een einde te stellen wegens dringende redenen: de zware fout van de onderwijzeres zich, in strijd met de door haar aangegane verbintenis, in een gezinstoestand te plaatsen die onverenigbaar is met de wetten van de katholieke moraal.

,,Dit is waarlijk een aanfluiting'', concludeert procureur-generaal Dumon, F. ,,Het ligt voor de hand dat, zo de wet verbiedt dat in het contract gestipuleerd wordt dat het huwelijk aan de dienstbetrekking een einde maakt, zij tevens en *a fortiori* verbiedt het op staande voet en zonder vergoeding om reden van het huwelijk te beëindigen wanneer dienaangaande niets is bedongen'' (Conclusies eerste adv. gen. Dumon, F., *l.c.*, 1945).

En het hof volgt hem: ,,vermits een dwingende wetsbepaling de bedingen nietig verklaart waarbij bepaald wordt dat het huwelijk van de werknemer een einde maakt aan de overeenkomst, kan dit huwelijk noodzakelijk op zichzelf geen ,,dringende reden'' in de zin van artikel 18 van de wetten op de bediendencontracten uitmaken die aan de werkgever het recht zou verlenen de overeenkomst onmiddellijk zonder opzeggingstermijn of vergoeding te beëindigen (Cass. 12 januari 1977, *gecit.*, in antwoord op het derde cassatiemiddel).

Een laatste argument, als zou men, door aan een katholieke instelling het recht te ontzeggen een onderwijzeres te ontslaan die een huwelijk aangaat dat de katholieke moraal verbiedt, de onderwijsvrijheid in het gedrang brengen, wordt door het hof van cassatie eveneens verworpen: in zijn arrest van 8 december 1976 beslist het hof lakoniek dat vrijheid van onderwijs en artikel 17 van de Grondwet niet geschonden wordt door de rechter die artikel 21*bis* toepast. Procureur-generaal Dumon stelt daaromtrent: ,,de wet verplicht de katholieke instelling

geenszins de onderwijzer of de bediende in zijn dienst te behouden. Zij behoudt het recht het contract te beëindigen ... maar moet ofwel een opzeggingstermijn naleven, ofwel een vergoeding betalen'' (Conclusies eerste adv. gen. Dumon, F., *l.c.*, 1947). In zijn noot merkt Verstegen, R. op: ,,Men mag zich o.i. evenwel niet ontveinzen dat de wetgever hier onrechtstreeks in een waardeconflict tussen persoonlijke huwelijksvrijheid en de onderwijsvrijheid gearbitreerd heeft ten gunste van de huwelijksvrijheid'' (*l.c.*, 1958). In werkelijkheid worden hier nog meer fundamentele vrijheden of rechten geconfronteerd: ondernemingsvrijheid, onderwijsvrijheid en gewetensvrijheid (van de godsdienstige ouders) aan de ene kant, recht op privacy (aspect van de individuele vrijheid), recht te huwen, ,,recht'' op arbeid en gewetensvrijheid (mogelijkheid van de leerkracht om van overtuiging te veranderen) aan de andere kant (zie de conclusies van adv. gen. Schmelck onder Cass. plén., 19 mei 1978, *D.*, 1978, 541).

Samenvattend kan gesteld worden dat het hof van cassatie zich uitsluitend stelt op het terrein van artikel 21*bis* van de wetten op het bediendencontract om te beslissen dat ,,onverschillig welk beding dat een einde maakt aan het contract om reden van een huwelijk, onverschillig welk, door de wet toegelaten huwelijk, nietig is'' (Conclusies eerste adv. gen. Dumon, F., *l.c.*, 1947).

42. Daaruit moet blijkbaar afgeleid worden dat voor personeelsleden die niet onder de wetten op de arbeiders- of bediendencontracten ressorteren, de vroegere rechtspraak van het hof van cassatie geldig blijft: om in dergelijk geval uit te maken of een ,,huwelijksclausule'' al dan niet strijdig is met de openbare orde of de goede zeden (art. 6 B.W.), moet nog altijd onderzocht worden of een dergelijke clausule door de noodwendigheden eigen aan de bediening geboden was of niet (Cass., 2 mei 1969, *Arr. Cass.*, 1969, 834; *Pas.*, 1969, I, 781; *R.W.*, 1968-69, 1930, met conclusies adv. gen. Dumon, F.; zie Baeteman, G., Delva, W. en Bax, M., *l.c.*, *T.P.R.*, 1976, 344, nr. 17). Dit lijkt ook nog steeds het standpunt van de Franse rechtspraak te zijn. Op 17 oktober 1975 besliste het Franse hof van cassatie (Cass. mixte, 17 oktober 1975, *J.C.P.*, 9176, II, 18238, met noot Lindon, R.; *Gaz. Pal.*, 1976, J., 196 met noot L.C.; *D.*, 1976, 511 met noot Guiho, P.; *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1976, 122 noot Nerson, R.; *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1976, 362, noot Cornu, G.) dat de huwelijksvrijheid nimmer, zonder misbruik, door een werkgever aangetast kan worden, behoudens zeer uitzonderlijke omstandigheden waar de noodwendigheden van de functie zulks op imperatieve wijze vereisen. Opgemerkt dient evenwel te worden dat het een conflict betrof tussen een onderwijzeres, die na echtscheiding een tweede huwelijk aanging, en een katholieke school, door een ,,eenvoudig contract'' met de Staat verbonden, en derhalve toegankelijk voor alle kinderen zonder onderscheid naar herkomst, overtuiging of geloof. Na verwijzing naar het hof van beroep van Lyon (Lyon, 7 oktober 1976, *J.C.P.*, 1977, II, 18615 met noot Lindon, R.; *Gaz. Pal.*, 1977, J., 32, met noot L.C.; *D.*, 1977, 408 met noot Guiho, P.), werd de zaak een tweede maal voor het hof van cassatie, met voltallige kamers, gebracht (Cass. plén., 19 mei 1978, *D.*, 1978, 541, met conclusies adv. gen. Schmelck en noot Ardant, Ph.: *J.C.P.*, 1978, II, 19009, met rapport raadsheer Sauvageot en

noot Lindon, R.; *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1978, 665, noot Cornu, G.; *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1979, 370, noot Nerson, R.). Het hof plaatst zich thans op het stuk van de inhoud van de overeenkomsten en stelt vast dat de godsdienstige overtuiging van de leerkracht bij haar aanwerving werd in acht genomen, vrijwillig in het contract werd opgenomen en er een wezenlijk en determinerend bestanddeel van was, zodat de feitenrechters het bestaan van zeer uitzonderlijke omstandigheden, tegenstelbaar aan de lerares, opwerpen. (In zijn andersluidende conclusies achtte advokaat-generaal Schmelck het ontslag onverantwoord, omdat het tweede huwelijk geen beroering had verwekt van aard om de instelling te discrediteren en omdat niet werd bewezen dat de werking van de instelling in de war werd gebracht of ernstig in de war kon worden gebracht).

Zodra het gesubsidieerd personeel van de gesubsidieerde inrichtingen van het vrij onderwijs bij Koninklijk Besluit onder statuut geplaatst wordt (het gesubsidieerd personeel van de gesubsidieerde inrichtingen van het vrij onderwijs zal geacht worden zich onder statuut te bevinden op de dag waarop het door artikel 12bis, § 3 van de Schoolpactwet in het vooruitzicht gestelde Koninklijk Besluit houdende bepaalde en op eenvormige wijze voor alle gesubsidieerde onderwijsnetten en voor alle gesubsidieerde personeelsleden vastgestelde statutaire bepalingen, zal zijn genomen en in werking getreden: Cass. 25juni 1979, *gecit.;* anders: de conclusies van advokaat-generaal Lenaerts, A., die oordeelt dat het nu reeds onder statuut staat; zie ook de geciteerde noot Rigaux, M., *R.W.*, 1976-77, 1260-1262), en dus niet meer onder het arbeidsovereenkomstenrecht valt, zal dus eventueel weer kunnen aangenomen worden dat de eisen van de katholieke moraal de onmiddellijke beëindiging van het bediendencontract wettigen, zonder krenking van de openbare orde, wanneer een onderwijzer in het huwelijk treedt na echtscheiding of met iemand die gescheiden is (vgl. de conclusies van eerste advokaat-generaal Dumon, F., *l.c.*, 1946).

Met advocaat-generaal Lenaerts, A. zou kunnen kan gesteld worden: ,,Door de verplichting aan te gaan geen gescheiden man te huwen zolang men in dienst van de school is, beperkt men zelf eigenmachtig zijn recht om te huwen, maar dat is geen aantasting van dat recht ... (Conclusies adv. gen. Lenaerts, A., *l.c.*, 196).

Een beroep op de artikelen 8, 9 en 19 van het Verdrag van 4 november 1950 op de bescherming van de rechten van de mens, goedgekeurd bij de wet van 13 mei 1955, die het recht van eenieder waarborgen op eerbiediging van zijn privéleven en zijn gezinsleven, het recht van overtuiging te veranderen en het recht te huwen volgens de nationale wetten, zou ook vergeefs zijn: ,,Een einde maken aan een bediendencontract omdat de bediende in het huwelijk treedt ... is in de zin van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, de uitoefening van het recht in het huwelijk te treden noch beletten noch beperken. Dit recht blijft bestaan ... er is slechts een terugslag op de contractuele verhoudingen'' (Conclusies adv. gen. Dumon, F., *l.c.*, 1949).

43. De discriminatie tussen personeelsleden verbonden door een bediendencontract en personeelsleden onderworpen aan een statuut valt te betreuren. Ondanks de recente cassatiearresten, blijft het probleem van het ontslag van

katholieke onderwijzers die een met de katholieke moraal strijdig huwelijk aangaan uiterst delikaat, ongeacht of ze bedienden zijn of onder statuut staan.

Twee grondrechten staan tegenover elkaar. Aan de ene kant staat de huwelijksvrijheid, gewaarborgd door artikel 12 van het Verdrag van Rome. Men neemt nu vrij algemeen aan dat de grondwettelijke of verdragrechtelijke grondrechten ook in de verhoudingen tussen burgers een rol kunnen spelen. Er bestaat alleen betwisting over de directe of indirecte werking van de verdragsregels. „Met directe werking wordt dan bedoeld dat het verdrag zelf de norm levert waaraan de burgers zich in hun particuliere verhoudingen moeten houden, terwijl indirecte werking neerkomt op beïnvloeding van die verhouding, door bij interpretatie van privaatrechtelijke begrippen als openbare orde, goede zeden, maatschappelijke zorgvuldigheid de bestaande grondrechten als leidraad te nemen" (De Jonghe, J., *l.c.*, 1255). Zo een onderwijzer zich niet rechtstreeks kan beroepen op artikel 21*bis* Bediendenwet of artikel 12 van het Europees verdrag, dan kan hij nog artikel 6 B.W. inroepen. Aan de andere kant staat de onderwijsvrijheid, gewaarborgd door artikel 17 van de Grondwet.

Sommigen verlenen voorrang aan de huwelijksvrijheid, waar ze stellen dat de vrijheid van onderwijs niet in het gedrang komt, vermits de onderwijsinrichting het recht heeft het personeelslid te ontslaan mits naleving van een opzegtermijn of betaling van een opzegvergoeding. Anderen verlenen voorrang aan de onderwijsvrijheid, waar ze stellen dat de uitoefening van het recht te huwen los kan gedacht worden van het behoud van de beroepssituatie: het personeelslid mag dit recht uitoefenen, maar met alle gevolgen vandien, met name de verbreking — zonder opzegvergoeding of opzegtermijn — van de binding met het katholiek onderwijs. Er is evenwel geen reden om aan één van beide grondrechten een overwicht te verlenen op het andere. Veeleer moet nagegaan worden of uit de concrete omstandigheden van de zaak blijkt dat de leerkracht gehandeld heeft in strijd met zijn bewuste verbintenis de regels van de katholieke moraal na te leven (vgl. Baeteman, G., Delva, W., Bax, M., *l.c.*, *T.P.R.*, 1976, 347-348. Wel moet ermee rekening gehouden worden dat ook meer en meer katholieken uit de echt scheiden, hertrouwen na echtscheiding of huwen met een uit de echt gescheidene).

B. Concubinaat

Drie belangrijke cassatiearresten werden in de besproken periode uitgesproken in verband met drie blijvend actuele problemen: de vermenging van hun roerende goederen door de concubinerenden, de schenkingen tussen concubinerenden, en de schadevergoeding voor het overlijden van de bijzit.

I. *Schenkingen en legaten tussen concubinerenden*

44. Bij arrest van 23 juni 1977 (Cass., 23 juni 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 1098; *Pas.*, 1977, I, 1083; *R.W.*, 1977-78, 1996; *J.T.*, 1978, 83; bevestiging van Luik, 24 juni 1976, *Jur. Liège*, 1976-77, 81; zie Bax, M. *l.c.*, *R.W.*, 1979-80, 1687-1688. Vgl. in Frankrijk Cass. civ., 23 oktober 1974, *J.C.P.*, 1976, II,

18260; Cass. civ., 10 januari 1979, *J.C.P.*, 1979, IV, 88) bevestigt het hof van cassatie zijn zienswijze dat ,,opdat een gift tussen een man en een vrouw die geslachtsbetrekkingen onderhouden buiten het huwelijk nietig zou zijn het nodig is doch volstaat dat één van de doorslaggevende beweegredenen van de gift is geweest het doen ontstaan, het in stand houden of het vergoeden van de ongeoorloofde betrekkingen''.

Hieruit blijkt:

(1) dat het hof geslachtsbetrekkingen buiten het huwelijk nog steeds beschouwt als ongeoorloofd;

(2) dat giften tussen een man en een vrouw die buiten het huwelijk geslachtsbetrekkingen onderhouden niet nietig zijn omwille van die betrekkingen alleen (zie ook expliciet Cass., 19 januari 1968, *Pas.*, 1968, I, 640);

(3) dat het volstaat dat één van de doorslaggevende beweegredenen van de gift het doen ontstaan, in stand houden of vergoeden van die betrekkingen was (Gent, 9 januari 1981, *R.W.*, 1980-81, 2079).

De feitenrechter stelt op onaantastbare wijze het bewijs van het bestaan van een dergelijke beweegreden vast. Dit bestaan wordt niet vermoed. Zo er geen enkele aanwijzing bestaat voor de impulsieve en doorslaggevende beweegreden van de gift, is deze niet nietig (Luik, 24 juni 1976 en Cass., 23 juni 1977, *gecit.*; Brussel, 7 december 1976, *Rev. Not.*, 1977, noot Jeanmart, N.; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1977, nr. 22187, 407; Luik, 27 april 1977, *Jur. Liège*, 1977-78, 89, i.v.m. levensverzekering ten gunste van concubine; Bax, M., *l.c.*, 1688).

Ook een overeenkomst ten bezwarende titel kan nietig verklaard worden als strijdig met de openbare orde of de goede zeden, wanneer ze in hoofde van beide contractanten tot doel heeft een buitenechtelijke verhouding te beveiligen en bestendigen (Vred. Borgloon, 17 januari 1979, *Limb. Rechtsl.*, 1979, 82, in verband met een lening die een man aangaat bij zijn bijzit om onderhoudsgeld voor zijn echtgenote te betalen; vgl. Rb. Hasselt, 13 januari 1978, *R.W.*, 1977-78, 2164, in verband met de verkoop aan de bijzit van een gedeelte van een handelszaak, en Bergen, 9 september 1975, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1978, nr. 22239, in verband met de verkoop aan de bijzit van een onroerend goed). In deze twee gevallen wordt de overeenkomst niet nietigverklaard. Immers, ,,bij wederkerige overeenkomsten onder bezwarende titel moet de ongeoorloofde oorzaak te vinden zijn in de tegenprestatie van de medecontractanten of moet de uitvoering van de aldus ontstane overeenkomst leiden tot een ongeoorloofde of met de goede zeden strijdige situatie'' (Rb. Hasselt, 13 januari 1978, *gecit.*); ,,les mobiles déterminants ne peuvent être considérés dans le domaine des conventions à titre onéreux que s'ils sont entrés dans le champ contractuel, c'est-à-dire si les deux parties ont admis soit expressément soit tacitement que ce mobile soit une condition même de la convention'' (Bergen, 9 september 1975, *gecit.*, waar ook het argument dat het *in casu* om een verdoken schenking ging verworpen wordt).

Een onderscheid tussen beschikkingen om niet en overeenkomsten ten bezwarende titel dringt zich wel op wat de toepassing van de adagia ,,*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*'' en ,,*In pari causa turpitudinis cessat repetitio*'' betreft. Beide zijn alleen van toepassing op overeenkomsten ten bezwarende

titel, niet op beschikkingen om niet (Bricmont, G. en Humblet, M., noot onder Brussel, 14 oktober 1975, *J.T.*, 1975, 713. Anders: Brussel, 14 oktober 1975, *gecit.*).

Het adagium ,,*Nemo auditur*'' doelt op het feit dat, inzake overeenkomsten in strijd met de openbare orde en de goede zeden, geen enkele partij beschikt over een vordering tot uitvoering ervan. Een vordering tot nietigverklaring kan echter op grond van deze spreuk niet afgewezen worden (Bergen, 9 september 1975, *gecit.*).

De regel ,,*In pari causa*'' betreft de vordering tot teruggave bij immorele of ongeoorloofde overeenkomsten. De toepassing ervan is fakultatief (Bricmont, G. en Humblet, M, *l.c.*). De feitenrechter apprecieert soeverein of de nietigheid van artikel 1131 B.W. beter door de verwerping, dan wel door de ontvankelijkheid van de terugvordering wordt gerealiseerd.

Geldt het adagium principieel niet voor schenkingen tussen concubinerenden, dan moet hierop een uitzondering gemaakt worden ,,lorsque les prétendues libéralités s'analysent, en un *pretium stupri,* c'est-à-dire celles qui révèlent un prix représentant l'achat de complaisance, et partant un contrat à titre onéreux portant sur la personne humaine, contrat qui voile l'acte qui, dans la forme, se présente comme une libéralité'' (Bricmont, G. en Humblet, M, *l.c.*, 714; De Page, H., VIII, nr. 256, 3°).

II. *Schadevergoeding wegens overlijden van de bijzit*

45. In zijn arrest van 19 december 1978 (Cass., 19 december 1978, *R.W.*, 1978-79, 1709) bevestigt het hof van cassatie dat alleen schade die het gevolg is van het verlies van een niet onrechtmatig voordeel, grond tot vergoeding kan opleveren. Op 21 april 1958 (Cass., 21 april 1958, *Pas.*, 1958, I, 921; *J.T.*, 1958, 564, noot Taquet) besliste het hof uitdrukkelijk dat het verlies van de voordelen van een concubinaatsverhouding onrechtmatig was en dus geen grond tot vergoeding kon opleveren, noch materieel, noch moreel. Op 26 juni 1967 (Cass., 26 juni 1967, *R.W.*, 1967-68, 786; *Pas.*, 1967, I, 1260. Zie Baeteman, G., Delva, W. en Bax, M., *l.c.*, *T.P.R.*, 1976, 348, nr. 19) besliste het hof evenwel dat een in België voltrokken religieus huwelijk, hoewel het niet erkend wordt door de wet, niet (noodzakelijk) strijdig is met de openbare orde of de goede zeden en dat het voordeel uit het gemeenschappelijk leven gehaald door de vrouw die dit huwelijk aanging, niet (noodzakelijk) onrechtmatig is. Het kan moeilijk ontkend worden (zie evenwel De Wilde, L., ,,Concubinaat en rechtmatig belang'', *R.W.*, 1978-79, 1684-1685: ,,Het arrest van 26 juni 1967 bevat enkel de oplossing van een ,,cas d'espèce''; het bevat geen nieuwe algemene regel die afwijkt van de principiële stelling die het hof op 21 april 1958 over de onrechtmatigheid van het concubinaat innam'') dat het hof aldus, minstens impliciet, is teruggekomen op zijn expliciete afwijzing van elke schade-eis die zijn oorsprong vindt in een concubinaatsverhouding (Vandenberghe, H., *De juridische betekenis van het concubinaat,* Gent-Leuven, 1971, 182, nr. 107 en 193-195, nrs. 110.1 en 110.2; Jeanmart, N., *Les effets civils de la vie commune en dehors du mariage,* Brussel, 1975, 283, nr. 58).

In zijn arrest van 19 december 1978 lijkt het hof een nieuwe stap te zetten: ,,wanneer de rechter vaststelt dat de vrouw nog steeds gehuwd was en sinds een tiental jaren met de getroffene samenleefde in concubinaat, zonder echtscheiding te hebben verkregen of gevorderd, om onbekende redenen, sluit deze vaststelling noodzakelijk in dat haar betrekkingen in strijd waren met verplichtingen uit een bestaand huwelijk en derhalve met wetsbepalingen van openbare orde. De rechter heeft derhalve niet wettig kunnen beslissen dat het verlies van die betrekkingen het verlies van een niet onrechtmatig voordeel uitmaakte en dientengevolge overeenkomstig de bepalingen van de artikelen 1382 en 1383 B.W. moest worden vergoed'' (Cass., 19 december 1978, *R.W.*, 1978-79, 1711).

Voor het eerst maakt het hof van cassatie aldus een duidelijk onderscheid tussen het overspelig concubinaat en het niet overspelig concubinaat.

Het overspelig concubinaat (moet uit de woorden ,,zonder echtscheiding te hebben verkregen of *gevorderd*'' afgeleid worden dat een uitzondering wordt gemaakt voor het concubinaat na inleiding van een echtscheidingsprocedure?) is strijdig met de openbare orde. De voordelen die eruit spruiten zijn onrechtmatig en het verlies ervan kan geen aanleiding geven tot vergoeding.

,,Dat overspel een klachtmisdrijf is, verandert daar niets aan, aangezien de klacht geen bestanddeel is van het onrechtmatige, doch slechts een procedurevereiste voor de vervolging van het misdrijf. Als misdrijf is het overspel noodzakelijk *erga omnes* onrechtmatig. De eventuele depenalisering van het overspel verandert hier niets aan, zolang ook niet artikel 229 B.W. wordt afgeschaft, tegelijk met de getrouwheidsplicht'' (De Wilde, L., *l.c.*, 1688-1689. Anders, in Frankrijk: Cass. crim., 19 juni 1975, *D.*, 1975, 679 met noot Tunc, A.; *Gaz. Pal.*, 1975, J., 566, met noot R.C.; Paris, 10 november 1976, *D.*, 1978, 458, noot Bosquet-Denis; *J.C.P.*, 1978, II, 18859, noot Savatier, R. Volgens de Franse rechtspraak kan de aansprakelijke zich niet op het overspelig karakter van het concubinaat beroepen, gezien deze situatie het privéleven, beschermd door art. 9 C. Civ., van de tegenpartij raakt; enkel de wettige echtgeno(o)t(e) heeft legaal de mogelijkheid om deze toestand in rechte aan te voeren of tegen te stellen. Bij wet van 11 juli 1975 werd het overspel in Frankrijk wel gedepenaliseerd, maar het blijft een civielrechtelijke fout, zolang de getrouwheidsverplichting van gehuwden blijft bestaan).

Het niet-overspelig concubinaat is *in se* niet strijdig met de openbare orde. (Anders: De Wilde, L., *l.c.*, 1689-1690 en voetnoot 58. Een probleem is wel dat het hof van cassatie een jaar vroeger, in 1977, geslachtsbetrekkingen buiten het huwelijk nog steeds beschouwde als ongeoorloofd. Het hof oordeelt een jaar later misschien dat buitenhuwelijkse betrekkingen, gezien de evolutie van de zeden, en voor zover ze niet overspelig zijn, niet langer ongeoorloofd zijn, of in elk geval niet langer in die mate ongeoorloofd dat ze strijdig zouden zijn met de openbare orde). Minstens is ,,de principiële onrechtmatigheid van het concubinaat, zoals in een proces over de geldigheid van een rechtshandeling om niet, ook in het proces om schadevergoeding zonder noodzakelijke invloed op de rechtmatigheid van het gekrenkte belang van de eiser'' (De Wilde, L., *l.c.*, 1690).

Zo kan, naar gelang de omstandigheden van de zaak en de zekerheid van de

schade, zowel genegenheidsschade ingeroepen worden, als het verlies van de bestaanszekerheid, de bereidwillige hulp (tussen concubinerenden bestaat de wettelijke hulpverplichting van artikel 213 B.W. uiteraard niet: Cass., 11 april 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 881; *Pas.*, 1975, I, 794; wel eventueel een natuurlijke verbintenis tot het verschaffen van onderhoud: zie Rigaux, F., „Les effets juridiques du concubinage: vers une libéralisation de la jurisprudence belge?", (noot onder Cass., 6 juni 1975, *R.C.J.B.*, 1976, 299; Paris, 19 januari 1977, *D.*, 1977, I.R., 332) door de partner verschaft (De Wilde, L., *l.c.*, 1691-1696. Zie Baeteman, G., Delva, W. en Bax, M., *l.c..*, *T.P.R.*, 1976, 349. Adde: Brussel, 24 oktober 1974, *R.G.A.R.*, 1976, nr. 9561; *Rev. Not.*, 1975, 254, noot F.L.; *J.T.*, 1975, 156, kent alleen materiële schadevergoeding toe en beschouwt het verzoek om morele schadevergoeding als niet-ontvankelijk; Brussel, 26 februari 1975, *R.G.A.R.*, 1976, nr. 9562; *J.T.*, 1975, 379; *Bull. Ass.*, 1976, 475, noot Bogaert, B., daarentegen kent wel morele schadevergoeding toe, maar geen materiële, die onzeker is; Corr. Luik, 10 oktober 1977, *R.G.A.R.*, 1980, nr. 10154, weigert schadevergoeding toe te kennen aan een overspelige bijzit).

III. Vermenging en verdeling van goederen

46. Vermogensrechtelijke betwistingen tussen concubinerenden dienen met toepassing van het gemeen recht opgelost. Ieder der concubinerenden blijft eigenaar van de goederen die hij bij het begin van de samenleving in eigendom had, van de opbrengsten ervan, alsook van de goederen die hij persoonlijk tijdens het concubinaat heeft verkregen. Uit het bezit van lichamelijke roerende goederen — b.v. titels aan toonder — ontstaat het eigendomsrecht alleen wanneer het bezit deugdelijk is; dit is het geval wanneer het de in artikel 2229 B.W. opgesomde eigenschappen vertoont, onder meer ondubbelzinnigheid. (Brussel, 19 juni 1975, *Pas.*, 1976, II, 80; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1977, nr. 22188; *T. Not.*, 1977, 273). Het concubinaat brengt vaak een vermenging mee van goederen en winsten die voortvloeien uit de activiteit van de beide betrokkenen, zodat een staat van onverdeeldheid tot stand komt; bij de beëindiging van de betrekkingen kan dan ook een ernstig belang tot verzegeling ontstaan (art. 1148 Ger. W.). (Rb. Antwerpen, 11 september 1980, *R.W.*, 1980-81, 2631). Wanneer de concubinerenden hun respectievelijke goederen hebben vermengd is de schuldeiser van één van hen niet verplicht deze goederen te onderscheiden of af te scheiden: dit is onmogelijk geworden tengevolge van de vermenging die de concubinerenden zelf hebben bewerkstelligd. De schuldeiser kan dus beslag leggen op de goederen welke de concubinerenden aldus bezitten, tenzij de concubinerende niet-schuldenaar bewijst dat hij of zij alleen eigenaar is van het geheel of van een deel van de goederen. De rechter oordeelt soeverein of de concubinerenden de in beslag genomen goederen in bezit hadden, of zij ze gezamelijk gebruikten en of de door de revindicerende partij voorgelegde documenten voldoende zijn om het vermoeden van artikel 2279 B.W. teniet te doen. (Cass., 10 juni 1976, *Arr. Cass.*, 1976, 1135; *Pas.*, 1976, I, 1101; *R.W.*, 1976-77, 601; *T. Not.*, 1976, 283; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1977, nr. 22148; *J.T.*, 1976, 563; Beslagr. Luik, 8 maart 1978, *Jur. Liège*, 1978-79, 10, noot Leval, G.).

De concubinaatsverhouding zelf schept geen ,,affectio societatis'' tussen concubinerenden. Verbeteringswerken aan een onroerend goed van één concubinerende verricht met gelden van de andere moeten vergoed worden met toepassing van de uitgavenleer. (Luik, 22 februari 1980, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1981, nr. 22592 met opm.; vgl. art. 555, 3e lid B.W. Zie Baeteman, G., Delva, W., en Bax, M., *l.c.*, *T.P.R.*, 1976, 348. Zie in Nederland de tegengestelde opvattingen van Cohen Henriquez, E., ,,De huishoudelijke maatschap'', *W.P.N.R.*, 1980, nrs. 5511 en 5512 (voor de maatschap) en Van Mourik, M.J.A., ,,De rechtspraktijk en het ongehuwd samenleven'', *W.P.N.R.*, 1980, nr. 5523 (tegen de maatschap)).

IV. *Recht op privacy*

47. Bij vonnis van 26 december 1975 verklaart de arbeidsrechtbank te Brussel dat artikel 31 van het algemeen reglement van het personeel van de katholieke scholen strijdig is met artikel 8 van het verdrag van Rome, dat het recht op privacy waarborgt, om een onderwijzeres, ontslagen wegens een concubinaatsverhouding, een forse opzegvergoeding toe te kennen. (Arbrb. Brussel, 26 november 1975, *J.T.*, 1976, 329. Ten onrechte voegt de rechtbank er in een andere overweging aan toe: ,,il n'empêche que si la loi interdit un licenciement pour cause de mariage *a fortiori* l'interdit également pour une situation de fait que constitue le concubinage'' (*l.c.*, 330). Misschien doelt dit op de — betwistbare — opvatting dat de katholieke moraal toleranter zou zijn tegenover een concubinaat dan tegenover een nieuw huwelijk na echtscheiding; het concubinaat is immers een feitelijke toestand die steeds gewijzigd of opgeheven kan worden, terwijl het nieuw huwelijk de definitieve bevestiging is van een persoonlijke en gezinstoestand onverenigbaar met de kerkelijke wetten: Arbh. Antwerpen, 7 mei 1976, motieven, *R.W.*, 1976-77, 1252; Verstegen, R., *l.c.*, *R.W.*, 1976-77, 1959).

Het arbeidshof te Gent daarentegen beslist, bij arrest van 9 mei 1979 (Arbh. Gent, 9 mei 1979, *R.W.*, 1979-80, 1458), dat bedoelde ontbindende voorwaarde uit het algemeen reglement terecht door de directie werd ingeroepen tegen een leraar die in concubinaat leefde en veroordeeld werd wegens overspel. Deze leraar, aldus het arbeidshof, ,,kan bezwaarlijk zijn gedragingen, die onvermijdelijk een bepaalde vorm van publiciteit gekend moeten hebben zowel bij zijn directie als bij de leerlingen en hun ouders, in overeenstemming brengen met de principes van de christelijke moraal die men logischerwijze bij hem mocht verwachten''.

Het door de leraar ingeroepen ,,artikel 8 van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens kan niet worden geschonden door de toepassing van modaliteiten en overeenkomsten met ontbindende voorwaarden die uit vrije wil en met voldoende kennis van die voorwaarden door beide partijen werden onderschreven. Beide contracterende partijen, behorend tot één zelfde confessionele ideologische en filosofische overtuiging, wisten immers en waren er zich voldoende van bewust dat een welbepaalde persoonlijke of familiale toestand volgend uit een concubinaat, met een veroordeling wegens overspel tot gevolg, niet verenigbaar is met de principes van de katholieke moraal, die door hen gekend is, zodat een verdere uitvoering van het contract onmogelijk werd''.

Het ziet er naar uit dat naast de betwisting over de ontslagen van gescheiden katholieke leraars die hertrouwen, een nieuwe betwisting over de ontslagen van, al of niet gescheiden, leraars die in concubinaat leven, aan de orde komt.

Het valt zeer te betwijfelen of de concubinerende met kans op succes zijn recht op privacy kan inroepen: van een ,,recht in concubinaat te leven'' wordt noch in artikel 21*bis* van de wet op de arbeidsovereenkomst voor bedienden, noch in het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens melding gemaakt. Bovendien is het overspelig concubinaat wettelijk een onrechtmatige verhouding en strijdig met de opvattingen van de katholieke moraal.

C. VERLOVING

48. Het verbreken van een huwelijksbelofte is op zichzelf geen fout in de zin van artikel 1382 B.W. Zijn de omstandigheden van de verbreking echter beledigend of schadelijk, dan kan er aanleiding zijn tot schadevergoeding (zie Baeteman, G., Delva, W., en Bax, M., *T.P.R.*, 1976, 351, nr. 20; Rb. Luik, 13 oktober 1978, *Jur. Liège*, 1978-79, 147. Dezelfde regel kan toegepast worden op de verbreking van een concubinaatsverhouding: Cass. civ., 24 november 1976, *D.*, 1977, I.R., 99; Paris, 27 februari 1979, *Rev. Not.*, 1980, 408).

Zo kent het hof van beroep te Luik op 14 mei 1975 een schadevergoeding van 20.000 F toe aan een zwanger meisje, dat zonder geldige reden door haar verloofde verlaten wordt (Luik, 14 mei 1975, *R.G.A.R.*, 1976, nr. 9535, obs. F.G.: ,,Lorsqu'une jeune fille, enceinte des œuvres de son fiancé, s'est vue inopinément et sans explication abandonnée par celui-ci, la rupture présente un caractère injurieux et est, partant, fautive''; vgl. Cass. civ., 6 november 1974, *D.*, 1975, I.R., 17; Cass. civ., 3 januari 1980, *D.*, 1980, I.R., 295.).

De rechtbank van Turnhout verklaart op 7 oktober 1977 de verbreking van de verloving foutief, die, in een zeer korte brief wordt bevestigd en tussenkomt na een verkering van niet minder dan zes jaar, na een officieel verlovingsfeest en na de bepaling van een huwelijksdatum. Zij kent echter slechts 1 F principiële schadevergoeding toe, omdat het onmogelijk is de morele schade juist te bepalen wanneer het slachtoffer minder dan een jaar nadien een nieuwe verkering is begonnen en een huwelijk heeft afgesloten (Rb. Turnhout, 7 oktober 1977, *R.G.A.R.*, 1978, nr. 9951).

Ook een derde kan tot schadevergoeding gehouden zijn als hij schuld heeft aan de verbreking van een verloving. De rechtbank te Luik kent op 24 februari 1976 schadevergoeding toe aan de zwangere verloofde ten laste van hem, die de dood van haar toekomstige echtgenoot op de vooravond van het huwelijk veroorzaakte (Rb. Luik, 24 februari 1976, *Jur. Liège*, 1975-76, 235).

Merkwaardig is volgend voorval: een garagist herstelt de wagen van zijn verloofde; na verbreking van de verloving legt hij haar een faktuur voor van 12.793 F voor uitgevoerde leveringen en prestaties. Terecht verklaart de vrederechter te Brugge op 17 oktober 1975 zijn vordering ongegrond, daar de garagist op het ogenblik van de uitvoering der leveringen en prestaties niet de bedoeling had deze aan te rekenen, zodat er dienaangaande geen overeenkomst tussen partijen kon zijn (Vred. Brugge, 17 oktober 1975, *R.W.*, 1978-79, 1861).

De schenking van een verlovingsring onder toekomstige echtgenoten vervalt indien het huwelijk daarop niet volgt (art. 1088 B.W.). Bij niet-uitvoering van de — ondeelbare — verbintenis tot teruggave ontstaat een — deelbare — verbintenis tot schadevergoeding (Rb. Kortrijk, 17 juni 1980, *T. Not.*, 1980, 361. Vgl. Paris, 3 december 1976, *D.*, 1978, 339 met noot Foulon-Piganiol, Cl. I.: verlaten verloofde mag verlovingsring houden).

§ 2. Aangaan van een huwelijk

A. Toestemming van de aanstaande echtgenoten zelf

49. Een vader vraagt dat het huwelijk van zijn zoon zou nietigverklaard worden op grond van afwezigheid van toestemming (art. 146 B.W.), gevolg van geesteszieke. Het huwelijk dateerde van 19 november 1969; op 4 oktober 1973 werd de zoon onbekwaamverklaard; de vader poogt aan de hand van een reeks feiten aan te tonen dat de oorzaak van de onbekwaamverklaring kennelijk bestond ten tijde van het huwelijk (art. 503 B.W.); de rechtbank, niet overtuigd van een aanhoudende staat van onnozelheid of krankzinnigheid, wijst een deskundige aan, die besluit dat de zoon inderdaad op het ogenblik van zijn huwelijk ,,n'avait pas la lucidité ni le sens des responsabilités pour contracter mariage avec toutes les implications qui en ont découlé'' (Rb. Charleroi, 9 februari 1977 en 26 mei 1978, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1979, 192; *Pas.*, 1978, III, 9).

Het huwelijk is bijgevolg volstrekt nietig, wegens totaal gemis aan toestemming; deze volstrekte nietigheid kan door elke belanghebbende gevorderd worden (zie Cass., 28 mei 1958, *Pas.*, 1958, I, 1069; Baeteman, G., Delva, W. en Bax, M., *l.c.*, *T.P.R.*, 1976, 361, nr. 33; Rb. Aarlen, 15 oktober 1976, *Jur. Liège*, 1976-77, 91 met andersluidend advies O.M.; Cass. civ., 28 mei 1980, *J.C.P.*, 1981, II, nr. 19552 met noot Raymond, G.).

Een enigszins verstoorde psychische toestand veroorzaakt door de verbreking van de banden van de huwende met zijn ouders levert zeker geen bewijs van het gemis aan toestemming (Brussel, 22 januari 1980, *R.W.*, 1979-80, 2915; *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1981, 31).

De Franse rechtspraak neemt aan dat de echtgenoot die niet de afwezigheid van toestemming van zijn geesteszieke of geestelijk gestoorde echtgenoot kan bewijzen, in eigen hoofde dwaling omtrent de persoon van zijn echtgenoot kan inroepen (Cass. civ., 29 januari 1975, *D.*, 1975, 668 met noot Hauser, J.; T.G.I. Rennes, 9 november 1976, *D.*, 1977, 539 met noot Cosnard, H.D., ,,La nullité du mariage par erreur sur la personne depuis la loi du 11 juillet 1975''. Vgl. Rb. Aarlen, 15 oktober 1976, *gecit.*, die integendeel blijkbaar alleen de geestelijk achterlijke toelaat de betrekkelijke nietigheid in te roepen op grond van zijn gebrekkige toestemming).

De Belgische rechtspraak interpreteert ,,dwaling in de persoon'' blijkbaar nog steeds als dwaling over de fysische en burgerlijke eenzelvigheid van de persoon (vgl. Cass. civ., 19 februari 1975, *D.*, 1975, I.R., 101: dwaling over de naam en de burgerlijke stand van de echtgenote is, gelet op de omstandigheden — 25 jaar

samenleven —, geen grond tot nietigheid). Misvorming van geslachtsorganen en lichamelijk onvermogen tot geslachtsverkeer wegens misvorming zijn geen reden tot nietigheid en kunnen niet in aanmerking genomen worden als dwaling omtrent de fysische identiteit der partners (Brussel, 22 januari 1980, *gecit.*).

De toestemming kan ook gebrekkig zijn als gevolg van dwang. Het herhaaldelijk aandringen op het sluiten van het huwelijk vanwege de toekomstige echtgenoot en zijn ouders maakt echter geen dwang uit (Brussel, 22 januari 1980, *gecit.*).

50. Van een geveinsd huwelijk is er sprake wanneer beide echtgenoten het gemeenschappelijk inzicht hebben een huwelijk af te sluiten om andere redenen dan om een blijvende echtvereniging tot stand te brengen. De meest voorkomende vorm van simulatie bestaat erin de pleegvormen van het huwelijk aan te wenden met het enkel doel aldus de Belgische nationaliteit te verkrijgen en te ontsnappen aan de toepassing van de wetgeving op de tewerkstelling van vreemdelingen. Vooral in prostitutiekringen komen schijnhuwelijken voor.

Een gesimuleerd huwelijk is, bij gemis aan echte toestemming van beide echtgenoten, volstrekt nietig.

Bestaat het bedrieglijk opzet slechts in hoofde van één der echtgenoten, dan heeft men eigenlijk niet te doen met een schijnhuwelijk — één der echtgenoten is ervan overtuigd een echt huwelijk, met al zijn gevolgen, te hebben aangegaan —, maar dan kan dit huwelijk toch nietig verklaard worden op vordering van elke belanghebbende, ook het openbaar ministerie, op grond van de afwezigheid van toestemming of de wetsontduiking in hoofde van één echtgenoot (vgl. Baeteman, G., Delva, W. en Bax, M., *l.c.*, *T.P.R.*, 1976, 362, nr. 33. *Adde*: Rb. Brussel, 30 maart 1976, *J.T.*, 1976, 427; Rb. Luik, 24 juni 1977; *Jur. Liège,* 1977-78, 227; Rb. Brussel, 4 oktober 1977, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1978, 261, noot Matthijs, J.; Rb. Charleroi, 9 februari 1977, *Pas.*, 1978, III, 9. Anders: Rb. Luik, 13 januari 1978, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1978, 265, noot Matthijs, J.; *Jur. Liège,* 1978-79, 55). Terecht merkt M. Bax dan ook op (Bax, M., *l.c.*, *R.W.*, 1979-80, 1690) dat het onderscheid tussen simulatie en afwezigheid van toestemming dan nogal kunstmatig voorkomt.

De feitenrechter oordeelt in ieder geval soeverein of er inderdaad simulatie of afwezigheid van toestemming is (zie b.v. afwijzend, Rb. Charleroi, 9 februari 1977, *gecit.*; Rb. Luik, 13 januari 1978, *gecit.*, en Brussel, 22 januari 1980, *gecit.*, waar niet bewezen werd dat het huwelijk alleen werd aangegaan om bepaalde voordelen te genieten i.v.m. de legerdienst).

51. Een posthuum huwelijk kan in België nog niet geldig worden gesloten. Maar het in Frankrijk door een Belgische vrouw gesloten huwelijk met een overleden man van Franse nationaliteit moet in België als geldig aanvaard worden.

De toepasselijke wet inzake bepaling van de geldigheidsvoorwaarden van de wilsuiting in hoofde van de echtgenoot van Franse nationaliteit is inderdaad de Franse wet, die het posthuum huwelijk toelaat; deze wet is overigens niet onverenigbaar met de nationale doeleinden van het Belgisch positief recht (Luik,

6 februari 1980, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 274 met advies advocaat-generaal Charlier, P. Zie het voorstel van wet tot invoering van het posthume huwelijk en opneming van een desbetreffend artikel 171*bis* in het B.W., *Parl. St.*, Senaat, 1975-76, nr. 875. Over het huwelijk in het kerkelijk recht, lees: Kohle, A., ,,L'indissolubilité du mariage en droit canonique et ses exceptions'', *J.T.*, 1976, 33; Jeegers-Blank, C., ,,La procédure de nullité de mariage devant les tribunaux ecclésiastiques belges'', *J.T.*, 1981, 249. Zie ook, over het huwelijk in het algemeen: Heyvaert, A., ,,Het wezen van de instituten afstamming en huwelijk'', *R.W.*, 1979-80, 737; Van Houtte, J., ,,Het huwelijk in rechtssociologisch perspectief'', *R.W.*, 1980-81, 301).

B. TOESTEMMING VAN DE OUDERS

52. Op grond van artikel 160*bis* B.W. is alleen het openbaar ministerie bevoegd om de zaak voor de jeugdrechtbank te brengen indien beide ouders — of de overlevende ouder of de grootouders — hun toestemming tot het huwelijk van een minderjarige weigeren. De procureur des Konings heeft een discretionaire beoordelingsmacht: hij beslist vrij of hij al dan niet optreedt (Bergen, 20 december 1978, *Pas.*, 1979, II, 24, met noot; Jeugdrb. Brussel, 13 januari 1975, *D.M.J.*, I, 303 met advies O.M. Poelman, F.; Brussel, 13 februari 1975, *D.M.J.*, I, 309).

De jeugdrechtbank moet oordelen of de weigering van de ouders een ,,misbruik'' is. De jeugdrechtbank te Charleroi beschouwt de weigering gesteund op de persoonlijke godsdienstige overtuiging als onverantwoord (Jeugdrb. Charleroi, 9 april 1976, *D.M.J.*, I, 332). Het hof van beroep te Brussel acht de weigering onverantwoord die volgt op een actieve medewerking van beide ouders aan de voorbereiding van het huwelijk zonder dat een nieuw element wordt aangevoerd (Brussel, Jeugdrb., 13 februari 1975, *gecit.*).

Misbruik van recht bestaat niet enkel in het gebruik van het recht met het oogmerk om te schaden maar ook in het afwenden van het recht van zijn sociale functie (Zie Baeteman, G., Delva W. en Bax, M., *l.c.*, *T.P.R.*, 1976, 356, nr. 28; Brussel, 13 februari 1975, *gecit.*; Bax, M., *l.c.*, *R.W.*, 1976-77, 1633).

In een belangrijk arrest van 2 mei 1980 houdt het hof van cassatie zich — in tegenstelling tot de meeste auteurs en rechters — aan een vrij enge interpretatie van het begrip ,,misbruik'' en benadrukt het onderscheid tussen de artikelen 160*bis*, eerste lid (weigering van toestemming) en 148, tweede lid B.W. (onenigheid tussen de ouders).

Artikel 160*bis*, anders dan artikel 148 B.W., heeft niet tot gevolg de jeugdrechtbank in de plaats van de ouders te stellen om na te gaan of het voorgenomen huwelijk al dan niet het belang van het minderjarige kind dient. De jeugdrechter moet enkel onderzoeken of de ouders misbruik maken van hun ouderlijke macht; een dergelijk misbruik bestaat niet, wanneer zij hun toestemming tot het huwelijk weigeren om redenen die door het belang van het kind worden ingegeven en die kunnen verantwoord zijn. De rechter mag er zich niet toe beperken zijn eigen mening over het belang van het kind uit te drukken en mag het ,,abusief'' en willekeurig karakter van de weigering niet uitsluitend afleiden uit het niet over-

eenstemmen van de houding van de ouders met zijn zienswijze. Hij moet nagaan of de ouders, door hun weigering, het belang van het kind nastreven (Cass., 2 mei 1980, *R.W.*, 1980-81, 766 met noot J.P., *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1981, 13; Jeugdrb. Brussel, 13 januari 1975, *gecit.*).

Dit cassatiearrest zal evenwel niet beletten dat de rechter in de praktijk, bij het onderzoeken of de weigering van de ouders al of niet door het belang van het kind wordt ingegeven, zijn eigen opvatting over het belang van het kind, kan laten doorwegen.

Het is voor een rechter zeer moeilijk zich in de plaats van de ouders te stellen; wat naar het oordeel van de ouders geen misbruik is, want in het belang van het kind, kan in de ogen van de rechter wel een misbruik zijn, want niet in het belang van het kind.

Een weigering is niet abusief om de enkele reden dat ze volgens de rechter ingaat tegen het belang van het kind, maar niets belet de rechter in zijn motivering te preciseren dat de weigering van de ouders niet door het belang van het kind wordt ingegeven.

Kunnen de echtgenoten schadevergoeding vorderen als de ouders hun toestemming weigerden en de jeugdrechter deze weigering als misbruik bestempelde?

Geen wetsbepaling verbiedt de rechter schadevergoeding toe te kennen aan een kind, slachtoffer van een rechtsmisbruik, waaronder afwending van een — doelgebonden — bevoegdheid.

Artikel 179 B.W., dat de rechter verbiedt de bloedverwanten in de opgaande lijn tot schadevergoeding te veroordelen wegens *verzet* door hen gedaan tegen het huwelijk van kinderen of afstammelingen, is alleen toepasselijk in geval van verzet tegen het huwerlijk (art. 173 B.W.), niet in geval van weigering van toestemming tot het huwelijk (art. 148 e.v. B.W.) (Vred. Menen, 12 december 1979, *R.W.*, 1979-80, 2727 met noot Pauwels J.). Artikel 179 B.W. is een uitzondering uit op artikel 1382 B.W. en is dus niet voor analogische toepassing vatbaar.

Een meisje van 19 jaar, zwanger, wenst in het huwelijk te treden met haar verloofde vóór haar zwangerschap waarneembaar wordt. Op het ogenblik van haar geboorte leefden haar vader en moeder reeds jarenlang feitelijk gescheiden, en haar moeder leefde in concubinaat met een andere man. Na het overlijden van de moeder verbleef het kind bij de grootmoeder langs moederszijde. Het was algemeen bekend dat de wettelijke vader niet de echte vader was, maar naliet het kind te ontkennen. Hij en het kind waren feitelijk vreemden voor elkaar.

De 51-jarige vader weigert toestemming te verlenen voor het huwelijk van zijn dochter, omdat ,,indien hij zou toestemmen, zijn ouders hem dreigen op straat te zetten''. De jeugdrechtbank beschouwt de weigering van de vader, die niet verschijnt op de terechtzitting, als een misbruik. De verloofden huwen op 13 oktober 1978, in plaats van op 22 juli 1978, zoals gepland. Zij stellen een vordering tot schadevergoeding in tegen de vader voor de vrederechter te Menen. Deze kent, met toepassing van hogervermelde beginselen, zowel materiële schadevergoeding (wijziging van drukwerk, schadevergoeding voor orkest en

feestzaal, één maand huur) als morele schadevergoeding (aan iedereen uitleg moeten verschaffen, zwangerschap zichtbaar) toe (Vred. Menen, 12 december 1979, *gecit.*).

53. De ouders aan wie een uitdrukkelijke akte van eerbied betekend is, moeten, om te beletten dat na een maand tot de voltrekking van het huwelijk wordt overgegaan, binnen de vijftien dagen na de betekening van de akte van eerbied, *opkomen* tegen het huwelijk door dagvaarding voor de rechtbank van eerste aanleg, met aanvoering van gegronde redenen tot weigering. De rechtbank beoordeelt de gegrondheid van de aangehaalde redenen soeverein (Rb. Luik, 14 februari 1975, *Jur. Liège,* 1975-76, 84).

Zij kan bijvoorbeeld vooral rekening houden met de kansen op stabiliteit van het huwelijk (Rb. Luik, 8 oktober 1976, *Jur. Liège,* 1976-77, 299. In verband met verloofden die elkaar meer dan 5 jaar kenden en financieel onafhankelijk waren beslist deze rechtbank: ,,Les chances de stabilité ne paraissent pas moins sérieuses que pour la bonne moyenne des mariages'').

Het opkomen door de ouders tegen de akte van eerbied is slechts een verbiedend huwelijksbeletsel. Wordt het huwelijk toch gesloten, dan kunnen de ouders de nietigheid ervan niet vragen wegens het ontbreken van hun toestemming (Brussel, 22 januari 1980, *gecit.*).

Ook de ouders die misbruik maken van hun recht om geconsulteerd te worden en een huwelijk te doen uitstellen tussen 21 en 25 jaar, kunnen tot schadevergoeding veroordeeld worden (Pauwels, J., noot onder Vred. Menen, 12 december 1979, *R.W.*, 1979-80, 2732).

54. De ouders, en bij gebreke van ouders de grootouders, kunnen zich steeds verzetten tegen het huwelijk van hun trouwlustige kinderen en kleinkinderen, of dezen nu minderjarig, tussen 21 en 25 jaar oud of ouder dan 25 jaar zijn (art. 173 B.W.), zonder dit verzet te moeten motiveren (art. 176 B.W.). Indien hun verzet evenwel niet steunt op een wettelijk huwelijksbeletsel kan de rechtbank niet anders dan de opheffing ervan bevelen, wanneer deze in rechte vervolgd wordt (Zie Baeteman, G., Delva, W. en Bax, M., *l.c., T.P.R.*, 1976, 360, nr. 31).

De opheffing van het verzet kan gevorderd worden door beide aanstaande echtgenoten of door één van hen, voor zover hij meerderjarig is (anders: Rb. Dendermonde, 1 april 1976, *R.W.*, 1975-76, 2507 en de noot van Pauwels, J., omdat het een vordering met een strikt persoonlijk karakter zou betreffen). *De lege ferenda* is het verdedigbaar een minderjarige toe te laten zelf de opheffing van het verzet te vorderen, zoals het wenselijk is een minderjarige die de huwbare leeftijd bereikt heeft toe te laten zelf een verhaal in te leiden voor de jeugdrechtbank, wanneer zijn ouders weigeren toe te stemmen in het huwelijk; *de lege lata* kan dit, in beide gevallen, echter niet.

Het zelfs ongemotiveerd verzet van de ouders tegen het voorgenomen huwelijk kan principiëel nooit enige fout tot grondslag hebben, en nooit tot schadevergoeding aanleiding geven (art. 179 B.W.) omdat de ouders het recht hebben het huwelijk te vertragen en hun kinderen een laatste maal te doen nadenken.

,,Daaruit volgt dat zowel het verzet van de bloedverwanten in de opgaande lijn als het aanwenden in verband met dit verzet van alle rechtsmiddelen, zelfs op de door de wet bepaalde uiterste datum, en ook het verzoek om uitstel van het onderzoek naar de gegrondheid van het verzet, om de uitwerking van het verzet zo lang mogelijk te verlengen, niet tot een veroordeling van voormelde bloedverwanten tot schadevergoeding aanleiding kunnen geven'' (Cass., 14 oktober 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 210; *R.W.*, 1978-79, 1107; *Pas.*, 1978, I, 197; *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1978, 241 met noot).

De rechtbank te Dendermonde oordeelt dat er in één geval toch sprake kan zijn van rechtsmisbruik: indien de ouders, zonder enige wettige reden, van hun recht van verzet gebruik maken, ondanks het feit dat zij voordien reeds hun recht om tegen het huwelijk (van een 21- tot 25-jarige) op te komen hadden aangewend en dat dit door de rechtbank ongegrond werd verklaard (Rb. Dendermonde, 1 april 1976, *gecit.* Met dit geval kan gelijkgesteld worden het verzet nadat de jeugdrechtbank een minderjarige toestemming heeft verleend te trouwen, de weigering van de ouders als misbruik beschouwend).

Gelet op de algemene bewoordingen van artikel 179 B.W. en van het cassatiearrest van 14 oktober 1977 kan die stelling in de huidige stand van ons recht niet verdedigd worden (Vgl. Pauwels, J., noot, *R.W.*, 1975-76, 2512).

Alleen kan gepleit worden voor de afschaffing van dit overdreven voorrecht van de ouders (Zie Masson, J.P., ,,L'opposition des ascendents au mariage de leurs descendants'', *J.T.*, 1978, 202) en moet vastgesteld worden dat ,,het weinig billijk lijkt de onbehoorlijke uitoefening van het ouderlijk gezag over minderjarige kinderen of over personen tussen 21 en 25 jaar strenger te behandelen dan de excessen bij het staartje van het ouderlijk gezag na 25 jaar'' (Pauwels, J., noot, *R.W.*, 1979-80, 2732).

C. Wachttermijn

55. Vroeger reeds werd het begrip ,,morele onmogelijkheid'' van artikel 228 B.W., dat alleen kan ingeroepen worden indien een echtscheidingsprocedure of een procedure van scheiding van tafel en bed werd ingeleid vóór de ontbinding van het huwelijk (Rb. Bussel, 27 oktober 1978, *Pas.*, 1978, III, 70) steeds ruimer geïnterpreteerd: met de machtiging om afzonderlijk verblijf te houden worden gelijkgesteld het proces-verbaal van niet-verzoening bij echtscheiding op grond van bepaalde feiten en het proces-verbaal van eerste verschijning bij echtscheiding door onderlinge toestemming (Zie Baeteman, G., Delva, W. en Bax, M., *l.c.*, *T.P.R.*, 1976, 352, nrs. 22 en 23. Anders: Luik, 21 mei 1980, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 286 met noot J.L.R.: het proces-verbaal van niet-verzoening staat niet gelijk met de rechterlijke machtiging tot afzonderlijk verblijf), echter niet een beslissing van de vrederechter in het kader van artikel 223 B.W. (Rb. Dinant, 26 november 1980, *Rev. Rég. Dr.*, 1981, 36).

Nu wordt ook de ,,natuurlijke onmogelijkheid'' om gemeenschap te hebben teleologisch geïnterpreteerd.

Zo wordt aangenomen dat de termijn van 300 dagen een einde neemt niet alleen in geval van bevalling, maar ook in het geval dat de vrouw bewijst dat ze niet zwanger meer kan worden (Gent, 2 april 1976, *R.W.*, 1976-77, 434 met noot Pauwels, J.; *J.T.*, 1977, 609, met noot J.E.) en zelfs in het geval dat de vrouw bewijst dat ze niet zwanger is (Rb. Kortrijk, 13 april 1979, *R.W.*, 1978-79, 2749; *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 120; Herbots, J., ,,Mag ik hertrouwen asjeblief? Over analogie en wetsuitlegging'', *R.W.*, 1978-79, 2689; Rb. Brussel, 27 oktober 1978, *Pas.*, 1978, III, 70: certificaat van niet-zwangerschap na een feitelijke scheiding van meer dan 10 jaar).

In geval het huwelijk ontbonden is door het overlijden van de man of door echtscheiding door onderlinge toestemming, is alleen de rechtbank van de woonplaats van de vrouw bevoegd om de wachttijd in te korten of af te schaffen (art. 228, 2e lid B.W.).

Werd het huwelijk ontbonden door echtscheiding op grond van bepaalde feiten, dan is uitsluitend de rechtbank die de echtscheiding toestaat of heeft toegestaan, bevoegd (art. 296, 2e lid B.W.) (Arrondrb. Charleroi, 31 maart 1976, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1979, 191).

D. Leeftijdsvoorwaarden

56. In België is de Koning bevoegd om ontheffing te verlenen van de leeftijdsvereiste (art. 145 B.W.). In Italië daarentegen zijn de rechtbanken bevoegd om zulke ontheffing te verlenen. De vraag stelt zich of een Italiaanse minderjarige die in België wil huwen, vóór hij of zij (in Italië is de leeftijdsvereiste 18 jaar zowel voor meisjes als jongens) de leeftijd van 18 jaar heeft bereikt, vrijstelling moet vragen aan de Koning of aan de rechtbank van eerste aanleg (Zie Born, H., ,,La compétence des tribunaux belges à l'égard des demandes de dispense de l'âge légal de la nubilité intéressant des mineurs étrangers'', *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1978, 203).

De rechtbank te Charleroi verklaart zich terzake bevoegd: op grond van artikel 3, derde lid B.W. moet toepassing gemaakt worden van de bepaling van het Italiaans burgerlijk wetboek krachtens dewelke het gerechtelijk gezag ontheffing van het leeftijdsvereiste inzake huwelijk kan verlenen (Rb. Charleroi, 30 juni 1977, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1978, 287 met andersluidend advies van het openbaar ministerie; Rb. Brussel, 14 mei 1980, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1981, 83).

De rechtbank te Luik verklaart zich terecht onbevoegd: alleen de leeftijdsvereiste zelf betreft de staat van de personen. De overheid bevoegd om ontheffing te verlenen wordt bepaald door de *lex fori*; iedere staat verdeelt soeverein de bevoegdheden onder zijn diverse grondwettelijke organen (Rb. Luik, 12 november 1976, *J.T.*, 1977, 211; Jeugdrb. Tongeren, 19 april 1978, *D.M.J.*, 1-350; Masson, J.P., *l.c.*, *J.T.*, 1979, 588-589, die evenwel de lege ferenda liever de gerechterlijke overheid bevoegd ziet voor elke ontheffing van leeftijdsvereiste. Vgl. Rigaux, F., *Droit international privé*, II, Brussel 1979, nr. 789).

E. VERBODEN BLOED- EN AANVERWANTSCHAP

57. Er weze enkel verwezen naar een artikel van P. Senaeve (Zie Senaeve, P., ,,La prohibition du mariage en raison de la parenté et de l'alliance'', *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1978, 312).

F. BIGAMIE

58. Iedere belanghebbende kan de nietigverklaring vervolgen van een tweede huwelijk aangegaan vóór de ontbinding van het eerste (art. 147 en 184 B.W.). De meeste gevallen van bigamie doen zich voor bij een nieuw huwelijk van een echtgenoot die in het buitenland een echtscheiding heeft verkregen, welke nadien in België niet rechtsgeldig wordt bevonden (Zie Bax, M., *l.c., R.W.*, 1976-77, 1636; Verbiest, L., ,,Bigamie en Overspel — Overzicht van rechtspraak'', *Jura Falconis*, 1980-81, nr. 3, 323).

Een man poogt zijn tweede huwelijk, gesloten met dezelfde vrouw maar onder andere huwelijksvoorwaarden, nietig te doen verklaren, de ongeldigheid inroepend van het echtscheidingsvonnis 40 jaar vroeger door een Nederlandse rechter uitgesproken. Het hof van beroep te Brussel wijst zijn vordering af, wegens gebrek aan voldoende bewijs van de toenmalige wetsontduiking (Brussel, 8 december 1975, *Rev. Not.*, 1976, 80, noot F.L.).

Een polygaam huwelijk, in het buitenland gesloten door een Marokkaan volgens zijn personeel statuut, wordt niet beschouwd als strijdig met de internationale openbare orde en heeft in België gevolgen (Rb. Luik, 26 juni 1975, *Jur. Liège*, 1975-76, 163, i.v.m. de onderhoudsvordering van één der vrouwen; zie Baeteman, G., Delva, W. en Bax, M., *l.c., T.P.R.*, 1976, 364, nr. 38). Maar een Marokkaan kan in België geen tweede huwelijk aangaan alvorens zijn eerste is ontbonden (Baeteman, G., Delva, W. en Bax, M., *l.c.*; Cass. civ., 21 mei 1974, *D.*, 1975, 9, noot P. Guiho).

En een Algerijn, in België gehuwd met een Marokkaanse, en nadien in Marokko gehuwd met een Franse, kan zich niet op dit huwelijk — ongeldig volgens het persoonlijk statuut van de Franse echtgenote — beroepen om in België aan vervolgingen wegens overspel, op klacht van zijn eerste vrouw, te ontsnappen (Brussel, 10 april 1979, *J.T.*, 1979, 613 met noot Messinne J.).

Een Marokkaan, gehuwd met een Belgische op het Marokkaanse consulaat te Luik, verzet zich tegen het huwelijk van die vrouw met een andere man (art. 127 B.W.). De vrouw bekomt opheffing van het verzet: de Marokkaanse consul in België is niet bevoegd om een huwelijk te voltrekken tussen een Marokkaan en een Belgische (art. 170, 3° B.W.) (Rb. Luik, 27 februari 1976, *Jur. Liège*, 1975-76, 275. Zelfde oplossing in Frankrijk: T.G.I. Paris, 24 februari 1975, *D.*, 1975, 379; *Rép. Defr.*, 1975, nr. 30.945, met noot Massip, J.). Deze rechtspraak wordt bevestigd door artikel 2 van een Belgisch-Marokkaans ,,protokol van administratief akkoord'' van 26 september 1979 betreffende de toepassing van de regels aangaande de staat van de personen op het grondgebied van Marokko en België. (Zie Verhoeven, J., ,,Etat des personnes et compétences consulaires. A

propos d'un accord belgo-marocain'', *J.T.*, 1980, 717. Artikel 4 van het akkoord erkent de verstoting in Marokko van Marokkaanse echtgenoten en kent haar in België dezelfde gevolgen toe als een echtscheidingsvonnis in het buitenland uitgesproken: zie Verhoeven, J., *l.c.*, 721. Ook Cass. civ., 18 december 1979 en 3 januari 1980, *D.*, 1980, 549 met noot Poisson-Drocourt, E., beschouwt de verstoting niet als strijdig met de Franse internationale openbare orde).

De rechtbank beschouwt dit huwelijk als onbestaand en weigert de Marokkaan het voordeel van het putatief huwelijk toe te kennen. Ten onrechte: de rechtbank had de schijntoestand moeten ongedaan maken door de nietigverklaring uit te spreken, waarna eventueel het voordeel van het putatief huwelijk kon verleend worden (Bax, M., *l.c.*, *R.W.*, 1976-77, 1636; Masson, J.P., *l.c.*, *J.T.*, 1979, 589).

De correctionele rechtbank te Charleroi beslist dat een religieus huwelijk in het buitenland voltrokken, terwijl de echtgenote zelf gehuwd en niet uit de echt gescheiden is, geen enkel rechtsgevolg kan hebben. Het voordeel van het putatief huwelijk wordt niet toegekend omdat de staat van gehuwde persoon aan beide partijen bekend was en in hun hoofde de goede trouw uitsluit (Corr. Charleroi, 3 januari 1977, *R.G.A.R.*, 1980, nr. 10153).

G. CLANDESTINITEIT

59. Weer worden twee huwelijken, afgesloten in Gretna Green, nietigverklaard. De rechtbank te Mechelen verklaart dergelijk huwelijk nietig op grond van clandestiniteit (Rb. Mechelen, 25 mei 1976, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1978, 383). Op 1 januari 1978 is de *Marriage (Scotland) Act 1977* in werking getreden. Voortaan moet ieder die wenst te trouwen in Schotland en geen ,,domicile'' heeft in het Verenigd Koninkrijk, een verklaring overleggen van de autoriteiten van het land van ,,domicile''. Aldus wordt een eind gemaakt ,,aan het huwelijkstoerisme van minderjarigen die van de toestemming tot huwen van hun ouders verstoken zijn'' (Struycken, A.V.M., ,,Overzicht der Nederlandse Rechtspraak, I.P.R.'', *W.P.N.R.*, 1980, 835).

Het hof van beroep te Bergen verklaart een huwelijk nietig op grond van afwezigheid van toestemming van de ouders, oordelend dat ,,il est sans utilité de rechercher si l'union contractée n'est pas, en outre, frappée d'une autre nullité susceptible ou non de se couvrir, notamment pour vice de clandestinité'' (Bergen, 20 december 1978, *Pas.*, 1979, II, 24). *In casu* stelde zich inderdaad geen probleem: de ouders hadden het huwelijk noch uitdrukkelijk, noch stilzwijgend goedgekeurd en hadden hun vordering tot nietigverklaring reeds een paar maanden na het huwelijk ingeleid. Niettemin ging het hier tevens duidelijk om een geval van clandestiniteit: op heimelijke wijze werden bepaalde grondvereisten om te huwen ontdoken (Zie Baeteman, G., Delva, W. en Bax, M., *l.c. T.P.R.*, 1976, 363, nr. 35).

Er is geen clandestien huwelijk indien het regelmatig werd aangekondigd op de plaatsen A en B, met vermelding dat het huwelijk in plaats A zou plaats vinden, terwijl het in plaats B is voltrokken. Zelfs een tijdelijk wonen zonder vermelding

in de bevolkingsregisters maakt een verblijfplaats uit die toelaat er het huwelijk aan te gaan.

Het feit dat de ouders voor de rechtbank opkomen tegen een akte van eerbied, verandert hieraan niets, wanneer ze nalaten de ambtenaar van de burgerlijke stand, die hen speciaal uitnodigde om het huwelijk bij te wonen, hiervan in kennis te stellen (Brussel, 22 januari 1980, *gecit.*).

H. Putatief huwelijk

60. De goede trouw die in hoofde van één of beide echtgenoten vereist is opdat het voordeel van het putatief huwelijk zou worden toegekend, kan afgeleid worden uit de overtuiging een geldig huwelijk te hebben gesloten.

Terecht oordeelt de rechtbank te Mechelen dat ook een clandestien huwelijk een putatief huwelijk kan zijn: de echtgenoten kunnen overtuigd zijn dat hun bedrieglijk aangegeven huwelijk geldig is. Ten onrechte stelt dezelfde rechtbank dat de goede trouw niet moet worden bewezen (Rb. Mechelen, 25 mei 1976, *gecit.*). In Frankrijk wordt de goede trouw vermoed (Cass. civ., 15 januari 1980, *D.*, 1980, J.R., 124), in België niet. Wel kan de feitenrechter, via een onderzoek van de feitelijke gegevens, tot het bestaan van de goede trouw besluiten (Zie Baeteman, G., Delva, W. en Bax, M., *l.c.*, *T.P.R.*, 1976, 365, nr. 39; Bax, M., *l.c.*, *R.W.*, 1979-80, 1691).

De vrouw die met een geesteszieke echtgenoot is gehuwd kan, wanneer dit huwelijk wordt nietigverklaard, voor zichzelf het voordeel van het putatief huwelijk aanvragen, indien ze, onwetend over de (ernst van de) geesteszieke van haar echtgenoot, overtuigd was een geldig huwelijk te sluiten.

Het kind, gewettigd door het huwelijk, maar wiens erkenning in de huwelijksakte door de man, op verzoek van diens vader, is vernietigd, kan echter het voordeel van het putatief huwelijk niet genieten. De nietigheid van de erkenning brengt immers de nietigheid van de wettiging mee (Rb. Charleroi, 9 februari 1977 en 26 mei 1978, *Pas.*, 1978, III, 9).

Afdeling 2
ECHTSCHEIDING

§ 1. Echtscheiding op grond van bepaalde feiten

A. Gronden

I. Overspel

61. De wetgever heeft door de wet van 28 oktober 1974 de strafbaarheid van de buitenechtelijke betrekkingen van de man volledig met die van de vrouw willen gelijkstellen en de buitenechtelijke betrekkingen van beide echtgenoten met een gelijke maar lichtere straf beteugelen.

De onder het stelsel van het opgeheven artikel 389 Sw. als onderhoud van bijzit

omschreven feiten houden noodzakelijk overspel in. De nieuwe wet heeft de strafbaarheid van het vóór haar inwerkingtreding gepleegde onderhoud van bijzit dus niet opgeheven.

De rechter die op het vóór de inwerkingtreding van de nieuwe wet gepleegde onderhoud van bijzit de mildere straf van de nieuwe wet toepast, geeft deze wet geen terugwerkende kracht en past alleen maar de voor de beklaagde gunstige bepalingen toe (Antwerpen, 29 januari 1975, *R.W.*, 1974-75, 2348; Antwerpen, 20 februari en 6 maart 1975, *Pas.*, 1975, II, 117; Brussel, 28 mei 1975, *J.T.*, 1975, 463; *Pas.*, 1976, II, 60; Cass. 25 november 1975, *R.W.*, 1975-76, 1437 met conclusie adv.-gen. H. Lenaerts; *Arr. Cass.*, 1976, 382; *Pas.*, 1976, I, 377; Cass., 16 februari 1976, *Pas.*, 1976, I, 661).

Een man kan echter niet vervolgd worden voor overspel, dat geen onderhoud van bijzit is, vóór de inwerkingtreding van de wet van 28 oktober 1974 gepleegd.

62. De overschrijving in de registers van de burgerlijke stand van de beslissing die de echtscheiding toestaat dooft de openbare vordering op grond van overspel uit (Cass., 2 september 1975, *Arr. Cass.*, 1976, 12; *Pas.*, 1976, I, 8; Cass., 6 september 1977, *R.W.*, 1977-78, 777; *Arr. Cass.*, 1978, 20; *Pas.*, 1978, I, 15; Cass., 11 oktober 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 192; *Pas.*, 1978, I, 180; Cass., 18 oktober 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 225; *Pas.*, 1978, I, 212; *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1979, 186; Cass., 16 oktober 1979, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 266; *Pas.*, 1980, I, 215; Corr. Hasselt, 6 november 1980, *Limb. Rechtsl.*, 1981, 40). Is zij verricht voordat het veroordelend vonnis of arrest in kracht van gewijsde is gegaan, dan verhindert zij de voortzetting van de rechtspleging en ontneemt elk gevolg zowel aan de strafrechtelijke veroordeling als aan de civielrechtelijke veroordeling die het gevolg ervan is (Cass., 6 september 1977, *gecit.*).

Het hof van cassatie vernietigt, op vordering van de procureur-generaal met toepassing van artikel 441 van het Wetboek van Strafvordering, zonder verwijzing, het vonnis of arrest tot veroordeling wegens overspel, als de echtscheiding in de registers van de burgerlijke stand werd overgeschreven vóór de uitspraak van dit vonnis of arrest (Cass., 18 oktober 1977, *gecit.*).

Zolang het echtscheidingsvonnis of -arrest niet overgeschreven is, blijft echter een veroordeling wegens overspel mogelijk.

Vergeefs roept een man de onoverkomelijke dwaling als rechtvaardigingsgrond in, indien een echtscheidingsvonnis tegen hem werd uitgesproken maar niet overgeschreven, des te meer daar hij zich vóór de feiten tot het gemeentebestuur had gewend om wijziging van zijn burgerlijke stand op zijn identiteitskaart te bekomen en dit werd geweigerd (Brussel, 9 mei 1979, *J.T.*, 1980, 193).

Ook de afwezigheid van misdadig opzet in zijn hoofde of de afwezigheid van beledigend karakter voor de burgerlijke partij kan in deze omstandigheden niet aangenomen worden.

63. Het overspel, als misdrijf in het strafrecht wordt niet steeds op dezelfde wijze beoordeeld als het overspel, als echtscheidingsgrond in het burgerlijk recht.

Artikel 390 Sw. bepaalt dat vervolging of veroordeling wegens overspel slechts kan plaats hebben op klacht van de echtgenoot ,,die beweert beledigd te zijn''.

In zijn arrest van 25 november 1975 herhaalt het hof van cassatie dat inzake overspel ,,het wangedrag van de klacht indienende echtgenoot, *in de regel* geen invloed heeft op de ontvankelijkheid van de klacht en voor de schuldige echtgenoot geen rechtvaardigingsgrond oplevert'' (Cass., 25 november 1975, *Arr. Cass.*, 1976, 390; *Pas.*, 1976, I, 385; *R.W.*, 1975-76, 2170; *Rev. Dr. Pén.*, 1975-76, 1107; vroeger reeds: Cass., 5 november 1973, *Arr. Cass.*, 1974, 260; *Pas.*, 1974, I, 248; *J.T.*, 1973, 727; zie Baeteman, G., Delva, W. en Bax, M., *l.c.*, *T.P.R.*, 1976, 399, nr. 60; *adde*: Antwerpen, 24 december 1975, *R.W.*, 1977-78, 45).

Volgens het hof van beroep te Luik wordt de echtgenoot die klacht indient vermoed beledigd te zijn door het overspel van de andere echtgenoot, maar kan de andere echtgenoot dat vermoeden weerleggen door aan te tonen dat de klagende echtgenoot heeft deelgenomen aan de feiten waarop de vervolging steunt (Luik, 21 juni 1978, *Jur. Liège*, 1978-79, 89), daarmee heeft ingestemd of deze heeft uitgelokt (Luik, 6 juni 1977, *Jur. Liège*, 1977-78, 9: een overeenkomst bereikt voor de vrederechter bepalende dat het recht op onderhoudsgeld zou verloren gaan in geval van concubinaat weerlegt het vermoeden uiteraard niet). Daarmee geeft het hof van beroep te Luik een iets te vrije interpretatie van het juist vermelde cassatiearrest.

Voor de strafbaarheid van overspel zijn immers slechts drie elementen vereist: 1. een huwelijk tussen de overspelige en de klachtindienende echtgenoot, 2. geslachtsbetrekkingen met een ander persoon dan die echtgenoot en 3. een algemeen misdadig opzet, de bewuste wil overspel te plegen (*Les Novelles*, Droit Pénal, III, Brussel 1972, nr. 6455). Een specifiek moreel bestanddeel, het beledigen van de klager, is niet vereist. Artikel 390 Sw. voert geen eigen moreel bestanddeel in, maar houdt alleen een procedureregel in. Er is alleen sprake van ,,de echtgenoot die beweert''; er is niet vereist dat die bewering ook waar zou zijn (De Wilde, L., ,,Overspel en onderhoud van een bijzit'', *A.P.R.*, 1967, nr. 104). Noch het wangedrag van de klagende echtgenoot, noch diens provokatie, toestemming of zelfs medewerking bieden de dader een grond van rechtvaardiging of verschoning (De Wilde, L., *o.c.*, nr. 157, *Les Novelles, o.c.*, nr. 6468).

De burgerlijke partijstelling van de klagende echtgenoot moet wel anders behandeld worden: in zijn arrest van 20 oktober 1975 (Cass., 20 oktober 1975, *Arr. Cass.*, 1976, 227; *Pas.*, 1976, I, 227; Antwerpen, 24 december 1975, *R.W.*, 1977-78, 45) stelt het hof van cassatie dat de feitenrechter wettelijk kan beslissen dat de klagende echtgenoot zich niet beledigd kon achten door het overspel van de andere, waarmee hij heeft ingestemd en dat hij zelfs heeft uitgelokt, en dat zijn burgerlijke vordering derhalve ongegrond is, bij gebreke van morele schade.

Om als grond tot echtscheiding in aanmerking te komen moet overspel beledigend zijn en dit beledigend karakter vloeit niet op zichzelf voort uit een strafrechtelijke veroordeling, zelfs niet uit het toekennen van schadevergoeding aan de klagende echtgenoot die zich burgerlijke partij stelt (Rb. Mechelen, 19 januari 1978; *R.W.*,

1979-80, 852 met noot J.P. : i.v.m. partnerruil ; Rb. Neufchâteau, 26 maart 1980, *J.T.*, 1981, 330).

Het moet worden beoordeeld op grond van alle omstandigheden van de zaak. Er kan niet gesteld worden dat buiten de gevallen van koppelarij, heimelijke verstandhouding of bedrieglijke daden, elke tekortkoming aan de getrouwheid die de echtgenoten elkaar verschuldigd zijn een grove belediging oplevert die door de verbreking van de huwelijksband moet worden gesanctioneerd (Zie Baeteman, G., Delva, W. en Bax, M., *l.c.*, *T.P.R.*, 1976, 399, nr. 60; Cass., 29 maart 1973, *R.W.*, 1973-74, 29; *Arr. Cass.*, 1973, 763; *J.T.*, 1973, 389; *Pas.*, 1973, I, 725, weliswaar in verband met een echtscheidingseis op grond van art. 231 B.W. : overspel gekwalificeerd als grove belediging ; Vieujean, E., ,,Examen de jurisprudence (1970 à 1975), Personnes'', *R.C.J.B.*, 1978, 319, nr. 82; De Gavre, J., ,,Le divorce et la séparation de corps'', *T.P.R.*, 1975, 188-189 ; zo ook T.G.I. Créteil, 3 februari 1977, *D.*, 1978, I.R., 20 met noot ; T.G.I. Albertville, 27 november 1979, *D.*, 1981, 16 met noot A.B.).

64. Wat het bewijs van overspel betreft, blijft de vaststelling op klacht van de echtgenoot, het meest doeltreffende middel.

Om rechtgeldig en toelaatbaar te zijn moet de klacht aan de vervolgingen voorafgaan, maar niet noodzakelijk aan de feiten of aan opsporings- en onderzoeksverrichtingen (Gent, 5 april 1979, *R.W.*, 1978-79, 2740 met noot Vandeplas, A. ; Rb. Nijvel, 7 januari 1976, *J.T.*, 1976, 191). Ter gelegenheid van een verhoor door een rijkswachtofficier afgenomen inzake echtelijke moeilijkheden bekent een vrouw buitenechtelijke betrekkingen. De rijkswachtofficier, krachtens zijn wettelijke opdracht verplicht misdrijven op te sporen en bewijzen erover te verzamelen en alle inlichtingen daaromtrent aan de bevoegde overheid, ter zake de procureur des Konings, ter kennis te brengen, stelt deze laatste daarvan op de hoogte. Twee jaar later dient de man klacht in tegen zijn echtgenote wegens die feiten. Deze klacht is ontvankelijk (Gent, 5 april 1979, *gecit.*).

Een officier van politie, door een anonieme telefoon op de hoogte gesteld van een inbraak, dringt 's nachts, — de heterdaad blijkend uit een gebroken ruit van de voordeur, — een woning binnen en stelt er overspel van een man vast. Deze toevallige vaststelling is wettelijk en kan een eventuele klacht en vervolgingen voorafgaan. *In casu* kan dit bewijs van overspel echter niet in aanmerking genomen worden omdat het op bedrieglijke wijze werd bekomen, in strijd met de eerbied voor de menselijke persoon en de rechten van de verdediging : de anonieme telefoon ging uit van de echtgenote, die zelf, vergezeld van haar vader en een privé-detective, in de woning was binnengedrongen en het deurraampje had stukgeslagen, aldus de officier van politie toelatend 's nachts zonder huiszoekingsbevel op te treden (Rb. Nijvel, 7 januari 1976, *J.T.*, 1976, 191). Een politieofficier kan 's nachts ook wettelijk overspel vaststellen op verzoek van de echtgeno(o)te van de betichte, als deze effectief het genot heeft van de plaats waar de vaststelling moet gebeuren : Antwerpen, 30 januari 1976, *Pas.*, 1977, II, 9. Vgl. Corr. Gent, 23 mei 1980, *R.W.*, 1980-81, 668 met noot Vandeplas, A., ,,Huiszoeking bij nacht'').

Deze in West-Europa unieke regeling van de afwikkeling van privé aangelegenheden met tussenkomst van de gerechtelijke en politionele instanties verdient geen bewondering: beter ware ook deze materie over te hevelen naar de gewone rechtsbedeling (In Frankrijk kan overspel — gedepenaliseerd — door een gerechtsdeurwaarder worden vastgesteld op bevelschrift van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg (T.G.I.), gewezen op eenzijdig verzoek (art. 145 en 812 C. Proc. civ.), voor zover de vaststelling niet gepaard gaat met woonstschennis of onrechtmatige aantasting van het privé-leven (art. 259-2 C. Civ.). Een vaststelling ten huize van de medeplichtige aan het overspel is op zichzelf geen onrechtmatige aantasting van diens privacy: Cass. civ., 6 februari 1979, *J.C.P.*, 1980, II, 19290 met noot Lindon, R. Zie ook T.G.I. Paris, 1 juni 1976, *J.C.P.*, 1976, II, 18395*bis* met noot Lindon R. en opmerkingen Nerson, R., *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1977, 113; T.G.I. Nanterre, 3 maart 1977, *J.C.P.*, 1977, II, 18723 met noot Lindon, J.; Paris, 6 mei 1977, *J.C.P.*, 1978, II, 18813 met noot Lindon, R.; Nancy, 14 maart 1979, *J.C.P.*, 1979, II, 19210 met noot Goubeaux G. en de opmerkingen van Perrot, R., *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1979, 664.).

Overspel kan inzake echtscheiding ook bewezen worden door een — onverdachte — bekentenis, opgenomen in een proces-verbaal van de zitting van de vrederechter rechtdoende met toepassing van artikel 223 B.W., los van iedere klacht (Rb. Mechelen, 16 november 1978, *R.W.*, 1978-79, 1850). Trouwens, ook strafrechtelijk kan het bewijs van overspel door alle rechtsmiddelen geleverd worden (Cass., 23 maart 1976, *Arr. Cass.*, 1976, 856; *Pas.*, 1976, I, 815; Cass., 21 november 1978, *Arr. Cass.*, 1978-79, 326; *Pas.*, 1979, I, 337).

Overspel kan in echtscheidingszaken worden bewezen op grond van feiten van meer dan dertig jaar terug, zelfs al wordt het bewijs geput uit een correctioneel vonnis waarvan de uitvoering verjaard is. Het beledigend karakter van overspel moet worden geapprecieerd op het ogenblik van de feiten; de verzoening moet worden bewezen door de partij die ze inroept, en mag niet worden afgeleid uit het louter feit dat dertig jaar lang geen geding in echtscheiding werd ingesteld (Antwerpen, 30 januari 1980, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1981, 24).

II. Grove beledigingen

65. In een aantal arresten heeft het hof van cassatie herhaald dat ,,het beledigend karakter van de gedraging van een echtgenoot en de ernst van dit beledigend karakter niet noodzakelijk voortvloeien uit de loutere tekortkoming aan de uit het huwelijk voortspruitende verplichtingen, doch moeten beoordeeld worden op grond van alle omstandigheden van de zaak, onder meer van hun krenkend karakter ten opzichte van de andere echtgenoot'' (Cass., 6 december 1974, *Arr. Cass.*, 1975, 410; *Pas.*, 1975, I, 378; Cass., 10 januari 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 528; *Pas.*, 1975, I, 488; *J.T.*, 1975, 402; Cass., 19 november 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 317; *Pas.*, 1977, I, 314; Cass., 6 oktober 1978, *Arr. Cass.*, 1979, 154; *Pas.*, 1979, I, 172 met noot; *R.W.*, 1978-79, 1779 met noot Pauwels, J.). Zo er terzake echtscheiding geen compensatie van grieven bestaat (Antwerpen, 1 december 1980, *R.W.*, 1980-81, 1836: overspel van beide echtgenoten), kan niettemin het wangedrag van de ene echtgenoot het beledigend karakter van

tekortkomingen van de andere echtgenoot wegnemen (Cass., 29 november 1974, *Arr. Cass.*, 1975, 378; *Pas.*, 1975, I, 348; *J.T.*, 1975, 296: slagen en verwondingen verliezen hun beledigend — niet hun strafbaar — karakter als gevolg van het gedrag van de echtgenoot; Rb. Brugge, 16 september 1977, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1978, 400; Bergen, 5 januari 1978, *J.T.*, 1978, 210; Luik, 5 april 1978, *Rev. Rég. Dr.*, 1978, 584: samenleven van een gehuwde vrouw met een derde, die haar onderhoud in ruil voor het verzorgen van zijn huishouding, niet beledigend als gevolg van het gedrag van de echtgenoot); Cass. civ., 23 en 29 januari 1975, *D.*, 1975, 365 met noot Groslière, J.Cl.). Zelfs indien de verweerder geen tegenvordering tot echtscheiding instelt, kan met het wangedrag van de eiser rekening gehouden worden (Cass. civ., 29 januari 1975, *gecit.*, en Cass. Civ., 28 maart 1979, *J.C.P.*, 1979, IV, 192). Moeilijker te beantwoorden is de vraag of de rechtbank, bij afwezigheid van conclusies die haar ertoe uitnodigen, gehouden is ambtshalve na te gaan of het beledigend karakter van de tekortkomingen van de ene echtgenoot niet wordt weggenomen door het wangedrag van de andere echtgenoot? Het Franse hof van cassatie antwoordt ontkennend (Cass. civ., 11 juli 1979, *J.C.P.*, 1979, IV, 315; Cass. civ., 23 april 1980, *D.*, 1981, I.R., 78 met kritische noot Breton, A.). Dit wangedrag moet dan wel dateren van vóór of samenvallen met de tekortkoming (Rb. Brugge, 16 september 1977, *gecit.*).

Voorbeelden:

a) Kwaadwillige verlating

Niet iedere weigering van een echtgenoot om het echtelijk leven verder te zetten is beledigend. Het is aan de echtgenoot die de echtscheiding vordert om het grof beledigend karakter van de weigering aan te tonen, niet aan de andere om te bewijzen dat dit karakter ontbreekt. Een echtgenote die weigert het echtelijk leven verder te zetten, en de redenen daarvoor, zonder dat daar enige grond toe is, slechts 28 maanden na de scheiding en bijna 2 jaar na het inleiden van een echtscheidingsgeding door haar man kenbaar maakt, maakt zich schuldig aan grove beledigingen, zelfs als haar redenen ernstig zijn (Luik, 26 juni 1978, *J.T.*, 1978, 707; *Jur. Liège*, 1978-79, 9; *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1978, 360). De weigering om gevolg te geven aan het verzoek om de samenwoning te hervatten is alleen dan beledigend wanneer een dergelijk verzoek oprecht is: dit is duidelijk niet het geval voor aanmaningen bij gerechtdeurwaardersakte gedaan 10 jaar na de scheiding en enkele maanden vóór het indienen van een verzoekschrift tot echtscheiding (Cass., 6 oktober 1978, *Arr. Cass.*, 1979, 154; *R.W.*, 1978-79, 1779 met noot Pauwels, J.; *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 143; *Pas.*, 1979, I, 172. Vgl. Cass. civ., 6 oktober 1976, *D.*, 1977, I.R., 20).

b) Beledigingen t.o.v. bijzit

In een vonnis van 21 maart 1975 oordeelt de rechtbank te Aarlen dat de moordpoging van een man op de minnaar van zijn vrouw voor deze laatste geen grond tot echtscheiding kan zijn: door inbreuk te plegen op de getrouwheidsplicht heeft zij de jaloersheid van haar man uitgelokt en kan daarom door zijn handelswijze niet beledigd zijn (Rb. Aarlen, 21 maart 1975, *Jur. Liège*, 1976-77, 284). In een

geruchtmakend arrest van 16 januari 1976 — in een geding van scheiding van tafel en bed — houdt het hof van cassatie er in verband met het gedrag tegenover de bijzit blijkbaar een enigszins andere opvatting op na. Vooreerst stelt het hof duidelijk — en dit voor de eerste maal — dat ,,ofschoon artikel 231 B.W. slechts de beledigingen van de ene echtgenoot jegens de andere bedoelt, de jegens een derde geuite beledigingen grove beledigingen in de zin van voormelde wetsbepaling kunnen uitmaken, wanneer zij noodzakelijk op de echtgenoot moeten terugwerken'' (Cass., 16 januari 1976, *R.W.*, 1975-76, 2349 met noot Pauwels, J.; *Arr. Cass.*, 1976, 583; *Pas.*, 1976, I, 560; *R.C.J.B.*, 1977, 571 met kritische noot Rigaux, F., ,,L'injure grave par ricochet''). Dit werd reeds vroeger aangenomen door de rechtsleer en de lagere rechtbanken, maar dan alleen met betrekking tot de kinderen en nauwe verwanten (Zie noot Pauwels, J., *gecit.*, 2353), nooit voor grove beledigingen geuit tegenover de bijzit van de echtgenoot.

In het cassatiemiddel werd aangevoerd dat brieven waarin de vrouw de bijzit voor postituee uitscheldt voor de man geen grove belediging kunnen uitmaken daar deze beledigingen persoonlijk moeten zijn (Hierop antwoordt het hof terecht dat beledigingen tegenover een derde persoonlijk zijn als ze noodzakelijk terugwerken op de echtgenoot) ,,en wegens het onrechtmatig kenmerk van de buitenechtelijke verhouding bij de ontrouwe echtgenoot geen rechtmatig belang kunnen krenken''. Het hof antwoordt — de motivering van het hof van beroep goedkeurend — ,,dat een vrouw die alleen echtbreuk pleegt herhaaldelijk en nadrukkelijk op het niveau stellen van een prostituee, beledigend is voor de man die met die vrouw omgang heeft'' en dat, al is de verhouding van de man met zijn bijzit strafbaar, ,,de man een rechtmatig belang heeft de scheiding van tafel en bed te vragen wegens het misprijzen waarvan zijn echtgenote blijkt geeft en de foutieve gedraging waaraan zij zich aldus schuldig maakt''.

Professor Pauwels keurt het arrest goed: ,,Zeer algemeen kan men inderdaad stellen dat de illiciete of zelfs strafbare toestand waarin een persoon zich bevindt niet belet dat hij een rechtmatig belang heeft vergoeding te bekomen voor een onrechtmatige daad waarvan hij het slachtoffer wordt, of scheiding van tafel en bed of echtscheiding te vorderen voor een feit dat een grond tot scheiding of echtscheiding uitmaakt'' (Pauwels, J., *l.c.*, 2354).

Het arrest lijkt nochtans, op louter menselijk vlak, zeer ongelukkig, en op juridisch vlak, moeilijk te verzoenen met het latere arrest van 19 december 1978, luidens hetwelk het verlies van de voordelen spruitend uit een overspelig concubinaat, onrechtmatig, geen aanleiding kan geven tot schadevergoeding (Zie hoger, nr. 45. Weliswaar werd in het arrest van 16 januari 1976 geen schending van art. 1382 B.W. ingeroepen, maar kan men grof beledigd zijn zonder moreel geschaad te zijn?).

c) Geestesziekte

Tegen een persoon kan geen echtscheiding gevorderd worden op grond van bepaalde feiten wanneer hij niet toerekeningsvatbaar was op het ogenblik van die feiten (Cass. civ., 30 november 1977, *D.*, 1978, I.R., 262; Cass. civ., 31 januari 1979, *D.*, 1979, I.R., 284; Cass. civ., 12 maart 1980, *D.*, 1981, I.R., 76 met

noot Breton, A.; Rennes, 25 januari 1978, *D.*, 1979, I.R., 209 met noot Breton, A.), ook al is hij gezond van geest op het ogenblik van het inleiden van de vordering.

Tegen een (ernstig) geesteszieke echtgenoot kan geen echtscheidingsvordering worden ingeleid, ook al was hij toerekeningsvatbaar op het ogenblik van de feiten, gelet op het strikt persoonlijk karakter van de echtscheidingsvordering. Om dezelfde reden kan de geesteszieke zelf geen vordering inleiden (Bax, M., ,,Echtscheiding op grond van bepaalde feiten'', in: Baeteman, G., e.a., *„Het echtscheidingsrecht in België''*, 12, nr. 13. In Frankrijk kan de voogd van een geesteszieke echtgenoot voortaan, met toestemming van de familieraad en na advies van de behandelende geneesheer, een echtscheidingsvordering inleiden (art. 249, al. 1. C. civ.). En een echtscheidingsvordering tegen een geesteszieke wordt tegen zijn voogd ingeleid (art. 249-1 C. civ.); zie ook Rennes, 25 januari 1978 en de noot van Breton, A., *gecit.* De Nederlandse Hoge Raad neemt in een arrest van 28 maart 1980 (*N.J.*, 1980, 378) aan dat iemand die onder curatele is gesteld wegens geestelijke stoornis zelf een vordering tot echtscheiding instelt, voor zover hij de betekenis ervan begrijpt).

Verberging van een ernstige geestesstoornis daterend van vóór het huwelijk, door een echtgenoot die zich op het ogenblik van zijn huwelijk bewust was van zijn antecedenten, kan een grove belediging uitmaken (Rennes, 22 februari 1978, 2 arresten, *D.*, 1979, I.R., 210 met noot Breton, A.).

De vrouw die, na de collocatie van haar man wegens zenuwoverspanning, elk contact met hem weigert, het verzoek om het echtelijk leven voort te zetten van de hand wijst en hem volledig negeert, maakt zich schuldig aan grove beledigingen, wanneer blijkt dat de ziekte van de man niet tot beledigende gedragingen of uitlatingen van zijnentwege hebben geleid; haar afwijzende houding na de collocatie kan niet worden verschoond door de moeilijkheden die de man haar zou hebben berokkend, als andere moeilijkheden dan de last die de verzorging van een zieke meebrengt, en die neerkomt op de vervulling van de bijstandsverplichting, niet bewezen zijn (Cass., 24 februari 1978, *R.W.*, 1978-79, 1032). De man die reeds vóór de indiening van het echtscheidingsverzoekschrift en later tijdens de procedure voor de rechtbank en voor het hof van beroep zijn echtgenote bij bepaalde personen uit haar omgeving en bij diverse autoriteiten bewust en opzettelijk, zonder bewijzen, ervan beschuldigt krankzinnig te zijn, oefent zijn recht van verdediging niet uit, maar maakt zich schuldig aan grove beledigingen (Cass., 27 april 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 1001; *Pas.*, 1978, I, 990).

d) Godsdienstredenen

De bekering van een echtgenoot tijdens het huwelijk tot de leer van de Getuigen van Jehovah is op zichzelf geen zware belediging. Eenieder heeft immers recht op vrijheid van gedachte, geweten, godsdienst en meningsuiting en dus ook op vrijheid tot verandering van geloofsbelijdenis. De vrijheid van de ene echtgenoot wordt evenwel begrensd door een gelijkwaardige vrijheid van de andere. Het aankleven, belijden en uitoefenen van het nieuwe geloof kan dan eerst een grond tot echtscheiding vormen als het aan de andere echtgenoot wordt opgedrongen

zonder eerbied van diens eigen overtuiging of wanneer aan de normale huwelijksverplichtingen op een ernstige en fundamentele wijze te kort wordt gedaan (bv. door een overdreven bekeringsijver of opzettelijke verwaarlozing van het gezin) (Antwerpen, 19 december 1977, *R.W.*, 1979-80, 707 met noot Pauwels, J.; *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 109; *R.C.J.B.*, 1980, 195 met noot Rigaux, F., ,,L'exercice, par un époux de la liberté de changer de religion ou de conviction''; Amiens, 3 maart 1975, *D.*, 1975, 706 met noot Geraldy, Y.; Cass. civ., 19 juni 1975, *D.*, 1975, I.R., 208).

Ook het oprechte verlangen van de bekeerde echtgenoot om het kind van de partijen volgens zijn leer op te voeden maakt op zichzelf geen zware belediging uit. Dit laatste punt is uiteraard zeer delikaat.

e) Zelfmoordpoging

De bewuste en gemeende zelfmoordpoging van de man, na amper vier maand huwelijksleven, waardoor hij een blijvende blindheid heeft opgelopen, is voor diens vrouw een grove belediging. Zonder zijn vrouw enige grief of tekortkoming toe te schrijven, heeft de man zich door zijn daad op de meest volstrekte wijze aan zijn huwelijksverplichtingen willen onttrekken en zich vrijwillig op zulke wijze verminkt dat hij, in plaats van te kunnen bijdragen tot de materiële en morele hulp aan zijn vrouw, integendeel op blijvende wijze een beroep zal moeten doen op haar vermeervoudigde materiële en morele hulp, waar zulks normaal niet te verwachten was (Rb. Antwerpen, 24 maart 1975, *R.W.*, 1974-75, 2542).

f) Instellen van een echtscheidingsvordering

Het instellen van een echtscheidingsvordering die niet wordt verdergezet is een grove belediging (Rb. Namen, 3 december 1980, *Rev. Rég. Dr.*, 1981, 151).

B. Bewijs

I. Getuigenbewijs

66. Artikel 931, tweede lid Ger. W. bepaalt dat bloedverwanten in nederdalende lijn niet mogen worden gehoord als getuigen ,,in zaken waarin hun bloedverwanten in opgaande lijn tegengestelde belangen hebben''.

Op 27 september 1974 beslist het hof van cassatie ,,dat die wetsbepaling beperkt is tot de rechtspleging van het getuigenverhoor in burgerlijke zaken; dat zij niet betekent dat de rechter die in een burgerlijk geding uitspraak doet, de verklaringen welke bloedverwanten in nederdalende lijn aflegden in een strafrechtelijk vooronderzoek, niet als bron van inlichtingen zou mogen in aanmerking nemen in een geding tussen bloedverwanten in opgaande lijn (Cass., 27 september 1974, *Arr. Cass.*, 1975, 127; *R.W.*, 1974-75, 753; *Pas.*, 1975, I, 115: verklaringen van twee dochters in een strafrechtelijk vooronderzoek in verband met doodsbedreigingen van de man ten aanzien van zijn vrouw *en* zijn dochters; zie noot (1) in Pasicrisie). Op 11 oktober 1979 preciseert het hof van cassatie zijn rechtspraak, nadat het hof van beroep te Brussel zijn vorig arrest blijkbaar te ruim heeft geïnterpreteerd. Artikel 931, tweede lid, aldus het hof, steunt op de overweging

dat het niet past dat bloedverwanten in nederdalende lijn stelling nemen in conflicten tussen hun ouders; dit door welvoeglijkheid en beveiliging van de morele belangen van de familie ingegeven verbod, moet begrepen worden in die zin dat geen enkele verklaring van de bloedverwanten in nederdalende lijn, ongeacht de vorm waarin ze werd verkregen, tijdens een geding tussen hun ouders, in rechte mag worden overgelegd, behalve de verklaringen betreffende feiten waarvan ze persoonlijk het slachtoffer zouden zijn geweest (Cass., 11 oktober 1979, *R.W.*, 1979-80, 1625; *Pas.*, 1980, I, 199; *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 55 met noot Gallus, N.; *J.T.*, 1980, 226: verklaring tijdens een strafrechterlijk onderzoek van een meerderjarige zoon die op een morgen in de winkel van zijn vader getuige was van een hevige twist tussen zijn ouders, tijdens welke zijn moeder zijn vader verweet dat hij de dood van zijn jonge broer zou hebben veroorzaakt; Bergen, 21 februari 1980, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 300; Cass. civ., 23 maart 1977, *D.*, 1978, 5, met noot Meerpoel, A.; Cass. civ., 20 oktober 1977, *D.*, 1978, I.R., 76. Anders: het bestreden arrest van Brussel, 27 september 1978, *Pas.*, 1978, II, 118 en Rb. Brussel, 20 april 1977, *R.W.*, 1977-78, 477; verklaring van de dochter over overspel van haar moeder in het strafdossier op klacht van de moeder tegen haar dochter).

Rekening houdend met een vroeger cassatiearrest van 30 april 1970 (Cass., 30 april 1970, *Pas.*, 1970, I, 745 met conclusies adv.-gen. Dumon, F.; *R.W.*, 1970-71, 124) kan samenvattend gesteld worden:

(1) in principe mag geen enkele verklaring van bloedverwanten in de nederdalende lijn in rechte worden overgelegd, noch een rechtstreekse getuigenis, noch een brief, noch het verslag van een sociaal assistente over een verklaring van een bloedverwant in de nederdalende lijn, noch het getuigenis van een derde over die verklaring.

(2) uitzondering wordt alleen gemaakt voor verklaringen betreffende feiten waarvan die bloedverwanten in de nederdalende lijn persoonlijk het slachtoffer waren.

Verder moet, gelet op de tekst van artikel 931, 2e lid Ger. W., herhaald worden dat dit artikel niet toepasselijk is op aanverwanten in rechte lijn van een echtgenoot (Luik, 7 juni 1977, *Rev. Rég. Dr.*, 1977, 281 met noot Dujardin, P.) en dus ook niet op kinderen uit een ander huwelijk van een echtgenoot (Brussel, 21 december 1976, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1978, 91). Uit de woorden ,,hun bloedverwanten'' blijkt dat de wetgever het verbod om te getuigen heeft willen beperken tot de gemeenschappelijke kinderen.

Getuigenverhoor-procedure

67. De termijn van dertig dagen door artikel 921, 3e lid Ger. W. vastgesteld om een verzoekschrift neer te leggen met het oog op een tegenverhoor is niet op straf van verval opgelegd. Deze termijn kan dus overeenkomstig artikel 51 Ger.W. worden verlengd voor een zelfde of kortere periode dan deze van de oorspronkelijke termijn. Nadien mag geen verlenging meer worden toegestaan behalve om gewichtige redenen en bij een met redenen omklede beslissing. Wanneer de termijn niet werd verlengd binnen de dertig dagen na de verzending van het

proces-verbaal van het verhoor, kan de vordering tot dagstelling van het tegenverhoor niet worden aangenomen, ook al wordt overmacht ingeroepen.

Niet-ontvankelijkheid is geen nietigheid zodat artikel 860 Ger.W. in het onderhavige geval niet van toepassing is en dus niet kan worden geschonden (Cass., 8 februari 1979, *R.W.*, 1979-80, 310; *Pas.*, 1980, I, 674; *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 374 met noot J.L.R.; *J.T.*, 1979, 320 met noot Fettweis, A.; Luik, 25 januari 1978, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1978, 168, met advies O.M.; Rb. Luik, 9 maart 1977, *Pas.*, 1979, III, 1).

Omdat de regels van het geding ook toepasselijk zijn op de rechtsmiddelen (art. 1042 Ger.W.) en omdat het hof van beroep kennis neemt van het geschil zelf (art. 1068 eerste lid Ger.W.) kan het nieuwe getuigen horen in verband met feiten die reeds in eerste aanleg waren aangevoerd maar niet genoegzaam bewezen. Er kan niet worden opgeworpen dat de sluiting van de getuigenverhoren definitief is en een partij het recht ontneemt een feit door getuigen te bewijzen (Cass., 2 juni 1977, *R.W.*, 1977-78, 1589 met opm. J.L.; *Arr. Cass.*, 1978, 1021; *Pas.*, 1977, I, 1014; *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1978, 145 i.v.m. het verhoor van twee verhuisde getuigen wier adres in eerste aanleg niet was teruggevonden, en in beroep wel; zie ook Cass., 25 september 1978, *Arr. Cass.*, 1979, 106; *Pas.*, 1979, I, 117). Het hof van beroep kan evenwel voor het houden van het getuigenverhoor ,,die magistraat van de rechtbank van eerste aanleg die de voorzitter van die rechtbank zal willen aanwijzen'' aanstellen.

Artikel 918 Ger.W. bepaalt weliswaar dat het getuigenverhoor wordt gehouden door de rechters die het hebben toegestaan of bevolen of door de rechter die in het vonnis is aangewezen, maar naar luid van artikel 1072 lid 2 Ger.W. wordt de uitvoering van de maatregelen die de rechter in hoger beroep alvorens recht te doen heeft bevolen aan de eerste rechter of aan de rechter in hoger beroep toevertrouwd, naar gelang deze laatste beslist. Wanneer de rechter in hoger beroep beslist dat het getuigenverhoor wordt gehouden door een rechter van het rechtscollege van eerste aanleg draagt hij zijn rechtsmacht niet over (in strijd met art. 11, 1e lid Ger.W.), maar geeft hij een ambtelijke opdracht aan dat rechtscollege om een daad van onderzoek te verrichten (art. 11, 2e lid Ger.W.), zonder bij name de rechter te moeten aanwijzen die met de uitvoering van die ambtelijke opdracht wordt belast (Cass., 29 juni 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 1275; *R.W.*, 1979-80, 462; *Pas.*, 1978, I, 1240).

Een klacht wegens valse getuigenis tegen sommige getuigen schorst de echtscheidingsvordering niet van rechtswege, wanneer de grieven bewezen worden door andere getuigenissen die niet van valsheid beticht werden (Rb. Luik, 9 oktober 1979, *Jur. Liège*, 1979, 445. Vgl. Rb. Luik, 1 juni 1978, *Jur. Liège*, 1981, 12 met opm. de Leval, G.).

Luidens artikel 952 Ger.W. kan iedere partij verzoeken dat alle vragen, verklaringen, aanmaningen en antwoorden, in de loop van het getuigenverhoor geuit, woordelijk worden opgenomen. Dit artikel voorziet tevens dat de Koning de regels bepaalt van erkenning van de personen bevoegd om tot de woordelijke opname over te gaan, alsmede de geoorloofde procédés voor woordelijke opname. Bij afwezigheid van dergelijk Koninklijk Besluit kan de rechter die weigert

deze — onuitvoerbare — woordelijke opname te bevelen, niet verweten worden de rechten van de verdediging te schenden en kan zijn wraking niet gevraagd worden (Luik, 3 februari 1976, *J.T.*, 1976, 312).

De eiseres die werd toegelaten tot het getuigenbewijs en die gedurende tien maanden nalaat het getuigenverhoor te laten houden, kan verval van geding oplopen (Rb. Luik, 2 oktober 1980, *Jur. Liège*, 1980, 332).

68. Getuigenissen ,,per relatiomen'' of ,,uit tweede hand'' dienen in principe te worden geweerd omwille van hun onduidelijkheid of van de onzekerheid van het aldus bevestigde feit, maar deze gedragslijn mag niet tot absolute regel worden verheven. Uit de aard zelf van het feit kan blijken dat ook een onrechtstreekse getuigenis aanvaardbaar is of deze kan omwille van bijzondere omstandigheden als een voldoend bewijsmiddel worden aangenomen. Daarom beveelt het hof van beroep te Brussel de broer van eiser als getuige te verhoren in verband met vertrouwelijke mededelingen hem gedaan door de moeder, die bij de echtgenoten inwoonde en die in het begin van de echtscheidingsprocedure overleed (Brussel, 3 oktober 1978, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 64).

II. Stukken en brieven

69. De macht van de burgerlijke rechter om krachtens artikel 878 Ger. W. aan derden de overlegging te bevelen van stukken die zij onder zich hebben strekt zich niet uit tot de stukken behorende tot strafrechtsplegingen. (Voor een toepassing zie Ord. Prés. T.G.I. Nevers, 23 september en 7 oktober 1976, *J.C.P.*, 1977, II, nr. 18603, met noot Almairac, G., i.v.m. belastingaangifte man en adres vrouw). Artikel 125 van het Koninklijk Besluit van 28 december 1950 legt aan de griffiers verbod op enige uitgifte of afschrift van dergelijke stukken af te leveren zonder de uitdrukkelijke toelating van de procureur-generaal bij het hof van beroep en de burgerlijke rechter zou zijn macht overschrijden door het openbaar ministerie aan te manen het strafdossier bij de rechtspleging te voegen (Brussel, 8 november 1977, *R.W.*, 1979-80, 250 met noot J.L.; vgl. T.G.I. Nanterre, Ord. Prés., *D.*, 1975, 439 met noot G.T.). De burgerlijke rechter kan uit de gegevens van een strafdossier, dat hem regelmatig werd voorgelegd en waarvan de partijen kennis hebben gehad, gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens putten, ook al beperken de gedane vaststellingen zich tot ingewonnen inlichtingen (Cass., 17 maart 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 776; *Pas.*, 1977, I, 767).

70. Vertrouwelijke brieven kunnen in een echtscheidingsgeding als bewijs aangewend worden, tenzij bewezen is dat degene die ze aanwendt de brieven op onrechtmatige wijze verkregen heeft. Het bewijs van het onrechtmatig verwerven rust op wie de onrechtmatigheid inroept. In een vonnis van 30 maart 1977 herhaalt de rechtbank te Brussel dit algemeen principe (Rb. Brussel, 30 maart 1977, *R.W.*, 1977-78, 192 met noot Pauwels, J.: *in casu* werden grove beledigingen bewezen door een advertentie van de echtgenoot in een sado-masochistisch tijdschrift en door brieven door een derde aan hem gericht, waaruit homosexuele praktijken bleken; Cass. civ., 26 november 1975, *D.*, 1976, I.R., 32; *J.C.P.*, 1976, IV,

24). In een korte noot onder het vonnis brengt Prof. Pauwels hierop kritiek uit en oordeelt dat het recht op briefgeheim des te nauwgezetter zou moeten nageleefd worden, naarmate de relaties tussen partners minder vlot zijn (De bewuste brieven dateerden van enige dagen *vóór* de aanvang van de feitelijke scheiding).

III. Bekentenissen

71. In echtscheidingszaken kan de persoonlijke verschijning van de partijen worden bevolen (art. 1263 en 992 Ger.W.), voor de eiser in geval van niet verschijning op straffe van verval van zijn vordering.

Wanneer het horen van de partijen tot een bekentenis leidt, moet de rechter er de bewijswaarde van beoordelen en in het bijzonder nagaan of zij niet in heimelijke verstandhouding met de tegenpartij is afgelegd teneinde het toestaan van de echtscheiding te bekomen (Cass., 7 maart 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 767; *R.W.*, 1974-75, 2264; *Pas.*, 1975, I, 695; *J.T.*, 1975, 441. In deze zaak werd de persoonlijke verschijning gevraagd in het kader van het verweer van de vrouw tegen de echtscheidingseis van de man). Het proces-verbaal van vaststelling door een gerechtsdeurwaarder, optredend op verzoek van één der partijen, vormt geen bewijs van de feiten tot staving van de echtscheidingseis ingeroepen. De in het proces-verbaal opgenomen bekentenissen van verweerder vormen evenmin een toegelaten bewijsmiddel (Rb. Turnhout, 20 oktober 1977, *Turnh. Rechtsl.*, 1978, 76; *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1978, 292; vgl. Cass. civ., 13 maart 1975, *D.*, 1975, Samm., 70 met noot; Cass. civ., 6 februari 1980, *Gaz. Pal.*, 13-15 juli 1980, noot J.V.; opm. R. Perrot, *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1980, 615).

IV. Psychiatrisch onderzoek

72. Het verbod van dwanguitoefening tegen de persoon en van het binnendringen in het gebied van de persoonlijkheid is een algemeen rechtsbeginsel.

Dit verbod houdt in dat, buiten de door de wet bepaalde gevallen, elke fysische dwanguitoefening op een persoon, onder meer om hem tot een daad te dwingen of zich aan een lichamelijk of geestesonderzoek te onderwerpen, verboden is.

Dit rechtsbeginsel belet de echtscheidingsrechter niet een psychiatrisch onderzoek van een partij te bevelen, voor zover deze niet gedwongen wordt zich eraan te onderwerpen als zij er niet in toestemt en met dien verstande dat de rechter die het eindvonnis wijst, niet vermag uit de weigering zelf gevolgtrekkingen nopens de situatie van die persoon te maken (Cass., 7 maart 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 764, *R.W.*, 1974-75, 2335; *Pas.*, 1975, I, 692).

C. Procedure

I. Algemeen

73. De echtscheidingsvordering is onverjaarbaar (Rb. Luik, 25 september 1980, *Jur. Liège*, 1981, 14 met opm. de Leval, G.).

Artikel 1261 Ger.W. bepaalt dat ,,behoudens de in dit hoofdstuk gestelde uitzonderingen de zaak in de gewone vorm wordt behandeld en beslecht, het openbaar

ministerie gehoord''. De rechtbank van eerste aanleg te Namen leidt uit dit artikel af dat een echtscheidingsprocedure, na de voorafgaande verzoeningsprocedure op verzoekschrift, alleen bij dagvaarding kan worden ingeleid en niet bij vrijwillige verschijning (Rb. Namen, 16 mei 1979, *Jur. Liège*, 1980, 3 met noot de Leval, G.). Immers, titel II van boek II, Geding, betreft alleen de behandeling en berechting van de vordering, niet de instelling ervan, die in titel I van boek II wordt geregeld (Anders: de Leval, G. in voormelde noot). Luidens artikel 1260 Ger.W. is alleen de dagvaarding het middel tot inleiding van een echtscheidingsvordering.

Indien het dagvaardingsexploot niet aan de persoon, de woon- of de verblijfplaats kan worden betekend, geeft de gerechtsdeurwaarder het afschrift af op het politiecommissariaat en laat in de woon- of verblijfplaats van de geadresseerde, onder gesloten omslag een bericht achter, waarin hem kennis wordt gegeven van de aanbieding van het exploot en waarin de plaats wordt opgegeven waar hij het kan afhalen (art. 37 Ger.W.).

Vaak wordt in de deurwaardersexploten de dubbelzinnige formule ,,sous pli fermé *s'il échet*'' gebruikt. De rechtbank te Luik beveelt in zulk geval de heropening der debatten om de eiser toe te laten het bericht van overhandiging van het afschrift van het exploot aan de geadresseerde (voorzien in art. 38 Ger.W.) voor te leggen, zodat kan blijken dat de rechten van de verdediging effectief werden geëerbiedigd. Zij acht het niet nodig te gelasten dat in een of meer nieuwsbladen een bericht geplaatst zal worden om de verweerder van de vordering in kennis te stellen (art. 1263 Ger.W.) (Rb. Luik, 11 oktober 1976, *J.T.*, 1978, 32 met noot Ham, C.V.).

74. De rechtbank van de plaats van de laatste echtelijke verblijfplaats is naast deze van de woonplaats van de verweerder bevoegd om kennis te nemen van een vordering tot echtscheiding (art. 628, 1° Ger.W.). De rechter die, op grond van feitelijke omstandigheden die hij vermeldt, oordeelt dat de echtgenoten, overeenkomstig de bepalingen van het burgerlijk wetboek (art. 213 oud — 214 nieuw) hun echtelijke verblijfplaats met beider instemming bij de ouders van de vrouw hadden gevestigd, beslist wettig dat aldaar de laatste echtelijke verblijfplaats, in de zin van artikel 628, 1° Ger.W., is gevestigd, zelfs indien de man niettegenstaande deze instemming, beweert dat hij daar nooit heeft verbleven (Cass., 27 oktober 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 272; *R.W.*, 1977-78, 2663; *Pas.*, 1978, I, 258).

Een exceptie van onbevoegdheid *ratione loci* opgeworpen in de eerste besluiten na de preliminaire procedure en na de dagvaarding ten gronde wordt aanzien als zijnde gedaan *in limine litis* (Rb. Turnh., 17 maart 1977, *Turnh. Rechtsl.*, 1977-78, 8. Zie ook verder, nr. 82).

75. De partijen in een geding tot echtscheiding dienen gedurende het ganse verloop van de rechtspleging in de mogelijkheid te zijn hun wil te uiten. Is dit voor één van hen niet het geval, dan wordt de procedure opgeschort. Vertegenwoordiging is uitgesloten op grond van het persoonlijk karakter van de vordering. De rechtbank kan een deskundige-psychiater aanstellen met als opdracht na te gaan

of de verweerder al dan niet in staat is om zich tijdens de procedure te verdedigen en om een prognose te stellen omtrent de duur en de verdere evolutie van de toestand (Rb. Turnhout, 31 maart 1977, *Turnh. Rechtsl.*, 1977-78, 77).

76. De bijstand van een advokaat is niet noodzakelijk om een echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten te voeren (arg. art. 1254, 2e lid Ger. W.). Wanneer het openbaar ministerie ter zitting een partij evenwel de raad geeft om zich door een advocaat te laten bijstaan, kan het om die reden niet gewraakt worden (Brussel, 3 februari 1976, *Pas.*, 1977, II, 10).

De eiser, op hoofd- of tegeneis, die niet verblijft op het door de voorzitter in kort geding aangewezen adres, kan, op verzoek van de verweerder, niet worden toegelaten zijn vordering voort te zetten (art. 1281 Ger.W.) (Rb. Antwerpen, 8 november 1979, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 305).

II. Verzoekschrift — Nieuwe feiten

77. Elke vordering tot echtscheiding moet een omstandige opgave van de feiten bevatten (1254 Ger.W.).

De rechter kan andere feiten in aanmerking nemen dan die welke in het verzoekschrift tot echtscheiding worden aangegeven, op voorwaarde dat hij de nieuwe feiten slechts in overweging neemt om een verband te leggen met een of meer feiten welke in het verzoekschrift omstandig zijn omschreven, zonder ze te beschouwen als zijnde op zichzelf een grond tot echtscheiding (Art. 807 en 1254 Ger.W.; zie Baeteman, G., Delva, W. en Bax, M., *l.c.*, *T.P.R.*, 1976, 405, nr. 65; Cass., 6 februari 1976, *Arr. Cass.*, 1976, 669; *R.W.*, 1976-77, 807; *Pas.*, 1976, I, 638; *Rev. Not.*, 1978, 243; Cass., 12 maart 1976, *Arr. Cass.*, 1976, 805; *Pas.*, 1976, I, 766; Rb. Brussel, 3 maart 1976, *R.W.*, 1976-77, 1125; Brussel, 16 maart 1977, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1978, 31 met noot Lampe-Frantzen, M.F.; Rb. Brussel, 29 juni 1977, *R.W.*, 1977-78, 1642 met noot Bax, M.; Brussel, 7 juni 1978, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 111; Rb. Luik, 6 maart 1980, *Jur. Liège*, 1980, 165. Anders: Rb. Kortrijk, 2 februari 1979, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 119; *R.W.*, 1979-80, 1175 met noot Pauwels, J.).

Deze regeling heeft niet alleen tot doel de voorzitter van de rechtbank in de mogelijkheid te stellen zijn opdracht van verzoening te vervullen, uitgaande van de in het verzoekschrift vermelde feiten, maar tevens de tegenpartij toe te laten haar verdediging voor te bereiden en de rechtbank in staat te stellen de ernst van de vordering te onderzoeken: zij verhindert dat echtscheiding zou gevraagd worden op grond van gefingeerde grieven die, — eens de procedure aanhangig en de huwelijksband in feite reeds losser —, met nieuwe reële grieven — meestal overspel — zouden aangevuld worden. Dergelijke handelingen mogen geen wettelijke of jurisprudentiële steun vinden.

Er kunnen nochtans bezwaren van praktische aard en zelfs billijkheidsoverwegingen tegen de regeling aangevoerd worden: wanneer een eerste verzoeningspoging schipbreuk heeft geleden, dan zal dit zeker het geval zijn voor de tweede; waarom dan de procedure onnodig verzwaren? Anderzijds kan de verweerder die een tegenvordering instelt gedurende de hele procedure bij opeen-

volgende conclusies nieuwe feiten en zelfs nieuwe gronden van echtscheiding aanvoeren; is het niet onbillijk eiser op zo strenge manier in vergelijking met verweerder te behandelen? (Rb. Kortrijk, 2 februari 1979, *gecit.*; Bax, M. en Pauwels, J., geciteerde noten).

78. Artikel 807 Ger.W. laat wel toe in het verzoekschrift vermelde feiten in de loop van de procedure, ook in beroep, door op tegenspraak genomen besluiten juridisch anders te kwalificeren. Zo kan een vordering op grond van overspel gewijzigd worden in een vordering gesteund op grove beledigingen, en kan een vordering op grond van grove beledigingen omgezet worden in een vordering op grond van feitelijke scheiding van meer dan 10 jaar, voor zover in het inleidend verzoekschrift de (kwaadwillige en ononderbroken) verlating van de echtelijke woning sinds meer dan 10 jaar als grief werd aangevoerd (Antwerpen, 19 mei 1976, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1978, 155 met noot Lampe, M.F.; Rb. Luik, 22 september 1976, *Jur. Liège*, 1976-77, 138; Brussel, 19 september 1975, onuitg., *gecit.* door Poitevin, E. en Hiernaux, G., ,,Chronique de jurisprudence, Divorce et Réparation de corps (1974-1976)'', *J.T.*, 1977, 517, nr. 25; Luik, 11 januari 1977, *Jur. Liège*, 1976-77, 161, met advies O.M.; *J.T.*, 1977, 504, met noot Panier, C.).

Nergens in het Gerechtelijk Wetboek wordt immers de verplichting opgelegd de feiten te kwalificeren (Zie de Leval, G., ,,Droit judiciaire privé et divorce pour cause déterminée'', in *Le divorce, Ann. Fac. Dr. Liège*, 1977, 298 e.v).

De beslissingen waarbij de echtscheiding wordt toegestaan moeten overigens de wettelijke bepaling niet opgeven volgens welke de bewezen verklaarde feiten een grond tot echtscheiding zijn (Cass., 6 februari 1976, *gecit.*).

III. Verschijning in verzoening

79. De niet-verschijning van de verweerder bij de verzoeningspoging wordt niet gesanctioneerd (art. 1258 Ger.W.). Maar wat moet er gebeuren wanneer eiser niet verschijnt?

De verzoeningsprocedure, voorgeschreven door artikel 1258 Ger.W. is weliswaar van dwingend recht maar op de niet-verschijning van aanlegger wordt door artikel 860 Ger.W. geen sanctie gesteld: geen proceshandeling kan nietig verklaard worden, indien de wet de nietigheid ervan niet uitdrukkelijk heeft bevolen.

Artikel 1263 Ger.W. kan evenmin toegepast worden: alleen de *rechtbank* kan de eisende partij die niet verschijnt van haar rechtsvordering vervallen verklaren, wanneer ze de persoonlijke verschijning van de partijen heeft bevolen.

Het hof van beroep te Antwerpen (Antwerpen, 2 februari 1977, *R.W.*, 1979-80, 321. Zie in verband met dit probleem ook de Leval, G., *l.c.*, 303; opmerkingen Krings, E. onder Cass., 16 januari 1976, *Pas.*, 1976, I, 557) geeft volgende oplossing: de niet-verschijning van aanlegger kan niet de ambtshalve doorhaling van de eis tot echtscheiding tot gevolg hebben. Geen zaak kan immers op de algemene rol worden doorgehaald dan met instemming van partijen (art. 730 Ger.W.). De voorzitter kan wel ambtshalve de zaak weglaten van de zittingsrol.

De zaak kan opnieuw op de rol worden gebracht ingevolge een verzoek aan de voorzitter, die bij beschikking bevel geeft aan de partijen op een andere datum te verschijnen. In deze beschikking mag noch impliciet noch expliciet uitspraak worden gedaan over de redenen waarom de aanvankelijk voorziene poging tot verzoening niet is doorgegaan. Zij wordt immers gegeven op eenzijdig verzoek, terwijl de andere partij niet wordt gehoord. Het niet-verschijnen van aanlegger op de eerst gestelde datum kan mogelijk als oorzaak hebben de stilzwijgende afstand van geding of de verzoening tussen partijen. De beslechting daarvan behoort tot de bevoegdheid van de rechtbank van eerste aanleg, want dergelijke betwisting betreft de grond van de zaak.

IV. Schorsingstermijn

80. De termijn van schorsing bedraagt zes maanden vanaf het indienen van het inleidend verzoekschrift. Wanneer het verzoekschrift dateert van 6 mei 1975 en gedagvaard wordt op 6 november 1975, dan is de dagvaarding nietig. De termijn loopt immers vanaf de dag na het inleidend verzoekschrift, dus vanaf 7 mei 1975, tot 6 november 1975 inbegrepen (Rb. Brussel, 7 april 1976, *R.W.*, 1975-76, 2522) (art. 52-54 Ger.W.). De nietigheid kan door de verweerder of ambtshalve door de rechtbank opgeworpen worden (art. 710, 862, § 1, 1° en 862, § 2 Ger.W.). De echtscheidingsvordering moet als niet-ontvankelijk afgewezen worden (Rb. Brussel, 7 april 1976, *gecit.*; Rb. Leuven, 10 maart 1975, *R.W.*, 1976-77, 1016; Rb. Aarlen, 12 december 1975, *Jur. Liège*, 1975-76, 156). Wordt de nietigheid noch door de verweerder noch door de rechtbank opgeworpen, dan wordt ze gedekt door het later echtscheidingsvonnis op tegenspraak gewezen (art. 864 Ger.W.) (de Leval, G., *l.c.*, 306).

81. De verweerder kan een vordering tot echtscheiding vervallen doen verklaren indien de eiser te lang talmt om te dagvaarden (Rb. Hoei, 26 maart 1975, *Jur. Liège*, 1974-75, 284; Rb. Brussel, 16 juni 1976, *R.W.*, 1976-77, 2227; Rb. Luik, 7 februari 1980, *Jur. Liège*, 1980, 107; Rb. Luik, 6 maart 1980, *Jur. Liège*, 1980, 165) en hieruit een stilzwijgende afstand van rechtsvordering of van geding (art. 824 Ger.W.) kan afgeleid worden (Anders: de Leval, G., *l.c.*, 307, noot 56; arg. art. 860 Ger.W.). De rechtbank kan desgevallend de eiser uitstel verlenen of een termijn bepalen waarbinnen deze moet dagvaarden, gelet op de kansen op verzoening.

De verweerder kan echter zelf geen echtscheidingsvordering bij dagvaarding instellen. Indien de rechtbank evenwel op tegenspraak de echtscheiding toestaat na dergelijke vordering, is de nietigheid gedekt, wanneer noch de oorspronkelijke eiser, noch de rechtbank ambtshalve de nietigheid opwerpen (Luik, 31 januari 1979, *Jur. Liège*, 1979, 313 met noot de Leval, G.).

De oorspronkelijke eiser die niet tot de nietigheid van de dagvaarding van verweerder besluit, kan wel een tegenvordering tot echtscheiding instellen bij gewone conclusies, voor zover de rechtbank de nietigheid niet ambtshalve uitspreekt.

V. Tegenvordering

82. Over de vraag of in geval van niet-ontvankelijkheid van de hoofdvordering de tegenvordering nog ontvankelijk kan zijn, bestaat nog steeds geen eensgezindheid.

In zijn arrest van 5 december 1963 (Cass., 5 december 1963, *Pas.*, 1964, I, 370; *R.C.J.B.*, 1967, 60 met noot Delnoy, P.: zie Baeteman, G., Delva, W. en Bax, M., *l.c.*, *T.P.R.*, 1976, 407, nr. 69) oordeelde het hof van cassatie dat in echtscheidingszaken de onontvankelijkheid van de hoofdvordering *niet noodzakelijk* de onontvankelijkheid van de tegenvordering meebrengt. Het hof verduidelijkte echter niet in welke gevallen de tegenvordering wel en in welke gevallen de tegenvordering niet ontvankelijk is. In alle geval brengt, volgens het hof, de uitdoving van de hoofdvordering door de verzoening der echtgenoten niet de onontvankelijkheid van de tegenvordering met zich mee: de verweerder kan, terwijl hij met succes de niet-toelaatbaarheid van de hoofdvordering wegens de verzoening opwerpt, een tegeneis instellen op grond van feiten daterend van na de verzoening.

Een echtscheidingsgeding vangt aan met het neerleggen van het verzoekschrift. Met de dagvaarding wordt de echtscheidingseis, die reeds bestaat, aan de beoordeling van de rechtbank voorgelegd (Conclusies proc. gen. W. Ganshof van der Meersch bij Cass., 4 mei 1972, *Pas.*, 1972, I, 810; Rigaux, F., noot onder Cass., 4 mei 1972, *R.C.J.B.*, 1973, 233 e.v., nr. 42; de Leval, G., *l.c.*, *Ann. Fac. Dr. Liège*, 298, nr. 7; de Leval, G., *gecit.* noot, *Jur. Liège*, 1979, 314; Rb. Dendermonde, 24 maart 1977, *J.T.*, 1977, 506. Vgl. evenwel Ned. H.R., 28 maart 1980, *N.J.*, 1981, 409 met noot W.H.H., i.v.m. uitlegging Ned.-Belg. executieverdrag 1925).

Alleen de echtgenoot die het verzoekschrift tot echtscheiding heeft ingediend, heeft na het verstrijken van de schorsingstermijn het recht om te dagvaarden (Zie Baeteman, G., Delva, W. en Bax, M., *l.c.*, *T.P.R.*, 1976, 407, nr. 67. Anders: de Leval, G., *gecit.* noot, 314; Rb. Marche en Famenne, 28 juli 1977, *Jur. Liège*, 1977-78, 75). En een tegenvordering is enkel ontvankelijk wanneer de eiser na het verstrijken van de schorsingstermijn gedagvaard heeft (Rb. Marche en Famenne, *gecit.*).

In een vonnis van de rechtbank te Brussel van 7 april 1976 wordt de hoofdeis tot echtscheiding onontvankelijk verklaard omdat te vroeg gedagvaard werd en wordt meteen de tegeneis onontvankelijk verklaard omdat ,,de tegeneis qua ontvankelijkheid het lot ondergaat van de hoofdeis'' (Rb. Brussel, 7 april 1976, *R.W.*, 1975-76, 2522; Rb. Leuven, 10 maart 1975, *R.W.*, 1976-77, 1016).

In een vonnis van 16 juni 1976 beslist dezelfde rechtbank evenwel, met verwijzing naar het cassatiearrest van 5 december 1963, ,,dat de tegeneis niet noodzakelijk beïnvloed is door de niet-ontvankelijkheid van de hoofdeis; dat dit ook het geval is indien eiser van de hoofdeis verzuimt de procedure door te drijven'' (Rb. Brussel, 16 juni 1976, *R.W.*, 1976-77, 2227; Vieujean, E., ,,Examen de jurisprudence (1970 à 1975), Personnes'', *R.C.J.B.*, 1978, 327. Anders: Rb. Hasselt, 22 februari 1971, *R.W.*, 1971-72, 918; Baeteman, G., Delva, W. en Bax, M., *l.c.*, *T.P.R.*, 1976, 407, nrs. 67 en 69): *in casu* had de verweerder, na het

verstrijken van de schorsingstermijn, de oorspronkelijke eiser gedagvaard in vervallenverklaring van diens echtscheidingsvordering en tegelijk zelf een echtscheidingseis ingeleid.

De gegevens van beide zaken kunnen t.a.v. de procedureproblemen bekeken worden als volgt: in het eerste geval was de schorsingstermijn, van openbare orde, nog niet verstreken; in het tweede geval wel; beide gevallen vertonen ergens een zekere gelijkenis: in het eerste geval was de dagvaarding van eiser nietig; in het tweede geval was er geen dagvaarding. Er moet in dit verband worden op gewezen dat ook al leidt het verzoekschrift het geding in, de dagvaarding van eiser een essentiële vereiste is voor de verderzetting van de echtscheidingsprocedure, en de verweerder kan het initiatief ten deze niet nemen in de plaats van de eiser.

In geval de hoofdvordering tot echtscheiding niet toelaatbaar is ingevolge de verzoening van de partijen — geval waarover het hof van cassatie in 1963 uitspraak deed —, liggen de zaken enigszins anders: in dat geval heeft de eiser gedagvaard en de exceptie van verzoening raakt in zekere zin ook reeds de grond van de zaak. Maar ook dit arrest is voor kritiek vatbaar (Zie Brussel, 22 juni 1957, *Pas.*, 1957, II, 183). Vroeger werd wel eens betoogd, gelet op het autonoom en bijzonder karakter van de tegenvordering in echtscheidingszaken, die niet louter verdedigend en bijkomstig is, dat ,,in tegenstrijd met wat gewoonlijk aangenomen wordt inzake reconventie, de niet ontvankelijkheid van de oorspronkelijke vraag niet voor gevolg heeft dat de tweede vraag op haar beurt zou dienen afgewezen als niet ontvankelijk; dat het overigens niet billijk zou zijn aan de echtgenoot welke eerst de procedure inleidde toe te laten op het laatste ogenblik de tweede vraag te vernietigen door het verwekken van een reden van niet ontvankelijkheid betreffende zijn eigen eis'' (Rb. Antwerpen, 13 januari 1939, *Pas.*, 1939, III, 57; Cass. 5 december 1963, *gecit.*, dat Brussel, 7 december 1962, *J.T.*, 1963, 608, bevestigt; Piérard, A., *Traité du divorce et de la séparation de corps*, I, nr. 227; Pasquier, A., ,,Les demandes reconventionnelles en matière de divorce et de séparation de corps'', *Rev. Dr. Fam.*, 1959, 365. *Adde*: Werckx, J., ,,Afstand en de ontvankelijkheid van de tegeneis in echtscheiding'', noot onder Antwerpen, 1 april 1980, *Jura Falc.* 1980-81, nr. 2, 293: tegeneis ontvankelijk als afstand niet aanvaard).

Nù artikel 14 Ger.W. elke tegenvordering ruim definieert als ,,een tussenvordering die de verweerder instelt om tegen de eiser een veroordeling te doen uitspreken'', kan de zelfstandigheid van de tegenvordering tot echtscheiding nog moeilijk verdedigd worden. Het feit dat een tegenvordering tot echtscheiding bij eenvoudige conclusie kan worden ingesteld verandert daaraan niets; integendeel, dit versterkt eerder haar incidentele aard. J. Carbonnier geeft in dat verband nog een ander argument: ,,Réduite à la demande reconventionnelle, l'instance en divorce n'exprimerait plus qu'une fraction de la réalité psychologique. C'est pourtant, dans le procès en divorce, plus que dans tout autre procès civil, qu'il importe, comme on dit, d'embrasser tout le réel, sans découpage technique, car, plus qu'ailleurs, le juge y travaille dans la pâte humaine (Carbonnier, J., noot onder Colmar, 13 april 1951, *D.*, 1952, 606).

In geval de hoofdvordering ingevolge de verzoening ontoelaatbaar is lijkt het toch verkieslijk de tegeneis, gesteund op feiten daterend van na de verzoening, niet ontvankelijk te verklaren: ware dit niet het geval dan zou eigenlijk een nieuw en ander echtscheidingsproces, zonder de voorafgaande verzoeningspoging voor de voorzitter, ingeleid worden; een nieuwe voorafgaande verschijning is billijk, gezien de gewijzigde situatie van beide partijen (De oorspronkelijke eiser, nu verweerder, kan b.v. meer tot verzoening genijgd zijn).

83. De echtgenoot die geen echtscheiding wenst, doch tegen wie echtscheiding gevorderd wordt, is gerechtigd zijn tegenvordering afhankelijk te stellen van de toewijzing van de hoofdvordering: het nastreven van het behoud van de huwelijksband stemt overeen met de belangen van de sociale orde, zodat de voorwaardelijkheid van de tegeneis opgevat als verweer tegen de hoofdeis met dit rechtsbeginsel in overeenstemming is. Dit verweer strekt tot het voorkomen van de schending van een ernstig bedreigd recht. De status van de gewezen echtgenoot zal verschillen naargelang de huwelijksband verbroken wordt, hetzij op grond van de tekortkoming begaan door de andere echtgenoot, hetzij uitgaande van wederzijdse schuldige gedragingen (Brussel, 8 november 1977, *R.W.*, 1979-80, 250).

84. Een tegenvordering kan voor het eerst in hoger beroep worden ingesteld; zij is immers geen nieuwe vordering (art. 1268 Ger.W.). Een tegeneis mag niet worden ingewilligd op grond van een nieuw feit van ontrouw; dit feit mag niet worden beschouwd als zijnde op zichzelf een grond tot echtscheiding wanneer het niet voorkwam onder de feiten die tot het bewijs toegelaten werden en wanneer het evenmin in verband kan worden gebracht met een of meer in het tussenvonnis beschreven feiten. Maar een nieuwe tegeneis mag worden ingediend voor het hof van beroep, steunend op het nieuw feit van ontrouw (Brussel, 16 maart 1977, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1978, 31 met noot Lampe, M.F., ,,La notion de cause juridique de divorce: pierre d'angle de l'extension de la demande. Destinée des actions principale et reconventionnelle en divorce, dans la jurisprudence récente'').

De ontvankelijkheid van de tegenvordering in hoger beroep is gebonden aan de ontvankelijkheid van het hoger beroep zelf (De Gavre, J., *l.c.*, *T.P.R.*, 1975, 201).

Wanneer hoger beroep alleen wordt ingesteld om een tegenvordering in te leiden voor het hof van beroep, is het beroep niet-ontvankelijk bij gemis aan vermelding van enige grief (art. 1057, 7° Ger.W.), en de tegenvordering is dan eveneens niet-ontvankelijk (Brussel, 4 oktober 1971, *Pas.*, 1972, II, 2; *J.T.*, 1972, 283).

Ten onrechte beslist het hof van beroep te Brussel in twee arresten dat het verval van zijn hoger beroep bij gemis aan kennisgeving aan de griffier van de rechtbank die de echtscheiding heeft toegestaan (art. 1273 Ger.W.), de beroeper niet belet in hoger beroep een ontvankelijke tegenvordering in te leiden (Brussel, 5 juni 1973, *Pas.*, 1974, II, 6; Brussel, 12 november 1974, *Pas.*, 1975, II, 63; de Leval, G., *l.c.*, *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1977, 325 en noot 134 met referenties in

andere zin. Anders ook Luik, 11 maart 1980, *Jur. Liège*, 1981, 9 met opm. de Leval, G.).

85. Een tegenvordering kan worden ingesteld na het vonnis dat de echtscheiding toestaat en dit tot aan de overschrijving (Rb. Brussel, 13 juni 1975, *J.T.*, 1975, 509; Rb. Dendermonde, 24 maart 1977, *J.T.*, 1977, 506; Cass., 9 juli 1936, *Pas.*, 1936, I, 347), maar uiteraard niet bij conclusies. De vordering moet dan wel ingeleid worden bij dagvaarding: de voorafgaande procedure bij verzoekschrift is duidelijk zinloos, gezien de echtgenoten reeds uit de echt gescheiden zijn. De vraag stelt zich of nog een tegenvordering bij conclusie kan ingeleid worden wanneer de rechtbank de echtscheiding heeft toegestaan ten nadele van verweerder, maar de heropening van de debatten heeft bevolen aangaande het onderhoudsgeld voor eiseres en voor de kinderen. De rechtbank te Brussel verwerpt de tegeneis van verweerder als niet-ontvankelijk: de echtscheidingsvordering zelf is niet meer hangende; de artikelen 301 en 302 B.W. zijn ondergebracht in het hoofdstuk dat de gevolgen van de echtscheiding regelt, zodat op een desbetreffende vordering geen tegenvordering tot echtscheiding kan worden geënt (Rb. Brussel, 15 september 1976, *R.W.*, 1976-77, 1275. Anders: Bax, M., *l.c.*, *R.W.*, 1977-78, 2480-2481). Deze oplossing getuigt misschien van overdreven formalisme, vooral omdat in dergelijk geval de tegenvordering juist tot doel heeft de gevolgen terzake onderhoudsgeld te wijzigen.

De rechter die oordeelt dat de hoofdeis in echtscheiding niet moet worden vertraagd door de tegeneis, waarvan wordt vastgesteld dat hij niet kan worden behandeld omdat de strafvervolging met betrekking tot het overspel niet door een in kracht van gewijsde getreden beslissing is gesloten, eerbiedigt de artikelen 810 en 1255 Ger.W. (Bergen, 20 november 1979, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 289).

VI. Verzet

86. In echtscheidingszaken kan de termijn van een maand om verzet te doen niet verlengd worden wegens gerechtelijke vakantie: artikel 50, lid 2 Ger.W. verwijst niet naar artikel 1266 (Brussel, 24 februari 1976, *J.T.*, 1976, 353). De verlengde verzetstermijn kan ook niet gelden voor de beslissing van de rechtbank over het onderhoudsgeld door de man aan zijn vrouw provisioneel verschuldigd, voor zover zijn tegenvordering tot echtscheiding ongegrond zou worden verklaard. In zulk geval kan het alimentatiegeding immers niet van het echtscheidingsgeding gescheiden worden (Brussel, 24 februari 1976, *gecit.*).

VII. Hoger Beroep

87. Verschillende arresten preciseren artikel 1273 Ger.W. luidens hetwelk ieder hoger beroep — zowel incidenteel beroep als hoofdberoep (Bergen, 17 januari 1980, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1981, 64 met noot Kohl, A.) — tegen een vonnis waarbij echtscheiding wordt toegestaan, op straffe van verval, binnen acht dagen na de dag waarop het beroep is ingesteld, bij deurwaardersexploot ter kennis moet worden gebracht van de griffier van de rechtbank die de bestreden beslissing heeft gewezen.

De partij die hoger beroep instelt kan van dit verval slechts ontheven worden indien zij bewijst dat een geval van overmacht haar belet heeft tijdig kennis te geven (Cass., 26 september 1975, *Arr. Cass.*, 1976, 125; *R.W.*, 1975-76, 1844; *Pas.*, 1976, I, 117. Vgl. Cass., 24 september 1979, *Pas.*, 1980, I, 109).

Een vergetelheid van de advocaat of van de gerechtsdeurwaarder, lasthebbers van de partij, kan in beginsel niet als overmacht ingeroepen worden (Cass., 26 september 1975, *gecit.*, Luik, 11 maart 1980, *Jur. Liège*, 1981, 9 met opm. de Leval, G. Anders: Gent, 14 juni 1979, *R.W.*, 1980-81, 1208, i.v.m. het verzuim van de advocaat het echtscheidingsvonnis aan de ambtenaar van de burgerlijke stand te betekenen: de advocaat kan bij dit verzuim niet meer geacht worden de lasthebber van zijn cliënt te zijn, hij heeft buiten de perken van de lastgeving gehandeld). Zo verwerpt het hof van cassatie de voorziening tegen een arrest van het hof van beroep te Brussel dat in feite oordeelt dat de laattijdige aanzegging in volgende omstandigheden niet vreemd is aan eisers wil: eiser gaf op 30 mei 1973 aan gerechtsdeurwaarder S. opdracht het hoger beroep aan te tekenen en aan te zeggen aan de griffier van de rechtbank die de echtscheiding had toegestaan; gerechtsdeurwaarder S., volledig werkonbekwaam als gevolg van een ongeval sedert 13 mei 1973, belastte gerechtsdeurwaarder L. daarmee; deze laatste betekende de akte van beroep op 1 juni 1973, maar deed de aanzegging aan de griffier slechts op 15 juni 1973 (Cass., 26 september 1975, *gecit.*).

Overmacht kan volgens het hof van beroep te Luik echter wel ingeroepen worden in volgende omstandigheden: de advocaat van een partij geeft de gerechtsdeurwaarder opdracht beroep aan te tekenen en dit beroep aan te zeggen; de gerechtsdeurwaarder vermeldt in zijn exploot dat het beroep werd aangezegd overeenkomstig art. 1273 Ger.W., zonder evenwel de naam van de griffier te vermelden; in bezit van dit exploot kan de advocaat van de appellante redelijkerwijze geloven dat het wettelijk voorschrift werd geëerbiedigd: hij staat hier voor een onoverkomelijke hinderpaal die gelijk staat met overmacht (Luik, 14 december 1976, *Pas.*, 1977, II, 146). Het hof ontheft appellante van het verval van haar beroep en kent haar een nieuwe termijn van acht dagen toe om dit aan te zeggen.

88. Het opgelopen verval wordt niet weggenomen door de omstandigheid dat de griffier van de rechtbank die het beroepen vonnis heeft gewezen, tijdig kennis heeft gekregen van het hoger beroep doordat hem met toepassing van artikel 723 Ger.W. om toezending van het dossier van de rechtspleging werd verzocht, noch door het feit dat hij bij die gelegenheid op de kant van het vonnis melding heeft gemaakt van het hoger beroep (Antwerpen, 28 april 1976, *R.W.*, 1976-77, 538 met *de lege ferenda* kritische noot Van Oevelen, A.; bevestigd door Cass., 1 april 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 835; *R.W.*, 1976-77, 2618; *Pas.*, 1977, I, 828; *J.T.*, 1978, 47). Het verval wordt evenmin gedekt door het arrest dat, alvorens het niet door partijen ingeroepen verval van ambtswege uit te spreken, overeenkomstig artikel 774 Ger.W. de heropening van de debatten beveelt: deze beslissing is een maatregel van inwendige orde en geen arrest op tegenspraak dat het verval zou dekken dat niet door de partij is voorgedragen of door de rechter ambtshalve is uitgesproken (art. 864) (Antwerpen, 28 april 1976, *gecit.* Vgl. Cass., 9 decem-

ber 1971, *Arr. Cass.*, 1972, 357; *R.W.*, 1971-72, 1147; *Pas.*, 1972, I, 352: het hof van beroep moet de heropening van de debatten bevelen alvorens het verval van het beroep van ambtswege uit te spreken).

Ingevolge artikel 862, § 1, 1° en 4° geldt bovendien de regel van artikel 861 Ger.W., met name dat een proceshandeling alleen dan kan nietigverklaard worden indien het aangeklaagde verzuim de belangen van een partij schaadt, niet voor een verzuim betreffende de termijnen op straffe van verval voorgeschreven of betreffende het optreden van de ministeriële ambtenaar (Antwerpen, 28 april 1976 en Cass., 1 april 1977, *gecit.*).

Het verval, krachtens artikel 1273 Ger.W., van het hoger beroep tegen een vonnis dat de echtscheiding toestaat brengt niet mee dat een dergelijk vonnis in kracht van gewijsde gaat en voor overschrijving vatbaar wordt, noch dat de termijn voor aanzegging ervan aan de ambtenaar van de burgerlijke stand aanvangt, vooraleer het verval van het hoger beroep bij rechterlijke beslissing is vastgesteld en vooraleer deze beslissing zelf kracht van gewijsde heeft (Cass., 20 juni 1980; *R.W.*, 1980-81, 1529 met noot).

Het verval, voorzien door artikel 1273 Ger.W. geldt voor het hoger beroep tegen elk vonnis waarbij de echtscheiding wordt toegestaan, zonder uitsluiting van de vonnissen die ze toestaan door omzetting van een scheiding van tafel en bed.

Het hoger beroep dat slechts betrekking heeft op een beschikking over de uitkering na echtscheiding moet niet aan de griffier van de rechtbank die het bestreden vonnis heeft gewezen aangezegd worden: deze beschikking ontsnapt immers aan de formaliteit van de inschrijving op de kant van de huwelijksakte (Cass., 13 november 1975, *Arr. Cass.*, 1976, 334; *R.W.*, 1975-76, 1963; *Pas.*, 1976, I, 323; *J.T.*, 1976, 24; Cass., 31 mei 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 1080; *Pas.*, 1974, I, 1006; *J.T.*, 1975, 190; Brussel, 18 oktober 1978, *Pas.*, 1978, II, 138).

Bij hoger beroep tegen een vonnis dat de echtscheiding toestaat en uitspraak doet omtrent het bestuur over de persoon en de goederen of het onderhoud van de kinderen, is het verval beperkt tot de beschikking van het vonnis waarbij de echtscheiding wordt toegestaan (Brussel, 27 november 1974, *R.W.*, 1974-75, 2345; Luik, 11 maart 1980, *Jur. Liège*, 1981, 9. Anders: Brussel, 16 november 1976, *J.T.*, 1977, 152).

Bij gebreke van kennisgeving aan de bevoegde griffier van het onbeperkt beroep tegen een vonnis dat de echtscheiding toestaat ten voordele van een partij en de eis van de andere partij ongegrond verklaart, blijft het verval beperkt tot het dispositief dat de echtscheiding toestaat en strekt zich niet uit tot het dispositief dat de andere eis afwijst (Luik, 6 maart 1979, *J.T.*, 1979, 379; *Jur. Liège*, 1978-79, 241). De omstandigheid dat de echtscheiding reeds werd overgeschreven in zijn voordeel ontslaat de appelant niet van de verplichting, op straffe van verval, zijn beroep tegen het vonnis dat de tegenvordering tot echtscheiding inwilligt aan te zeggen (Brussel, 24 november 1972, *Pas.*, 1973, II, 57).

89. De akte van hoger beroep in echtscheidingszaken die, bij gebrek aan akkoord van de partijen om de gewone rechtspleging toe te passen, de plaats, de dag en het uur van verschijning niet vermeldt, hoewel deze vermelding bij artikel 1063

Ger.W. is voorgeschreven, is in beginsel door nietigheid aangetast, overeenkomstig artikel 1057 Ger.W. De rechter kan die nietigheid echter alleen uitspreken, indien het aangeklaagde verzuim de belangen schaadt van de partij die ze inroept (Cass., 26 oktober 1973, *Pas.*, 1974, I, 219; Brussel, 22 januari 1979, *J.T.*, 1980, 227), b.v. doordat het proces hierdoor noodzakelijk vertraagd wordt. Indien het geschil een delicaat karakter vertoont, zodat een spoedige beslechting niet te verwachten is, kan die vertraging niet ingeroepen worden (Brussel, 22 januari 1979, *gecit.*).

90. De partij tegen wie de echtscheiding werd toegestaan kan geen afstand doen van het beroep dat ze tegen dit vonnis heeft ingeleid: zoniet zou het mogelijk zijn de huwelijksband te ontbinden door de wil van de partij die afstand doet van haar beroep in plaats van door de gevolgen die de wet aan gerechtelijke beslissingen toekent (Bergen, 2 juni 1976, *Pas.*, 1977, II, 95: afstand van hoger beroep is een berusting (art. 1044 Ger.W.) en geen afstand van geding (art. 823, 2e lid Ger.W.)).

91. De termijn van beroep in echtscheidingszaken kan worden verlengd ingevolge gerechtelijke vakantie: anders dan inzake verzet (art. 1266 Ger.W.) wordt in het hoofdstuk betreffende de echtscheidingsprocedure (art. 1273 Ger.W.) de termijn van beroep niet uitdrukkelijk vermeld: artikel 1051 Ger.W. is dus toepasselijk en artikel 50, lid 2 verwijst daarnaar (Bergen, 2 juni 1976, *gecit.*).

92. Een vrouw — aan wie bij voorlopige maatregel een maandelijks voorschot tot onderhoud van 25.000 F werd toegekend —, stelt hoger beroep in tegen het vonnis dat de echtscheiding tegen haar toestaat, met de overweging dat zij ,,om te vermijden zonder inkomsten te zijn ... verplicht was hoger beroep aan te tekenen''. Dit hoger beroep steunt uitsluitend op een overweging die aan de hoofdvordering vreemd is en is enkel ingesteld geweest met het opzet de berechting ervan te vertragen en zodoende langer het maandelijks onderhoudsvoorschot uitbetaald te krijgen. De vrouw maakt aldus misbruik van het recht een rechtsmiddel aan te wenden. Het hof van beroep te Brussel verklaart haar terecht vervallen van haar beroep en kent de man een schadevergoeding toe van 15.000 F wegens tergend en roekeloos hoger beroep (Brussel, 25 juni 1974, *Pas.*, 1975, II, 49; Antwerpen, 1 december 1980, *R.W.*, 1980-81, 1836; vgl. Antwerpen, 14 november 1979, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1981, 15: beroep van de vrouw tegen het vonnis dat haar de echtscheiding toestaat, omdat haar een te geringe uitkering na echtscheiding werd toegekend).

93. De bepalingen van artikel 807 Ger.W. betreffende de uitbreiding of wijziging van de eis die voor de rechter aanhangig is, zijn van toepassing in hoger beroep (Cass., 3 mei 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 1031; *Pas.*, 1978, I, 1006). Niet ontvankelijk is het incidenteel beroep van de man die zijn vordering ingesteld op grond van feitelijke scheiding van meer dan 10 jaar, in hoger beroep tevens wil steunen op overspel (omdat zijn vrouw betwist schuld te hebben aan de feitelijke scheiding) (Brussel, 9 april 1979, *J.T.*, 1980, 29).

94. De voorlopige tenuitvoerlegging van de beschikking van het vonnis in eerste aanleg die haar een onderhoudsgeld toekent, kan door een partij — al of niet voor het eerst — in hoger beroep worden gevraagd (Art. 1401 Ger.W.; Brussel, 18 juni 1979, *J.T.*, 1980, 45).

VIII. Cassatie

95. Een arrest dat, na op de hoofdvordering de echtscheiding te hebben toegestaan ten nadele van de vrouw en de man te hebben ontslagen van elke uitkering tot levensonderhoud na de echtscheiding, zegt dat de tegenvordering niet in staat van wijzen is en de behandeling ervan uitstelt op een latere datum, terwijl tussen de partijen niet was betwist dat de tegenvordering niet in staat van wijzen was, is geen beslissing in de zin van artikel 608 en 609, 1° Ger.W., want er wordt geen geschil beslecht. De voorziening in cassatie is, in zoverre zij is ingesteld tegen die beslissing op tegenvordering, dan ook niet ontvankelijk (Cass., 10 maart 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 801; *Pas.*, 1978, I, 780).

De cassatie van de beschikking van een arrest die de echtscheiding toestaat ten nadele van een partij brengt de cassatie mee van de beschikking die de onderhoudsvordering van deze partij zonder voorwerp verklaart, want de laatste volgt uit de eerste (Cass., 29 april 1971, *Arr. Cass.*, 1971, 839; *Pas.*, 1971, I, 775).

IX. Overschrijving

96. De echtgenoot-eiser die de termijn van twee maanden heeft laten voorbijgaan zonder de betekening of de terhandstelling aan de bevoegde ambtenaar van de burgerlijke stand te doen, verliest het voordeel van het door hem verkregen vonnis of arrest (art. 1277 Ger.W.).

Deze termijn is een vervaltermijn. De rechtbank kan slechts ontheffing van het verval verlenen in geval van overmacht: bewezen moet worden dat de eiser nooit het vonnis of arrest dat hem de echtscheiding toestond heeft willen verzaken en dat het ten gevolge van toevallige omstandigheden, onafhankelijk van zijn wil, is dat de overschrijving niet binnen de vereiste termijn kon geschieden.

Een verzuim van de lasthebber is geen overmacht. Er is geen overmacht, wanneer de gerechtsdeurwaarder de stukken ten gepaste tijde ontving, maar wegens ziekte en verlof van zijn personeel, een van zijn bedienden die hij belast had met het opmaken der exploten, dit dossier buiten zijn weten had achtergehouden, en het exploot in kwestie slechts aan hem had overgemaakt toen de voorgeschreven termijn verstreken was (Anders: Rb. Brussel, 19 juni 1969, *R.W.*, 1973-74, 620; vgl. Gent, 14 juni 1979, *R.W.*, 1980-81, 1208. Zie hoger, nr. 87).

Niet gespecificeerde ,,toevallige omstandigheden'' maken geen overmacht uit (Brussel, 5 juni 1973, *Pas.*, 1974, II, 8; *J.T.*, 1974, 213).

Ter bescherming van de rechten van de echtgenoot tegen wie de echtscheiding is toegestaan moet hem het exploot van betekening of het ontvangbewijs van de terhandstelling aan de ambtenaar van de burgerlijke stand, aangezegd worden (art. 1275, 2e lid). Deze aanzegging is niet op straffe van verval voorgeschreven, maar de echtgenoot tegen wie de echtscheiding is toegestaan, mag van het

ontbreken ervan geen nadeel ondervinden (Zie Brussel, 30 april 1973, *J.T.*, 1974, 64; *Rev. Not.*, 1975, 485: i.v.m. optierecht van de onder gemeenschap gehuwde vrouw, vóór de wet van 14 juli 1976). De overschrijvingsakte die steunt op een laattijdige overschrijving moet nietig verklaard worden (Rb. Luik, 26 maart 1976, *Jur. Liège*, 1976-77, 211).

Een vordering tot ontheffing van de vervaltermijn voorgeschreven in artikel 1275 Ger.W., ingesteld in hoger beroep (beperkt tot de tegenvordering tot echtscheiding), is een volledig nieuwe eis. Het verweer tegen deze tussenvordering van de andere partij, die aanvoert dat zij van een aanleg is beroofd, moet worden beschouwd als een exceptie van onbevoegdheid van de rechter in hoger beroep. Ingevolge artikel 643 Ger.W. dient het hof de tussenvordering naar de eerste rechter te verwijzen (Antwerpen, 14 december 1977, *R.W.*, 1979-80, 325).

In geval van een ingewilligde hoofdeis en tegeneis is een dubbele overschrijving noodzakelijk opdat elk der partijen haar rechten voortspruitend uit het vonnis van echtscheiding zou behouden. Het beschikkend gedeelte van een beslissing die echtscheiding toestaat mag niet worden overgeschreven op verzoek van de echtgenoot in wiens voordeel de echtscheiding niet werd toegestaan. Terecht vordert het openbaar ministerie, bij toepassing van artikel 138 Ger.W., dan ook de nietigheid van de overschrijving, uitsluitend gedaan op verzoek van de echtgenoot op wiens vordering de echtscheiding nog niet definitief werd toegestaan, omdat beroep werd aangetekend door de andere partij, welke naliet de overschrijving te vragen van de echtscheiding, die op haar vordering wel definitief was toegestaan (Rb. Dendermonde, 27 juni 1974, *R.W.*, 1976-77, 731).

Een circulaire van de minister van justitie van 7 augustus 1962 aanvaardt eveneens, in de geest van de door de wet bedoelde terhandstelling, het ,,zelf'' toesturen, maar met toevoeging van ,,een eigenhandig ondertekende begeleidingsbrief''. In een antwoord op een vraag van volksvertegenwoordiger Desutter preciseert de minister van justitie dat het verzoek tot overschrijving in ieder geval ondertekend of, op zijn minst, medeondertekend dient te worden door de partij, zodat de handtekening van advocaat of notaris niet volstaat (*Parl. Vr. en Antw.*, Kamer, 1979-80, 904; zie *R.W.*, 1979-80, 1949).

X. Verzoening

97. De rechter oordeelt in feite of er tussen de echtgenoten verzoening is tot stand gekomen waardoor de rechtsvordering tot echtscheiding vervalt (Cass., 4 december 1975, *Arr. Cass.*, 1976, 426; *Pas.*, 1976, I, 420; Cass. civ., 27 oktober 1976, *D.*, 1977, I.R., 21).

Een kortstondige vruchteloze poging om het echtelijk leven te hernemen kan niet als een verzoening beschouwd worden (Brussel, 9 oktober 1974, *R.W.*, 1974-75, 1386, inzake vervolging wegens overspel. Zie Cass., 23 april 1971, *Arr. Cass.*, 1971, 818; *R.W.*, 1971-72, 618; *Pas.*, 1971, I, 755: het feit dat de man voor de strafrechter verklaarde zich met zijn vrouw verzoend te hebben, om zijn vrouw een veroordeling te besparen, betekent niet dat er effectief een verzoening was in de zin van artikel 1284 Ger.W.; Baeteman G., Delva, W. en Bax, M., *l.c.*, *T.P.R.*, 1976, 414, nr. 77).

De exceptie van verzoening door verweerder opgeworpen ten aanzien van zijn tekortkomingen is niet gegrond indien het gemeenschappelijk leven werd voortgezet, niet als gevolg van vergiffenis, door de beledigde echtgenoot geschonken en door de schuldige echtgenoot aanvaard, doch enkel omwille van het belang van de kinderen (Rb. Brussel, 31 januari 1977, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1978, 365 met noot M.F. Lampe-Franzen; Cass. civ., 20 december 1977, *D.*, 1978, I.R., 262).

Wanneer een arrest de echtscheiding toestaat op basis van feiten daterend van vóór de verzoening en op basis van latere feiten, en het dispositief wettelijk te verantwoorden is door de nieuwe feiten, is het cassatiemiddel dat alleen betrekking heeft op de vroegere feiten niet ontvankelijk bij gebrek aan belang (Cass., 17 september 1970, *Arr. Cass.*, 1971, 48; *Pas.*, 1971, I, 42; Cass. civ., 29 oktober 1980, *J.C.P.*, 1981, IV, 21).

De exceptie van verzoening kan opgeworpen worden, ook al werd reeds een aanvang gemaakt met de behandeling ten gronde en een getuigenverhoor bevolen (Vieujean, E., *l.c.*, *R.C.J.B.*, 1978, 329. Anders: Rb. Luik, 25 september 1980, *Jur. Liège*, 1981, 14 met opm. de Leval, G.).

D. Voorlopige maatregelen

I. Bevoegdheidsproblemen

98. De voorzitter, rechtsprekend in kort geding, neemt in iedere stand van het geding kennis van de voorlopige maatregelen die betrekking hebben op de persoon, op het levensonderhoud en op de goederen, zowel van de partijen als van de kinderen (art. 1280 Ger.W.).

De voorzitter is naast de rechtbank zelf bevoegd vanaf het ogenblik dat het proces-verbaal omtrent de overhandiging van het verzoekschrift (art. 1256 Ger.W.) is opgemaakt.

Vanaf datzelfde ogenblik is de vrederechter onbevoegd om nog inkomstendelegatie (art. 221, § 6 B.W. en 1280 Ger.W.) of onderhoudsgeld (art. 591, 7° en 1280 Ger.W.) toe te staan of om dringende voorlopige maatregelen te nemen (art. 223 B.W. en 1280 Ger.W.).

De vrederechter is onbevoegd zelfs al werd de echtscheidingsvordering van de rol weggelaten. Enkel een doorhaling van de zaak, niet een weglating van de rol, doet immers het geding vervallen (Rb. Brussel, 28 september 1977, *R.W.*, 1979-80, 1393, met opm. J.L.; Vred. Berchem, 18 mei 1971, *R.W.*, 1976-77, 2231).

Indien vóór het inleiden van de echtscheidingsprocedure door de vrederechter een inkomstendelegatie of onderhoudsgeld werd toegekend of dringende voorlopige maatregelen werden genomen, hebben deze uitwerking tot ze worden gewijzigd door een maatregel van de voorzitter in kort geding of van de rechtbank (arg. art. 221 § 6 B.W.) of tot de termijn bepaald in de beschikking van de vrederechter verstreken is.

De vrederechter die gevat werd vóór de echtscheidingsprocedure kan tijdens die procedure nog onderhoudsgeld toekennen voor de periode die het indienen van het verzoekschrift tot echtscheiding voorafgaat, voor zover de voorzitter in kort

geding of de rechtbank nog geen beslissing inzake onderhoudsgeld hebben genomen (Cass., 14 september 1973, *Arr. Cass.*, 1974, 40; *R.W.*, 1973-74, 654; *Pas.*, 1974, I, 33, impliciet; Vred. Ath, 17 november 1975, *T. Vred.*, 1976, 246. Zie Baeteman, G., Delva, W. en Bax, M., T.P.R. 1976, 386, nr. 56), want anders zou de door de rechtbank of door de voorzitter in kort geding gedane beoordeling over de financiële toestand der partijen noodzakelijk in het gedrang gebracht worden.

De vrederechter, gevat vóór de echtscheidingsprocedure, kan niet een sommendelegatie toestaan voor de periode die de echtscheidingsprocedure voorafgaat: een sommendelegatie kan niet voor het verleden gegeven worden (Cass., 19 september 1975, *R.W.*, 1975-76, 1495, met noot Senaeve, P.; noot E.K. bij Cass., 14 september 1973, *gecit.*), noch door de vrederechter vóór, noch door de rechtbank of de voorzitter tijdens de echtscheidingsprocedure. De voorzitter kan wel rekening houden met de lasten die op de eisende echtgenoot drukken, en nl. met het feit dat deze echtgenoot gedurende de periode vóór zijn beschikking alle lasten van het huishouden alleen te dragen had. Zodoende kent hij geen achterstallige bedragen toe, maar stelt hij de bijdrage vast die de in gebreke gebleven echtgenoot in de toekomst aan de rechthebbende moet betalen (Noot Krings, E., *gecit.*; noot Senaeve, P., *gecit.*,; Vred. Namen, 17 november 1977, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1981, 106 met noot Renchon, J.L., i.v.m. uitkering na echtscheiding).

Niets belet daarentegen de voorzitter een onderhoudsgeld toe te staan vanaf een datum vóór de dagvaarding in kort geding (Brussel, 17 maart 1967, *Pas.*, 1967, II, 245).

99. De voorzitter is bevoegd voorlopige maatregelen te nemen tot op het ogenblik dat de vordering tot echtscheiding bij een in kracht van gewijsde gegaan vonnis of arrest werd verworpen of tot op het ogenblik dat het vonnis of arrest dat de echtscheiding toestaat is overgeschreven (Zie Vieujean, E., *l.c.*, *R.C.J.B.*, 1978, 337, nr. 102).

Indien de voorzitter gevat werd vóór de overschrijving, blijft hij bevoegd om uitspraak te doen na de overschrijving, voor zover de gevraagde voorlopige maatregel niet zonder voorwerp is geworden (Vieujean, E., *l.c.*; Brussel, 25 juni 1974, *Pas.*, 1975, II, 47; *Cah. Dr. Fam.*, 1973-74, 9 met advies O.M. Smeers; Luik, 18 december 1974, *Jur. Liège*, 1974-75, 185; Luik, 23 oktober 1979, *Jur. Liège*, 1979, 426. Anders: Voorz. Luik, 8 februari 1978, *Jur. Liège*, 1977-78, 211). De bevoegdheid wordt niet bepaald op het ogenblik van de uitspraak maar op het ogenblik van de dagvaarding of van het verzoekschrift.

Zo beslist het hof van beroep te Brussel dat de voorzitter bevoegd blijft om uitspraak te doen over het bestuur over persoon en goederen van de kinderen: zijn beschikking is niet zonder voorwerp omdat ze na de echtscheiding blijft gelden (art. 302 lid 1 B.W.) (Brussel, 25 juni 1974, *gecit.*). Aan de juistheid van deze zienswijze kan getwijfeld worden: art. 302, lid. 2. B.W. bepaalt dat bij gebreke aan beschikking van de voorzitter, het bestuur toekomt aan de echtgenoot die de echtscheiding verkregen heeft, en alleen de jeugdrechtbank kan nadien anders beslissen (art. 302, lid. 3 B.W.). Uit de tekst van artikel 302 B.W. blijkt duidelijk

dat het feit dat de voorzitter vóór de overschrijving gevat werd niet volstaat om artikel 302, lid. 1. toe te passen: de gevorderde voorlopige maatregel is zonder voorwerp geworden ten gevolge van de echtscheiding.

Zo ook kan de voorzitter gevat vóór de overschrijving van de echtscheiding geen onderhoudsgeld of geen sommendelegatie aan een echtgenoot meer toekennen na de echtscheiding, tenzij — wat het onderhoudsgeld betreft — voor de periode tussen de dagvaarding (of vroeger nog indien de behoeftigheid bewezen is) en de overschrijving: de hoedanigheid van echtgenoot bestaat niet meer, de dagvaarding op grond van artikel 213 B.W., 221 B.W. of 1280 Ger.W. heeft geen voorwerp meer. En na de ontbinding van het huwelijk wordt algemeen aangenomen dat alleen de vrederechter bevoegd is om een uitkering op grond van artikel 301 B.W. toe te staan — behoudens in het verder besproken geval dat één van twee echtscheidingsvorderingen nog hangende is.

Indien de man in de loop van de echtscheidingsprocedure evenwel de afschaffing van het onderhoudsgeld dat hij aan zijn vrouw moet betalen, vraagt, dan kan de voorzitter, na de overschrijving, die eis nog inwilligen; deze is niet zonder voorwerp geworden, want hij steunde op de omstandigheid dat op het ogenblik van de dagvaarding de vrouw niet meer behoeftig of de man niet meer vermogend was (Vieujean, E., *l.c.*, 338, nr. 102. Anders: Voorz. Luik, 5 maart 1975, *Jur. Liège*, 1974-75, 214).

Het hof van beroep is bevoegd om te oordelen over het hoger beroep tegen een in kort geding gewezen beschikking m.b.t. het onderhoud van een kind tijdens de procedure, zelfs indien het hoger beroep werd ingesteld na de overschrijving van het vonnis dat de echtscheiding toestaat (Bergen, 17 april 1980, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1981, 76).

100. Een bijzonder bevoegdheidsprobleem stelt zich wanneer beide echtgenoten een echtscheidingsvordering hebben ingesteld, en de echtscheiding werd toegestaan en overgeschreven op de ene vordering, terwijl de andere vordering nog hangende is. In twee recente arresten heeft het hof van cassatie zijn vroegere rechtspraak bevestigd en de betwistingen hieromtrent in rechtsleer en rechtspraak beslecht. Het hof opteert voor de bevoegdheid van de voorzitter: hoewel de eis die nog hangende is niet meer de ontbinding van het huwelijk beoogt blijft het een eis tot echtscheiding die wil doen vaststellen dat de tekortkomingen van de verweerder op deze eis eveneens tot echtscheiding moeten leiden (Cass., 5 januari 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 537 met noot E.K.; *R.W.*, 1977-78, 898 met noot Bax, M.; *Pas.*, 1978, I, 507; *J.T.*, 1978, 311; *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1978, 28; Cass., 3 mei 1979, *R.W.*, 1979-80, 1630; *Pas.*, 1979, I, 1035 met conclusies adv.-gen. Krings, E.; *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1979, 275 met kritiek Renchon, J.L.).

Beide cassatiearresten betreffen een vordering tot wijziging van de onderhoudsbijdrage voor het gemeenschappelijk kind en beslissen dat noch de vrederechter, op grond van artikel 591, 7° Ger.W. (eerste en tweede arrest), noch de jeugdrechtbank, met toepassing van artikel 302, derde lid B.W. (tweede arrest) bevoegd zijn. De voorzitter is bevoegd krachtens artikel 1280 Ger.W. Bovendien is, zolang één echtscheidingseis hangende is, de eis van een van de partijen tot

vaststelling van de verplichtingen van de andere betreffende het onderhoud van de gemeenschappelijke kinderen noodzakelijk een voorlopige eis die samengaat met die echtscheidingseis die de beslissingen nopens de persoon en de goederen van de kinderen en de bijdragen van de vader en de moeder in hun onderhoud kan beïnvloeden; de aldus bevolen voorlopige maatregelen worden pas definitief, in de zin van artikel 302 B.W., wanneer een in kracht van gewijsde gegane beslissing uitspraak heeft gedaan over de beide eisen tot echtscheiding (Cass., 5 januari 1978 en 3 mei 1979, *gecit.*, op grond van een nogal ,,vrije'' interpretatie van artikel 302 B.W. Beter ware het de bevoegdheid van de voorzitter uitsluitend op artikel 1280 Ger.W. en het feit dat een echtscheidingsgeding hangende is, te steunen).

In twee arresten van 30 april 1964 had het hof van cassatie reeds beslist dat de voorzitter bevoegd bleef voor zover de gevraagde voorlopige maatregelen betrekking hadden op rechten en plichten waaraan door de echtscheiding geen einde werd gemaakt (het hoederecht over de kinderen, het bezoekrecht en het onderhoudsgeld voor de kinderen) maar dat zijn bevoegdheid wegviel ten aanzien van de rechten en plichten die met de echtscheiding ophielden te bestaan (alimentatie tussen echtgenoten overeenkomstig art. 213 B.W. en *provisio ad litem*) (Cass., 30 april 1964, *Pas.*, 1964, I, 922, met advies proc. gen. Hayoit de Termicourt; *J.T.*, 1964, 421, met noot Boels, J.J.; *R.C.J.B.*, 1965, 279 met noot Rigaux, F.).

De bevoegdheid van de voorzitter om met betrekking tot de kinderen voorlopige maatregelen te treffen werd na de invoering van het nieuwe artikel 302 B.W. door de wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming betwist (Zie noot Bax, M., *l.c.*, *R.W.*, 1977-78, 901; Laenens, J., ,,Overzicht van rechtspraak (1970-1978), De Bevoegdheid'', *T.P.R.*, 1979, 274, nr. 42 en de referenties).

Steunend op artikel 302, derde lid B.W., dat bepaalt dat na de ontbinding van het huwelijk de jeugdrechtbank bevoegd is om in alle gevallen anders te beslissen, beschouwden vele rechters en auteurs de jeugdrechtbank als uitsluitend bevoegd om over de hoede van de kinderen te beslissen (Zie de referenties geciteerd door Bax, M., *l.c.*; Brussel, 15 juni 1977, *J.T.*, 1978, 9; Bergen, 29 maart 1976, *Pas.*, 1977, II, 59; *J.T.*, 1977, 310 met goedkeurende noot Masson, J.P.; Renchon, J.L., *gecit.* noot, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1979, 285-286, die als volgt redeneert: ,,Dans la solution accueillie par les arrêts de 1964 la compétence du juge du *provisoire* se justifiait par le caractère 'provisoire' des mesures sollicitées''. Waar vóór de wet van 8 april 1965 de hoede over de kinderen na echtscheiding toekwam aan de onschuldige echtgenoot, kon geen definitieve beslissing daaromtrent genomen worden indien nog een echtscheidingseis hangende was; daarom bleef de voorzitter bevoegd. Sinds de wet van 8 april 1965 wordt de hoede bij de ontbinding van het huwelijk (door één echtscheidingseis) echter definitief toevertrouwd aan de echtgenoot die ze bekwam bij voorlopige maatregel of bij akkoord tussen de echtgenoten door de voorzitter bekrachtigd; alleen de jeugdrechtbank is bevoegd om deze *definitieve* regeling te wijzigen. Indien echter geen voorlopige maatregel werden genomen, of geen akkoord tussen de echtgenoten werd bekrachtigd, is evenwel de voorzitter toch bevoegd, omdat artikel 302, lid 2 terugvalt op de regeling vóór de wet van 8 april 1965. In het

systeem van Renchon, J.L. is dus een verschillende rechter bevoegd naargelang tijdens de procedure al of niet voorlopige maatregelen of een overeenkomst over de hoede van de kinderen werden getroffen of gesloten. Dit is een zwak punt. Beter lijkt het bevoegdheid en grond van de zaak te scheiden. Zie ook Bergen (Jeugdk.), 23 januari 1980, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1981, 68: de exceptie van onbevoegdheid van de jeugdrechtbank moet worden opgeworpen bij de opening der debatten, in hoger beroep kan zulks niet meer). Zulks geldt ook voor de vordering i.v.m. de onderhoudsuitkering voor de kinderen, als deze verknocht was met de vraag tot wijziging van het hoederecht. Anderen waren van oordeel dat de woorden ,,na de ontbinding van het huwelijk'' in artikel 302 B.W. alleen doelden op de normale situatie van uit de echt gescheiden ouders en niet op die waarin de echtgenoten, reeds gescheiden, nog in een echtscheidingsprocedure waren gewikkeld en dat de arresten van 1964 ook na de wet van 8 april 1965 hun gelding behielden (Zie de referenties geciteerd door Bax, M., *l.c.*; Luik, 18 december 1974, *Jur. Liège*, 1974-75, 185; Voorz. Brussel, 14 mei 1979, twee beschikkingen, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1979, 281 en 284. De eerste beschikking, in het kader van artikel 726 Ger.W., verklaart terecht de voorzitter in kort geding bevoegd, ook al werd de tegeneis naar de bijzondere rol verwezen. De tweede beschikking zendt het dossier naar de jeugdrechtbank maar alleen omdat de vrouw het inzicht niet blijkt te hebben haar eis tot echtscheiding voort te zetten; ,,dat zij inderdaad geen vaststelling van de zaak ten gronde heeft gevraagd sinds oktober 1970 (9 jaar geleden); dat uit geen enkel element van het dossier blijkt dat de vrouw het inzicht zou hebben haar procedure verder door te voeren''. Dit voortdurende gebrek aan initiatief, oordeelt de voorzitter, komt neer op een feitelijke afstand van haar echtscheidingseis. Alleen daarom is de jeugdrechtbank *in casu* bevoegd). Betreffende de vorderingen in verband met de onderhoudsuitkering voor de kinderen, die niet het accessorium waren van een vordering in verband met de hoede, stelden de enen dat deze tot de bevoegdheid van de vrederechter behoorden op grond van artikel 591, 7° Ger.W. zodra de echtscheiding werd toegestaan door een in kracht van gewijsde gegaan vonnis of arrest (Bergen, 19 maart 1976, *gecit.*, Rb. Luik, 18 oktober 1977, *Jur. Liège*, 1977-78, 163; Arrondrb. Doornik, 5 februari 1979, *Rev. Rég. Dr.*, 1979, 849 *Rev: Trim. Dr. Fam.*, 1979, 275; Renchon, J.L., *gecit.* noot, 287: voor het onderhoud van de kinderen (art. 203-303 B.W.), definitief zodra het huwelijk is ontbonden, is de vrederechter bevoegd; voor het onderhoud van de echtgenoten (art. 301 B.W.), voorlopig, is de voorzitter bevoegd), de anderen dat de voorzitter bevoegd was op grond van artikel 1280 Ger.W. (Arrondrb. Luik, 24 november 1977, *Jur. Liège*, 1977-78, 115; *T. Vred.*, 1979, 287, bevestigd door Cass., 5 januari 1978, *gecit.*).

Indien de echtscheiding is toegestaan en overgeschreven op één vordering terwijl de andere vordering nog hangende is, stelt zich naast het bevoegdheidsprobleem nog een probleem dat de grond van de zaak raakt.

Omdat de hoedanigheid van echtgenoot niet meer bestaat kan geen onderhoudsgeld bij toepassing van artikel 213 B.W. meer gevraagd worden. Het bevelschrift van de voorzitter dat levensonderhoud toekende aan een echtgenoot

persoonlijk met toepassing van artikel 1280 Ger.W. heeft geen uitwerking meer vanaf de overschrijving van het beschikkend gedeelte van de beslissing die de echtscheiding op één vordering toestaat en het vóór de overschrijving bij voorlopige maatregel toegekend onderhoudsgeld is niet meer verschuldigd vanaf die overschrijving (Beslagr. Doornik, 17 september 1976, *J.T.*, 1976, 728; Rb. Aarlen, 25 febr. 1977, *Jur. Liège*, 1977-78, 107; Cass., 10 juni 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 1044; *Pas.*, 1977, I, 1036; Mons, 29 maart 1976, *gecit.*, Cass. 13 september 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 48; *Pas.*, 1978, I, 43, i.v.m. veroordeling wegens familieverlating; Beslagr. Hoei, 9 maart 1981, *Jur. Liège*, 1981, 156).
Artikel 301 B.W. kan ook niet zonder meer toegepast worden vermits de uitsluitende schuld van één van beide echtgenoten nog niet vaststaat. De rechtspraak neemt aan dat de echtgenoot die de echtscheiding reeds bekwam een provisionele uitkering op grond van artikel 301 B.W. kan vorderen, onder voorbehoud van de eventuele aanrekening ervan op al zijn goederen ingeval de andere vordering ook gegrond wordt verklaard. En elke echtgenoot kan, om zijn onmiddellijke behoeften te voldoen, onverschillig of hij schuldig bevonden wordt of niet, een voorschot vragen op de goederen die hem bij de vereffening en de verdeling van de gemeenschap zullen te beurt vallen, eventueel onder de vorm van een onderhoudsuitkering (Cass., 30 april 1964, 2 arresten (Jalon en Alloin), *gecit.*; Bergen, 29 maart 1976, *gecit.*; Cass., 10 juni 1977, *gecit.*; Rb. Brussel, 29 september 1976, *R.W.*, 1976-77, 1820 met noot Pauwels, J.).
De voorzitter in kort geding is bevoegd op grond van artikel 1280 Ger.W. om een provisionele uitkering op grond van artikel 301 B.W. of een voorschot op het aandeel in de gemeenschap toe te staan, niet de vrederechter op grond van artikel 591, 7° Ger.W. (Cass., 30 april 1964 (arrest Alloin), *gecit.*; Rb. Brussel, 19 november 1975, *R.W.*, 1975-76, 2165; Rb. Brussel, 29 september 1976, *gecit.*; Brussel, 9 november 1976, *Pas.*, 1977, II, 138; Vred. Brasschaat, 16 november 1977, *T. Vred.*, 1978, 291; Rb. Brussel, 17 mei 1978, *R.W.*, 1978-79, 1506; *T. Vred.*, 1980, 61; Beslagr. Luik, 18 oktober 1978, *Jur. Liège*, 1978-79, 145; Luik, 22 november 1978, *Jur. Liège*, 1978-79, 105; Voorz. Luik, 10 april 1979, *Jur. Liège*, 1980, 19. Anders: Bergen, 29 maart 1976, *gecit.*; Brussel, 15 juni 1977, *J.T.*, 1978, 9; Masson, J.P., *gecit.* noot; Renchon, J.L., *gecit.* noot; Jottrand, J., ,,Des problèmes de pension entre (ex-) époux et de la compétence du juge de paix ... juge des familles'', *J.J.P.*, 1977, 35).
Het verzoek van een echtgenoot tot het bekomen van een provisionele uitkering staat immers ,,in verband met een rechtsvordering tot echtscheiding'', te meer daar die rechtsvordering duidelijk een invloed heeft op het al of niet verschuldigd zijn van een uitkering na echtscheiding (Vgl. Cass., 5 januari 1978, *gecit.*, i.v.m. onderhoud van de kinderen).
Naast de voorzitter in kort geding is ook de rechtbank ten gronde bevoegd om een provisionele uitkering op grond van artikel 301 B.W. toe te kennen (Brussel, 25 juni 1974, *Rev. Not.*, 1975, 122, met noot F.L.; Rb. Brussel, 29 september 1976, *gecit.*).

101. Bij de berekening van het bedrag van de provisionele uitkering na echtscheiding, wanneer over één van de vorderingen nog geen uitspraak is gedaan,

wordt rekening gehouden met de directe noodtoestand van de eiser aan de ene kant en met de mogelijkheid om de eventuele terugbetaling te verzekeren aan de andere kant (Rb. Brussel, 17 mei 1978, *gecit.*; Pauwels, J., *gecit.* noot, *R.W.*, 1976-77, 1281).

102. De vrederechter is wel bevoegd om te verklaren dat het onderhoudsgeld, dat bij wijze van voorlopige maatregel toegekend werd in een echtscheidingsprocedure, opgehouden heeft verschuldigd te zijn bij het effectief worden van de echtscheiding en om de terugbetaling van naderhand gepresteerde uitkeringen te bevelen (Rb. Brussel, 17 mei 1978, *gecit.*; Cass., 10 juni 1977, *gecit.*: terugvordering van het onverschuldigd betaalde; Vred. Brussel, 4 juni 1980, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 428: na de overschrijving ingevolge uitvoerend beslag onder derden ten onrechte door de werkgever gestorte bedragen). Indien een bij voorlopige maatregel toegekende sommendelegatie evenwel verder wordt uitgevoerd ten gevolge van de nalatigheid van de onderhoudsplichtige kan deze naderhand de terugvordering van de niet verschuldigde bedragen niet eisen (Rb. Brussel, 17 mei 1978, *gecit.* Vgl. Rb. Hasselt, 14 april 1975, *R.W.*, 1975-76, 1893 met noot Senaeve, P.).

II. Aard

103. De voorzitter in kort geding is niet bevoegd om uitspraak te doen over de ontvankelijkheid of over de gegrondheid van de echtscheidingsvordering (Cass., 14 november 1969, *Arr. Cass.*, 1970, 263; *Pas.*, 1970, I, 236; Brussel, 2 februari 1977, *Pas.*, 1977, II, 174; *Rev. Not.*, 1977, 256 met noot Sterckx, D.; Voorz. Brussel, 10 maart 1978, *J.T.*, 1979, 58, met noot Eeckhaute, M.; Stanart, A.M., noot onder Brussel, 1 april 1977, *J.T.*, 1978, 122; Voorz. Luik, 3 juli 1979, *Jur. Liège*, 1979, 420 met noot G. De L.). Hij mag evenwel weigeren zijn medewerking te verlenen wanneer er geen wettelijke grond tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed bestaat: zo wanneer een vordering tot scheiding van tafel en bed tussen Belgen wordt ingeleid op grond van feitelijke scheiding van meer dan 10 jaar (Brussel, 2 februari 1977, *gecit.*) of wanneer een echtscheidingsvordering wordt ingeleid tussen vreemde echtgenoten, wier nationale wet de echtscheiding niet kent (Voorz. Hoei, 24 november 1977, *J.T.*, 1978, 207; Voorz. Brussel, 10 maart 1978, *gecit.*).

Indien de echtscheidingsvordering echter niet met volstrekte zekerheid niet ontvankelijk is zou de voorzitter zich schuldig maken aan machtsoverschrijding door zich onbevoegd te verklaren, bv. wanneer aangevoerd wordt dat het huwelijk van Marokkaanse echtgenoten reeds was ontbonden overeenkomstig de Marokkaanse wet: de rechter ten gronde moet nagaan of de voorgelegde echtscheidingsakten geldig zijn (Brussel, 3 oktober 1978, *Pas.*, 1978, II, 127).

Indien beide echtgenoten echtscheidingsvorderingen inleiden en voorlopige maatregelen vragen voor verschillende rechtbanken en voorzitters, is er geen aanhangigheid wat de echtscheidingsvorderingen — met een verschillende oorzaak — betreft, wel wat de voorlopige maatregelen betreft: de eerst gevatte rechter is bevoegd (Kort ged. Luik, 27 januari 1976, *Jur. Liège*, 1975-76, 212).

104. Voor de presidentiële bevoegdheid in het raam van artikel 1280 Ger.W. is hoogdringendheid niet vereist (Brussel, 3 oktober 1978, *gecit.*).

Vroeger werd al eens aangenomen dat er zich evenmin nieuwe omstandigheden moesten hebben voorgedaan om een wijziging van de voorlopige maatregelen toe te staan (Zie Baeteman, G., Delva, W. en Bax, M., *T.P.R.*, 1976, 417 *in fine*).

In een arrest van 28 september 1978 heeft het hof van cassatie terzake duidelijk stelling genomen: de voorzitter mag zijn beschikking — behoudens de bij de wet bepaalde rechtsmiddelen — niet intrekken of wijzigen, tenzij de omstandigheden die in acht genomen werden veranderd zijn. *In casu* steunde het bestreden arrest, ter aanneming van de vordering tot wijziging van de bij een vorige beschikking toegekende provisionele uitkering tot onderhoud, op gegevens die reeds bestonden bij de uitspraak van die beschikking, maar waarvan de voorzitter niet op de hoogte was omdat een partij verstek had laten gaan: door te oordelen dat de gegevens nieuw zijn die de belanghebbende partij had kunnen aanvoeren, hetzij door voor de rechter in kort geding te verschijnen en de gegevens kenbaar te maken, hetzij door haar recht van verzet of hoger beroep regelmatig uit te oefenen, heeft het arrest het gezag van gewijsde van de vorige beschikking geschonden (Cass., 28 september 1978, *R.W.*, 1978-79, 2870; *Arr. Cass.*, 1979, 131; *Pas.*, 1979, I, 141; *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1978, 337 met noot Renchon, J.L.; *J.T.*, 1979, 216. Vgl. Bax, M., *l.c.*, *R.W.*, 1979-80, 1739).

105. Het hoger beroep tegen een beschikking inzake voorlopige maatregelen maakt de voorzitter onbevoegd om uitspraak te doen over een vordering tot herziening. Gelet op de devolutieve kracht van het hoger beroep (art. 1068 Ger.W.) is de zaak aanhangig bij de rechter in hoger beroep, ook voor wat de nieuwe feiten betreft (Voorz. Luik, 26 juni 1978, *Jur. Liège*, 1978-79, 106 met noot de Leval, G.; Voorz. Luik, 15 februari 1979, *Jur. Liège*, 1978-79, 271; *Pas.*, 1979, III, 35). De voorzitter kan echter steeds, bij voorraad, spoedeisende maatregelen treffen op grond van artikel 584 Ger.W. (Voorz. Luik, 26 juni 1978, *gecit.*).

Beschikkingen in kort geding zijn uitvoerbaar bij voorraad niettegenstaande verzet of hoger beroep (art. 1039 Ger.W.); het berusten in een beschikking kan dan ook niet afgeleid worden uit het feit dat een partij, die tot het betalen van onderhoudsgeld veroordeeld werd, de termijnen kwijt en de achterstallen aanzuivert (Brussel, 24 maart 1980, *J.T.*, 1981, 244).

III. Onderhoudsgeld tussen echtgenoten

106. Het bedrag van het onderhoudsgeld wordt bepaald volgens de behoeften van de eiser zonder dat de schuld of de onschuld van de echtgenoten in aanmerking mag worden genomen (Cass., 13 maart 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 785; Antwerpen, 5 januari 1977, *R.W.*, 1976-77, 2599, met noot Pauwels, J. en Gotzen, R.; Brussel, 11 oktober 1978, *R.W.*, 1978-79, 1283). Vermits de voorzitter noch rechtstreeks noch onrechtstreeks uitspraak mag doen over de ontvankelijkheid of de gegrondheid van de echtscheidingsvordering, mag hij zich ook niet uitspreken over de schuld van de echtgenoten.

Een echtgenoot kan dus, na een verzoekschrift tot echtscheiding te hebben ingediend, bij voorlopige maatregel een onderhoudsgeld of sommendelegatie vorderen en bekomen, ook al heeft de vrederechter zijn verzoek tot het bekomen van een sommendelegatie afgewezen, omdat hij niet bewezen heeft dat de feitelijke scheiding en het voortduren ervan te wijten waren aan de andere echtgenoot (Luik, 14 november 1975, *J.T.*, 1976, 26; *Jur. Liège*, 1975-76, 153).

Wanneer het voor de voorzitter evenwel duidelijk is dat de echtscheidingsprocedure werd ingeleid enkel en alleen om onderhoudsgeld te bekomen, mag hij weigeren dit toe te staan (Luik, 14 november 1975, *gecit.*; Cass., 13 maart 1975, *gecit.*).

Een ander misbruik bestaat erin, eenmaal het onderhoudsgeld verkregen, de echtscheidingsprocedure zo lang mogelijk te doen duren, dan wanneer de uitkering zeker na echtscheiding zal wegvallen. Om daaraan te verhelpen kan de voorzitter een uitkering tot onderhoud toekennen tot op een bepaalde datum, bij gebreke van dagvaarding ten gronde binnen een bepaalde termijn. In dat geval houden de gevolgen van de beslissing op na de in de beschikking opgegeven datum, zelfs indien de uitkering tot onderhoud wordt toegekend ten laste van degene die, door niet ten gronde te dagvaarden, de gevolgen van deze maatregel kan doen ophouden (Cass. 11 juni 1976, *Arr. Cass.*, 1976, 1137; *Pas.*, 1976, I, 1104; Voorz. Luik, 3 juli 1979, *Jur. Liège*, 1979, 420 met noot G. de L.).

De voorzitter kan zelfs de onderhoudsuitkering die hij toekende zonder meer afschaffen, als blijkt dat de echtscheidingsprocedure slechts in hoger beroep wordt verder gezet met het enige doel langer onderhoudsgeld te genieten (Voorz. Luik, 14 november 1979, *Jur. Liège*, 1980, 91).

107. Omdat de voorzitter geen uitspraak mag doen over de schuld van de echtgenoten, kan de echtgenoot die in concubinaat leeft aanspraak maken op onderhoudsgeld. Indien echter blijkt dat de vrouw belangrijke materiële voordelen geniet als gevolg van het samenleven met een andere man, moet daar bij de beoordeling van haar verzoek tot uitkering rekening mee gehouden worden (Antwerpen, 5 januari 1977, *gecit.*), zodat slechts een beperkt of helemaal geen onderhoudsgeld toegekend zal worden. De specifieke toestand van de vrouw die bij wege van voorlopige maatregel alimentatie vordert, wordt *in concreto* beoordeeld door de rechter. Zo kan de rechter oordelen, ervan uitgaande dat de vrouw nooit enig beroep heeft uitgeoefend en geen vakkennis daartoe bezit, en dat zij daarenboven de dagelijkse last heeft van het twee en een half jaar oud kind, waarvan zij de last niet aan haar moeder overlaat, dat die vrouw niet kan worden verplicht te gaan werken tenzij en in de mate dat de man geen voldoende middelen zou hebben om haar dezelfde levensomstandigheden als vóór de feitelijke scheiding te verzekeren (Cass., 9 maart 1979, *R.W.*, 1979-80, 774; Voorz. Brussel, 16 februari 1978, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 84).

Dat de onderhoudsuitkering voor 80% belastbaar is in hoofde van de vrouw, rechtvaardigt niet dat het bruto-inkomen van de man als berekeningsbasis wordt genomen. De uitkering moet worden becijferd op basis van het *netto*-vermogen, maar rekening houdend met het feit dat ze zal worden verminderd ingevolge de

belastbaarheid (Voorz. Brussel, 16 februari 1978, *gecit.*) en dat ze in hoofde van de man voor 80 % aftrekbaar is voor de vaststelling van zijn belastbaar inkomen.

De man, die met de hulp van zijn moeder, de onderhoudsuitkering bij voorlopige maatregel toegekend aan zijn vrouw betaalt, kan vermindering van het bedrag van de uitkering vragen, wanneer de bijdrage van zijn moeder wegvalt: deze bijdrage kwam neer op de vrijwillige vervulling van haar onderhoudsverplichting als schoonmoeder (Rb. Luik, 6 februari 1975, *Pas.*, 1975, III, 60).

108. Bij voorlopige maatregel wordt onderhoudsgeld toegestaan in uitvoering van de hulpverplichting tussen echtgenoten die blijft bestaan zolang het huwelijk niet is ontbonden. Rechtstreeks verbonden aan het persoonlijk statuut van de echtgenoten ontsnappen de betalingen aan het retroactief effect van de echtscheiding tussen echtgenoten t.a.v. het huwelijksvermogensrecht (Bax, M., *l.c.*, *R.W.*, 1976-77, 1667).

De door de man tijdens de procedure aan de vrouw betaalde alimentatie wordt dan ook alleen aangerekend op de inkomsten van haar eigen goederen en van haar deel in de gemeenschap, niet op het kapitaal daarvan en ook niet op haar beroepsinkomsten, aangezien het onderhoudsgeld werd bepaald in functie van deze laatste inkomsten (Brussel, 8 januari 1974, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1975, nr. 21946, 299 met noot; Rb. Dendermonde, 20 april 1976, *J.T.*, 1976, 530; *T. Not.*, 1978, 258; Rb. Luik, 29 juni 1979, *Jur. Liège*, 1980, 105; Rb. Bergen, 30 januari 1980, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 195; Cass. civ., 10 juli 1975, *J.C.P.*, 1975, IV, 288).

Wanneer er geen inkomsten zijn, noch van de persoonlijke goederen, noch van het aandeel in de gemeenschap waarop het onderhoudsgeld kan worden aangerekend is het onderhoudsgeld een persoonlijke schuld van de echtgenootschuldenaar, die niets kan terugvorderen (Brussel, 8 januari 1974, *gecit.*; Bergen, 30 januari 1980, *gecit.*).

De omstandigheid dat het onderhoud werd verleend deels onder vorm van een forfaitaire bijdrage, deels onder vorm van een in functie van de winst van een handelsfonds wisselende bijdrage, verandert daaraan niets: dit is slechts een modaliteit van de hulpverplichting, rekening houdend met de bijzondere situatie van de echtgenoten (Rb. Luik, 29 juni 1979, *gecit.*).

Gerechtelijke schuldvergelijking is mogelijk tussen de door de man gevorderde bijdrage van de vrouw in het onderhoud van de zoon en de door hem aan de vrouw verschuldigde uitkering (Brussel, 14 mei 1974, *D.M.J.*, IV-113).

109. *De provisio ad litem* heeft ook als grondslag de hulpverplichting (Antwerpen, 30 november 1976, *R.W.*, 1977-78, 519, met noot Pintens W.; Cass., 30 april 1964, *Pas.*, 1964, I, 928) . De onvermogende echtgenoot kan aanspraak maken op een — bijkomend — voorschot ter betaling van de rechtsplegingskosten en de honoraria van de advocaat, ook al geniet hij rechtsbijstand (Antwerpen, 30 november 1976, *gecit.*). Maar de aanspraak op een *provisio ad litem* gaat niet verloren, wanneer geen rechtsbijstand werd gevraagd of bekomen. Het vorderen van rechtsbijstand vormt immers een recht waarvan de uitoefening facultatief

blijft. Daarenboven mag een echtgenoot, die met behulp van zijn medeëchtgenoot de middelen kan bijeenbrengen om de proceskosten te betalen, niet als onvermogend worden beschouwd, zodat hij normaal geen rechtsbijstand kan genieten (Cass., 26 maart 1971, *Arr. Cass.*, 1971, 719; *Pas.*, 1971, I, 689).

110. Het onderhoud van de echtgenoten moet, mede gelet op de fiskale implicaties, duidelijk onderscheiden worden van het onderhoud voor de kinderen. Ten onrechte stelt het hof van beroep te Luik dan ook dat de echtgenote die voor het eerst in graad van hoger beroep een onderhoudsuitkering vordert voor haar persoonlijke behoeften geen nieuwe eis instelt, maar de oorspronkelijke eis uitbreidt, die voor de eerste rechter was beperkt tot een bijdrage in de kosten van onderhoud voor het kind (Luik, 10 januari 1979, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1979, 296).

IV. Maatregelen omtrent de kinderen

111. De echtgenoot aan wie tijdens de echtscheidingsprocedure de hoede over de gemeenschappelijke kinderen in gemeen overleg werd toegewezen, heeft een voorrang met betrekking tot de schoolkeuze. De andere echtgenoot kan in geval van misbruik een beroep doen op gerechtelijke controle (Brussel, 14 februari 1979, *R.W.*, 1978-79, 2671. Vgl., anders, Brussel, 30 december 1974, *R.W.*, 1975-76, 1941 — echter vóór de wet van 1 juli 1974 die art. 373 B.W. wijzigde). De echtgenoot die de bewaring heeft bepaalt ook de filosofische opties voor de kinderen.

Derhalve kan, mede gelet op de omstandigheid dat de kinderen reeds twee jaar bij de moeder leven en zoals zij aan geen godsdienstige praktijk meedoen, niet worden geoordeeld dat de door haar voor de kinderen gekozen leergang van lekenmoraal in plaats van die van godsdienstleer, die zij vroeger volgden, de belangen van de kinderen schaadt (Voorz. Dendermonde, 13 februari 1980, *J.T.*, 1980, 493; *R.W.*, 1980-81, 1789 met noot Bax M.).

Sinds de wet van 1 juli 1974 is het onderscheid tussen materiële en juridische bewaringsrecht immers weggevallen: de echtgenoot die de dagelijkse hoede over het kind heeft, is van rechtswege bevoegd om beslissingen te treffen in verband met de fundamentele opties aangaande het kind (Bax, M., *l.c.*, *R.W.*, 1979-80, 1740. Anders: Vieujean, E., *l.c.*, *R.C.J.B.*, 1978, 346), zowel tijdens een gewone feitelijke scheiding als tijdens een echtscheidingsprocedure, — tijdens de echtscheidingsprocedure, om het even of er dienaangaande niets werd overeengekomen of beslist, of er een overeenkomst bereikt werd tussen de echtgenoten (al of niet door de voorzitter bekrachtigd), of de hoede bij voorlopige maatregel door de voorzitter aan een ouder werd toegewezen; de echtgenoten kunnen in hun overeenkomst of de rechter kan in zijn beschikking echter wel uitdrukkelijk bedingen dat de echtgenoten in verband met bepaalde fundamentele opties samen moeten beslissen.

De ouder-titularis van het bezoekrecht moet ter gelegenheid van de uitoefening ervan rekening houden met de opvattingen omtrent de opvoeding van de ouder-titularis van het hoederecht; is hij het daarmee niet eens dan moet hij aan de

voorzitter de wijziging van de voorlopige maatregelen vragen zo het belang van het kind dit vergt (Voorz. Luik, 2 november 1978, *Jur. Liège*, 1978-79, 149).

Terwijl uit het sociaal onderzoek blijkt dat zowel de vader als de moeder in staat zijn de hoede van het kind op zich te nemen, en de kinderen voorlopig in het gezin van de vader verblijven, kent de voorzitter van de rechtbank te Brussel de hoede over twee kinderen van 6 en 3 jaar toe aan de moeder, gelet op de voorkeur uitgedrukt in artikel 6 van de Universele verklaring van de rechten van het kind van 20 november 1959. Omdat de moeder belooft een ruimere woning te zoeken en omdat zij een ,,vriend'' heeft, die (nog) niet met haar samenwoont, kent de voorzitter de hoede echter slechts voor 6 maanden toe, verbiedt hij de moeder de kinderen in contact te brengen met de vriend, en bepaalt dat de partijen dan opnieuw voor hem moeten verschijnen (Voorz. Brussel, 21 februari 1978, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1978, 174 met noot J.L.R.).

Bij de beoordeling van het verzoek van de moeder tot het bekomen van een uitkering van de vader voor het kind dat zij opvoedt, moet de rechter rekening houden met de belangrijke materiële voordelen die zij uit een concubinaatsverhouding put, zonder dat dit een onrechtstreekse veroordeling van de bijzit tot onderhoudsverplichting ten behoeve van het kind van partijen zou impliceren (Antwerpen, 14 november 1978, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1979, 174).

De moeder kan ook een vordering tot onderhoudsuitkering — of tot bijdrage in de lasten van het huwelijk — ten voordele van meerderjarige kinderen die bij haar verblijven instellen: artikel 1280 Ger.W. omschrijft de bevoegdheden van de voorzitter, zetelend in kort geding, in algemene bewoordingen en houdt geen beperking tot de minderjarige kinderen in (Brussel, 20 november 1979, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 396).

De moeder kan, in haar hoedanigheid van beheerster van de goederen van het aan haar toevertrouwd minderjarig kind een burgerlijke vordering instellen tegen haar echtgenoot die ter gelegenheid van een verkeersongeval en door zijn schuld onvrijwillige verwondingen toegebracht heeft aan dit kind, tijdens het uitoefenen van zijn bezoekrecht (Pol. Charleroi, 17 juni 1977, *T. Vred.*, 1979, 9).

112. Zolang een plaatsingsmaatregel bevolen door de jeugdrechtbank overeenkomstig artikel 37, 3° van de wet op de jeugdbescherming gelding heeft is de voorzitter niet bevoegd om voorlopige maatregelen over de persoon van het kind te bevelen: de plaatsing belet immers de uitoefening van het hoede- of bezoekrecht (Voorz. Luik, 20 oktober 1978, *Jur. Liège*, 1979, 419. Vgl. Luik, 27 november 1974, *J.T.*, 1975, 175).

113. Het openbaar ministerie moet, op straffe van nietigheid advies uitbrengen (Art. 764, 13° Ger.W. en art. 8 wet 8 april 1965; Antwerpen, 21 juni 1977, *R.W.*, 1979-80, 796), niet alleen omtrent de echtscheidingseis, maar ook over de vorderingen betreffende hoede- en bezoekrecht en levensonderhoud met betrekking tot de kinderen die door de rechtbank worden behandeld.

Deze regel geldt eveneens voor de beschikkingen met betrekking tot een voorlopige maatregel door de voorzitter in kort geding genomen (Ondanks artikel 765

Ger.W.; Cass., 13 december 1968, *R.W.*, 1968-69, 1080; *R.C.J.B.*, 1969, 340, met noot Delnoy-Margrève, C.; *Pas.*, 1969, I, 345; *J.T.*, 1969, 85 met noot; zie Baeteman, G., Delva, W. en Bax, M., *l.c.*, *T.P.R.*, 1976, 423).

V. Andere voorlopige maatregelen

114. De voorzitter kan in kort geding bij voorlopige maatregel dezelfde maatregelen nemen als die welke de vrederechter met toepassing van artikel 223 B.W. kan treffen.

Zo kan hij aan één van de echtgenoten, voor een door hem te bepalen duur, verbod opleggen al dan niet gemeenschappelijke roerende of onroerende goederen zonder de instemming van de andere echtgenoot te vervreemden, te hypothekeren of te verpanden (Cass., 14 oktober 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 208; *Pas.*, 1978, I, 195; *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1979, 269: *in casu* beperkte de voorzitter — vóór het in werking treden van de wet van 14 juli 1976 — het door de vrouw gevraagde vervreemdingsverbod tot zekere gemeenschapsgoederen en besliste, in het belang van de echtgenote dat, indien haar man het nuttig oordeelde andere gemeenschapsgoederen te vervreemden, de verkoop bij openbare verkoop zou geschieden en dat een deel van de opbrengst daarvan ter beschikking van de echtgenote zou worden gesteld).

De voorzitter kan de verplaatsing van meubelen verbieden of het persoonlijk gebruik ervan aan één van beide echtgenoten toewijzen. Wanneer bepaalde voorwerpen aan de vrouw werden toegewezen en de man bij opvordering ervan beweert dat hij niet meer in het bezit ervan is, kan de voorzitter de eis van de vrouw, strekkende tot overhandiging der tegenwaarde van deze voorwerpen, bij een latere beschikking inwilligen (Voorz. Turnhout, 14 oktober 1976, *Turnh. Rechtsl.*, 1977-78, 124; Antwerpen, 7 december 1977, *Turnh. Rechtsl.*, 1977-78, 125).

115. De vrederechter van Kortrijk beveelt op verzoek van de feitelijk gescheiden echtgenote, die een echtscheidingsprocedure heeft ingeleid, de verzegeling van roerende goederen die de echtgenoten in onverdeeldheid toebehoren, op grond van artikel 1148 Ger.W. Bovendien maakt hij toepassing van artikel 1174 Ger.W. dat hem toelaat aan elk persoon die aan de gemeenschap of de onverdeeldheid titels, sommen of waarden schuldig is, daarvan de bewaring heeft of ze onder zich houdt voor andermans rekening, te verbieden ze terug te geven, te betalen of over te dragen (Vred. Kortrijk, 21 augustus 1978, *T. Not.*, 1979, 143; *Rev. Not.*, 1979, 643).

Ten deze is de voorzitter — of de rechtbank — bevoegd, met uitsluiting van de vrederechter, op basis van artikel 1280 en 1282 Ger.W.

E. GEVOLGEN

I. Persoonlijke gevolgen

116. Na de echtscheiding verliest de vrouw het recht om de naam van de man te gebruiken, zowel in de gewone omgang als voor beroepsdoeleinden. Zij kan zich

niet langer op de gewoonte of op artikel 216 B.W. beroepen. Uitzonderlijk kan worden aangenomen dat de vrouw — eventueel tijdelijk — voor beroeps- of handelsdoeleinden de naam van de man blijft voeren, wanneer deze daarmee instemt of wanneer buitengewone omstandigheden in haar hoofde een ,,intellectueel recht'' deden ontstaan (Rb. Brussel, 8 juni 1977, *Pas.*, 1977, III, 46; *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1978, 91. Vgl. Brussel, 14 januari 1972, *J.T.*, 1972, 211 en in Frankrijk: Orléans, 18 december 1975, *J.C.P.*, 1976, II, 18365 met noot Boursigot, H.; Paris, 9 maart 1979, *D.*, 1979, 471 met noot Massip, J.; i.v.m. art. 264, al. 3 C. civ. — wet 11 juli 1975; Orléans, 18 december 1979, *D.*, 1981, 263 met noot Lindon, R.).

Zoniet kan de man de rechtbank van eerste aanleg verzoeken zijn vrouw verbod op te leggen zijn naam verder te voeren.

Een wetsvoorstel op 26 maart 1980 in de Senaat neergelegd concretiseert deze beginselen (Wetsvoorstel Mathieu-Mohin, L., e.a., *Parl. St.*, Senaat, 1979-80, nr. 409/1). Voorgesteld wordt na het 2e lid van artikel 216 § 2 B.W. volgende leden in te voegen: ,,Iedere echtgenoot die tijdens het huwelijk de naam van de andere echtgenoot heeft gebruikt, kan om wettige redenen aan de rechtbank van eerste aanleg machtiging vragen om die naam te blijven gebruiken na de ontbinding van het huwelijk door echtscheiding.

De vordering moet, op straffe van verval, worden ingesteld binnen 12 maanden na de overschrijving van het vonnis waarbij de echtscheiding wordt toegestaan''.

II. Patrimoniale gevolgen

117. De echtscheiding heeft de ontbinding van het wettelijk stelsel tot gevolg (art. 1427 B.W.), ten aanzien van derden vanaf de dag van de overschrijving, tussen echtgenoten vanaf de dag van het indienen van het verzoekschrift of de conclusies waarop de echtscheiding op tegenvordering werd toegestaan (art. 1278 Ger.W.) (Zie daarover Vieujean, E., ,,Observations sur certaines particularités des effets du divorce pour cause déterminée'', *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1977, 533 e.v.; Baeteman, G. en Gerlo, J., ,,Les dépenses faites par l'un des ex-époux au cours de l'indivision post-communautaire'', noot onder Cass., 18 maart 1977, *R.C.J.B.*, 1978, 471 e.v.; Cass. civ., 6 februari 1979, *J.C.P.*, 1979, IV, 122; Gent, 24 juni 1980, *R.W.*, 1980-81, 2189 met noot Casman, H., i.v.m. echtscheiding door onderlinge toestemming)).

De gewezen echtgenoten zijn ertoe gehouden een boedelbeschrijving op te maken van de gemeenschappelijke roerende goederen en schulden binnen drie maanden na de overschrijving van de echtscheiding; zoniet kan elke belanghebbende partij de omvang van het gemeenschappelijk vermogen bewijzen door alle wettelijke middelen, zelfs de algemene bekendheid (art. 1428 laatste lid B.W.). De opgestelde boedelbeschrijving heeft tot voorwerp de inhoud van de onverdeeldheid vast te stellen; ze is een akte van bewaring en is de grondslag zelf van de vereffeningsverrichtingen. Een verzegeling die meer een bewarend karakter heeft dan een bewijsleverend, heeft geen bestaansredenen meer wanneer de goederen geïnventarieerd werden (art. 1156-1157 Ger.W.). De vrederechter van Andenne

weigert dan ook de verzegeling, maar treft maatregelen op grond van artikel 1184 Ger.W. om een einde te stellen aan de moeilijkheden gerezen bij het afwerken van de boedelbeschrijving (Vred. Andenne, 3 mei 1977, *Jur. Liège*, 1977-78; *T. Vred.*, 1979, 285).

118. Een echtscheidingsprocedure ontneemt aan de weduwe het recht niet vergoeding te vragen voor de schade ingevolge de dood van haar man. Deze schade is beperkt tot het verlies van het onderhoudsgeld ten laste van de echtgenoot (Corr. Luik, 1 maart 1976, *R.G.A.R.*, 1978, nr. 9878) of gewezen echtgenoot: deze regel kan immers zowel na als tijdens de echtscheidingsprocedure gelden.

119. De rechtbank die de echtscheiding toestaat kan de vrouw (man) een voorschot toekennen op haar (zijn) aandeel in de gemeenschap of de onverdeeldheid, naargelang het huwelijksstelsel. Bij het bepalen van het bedrag van dit voorschot wordt geen rekening gehouden met de inkomsten en behoeften van de partijen, maar met de omvang van de rechten die de vrouw (man) ter gelegenheid van de vereffening naar alle waarschijnlijkheid zal kunnen laten gelden (Brussel, 25 juni 1974, *Pas.*, 1975, II, 49).
De rechtbank die de echtscheiding toestaat kan ook de vereffening en de verdeling bevelen op verzoek van één der partijen (Rb. Neufchâteau, 25 maart 1981, *Jur. Liège*, 1981, 207).

III. Uitkering na echtscheiding

a. Aard

120. Het ziet er niet naar uit dat de wet van 9 juli 1975 een einde heeft gemaakt aan de vroegere discussies over de juridische aard van de uitkering na echtscheiding.
Het kan niet ontkend worden dat uit de voorbereidende werken een voorkeur blijkt voor het indemnitaire karakter van de uitkering. Het oorspronkelijk voorstel van wet betreffende de *uitkering tot levensonderhoud* na echtscheiding door de senatoren H. Rolin en J. Hambye op 4 februari 1964 bij de Senaat ingediend hield vast aan ,,het beginsel dat de echtgenoot tegen wie de echtscheiding is uitgesproken, *schadevergoeding* verschuldigd is aan de andere echtgenoot'', maar strekt ertoe de uitkering wijzigbaar te maken omdat ,,het toch wenselijk lijkt dat een eventueel toegekende uitkering niet al te strak wordt vastgelegd, want het kan voorkomen dat de last ervan voor de echtgenoot die ze verschuldigd is, na enige jaren niet meer in verhouding blijkt te zijn tot het voordeel dat zij oplevert aan de echtgenoot die er recht op heeft'' (Zie de toelichting bij het wetsvoorstel, *Parl. St.*, Senaat, 1963-64, nr. 123).
Tijdens het tweede onderzoek in de Senaat werd overeengekomen dat het om een uitkering ,,*sui generis*'' ging, die evenwel in de eerste plaats het karakter van een vergoeding had (Verslag Dua, *Parl. St.*, Senaat, 1965-66, nr. 68, 3). Het opschrift van het voorstel werd trouwens gewijzigd: in de plaats van ,,de uitkering tot levensonderhoud na echtscheiding'' komt ,,de uitkering na echtschei-

ding'' zonder meer. In de Kamer verdedigde verslaggever Claes het standpunt dat ,,het vroegere begrip van uitkering tot levensonderhoud de plaats had moeten ruimen voor de idee dat de schuldige echtgenoot aan zijn mede-echtgenoot een werkelijke vergoeding verschuldigd was'' (Verslag Claes, *Parl. St.*, Kamer, 1974-75, nr. 603/2, 18).

De rechtspraak laat evenwel een ander geluid horen. De rechtbank van Dendermonde oordeelt dat de uitkering van artikel 301 B.W. een *louter alimentair karakter* heeft (Rb. Dendermonde, 16 december 1976, *R.W.*, 1976-77, 1973; *J.T.*, 1977, 314; vgl. Brussel, 12 december 1979, *Pas.*, 1980, II, 32: schuldenaar kan kantonnement niet vragen in geval van uitvoerend beslag). Het hof van beroep te Antwerpen en de rechtbank te Mechelen blijven bij de vroegere rechtspraak van het hof van cassatie en stellen dat de uitkering niet alleen een alimentair maar ook een indemnitair karakter heeft (Antwerpen, 18 juni 1979, *R.W.*, 1979-80, 1449 met noot J. Pauwels; Rb. Mechelen, 24 april 1979, *R.W.*, 1979-80, 1176).

Het hof van cassatie zelf gewaagt alleen nog van de ,,uitkering'' na echtscheiding (Zie o.m. Cass., 15 februari 1979, *R.W.*, 1979-80, 641).

Wat er ook van zij, de wetgever heeft het nieuwe artikel 301 B.W. zo uitvoerig uitgewerkt dat de vraag naar het alimentair, indemnitair, gemengd of *sui generis* karakter van de uitkering na echtscheiding een bijna (zie het probleem van de bevoegde rechter, nr. 129) zuiver academisch karakter heeft gekregen. Ook al gaat men er nu van uit dat de uitkering tegelijk een indemnitair en alimentair karakter heeft, het vroegere gevaar dat de rechter in alle gevallen het karakter kon kiezen dat het best het gewenste resultaat kon motiveren, wat zeker niet te verzoenen was met het beginsel van de rechtszekerheid, bestaat niet langer. De modaliteiten van de uitkering werden bijna alle wettelijk geregeld: voor bepaalde modaliteiten werd de vroegere rechtspraak van het hof van cassatie bevestigd, voor andere modaliteiten werd geïnnoveerd.

b. Modaliteiten

121. Zoals vroeger kan alleen de echtgenoot ,,die de echtscheiding heeft verkregen'' een uitkering vragen.

Hebben beide echtgenoten de echtscheiding verkregen, dan heeft geen van hen recht op enige uitkering.

Het hof van cassatie besliste reeds vóór 1975 dat alleen de ,,onschuldige'' echtgenoot recht heeft op een uitkering en dat wanneer beide echtgenoten een vordering tot echtscheiding instellen en zowel hoofd- als tegenvordering gegrond zijn, geen uitkering verschuldigd is (Cass., 5 februari 1965, *Pas.*, 1965, I, 569). Deze interpretatie volgt niet uit de tekst van artikel 301 B.W., maar uit het nieuwe artikel 306 B.W. blijkt nu ondubbelzinnig dat onder ,,de echtgenoot die de echtscheiding verkregen heeft'', in het geval van artikel 301 B.W., moet begrepen worden ,,de echtgenoot tegen wie de echtscheiding *niet* is uitgesproken''.

122. De rechtbank kan aan de echtgenoot die de echtscheiding heeft verkregen, uit de goederen en de inkomsten van de andere echtgenoot, een uitkering toeken-

nen die, rekening houdend met zijn inkomsten en mogelijkheden, hem in staat stellen kan in zijn bestaan te voorzien op een gelijkwaardige wijze als tijdens het samenleven (art. 301 § 1 B.W.).

De rechter kan, ter uitvoering van een eerder uitgesproken vonnis houdende veroordeling tot betaling van een uitkering na echtscheiding, de maatregel van inkomstendelegatie bevelen (art. 301 *bis* B.W.); de onbetaalde achterstallen kunnen daarin begrepen zijn (Vred. Namen, 17 november 1977, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1981, 106 met noot J.L. Renchon. Zie hoger, nr. 98(4).).

Reeds vóór de wet van 9 juli 1975 oordeelde het hof van cassatie dat de rechter bij het toekennen van een uitkering op grond van artikel 301 B.W. rekening moest houden met de levenswijze van de echtgenoten tijdens het huwelijk, zulks met het oog op het behoud door de onschuldige echtgenoot van dezelfde levensstaat die het huwelijk verzekerde (Cass., 7 maart 1968, *Arr. Cass.*, 1968, 897; *Pas.*, 1968, I, 848; *R.W.*, 1967-68, 1948; Cass., 10 december 1971, *Arr. Cass.*, 1972, 358; *Pas.*, 1972, I, 353). Hieruit leidde het hof van cassatie dan af dat de rechter geen rekening diende te houden met de bedrijfsinkomsten die de onschuldige echtgenoot verplicht was te verwerven omwille van de verbreking van de samenleving (Cass., 7 maart 1968, *gecit.*; Cass., 10 december 1971, *gecit.*). Die rechtspraak geldt evenwel niet langer, nu sinds de wet van 9 juli 1975 uitdrukkelijk rekening moet gehouden worden zowel met de inkomsten — uit arbeid en kapitaal — van de onschuldige echtgenoot als met zijn *mogelijkheden een bezoldigd beroep uit te oefenen*, met in aanmerkingneming, als het om de vrouw gaat, van haar kennissen en kundigheden, haar leeftijd en de op haar rustende kinderlast (Cass., 12 november 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 292; *R.W.*, 1977-78, 181 met noot P. Hermans; *Pas.*, 1977, I, 289; *J.T.*, 1977, 308; hetzelfde geldt uiteraard voor de man; zie ook Cass., 12 januari 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 563; *Pas.*, 1978, I, 532; *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 139; Rb. Mechelen, 24 april 1979, *R.W.*, 1979-80, 1176 en Van Herpe, P., ,,Criteria bij vaststelling en wijziging van de uitkering na echtscheiding'', *Jura Falc.*, 1976-77, nr. 1, 13). Bovendien bepaalt de wetgever dat de uitkering de onschuldige echtgenoot in staat moet stellen in zijn bestaan te voorzien op een ,,*gelijkwaardige*,, wijze als tijdens het samenleven, niet op een ,,gelijkaardige'' wijze: het welvaartspeil moet hetzelfde zijn als tijdens het samenleven, niet de levenswijze. De inkomsten van de als onschuldige aangewezen echtgenoot, die in aanmerking moeten genomen worden om het bedrag van de uitkering na echtscheiding te bepalen, zijn de inkomsten die hij geniet op het ogenblik van de echtscheiding en niet deze die hij had op het ogenblik van de feitelijke scheiding (Cass., 2 september 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 7; *Pas.*, 1978, I, 4; *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1979, 185; Brussel, 15 juni 1977, *J.T.*, 1978, 10; Brussel, 16 maart 1977, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1978, 31 met noot M.F. Lampe. Vgl. Vred. Luik, 24 maart 1976, *J.T.*, 1976, 467 dat vroegere levensstandaard en actuele inkomsten verwart). De uitkering moet de rechthebbende dezelfde bestaansvoorwaarden verzekeren als tijdens het samenleven, niet als tijdens het huwelijk. Verwezen wordt niet naar een bepaald ogenblik, het ogenblik waarop het echtelijk samenleven een einde heeft genomen, maar wel naar een bepaalde periode, de duur van het samenleven (Verslag

Claes, *gecit.*, 19). De rechter zal een billijke uitkering moeten distilleren over verschillende jaren, goede en minder goede (Van Herpe, P., *o.c.*, 16).

De beschikking in kort geding, uitgesproken onmiddellijk na de onderbreking van het echtelijk leven, bewijst niet op beslissende wijze de bestaansvoorwaarden van het echtpaar vóór de scheiding. Het tijdens het onderzoek inzake echtscheiding afgenomen getuigenverhoor kan de door de voorzitter van de rechtbank aangenomen referentiepunten tegenspreken (Brussel, 16 maart 1977, *gecit.*).

Het volstaat uiteraard niet dat de man meer verdient dan de vrouw om daaruit af te leiden dat de vrouw niet dezelfde levensstandaard kan hebben als tijdens het samenleven (Rb. Mechelen, 24 april 1979, *gecit.*).

Als inkomsten van de schuldeiser moeten in aanmerking worden genomen deze welke hij put uit een concubinaatsverhouding (Rb. Dendermonde, 16 december 1976, *R.W.*, 1976-77, 1973; *J.T.*, 1977, 314; Rb. Brussel, 11 februari 1976, *R.W.*, 1976-77, 937, bevestigd door Brussel, 22 juni 1976, *R.W.*, 1976-77, 930. Vgl. vóór de wet van 9 juli 1975: Cass., 14 februari 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 663; *R.W.*, 1974-75, 2135; *J.T.*, 1975, 424; *Pas.*, 1975, I, 602) of uit een nieuw huwelijk (Cass., 3 april 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 834; *Pas.*, 1975, I, 756). Een nieuw huwelijk of het concubinaat van de schuldeiser doen het recht op een uitkering echter niet van rechtswege vervallen.

De schuldige man die een eigen winstgevende betrekking heeft gevonden, kan tot een uitkering veroordeeld worden, ook als blijkt dat hij tijdens het samenleven door zijn vrouw werd onderhouden, en dat de vrouw in staat is om *grotendeels* zelf in haar onderhoud te voorzien, nu door een meer eerbiedwaardige en minder renderende bedrijvigheid dan voorheen (Antwerpen, 18 juni 1979, *R.W.*, 1979-80, 1449, met noot J. Pauwels).

Wanneer de echtscheiding werd toegestaan in het voordeel van een jonge vrouw (23 jaar), die bij haar ouders woont en die sinds het begin van de feitelijke scheiding, vier jaar geleden, nog geen werk heeft gezocht om in haar behoeften te voorzien, terwijl niet bewezen is dat zij om gezondheidsredenen niet kan werken, kan haar voor een periode van één jaar een uitkering worden toegekend ten einde haar in de mogelijkheid te stellen werk te zoeken (Rb. Mechelen, 7 december 1978, *R.W.*, 1979-80, 1386 met noot J. Pauwels). Het nieuwe artikel 301 B.W. laat inderdaad toe, rekening houdend met de ,,mogelijkheden'' van de onschuldige echtgenoot, de uitkering in de tijd te beperken: de uitkering wordt toegekend tot, in een voorzienbare toekomst, de ex-echtgenoot in de mogelijkheid zal zijn om ten volle voor zichzelf te zorgen (Pauwels, J., *o.c.*, 1387. Vgl. art. 157.3 Ned. B.W. en art. 276-1 Franse C. civ.).

De feitenrechter beoordeelt soeverein de inkomsten en mogelijkheden van de onschuldige echtgenoot (Cass., 23 maart 1962, *Pas.*, 1962, I, 816), de levensstandaard van de echtgenoten tijdens het samenleven, en de weerslag van de goederen en inkomsten van de schuldige echtgenoot (Cass., 4 april 1963, *Pas.*, 1963, I, 853).

Wanneer de echtgenote in de onmogelijkheid verkeert concrete inlichtingen en gegevens te verschaffen omtrent de inkomsten van haar man doordat deze steeds op wisselende adressen verblijft en tijdens de procedure zelfs spoorloos is,

vermag de rechtbank, bij het bepalen van de uitkering, rekening te houden met de inkomsten die de man *normaliter* had kunnen verwerven (Rb. Turnhout, 15 december 1977, *Turnh. Rechtsl.*, 1977-78, 126; vgl. Cass., 4 april 1963, *gecit.*). De levensstandaard van de schuldenaar kan eveneens daaromtrent aanwijzingen geven (Brussel, 22 juni 1976, *R.W.*, 1976-77, 930).

Artikel 301 § 1 B.W. kan logisch alleen als volgt ontleed worden: hét referentiepunt is de levensstandaard tijdens het samenleven. Eerst wordt daarnaar gekeken. Vervolgens wordt rekening gehouden met de inkomsten en mogelijkheden van de echtgenoot-schuldeiser en de echtgenoot-schuldenaar op het ogenblik van de echtscheiding of later. Blijven de inkomsten van de echtgenoot-schuldeiser beneden een bedrag dat overeenstemt met de becijferde levensstandaard tijdens het huwelijk, dan moet de echtgenoot — schuldenaar een uitkering betalen, die in geen geval 1/3 van zijn inkomen overschrijdt.

Het criterium van de gelijkwaardigheid van de levensvoorwaarden zal in de praktijk zelden verwezenlijkt worden, ofwel omdat de uitkering tot 1/3 van de inkomsten van de schuldenaar beperkt wordt, ofwel omdat de splitsing van een huishouding in twee huishoudingen onvermijdelijk een achteruitgang in levensstandaard meebrengt (de lasten verhogen terwijl de inkomsten dezelfde blijven).

Vraag is of de rechter, uit billijkheidsoverwegingen, mag weigeren het beginsel van de gelijkwaardigheid toe te passen.

Volgens sommigen is het criterium van de gelijkwaardige levensstandaard geen verplichtend criterium voor de rechter (Renchon, J.L., *o.c.*, *Ann. Dr.*, 1976, 89; Rb. Brussel, 8 juni 1977, *Pas.*, 1977, I, 46; *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1979, 189). Zij steunen op de vervanging, tijdens de voorbereidende werken van de wet van 9 juli 1975, van de woorden ,,uitkering die hem in staat stelt'' door de woorden ,,uitkering die hem in staat stellen kan'' (Verslag Claes, *o.c.*, 40).

Wanneer de schuldenaar, om de schuldeiser in staat te stellen de levensstandaard van tijdens het samenleven op te houden, zelf tot een levensstandaard zou worden verplicht die daar ver onder ligt, zou de rechter de uitkering naar billijkheid moeten kunnen bepalen. Ook b.v. op grond van de korte duur van het huwelijk zou de rechter van het criterium kunnen afwijken. Volgens anderen is de gelijkwaardigheid van de levensvoorwaarden een verplichte norm (Poitevin, E. en Hiernaux, G., *La pension après divorce*, Brussel, 1975, 14), en moet zij, voor zover het ,,kan'', verzekerd worden. Deze interpretatie eerbiedigt best de tekst van artikel 301 § 1 B.W. In de praktijk zal de rechter allicht genoeg speelruimte genieten, gelet op zijn beoordelingsvrijheid van zowel de levensstandaard tijdens het huwelijk als de inkomsten en mogelijkheden der partijen.

123. Artikel 301 § 2 B.W. legt niet alleen de rechtstreekse koppeling van de uitkering aan het indexcijfer der consumptieprijzen, maar bepaalt bovendien met nauwkeurigheid het mechanisme van aanpassing.

Reeds vóór de wet van 9 juli 1975 aanvaardde de rechtspraak dat een indexclausule werd toegevoegd op het ogenblik dat de uitkering na echtscheiding werd toegestaan en achtte zulks niet strijdig met het principe van de onveranderlijkheid

van de toenmalige uitkering. Een latere indexering van een reeds toegestane uitkering werd echter uitgesloten (Cass., 27 februari 1975, *R.W.*, 1974-75, 2521).

Artikel 4 van de wet van 9 juli 1975 maakt het mogelijk de herziening van vóór het van kracht worden van de wet toegekende uitkeringen te vorderen, niet de toepassing van de wettelijke indexering. De uitkering na echtscheiding die werd toegestaan vóór het in werking treden van de wet van 9 juli 1975, kan slechts aan het wettelijk indexcijfer worden gekoppeld, indien ze vooraf door toepassing van artikel 301, § 3 B.W., wordt verhoogd, d.w.z. indien ze in ruime mate ontoereikend is geworden (Rb. Brussel, 11 februari 1976 en Brussel, 22 juni 1976, *gecit.*; Vred. Tienen, 28 september 1977, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1978, 88; Vred. Brugge, 12 januari 1979, *R.W.*, 1979-80, 2529).

De indexering mag niet tot gevolg hebben dat meer dan 1/3 van de inkomsten van de schuldenaar aan de uitkering moeten besteed worden. Wanneer de stijging van het indexcijfer buiten verhouding is met de stijging van zijn inkomen, kan deze steeds de beperking tot 1/3 van zijn inkomsten vorderen (Vred. Luik, 21 februari 1979, *J.T.*, 1979, 466).

Het gaat dan wel om zijn inkomsten ten tijde van het verzoek tot verlaging van de uitkering, niet om zijn inkomsten ten tijde van de echtscheiding (Vred. Luik, 21 februari 1979, *J.T.*, 1979, 466. Ten onrechte beslist deze vrederechter echter dat om na te gaan of de uitkering 1/3 van de netto-inkomsten van de schuldenaar tijdens de gegeven periode te boven gaat, rekening gehouden moet worden met het bedrag dat de schuldeiser effectief ontvangt, na aftrek van de belastingen).

124. Artikel 301 § 3 voert de beperkte veranderlijkheid in van de uitkering na echtscheiding.

Het vroegere artikel 301 bepaalde *in fine* dat de uitkering enkel mocht ingetrokken worden wanneer ze niet meer nodig was. Uit deze uitdrukkelijke en ondubbelzinnige wettekst vloeide, naar het oordeel van het hof van cassatie, voort dat de intrekking om andere redenen en namelijk wegens vermindering van de inkomsten van de schuldenaar, niet toegelaten was (Cass., 10 februari 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 647; *R.W.*, 1974-75, 2131; *T. Not.*, 1975, 145; *Pas.*, 1975, I, 587; *J.T.*, 1975, 462). Verhoging of verlaging van de uitkering was uiteraard uitgesloten. Uit § 3 van het nieuwe artikel 301 B.W. volgt nu dat:

(1) de rechtbank de uitkering kan verminderen of opheffen:

a. indien de toestand van de uitkeringsgerechtigde een ingrijpende wijziging heeft ondergaan zodat het bedrag van de uitkering niet meer verantwoord is, b.v. ten gevolge van nieuwe beroepsinkomsten, een nieuw huwelijk, concubinaat of erfenis ... (Zie Cass., 29 september 1978, *Arr. Cass.*, 1979, 133; *Pas.*, 1979, I, 143 en de noot);

b. indien de toestand van de uitkeringsplichtige ingevolge omstandigheden onafhankelijk van zijn wil, ingrijpend gewijzigd is, b.v. ten gevolge van onvrijwillige werkloosheid. De vraag stelt zich hier of het nieuw huwelijk of het concubinaat van de uitkeringsplichtige lasten meebrengen die ,,onafhankelijk zijn van zijn wil''?

Het lijkt billijk slechts die aanvragen tot vermindering of afschaffing niet te honoreren die steunen op omstandigheden die door de onderhoudsplichtige bewust gewild zijn om zijn schuldenlast te verzwaren en/of zijn inkomsten te verminderen (Nuytinck, H. en Van Look, M., ,,Het onderhoud na echtscheiding en scheiding van tafel en bed naar Belgisch recht'', preadvies, Vereniging voor vergelijkende studie van het recht van België en Nederland (1976), 80; Renchon, J.L., *o.c.*, *Ann. Dr.*, 1976, 102).

Zowel ten overstaan van de nieuwe echtgenote als ten aanzien van de kinderen uit het nieuwe huwelijk of uit de concubinaatsverhouding ontstaan voor de uitkeringsplichtige verplichtingen waarmee rekening moet gehouden worden. Eventuele verplichtingen tegenover de bijzit zal de rechter met omzichtigheid beoordelen.

(2) de rechtbank kan de uitkering alleen verhogen indien de uitkering, ingevolge omstandigheden onafhankelijk van de wil van de uitkeringsgerechtigde, in ruime mate ontoereikend is geworden, b.v. ten gevolge van ziekte of gebrekkigheid.

Niet wettelijk verantwoord is derhalve de beslissing die, alleen op grond van het feit dat de inkomsten van de uitkeringsplichtige toegenomen zijn, een verhoging van de uitkering toekent (Cass., 15 februari 1979, *R.W.*, 1979-80, 641; *Pas.*, 1979, I, 712).

In één geval kan de uitkering bij verhoging van de inkomsten van de schuldenaar toch verhoogd worden: wanneer de oorspronkelijk vastgestelde uitkering, ten gevolge van de beperking tot één derde van de inkomsten van de schuldenaar, ontoereikend was om, vóór de verbetering van de toestand van de schuldenaar, aan de uitkeringsgerechtigde gelijkwaardige levensvoorwaarden te waarborgen (Verslag Claes, 20. De eerste rechter zou dit dan wel in zijn vonnis moeten preciseren, zoniet kan het gezag van gewijsde van zijn vonnis de latere verhoging beletten).

125. Bij een verzoek tot wijziging van de uitkering na echtscheiding houdt de rechter rekening met de actuele inkomsten en mogelijkheden van de partijen: hij vergelijkt de inkomsten ten tijde van het verzoek tot wijziging met deze ten tijde van het voor het eerst toestaan van de uitkering (Cass., 29 september 1978, *gecit.*). Een probleem stelt zich echter wanneer een uitkering voor het eerst wordt gevraagd maanden of jaren na de echtscheiding. Wanneer de vordering tot het bekomen van de uitkering van artikel 301 B.W. wordt ingeleid als met de vordering tot echtscheiding samenhangende eis wordt er uitspraak over gedaan in het vonnis of arrest dat de echtscheiding toestaat. In dat geval evalueert de rechter de draagkracht van de partijen op het ogenblik van de overschrijving van het vonnis of arrest dat echtscheiding toestaat (Cass., 18 november 1965, *Pas.*, 1966; I, 373 met noot; *J.T.*, 1967, 165 met noot J.P. Masson-M. Coppieters-'t Wallant. Wij voelen eigenlijk meer voor de vroegere rechtspraak die de toestand in acht nam op het ogenblik van het toestaan van de echtscheiding: Cass., 4 april 1963, *Pas.*, 1963, I, 853. Hoe kan de rechter immers met zekerheid de toestand van de partijen evalueren, als de overschrijving, na de betekening, maanden later

geschiedt?), nu zoals vroeger (Vgl. Cass., 2 september 1977, *gecit.*, dat van het ogenblik van ,,de echtscheiding'' gewaagt).

Vóór de wet van 9 juli 1975 werd evenwel aangenomen dat de rechter zich op het ogenblik van de overschrijving van het echtscheidingsvonnis of -arrest moest plaatsen, ook indien de uitkering slechts na het definitief worden van de echtscheiding voor de vrederechter werd gevorderd (Cass., 18 november 1965, *gecit.*; zie Vieujean, E., ,,Overzicht van rechtspraak. Personnes'', *R.C.J.B.*, 1969, 151 en voetnoot (84)). Dit hield ook in dat behoeftigheid ontstaan na het definitief worden van de echtscheiding niet in aanmerking kwam. De vrederechter van Hoei houdt zich ook na de wet van 9 juli 1975 aan die rechtspraak: artikel 301 § 3 B.W. laat aan de onschuldige echtgenoot niet toe, lang (17 jaar!) na de echtscheiding, een uitkering te vorderen die hij ten dien tijde niet had kunnen bekomen (Vred. Hoei, 17 maart 1977, *T. Vred.*, 1978, 60; *J.T.*, 1977, 506; *Jur. Liège*, 1976-77, 303. Veiligheidshalve verwerpt de vrederechter de vordering bovendien omdat de eiseres niet kon bewijzen dat ze door omstandigheden onafhankelijk van haar wil niet in staat was in haar bestaan te voorzien op een gelijkwaardige wijze als tijdens het samenleven. Vgl. Nuytinck, H. en Van Look, M., *o.c.*, 69). Artikel 301 § 3 bepaalt inderdaad alleen dat de uitkering kan verhoogd worden indien ze ontoereikend is geworden, wat veronderstelt dat er al een uitkering is. Maar zou het, — nu met een verhoging van de behoeften na de echtscheiding wordt rekening gehouden —, niet onlogisch en onbillijk zijn de inkomsten van de gewezen echtgenoten anders te appreciëren naargelang de uitkering voor het eerst wordt gevraagd of niet?

126. Artikel 301 § 5 B.W. bepaalt uitdrukkelijk dat de uitkering ten allen tijde door een kapitaal kan worden vervangen op grond van een overeenkomst tussen de partijen, gehomologeerd door de rechtbank, en dat de rechtbank ook ten allen tijde de kapitalisatie kan toekennen op aanvraag van de tot uitkering gehouden echtgenoot.

Zowel vóór als na de echtscheiding kunnen de partijen overeenkomen de uitkering, al of niet reeds vastgesteld, bij wege van dading te vervangen door een forfaitair bedrag of b.v. door de toebedeling van een onroerend goed. De homologatie van de rechtbank is evenwel vereist: zij zal nagaan of de omzetting in kapitaal een redelijke oplossing is, gelet vooral op de belangen van de uitkeringsgerechtigde en de mogelijkheden die artikel 301 hem biedt.

Wanneer de rechtbank de kapitalisatie toekent op aanvraag van de tot uitkering gehouden echtgenoot gaat het niet om een transactie, maar om de omzetting van de werkelijke waarde van de uitkering in kapitaal, waarbij rekening gehouden wordt met de leeftijd van de uitkeringsgerechtigde en met zijn overlevingskansen, volgens vaste berekeningsmethodes (Over de vraag welke berekeningsmethode moet worden gevolgd en over de wenselijkheid dat de rechter die de vervanging door een kapitaal of de kapitalisatie toestaat, de periodieke uitkering zou aanduiden die aan de basis ligt van de kapitaalsuitkering: zie Spruyt, A., ,,Nieuwe wettelijke bepalingen inzake gezinsfiscaliteit'', *T. Not.*, 1978, 14-17). De onschuldige echtgenoot heeft niet het recht de kapitalisatie te vragen: die mogelijk-

heid zou hem ertoe kunnen aanzetten de omzetting te vragen wanneer hij een nieuw huwelijk of een blijvende verhouding overweegt (Verslag Claes, *o.c.*, 11).

127. De wet van 9 juli 1975 betreft enkel de vervanging van de uitkering door een kapitaal bij overeenkomst, niet andere overeenkomsten in verband met de uitkering.

Er mag gesteld worden dat het arrest van het hof van cassatie van 14 november 1974 zijn gelding behoudt: ,,Elke overeenkomst tussen echtgenoten gesloten met het oog op een echtscheiding op grond van bepaalde feiten en waarbij het bedrag van de in artikel 301 B.W. bedoelde uitkering wordt vastgesteld, heeft enkel bindende kracht indien zij goedgekeurd wordt door de rechter bij wie het geding tot echtscheiding aanhangig is, omdat genoemde uitkering deelt in het karakter van openbare orde van de instelling van de echtscheiding waarmee ze is verbonden en als dusdanig ressorteert onder de taak van de rechter.

Daarentegen verzet er zich geen enkele wettekst of rechtsregel tegen dat de uit de echt gescheiden echtgenoten, na de overschrijving van hun echtscheiding, over voornoemde uitkering een overeenkomst sluiten zonder zich tot de rechtbanken te wenden. Dergelijke overeenkomst tussen personen die niet meer gehuwd zijn valt onder toepassing van artikel 1134 B.W., zodat de partijen bij hun akkoord elke bepaling kunnen voegen die niet strijdig is met de openbare orde of de goede zeden'' (Cass., 14 november 1974, *R.W.*, 1974-75, 1767).

Ook na de wet van 9 juli 1975 blijven de overeenkomsten gesloten vóór de echtscheiding dus zonder gevolg, indien ze niet werden gehomologeerd door de rechtbank die de echtscheiding toestaat (Rb. Luik, 22 februari 1979, *Jur. Liège*, 1978-79, 246. Vgl. Cass., 28 april 1977, *Pas.*, 1977, I, 876).

De overeenkomsten gesloten na de echtscheiding zijn bindend en niet vatbaar voor wijziging door de rechter (Vred. Anderlecht, 14 februari 1978, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 307; Vred. St. Gillis, 10 augustus 1978, *J.J.P.*, 1979, 294; Vred. Verviers, 26 januari 1979, *Jur. Liège*, 1979, 320. Anders: Vred. Merksem, 4 december 1979, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 210; Rb. Brussel, 23 april 1979, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 309). Na overschrijving van de echtscheiding kan de echtgenoot die ze verkregen heeft, luidens een arrest van het hof van cassatie van 17 november 1978 (Cass., 17 november 1978, *Arr. Cass.*, 1979, 319; *Pas.*, 1979, I, 330) geldig verzaken aan iedere uitkering na echtscheiding.

Ook wanneer in het echtscheidingsvonnis wordt geakteerd dat de echtgenoot die de echtscheiding verkrijgt zich het recht voorbehoudt later een uitkering te vorderen, betekent dit niet dat de uitkering die de gewezen echtgenoten nadien overeenkomen een gerechtelijk karakter krijgt en wijzigbaar wordt (Vred. St. Gillis, 10 augustus 1978, *gecit.*).

Indien de gewezen echtgenoten in een overeenkomst na echtscheiding bepalen dat geen uitkering verschuldigd is, kan de echtgenoot die de echtscheiding verkregen heeft er nadien geen meer vorderen (Vred. Verviers, 26 januari 1979, *gecit.*).

De vrederechter van Merksem beslist evenwel dat, gezien de uitkering na echtscheiding sinds de wet van 9 juli 1975 steunt op een verplichting *sui generis* die

essentieel veranderlijk is in functie van gewijzigde omstandigheden, elke overeenkomst tussen partijen hieromtrent gesloten slechts bestaat onder voorbehoud van wijziging door de vrederechter, in geval van ingrijpende wijzigingen die ten tijde van de overeenkomst niet konden worden voorzien (Vred. Merksem, 4 december 1979, *gecit.*).

Misschien kan het cassatiearrest van 1974, wat de overeenkomsten na echtscheiding betreft, nu in volgende zin begrepen worden: een bepaling van openbare orde wordt geschonden door afstand te doen van het recht op een uitkering na echtscheiding of door een onveranderlijke uitkering na echtscheiding voor te stellen, zonder homologatie van de rechter. Dergelijke overeenkomsten, even gevaarlijk als de vervanging van de uitkering door een kapitaal, moeten gehomologeerd worden door de rechter, die b.v. zal nagaan of het afzien van het vorderen van een uitkering, gelet op de situatie van de gerechtigde echtgenoot, redelijk is. In het licht van het hoger vermeld cassatiearrest van 17 november 1978 maakt deze interpretatie echter weinig kans.

128. In tegenstelling met wat vroeger het geval was (Cass., 18 april 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 921; *Pas.*, 1975, I, 832; *R.W.*, 1975-76, 231 met noot), is sinds de wet van 9 juli 1975 geen uitkering meer verschuldigd in geval van overlijden van de tot uitkering gehouden echtgenoot: de echtgenoot aan wie de uitkering toekwam mag enkel levensonderhoud vorderen ten bezware van de nalatenschap van de overleden echtgenoot volgens de voorwaarden bepaald in artikel 205 §§ 2, 3, 4 en 5 B.W. (art. 301, § 6 B.W.).

Gelet op de tekst van artikel 301 § 6 B.W. moet de vraag of dit onderhoudsgeld gevorderd kan worden zelfs wanneer er voordien geen uitkering was opgelegd, negatief beantwoord worden.

c. Bevoegde rechter

129. De rechtbank van eerste aanleg die uitspraak doet over de echtscheidingseis blijft, nu zoals vroeger, bevoegd om op dat ogenblik ook te beslissen over de uitkering na echtscheiding (Luik, 3 december 1980, *Jur. Liège*, 1981, 185 met noot G. de Leval; Brussel, 1 juni 1976, *Rev. Not.*, 1977, 245; Antwerpen, 21 maart 1979, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 60. Anders: Rb. Luik, 11 februari 1976, *Jur. Liège*, 1975-76, 219; Rb. Luik, 29 juni 1976, *Jur. Liège*, 1976-77, 68).

Vóór het in werking treden van de wet van 9 juli 1975 was, nadat de echtscheiding — desgevallend op beide eisen — was overgeschreven, enkel de vrederechter bevoegd, niet alleen voor het toestaan, maar ook voor de eventuele intrekking van de onderhoudsuitkering, en dit op grond van artikel 591, 7° Ger.W. (Cass., 23 september 1971, *Arr. Cass.*, 1972, 89; *Pas.*, 1972, I, 81; *J.T.*, 1971, 29).

Krachtens het nieuwe artikel 301 B.W. is het de ,,rechtbank'' die uitspraak doet over de toekenning, de wijziging, de afschaffing, de omzetting in kapitaal of de kapitalisatie van de uitkering.

Kan enige twijfel bestaan omtrent de bevoegdheid van de vrederechter nu de tekst van artikel 301 B.W. bepaalt dat ,,de rechtbank'' uitspraak doet over de ,,uitke-

ring'' terwijl artikel 591, 7 Ger.W. — en het vroegere artikel 301 B.W. — betrekking heeft op geschillen over ,,uitkeringen tot onderhoud'' (Zie Gerlo, J., ,,De gevolgen van de echtscheiding'', in Baeteman, G., e.a., *Het echtscheidingsrecht in België na de hervorming 1974-75*, 80. En zo de rechtbank van eerste aanleg bevoegd is, is dan de rechtbank die de echtscheiding toestond of de rechtbank van de woonplaats van de verweerder bevoegd om nadien een uitkering toe te staan, te wijzigen of af te schaffen?). Het *sui generis* karakter van de uitkering na echtscheiding heeft de wetgever er niet toe aangezet om bijzondere regels inzake rechtspleging in te voeren of om de bestaande regels te wijzigen; bijgevolg blijft artikel 591, 7° Ger.W. van toepassing en is de vrederechter ter zake bevoegd (Vred. Brasschaat, 19 november 1975, *R.W.*, 1975-76, 2379 met noot J. Laenens; Vred. Verviers, 2 april 1976, *Jur. Liège*, 1976-77, 263; Rb. Brussel, 4 mei 1977, *R.W.*, 1977-78, 1378 met noot J. Laenens; Bergen, 29 maart 1976, *J.T.*, 1977, 310 met noot J.P. Masson; Rb. Luik, 27 februari 1979, *Jur. Liège*, 1978-79, 235, Jottrand, J., *o.c.*, *J.J.P.*, 1977, 34). Het lijkt inderdaad moeilijk aan te nemen dat het hier om een vergetelheid van de wetgever zou gaan, daar diezelfde wetgever bij de invoering van het gerechterlijk wetboek juist de vrederechter in de plaats van de rechtbank van eerste aanleg bevoegd had gemaakt.

Op die gronden kan de rechtspraak begrepen worden die zoals vroeger de bevoegdheid van de vrederechter blijft voorstaan. Toch kan principieel de vraag gesteld worden of ze zo onbetwist zeker is t.a.v. het niet (zuiver) alimentair karakter van die uitkering, dat logischerwijze dan moet leiden tot de toepassing van de algemene bevoegdheidsregels.

De vrederechter is niet alleen bevoegd voor het toestaan, wijzigen of afschaffen van de uitkering, hij blijft ook bevoegd om zijn beslissing te interpreteren zolang de interpretatie niet de gedwongen uitvoering betreft (Rb. Luik, 6 maart 1979, *Jur. Liège*, 1978-79, 237).

De vrederechter van de woonplaats van de eiser (of van de verweerder) is bevoegd, ook al wordt de wijziging van een vroegere uitkering gevraagd (Art. 626 Ger.W.; Cass., 10 februari 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 648; *R.W.*, 1976-77, 2484; *J.T.*, 1977, 304; *Pas.*, 1977, I, 625).

Indien de vordering *ex* artikel 301 B.W. na de overschrijving van de echtscheiding ingeleid wordt voor de rechtbank van eerste aanleg en de verweerder de exceptie van onbevoegdheid *in limine litis* niet opgeworpen heeft, blijft de rechtbank op grond van haar beperkte volheid van rechtsmacht (art. 568 Ger.W.) bevoegd om kennis te nemen van een vordering tot verhoging, vermindering of opheffing van de uitkering na echtscheiding (Brussel, 30 april 1973, *Pas.*, 1973; II, 145; *J.T.*, 1974, 101; Rb. Brussel, 4 mei 1977 met noot J. Laenens, *gecit.*; Rb. Brussel, 11 februari 1976, *R.W.*, 1976-77, 937, impliciet?).

De verweerder die de exceptie van onbevoegdheid van de rechtbank van eerste aanleg *in limine litis* (art. 854 Ger.W.) opwerpt, moet meedelen welke rechter volgens hem bevoegd is (art. 855 Ger.W.). Elk formalisme wordt daarbij geweerd (Fettweis, A., ,,Bevoegdheidsconflicten'', *R.W.*, 1971-72, 1709; Cass., 11 juni 1976, *R.W.*, 1976-77, 178; Rb. Brussel, 4 mei 1977 en noot J. Laenens

gecit. Anders: Vred. Waver, 7 oktober 1976, *J.T.*, 1976, 710 met kritiek van A. Kohl. Volgens J. Laenens (*o.c.*, 1380) moet de mededeling niettemin gelijktijdig met de opwerping van de exceptie geschieden en wordt er alleen geen vereiste gesteld nopens de bewoordingen waarin de mededeling gedaan moet worden. Volgens de rechtbank te Brussel (*l.c.*, 1379) volstaat het dat na de behandeling geen twijfel bestaat aangaande de rechter die wel bevoegd geacht wordt).

De eiser kan, op de exceptie van onbevoegdheid, de verwijzing naar de arrondissementsrechtbank vorderen. Doet hij dat niet, dan doet de rechtbank bij welke de zaak aanhangig is uitspraak over de bevoegdheid en verwijst de zaak, zo nodig, naar de bevoegde vrederechter (art. 639, 1e lid en 3e lid en 660, 1e lid Ger.W.) (Zie Rb. Brussel, 4 mei 1977, *gecit*.).

IV. Gevolgen voor de kinderen

a. Hoede en bezoekrecht (Lees Gerlo, J., ,,Het bestuur over de persoon en de goederen van de kinderen na echtscheiding'', *R.W.*, 1974-75, 705 e.v.; Steennot, H., ,,Het belang van het kind'', *R.W.*, 1974-75, 1746 e.v.; Verstraete, L., ,,Het belang van het kind als beleidsnorm voor de rechter'', *Jura Falc.*, 1974-75, 189; Lampe-Franzen, M.F., ,,Le statut juridique de l'enfant. Des droits de garde et de visite'', *Rev. Not.*, 1979, 276 e.v., Poelman, F., ,,Quelques réflexions à propos et autour du droit de visite et d'hebergement des parents séparés ou divorcés'', *J.T.*, 1980, 340 e.v.)

130. Na de ontbinding van het huwelijk blijft het bestuur over de persoon en over de goederen van de kinderen krachtens de wet bij degene aan wie het voorlopig werd toevertrouwd bij door de voorzitter bekrachtigde overeenkomst tussen partijen of bij beschikking van de voorzitter in kort geding (art. 302, al. 1 B.W.). De voorzitter in kort geding kan niet beslissen dat zijn beschikking slechts gelding zal hebben gedurende het echtscheidingsgeding (Gent, 11 februari 1977, *R.W.*, 1977-78, 1951 met noot L. Dupont; vernietiging van Corr. Oudenaarde, 7 mei 1976, *R.W.*, 1977-78, 1970). Zolang het echtscheidingsvonnis of -arrest niet overgeschreven werd blijft de voorzitter echter bevoegd om vroeger genomen maatregelen te wijzigen (Brussel, 10 april 1973, *J.T.*, 1974, 139).

Het volstaat zelfs dat hij gevat werd vóór de overschrijving (Brussel, 25 juni 1974, *Rev. Dr. Fam.*, 1973-74, nr. 4, 9 met advies O.M. Smeers). Betekent dit dat noch de rechtbank, noch het hof van beroep enige bevoegdheid bezitten om, wanneer zij over de echtscheiding uitspraak doen, de vroegere contractuele regeling of het presidentieel bevelschrift te wijzigen? (Zie Baeteman, G., Delva, W. en Bax, M., *T.P.R.*, 1976, 425). Een arrest van het hof van cassatie van 28 juni 1971 beslist alleen dat de beschikkingen betreffende de hoede en het onderhoud van de kinderen hun werking behouden, zonder dat het vonnis waarbij de echtscheiding is toegestaan dienaangaande verder uitspraak of zelfs enige vaststelling ,,*moet*'' doen, en niet, zonder dat dit vonnis uitspraak of enige vaststelling ,,*mag*'' doen (Cass., 28 juni 1971, *Arr. Cass.*, 1971, 1120; *Pas.*, 1971, I, 1064. De betekenis van dit arrest ligt alleen hierin dat de echtgenoot die na echtscheiding het op grond van een beschikking van de voorzitter voor de kinderen verschuldigd onderhoudsgeld niet verder betaalt, strafbaar blijft wegens familieverlating. Zie verder, nr. 135).

Artikel 302 B.W. spreekt nergens over de rechtbank: daaruit kan evengoed afgeleid worden dat dit artikel slechts geldt voor zover de rechtbank zelf geen beslissing heeft genomen, als dat de rechtbank niet bevoegd is om enige andere maatregel te nemen (Anders: Rb. Turnhout, 23 juni 1977, *Turnh. Rechtsl.*, 1977-78, 9).

De voorzitter is niet exclusief bevoegd om voorlopige maatregelen te treffen. Hij is de gewone rechter m.b.t. het nemen van voorlopige maatregelen omdat hij snel kan beslissen. Maar indien zich een dwingend probleem stelt in verband met de hoede of het onderhoud van de kinderen op het ogenblik dat de rechtbank uitspraak doet over de echtscheiding, is het toch de rechtbank zelf die snelst kan beslissen; een verwijzing naar de voorzitter zou dan in strijd zijn met de *ratio legis* van zijn bevoegdheid.

131. Bij gebreke van zodanige overeenkomst of beschikking, komt het bestuur toe aan de echtgenoot die de echtscheiding verkregen heeft (art. 302, al. 2 B.W.). De rechter die uitspraak moet doen over de echtscheidingsvordering mag zijn beslissing niet uitstellen tot er in gemeen overleg of bij voorlopige maatregel schikkingen werden genomen nopens bestuur van persoon en goederen der kinderen (Brussel, 13 maart 1979, *J.T.*, 1979, 378 met noot).

132. De jeugdrechtbank kan evenwel in alle gevallen in het belang van de kinderen anders beslissen, hetzij op verzoek van de partijen of van één ervan, hetzij op verzoek van de procureur des Konings (art. 302, al. 3 B.W.). Vrijwillige verschijning van de ouders voor de jeugdrechter is niet mogelijk (Jrb. Brussel, 4 januari 1979, *D.M.J.*, IV-124 (art. 45, 1° w. 8 april 1965)).

De jeugdrechtbank kan de hoede over de kinderen aan derden toekennen, b.v. de grootouders, hoewel de wet die mogelijkheid niet meer vermeldt. Werden de kinderen tijdens de echtscheidingsprocedure krachtens een overeenkomst tussen partijen toevertrouwd aan de vader, en moet hij zich tot zijn moeder wenden om zich met de kinderen bezig te houden, dan kan na de echtscheiding, de jeugdrechtbank op verzoek van de vrouw, en uitgaande van de overweging dat niet overhaastig te werk mag gegaan worden bij de overgang van zeer jonge kinderen uit een milieu dat ze gewoon zijn naar een andere manier van leven, beslissen dat het bestuur over de kinderen aan de vrouw wordt toevertrouwd met verplichting ze onder de feitelijke bewaring van de grootmoeder van vaderszijde te laten. Dergelijke beslissing is gegrond, niet op de artikelen 30 en 31 van de wet van 8 april 1965, maar op artikel 302, 3e lid B.W. en maakt een wettige toepassing van deze bepaling (Cass., 26 april 1979, *R.W.*, 1979-80, 776; *Pas.*, 1979, I, 1011; *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 153).

Wanneer, na de echtscheiding de echtgenoot, aan wie het bestuur over de persoon en de goederen van het minderjarig kind niet werd toevertrouwd, op grond van artikel 302 B.W. een vordering instelt bij de jeugdrechtbank tot het verkrijgen van een bezoekrecht t.a.v. het kind, dat het voorwerp uitmaakte van een voorlopige plaatsingsmaatregel (art. 52 van de wet van 8 april 1965), dan verschaft het gevorderde bezoekrecht, voor zover dit toegekend wordt, slechts een titel zonder

uitwerking tenzij na of bij wijziging van de plaatsingsmaatregel; want het is de plaatsende magistraat die soeverein oordeelt over de toe te kennen weekends en vakanties en over de personen die in aanmerking komen om de minderjarige te ontvangen of te bezoeken (Jrb. Gent, 9 januari 1976, *D.M.J.*, I, 311).

Hoger beroep tegen een beslissing van de jeugdrechtbank in het kader van artikel 302, 3e lid B.W. moet op straffe van verval ingesteld worden binnen de maand van de uitspraak (Art. 58 w. 8 april 1965. Cass., 27 februari 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 739; *R.W.*, 1974-75, 2483; *Pas.*, 1975, I, 669). Het feit dat de griffier verzuimd heeft aan de partijen of aan hun raadsman een ondertekend afschrift van het vonnis te zenden, maakt geen overmacht uit (Brussel, 27 september 1973, *R.W.*, 1973-74, 1659).

Bij gebreke van bewezen hoogdringendheid, en in acht genomen het niet voorlopig karakter van de gevraagde maatregel, is de in kort geding zetelende rechter onbevoegd om een bezoekrecht na echtscheiding toe te kennen. Hij is er evenwel toe gehouden de zaak te verwijzen naar de bevoegde jeugdrechtbank. Wanneer hoger beroep is ingesteld tegen de beschikking in kort geding verwijst het hof van beroep de zaak dan ook naar de jeugdkamer die ze ten gronde tot zich zal trekken (Luik, 30 januari 1979, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1979, 299 met noot J.L. Renchon).

Alleen de voorzitter in kort geding, niet de jeugdrechtbank, kan dringende en voorlopige maatregelen treffen in verband met de hoede van de kinderen na de echtscheiding, althans wanneer gevorderd wordt bij toepassing van de burgerrechtelijke bepalingen betreffende de minderjarigen. De jeugdrechtbank mag alleen voorlopig de nodige maatregelen nemen gedurende een rechtspleging strekkende tot de toepassing van één van de maatregelen bedoeld in titel II, hoofdstuk III van de wet van 8 april 1965 (Brussel, 31 oktober 1979, *R.W.*, 1980-81, 1085).

133. Hoe delicaat de opdracht is van de jeugdrechter die zich moet uitspreken over het hoede- en bezoekrecht na echtscheiding, hoe omzichtig hij moet tewerkgaan om een regeling te treffen die best overeenstemt met het belang van het kind moge blijken uit een reeks vonnissen van de jeugdrechtbanken te Brussel en Dendermonde (Jrb. Dendermonde, 7 mei 1974, *R.W.*, 1977-78, 2072; 17 juni 1975, *ibid.*, 2073; 19 november 1975, *ibid.*, 2075; 8 juni 1976, *ibid.*, 2076, met noot R. Gotzen; Jrb. Brussel, 26 september 1976, *D.M.J.*, I-345; Jrb. Brussel, 20 mei 1977, *D.M.J.*, III-86; Jrb. Brussel, 14 oktober 1977, *D.M.J.*, I-347; Jrb. Brussel, 18 november 1977, *D.M.J.*, I-348; Jrb. Brussel, 23 juni 1978, *D.M.J.*, I-360; Brussel (J.), 26 juni 1975, *D.M.J.*, I-326; Jrb. Brussel, 16 juni 1978, *D.M.J.*, I-366: afschaffing bezoekrecht).

Zo oordeelt laatstgenoemde jeugdrechtbank dat het niet aangewezen is het recht van bewaring of een bezoekrecht toe te wijzen aan de vader tegen de wil van de — zelfs jonge — kinderen, ook al werd de houding van de kinderen mede bepaald door de invloed die de moeder op hen uitoefent. De jeugdrechter geeft de vader akte dat hij alleen en uitsluitend om zijn kinderen verdere moeilijkheden te besparen van zijn vordering afziet en beveelt de doorhaling van de zaak op de algemene rol (Jrb. Dendermonde, 7 mei 1974, *gecit.*).

Vaak ziet de jeugdrechter er van af onmiddellijk een definitieve regeling dwingend op te leggen, omdat een regeling van het bezoekrecht die niet ten volle door beide ouders wordt aanvaard, tot geen met de belangen van het kind strokende resultaten kan leiden. Hij kan bevoorbeeld bij wijze van proef en voorlopig het bezoekrecht regelen, de ouders ertoe aanzetten vrij naar een voor hen aanvaardbare oplossing te zoeken, onder begeleiding van een vaste afgevaardigde bij de jeugdbescherming, en de zaak verder naar de bijzondere rol verwijzen (Jrb. Dendermonde, 17 juni 1975, *gecit.*).

Hij kan ook de definitieve beslissing over een verzoek tot wijziging van het recht van bewaring uitstellen, tot hij de resultaten kent van de maatregelen door het openbaar ministerie gevorderd op basis van artikel 36, 2° van de wet op de jeugdbescherming en zulks mede gelet op de grote animositeit die tussen de gewezen echtgenoten bestaat (Jrb. Dendermonde, 19 november 1975, *gecit.*).

Een vader had een bezoekrecht elke zaterdag van 14 tot 18 uur. Zijn 15-jarige dochter wil tijdens haar weekends echter rijschool volgen, met het gevolg dat zij met tegenzin bij haar vader en diens ouders gaat om er tenslotte totaal mee op te houden. De moeder vordert de afschaffing van het bezoekrecht, de vader vraagt de uitbreiding ervan. De jeugdrechter hoort de dochter, die zich akkoord verklaart haar vader te bezoeken op woensdagnamiddag om de veertien dagen, ten huize van haar vaderlijke grootouders. De jeugdrechter bekrachtigt dit voorstel en beveelt een maatschappelijke enquête ten einde na te gaan welke definitieve oplossing de beste is voor alle betrokkenen (Jrb. Dendermonde, 8 juni 1976, *gecit.*).

b. Onderhoud

134. Hoewel artikel 303 B.W. de ouders verplicht om, na de ontbinding van het huwelijk, in de onderhouds- en opvoedingskosten van de kinderen bij te dragen naar evenredigheid van hun middelen, volgt daaruit niet dat de rechter bij de vaststelling van die bijdrage, in voorkomend geval, naast de inkomsten van de ouders, geen rekening mag houden met andere beoordelingselementen, zoals de wijze waarop de kinderen tijdens het samenleven onderhouden en opgevoed werden (Cass., 12 januari 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 563; *Pas.*, 1978, I, 532; *J.T.*, 1978, 348).

De middelen van de ouders waarmee rekening gehouden wordt zijn de actuele middelen: in de middelen van de gewezen echtgenote zijn begrepen de inkomsten uit het bezoldigd beroep dat zij uitoefent, zonder rekening te houden met het feit dat zij tijdens het samenleven al dan niet beroepsinkomsten had (Cass., 12 november 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 292; *Pas.*, 1977, I, 289; Vred. Messancy, 19 januari 1977, *Jur. Liège*, 1977-78, 95). Ook met de actuele behoeften van de kinderen, gelet op hun leeftijd, moet rekening gehouden worden (Vred. Messancy, 19 januari 1977, *gecit.*; Vred. Namen, 2 mei 1980, *Rev. Rég. Dr.*, 1980, 358).

Wanneer beide gewezen echtgenoten hertrouwd zijn, dient er in principe geen rekening gehouden te worden met het geheel van de inkomsten van de nieuwe echtgenoten der partijen. Maar aangenomen moet worden dat een gehuwde

vrouw die haar bedrijvigheid aan haar gezin wijdt, voor haar eigen behoeften en om aan haar eigen verplichtingen te voldoen, als compensatie voor haar huishoudelijk werk, recht heeft op een deel van de gemene inkomsten, zelfs zo deze, op louter geldelijk vlak gezien, voortkomen van de bedrijvigheid van de man alleen. Tegelijk moet, om de draagkracht van een gehuwd man te bepalen, rekening gehouden worden met de lasten die hij moet dragen in zijn nieuwe gezin (Vred. Jumet, 15 juli 1976, *J.J.P.*, 1978, 67).

135. Waar artikel 302, eerste lid B.W. bepaalt dat het bestuur over de kinderen blijft bij de echtgenoot aan wie het werd toevertrouwd, sluit dit eveneens in dat, zolang de bevoegde rechter hierover niet anders heeft beslist, de verplichtingen tot onderhoud van de kinderen gehandhaafd blijven, zoals hieromtrent vroeger werd overeengekomen of werd beslist bij beschikking van de voorzitter, rechtsprekend in kort geding (Cass., 28 juni 1971, *gecit.*; zie nr. 130; Brussel, 2 april 1974, *Pas.*, 1975, II, 3; Gent, 11 februari 1977, *R.W.*, 1977-78, 1951. De voorlopige maatregelen over het onderhoudsgeld, genomen vóór het in werking treden van de wet van 8 april 1965 blijven echter niet gehandhaafd: Cass., 11 september 1972, *Arr. Cass.*, 1973, 39; *Pas.*, 1973, I, 36; *J.T.*, 1972, 728; Cass., 13 september 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 48; *Pas.*, 1978, I, 43). De gewezen echtgenoot die het op grond van een beschikking van de voorzitter voor de kinderen verschuldigd onderhoudsgeld niet verder betaalt, blijft dan ook strafbaar wegens familieverlating (Cass., 28 juni 1971, *gecit.*; Gent, 11 februari 1977, *R.W.*, 1977-78, 1951 met kritische noot Dupont, L.; Desmet, E., noot, ,,Bezorgt een veroordeling voor verlating van familie, gebaseerd op de huidige tekst van artikel 302 B.W., de penalist een kwaad geweten?''; naschrift Dupont, L., *R.W.*, 1977-78, 2678), ook al is het moeilijk met het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel te verzoenen dat het onderhoud voor de kinderen (art. 303 B.W.) ondergebracht wordt in het bestuur van de kinderen (art. 302 B.W.), vooral als de wetgever elders (art. 1280 Ger.W.) persoon, levensonderhoud en goederen van de kinderen onderscheidt.

Op het ogenblik dat ze de echtscheiding toestaat kan de burgerlijke rechtbank een regeling van de onderhoudsverplichting treffen, indien ze daarover gevat werd (Brussel, 10 april 1973, *J.T.*, 1974, 139).

Na overschrijving van de echtscheiding is de vrederechter bevoegd volgens art. 591, 7° Ger.W. vanaf het ogenblik dat over de echtscheiding einduitspraak is gedaan bij een in kracht van gewijsde gegaan vonnis of arrest — zie o.m. Cass., 25 mei 1961, *R.W.*, 1962-63, 216; *Pas.*, 1961, I, 1023, vóór de wet van 8 april 1965 — dus eventueel vóór de overschrijving. Luidens artikel 1280 Ger.W. blijft de voorzitter echter bevoegd in iedere stand van het geding (zie hoger, nr. 99). Het zou trouwens niet opgaan de jeugdrechter bevoegd te maken om over de hoede te beslissen na de ontbinding van het huwelijk, d.i. na de overschrijving, en de vrederechter bevoegd te maken om over het onderhoud van de kinderen te beslissen vanaf een vroegere datum) ook al werd het kind bij een derde geplaatst (Arrond. Luik, 3 maart 1977, *Jur. Liège*, 1976-77, 218). De jeugdrechtbank is bevoegd, wanneer de onderhoudsvordering verknocht is met een vordering met

betrekking tot het bewarings- of bezoekrecht (Brussel, 22 februari 1973, *R.W.*, 1972-73, 1430; *Pas.*, 1973, II, 107; Brussel (Jk.), 23 december 1976, *D.M.J.*, I-343; Bergen (Jk.), 6 februari 1976, *D.M.J.*, I-313; Bergen (Jk.), 5 maart 1980, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 302: de jeugdrechtbank kan in dat geval ook uitspraak doen over de uitkering na echtscheiding tussen echtgenoten) of wanneer een bijdrage wordt gevraagd in de kosten van beschermende plaatsingsmaatregelen (art. 71 wet 8 april 1965) (Arrond. Luik, 3 maart 1977, *gecit.*).

136. De verplichting van artikel 303 B.W. is van openbare orde, zodat geen afstand kan gedaan worden van het recht op onderhoud ten voordele van het kind (Vred. Berchem, 17 februari 1976, *R.W.*, 1976-77, 2555. Vgl. Cass., 10 oktober 1974, *Arr. Cass.*, 1975, 191; *R.W.*, 1974-75, 1183; *Pas.*, 1975, II, 3).

§ 2. Echtscheiding op grond van feitelijke scheiding

Ieder der echtgenoten kan echtscheiding vorderen op grond van feitelijke scheiding van meer dan tien jaar, indien daaruit de duurzame ontwrichting van het huwelijk blijkt en het toekennen van de echtscheiding op deze grond de materiële toestand van de minderjarige kinderen uit het huwelijk van de echtgenoten geboren of door hen geadopteerd niet op gevoelige wijze verslecht (art. 232, lid 1 B.W.).

A. Voorwaarden

137. Volgens het hof van cassatie moet de feitelijke scheiding waarvan sprake is in artikel 232 B.W., gewild zijn, minstens in hoofde van één van beide echtgenoten. Dit blijkt uit de overwegingen van een arrest van 25 november 1976 waarin het hof stelt — zonder dat dit voor de beantwoording van de voorziening noodzakelijk was — dat krachtens artikel 232 B.W. ieder van de echtgenoten echtscheiding kan vorderen wanneer zij, *„hetzij bij onderlinge toestemming, hetzij omdat één van hen het wil"*, sedert meer dan tien jaar feitelijk van elkaar gescheiden leven (Cass., 25 november 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 335; *R.W.*, 1977-78, 223; *Pas.*, 1977, I, 332; *J.T.*, 1977, 98 en 307; De Busschere, C., „Echtscheiding op grond van feitelijke scheiding", in Baeteman, G. e.a., *Het echtscheidingsrecht na de hervorming 1974-75*, 120, nr. 179; *De feitelijke scheiding der echtgenoten*, Gent-Leuven 1978, 266 e.v.).

Door aldus naast het feitelijk element tevens het intentioneel element te bepalen, wordt door het hof van cassatie het vervullen van een vereiste voorgeschreven die in de wet niet uitdrukkelijk is opgelegd. Volgens de wettelijke opvatting kan gesteld worden dat artikel 232 B.W. toepasselijk is ook wanneer de feitelijke scheiding van meer dan tien jaar door geen der echtgenoten gewild werd. De rechter moet enkel nagaan of het huwelijk na tien jaar feitelijke scheiding duurzaam ontwricht is (Luik, 17 februari 1976, *Jur. Liège*, 1975-76, 227; *J.T.*, 1976, 297 met advies adv.-gen. Blondiaux (geval van mysterieuze verdwijning); Renchon, J.L., „Les vicissitudes du divorce", *Ann. Dr.*, 1976, 58; de Leval, G.,

,,Droit judiciaiaire privé et divorce pour cause déterminée'', *Ann. Dr.*, 1977, 340). In Frankrijk bestaat een gelijkaardige betwisting omtrent artikel 237 C.Civ. dat bepaalt: ,,un époux peut demander le divorce en raison d'une rupture prolongée de la vie commune, lorsque les époux vivent séparés de fait depuis six ans''. De meeste auteurs nemen aan dat, waar de feitelijke scheiding van meer dan 6 jaar een objectief gegeven is, de verbreking van het echtelijk leven daar een intentioneel element aan toevoegt: de wil van één der echtgenoten of van beide echtgenoten om niet langer samen te leven (Lindon, R., ,,L'accueil fait par les tribunaux au divorce pour rupture de la vie commune'', *J.C.P.*, 1979, I, 2946; noot onder T.G.I. Mulhouse, 20 november 1978, *J.C.P.*, 1979, II, 19097; noot onder Cass. civ., 11 juli 1979, *J.C.P.*, 1980, II, 19400; Juriscl. civ., art. 237 à 241, nrs. 23 e.v.; Massip, J., ,,Le divorce pour séparation de fait et la pratique des tribunaux'', *D.*, 1978, Chron., 81; Rép. Defr., 1978, nr. 31605; Monsallier, B., ,,Le divorce pour rupture de la vie commune'', *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1980, 266 e.v., 468 e.v., vooral 271-272; Nerson, R. en Rubellin-Devichi, J., Overzicht van rechtspraak, ,,Personnes et droits de famille'', *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1978, 638-639). A. Breton daarentegen ontwaart in artikel 237 C.civ. geen intentioneel element: een feitelijke scheiding van meer dan 6 jaar is de enige voorwaarde voor de echtscheidingsvorm ,,divorce pour rupture de la vie commune'' genaamd (Breton, A., noot onder T.G.I. Mulhouse, 20 november 1978, Cass. civ. 11 juli 1979 en 2 oktober 1980, *D.*, 1981, I.R., 70; noten *D.*, 1978, 201 en *D.*, 1979, 234). Het hof van beroep te Parijs heeft herhaaldelijk beslist dat de feitelijke scheiding minstens door één echtgenoot moest gewild zijn (Paris, 25 mei 1978, *J.C.P.*, 1978, II, 18981 met noot R. Lindon; Paris, 29 juni 1978, *D.*, 1979, I.R., 211 met noot A. Breton; Paris, 1 juni 1979, *J.C.P.*, 1981, II, 19565 met noot R. Lindon) of dat het volstond dat de ,,communauté de vie, tant matérielle qu'affective'', had opgehouden te bestaan (Paris, 16 februari 1979, *D.*, 1979, 590, met noot J. Massip; Paris, 28 juni 1979, *Rép. Defr.*, 1980, nr. 32279 met noot J. Massip; Paris, 5 juli 1979, *D.*, 1981, I.R., 72 met noot A. Breton). In een arrest van 30 januari 1980 heeft het hof van cassatie deze laatste formulering overgenomen (Cass. civ., 30 januari 1980, *D.*, 1981, I.R., 72 met noot A. Breton; *J.C.P.*, 1980, IV, 144), maar alleen om te beslissen dat de beschikking van de voorzitter in kort geding die de echtgenoten tijdens een echtscheidingsprocedure toestaat afzonderlijk te verblijven, geen afbreuk doet aan het bestaan van een feitelijke scheiding in de zin van artikel 237 C.civ.

Volgens de wettelijke opvatting belet een — al of niet deels — toevallige feitelijke scheiding van meer dan tien jaar b.v. als gevolg van een verblijf in het buitenland om beroepsredenen, verblijf in een kliniek, sanatorium of rusthuis, opsluiting in de gevangenis, tijdelijke afwezigheid, de echtscheiding niet, voor zover althans de rechter oordeelt dat daaruit de duurzame ontwrichting van het huwelijk blijkt op het ogenblik van de inleiding van de echtscheidingsvordering.

Een beschikking van de vrederechter, in het kader van dringende voorlopige maatregelen, genomen op grond van artikel 223 B.W., of een beschikking van de voorzitter in kort geding tijdens een echtscheidingsprocedure, die de echtgenoten toestaan afzonderlijk verblijf te houden, verhinderen noch het aanvangen noch

het verderlopen van de termijn van tien jaar (Zie Paris, 16 februari 1979 en Cass.civ., 30 januari 1980, *gecit.*).

138. De feitelijke scheiding moet wel meer dan tien jaar ononderbroken geduurd hebben op het ogenblik van de aanbieding van het inleidend verzoekschrift (Zie Paris, 31 mei 1978, *D.*, 1979, I.R., 163 met noot J.Cl. Groslière; vgl. T.G.I. Paris, 23 februari 1977, *D.*, 1978, I.R., 10, met noot A. Breton). Er is echter niet vereist dat de echtgenoten geen enkel contact meer met elkaar hadden gedurende die periode. De voorwaarden van de feitelijke scheiding van meer dan tien jaar en van de duurzame ontwrichting van het huwelijk kunnen vervuld zijn zelfs als de echtgenoten af en toe met elkaar in betrekking zijn gebleven bij ontmoetingen met hun kinderen of bij het nemen van beslissingen in verband met die kinderen of voor het beheer van gemeenschappelijke goederen (Cass., 25 november 1976, *gecit.*; ter bevestiging van Brussel, 7 januari 1976, *Pas.*, 1976, II, 194; *Rev. Not.*, 1976, 76; *J.T.*, 1977, 99; zie Renchon, J.L., ,,A propos de l'article 232 nouveau du Code Civil: un arrêt important de la Cour d'appel de Bruxelles'', *J.T.*, 1977, 89 e.v.; Rb. Turnhout, 9 juni 1977, *Turnh. Rechtsl.*, 1977-78, 11, i.v.m. duurzame ontwrichting. Vgl. Paris, 1 juni 1979, *J.C.P.*, 1981, II, 19565 met noot R. Lindon). Voldoende is dat de afwezigheid van levensgemeenschap, bestaande uit het gewoonlijk delen van tafel en bed, wordt aangetoond.

139. De geboorte van een kind, waarvan de wettige afstamming bij ontstentenis van ontkenning van vaderschap vaststaat, volstaat niet om zonder meer de vordering tot echtscheiding op grond van feitelijke scheiding af te wijzen, wanneer overigens voldoende aanwijzingen bestaan over het voortduren van de feitelijke scheiding (Rb. Brussel, 18 april 1977, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1978, 258 met noot G. Hiernaux; Rb. Aarlen, 16 december 1977, *Jur. Liège*, 1977-78, 267; Antwerpen, 21 februari 1979, *R.W.*, 1978-79, 2326 met noot P. Senaeve; *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 111; zie Senaeve, P., ,,Het vermoeden 'pater is est quem nuptiae demonstrant'' en de echtscheiding op grond van tien jaar feitelijke scheiding'', *R.W.*, 1978-79, 2273. Anders: Rb. Tongeren 10 februari 1978, *R.W.*, 1978-79, 2332, hervormd door Antwerpen, 21 februari 1979, *gecit.*). De regel ,,pater is est quem nuptiae demonstrant'' impliceert enkel een wettelijk dwingend vermoeden van vaderschap, maar niet het bewijs van de realiteit van dit vaderschap of van de verzoening en feitelijke hereniging van partijen. Het uitbreiden tot een zuiver feitelijke kwestie waaraan het kind vreemd is, van een rechtsregel die uitsluitend de staat van dit laatste betreft, gaat niet op (Antwerpen, 21 februari 1979, *gecit.*).

140. Het bewijs dat de echtgenoten meer dan tien jaar gescheiden leven mag door alle rechtsmiddelen geleverd worden, met uitsluiting van bekentenis en eed (art. 1270 Ger.W.); bijvoorbeeld: inschrijvingen in de bevolkingsregisters (Rb. Brussel, 5 mei 1976, *R.W.*, 1976-77, 1332), fiskale en sociale zekerheidsdocumenten, vonnissen waaruit het afzonderlijk wonen blijkt, facturen, kwijtschriften, getuigenissen, ernstige, precieze en samenhangende vermoedens ... (De Busschere, C., *De feitelijke scheiding der echtgenoten*, 277).

141. De rechter oordeelt soeverein of het huwelijk zo duurzaam ontwricht is dat het herstel ervan redelijkerwijze niet meer kan verwacht worden (Brussel, 7 januari 1976, *gecit.*). Die ontwrichting vloeit echter niet automatisch voort uit de lange duur van de feitelijke scheiding. Ten onrechte beschouwt zekere rechtspraak de feitelijke scheiding van meer dan tien jaar op zichzelf als een weerlegbaar vermoeden van de huwelijksontwrichting (Rb. Tongeren, 23 mei 1975, *R.W.*, 1975-76, 240, oordeelt zonder verdere motivering dat een feitelijke scheiding van 26 jaar een duurzame ontwrichting inhoudt. Zie Bax, M., *o.c.*, *R.W.*, 1976-77, 1675). De ontwrichting moet bewezen worden. De verklaring van eiser dat het huwelijk duurzaam ontwricht is, en dat hij de hervatting van het samenleven niet meer wenst, volstaat niet. Aan de andere kant is het evenmin nodig dat beide echtgenoten van mening zouden moeten zijn dat het huwelijk duurzaam ontwricht is of dat beiden de feitelijke scheiding verlangden (De Busschere, C., *De feitelijke scheiding*, 273-274). Noch het, zelfs oprechte, aanbod om het echtelijk leven te hervatten, noch zijn verzet tegen de echtscheiding, hoe eerbiedwaardig ook, kunnen beletten dat de echtscheiding aan verweerder wordt opgedrongen (Brussel, 15 juni 1977, *gecit.*), wanneer de rechter oordeelt op grond van andere omstandigheden, — ook eigen tekortkomingen van eiser —, dat het huwelijk duurzaam ontwricht is: b.v. de verlating en de volgehouden weigering het samenleven te hervatten, mislukte verzoeningspogingen of de afwezigheid van enige hoop op verzoening (Rb. Brussel, 5 mei 1976, *gecit.*; Brussel, 7 januari 1976, *gecit.*), het feit dat een echtgenoot in concubinaat leeft of zelfs reeds een nieuw gezin gesticht heeft, de verwaarlozing van echtelijke en ouderlijke verplichtingen (De Busschere, C., *o.c.*, 274).

Het bewijs van de duurzame ontwrichting kan niet afgeleid worden uit het feit dat de vrouw, verweerster, bij de verzoeningsprocedure niet verschenen is. De duurzame ontwrichting moet, als grondvoorwaarde, vervuld zijn op de dag van het indienen van de eis, net zoals de feitelijke scheiding van meer dan tien jaar (Brussel, 7 januari 1976, *gecit.*).

B. SCHULDCRITERIUM

142. Speelt de schuldvraag geen rol wat het al of niet toekennen van de echtscheiding op grond van meer dan tien jaar feitelijke scheiding betreft, m.b.t. de gevolgen duikt ze weer op. Wanneer de rechtbank de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding toestaat, mag zij dat niet doen ,,ten nadele van de verweerder'', aangezien de schuld geen rol speelt bij de toekenning (Brussel, 1 juni 1976, *R.W.*, 1978-79, 1590; Brussel, 7 januari 1976, *gecit.* Anders: Rb. Brussel, 19 september 1975, *Pas.*, 1977, III, 35; *Rev. Not.*, 1976, 533, met noot J.P. Derclaye; Rb. Brussel, 15 februari 1977, *Rev. Not.*, 1977, 419 met noot D. Sterckx i.v.m. scheiding van tafel en bed!).

De echtgenoot die de echtscheiding vordert op grond van artikel 232, eerste lid B.W. en die het aldus in zijnen hoofde bestaande schuldvermoeden voor de regeling van bepaalde gevolgen van deze echtscheiding wenst om te keren, moet de zaken niet op hun beloop laten gaan door de beslissing omtrent de schuldlast af te wachten (Antwerpen, 19 maart 1979, *R.W.*, 1979-80, 1444, met noot J.

Pauwels; Antwerpen, 21 maart 1979, *R.W.*, 1979-80, 975 met noot C. De Busschere; *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 60. Anders: Rb. Luik, 27 maart 1980, *Jur. Liège*, 1980, 226 met opm. G. de Leval): op zijn verzoek kan de rechtbank de twee delen van zijn vordering splitsen en eensdeels de echtscheiding toestaan, terwijl anderdeels eiser gemachtigd wordt door alle rechtsmiddelen getuigen inbegrepen, te bewijzen dat de feitelijke scheiding te wijten was aan de fouten en tekortkomingen van verweerster. Deze laatste kan evenwel aanspraak maken op een provisionele uitkering tot onderhoud na echtscheiding (Antwerpen, 21 maart 1979, *gecit.*; de Leval, G., gecit. opm.): de eiser wordt immers door het feit dat hij de echtscheiding heeft verkregen — voorlopig — geacht de echtgenoot te zijn tegen wie de echtscheiding is toegestaan; slaagt hij er nadien in het wettelijk vermoeden van schuld te zijnen laste ontstaan met het verkrijgen van de echtscheiding te weerleggen, dan moet verweerster de ontvangen bedragen terugbetalen. Het hoger beroep dat beperkt wordt tot de schuldvraag kan in dergelijk geval ingesteld worden ook nadat het beschikkend gedeelte van het vonnis dat de echtscheiding toestaat werd overgeschreven; dit beroep moet dan niet worden betekend aan de griffier van de rechtbank die de bestreden beslissing wees (Antwerpen, 19 maart 1979, *gecit.*).

Alleen de rechtbank die de echtscheiding op grond van artikel 232, eerste lid B.W. toestaat is bevoegd uitspraak te doen over de schuldvraag bepaald in artikel 306 B.W. en dit uitsluitend tijdens de echtscheidingsprocedure (De Busschere, C., gecit. noot, 981), met dien verstande dat deze procedure kan gesplitst worden. De echtgenoot die de echtscheiding verkregen heeft kan nadien niet meer aanbieden te bewijzen dat de feitelijke scheiding te wijten is aan de fouten en tekortkomingen van de ander echtgenoot. De vrederechter is niet bevoegd om uitspraak te doen over de weerlegging van het wettelijk schuldvermoeden omschreven in artikel 306 B.W. (De Busschere, C., *l.c.* Anders: Rb. Luik, 27 februari 1979, *Jur. Liège*, 1978-79, 235).

Staat de rechtbank de echtscheiding toe zonder dat de schuldvraag ter sprake is gekomen — vóór of na het toestaan van de echtscheiding —, dan kan de vrederechter alleen vaststellen dat degene die de echtscheiding verkregen heeft geen recht op een uitkering tot levensonderhoud heeft.

143. Voor de regeling van twee patrimoniale gevolgen van de echtscheiding, namelijk de uitkering tot levensonderhoud en het verlies of behoud van huwelijksvoordelen, wordt de echtgenoot die de echtscheiding vordert geacht de echtgenoot te zijn tegen wie de echtscheiding is uitgesproken (art. 306 B.W.) (Brussel, 14 november 1979, *Rev. Not.*, 1980, 240. Het schuldcriterium beheerst ook bepaalde rechten binnen de sector van het pensioen en de sociale zekerheid: zie De Busschere, C., gecit. noot, 980 en de referenties in voetnoot 3). Dit vermoeden is echter weerlegbaar: de rechter kan er anders over beslissen indien de eisende echtgenoot het bewijs levert dat de feitelijke scheiding te wijten is aan de fouten en tekortkomingen van de andere echtgenoot (art. 306 *in fine* B.W.) (Brussel, 9 april 1979, *J.T.*, 1980, 29: zelfs als die andere echtgenoot echtscheiding bekomen heeft op grond van grove beledigingen; zie ook Rb. Charleroi, 23

juni 1975, *J.T.*, 1976, 97). De rechter kan beslissen dat de verweerder alleen schuld heeft aan de feitelijke scheiding of dat beide echtgenoten schuld hebben aan de feitelijke scheiding (Antwerpen, 19 maart 1979, *gecit.*), wat onder meer het geval is wanneer een overeengekomen feitelijke scheiding tussen de echtgenoten heeft bestaan (De Busschere, C., gecit. noot, 980 en de referenties in voetnoot 4). De rechter kan niet beslissen dat geen van beide echtgenoten schuld heeft aan de feitelijke scheiding.

In twee arresten besliste het hof van beroep te Brussel dat de fouten en tekortkomingen van de verweerder slechts konden bewezen worden door feiten die de feitelijke scheiding vooraf gingen (Brussel, 21 december 1977, *R.W.*, 1978-79, 1712; Brussel, 18 oktober 1978, *Pas.*, 1978, II, 138. Vgl. Rb. Brussel, 31 januari 1977, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1978, 365 met noot M.F. Lampe-Franzen: de oorzaak van de feitelijke scheiding ligt niet alleen in het quasi ogenblikkelijk feit van de verlating van de echtelijke verblijfplaats. Zij moet worden gezocht in de fouten en tekortkomingen die al of niet gelijktijdig met de scheiding werden begaan). Het hof van cassatie oordeelde echter in een arrest van 4 januari 1980 dat wanneer de fouten en tekortkomingen van de verweerder niet aan de oorsprong liggen van de feitelijke scheiding, maar toch de feitelijke scheiding meer dan tien jaar hebben doen voortduren, de feitelijke scheiding van meer dan tien jaar eveneens ,,te wijten'' kan zijn aan zijn fouten en tekortkomingen (Cass., 4 januari 1980, *R.W.*, 1979-80, 2702; *T. Not.*, 1980, 358. Vgl. De Busschere, C., gecit. noot, 982; *De feitelijke scheiding der echtgenoten*, 280).

De rechtspraak van het hof van cassatie betreffende de toekenning van een onderhoudsgeld of een sommendelegatie aan een echtgenoot gedurende de feitelijke scheiding lijkt hier op het eerste gezicht niet toepasselijk: de echtgenoot-eiser zou moeten bewijzen dat én het ontstaan én het voortduren van de feitelijke scheiding te wijten zijn aan de verweerder; deze laatste wordt echter vermoed schuld te hebben aan het ontstaan als hij de echtelijke woning verlaten heeft en schuld te hebben aan het voortduren als hij schuld heeft aan het ontstaan; hij kan deze vermoedens weerleggen.

De echtgenoot-eiser in een proces tot echtscheiding op grond van feitelijke scheiding bevindt zich echter in de positie van de echtgenoot-verweerder die de echtelijke woning verlaten heeft, in een geding tot het bekomen van alimentatie tijdens een feitelijke scheiding: hij wordt — *wettelijk* — vermoed schuld te hebben aan het ontstaan en het voortduren van de feitelijke scheiding; zo hij één van deze vermoedens kan weerleggen, verliest de verweerder zijn recht op levensonderhoud.

144. Het vermoeden van artikel 306 B.W. wordt niet weerlegd als de eisende echtgenoot zich ten aanzien van de schuld voor de feitelijke scheiding tot ontkennende beweringen beperkt, terwijl blijkt dat de vrouw een loondelegatie had verkregen, die aantoont dat enkele weken na het tot stand komen van de feitelijke scheiding al door een rechter werd geoordeeld dat die scheiding niet aan de vrouw te wijten was, overweegt het hof van beroep te Brussel (Brussel, 14 maart 1978, *R.W.*, 1979-80, 576 met noot De Busschere, C.).

Uit vroegere vonnissen die een echtgenoot veroordelen tot het betalen van een onderhoudsgeld of een sommendelegatie bevelen kan inderdaad vaak afgeleid worden dat de feitelijke scheiding te wijten is aan de fouten en tekortkomingen van die echtgenoot (Zie ook Rb. Brussel, 19 september 1975, *gecit.* ; Rb. Namen, 23 november 1978, *Rev. Rég. Dr.*, 1978, 479) en wanneer deze de afschaffing van het onderhoudsgeld of de sommendelegatie niet vraagt, kan dit laten vermoeden dat hij ook schuld heeft aan het voortduren van de scheiding.

Maar dergelijke vonnissen bevatten geen onweerlegbaar bewijs van de schuld van de echtgenoot ten laste van wie een onderhoudsgeld of loondelegatie werd toegestaan. De eiser kan pogen het vermoeden van artikel 306 B.W. te weerleggen, zelfs al worden zulke veroordelingen tegen hem ingeroepen (Rb. Luik, 8 december 1977, *Jur. Liège*, 1977-78, 244).

145. De fouten en tekortkomingen van de andere echtgenoot, aan wie de feitelijke scheiding te wijten is, mogen niet gelijkgesteld worden met de in artikel 231 B.W. bepaalde gronden tot echtscheiding (Cass., 4 januari 1980, *gecit.*). Zij moeten niet zo ernstig zijn (Brussel, 11 april 1979, *gecit.* ; Rb. Brussel, 31 januari 1977, *gecit.*). Het is niet onlogisch enerzijds te beslissen dat er geen grond tot echtscheiding ten laste van de vrouw voorhanden is wegens grove beledigingen en anderzijds te oordelen dat haar fouten en tekortkomingen ten grondslag liggen aan de feitelijke scheiding (Brussel, 11 april 1979, *gecit.*).

C. GEVOLGEN

I. De uitkering tot levensonderhoud (art. 306-307 *bis* B.W.).

146. De onschuldige echtgenoot heeft recht op een uitkering tot levensonderhoud die een derde van de inkomsten van de schuldenaar mag te boven gaan en mag worden aangepast of afgeschaft al naar de wijzigingen in de behoeften en bestaansmiddelen van partijen. De uitkering vervalt bij het overlijden van degene die ze verschuldigd is. De nalatenschap van de schuldenaar, vooroverleden zonder kinderen uit zijn huwelijk met de overlevende achter te laten, is aan deze laatste onderhoud verschuldigd.

Er is beslist een betreurenswaardige discordantie tussen artikel 301 B.W., vernieuwd door de wet van 9 juli 1975, en de artikelen 306, 307 en 307 *bis*, ingevoerd door de wet van 1 juli 1974.

Waar in artikel 301 B.W. sprake is van een ,,uitkering'' na echtscheiding op grond van bepaalde feiten, is er in artikel 307 *bis* sprake van een ,,uitkering tot levensonderhoud'' na echtscheiding op grond van feitelijke scheiding, al of niet het gevolg van geestesziekte.

Het laat geen twijfel dat de uitkering tot levensonderhoud na echtscheiding op grond van feitelijke scheiding, gevolg van een toestand van krankzinnigheid of diepe geestesgestoordheid, uitsluitend beheerst wordt door de artikelen 307 en 307 *bis* B.W. en een zuiver alimentair karakter heeft: artikel 307 B.W. verwijst niet naar artikel 301 B.W., dat dus niet toepasselijk is. In artikel 306 B.W. wordt

wel verwezen naar artikel 301 B.W. Deze verwijzing kan op twee manieren geïnterpreteerd worden:

a. ofwel wordt ze alleen gezien als een bepaling waardoor op algemene wijze een regeling werd vastgelegd om vast te stellen wie de schuldige echtgenoot was: de verwijzing naar artikel 301 B.W. betreft dan alleen het schuldcriterium; de uitkering tot levensonderhoud wordt dan uitsluitend beheerst door artikel 307 *bis* B.W. en heeft een zuiver alimentair karakter (Putzeys, G. en Goovaerts, L., ,,La loi du 9 juillet sur la pension après divorce'', *Cah. Dr. Fam.*, 1975, nr. 3, 6 en 20-21, voetnoot (1); Gallus, N., ,,La pension après un divorce pour cause de séparation de fait'', noot onder Vred. Etterbeek, 10 juli 1978 en Rb. Brussel, 10 december 1979, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 416 e.v.; De Busschere, C., *De feitelijke scheiding der echtgenoten*, 287. Een argument tegen deze interpretatie zou kunnen zijn dat de verwijzing naar de artikelen 299 en 300 B.W. in artikel 306 B.W. toch ook de integrale toepassing van die artikelen en niet alleen het schuldcriterium betreft: De Busschere, C., *o.c.*, 286).
b. ofwel slaat de verwijzing in artikel 306 B.W. niet alleen op de schuldvraag als toekenningscriterium, maar ook op de modaliteiten van de uitkering van artikel 301 B.W., in zoverre artikel 307 *bis* een modaliteit niet op een specifieke wijze heeft geregeld (Poitevin, E. en Hiernaux, G., *La pension après divorce*, Brussel, 1975, 28; Nuytinck, H. en Van Look, M., *o.c.*, 65).

De eerste uitleg lijkt de meest aanvaardbare: juist omdat de onschuldige echtgenoot in het kader van een echtscheiding op grond van gewone feitelijke scheiding meestal tot echtscheiding wordt gedwongen, is het begrijpelijk dat men hem een gunstiger positie heeft willen geven dan de onschuldige echtgenoot bij echtscheiding op grond van bepaalde feiten, die zelf het initiatief nam voor de ontbinding van het huwelijk (Zie verslag Claes, *Parl. St.*, Kamer, 1974-75, 603/2, 45). De hulpverplichting van tijdens het huwelijk wordt als het ware verder gezet (Gallus, N., *o.c.*, 420; vgl. in Frankrijk, art. 281 tot 285.1 C. civ.). Dat belet niet dat modaliteiten van de uitkering op grond van artikel 301 B.W. op de uitkeringen van de artikelen 306 en 307 B.W. toegepast worden: zo de indexering, zo de uitvoering bij wege van loondelegatie, zo ook het behoud van de levensstandaard van tijdens het samenleven (De hulpverplichting tussen echtgenoten (art. 213 B.W.) wordt door het hof van casatie reeds lang in die — ruime — zin opgevat: zie o.m. Cass., 18 oktober 1963, *Pas.*, 1964, I, 179); zelfs de kapitalisatie of vervanging door een kapitaal is niet onverenigbaar met het alimentair karakter van de uitkering tot levensonderhoud, gelet op de vereiste homologatie door de rechter (Zie Rb. Namen, 25 februari 1976, geciteerd door Poitevin, E. en Hiernaux, G., ,,Chronique de jurisprudence, Divorce et séparation de corps (1974-76)'', *J.T.*, 1977, 523, nr. 111 Anders: De Busschere, C., *o.c.*, 287).

In de praktijk leiden de verschillende interpretaties dus tot vrijwel identieke resultaten.

De artikelen 301 en 306 B.W. worden niet geschonden door de beslissing die bij het bepalen van het bedrag van de uitkering slechts rekening houdt met de

verhoging van de inkomsten van de uitkeringsplichtige sedert de feitelijke scheiding voor zover dat noodzakelijk is om de uitkeringsgerechtigde een gelijkwaardige bestaanswijze te verschaffen als tijdens het samenleven, zulks gelet op de stijging van de kosten van levensonderhoud en op de meeruitgaven ten gevolge van de scheiding (Cass., 23 november 1978, *Arr. Cass.*, 1979, 332; *R.W.*, 1979-80, 771, *Pas.*, 1979, I, 344; *T. Not.*, 1980, 42; *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 146. I.v.m. de gelijkwaardige bestaanswijze, zie ook Rb. Brussel, 5 mei 1976, *R.W.*, 1976-77, 1332; Rb. Brussel, 15 juni 1976, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1979, 187; Brussel, 15 juni 1977, *J.T.*, 1978, 10; Brussel, 23 mei 1979, *R.W.*, 1979-80, 1996; Vred. Luik, 24 maart 1976, *J.T.*, 1976, 467). De behoeften en bestaansmiddelen der partijen moeten beoordeeld worden op het ogenblik van de overschrijving van de echtscheiding (Cass., 23 november 1978, *gecit.*; Brussel, 15 juni 1977, *gecit.*) of op het ogenblik van de onderhoudsvordering, zo die later wordt ingesteld (Vred. Etterbeek, 10 juli 1978, *J.T.*, 1978, 600; *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1979, 195 en 1980, 412; Rb. Brussel, 10 december 1979, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 415 met noot N. Gallus).

Al of niet met toepassing van artikel 301 *bis* B.W. kan de rechter een sommendelegatie toestaan (Brussel, 23 mei 1979, *gecit.*: toepassing van art. 301 *bis*).

Al of niet met toepassing van artikel 301 § 2 lid 2 B.W. kan de uitkering tot levensonderhoud gekoppeld worden aan het indexcijfer (Rb. Brussel, 15 juni 1976, *gecit.*: toepassing van art. 301 § 2)).

Wanneer de vrouw ten tijde van het samenleven geen beroep uitoefende en zich inliet met de opvoeding van de drie kinderen, is het niet abnormaal dat zij op 51-jarige leeftijd kan rekenen op een uitkering vanwege haar gewezen echtgenoot en niet verplicht kan worden zelf werk te zoeken (Brussel, 15 juni 1977, *gecit.*).

II. Ontbinding van de gemeenschap

147. De rechtbank kan, op vordering van één der echtgenoten, indien zij dit wegens uitzonderlijke omstandigheden die eigen zijn aan de zaak billijk acht, in het vonnis waarbij de echtscheiding wordt toegestaan, beslissen dat bij de vereffening van de gemeenschap geen rekening zal worden gehouden met bepaalde goederen die zijn verworven of met bepaalde schulden die zijn aangegaan sedert het tijdstip dat de feitelijke scheiding een aanvang heeft genomen. De partijen kunnen een dergelijke vordering ook in de loop van de vereffening van de gemeenschap instellen (artikel 1278 leden 3 en 4 Ger.W.) (Zie Rb. Charleroi, 23 juni 1975, *J.T.*, 1976, 97, en 18 november 1975, *J.T.*, 1976, 299; Rb. Brussel, 19 september 1975, *Rev. Not.*, 1976, 533; Rb. Luik, 11 februari 1976, *Jur. Liège*, 1975-76, 219). Wanneer een echtgenoot overlijdt nadat de echtscheiding is uitgesproken, en indien het gemeenschappelijk vermogen nog niet vereffend is, kunnen de erfgenamen en rechthebbenden van de overleden echtgenoot, de vordering instellen (De Busschere, C., *De feitelijke scheiding der echtgenoten*, 300 en voetnoot (147), met referenties van de verdeelde Franse rechtspraak).

Een feitelijke scheiding van meer dan tien jaar is op zichzelf geen uitzonderlijke omstandigheid eigen aan de zaak. De eiser moet andere omstandigheden aanwijzen zoals bv. een jarenlange scheiding ten gevolge van de terdoodveroordeling

van een echtgenoot wegens verraad (Rb. Charleroi, 23 juni 1975, *gecit.*), het feit dat de man sinds de feitelijke scheiding alleen zijn handelszaak tot hoge bloei bracht (Cass., 21 november 1980, *R.W.*, 1980-81, 2251), het feit dat de man onvindbaar is en zich onvermogend maakt om aan de betaling van achterstallige belastingen te ontsnappen (Rb. Brussel, 19 september 1975, *gecit.*) of nog andere omstandigheden waaruit blijkt dat tijdens de feitelijke scheiding tussen echtgenoten geen *animus societatis* bestond (Bergen, 12 februari 1980, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 295). Het bestaan van uitzonderlijke omstandigheden eigen aan de zaak, verplicht de rechter evenwel niet artikel 1278, lid 3 Ger.W. toe te passen. Hij oordeelt soeverein, naar billijkheid (Bergen, 12 februari 1980, *gecit.*).

De rechtbank kan alleen beslissen dat met bepaalde, door eiser aangeduide, goederen of schulden geen rekening zal gehouden worden bij de vereffening van het gemeenschappelijk vermogen (Rb. Charleroi, 18 november 1975, *gecit.*). Wanneer de eiseres vordert, zonder precisering, dat geen rekening zou gehouden worden met alle goederen door haar verworven en alle schulden door de verweerder aangegaan sinds de aanvang van de feitelijke scheiding, kan de rechtbank daar niet op ingaan (Rb. Charleroi, 18 november 1975, *gecit.* Anders: Rb. Charleroi, 23 juni 1975, *J.T.*, 1976, 97; De Busschere, C., *o.c.*, 302).

Wanneer de rechter evenwel vaststelt dat de bepaalde goederen en de bepaalde schulden, waaromtrent de billijkheid wegens uitzonderlijke omstandigheden eigen aan de zaak eist dat zij niet in aanmerking worden genomen bij de vereffening van de huwelijksgemeenschap, in feite de totaliteit van de goederen en schulden vormen die sedert de feitelijke scheiding zijn verworven of aangegaan, kan hij, met toepassing van artikel 1278, derde lid Ger.W., beslissen dat bij de vereffening geen rekening zal worden gehouden met alle goederen en alle schulden verworven of aangegaan sedert de datum van de scheiding (Cass., 21 november 1980, *R.W.*, 1980-81, 2251 met noot).

III. Lot van de huwelijksvoordelen en contractuele erfstellingen

148. Beide echtgenoten verliezen de huwelijksvoordelen. De onschuldige echtgenoot behoudt het voordeel van de contractuele erfstellingen, de schuldige verliest het (art. 299 en 306 B.W.). De toebedeling aan de langstlevende van de vennootschap van aanwinsten is een voordeel onderworpen aan het verval voorzien door artikel 299 B.W. (Anders: Brussel, 14 november 1979, *Rev. Not.*, 1980, 240, obs. F.L.).

IV. Kosten

149. Wanneer de echtscheiding wordt toegestaan op grond van feitelijke scheiding, kan de rechtbank de eisende partij verwijzen in de kosten (art. 1286*bis* Ger.W.).

Dank zij dit artikel — en het algemene artikel 1017 Ger.W. — is het de rechter mogelijk, rekening houdend met alle aspecten van de zaak, om gelijk welke van beide partijen in het geheel of een gedeelte van de kosten te verwijzen (Verslag Rombaut, *Parl. St.*, Senaat, 1970-71, nr. 38, 15).

Artikel 1286 *bis* Ger.W. schept slechts een mogelijkheid voor de rechter. De billijkheid, die de grondslag is van dit artikel, kan eisen dat deze kosten gecompenseerd worden tussen de twee partijen (Brussel, 21 december 1977, *R.W.*, 1978-79, 1712; Rb. Luik, 11 november 1978, *Jur. Liège*, 1978-79, 44; Rb. Luik, 23 maart 1978, *Jur. Liège*, 1978-79, 44, met noot G. de Leval).

Het kan billijk voorkomen eiser in de kosten te verwijzen, wanneer hij de echtscheiding opdringt aan zijn medeëchtgenoot, aan wie hij geen enkele fout of tekortkoming kan verwijten (Brussel, 1 juni 1976, *J.T.*, 1977, 153; *Rev. Not.*, 1977, 245; Brussel, 14 maart 1978, *R.W.*, 1979-80, 576 met noot C. De Busschere), of ook nog wanneer hij in een brief zelf heeft aangeboden alle kosten te betalen, al heeft alleen de verweerder schuld aan de feitelijke scheiding (Brussel, 20 september 1978, *R.W.*, 1978-79, 1379).

De rechter mag rekening houden met de respectieve schuld van de echtgenoten, het onderscheiden vermogen van de echtgenoten...

Het wettelijk vermoeden van schuld ten laste van de eiser (art. 306 B.W.) heeft slechts een beperkte draagwijdte en is niet toepasselijk op de regeling van de kosten van het geding: de fouten van eiser moeten hier dus bewezen worden (De Busschere, C., gecit. noot, 580 en voetnoot 5; anders: Rb. Brussel, 5 mei 1976, *R.W.*, 1976-77, 1332 die de kosten ten laste van eiser legt ,,op grond van de artikelen 306 B.W. en 1286 *bis* Ger.W.'').

D. PROCEDURE

150. Op een hoofdvordering tot echtscheiding gesteund op feitelijke scheiding van meer dan 10 jaar kan bij eenvoudige conclusie een tegenvordering op grond van grove beledigingen of overspel ingesteld worden (Brussel, 1 juni 1976, *R.W.*, 1978-79, 1590; *J.T.*, 1977, 153; *T. Vred.*, 1978, 61; Rb. Luik, 23 maart 1978, *Jur. Liège*, 1978-79, 44 met noot G. de Leval; Rb. Charleroi, 13 juni 1978, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1979, 98).

De wet van 1 juli 1974 heeft immers de toepassing van artikel 1268 Ger.W. niet uitgesloten (Brussel, 1 juni 1976, *gecit.*; Rb. Charleroi, 13 juni 1978, *gecit.*). Omdat er al een feitelijke scheiding is van meer dan 10 jaar en beide echtgenoten de echtscheiding willen is een voorafgaande verzoeningspoging toch zinloos (Rb. Charleroi, 13 juni 1978, *gecit.*).

Het feit dat de rechter, die de partijen niet heeft kunnen verzoenen, ze dadelijk naar de rechtbank heeft verwezen, overeenkomstig artikel 1260 *bis* Ger.W., zonder voorlegging van de vordering aan de rechtbank in raadkamer en zonder schorsingstermijn, is geen beletsel (Anders: Bax, M., *o.c.*, *R.W.*, 1977-78, 2482: ,,Omdat er bij de hoofdvordering op grond van bepaalde feiten reeds een schorsingstermijn is geweest wordt de eiser op tegenvordering op grond van bepaalde feiten van die schorsingtermijn vrijgesteld. Van een vrijstelling kan er geen sprake zijn wanneer de hoofdvordering gebaseerd is op artikel 232 B.W. aangezien er aldaar geen schorsingstermijn bestaat'').

Indien de verweerder op een vordering gegrond op artikel 232, 1e lid B.W. een tegenvordering instelt gesteund op een schuldgrond, kan hij geen alimentatie

vorderen krachtens de artikelen 307 *bis* en 301 B.W. gecumuleerd, maar alleen op grond van artikel 301 B.W., met het gevolg dat het bedrag van de uitkering één derde van de inkomsten van de schuldige niet mag overtreffen. Door het feit dat de echtgenoot-eiser van de alimentatie geconcludeerd heeft tot de niet-gegrondheid van de echtscheiding op grond van artikel 232 B.W., heeft hij afstand gedaan van het voordeel van artikel 307 *bis* B.W., oordeelt het hof van beroep te Brussel. Enkel artikel 301 B.W. is van toepassing (Brussel, 1 juni 1976, gecit.; vgl. Paris, 25 april 1978, *D.*, 1979, 35 met noot J. Massip; *J.C.P.*, 1979, II, 19187 met noot R. Lindon; Paris, 25 mei 1978, *J.C.P.*, 1978, II, 18981 met noot R. Lindon. Anders: T.G.I. Amiens, 9 juli 1976, *D.*, 1977, 85 met noot A. Benabent; Grenoble, 13 maart 1979, *J.C.P.*, 1980, II, 19362 met noot R. Lindon). Dit lijkt overdreven. Zeker kunnen de voordelen van beide artikels niet gecumuleerd worden, maar eiser moet vrij kunnen kiezen tussen beide mogelijkheden.

151. Wanneer haar inleidend verzoekschrift tot echtscheiding uitsluitend gesteund was op artikel 232 B.W. — feitelijke scheiding van meer dan tien jaar- kan een partij haar vordering in conclusies niet wijzigen en overspel als grond tot echtscheiding inroepen (Rb. Brussel, 3 maart 1976, *R.W.*, 1976-77, 1125; Brussel, 9 april 1979, *Jur. Liège*, 1980, 29).

In de loop van een echtscheidingsgeding op grond van grove beledigingen kan de eiser zijn vordering wijzigen en artikel 232 B.W. in plaats van artikel 231 B.W. inroepen, voor zo ver de scheiding van meer dan 10 jaar in het verzoekschrift was vermeld (Rb. Brussel, 6 september 1977, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1978, 399). De feitelijke scheiding van meer dan tien jaar moet dan wel sinds meer dan tien jaar bestaan op het ogenblik van het neerleggen van het verzoekschrift, en niet op het ogenblik waarop de toepassing van de gewijzigde grond wordt ingeroepen (Anders: Brussel, 18 oktober 1977, *R.W.*, 1979-80, 1923 met noot J.P.).

152. Omstreden is de vraag of scheiding van tafel en bed op grond van feitelijke scheiding van meer dan tien jaar mogelijk is.

Artikel 1305 Ger.W. bepaalt dat in de gevallen waarin de echtgenoten echtscheiding op grond van bepaalde feiten kunnen vorderen, het hun eveneens vrij staat een vordering tot scheiding van tafel en bed in te stellen. Volgens het hof van beroep te Brussel is de feitelijke scheiding van meer dan 10 jaar geen ,,bepaald feit'' in de zin van artikel 1305 Ger.W. (Brussel, 2 februari 1977, *Pas.*, 1977, II, 174). Met bepaalde feiten zouden enkel de feiten vermeld in artikels 229 en 231 B.W. bedoeld worden. Hoofdstuk I, Gronden tot echtscheiding, van titel VI, Echtscheiding, van het eerste boek van het burgerlijk wetboek gebruikt de uitdrukking ,,echtscheiding op grond van bepaalde feiten'' niet, maar somt in vier artikels vier echtscheidingsgronden op.

In boek IV van deel IV van het gerechtelijk wetboek wordt in hoofdstuk XI wel een onderscheid gemaakt tussen de echtscheiding op grond van bepaalde feiten (afd. I) en de echtscheiding door onderlinge toestemming (afdeling II), en de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding wordt onder de afdeling echtscheiding op grond van bepaalde feiten behandeld (Zie Rb. Luik, 20 november

1980, *Jur. Liège*, 1981, 187: bijgevolg is art. 628, 1° Ger.W. toepasselijk; en Bergen, 6 april 1978, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1978, 362: bijgevolg is de wet van 27 juni 1960 toepasselijk). In deze afdeling bepaalt artikel 1267 Ger.W., zonder beperking, dat de eiser in elke stand van het geding zijn vordering tot echtscheiding in een vordering tot scheiding van tafel en bed mag veranderen. Op grond van het principiële parallellisme tussen de echtscheiding en de scheiding van tafel en bed, tot uiting gebracht in artikels 1305 en 1267 Ger.W., besluiten sommigen dat scheiding van tafel en bed op grond van feitelijke scheiding mogelijk is (Rb. Brussel, 15 februari 1977, *Rev. Not.*, 1977, 419 met noot D. Sterckx; Bax, M., *o.c.*, *R.W.*, 1977-78, 2484, die de stelregel ,,Qui peut le plus, peut le moins'' toepast).

Anderen oordelen dat scheiding van tafel en bed niet toegestaan kan worden op grond van artikel 232 B.W. (Brussel, 2 februari 1977, *gecit.*; De Busschere, C., *De feitelijke scheiding der echtgenoten*, 264-265). Zij voeren aan dat de *ratio legis* van de wet van 1 juli 1974 niet geldt voor de scheiding van tafel en bed, vermits een scheiding van tafel en bed geen einde stelt aan overspelige concubinaatsverhoudingen en evenmin de wettiging van de in overspel verwekte kinderen mogelijk maakt (C. De Busschere erkent evenwel: ,,Toch ware het wenselijk geweest scheiding van tafel en bed op grond van artikel 232 B.W. mogelijk te maken, vermits het kan voorkomen dat een echtgenoot met deze gedeeltelijke afzwakking van de huwelijksband vrede neemt, omdat hij vooral een scheiding van goederen wenst (op te dringen)'', zonder bepaalde fouten van de andere echtgenoot te moeten bewijzen (zie art. 1470 B.W.) (*o.c.*, 266). Vgl. Bax, M., *o.c.*, 2484). Ook zij roepen tekstargumenten in: de wet van 1 juli 1974 handelt expliciet slechts over de echtscheiding en niet over de scheiding van tafel en bed; artikel 306 B.W. verwijst naar artikel 301 B.W., niet naar artikel 308 B.W. (Een mogelijke verklaring is dat de wetgever in art. 306 B.W., dat voorkomt in het hoofdstuk betreffende de gevolgen van de echtscheiding, bezwaarlijk kon verwijzen naar een bepaling uit het hoofdstuk betreffende de scheiding van tafel en bed: De Busschere, C., *o.c.*, 264); artikel 1306 Ger.W. verwijst niet naar artikel 1270 *bis*, betreffende het bewijs, of artikel 1286 *bis* Ger.W., betreffende de kosten in een echtscheidingsgeding op grond van feitelijke scheiding van meer dan 10 jaar (Er zou kunnen opgeworpen worden dat de wetgever onbewust nagelaten heeft bepalingen zoals art. 308 B.W. en art. 1305-1306 Ger.W. aan te passen: De Busschere, C., *o.c.*, 265).

De Franse echtscheidingswet van 11 juli 1975 heeft het volstrekste parallellisme tussen de echtscheiding en de scheiding van tafel en bed, wat de gronden betreft, behouden: scheiding van tafel en bed kan er toegestaan worden op grond van een feitelijke scheiding van meer dan zes jaar of op grond van erge geestesgestoordheid van een der echtgenoten (art. 296 C. Civ.). De niet-vermelding van de scheiding van tafel en bed in de wet van 1 juli 1974 en de parlementaire voorbereiding tonen aan dat in onze wetgeving het parallellisme tussen echtscheiding en scheiding van tafel en bed verbroken werd.

153. Echtgenoten, feitelijk gescheiden sedert meer dan tien jaar en van tafel en bed gescheiden sinds meer dan drie jaar, kunnen naar keuze ofwel de echtschei-

ding vorderen op grond van artikel 232 B.W. of de omzetting van de scheiding van tafel en bed in echtscheiding (Rb. Namen, 15 december 1976, *Rev. Not.*, 1977, 251 met noot F.L.; *Pas.*, 1976, III, 78). De scheiding van tafel en bed, met zijn specifieke wettelijke regeling en gevolgen, wijzigt weliswaar de aard van de reeds langer bestaande feitelijke scheiding, maar de echtgenoten blijven niettemin feitelijk gescheiden.

E. ECHTSCHEIDING OP GROND VAN FEITELIJKE SCHEIDING VAN MEER DAN TIEN JAAR, GEVOLG VAN DE TOESTAND VAN KRANKZINNIGHEID OF DIEPE GEESTESGESTOORDHEID WAARIN DE ANDERE ECHTGENOOT ZICH BEVINDT (art. 232, 2 lid B.W.)

154. Echtscheiding op grond van artikel 232, lid 2 B.W. kan slechts toegestaan worden indien de verweerder gedurende meer dan tien jaar in een toestand van krankzinnigheid of diepe geestesgestoordheid heeft verkeerd en nog verkeert en wanneer de echtgenoten als gevolg van die toestand meer dan tien jaar feitelijk gescheiden hebben geleefd en nog leven (Zie Rb. Luik, 29 juni 1976, *Jur. Liège*, 1976-77, 68; *T. Vred.*, 1978, 59).

De rechtbank oordeelt soeverein of de verweerder zich bevindt in een toestand van krankzinnigheid of diepe geestesgestoordheid. De onbekwaamverklaring, collocatie, sekwestratie of internering bewijzen die toestand niet *ipso facto* (Zie De Busschere, C., *o.c.*, 322-323).

De geesteszieke verweerder wordt vertegenwoordigd door zijn voogd, zijn algemene of bijzondere voorlopige bewindvoerder of, bij gebreke daarvan, door een beheerder *ad hoc* vooraf door de voorzitter van de rechtbank aangewezen op verzoek van de eisende partij (art. 232, tweede lid *in fine* B.W.) (Met toepassing van de rechtspleging op eenzijdig verzoekschrift van art. 1025 e.v. Ger.W.: De Busschere, C., *o.c.*, 327).

Wanneer de geesteszieke verweerder noch op het ogenblik van het indienen van het verzoekschrift noch op het ogenblik van de betekening van de dagvaarding vertegenwoordigd wordt zoals voorgeschreven door artikel 232, tweede lid B.W., is de vordering niet ontvankelijk (Rb. Brussel, 29 december 1976, *R.W.*, 1976-77, 2477 met noot J. Pauwels).

De geesteszieke treedt niet mede naast de beheerder *ad hoc* op (Brussel, 11 oktober 1978, *R.W.*, 1978-79, 1283).

De vertegenwoordiger kan geen tegenvordering tot echtscheiding instellen ,,omdat de krankzinnige of geestesgestoorde echtgenoot daartoe geen vrije beslissing kan treffen en omdat de vertegenwoordiger niet de rechten, die de persoonlijke status van de geesteszieke betreffen, kan uitoefenen'' (Verslag Rombaut, *o.c.*, 7; De Busschere, C., *o.c.*, 328. Anders: Pauwels J., gecit. noot, 2479). Hij kan echter wel een uitkering na echtscheiding vorderen voor de geesteszieke of voorlopige maatregelen op grond van artikel 1280 Ger.W. (Brussel, 11 oktober 1978, *gecit.*).

Ten onrechte beslist de rechtbank te Turnhout dat, alhoewel enkel in artikel 232, lid 2 B.W. uitdrukkelijk voorzien wordt in de vertegenwoordiging van de

geesteszieke echtgenoot, deze vertegenwoordiging logischerwijze ook toegelaten moet worden bij het instellen van een echtscheidingseis op grond van artikel 232 lid 1 B.W. lastens de echtgenoot die, alhoewel niet verkerende in een toestand van krankzinnigheid of diepe geestesgestoordheid, niettemin terwille van zijn geestestoestand niet in staat verkeert zich persoonlijk te verdedigen (Rb. Turnhout, 23 november 1978, *Turnh. Rechtsl.*, 1978-79, 192).

§ 3. Echtscheiding door onderlinge toestemming

A. De noodzakelijke regeling van de wederzijdse rechten en haar uitwerking

155. Krachtens artikel 1287, eerste lid *in fine* Ger.W. moeten de echtgenoten, die uit de echt willen scheiden bij onderlinge toestemming vooraf bij notariële akte (Omtrent de betwisting of een notariële akte, na de wet van 1 juli 1972, nog vereist is: zie Casman, H., ,,Echtscheiding door onderlinge toestemming'', in Baeteman, G., e.a., *Het echtscheidingsrecht in België na de hervorming 1974-75*, 188) hun wederzijdse rechten regelen, waaromtrent het hun evenwel vrijstaat een vergelijk te treffen.

Bij notariële akte hebben de echtgenoten verklaard niets anders te bezitten dan wat in de boedelbeschrijving is opgenomen. De akte bepaalt dat die goederen ,,*tot de verdeling toevertrouwd blijven* aan degene die hen thans in bezit heeft zoals gezegd'' en dat ,,beide verzoekers verklaren er de voorbrenging van te zullen doen waar en wanneer het zal behoren''. Het hof van beroep te Antwerpen interpreteert dergelijk beding nogal extensief als een vergelijk over de wederzijdse rechten, ondanks de andersluidende besluiten van de procureur-generaal, die er terecht niets meer in ziet dan een voorlopig toevertrouwen, ten titel van bewaring, tot op het ogenblik dat de verdeling zal plaats vinden (Antwerpen, 6 maart 1975, *Turnh. Rechtsl.*, 1978-79, 222). In een andere voorafgaande akte hebben echtgenoten met betrekking tot een huis van de gemeenschap verklaard dit voorlopig in onverdeeldheid te houden en binnen de maand na het definitief worden van de echtscheiding volgende regeling te treffen: ,,Bij akte te verlijden voor de notaris zullen zij de blote eigendom schenken aan hun drie kinderen; het volledige vruchtgebruik op de eigendom zal toebedeeld worden aan de echtgenote, die echter vanaf heden alle schulden, lasten en verzekeringen die erop wegen zelf zal betalen''. Alsdan ontstaat betwisting betreffende de kosten van de eigendomsoverdracht. De rechtbank te Mechelen interpreteert het beding als volgt: ,,Dat dit betekent dat de echtgenote alle kosten i.v.m. het onroerend goed zal dragen, zodat bij de overdracht van het onroerend goed de echtgenote ook de kosten hiervan zal moeten dragen, met inbegrip van de kosten die betrekking hebben op de overdracht van de blote eigendom op de kinderen'' (Rb. Mechelen, 31 oktober 1978, *R.W.*, 1978-79, 1605).

156. Bij echtscheiding door onderlinge toestemming behouden beide echtgenoten in beginsel de voordelen van de contractuele erfstellingen ten voordele van mekaar gedaan (Art. 299-300 B.W.; Rb. Bergen, 5 september 1975 en Bergen,

28 februari 1977, *Rev. Not.*, 1977, 423; *Rec. Gen. Enr. Not.*, 1978, nr. 22228), tenzij in het huwelijkscontract hun verval in geval van echtscheiding uitdrukkelijk werd bedongen.

Door een vergelijk omtrent de regeling van hun wederzijdse rechten vóór de echtscheiding door onderlinge toestemming kunnen de echtgenoten deze contractuele erfstellingen teniet doen (Rb. Bergen, 5 september 1975 en Bergen, 28 februari 1977, *gecit.*), zo bijvoorbeeld door een beding waarbij de man door de betaling van een geldsom bevrijd wordt van alle verplichtingen tegenover zijn vrouw.

157. De door partijen getroffen regeling voor hun wederzijdse rechten geldt onder opschortende voorwaarde dat het huwelijk ontbonden is (Casman, H., *o.c.*, 189). Een wijziging van die regeling vóór de echtscheiding laat de rechtspraak slechts toe, met wederzijds akkoord van de partijen en onder de voorwaarde dat een aan beide partijen vreemde gebeurtenis een verandering in hun rechten tot gevolg heeft. Het advies van het openbaar ministerie dat de wet de echtscheiding niet toelaat is geen aan de partijen vreemde gebeurtenis (Luik, 3 juni 1976, *Rev. Not.*, 1978, 50 met noot E. Van Laethem). Tegenbrieven, door partijen bij onderhandse akte gemaakt, zijn nietig (Rb. Leuven, 19 december 1977, *R.W.*, 1978-79, 1054 met noot W. Pintens). Ook al zijn de daarin aangegane verbintenissen jarenlang nageleefd, toch kan geen vordering op grond ervan ingesteld worden (Casman, H., *o.c.*, 189).

De regeling van de wederzijdse rechten is niet meer voor wijziging vatbaar eens dat de echtscheiding definitief is geworden. De regeling ligt aan de basis van de volgehouden toestemming van de echtgenoten. Regeling en echtscheiding vormen één geheel: het terugkomen op de regeling zou het terugkomen op de echtscheiding inhouden, wat onmogelijk is (Casman, H., *o.c.*, 190).

De regeling van de wederzijdse rechten kan na de echtscheiding niet vernietigd worden wegens dwaling, bedrog of geweld en ook niet wegens benadeling voor meer dan één vierde (Cass. civ., 28 maart 1979 en T.G.I. Nanterre, 17 oktober 1979, *J.C.P.*, 1979, II, 19231 met noot R. Lindon; *D.*, 1980, 297 met noot J. Massip; *Rép. Defr.*, 1980, art. 32324 met noot J. Massip; Guimbellot, R., ,,La convention définitive de divorce, en cas de divorce sur requête conjointe peut-elle donner lieu à une action en réscision pour lésion?'', *Rép. Defr.*, 1981, art. 32518. Anders: T.G.I. Du Mans, 3 april 1979, *D.*, 1980, I.R., 73 met kritische noot A. Benabent. Vgl..: Lindon, R. en Bertin, P., ,,La convention dite définitive ou le talon d'achille du divorce sur requête conjointe'', *J.C.P.*, 1979, I, 2962).

158. Het door de wet van 1 juli 1972 afgeschafte artikel 305 B.W., waarbij werd bepaald dat de helft van de goederen van beide echtgenoten bij de eerste verschijning van rechtswege overging op de kinderen, mag nog altijd niet uit het oog verloren worden, meer bepaald bij het vaststellen van de oorsprong van eigendom van goederen die het voorwerp hebben uitgemaakt van een overgang op de kinderen vóór de inwerkingtreding van de wet van 1 juli 1972 (Pintens, W., ,,De echtscheiding in de notariële praktijk'', *T. Not.*, 1978, 35 voetnoot 9). De vraag

naar het ogenblik waarop de kinderen medeëigenaars zijn geworden van de goederen der echtgenoten kan nog steeds gesteld worden (Pintens, W., ,,De afschaffing van art. 305 B.W. door de wet van 1 juli 1972. Een wetsconflict in de tijd'', *T. Not.*, 1977, 297; Bax, M., *o.c.*, *R.W.*, 1979-80, 1747) en de vroegere betwisting daaromtrent (Zie Baeteman, G., Delva, W. en Bax, M., *o.c.*, *T.P.R.*, 1976, 444) is nog niet opgelost. Waar de rechtbank te Hasselt besliste dat de eigendomsoverdracht plaatsvond vanaf de eerste verschijning onder de ontbindende voorwaarde dat de echtscheiding niet tot stand kwam, zulks overeenkomstig het beginsel dat echtscheiding tussen echtgenoten terugwerkt tot op de datum van het neerleggen van het verzoekschrift (Rb. Hasselt, 15 januari 1974, *R.W.*, 1973-74, 1616; *Pas.*, 1974, III, 24), beslist het hof van beroep te Antwerpen dat de eigendomsoverdracht geschiedt op het ogenblik van de overschrijving van de echtscheiding, de echtscheiding aldus als opschortende voorwaarde voor de overdracht beschouwend (Antwerpen, 20 december 1978, *Rec. Gen. Enr. Not.*, 1978, nr. 22244, 201 met noot A.C.).

B. Voorafgaande overeenkomsten

I. Onderhoud van de echtgenoten

159. De verplichting die de man op zich heeft genomen om aan de vrouw met het oog op hun echtscheiding door onderlinge toestemming een uitkering tot levensonderhoud te betalen is geen wettelijke alimentaire schuld en is uitsluitend onderworpen aan de regels van de bij overeenkomst vastgestelde titel die haar in het leven riep (Cass., 4 november 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 263; *R.W.*, 1976-77, 2546 met noot W. Pintens; *T. Not.*, 1977, 267; *Pas.*, 1977, I, 262; *J.T.*, 1977, 150; *R.C.J.B.*, 1979, 464 met noot M. Th. Meulders-Klein; *Rec. Gen. Enr. Not.*, 1977, nr. 22169, 343 met noot. Zie ook Cass., 30 maart 1977, *Pas.*, 1977, I, 823, i.v.m. fiskaal regime van het overeengekomen onderhoudsgeld, vóór de wet van 3 november 1976).

Het overeengekomen onderhoudsgeld is dan ook overanderlijk (Rb. Doornik, 12 november 1974, *J.T.*, 1975, 208, i.v.m. scheiding van tafel en bed; Vred. Etterbeek, 24 oktober 1977, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1978, 84 met kritische noot J.L. Renchon; Vred. Etterbeek, 15 juni 1978, *T. Vred.*, 1978, 274) en kan op grond van overlijden van de schuldenaar worden overgedragen. Wanneer de overeenkomst geen enkele bepaling bevat betreffende de overdracht bij overlijden, is deze overdracht het gevolg van het bepaalde in artikel 1122 B.W. zodat de overeenkomst niet kan beschouwd worden als een beding over een toekomstige nalatenschap (art. 1130, al. 2. B.W.) (Cass., 4 november 1976, *gecit.*).

In de recente rechtsleer hebben auteurs gepleit voor een zekere tempering van de regel van de onveranderlijkheid van het overeengekomen onderhoudsgeld, voor de mogelijkheid van een latere indexering door de rechtbank (Masson, J.P., ,,Les pensions en matière de divorce par consentement mutuel'', noot onder Cass., 21 maart 1975 i.v.m. de latere indexering door de rechter van het voor de kinderen overeengekomen onderhoudsgeld, *R.C.J.B.*, 1976, 144, met verwijzing naar Cass., 21 maart 1975 en Cass., 27 februari 1975 i.v.m. met de indexering van de

uitkering op grond van art. 301 B.W., vóór de wet van 9 juli 1975; Renchon, J.L., gecit. noot, 87 *in fine*. Zie evenwel Meulders-Klein, M.Th., ,,Les effets du divorce par consentement mutuel et le principe de la convention-loi. Etendue et limites'', noot, *R.C.J.B.*, 1979, 486-487, die een mogelijke indexering achteraf door de rechter *in casu* verwerpt, gelet op de verschillende situatie: ,,En revanche, la pension de l'article 1288-4° du Code judiciaire ne constitue ni une réparation, ni une obligation alimentaire légale — zoals het pensioen op grond van art. 301 of 303 B.W. —, mais une obligation purement conventionelle'' *o.c.*, 487, nr. 31) en zelfs voor een wijziging met inachtname van de vermoedelijke wil der partijen of van opduikende onvoorziene omstandigheden (Jottrand, J., ,,Des problèmes de pension entre (ex)-époux et de la compétence du juge de paix ... juge des familles'', *J.J.P.*, 1977, 38, staat de veranderlijkheid voor op louter contractuele basis door toepassing van de regels betreffende de interpretatie van overeenkomsten — nagaan van de werkelijke bedoeling der partijen — of de imprevisieleer; Renchon, J.L., gecit., noot, 87, vraagt zich bovendien af of het overeengekomen onderhoudsgeld wel zuiver ,,conventioneel'' is. Zie evenwel Meulders-Klein, M.Th., *o.c.*, 474-475, i.v.m. de aard van het overeengekomen onderhoudsgeld, en 479-490, i.v.m. de interpretatie van de overeenkomst en de imprevisieleer), maar hun standpunten zijn *de lege lata* moeilijk verdedigbaar (Meulders-Klein, M.Th., *l.c.*). Toch moet opgemerkt worden dat, tijdens de procedure, de hulpverplichting tussen echtgenoten, van openbare orde, blijft bestaan.

160. De voorafgaande overeenkomst wordt getroffen onder de schorsende voorwaarde dat de echtscheiding wordt uitgesproken.

Door de overschrijving van het echtscheidingsvonnis gaat de schorsende voorwaarde in vervulling zodat de voorafgaande overeenkomsten volle uitwerking en uitvoerbare kracht verkrijgen. Indien de overeenkomst bij notariële akte werd opgemaakt mag bij vonnis geen tweede uitvoerbare titel verleend worden (Rb. Brussel, 8 februari 1977, *J.T.*, 1977, 313; Rb. Brussel, 23 november 1977, *R.W.*, 1979-80, 920; *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 115; zie ook W. Pintens, ,,Uitkering van levensonderhoud aan kinderen, na echtscheiding door onderlinge toestemming'', noot onder Vred. Brasschaat, 30 juni 1976, *R.W.*, 1976-77, 1270; Engels, C., ,,De voorafgaande overeenkomst bij echtscheiding of scheiding van tafel en bed door onderlinge toestemming'', *R.W.*, 1976-77, 319).

De notariële akte is een uitvoerbare titel die geenszins ontkracht wordt indien de beneficiaris ervan hem niet met bekwame spoed ten uitvoer legt of de debiteur in gebreke stelt; alleen door een ondubbelzinnige afstand van recht of door vijfjarige verjaring kan de schuldeiser zijn recht verliezen (Vred. Brasschaat, 30 juni 1976, *R.W.*, 1976-77, 1266, i.v.m. onderhoud kinderen).

Alleen de regelingen die de echtgenoten met het oog op de echtscheiding door onderlinge toestemming overeenkomen aangaande de periode *na* de uitspraak, vervallen indien de echtscheiding niet doorgaat. Daarentegen blijven die punten van de overeenkomst die op de aan de echtscheiding voorafgaande proeftijd slaan, geldig en ze moeten worden uitgevoerd indien er werkelijk een proeftijd geweest is. De man die zich ertoe verbonden had een uitkering aan zijn vrouw te

verstrekken tijdens de proeftijd, kan, als de echtscheiding niet doorgaat, de tijdens de proeftijd uitgekeerde bedragen niet terugvorderen (Rb. Antwerpen, 27 februari 1979, *R.W.*, 1978-79, 2598).

161. Wanneer de partijen in de overeenkomst hypothesen vaststellen waarin de afschaffing van het onderhoudsgeld zal plaats hebben, dan komt de beoordeling van de betwistingen toe aan de vrederechter, op grond van artikel 591, 7° Ger.W. (Arrond. Antwerpen, 30 mei 1978, *T. Vred.*, 1979, 14; *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 114). Bepaalt de overeenkomst verval van onderhoudsgeld indien de vrouw ,,in gezinsverband gaat samenleven'' met een andere man, dan moet, indien de man beweert dat de vrouw in een dergelijke situatie leeft, de betekenis van die clausule door de vrederechter worden vastgesteld (Vred. Brasschaat, 22 november 1978, *R.W.*, 1979-80, 1939; *T. Vred.*, 1979, 148; *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 125; Vred. Brasschaat, 30 juni 1976, *R.W.*, 1976-77, 1266, met noot W. Pintens, i.v.m. de interpretatie van het indexeringsbeding met betrekking tot het onderhoudsgeld voor de kinderen. Anders: Brussel, 15 mei 1973, *J.T.*, 1974, 86).

Elke rechter neemt weliswaar kennis van de moeilijkheden betreffende de tenuitvoerlegging van zijn beslissing voor zover het gaat over de interpretatie ervan (art. 793 Ger.W.). Maar de overeenkomst tussen echtgenoten maakt geen geheel uit met het latere vonnis dat de echtscheiding toestaat (Laenens, J., ,,Overzicht van rechtspraak (1970-1978), De bevoegdheid'', *T.P.R.*, 1979, 275, nr. 47; Vred. Brasschaat, 30 juni 1976, *gecit.*). De interpretatie ervan komt de rechter toe die, overeenkomstig de gemeenrechtelijke bevoegdheidsregels bevoegd is inzake onderhoudsgelden (Vred. Brasschaat, 30 juni 1976, *gecit.*).

Er is sprake van ,,samenleving in gezinsverband'' indien het samenleven gelijkenis vertoont met dat in het kader van een wettig aangegaan huwelijk. Een verschillende inschrijving in de bevolkingsregisters is niet van die aard dat het bestaan van een samenleven in gezinsverband als niet bewezen dient te worden beschouwd (Vred. Brasschaat, 22 november 1978, *R.W.*, 1979-80, 1939).

Wanneer in de voorafgaande overeenkomst een onderhoudsgeld voor een van de echtgenoten bepaald wordt zonder onderscheid tussen proefperiode en periode na de echtscheiding, kan de rechtbank, uitspraak doende in hoger beroep, daaruit afleiden dat de echtgenoot-schuldenaar zich onherroepelijk verbonden heeft om onderhoudsgeld te betalen zowel gedurende de proeftijd als na de echtscheiding (Rb. Antwerpen, 27 februari 1979, *R.W.*, 1978-79, 2598, met noot J.P.).

II. Onderhoud van de kinderen

162. De bijdrage die in de voorafgaande overeenkomst tussen echtgenoten in het raam van een procedure tot echtscheiding door onderlinge toestemming met betrekking tot het onderhoud en de opvoeding van de kinderen ten laste van een van de ouders bepaald is, kan door de rechter verhoogd worden wanneer vaststaat dat de andere ouder, gelet op zijn vermogen en op het bedrag van die bijdrage, niet in de mogelijkheid verkeert aan de kinderen het levensonderhoud en de opvoeding waarop ze recht hebben te geven.

Wanneer de rechter dit laatste in feite — en derhalve soeverein — vaststelt en, gelet op de inflatie, de indexering van de verhoogde bijdrage beveelt, welke indexering slechts beoogt en tot gevolg heeft de stabiliteit te waarborgen van de verhouding van gelijkwaardigheid tussen de opvoedings- en onderhoudskosten van de kinderen enerzijds en de toegekende uitkering tot onderhoud anderzijds, dan schendt hij aldus de bindende kracht van de overeenkomst tussen partijen niet, wel in tegendeel, hij maakt dat die overeenkomst alle gevolgen heeft die door de billijkheid aan de verbintenissen worden verbonden (Cass., 21 maart 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 823; *R.W.*, 1974-75, 2563; *Pas.*, 1975, I, 745; *J.T.*, 1975, 440; *Rev. Not.*, 1975, 404; *Rec. Gen. Enr. Not.*, 1976, nr. 22017, 106; *R.C.J.B.*, 1976, 136, met noot J.P. Masson; Rb. Luik, 29 april 1977, *Jur. Liège*, 1976-77, 274; *T. Vred.*, 1979, 287; Vred. Fléron, 8 mei 1979, *Rev. Not.*, 1980, 147; Vred. Heist-op-den-Berg, 1 juni 1978, *R.W.*, 1979-80, 790. Het hof van cassatie stelt alleen dat de rechter de indexering kan bevelen wanneer hij de verhoging van de bijdrage beveelt).

Voor zover de kinderen in niets te kort komen, kunnen de echtgenoten hun onderlinge bijdrage tot de lasten naar goeddunken regelen (Cass., 14 november 1979, *R.W.*, 1979-80, 2165 met noot J. Pauwels; *J.T.*, 1980, 727).

Het hof van cassatie maakt dus een onderscheid tussen:

a) de onderhoudsverplichting van iedere ouder (relatie ouder-kind) die afhangt van de noden van het kind en van de mogelijkheden van de ene en de andere ouder, verplichting die de openbare orde raakt;

b) de bijdrage van iedere ouder (relatie vader-moeder), waarover zij een overeenkomst kunnen sluiten, die geldig is indien de afspraak niet tot doel of gevolg heeft de bijdrage definitief ten laste van één van de ouders alleen te brengen, en die gerechtelijk alleen gewijzigd kan worden indien bij uitvoering ervan het kind niet ten volle dat zou krijgen waarop het gezien de gecumuleerde onderhoudsplichten van beide ouders recht heeft (Pauwels, J., gecit. noot, 2170; Rb. Brussel, 13 juni 1979, *Pas.*, 1979, III, 36).

In ieder geval moet het kind, op grond van artikel 303 B.W. steeds van iedere ouder kunnen vorderen, dat hij naar zijn vermogen in zijn onderhoud zou bijdragen; de aangesproken ouder heeft dan eventueel op grond van de voorafgaande overeenkomst een verhaal tegen de andere echtgenoot (Meulders-Klein, M.Th., gecit. noot, 498-499, nr. 48. Vgl. Vieujean, E., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1978, 377-381).

Toch kan ook niet zonder meer gesteld worden dat de overeenkomst ten alle tijde kan gewijzigd worden in het hoogste belang van het kind (Pauwels, J., gecit. noot, 2170. Vgl. Rb. Leuven, 19 december 1977, *R.W.*, 1978-89, 1054 met noot W. Pintens; Rb. Brussel, 13 februari 1979, *Rev. Not.*, 1979, 371) of wegens ernstige en onvoorziene omstandigheden (Vgl. Rb. Brussel, 13 juni 1979, *gecit.*).

De rechter kan de overeengekomen bijdrage slechts verhogen indien vaststaat dat de uitkeringsgerechtigde ouder niet in de mogelijkheid verkeert aan de kinderen het nodige levensonderhoud en de vereiste opvoeding te geven, ook al is de levensduurte toegenomen, al vloeien grotere behoeften voort uit de leeftijd van de

kinderen of al is de uitkeringsplichtige echtgenoot meer vermogend geworden (Vred. Merksem, 21 februari 1975, *R.W.*, 1974-75, 2674; *T. Vred.*, 1976, 255; Vred. Heist-op-den-Berg, 1 juni 1978, *R.W.*, 1979-80, 790).

Evenmin kan gesteld worden dat een uitkering tot onderhoud voor een kind kan verminderd worden indien door de zware last voor de onderhoudsplichtige — die ziek is —, de zekerheid van betaling in gevaar komt en het belang van het kind wordt geschaad (Vred. Willebroek, 30 juni 1978, *R.W.*, 1979-80, 2930). Ook de omstandigheid dat de in de voorafgaande overeenkomst bedongen indexering zware lasten op de onderhoudsplichtige legt is niet van die aard dat van die overeenkomst mag worden afgeweken (Cass., 14 november 1979, *gecit.*).

163. Een voorafgaande overeenkomst in een echtscheidingsprocedure door onderlinge toestemming bevat volgende clausule: ,,Het bestuur over de persoon en de goederen van het gemeenschappelijk kind M. wordt toevertrouwd aan Mevrouw A.V., zowel gedurende de procedure als na de echtscheiding. Zij zal haar kind zelf onderhouden en opvoeden''. Het hof van beroep te Brussel beschouwt deze overeenkomst als strijdig met de openbare orde en met de vereisten van artikel 1288 Ger.W. omdat geen beding is opgenomen betreffende het bezoekrecht van de vader en betreffende de wijze waarop hij zal bijdragen in het onderhoud van het gemeenschappelijk kind, en het verklaart de procedure van echtscheiding door onderlinge toestemming ingeleid op grond van deze overeenkomst nietig (Brussel, 25 maart 1980, *R.W.*, 1980-81, 663; *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 168 met noten J.L. Renchon en F. Poelman).

Bij de rechtbank van eerste aanleg te Brussel is evenwel sinds een tiental jaren de aanbevelenswaardige praktijk ontstaan onvolmaakte of onbevredigende voorafgaande overeenkomsten betreffende hoede of onderhoud van de kinderen, op initiatief van het openbaar ministerie — aan wie de stukken na de eerste verschijning worden overgemaakt —, tussen de eerste en de tweede verschijning door de echtgenoten te laten aanvullen of wijzigen, zonder dat deze wijze van handelen nadien aanleiding geeft tot het niet toelaten van de echtscheiding (Poelman, F., ,,Les conventions préalables au divorce par consentement mutuel, leur examen par le ministère public et leur modification ultérieure éventuelle'', *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 171).

Wanneer krachtens de overeenkomst afgesloten in een procedure van echtscheiding met onderlinge toestemming een onderhoudsgeld van 1.500 F per maand verschuldigd is voor een ernstig geestelijk gestoord kind tot zijn 18 jaar en dit kind in staat van verlengde minderjarigheid wordt verklaard, moet de overeenkomst ongewijzigd uitgevoerd worden (Rb. Tongeren, 23 januari 1978, *Limb. Rechtsl.*, 1978, 192).

164. De vrederechter is na de echtscheiding bevoegd om de overeenkomst m.b.t. het levensonderhoud van de kinderen te interpreteren en te wijzigen (Vred. Fléron, 8 mei 1979, *Rev. Not.*, 1980, 147; Arrond. Luik, 6 januari 1977, *Jur. Liège*, 1977-78, 5).

III. Hoede over de kinderen

165. De bij artikel 1288 Ger.W. bedoelde overeenkomst m.b.t. het bestuur over de persoon en de goederen van het kind en het recht van bezoek na de uitspraak van de echtscheiding door onderlinge toestemming kan slechts worden gewijzigd in het hoogste belang van het kind (Gent (Jk.), 10 december 1974, *R.W.*, 1975-76, 164; Rb. Leuven, 19 december 1977, *R.W.*, 1978-79, 1054 met noot W. Pintens; Rb. Brussel, 17 mei 1978, *R.W.*, 1978-79, 1244; Brussel (Jk.), 20 januari 1978, *D.M.J.*, I-352) en dit alleen om ernstige en gewichtige redenen, die bij het sluiten van de overeenkomst niet te voorzien waren, voegt het hof van beroep te Gent daar onnodig aan toe (Gent (Jk.), 10 december 1974, *gecit.* Zie Meulders-Klein, M.Th., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1979, 493).

De recente rechtspraak acht de burgerlijke rechtbank bevoegd om kennis te nemen van een eis tot wijziging van het hoederecht of het bezoekrecht na echtscheiding (Brussel, 2 februari 1978, *D.M.J.*, IV-122; Rb. Leuven, 19 december 1977, *gecit.*; Rb. Brussel, 8 februari 1977, *J.T.*, 1977, 313; Voorz. Antwerpen, 3 mei 1978, *R.W.*, 1980-81, 1544; Rb. Brussel, 17 mei 1978, *gecit.* Zie over de betwistingen nopens de bevoegdheid van burgerlijke rechtbank of jeugdrechtbank, Baeteman, G., Delva, W. en Bax, M., *o.c.*, *T.P.R.*, 1976, 441-442).

Twee echtgenoten mogen in hun overeenkomst voorafgaand aan de echtscheiding door onderlinge toestemming het bestuur over de persoon en de goederen van hun kind niet toevertrouwen aan de grootouders langs moederszijde; het afstaan aan derden van de attributen van de ouderlijke macht is strijdig met de openbare orde en schraagt het advies van het openbaar ministerie dat de wet de echtscheiding niet toelaat (Luik, 3 juni 1976, *Rev. Not.*, 1978, 50 met noot E. Van Laethem).

Wanneer in de voorafgaande overeenkomst aan de vader een ruim bezoekrecht werd toegekend en bepaald werd dat de ouders overleg zouden plegen voor alle belangrijke beslissingen i.v.m. de opvoeding van de kinderen, kan de vader de rechtbank verzoeken de moeder verbod op te leggen zich blijvend met de kinderen in het buitenland te vestigen (Brussel, 11 juni 1980, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1981, 50).

C. Procedure

166. Echtgenoten die een echtscheidingsgeding door onderlinge toestemming hebben ingeleid kunnen in de loop van dit geding gezamenlijk hun vordering omzetten in een vordering tot scheiding van tafel en bed door onderlinge toestemming. Hoewel geen enkele wettekst dit voorziet — artikel 1267 Ger.W. geldt alleen voor een echtscheidingsprocedure op grond van bepaalde feiten — moet dit aangenomen worden, om de dubbele reden dat een vordering tot scheiding van tafel en bed begrepen is in een vordering tot echtscheiding en dat ze daarenboven door de wet gunstig wordt benaderd, vermits ze geen einde maakt aan het huwelijk (Brussel, 9 april 1975, *Pas.*, 1976, II, 13; *J.T.*, 1975, 364; *Rev. Not.*, 1975, 399. Anders: Rb. Brussel, 10 januari 1975, *Rev. Not.*, 1975, 203).

167 Luidens artikel 1291 Ger.W. zijn de echtgenoten er toe gehouden om bij de eerste verschijning onder meer hun akte van geboorte over te leggen. Deze formaliteit is echter niet op straffe van verval of nietigheid voorgeschreven. Het verzuim kan bijgevolg nadien goedgemaakt worden tot op het ogenblik van de uitspraak (Antwerpen, 6 januari 1976, *Turnh. Rechtsl.*, 1977-78, 143).

De termijn van betekening of terhandstelling van het echtscheidingsvonnis of -arrest aan de ambtenaar van de burgerlijke stand, voorzien in artikel 1303, lid 3 Ger.W., is daarentegen een vervaltermijn waarvan de rechtbank slechts ontheffing kan verlenen, indien bewezen wordt dat de overschrijving niet kon geschieden ten gevolge van overmacht, een vreemde oorzaak of een toevallige gebeurtenis. De fouten, nalatigheden of tekortkomingen van de lasthebber verbinden de lastgever, wanneer ze binnen de grenzen van de lastleving zijn begaan en op zichzelf voor de lastgever geen vreemde oorzaak, toeval of overmacht zijn (Rb. Brussel, 22 februari 1978, *R.W.*, 1978-79, 1370; *Pas.*, 1978, III, 36; *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 116). Er is wel overmacht, wanneer de ambtenaar van de burgerlijke stand weigert een akte van betekening van het vonnis van echtscheiding in ontvangst te nemen, omdat ze niet vergezeld is van een door beide partijen ondertekend verzoek tot overschrijving; deze weigering mist iedere wettelijke grondslag (Rb. Brussel, 6 februari 1981, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1981, 87: betekening door de gerechtsdeurwaarder op gezamenlijk verzoek van de partijen.

Hoger beroep tegen een vonnis dat de echtscheiding door onderlinge toestemming al of niet toestaat moet ingesteld worden binnen twintig dagen te rekenen van de uitspraak (art. 1299-1300 Ger.W.). Ook de termijn om zich in cassatie te voorzien is twintig dagen, te rekenen van de uitspraak van het arrest van het hof van beroep (art. 1302 Ger.W.) (Cass., 14 december 1978, *Pas.*, 1979, I, 447). De procureur-generaal bij het hof van cassatie kan zich na het verstrijken van die termijn evenwel nog in cassatie voorzien in het belang van de wet (Cass., 14 december 1978, *Pas.*, 1979, I, 445 met advies adv.-gen. J.E. Krings; *R.W.*, 1978-79, 2023 met artikel Erauw, J., „Echtscheiding door onderlinge toestemming van twee buitenlanders in België", *R.W.*, 1978-79, 2001; *R.C.J.B.*, 1979, 111 met noot F. Rigaux; *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1979, 167 met noot R. Van der Elst; *J.T.*, 1979, 356 met noot M. Fallon: wanneer de nationale wet van één van beiden de echtscheiding door onderlinge toestemming verbiedt, kunnen twee buitenlanders in België niet uit de echt scheiden door onderlinge toestemming), standpunt dat in de rechtsleer wel gekritiseerd werd (Fallon, M., gecit. noot, 357: omdat het openbare ministerie in deze procedure zelf partij was).

§ 4. Omzetting van scheiding van tafel en bed

A. Voorwaarden

168. In geval een van de echtgenoten de omzetting van de scheiding van tafel en bed op grond van bepaalde feiten in echtscheiding vordert, kan de rechtbank, alle omstandigheden in acht nemend, de echtscheiding toestaan of niet toestaan (art. 1309 Ger.W.).

Zij kan de echtscheiding toestaan, gelet op het feit dat na een scheiding van 25 jaar geen hoop op verzoening meer bestaat (Rb. Brussel, 5 mei 1976, *R.W.*, 1976-77, 867 met noot J. Pauwels. Anders dan in Frankrijk vereist in België de verzoening na scheiding van tafel en bed noch publiciteit noch formaliteiten: zie Cass.civ., 28 februari 1980, *J.C.P.*, 1980, IV, 184). Zij kan de echtscheiding niet toestaan, gelet op de jeugdige leeftijd van de kinderen (Zie Rb. Brussel, 22 december 1976, *R.W.*, 1977-78, 1312). Bij verandering van omstandigheden kan een verzoek tot omzetting van scheiding van tafel en bed ingewilligd worden, niettegenstaande een vorig verzoek verworpen werd: wanneer de kinderen uit het huwelijk geboren meerderjarig zijn geworden en de scheiding reeds twintig jaar duurt, wordt de wens tot regularisatie van eiser, die met zijn bijzit een — overspelig — kind heeft, dat hij na huwelijk kan wettigen door adoptie, sociaal aanvaardbaar (Rb. Brussel, 22 december 1976, *gecit.*). Het persoonlijk geldelijk belang van de echtgenoot-verweerder moet in dergelijk geval wijken voor het moreel belang van de echtgenoot-eiser (Antwerpen, 22 april 1980, *R.W.*, 1980-81, 774; *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1981, 27).

169. Wanneer de echtgenoten op grond van hun nationale wet geen omzetting van de scheiding van tafel en bed in echtscheiding kunnen vragen, kunnen ze slechts echtscheiding vorderen op grond van andere grieven dan deze waarop hun vordering van scheiding van tafel en bed gesteund was (Rb. Brussel, 22 juni 1973, *Pas.*, 1974, III, 7).

B. GEVOLGEN

170. Na de scheiding van tafel en bed blijft ten voordele van de echtgenoot die de scheiding heeft bekomen, de verplichting tot onderhoud gegrond op de artikelen 213 en 308 B.W. bestaan. Deze verplichting wordt beoordeeld rekening houdend met de inkomsten en de noden van de echtgenoten. Hieruit volgt echter niet dat de rechter geen aandacht mag schenken, als element van appreciatie, aan de bestaansvoorwaarden van de schuldeiser van de uitkering gedurende het gemeenschappelijk leven. De rechter die overweegt dat de uitkering de schuldeiser moet toelaten te leven in omstandigheden die gelijkaardig zijn aan deze waarvan hij genoot gedurende het samenleven, schendt de artikelen 213, 308 *en 301* B.W. niet, indien hij de uitkering vaststelt rekening houdend met de inkomsten en de noden der echtgenoten (Cass., 3 januari 1980, *Info Jura*, 1980, 41).

Het vonnis van omzetting wijzigt de oorzaak van de eis tot scheiding niet: de echtscheiding wordt toegestaan op dezelfde grond als de scheiding; de schuldige echtgenoot is degene tegen wie de scheiding van tafel en bed werd toegestaan (Casman, H., *Scheiding van tafel en bed, o.c.*, 221). Artikels 301 en 301*bis* B.W. zijn toepasselijk (Rb. Brussel, 5 mei 1976, *gecit.*; Rb. Brussel, 30 juni 1976, *R.W.*, 1976-77, 1710). Voor de bepaling van het bedrag van de uitkering moet rekening gehouden worden met de vermogenstoestand van de partijen op het ogenblik van de aanvraag tot omzetting en niet met die ten tijde van de uitspraak van de scheiding van tafel en bed (Rb. Brussel, 5 mei 1976, *gecit.*). Wel moet er naar gestreefd worden, gelet op de actuele vermogenstoestand van partijen, de

onschuldige echtgenoot eenzelfde levensstandaard als tijdens het samenleven te waarborgen. De echtgenoot die de scheiding van tafel en bed bekwam, kan van de andere echtgenoot die de omzetting vordert, geen morele schadevergoeding vragen om die reden alleen (Brussel, 11 december 1974, *Pas.*, 1975, II, 81).

171. Wanneer de omzetting gevraagd wordt door de echtgenoot, in wiens nadeel de scheiding van tafel en bed op grond van bepaalde feiten is toegestaan, dienen de kosten van de omzetting te zijnen laste gelegd te worden, daar ze in zijn belang werden gemaakt (Rb. Brussel, 5 mei en 22 december 1976, *gecit.*).

Wordt de omzetting gevraagd door de echtgenoot die de scheiding bekwam, dan is het aangewezen de onkosten geheel of ten dele tussen de partijen om te slaan (Casman, H., *o.c.*, 221 en noot (74)).

C. PROCEDURE

172. Artikel 1280 Ger.W. is niet toepasselijk tijdens een geding tot omzetting van scheiding van tafel en bed in echtscheiding (zie artikel 1309 Ger.W.). Bij gebrek aan een wettelijke bepaling die de voorzitter, zetelend in kort geding, een bijzondere bevoegdheid toekent om in de loop van een procedure tot omzetting van scheiding van tafel en bed in echtscheiding, voorlopige maatregelen met betrekking tot het onderhoud van de partijen te nemen, is de vrederechter bevoegd om, op grond van het gemeen recht, dergelijke maatregelen te nemen (Arrond. Luik, 1 maart 1979, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 121; *Jur. Liège*, 1979, 268; Vred. Geraardsbergen, 11 oktober 1972, *R.W.*, 1972-73, 576; *J.T.*, 1973, 31. Anders: Vred. Brussel, 23 oktober 1973, *Pas.*, 1974, III, 12; Casman, H., *o.c.*, 220).

Uitzonderlijk kan de bevoegdheid ingeroepen worden van de voorzitter om in spoedeisende gevallen bij voorraad uitspraak te doen, op grond van artikel 584, lid 1. Ger.W. (Arrond. Luik, 1 maart 1979, *gecit.*).

173. Het vonnis of arrest dat de scheiding van tafel en bed toestaat moet op straffe van verval binnen de twee maanden na zijn definitief worden, betekend of ter hand gesteld worden aan de ambtenaar van de burgerlijke stand (art. 1306 en 1275 Ger.W.). De nalatigheid van de advokaat kan niet als overmacht ingeroepen worden (Luik, 30 april 1975, *J.T.*, 1975, 551).

AFDELING 3

AFSTAMMING

§ 1. Algemeen

174. Het Europees Hof van de rechten van de mens te Straatsburg heeft op 13 juni 1979 in zijn *arrest Marckx* de Belgische Staat veroordeeld omdat zijn afstammingswetgeving het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van

de mens in verscheidene opzichten schendt (Europees Hof van de rechten van de mens, zaak Marckx, 13 juni 1979, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1979, 227-268 (authentieke Franse tekst); *R.W.*, 1979-80, 947 (gedeeltelijke officieuse Nederlandse vertaling van M. Bossuyt en M. Van Look); *Rev. Dr. Int. Comp.*, 1980, 402; Bossuyt, M., ,,Publiekrechtelijke aspecten van het arrest Marckx'', *R.W.*, 1979-80, 929; Rigaux, F., ,,La loi condamnée. A propos de l'arrêt du 13 juin 1979 de la Cour Européenne des droits de l'homme'', *J.T.*, 1979, 513).

Het Hof is van oordeel dat artikel 8 van het Europees Verdrag, dat het gezinsleven beschermt, wordt geschonden, zowel in hoofde van het kind als in hoofde van de moeder, doordat naar Belgisch recht de natuurlijke moeder haar kind moet erkennen om van haar moederschap te doen blijken. Daarenboven wordt artikel 14 van het Verdrag, dat een algemeen discriminatieverbod met betrekking tot het genot van een recht of een vrijheid opgenomen in de conventie vaststelt in samenhang met artikel 8 geschonden, daar er geen enkele objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond kan worden gevonden voor een verschillende regeling tot vaststelling van de moederlijke natuurlijke afstamming als voor de wettige. Omdat de term ,,gezinsleven'' in artikel 8 minstens de verhouding tussen naaste bloedverwanten omvat, bijvoorbeeld tussen grootouders en kleinkinderen, wordt artikel 8, afzonderlijk en in samenhang met artikel 14, ten aanzien van moeder en kind ook geschonden door de beperking in Belgisch recht van de natuurlijke familie tot de eerste graad. Artikel 14, in samenhang met artikel 8, wordt ook geschonden door artikel 908 B.W. dat de bekwaamheid van een natuurlijk kind om bij schenking onder de levenden of bij testament te ontvangen op discriminatoire wijze beperkt.

In een vonnis van 20 november 1980 beroept de burgerlijke rechtbank te Gent zich voor het eerst op het arrest Marckx, naar aanleiding van een betwisting over de vereffening-verdeling van een nalatenschap tussen aan de ene kant het wettig kind van het natuurlijk kind van de overledene (dat uit eigen hoofde tot de erfenis kwam vermits zijn moeder de nalatenschap van de erflater had verworpen) en aan de andere kant broers, zusters en afstammelingen van broers en zusters van de overledene. Volgens de thans door het burgerlijk wetboek bij natuurlijke afstamming bepaalde erfregeling wordt de erfenis minstens (Het kan zelfs betwist worden dat het wettig kind van het natuurlijk kind enig erfdeel geniet, vermits het, gelet op de verwerping, niet bij plaatsvervulling kan optreden) verdeeld tussen beide partijen. Ware zijn moeder wettig geweest dan erfde het kleinkind daarentegen, uit eigen hoofde, gans de nalatenschap. Het onderscheid dat het Belgische burgerlijk wetboek tussen het erfrecht bij wettige afstamming en het erfrecht bij natuurlijke afstamming maakt, is, aldus de rechtbank te Gent — en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens — in strijd met de artikelen 8 en 14 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (Rb. Gent, 20 november 1980, *R.W.*, 1980-81, 2328; *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1981, 89).

De Belgische rechter moet de toepassing afwijzen van elke bepaling van intern recht die strijdig is met een bepaling van een internationaal verdrag voor zover deze laatste bepaling rechtstreekse werking heeft in de interne rechtsorde (Cass.,

27 mei 1971, *Pas.*, 1971, I, 886, met conclusie van procureur-generaal Ganshof van der Meersch; *Arr. Cass.*, 1971, 959; Cass., 14 januari 1976, *Pas.*, 1976, I, 538; *Arr. Cass.*, 1976, 549 en *R.W.*, 1975-76, 1745 met conclusie van procureur-generaal Dumon; Bossuyt, M., *o.c.*, 941; Rigaux, F., *o.c.*, 521). Zulks is het geval voor de artikelen 8 en 14 van het Verdrag van Rome (Rb. Gent, 20 november 1980, *gecit.*; Cass., 26 september 1978, *Pas.*, 1979, I, 126; *R.W.*, 1978-79, 1670; Bossuyt, M., *o.c.*, 944), aldus steeds de rechtbank te Gent, die meteen de vraag stelt wat dan in de plaats komt van de met de verdragsregel strijdig bevonden wet: ,,zou dat in vele gevallen zonder nieuwe tussenkomst van de wetgever tot zware problemen aanleiding kunnen geven, dan is zulks niet het geval voor de door dit vonnis te beslechten *casus*, die beperkt is tot een erfrechtelijk probleem ter oplossing waarvan een beroep kan worden gedaan op andere in de interne rechtsorde aanwezige positieve wetsbepalingen, namelijk op de gewone erfrechtelijke regelen door het burgerlijk wetboek voorbehouden aan de wettige bloedverwanten'' (Rb. Gent, 20 november 1980, *gecit.*; Bossuyt, M., *o.c.*, 945. In dezelfde zin H.R., 18 januari 1980, *N.J.*, 1980, 463: de rechter zal dit voor ieder voorschrift, waarin het bedoelde onderscheid een rol speelt, afzonderlijk moeten nagaan; van der Ploeg, P.W., ,,Van erfopvolging wanneer er natuurlijke kinderen aanwezig zijn'', *N.J.B.*, 1981, 305; Heuff, W., ,,De gelijkstelling van natuurlijke met wettige kinderen'', *W.P.N.R.*, 1981, nr. 5563, 293 en de reaktie van P.W. van der Ploeg, *W.P.N.R.*, 1981, nr. 5564, 310).

Het arrest Marckx en het vonnis van de rechtbank te Gent zijn beide vatbaar voor kritiek.

Waar artikel 8 van het Europees verdrag bepaalt dat *eenieder* recht heeft op bescherming van zijn gezinsleven wordt daarbij inderdaad geen onderscheid gemaakt tussen het wettig en het natuurlijk gezin (Rigaux, F., *o.c.*, 514). Maar het Europees verdrag bevat nergens normatieve regelen die een welbepaald afstammingsstatuut aan de lidstaten zouden opdringen (Zie de *dissenting opinion* van Europees rechter Gerald Fitzmaurice: Rigaux, F., *o.c.*, 514. Artikel 12 van het verdrag met betrekking tot het recht te huwen is eventueel de enige uitzondering). En uit de artikelen 8 en 14 van het verdrag kan zomaar niet afgeleid worden dat b.v. een natuurlijk kleinkind ten overstaan van zijn natuurlijke grootouders eenzelfde erfrecht bezit als een wettig kleinkind ten overstaan van zijn wettige grootouders (De vraag of de grootouders deel uitmaken van het gezin en of het verbod van discriminatie op grond van de geboorte niet alleen ten aanzien van de verwekkers maar ook ten overstaan van de grootouders geldt, nog te buiten gelaten). Het is gevaarlijk een zo algemene en vage bepaling als artikel 8 van het Europees verdrag via interpretatie door de rechter een inhoud toe te kennen die ze in den beginne niet had en als het ware op te blazen tot ,,a whole code of family law. Family law is not family life'' (Arrest Marckx, Gerald Fitzmaurice, *dissenting opinion*, par. 15: zie Bossuyt, M., *o.c.*, 936-937 en 962, voetnoot (45)).

Artikel 8 van het Europees Verdrag kan, zoals het door het Hof geïnterpreteerd werd in het arrest Marckx, geen directe werking hebben en aan particulieren geen welbepaalde subjectieve rechten verlenen; daarvoor is het onvoldoende

nauwkeurig omschreven (Rigaux, F., *o.c.*, 523). Het arrest Marckx ontslaat de Belgische rechters niet van het toepassen van de vigerende Belgische wetgeving en laat hen niet toe zelf recht te scheppen of positieve maatregelen uit te vaardigen (Anders: Bossuyt, M., *o.c.*, 944-947).

Wel rust thans op de Belgische wetgever de verplichting deze bepalingen ten spoedigste te vervangen en werk te maken van het wetsontwerp Van Elslande tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming en de adoptie, waarin de door het Hof aangeklaagde discriminaties zijn opgeheven (*Parl. St.*, Senaat, 1977-78, nr. 305/1, van 15 februari 1978. Zie Gerlo, J., ,,De wetsontwerpen Vranckx, Vanderpoorten en Van Elslande betreffende de afstamming'', *R.W.*, 1978-79, 193; Gotzen, R., ,,Beschouwing over de invloed van het wetsontwerp Van Elslande inzake afstamming op de regeling van het ouderlijk gezag'', *R.W.*, 1978-79, 387; Pauwels, J.M., ,,Het wetsontwerp Van Elslande betreffende afstamming en adoptie'', *R.W.*, 1978-79, 1202; Meulders-Klein, M.Th., ,,La réforme du droit de la filiation en Belgique-Analyse du projet de loi n° 305'', *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1979, 5. Zie ook: wetsvoorstel A. Claes tot wijziging van het B.W. ten einde de onwettige kinderen gelijk te stellen met wettige kinderen, *Parl. St.*, Kamer, 1980-81, nr. 800/1, van 18 maart 1981; Delnoy, P., ,,Paternité de fait et paternité de droit'', *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1976, 5).

§ 2. Wettige afstamming en ontkenning van vaderschap

A. Bewijs van het wettige moederschap

175. De wettige moederlijke afstamming blijkt uit de verplichte vermelding van de naam van de moeder in de geboorteakte.

Bij gebreke van vermelding van de naam van de moeder in de geboorteakte, bijvoorbeeld wanneer een Belgische moeder anoniem is gaan bevallen in Frankrijk (Lees Meulders-Klein, M.Th., ,,Le secret de la maternité'', *J.T.*, 1976, 417 e.v. en 433 e.v.), kan de wettige moederlijke afstamming alleen bewezen worden door het voortdurend bezit van staat van wettig kind (art. 320-321 B.W.) of door een vordering tot inroeping van staat (art. 323-330 B.W.).

De akte van erkenning, opgemaakt op verklaring van de moeder, kan de moederlijke afstamming niet vaststellen (Zie Baeteman, G., Delva, W. en Bax, M., *T.P.R.*, 1976, 450, nr. 94; Senaeve, P., ,,Enige implicaties van anonieme bevallingen in het buitenland op het gebied van het afstammingsrecht'', noot onder Brussel, 25 mei 1977, *R.W.*, 1979-80, 2767-2768 met referenties), noch de wettige, noch de natuurlijke: de erkenning van een kind, wiens geboorteakte de naam van de moeder niet vermeldt, door een vrouw die gehuwd was op het ogenblik van de verwekking, komt neer op een door de wet verboden vaststelling van een overspelige afstamming, die betwist kan worden door iedere belanghebbende, ook door het openbaar ministerie (Rb. Brugge, 5 november 1979, *R.W.*, 1979-80, 2777. Uitzonderingen: zie Senaeve, P., gecit. noot, 2768, voetnoot (1). Zie verder nr. 183). Er kan evenmin worden ingegaan op de vordering van het

openbaar ministerie om, door een verbetering van de geboorteakte, de wettige afstamming van het kind t.a.v. zijn moeder en vader te doen vaststellen (Rb. Brugge, 5 november 1979, *gecit.*): het kan immers niet worden toegelaten dat via een vordering tot verbetering van een akte van de burgerlijke stand de regels aangaande de vorderingen van staat omzeild worden (Senaeve, P., gecit. noot, 2768).

Het grootste deel van de Belgische rechtsleer en rechtspraak neemt aan dat de op artikel 323 B.W. gegronde vordering tot inroeping van staat, die kan omschreven worden als een vordering tot onderzoek naar het wettig moederschap, alleen aan het kind — en zijn erfgenamen — persoonlijk toekomt en dat ze niet door de beweerde moeder in eigen naam kan worden ingesteld (Brussel, 25 mei 1977, *gecit.*; De Page, H., I, nr. 1109; Rigaux, F., *Les personnes*, nr. 2700).

Terecht wordt in de recente rechtsleer evenwel de aanvaardbaarheid, naar Belgisch recht, verdedigd van het inleiden van die rechtsvordering door de ouders, omdat die mogelijkheid door de artikelen 323 tot 330 B.W. nergens uitdrukkelijk wordt verworpen (Vieujean, E., ,,Examen de jurisprudence, Personnes'', *R.C.J.B.*, 1971, 263 e.v., nr. 68; Senaeve, P., gecit. noot, 2769-2771).

B. Wettelijke verwekkingsperiode

176. Een kind wordt wettelijk vermoed verwekt te zijn gedurende de tijd die verlopen is van de driehonderdste tot de honderdtachtigste dag vóór de geboorte van het kind (art. 312, 2e lid B.W.). Ten onrechte leidt de rechtbank te Brussel hieruit af ,,dat de wettelijke conceptieperiode meer dan 180 dagen en minder dan 300 dagen behelst'' (Rb. Brussel, 12 januari 1977, *R.W.*, 1979-80, 1300 met noot J. Pauwels: i.v.m. art. 340b B.W.).

Toepassing moet gemaakt worden van de traditionele regel: ,,dies a quo non computatur, dies ad quem computator in termino''. De *dies a quo* is de dag van de geboorte en wordt niet meegeteld: de termijnen van 180 en 300 dagen worden dus berekend vanaf de dag die de geboorte voorafgaat (Rigaux, F., *Les Personnes*, nr. 2487).

De *dies ad quem* is de dag van de verwekking, die niet mag bepaald worden binnen de wettelijke verwekkingsperiode (Rigaux, F., *o.c.*, nr. 2489). De echtgenoot (art. 312, 2e lid) — of de waarschijnlijke vader (art. 340 b) — moet gedurende de ganse verwekkingsperiode, elke dag, in de natuurlijke onmogelijkheid geweest zijn om met de moeder gemeenschap te hebben, om zijn vaderschap op die grond te ontkennen of een vordering op grond van artikel 340 b te doen afwijzen (Rigaux, F., *o.c.*, nr. 2503; Rb. Brussel, 12 januari 1977, *gecit.*; Rb. Leuven, 8 januari 1979, *R.W.*, 1979-80, 258).

C. Ontkenning van vaderschap met tegenbewijs

177. De man kan het kind ontkennen op grond van overspel van zijn vrouw, wanneer de geboorte voor hem is verborgen gehouden, in welk geval hij alle feiten mag aanvoeren die kunnen leiden tot het bewijs dat hij de vader van het kind niet is (art. 313, eerste lid B.W.).

Om gegrond te zijn vergt de vordering tot ontkenning gebaseerd op artikel 313, eerste lid B.W. een driedubbel bewijs: het bewijs dat de moeder de geboorte van het kind voor haar man verborgen heeft, het bewijs dat zij zich schuldig heeft gemaakt aan overspel en het bewijs dat de echtgenoot niet de vader van het kind is. Indien één van deze bewijzen ontbreekt moet de vordering als niet gegrond verworpen worden (Cass., 14 november 1975; *Arr. Cass.*, 1976, 339; *R.W.*, 1975-76, 1569; *Pas.*, 1976, I, 328).

De rechtsvordering tot ontkenning van vaderschap, bedoeld bij artikel 313, eerste lid B.W., kan slechts worden toegelaten op voorwaarde dat bewezen is dat de geboorte of de zwangerschap verborgen werd gehouden, daarna moeten het overspel van de echtgenote en het feit dat de echtgenoot niet de vader is bewezen worden.

Het ,,verborgen houden van de geboorte'', aldus het hof van cassatie, bestaat in het feit dat de vrouw de geboorte *of de zwangerschap opzettelijk* verborgen heeft gehouden voor haar man (Cass., 15 september 1977, *Arr. Cass.*, 1978, 65; *R.W.*, 1978-79, 34 met noot J. Pauwels; *Pas.*, 1978, I, 60; *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1979, 185; *J.T.*, 1978, 82).

Het opzet van de moeder, dat kenmerkend is voor het verborgen houden, wordt met oplettendheid of onoplettendheid van de man verward in het arrest waarbij, ten aanzien van de bewering van de vrouw dat zij haar zwangerschap of de geboorte niet verborgen had kunnen houden aangezien zij in een verzoekschrift op grond van artikel 221 B.W. had aangevoerd dat zij vier maanden zwanger was, niettemin beslist wordt dat het verborgen houden van de geboorte is aangetoond omdat de man betwist dat hij de bewoordingen van het in het Frans gestelde verzoekschrift begrepen had en het ook niet zeker is dat hij elk bestanddeel van het verzoekschrift begrepen heeft, vermits hij zonder bijstand van een advokaat voor de voorzitter verschenen is (Cass., 15 september 1977, *gecit.*). Het hof van cassatie stelt dus het verborgen houden van de zwangerschap gelijk met het verborgen houden van de geboorte, maar beklemtoont dat ,,verborgen houden'' opzet van de vrouw insluit.

Het feit dat de zwangerschap niet verborgen werd gehouden belet evenwel niet dat de geboorte verborgen is gehouden (Rb. Brussel, 7 februari 1977, *Pas.*, 1977, III, 64; Rb. Luik, 10 november 1978, *Jur. Liège*, 1978-79, 116): het volstaat dat óf de zwangerschap óf de geboorte werd verborgen gehouden. De rechtbank heeft een soevereine appreciatiebevoegdheid met betrekking tot de feitelijke gegevens die op een verberging kunnen wijzen (Rb. Luik, 10 november 1978, *gecit.*). Het is daarbij niet vereist dat de man positieve feiten die de verberging bewijzen aanvoert (Rb. Marche-en-Famenne, 23 februari 1978, *Rev. Rég. Dr.*, 1978, 600). De verberging kan afgeleid worden uit het stilzwijgen van de vrouw ten opzichte van haar man aangaande haar zwangerschap of de geboorte van het kind (Brussel, 19 maart 1975, *R.W.*, 1974-75, 2665; Rb. Marche-en-Famenne, 23 februari 1978, *gecit.*), bijvoorbeeld wanneer de echtgenoten gescheiden leven en de geboorte of de aangifte van de geboorte van het kind buiten de aanwezigheid van de man is geschied (Rb. Brussel, 12 november 1975, *R.W.*, 1975-76, 1581;

Brussel, 6 januari 1976, *J.T.*, 1976, 231; Rb. Brussel, 7 februari 1977, *Pas.*, 1977, III, 64).
De heling van de geboorte en het intentioneel karakter daarvan, tevens een gegeven ten gronde, kan niet afgescheiden worden van alle andere gegevens ten gronde; het bestaan ervan kan worden afgeleid uit alle andere gedragingen van de vrouw vóór en na de geboorte (Antwerpen, 30 juni 1976, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1978, 341).

178. Het bewijs dat de vrouw zich schuldig heeft gemaakt aan overspel tijdens de conceptieperiode en het bewijs dat de echtgenoot niet de vader is van het kind moeten niet elk afzonderlijk geleverd worden.
Wanneer met wetenschappelijke zekerheid — bv. door een bloedonderzoek — is uitgemaakt dat de echtgenoot niet de vader kan zijn van een kind, is meteen bewezen dat de vrouw overspel heeft gepleegd (Zie Renchon, J.L., ,,Deux aspects du désaveu de paternité: l'action en désaveu préventif et la preuve de l'adultère dans l'article 313, al. 1 du Code Civil'', *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1978, 132 en de referenties voetnoot (46); Delva, W., ,,De ontkenning van vaderschap'', *T.P.R.*, 1975, 300. In dat geval wordt aangenomen dat zelfs het verhelen van de geboorte niet meer zou moeten bewezen worden: zie Delva, W., *o.c.*, 301).
Het hof van beroep te Brussel gaat in een arrest van 19 oktober 1975 een stap verder: door te bewijzen dat hij tijdens de verwekkingsperiode in de morele onmogelijkheid was om met zijn vrouw betrekkingen te hebben en dat hij de vader van het kind niet kan zijn, bewijst de man tevens, op onrechtstreekse doch zekere wijze, dat het tijdens het huwelijk verwekt kind door overspel van de moeder is geboren (Brussel, 19 oktober 1975, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1978, 163; vgl. Renchon, J.L., *o.c.*, 132-133 en de referenties voetnoot (49)).
Dit komt erop neer dat slechts twee vereisten meer gesteld worden voor de ontkenning: het verborgen houden van de geboorte en de morele onmogelijkheid vader te zijn (Renchon, J.L., *o.c.*, 135-136).
Het hof van cassatie heeft in zijn arrest van 2 december 1976 de zienswijze van het hof van beroep te Brussel aanvaard: de rechter kan het overspel van de moeder van het kind afleiden uit de omstandigheden dat de moeder bevallen is en dat de man onmogelijk de vader van het kind kan zijn (Cass., 2 december 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 386; *Pas.*, 1977, I, 381; *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1978, 148). Het hof van cassatie gewaagt weliswaar alleen van de onmogelijkheid vader te zijn, maar *in casu* ging het duidelijk om een geval van morele — niet absolute — onmogelijkheid (Hoewel de rechter de vrouw verboden had de verblijfplaats van de man te betreden, ging ze zich daar enige tijd vestigen, weliswaar op een andere verdieping en slechts gedurende de laatste week van de verwekkingsperiode.
De grootste voorzichtigheid blijft toch geboden, omdat veel van de feiten die bij het bewijs van de morele onmogelijkheid worden aanvaard niet automatisch doen blijken dat er overspel is geweest, zodat het gevaar bestaat dat de ontkenning wordt toegestaan, terwijl noch het ene gegeven — de onmogelijkheid tot geslachtsverkeer — noch het andere gegeven — het overspel — met volkomen zekerheid vaststaat (Delva, W., *o.c.*, 300-301).

In alle geval vereist de wet niet dat het bewijs van het overspel van de vrouw geleverd wordt door een strafvonnis, een bloedonderzoek of door betrapping op heterdaad of dat vooraf een klacht wegens overspel bij de gerechtelijke overheid wordt ingediend (Cass., 2 december 1976, *gecit.*): het mag door alle middelen rechtens, getuigen en vermoedens inbegrepen, bewezen worden.

Een bekentenis van de moeder afgelegd in de ontkenningsprocedure zelf kan niet volstaan om het bewijs van het overspel of van het niet-vaderschap te leveren (Rb. Luik, 8 oktober 1976, *Jur. Liège*, 1976-77, 276; Rb. Brussel, 7 februari 1977, *Pas.*, 1977, III, 64). Met spontane buitengerechtelijke verklaringen en bekentenissen van de vrouw aangaande geslachtsbetrekkingen met een derde en/of de afwezigheid van betrekkingen met haar echtgenoot, afgelegd op een ogenblik dat er van een ontkenningsprocedure nog geen sprake was, mag wel rekening gehouden worden, voor zover elke aanwijzing van collusie ontbreekt (Senaeve, P., noot onder Rb. Dendermonde, 27 maart 1980, *R.W.*, 1980-81, 462-463; Rb. Dendermonde, 27 maart 1980, *R.W.*, 1980-81, 459: de vrouw verklaarde *tempore non suspecto* aan de politiecommissaris ter gelegenheid van het onderzoek in verband met het ongeval waarbij haar echtgenoot om het leven kwam, dat haar kind niet door haar echtgenoot verwekt werd).

Laat de ,,morele'' onmogelijkheid tot geslachtsverkeer tussen de man en zijn vrouw niet zonder meer toe te concluderen tot het overspel van de vrouw, evenmin volstaat het enkel bewijs van het overspel van de vrouw om tot de morele onmogelijkheid van geslachtsverkeer met haar echtgenoot te besluiten. Wanneer de vrouw evenwel krachtens een definitief geworden vonnis voor een bepaalde periode, waarin de wettelijke conceptieperiode volledig begrepen is, beschouwd wordt als de concubine van een andere man, kan de morele onmogelijkheid tot geslachtsverkeer hieruit afgeleid worden (Brussel, 6 januari 1976, *J.T.*, 1976, 231: ook al verliet de vrouw haar echtgenoot slechts in de loop van de conceptieperiode om zich bij haar minnaar te vestigen).

De rechter kan een bloedonderzoek bevelen, dat in bepaalde gevallen het absolute bewijs levert dat de man niet de vader is van het kind van zijn vrouw, maar dit bloedonderzoek kan slechts uitgevoerd worden indien partijen bereid zijn zich eraan te onderwerpen (Rb. Luik, 8 oktober 1976, *Jur. Liège*, 1976-77, 276; Rb. Luik, 25 november 1977, *Jur. Liège*, 1977-78, 219; Rb. Antwerpen, 11 december 1975, *R.W.*, 1976-77, 1395 (i.v.m. art. 340 b); Antwerpen, 30 juni 1976, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1978, 341). In nogal dubbelzinnige overwegingen voegt het hof van beroep te Antwerpen daaraan toe ,,dat het behoort daarbij te onderlijnen dat geen verplichting kan bestaan om een bloedonderzoek te laten uitvoeren, maar dat meer bepaald ten aanzien van het kind, uiteraard niet in staat om zelf een toestemming te geven, een weigering door de voogd *ad hoc* op bepaalbare redenen moet steunen die in de huidige stand van maatschappelijke en wetenschappelijke ontwikkeling niet louter willekeurig mogen zijn hoewel zij daardoor gerechtvaardigd kunnen worden'' (Antwerpen, 30 juni 1976, *gecit.*). Gesteld mag worden dat een willekeurige weigering een, op zichzelf onvoldoende, vermoeden schept, dat kan aangevuld worden met andere elementen.

D. ONTKENNING VAN VADERSCHAP OP EENVOUDIGE VERKLARING

179. In geval van een vonnis of zelfs van een eis tot echtscheiding of tot scheiding van tafel en bed, kan de man het kind ontkennen dat geboren is driehonderd dagen na het proces-verbaal van niet-verzoening of na de eerste verklaring (art. 313, tweede lid B.W.).

Aangenomen wordt dat als uitgangspunt van de termijn van driehonderd dagen ook de opschorting van de verplichting tot samenwoning, krachtens een bevelschrift van de voorzitter in kort geding na de indiening van het verzoekschrift tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed, in aanmerking komt (Zie Baeteman, G., Delva, W. en Bax, M., *T.P.R.*, 1976, 455, nr. 97).

Op grond van een teleologische interpretatie van artikel 313, 2e lid B.W. neemt de rechtbank te Brugge voor de berekening van de termijn van 300 dagen nu zelfs de datum van de beschikking van de vrederechter in het kader van artikel 223 B.W. als aanvangsdatum aan, voor zover de afzonderlijke verblijfpaatsen die krachtens dringende voorlopige maatregel aan de echtgenoten werden aangewezen dezelfde zijn als die welke zij betrokken bij de aanvang van de echtscheidingsprocedure (Rb. Brugge, 12 november 1979, *R.W.*, 1979-80, 2594 met goedkeurende noot P. Senaeve. Anders, i.v.m. de wachttermijn om te hertrouwen: Rb. Dinant, 26 november 1980; zie hoger, nr. 55).

E. PROCEDURE

180. Krachtens de wet van 22 juni 1976 (*B.S.*, 6 augustus 1976) moet de procedure tot ontkenning van vaderschap over een minderjarige worden gevoerd tegen de voogd *ad hoc*, die door de voorzitter van de rechtbank — en dus niet meer door de familieraad — op verzoek van de eisende partij wordt aangewezen (art. 318 nieuw B.W.) (Zie Masson, J.P., ,,La proposition de loi modifiant l'article 318 C. civ.'', *J.T.*, 1976, 64; Vander Zwalmen, G., ,,L'article 318 modifié du Code Civil et le désaveu du mineur non émancipé,'' *Rev. Not.*, 1976, 558).

De voogd *ad hoc* verleent zijn medewerking kosteloos; hij kan artikel 1018, 2° Ger.W. niet inroepen en kan geen aanspraak maken op de rechtsplegingsvergoeding, ook al is hij advocaat (Rb. Luik, 27 oktober 1978, *Jur. Liège*, 1978-79, 281 met opm. G. de L.).

De bevoegde rechtbank is die van de woonplaats van het kind; in geval van feitelijke scheiding is dit de woonplaats van de moeder, wanneer het kind bij haar verblijft (Arrond. Brussel, 26 mei 1975, *Rev. Not.*, 1976, 198; *Pas.*, 1976, III, 58).

De vordering tot ontkenning wordt tegen het kind of zijn voogd *ad hoc* ingesteld, in tegenwoordigheid van de moeder (art. 318, eerste lid B.W.), die dus eveneens gedagvaard wordt. Het gaat om een onsplitsbaar geschil tussen het kind of de voogd *ad hoc* en de moeder (art. 31 Ger.W.). Indien de moeder en de voogd *ad hoc* gedagvaard werden, en alleen de voogd *ad hoc* verschijnt, terwijl de moeder verstek laat gaan, dient de vordering niet toelaatbaar te worden verklaard, behoudens naleving van de formaliteiten van artikel 753 Ger.W. (nieuwe dag-

vaarding) (Rb. Brussel, 12 oktober 1977, *R.W.*, 1979-80; 658; vgl. Gent, 27 juni 1974, *R.W.*, 1974-75, 1388).

Alleen de echtgenoot van de moeder kan een geding tot ontkenning van vaderschap inleiden en voortzetten. Dit recht komt noch de moeder noch het kind toe. Bij stilzitten van de eiser kunnen de verweerders enkel de afwijzing van de ingestelde vordering vragen (Brussel, 10 april 1973, *R.W.*, 1972-73, 2018).

De wettige afstamming is de noodzakelijke grondslag van de vordering tot ontkenning: de man kan dan ook niet preventief worden toegelaten tot het negatief bewijs wanneer geen vermoeden van vaderschap op hem weegt ten aanzien van een kind van zijn echtgenote in Spanje geboren maar niet aangegeven (Rb. Brussel, 24 januari 1973, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1978, 177). De erfgenamen van de wettige vader kunnen het geding door deze laatste ingeleid na diens overlijden verderzetten (Rb. Brussel, 7 februari 1977, *Pas.*, 1977, III, 64).

Luidens artikel 317 B.W. kunnen zij zelf een vordering tot betwisting van wettigheid instellen indien de man overleden is voordat hij het kind ontkend heeft, maar terwijl de termijn daartoe nog lopende was (Rb. Antwerpen, 26 juni 1975, *R.W.*, 1976-77, 620).

Ook al voorziet artikel 317 B.W. dit geval niet uitdrukkelijk, toch mag aangenomen worden dat het recht om de ontkenning van vaderschap te vorderen overgaat op de erfgenamen van de echtgenoot, ook al is deze overleden vóór de geboorte (Rb. Dendermonde, 27 maart 1980, *R.W.*, 1980-81, 459 met noot P. Senaeve). Het recht om het vaderschap te ontkennen bestaat immers vanaf de conceptie, hoewel de uitoefening ervan opgeschort blijft tot de geboorte (Senaeve, P., gecit. noot, 461 met referenties).

Wanneer de echtgenoot een of meer wettige kinderen heeft achtergelaten, dan zal wegens strijdigheid van belangen hun moeder niet namens hen kunnen optreden, maar zal de vordering tot ontkenning moeten worden ingeleid door hun toeziende voogd (Senaeve, P., *l.c.*).

De termijn van drie maanden te rekenen van de geboorte, de terugkomst van de man of de ontdekking van het bedrog, bepaald in artikel 316 B.W., is niet toepasselijk op de erfgenamen (Senaeve, P., *l.c.*; Rb. Antwerpen, 26 juni 1975, *gecit.* Anders: Rb. Dendermonde, 27 maart 1980, *gecit.*). Volgens artikel 317 B.W. dienen de erfgenamen op te treden vóór het verloop van drie maanden te rekenen van het tijdstip waarop het kind zich in het bezit gesteld heeft van de goederen van de man, of van het tijdstip waarop de erfgenamen door het kind in dat bezit zijn gestoord. De inbezitstelling waarover artikel 317 B.W. handelt betreft een feitelijke inbezitneming; ze heeft niet plaats, enkel en alleen doordat het kind wiens wettigheid betwist wordt, het wettelijk bezitsrecht (art. 724 B.W.) verwerft bij het overlijden van zijn wettige vader. De terugbetaling door het bestuur der belastingen van een bedrag dat deze laatste toekomt, verricht aan de wettelijke vertegenwoordigster van het kind wiens wettigheid betwist wordt, is een inbezitneming in de zin van artikel 317 B.W.

De verberging van de geboorte dient, in geval van geboorte na het overlijden van de echtgenoot, bezien te worden ten aanzien van de erfgenamen (Rb. Dendermonde, 27 maart 1980, *gecit.*, Senaeve, P., gecit. noot, 462).

Het is de verweerder die aan de ontkenning van vaderschap wil ontsnappen die moet bewijzen dat de termijn van drie maanden van artikel 316 of artikel 317 B.W. is verstreken op het ogenblik van het instellen van de vordering; de eiser moet niet bewijzen dat de termijn werd geëerbiedigd (Luik, 3 mei 1979, *Jur. Liège*, 1979, 377).

Wanneer een vonnis tot ontkenning van vaderschap te laat wordt betekend aan de ambtenaar van de burgerlijke stand ingevolge een vergissing van de advokaat, die een stuk uitgaande van de dienst voor bevolking verkeerd begreep, is er geen overmacht die de eiser zou kunnen inroepen om aan de sanctie door artikel 318, vijfde lid B.W. opgelegd te ontkomen (Rb. Verviers, 3 december 1979, *Jur. Liège*, 1980, 22; Luik, 25 maart 1980, *Jur. Liège*, 1980, 225; *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 284. Anders: Rb. Brussel, 7 maart 1977, *Pas.*, 1977, III, 57).

F. Gevolgen

181. Niettegenstaande de ontkenning van het vaderschap blijft de afstamming van moederszijde vaststaan. Zij verandert evenwel van aard; zij verliest haar wettig karakter en krijgt een — door het vonnis toevallig vastgesteld — natuurlijk of overspelig karakter (Rb. Brussel, 12 januari 1977, *R.W.*, 1979-80, 1300 met noot J. Pauwels; Gerlo, J., ,,Het kind ten aanzien van hetwelk het vaderschap ontkend werd'', *R.W.*, 1974-75, 2513 e.v.).

Niet noodzakelijk en bijgevolg juridisch niet in overspel verwekt, zijn de ontkende kinderen, ofwel geboren vóór de 300e dag van het huwelijk, ofwel geboren vanaf de 180e dag na de ontbinding van het huwelijk (Pauwels, J., gecit. noot, 1302). Aangezien de afstamming langs moederszijde vaststaat oefent de moeder over haar kind verder het ouderlijk gezag uit, ook al werd het in overspel verwekt (Rb. Brussel, 12 januari 1977, *gecit.*; Pauwels, J., gecit. noot, 1302 en de referenties). Bovendien heeft het kind de bijzondere onderhoudsvordering van artikel 340b tegen de waarschijnlijke vader (Rb. Brussel, 12 januari 1977, *gecit.*; Gerlo, J., *o.c.*, 2518). Aangenomen mag worden dat een ontkend overspelig kind, wanneer de voorwaarden en formaliteiten van artikels 331 en 335 B.W. zijn vervuld, mag erkend worden door de medeplichtige aan het overspel en door zijn eigen moeder; in dit laatste geval niet om de afstamming te doen vaststellen, maar om er de betere voorwaarden van de gewoon-natuurlijke afstamming aan vast te knopen (Pauwels, J., gecit. noot, 1303 met referenties; Rb. Luik, 13 juni 1975 en 14 november 1975, *Jur. Liège*, 1975-76, 140).

G. Ontkenning van vaderschap en kunstmatige inseminatie

182. Bijzondere problemen stelt de ontkenning van vaderschap in geval van donorinseminatie (Lees daarover Bax, M., *o.c.*, *R.W.*, 1979-80, 1751, nr. 56; Guldix, E., Artificiële afstamming of het recht in gebreke'', *Vlaams Tijdschr. Gezondheidsrecht*, 1981, 2 e.v., vooral 12 e.v., De Cooman-Van Kan, A.M., ,,L'insémination artificielle'', *J.T.*, 1981, 369. Vgl. T.G.I. Nice, 30 juni 1976, *Rev. Not.*, 1977, 507 met noot F.L.; *D.*, 1977, 45 met noot D. Huet-Weiller).

§ 3. Natuurlijke afstamming

A. ERKENNING

I. Erkenning van in overspel verwekte kinderen

183. Luidens artikel 335 B.W. kan de erkenning ten voordele van in overspel verwekte kinderen niet geschieden dan in de gevallen en op de wijze bepaald in artikel 331 B.W. (Rb. Brugge, 5 november 1979, *R.W.*, 1979-80, 2777; Rb. Luik, 27 juni 1975, *Jur. Liège*, 1975-76, 35; Rb. Verviers, 27 februari 1981, *Jur. Liège*, 1981, 178: de erkenning is mogelijk vanaf de verwekking).

De termen ,,in overspel verwekte kinderen'' moeten hier niet in strikt juridische zin begrepen worden. Ook ,,feitelijke'' overspelige kinderen, die niet ontkend werden door de echtgenoot van de moeder, kunnen erkend — en gewettigd — worden (Rigaux, F., *Les personnes*, nrs. 2830-2831. Anders, ten onrechte: Rb. Verviers, 25 juni 1979, *Jur. Liège*, 1980, 50 met afkeurende noot A.M. Hanquet). Maar de erkenning — of de wettiging — wordt niet toegestaan indien zij in strijd is met de geboorteakte *én* met een vroeger bezit van staat van wettig kind.

Het ,,vorige huwelijk'' moet het voorwerp geweest zijn van een rechtspleging tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed. Nergens bepaalt artikel 331 B.W. dat die rechtspleging tot een echtscheiding of een scheiding van tafel en bed moet hebben geleid. Maar vermits er sprake is van ,,vorig huwelijk'' moet dit wel ontbonden zijn, zo niet door echtscheiding, dan toch door overlijden. De meerderheid van rechtsleer en rechtspraak neemt evenwel aan dat de voorwaarde dat het vorig huwelijk zou zijn ontbonden alleen slaat op de wettiging, niet op de erkenning van een tijdens de echtscheidingsprocedure in overspel verwekt kind (Rb. Brussel, 14 maart 1980, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 314 met gelijkluidend advies, met referenties, van het openbaar ministerie; Rb. Luik, 28 april 1980, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1981, 97. Anders: Rigaux, F., *Les personnes*, nr. 2837). Gelet op de waarborg die de vereiste dat het erkend kind niet het bezit van staat van wettig kind mag gehad hebben biedt, kan deze interpretatie aanvaard worden (Hoewel het andere voorbeeld, waar de natuurlijke afstamming voorrang krijgt op de wettige, art. 315 B.W., betrekking heeft op een ontbonden huwelijk).

Erkenning en wettiging van een in overspel verwekt kind kunnen niet geschieden dan met machtiging van de rechtbank. Deze doet uitspraak op het ,,gezamenlijk door de aanstaande echtgenoten ingediende verzoekschrift''. De vereiste van een gezamenlijk ingediend verzoekschrift is duidelijk alleen voorzien voor het geval van wettiging. Het verzoekschrift tot erkenning van een overspelig kind is ontvankelijk ook al gaat het slechts uit van één van de ouders (Rb. Veurne, 15 maart 1979, *R.W.*, 1978-79, 2679).

De rechtbank bij welke een verzoek tot machtiging tot erkenning of tot wettiging van een overspelig kind is ingediend zal zich er niet toe beperken na te gaan of de door de wet opgelegde objectieve voorwaarden voor de erkenning of de wettiging zijn vervuld; zij zal over de opportuniteit van het verzoek oordelen (Rb. Brussel, 20 november 1979 en Brussel, 28 mei 1980, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1981, 39 met advies van procureur des Konings M. De Le Court; Rb. Luik; 13 juni en 14

november 1975, *Jur. Liège*, 1975-76, 140). Zo kan ze, wanneer twee mannen ieder een verzoekschrift indienen tot machtiging om hetzelfde overspelig kind te erkennen, slechts één der beide verzoeken gegrond verklaren (Rb. Brussel, 20 november 1979 en Brussel, 28 mei 1980, *gecit.* Aanvankelijk werden beide verzoeken, op gelijkluidend advies van het openbaar ministerie, ingewilligd, maar na derden-verzet van beide verzoekers, werd aan één van beide erkenningen de voorkeur gegeven (niettegenstaande de andersluidende conclusies van het openbaar ministerie, dat de appreciatiebevoegdheid van de rechtbank restrictief opvatte (*o.c.*, 41)). Hierbij zal de rechtbank zich eerder laten leiden door de biologische werkelijkheid dan door overwegingen van socio-affectieve aard: de afstamming raakt de openbare orde en een leugenachtige erkenning kan door iedere belanghebbende betwist worden (Rb. Brussel, 20 november 1979 en Brussel, 28 mei 1980, *gecit.*).

II. Betwisting

184. De auteur van de erkenning mag, zoals elke andere belanghebbende, de erkenning betwisten (Cass., 20 mei 1976, *Arr. Cass.*, 1976, 1042; *R.W.*, 1976-77, 1745, met noot J. Pauwels; *Pas.*, 1976, I, 1003; *J.T.*, 1976, 697; Rb. Charleroi, 15 maart 1975, *J.T.*, 1976, 118; Rb. Charleroi, 9 februari 1977, *Pas.*, 1978, III, 9), ook al strookte ze niet met de waarheid. De natuurlijke afstamming heeft immers betrekking op de staat van de personen en bijgevolg op de openbare orde, en het is in overeenstemming met het maatschappelijk belang dat de erkenning met de waarheid strookt (Cass., 20 mei 1976, *gecit.*). Nochtans wordt het optreden van ambtswege van het openbaar ministerie (art. 138, tweede lid Ger.W.) niet gerechtvaardigd door het feit zelf dat een leugenachtige erkenning werd gedaan (Cass., 28 maart 1974, *R.W.*, 1974-75, 343; zie Baeteman, G., Delva, W. en Bax, M., *T.P.R.*, 1976, 460; Rb. Luik, 28 november 1975, *Jur. Liège*, 1975-76, 125), of nog dat een verboden, een overspelige afstamming vaststellende, erkenning werd gedaan (Rb. Brugge, 5 november 1979, *gecit.*: vordering van het openbaar ministerie ontvankelijk en gegrond; Rb. Bergen, 8 november 1978, *J.T.*, 1979, 203: ambtshalve optreden van het openbaar ministerie of van de rechtbank niet vereist. Rekening moet ophouden worden met de concrete maatschappelijke weerslag van elk geval.

Pleegouders die het kind wensen te adopteren hebben het door artikel 339 B.W. vereiste belang om de erkenning van het hun toevertrouwde kind te betwisten (Brussel, 27 november 1974, *R.W.*, 1976-77, 1391; *D.M.J.*, IV-115. Zie verder, nr. 227).

Zelfs wanneer een erkend kind is geadopteerd door zijn erkenner, is de betwisting van de erkenning niet noodzakelijk van alle belang ontbloot (Anders: Brussel, 25 mei 1977, *R.W.*, 1979-80, 2762 met kritische noot P. Senaeve): de erkenning door een derde laat de adoptie weliswaar bestaan, maar heeft gevolgen voor zover die niet in strijd zijn met die van de adoptie (art. 362 B.W.).

Degene die een reeds erkend kind ook erkent, heeft er uiteraard belang bij de eerste erkenning te betwisten, omdat zijn erkenning haar volle uitwerking slechts krijgt door de vernietiging van de eerste erkenning (art. 339, tweede lid B.W.).

Maar degene die een natuurlijk kind erkend heeft, kan, ook al is de erkenning nietig verklaard en heeft hij geen rechtsband meer met het kind, er evenzeer een moreel belang bij hebben de erkenning verricht door een ander te doen vernietigen (Brussel, 16 december 1975, *R.W.*, 1979-80, 1771). En een moreel belang volstaat (Cass., 18 december 1980, *Rev. Not.*, 1981, 201 met opm.).

Indien bij twee opeenvolgende erkenningen de tweede erkenner de eerste erkenning betwist, moet hij het niet-vaderschap van de eerste erkenner bewijzen, niet dat hij zelf de vader van het kind is. Bij de behandeling van de betwisting van de erkenning blijft het belang van het kind buiten het geschil (Brussel, 16 december 1975, *gecit.*).

De onoprechtheid van de erkenning en de onwaarschijnlijkheid van het vaderschap kunnen bewezen worden door een geheel van gewichtige, bepaalde en met elkaar overeenstemmende vermoedens (Brussel, 27 november 1974, *gecit.*) en zelfs door bekentenissen van de erkenner, indien deze niet verdacht of bedrieglijk zijn, en niet gedaan werden om aan de verplichtingen van het vaderschap te ontsnappen (Brussel, 16 december 1975, *gecit.*).

185. De vordering tot betwisting van een erkenning, uitgaande van derden, wordt ingesteld tegen de erkenner en tegen de moeder van de minderjarige erkende, in haar hoedanigheid van wettelijke vertegenwoordigster van de erkende (Brussel, 27 november 1974, *gecit.*). Wordt de vordering tot betwisting ingeleid door de moeder, dan moet ze gericht worden tegen de erkenner en tegen een voogd *ad hoc*, door de familieraad, of beter — naar analogie met het gewijzigde artikel 318 B.W. — door de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg aan te stellen (Vgl. Rb. Brussel, 26 mei 1976, *R.W.*, 1976-77, 873 met noot J. Pauwels).

Wordt de erkenning betwist door de erkennende vader zelf, dan dient eveneens een voogd *ad hoc* aangesteld (Rb. Antwerpen, 10 januari 1980, *R.W.*, 1980-81, 2408 met advies O.M.: voogd *ad hoc* benoemd door de familieraad). Ook indien de vordering uitgaat van een derde, maar *in concreto* verondersteld kan worden dat de belangen van de moeder strijdig zijn met die van het kind, zou een voogd *ad hoc* moeten aangesteld worden (J. Pauwels, gecit. noot).

Voor het inleiden van een vordering tot betwisting van een erkenning is noch een verjaringstermijn, noch een vervaltermijn voorzien (Rb. Charleroi, 15 maart 1975, *J.T.*, 1976, 118). Bij vernietiging van de erkenning, na een betwisting uitgaande van de erkenner zelf, kan het kind aanspraak maken op materiële en morele schadevergoeding (Cass., 20 mei 1976, *gecit.*; Rb. Charleroi, 15 maart 1975, *gecit.*; Pauwels, J., noot onder Cass., 20 mei 1976, *R.W.*, 1976-77, 1751, nr. 3). Ook de moeder kan schade lijden, voor zover die rechtstreeks in verband staat met de foutieve erkenning, behalve indien zij destijds met die erkenning instemde of deze zelf uitlokte, en zij de gevolgen daarvan aanvaardde (Cass., 20 mei 1976, *gecit.*; Pauwels, J., gecit. noot, 1753, nr. 5).

Indien de erkenner zijn eigen leugenachtige erkenning betwist, wordt hij tot de kosten van het geding veroordeeld: als de partijen onderscheidenlijk omtrent enig

geschilpunt in het ongelijk zijn gesteld, kan de feitenrechter krachtens artikel 1017, lid 1 Ger.W. één van de partijen in alle kosten verwijzen (Zie Cass., 20 mei 1976, *gecit.*; J. Pauwels, gecit. noot, 1752, nr. 4).

III. Gevolgen van de erkenning

186. De erkenning van een kind werkt in principe terug tot op de dag van de geboorte.

De overeenkomst betreffende de uitkering tot onderhoud op grond van vermoedelijk vaderschap (art. 340b B.W.) verliest haar rechtsgrond en is niet meer voor uitvoering vatbaar ten gevolge van de erkenning van het kind door een andere man (Gent, 5 juli 1975, *R.W.*, 1975-76, 869).

Moeilijk te beantwoorden is de vraag of hij die een kind erkent ertoe gehouden is de kosten van onderhoud door derden vóór de erkenning gemaakt terug te betalen. De logica eist daarop een positief antwoord (Brussel, 2 augustus 1865, *Pas.*, 1866, II, 79; Rb. Brussel, 16 juni 1933, *Pas.*, 1934, III, 26), het ,,gezond verstand'' doet inzien dat de erkenning van een natuurlijk kind wordt bemoeilijkt, wanneer de erkenner kan verplicht worden de onderhoudskosten gemaakt vóór de erkenning terug te betalen (De Page, H., I, nr. 1141; Luik, 26 februari 1948, *R.C.J.B.*, 1948, 281 met afkeurende noot C. Renard; Rb. Neufchâteau, 24 mei 1955, *Pas.*, 1957, III, 32. Vgl. Pauwels, J., ,,Samenloop van natuurlijk vaderschap en vermoed vaderschap'', noot onder Gent, 12 april 1979, *R.W.*, 1979-80, 985. Zie verder, nr. 190).

Indien een natuurlijk kind eerst erkend wordt door zijn moeder en nadien door zijn vader, krijgt het de naam van zijn vader, niet op grond van enige wettekst, maar op grond van de gewoonte.

De rechtbank van eerste aanleg te Brussel is het daar niet mee eens: hoogstens kan er sprake zijn van ,,une pratique que l'on ne peut cependant considérer comme suffisamment constante pour engendrer un usage qui serait, à ce titre, obligatoire'', en het belang van een kind dat bij zijn natuurlijke moeder leeft en wordt opgevoed, vereist dat het de naam van zijn moeder blijft dragen (Rb. Brussel, 22 september 1980, *J.T.*, 1981, 80).

Indien een natuurlijk kind eerst erkend wordt door zijn moeder en nadien door zijn vader, behoudt het de nationaliteit van zijn moeder (Rb. Luik, 28 april 1980, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1981, 97).

B. WETTIGING

187. Een duidelijk onderscheid moet worden gemaakt tussen artikel 331, tweede lid B.W. dat betrekking heeft op de erkenning of wettiging met machtiging van de rechtbank van eerste aanleg van bepaalde overspelige kinderen (Uit een samenlezing van artikel 331, eerste en tweede lid kan afgeleid worden dat het hier gaat om de wettiging van door beide ouders vóór het huwelijk of in de akte van huwelijksvoltrekking erkende kinderen. Aangenomen moet worden dat de machtiging tot erkenning — artikel 335 B.W. — en de machtiging tot wettiging het

voorwerp kunnen uitmaken van één enkel verzoekschrift; zie Senaeve, P., noot onder Rb. Hasselt, 10 april 1979, *R.W.*, 1978-79, 2746: een verzoek tot machtiging tot wettiging volstaat, want de machtiging tot wettiging brengt noodzakelijk de machtiging tot erkenning mee. Bovendien kan gesteld worden dat zo, voor er van enig huwelijk sprake was, machtiging tot erkenning door één of beide echtgenoten werd verkregen, en de afstamming ten aanzien van beide ouders wettelijk vaststaat, de wettiging van rechtswege door het huwelijk geschiedt, zonder dat een nieuwe machtiging — tot wettiging — vereist is) en artikel 331 *bis* B.W. dat betrekking heeft op de uitspraak door de rechtbank van de wettiging *post nuptias* van natuurlijke kinderen door minstens één der ouders na de voltrekking van hun huwelijk erkend. Een op grond van artikel 331 *bis* B.W. ingediend verzoek tot wettiging van een natuurlijk kind is niet ontvankelijk zolang de afstamming van het kind tegenover beide echtgenoten niet voorafgaandelijk vastgesteld is.

De machtiging, op grond van de artikelen 331 en 335 B.W. tot erkenning van een overspelig kind moet in een afzonderlijk, voorafgaandelijk verzoek gevraagd worden.

Het verzoek tot wettiging op basis van artikel 331 *bis* B.W. kan evenwel als een verzoek tot machtiging om te erkennen op grond van de artikelen 331 en 335 B.W. gelden (Rb. Hasselt, 27 september 1977, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1979, 102 met noot P. Senaeve).

De rechtbank verleent machtiging tot wettiging van een overspelig kind op een gezamenlijk door de aanstaande echtgenoten ingediend verzoekschrift (art. 331, 4e lid B.W.).

Voor een wettiging *post nuptias* wordt een gezamenlijk door beide echtgenoten ingediend verzoekschrift niet uidrukkelijk door de wet vereist, hoewel in artikel 331 *bis* wel sprake is van ,,de verzoekers''.

Sinds lang nemen rechtspraak en rechtsleer aan dat, na het overlijden van één der ouders, de overlevende echtgenoot alleen op grond van artikel 331 *bis* een verzoek tot wettiging *post nuptias* kan indienen, voor zover aan de voorwaarden voor de wettiging — huwelijk van de ouders en vaststelling van de afstamming van het kind t.a.v. beide ouders — is voldaan (Rb. Charleroi, 11 mei 1976, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1978, 275, met noot C. Jongmans; Rb. Kortrijk, 23 mei 1980, *R.W.*, 1980-81, 929; Senaeve, P., gecit. noot, *R.W.*, 1978-79, 2748 en de referenties). Maar ook indien beide ouders nog in leven zijn is het verzoekschrift, waarbij de wettiging *post nuptias* van een kind door één van de echtgenoten-ouders wordt gevorderd, ontvankelijk (Senaeve, P., gecit. noot, *R.W.*, 1978-79, 2747-2748, nr. 5, en de referenties. Anders: Rb. Hasselt, 10 april 1979, *R.W.*, 1978-79, 2744), bijvoorbeeld wanneer deze feitelijk gescheiden leven of in een echtscheidingsprocedure gewikkeld zijn (Rb. Veurne, 28 juni 1979, *R.W.*, 1979-80, 587 met goedkeurende noot van P. Senaeve): de wettiging moet gezien worden als een wettelijk gevolg van het huwelijk; de rechtbank moet bij de wettiging *post nuptias* alleen nagaan of aan de voorwaarden van de wettiging is voldaan en heeft geen discretionaire bevoegdheid om de wettiging al dan niet uit te spreken.

Hoewel de wettiging beide ouders aanbelangt, vermits het statuut van het kind t.a.v. beide ouders verbeterd wordt, dient voorrang gegeven te worden aan de belangen van het kind (Rb. Veurne, 28 juni 1979, *gecit.*).

De rechtbank te Luik zet nog een stap verder en neemt terecht aan dat (het wettig kind van) een natuurlijk kind, door beide ouders erkend, na het huwelijk van dezen, het vereiste belang en de nodige hoedanigheid bezit om de rechtbank te verzoeken de wettiging *post nuptias* (van zijn vader) uit te spreken (Rb. Luik, 11 mei 1979, *Jur. Liège*, 1979, 380. Zie i.v.m. wettiging *post nuptias* ook: Detienne, Ph., ,,La légitimation post nuptias et la pratique notariale'', *Rev. Rég. Dr.*, 1981, 141): deze zienswijze is inderdaad niet onverzoenbaar met de tekst van artikel 331 *bis* B.W.

188. De vernietiging van de erkenning van een natuurlijk kind brengt de vernietiging mee van de wettiging door huwelijk die er het gevolg van is (Rb. Charleroi, 9 februari 1977, *Pas.*, 1978, III, 9). Een nietigverklaard huwelijk heeft bepaalde gevolgen ten voordele van de echtgenoot te goeder trouw, maar niet ten voordele van het door dit huwelijk gewettigd kind, indien de erkenning van dit kind werd vernietigd (Rb. Charleroi, 26 mei 1978, *Pas.*, 1978, III, 13).

C. Vermoedelijk vaderschap

189. De vordering tot levensonderhoud tegen de vermoede vader (art. 340b B.W.) valt onder de bevoegdheid van de rechtbank van eerste aanleg (Art. 591, 7° Ger.W.; zie Arrond. Brussel, 28 januari 1974, *Pas.*, 1974, III, 83) van de woonplaats van de verweerder (Rb. Brussel, 25 mei 1977, *R.W.*, 1977-78, 1578). Voor de vorderingen op grond van artikel 340b B.W. zijn sinds de inwerkingtreding van het gerechtelijk wetboek immers de algemene regels bepaald in artikel 624 Ger.W. m.b.t. de territoriale bevoegdheid van toepassing, niet de bijzondere regels van artikel 626 Ger.W. Artikel 626 Ger.W., luidens hetwelk de vorderingen betreffende de uitkeringen tot onderhoud, bedoeld in artikel 591, 7°, kunnen worden gebracht voor de rechter van de woonplaats van de eiser, is niet toepasselijk in geval van een geschil betreffende een uitkering tot levensonderhoud dat krachtens artikel 591, 7° Ger.W. uitgesloten wordt van de bevoegdheid van de vrederechter (Fettweis, A., *Bevoegdheid*, II, 307, nr. 558).

190. De rechtsvordering van artikel 340 b kan slechts ingesteld worden door een kind wiens moederlijke afstamming wel en wiens vaderlijke afstamming niet vaststaat (Vgl. Cass., 6 juni 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 1066 noot A.T.; *Pas.*, 1975, I, 964 noot A.T.; *J.T.*, 1976, 245; *Rev. Not.*, 1978, 237; *R.C.J.B.*, 1976, 283, noot F. Rigaux, impliciet).

De erkenning — en de wettiging — van het kind door een andere man dan diegene die wordt aangesproken op grond van artikel 340b heeft de niet-ontvankelijkheid van deze vordering tot gevolg, ook al gebeurt de erkenning of wettiging na het inleiden van de vordering op grond van artikel 340b (Gent, 12 april 1979, *Rev.*

Trim. Dr. Fam., 1980, 113; *R.W.*, 1979-80, 983, met noot J. Pauwels, ,,Samenloop van natuurlijk vaderschap en 'vermoed' vaderschap'') en ook al heeft deze vordering tot onderhoud alleen betrekking op de periode vóór de erkenning (Zie de referenties bij J. Pauwels, gecit. noot, 987 en zijn kritiek, 988).

De eis tot schadevergoeding van de moeder op grond van artikel 1382 B.W. staat los van de kwestie van de afstamming en kan gesteund worden op de verleiding van de moeder door huwelijksbelofte (Gent, 12 april 1979, *gecit.*).

Luidens artikel 340e komt de rechtsvordering tot uitkering van onderhoud aan het kind persoonlijk toe. Zij gaat niet over op de erfgenamen, doch dezen kunnen een aangevangen vordering voortzetten.

De rechtspraak neemt aan dat de onderhoudsuitkering op grond van artikel 340b het karakter heeft van een overerfbare schuld (Rb. Dendermonde, 20 mei 1976, *R.W.*, 1976-77, 687; Rb. Brussel, 10 juni 1976, *Rev. Not.*, 1976, 360; *Pas.*, 1979, III, 19): indien de schuldenaar overleden is kan de vordering ingesteld worden tegen zijn erfgenamen; de erfgenamen blijven eveneens ertoe gehouden de onderhoudsverplichting van de schuldenaar, waartoe deze tijdens zijn leven werd veroordeeld, na diens dood voort te zetten.

De erfgenamen zijn in alle geval slechts gehouden ten belope van het actief van de nalatenschap. De schuldvordering kan worden verminderd, zoals elke vordering tot onderhoud, gelet op het vermogen van de schuldenaar en de behoeften van de schuldeiser (Rb. Brussel, 10 juni 1976, *gecit.*).

191. De rechtsvordering moet worden ingesteld binnen drie jaren, te rekenen hetzij van de geboorte, hetzij van het staken van de hulp door de verweerder rechtstreeks of onrechtstreeks verleend (art. 340e B.W.). De rechtsvordering wordt ingeleid door het verzoekschrift vermeld in artikel 340f, niet door de dagvaarding ten gronde, zodat voor de berekening van de vervaltermijn van drie jaren de dag waarop het verzoekschrift neergelgd wordt in aanmerking moet genomen worden (Rb. Dendermonde, 20 mei 1976, *gecit.*; Antwerpen, 14 december 1977, *R.W.*, 1977-78, 2795).

De hulp waarvan sprake is in artikel 340e moet niet rechtstreeks aan het kind verleend zijn; steun verleend aan de moeder wordt er ook onder begrepen (Rb. Dendermonde, 20 mei 1976, *gecit.*).

De bewijslast van de omstandigheid dat de verweerder t.a.v. een vordering gegrond op artikel 340b aan eiser steun verleende hoogstens drie jaar vóór het instellen van de vordering rust op de eiser (Rb. Brussel, 11 juni 1977, *R.W.*, 1977-78, 952).

Het bewijs van de verleiding door huwelijksbelofte — één van de enige vier omstandigheden waaruit het bewijs van de gemeenschap kan afgeleid worden — en van de gemeenschap kan voortvloeien uit ernstige, precieze en samenhangende vermoedens, waaruit de overtuiging blijkt dat het kind door de verweerder werd verwekt en dat de moeder heeft toegestemd tot de sexuele betrekkingen op grond van de huwelijksbelofte (Luik, 14 mei 1975, *Jur. Liège*, 1975-76, 41).

Wanneer de verweerder de *exceptio plurium* inroept en het bewijs met getuigen wellicht geen uitsluitsel zal bieden, kan de rechtbank op verzoek van de verweerder een vergelijkend onderzoek van de bloedgroepen van moeder, kind en verweerder bevelen, ook al verzet de moeder zich daartegen (Rb. Antwerpen, 11 december 1975, *R.W.*, 1976-77, 1395 met advies O.M. Kinart; Rb. Luik, 13 februari 1976, *Jur. Liège*, 1975-76, 229).

In dat geval zal de rechtbank de deskundige echter gelasten zijn taak enkel uit te voeren indien alle partijen ermee instemmen. De ongegronde weigering kan geïnterpreteerd worden ten nadele van de partij die weigert, rekening houdend met de gehele economie van de zaak; zij kan zelfs beschouwd worden als de impliciete toegeving dat sexuele betrekkingen met een of meer andere mannen hebben plaats gehad (Advies O.M. Kinart, *gecit.*, 1396-1397), maar alleen ter aanvulling van andere bewijzen.

192. Hoewel artikel 340b bepaalt dat het kind een ,,jaarlijkse'' uitkering voor zijn onderhoud en opvoeding kan opvorderen, kan zijn vertegenwoordiger een maandelijks onderhoudsgeld vragen: de splitsing in twaalf maandelijkse fracties maakt de vordering niet onontvankelijk (Rb. Dendermonde, 20 mei 1976, *gecit.*).

§ 4. Adoptie en wettiging door adoptie

A. Voorwaarden

193. Adoptie en wettiging door adoptie zijn toegelaten wanneer zij op wettige redenen steunen en de betrokkene tot voordeel strekken (art. 343 B.W.). Wettige redenen zijn deze die met de hogere doelstellingen van de adoptie of wettiging door adoptie als instelling stroken en waardoor de overeenkomst tussen partijen voor de gemeenschap aanvaardbaar wordt (Van Malderen, C., *A.P.R.*, Tw. ,,Adoptie en wettiging door adoptie'', nr. 41; Brussel (Jk.), 26 februari 1976, *R.W.*, 1976-77, 810 met noot C. Van Malderen; *D.M.J.*, I-315).

De wettiging door adoptie steunt niet op wettige redenen indien de adoptant, ook al staat zijn genegenheid voor de geadopteerde vast, de uitgesproken bedoeling heeft de banden tussen de geadopteerde en zijn oorspronkelijke familie te verbreken. Het verlangen van de adoptant de kinderen bij wijze van wettelijke erfgerechtigheid te begunstigen kan ook tot vervulling komen zonder wettiging door adoptie; de materiële voordelen moeten trouwens desnoods wijken voor gewichtige morele redenen, met name de handhaving van bestaande familiebanden met de grootouders en andere familieleden van vaderszijde (Brussel, (Jk.), 26 februari 1976, *gecit.*; vgl. Luik, 29 juni 1976, *Jur. Liège*, 1976-77, 1; *Rev. Not.*, 1977, 97; *J.T.*, 1977, 44 met noot J.P. Masson; *D.M.J.*, I-340; Jrb. Hoei, 17 februari 1977, *Jur. Liège*, 1977, 220; Brussel (Jk.), 11 mei 1978, *D.M.J.*, I, 353).

Aldus beslist de jeugdkamer van het hof van beroep te Brussel in een arrest van 26 februari 1976 met betrekking tot een verzoek tot wettiging door adoptie uitgaande van de nieuwe echtgenoot van de moeder, waartegen de grootouders van vaders-

zijde zich verzetten. Een jaar later homologeert dezelfde jeugdkamer, bij arrest van 3 maart 1977, het verzoek tot wettiging door adoptie van een andere tweede echtgenoot, omdat het belang dat de *adoptandus* heeft opgevoed te worden in een uitstekend gezin waarin hij volledig geïntegreerd zal zijn, zijn andere belangen en de belangen van de grootouders, hoe eerbiedwaardig ook, primeert (Brussel, (Jk.), 3 maart 1977, *R.W.*, 1977-78, 1627; vgl. Brussel (Jk.), 28 februari 1974, *D.M.J.*, I-307).

Gelet op de bijzonderheden van elk geval, zijn dus verschillende oplossingen mogelijk.

Wanneer een grootmoeder langs moederzijde twee kleinkinderen wil adopteren met de uitsluitende bedoeling om aan de familienaam van de geadopteerden die van de overleden echtgenoot van de adoptante toe te voegen dewelke ook die van hun moeder is, en zulks enkel op grond van persoonlijke, mondaine en beroepsbelangen, dan steunt haar verzoek niet op de wettige redenen en dient afgewezen te worden (Rb. Brussel, 10 oktober 1977, *J.T.*, 1977, 750; *Pas.*, 1978, III, 26; *T. Vred.*, 1980, 90; *D.M.J.*, I-346).

De persoon die met de natuurlijke erkennende moeder samenleeft wenst haar (en vermoedelijk zijn) kind te adopteren. De jeugdrechtbank te Hasselt weigert de homologatie omdat ze niet steunt op wettige redenen: het is niet aanvaardbaar dat men via de adoptie voorlopig een huwelijk wenst te vermijden en een concucibinaatsverhouding te bestendigen; bovendien zijn de nadelen belangrijker dan de voordelen: door de adoptie zal de moeder die de kinderen grootbracht en verder opvoedt de prerogatieven van de ouderlijke macht bijna volledig verliezen ten voordele van de adoptant (Jeugdrb. Hasselt, 17 december 1979, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 423 met advies O.M.).

194. De vraag of de grootouders hun kleinkinderen kunnen adopteren of wettigen door adoptie blijft omstreden (Zie Dalcq-Depoorter, J., ,,Adoption et légitimation'', *Rev. Not. B.*, 1979, 170 e.v., nr. 11; Vieujean, E., o.c., *R.C.J.B.*, 1978, 402).

Het is duidelijk dat de adoptie of de wettiging door adoptie van een *niet-erkend* natuurlijk kind door zijn grootouders noch met de wet noch met de openbare orde in strijd is (Jrb. Kortrijk, 4 februari 1975, R.W., 1975-76, 1956; *D.M.J.*, I-316).

Een erkend natuurlijk kind of een wettig kind kan geadopteerd worden of worden gewettigd door adoptie door zijn grootouders wanneer zijn ouders of de ouder die het erkend heeft overleden zijn (Brussel, 2 december 1977, *J.T.*, 1978, 192 met noot F. Poelman; *Rev. Not. B.*, 1978, 481 (impliciet); Brussel, 9 februari 1978, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1978, 243 met noot N. Gallus; *J.T.*, 1978, 245). Of de adoptie of de wettiging door adoptie van een erkend natuurlijk kind of een wettig kind door zijn grootouder(s), terwijl de erkennende of wettige vader of moeder nog in leven is, al dan niet strijdig is met de familiale structuren of met de ondeelbaarheid van de staat der personen, is een moeilijker te beantwoorden vraag. Een arrest van het hof van beroep te Brussel van 9 februari 1978 ziet geen bezwaar in een gewone adoptie, ,,omdat de gewone adoptie geen enkele band van bloedverwantschap tussen de geadopteerde en de afstammelingen van de adop-

tant schept'', wel in een wettiging door adoptie, omdat daardoor de gewettigde door adoptie broer of zuster van zijn eigen vader of moeder wordt (Brussel, 9 februari 1978, *gecit.*; vgl. Jrb. Brussel, 29 juni 1979, *D.M.J.*, I-368).

Maar een omgekeerde redenering kan evengoed gevolgd worden: een gewone adoptie door de grootouder(s) is strijdig met de familiale structuren, omdat de geadopteerde tegelijk kind is van zijn ouder(s) en van zijn grootouder(s) (Zie Bax, M., *o.c.*, *R.W.*, 1979-80, 1753: de geadopteerde behoudt banden met zijn oorspronkelijke familie) en broer of zuster van zijn ouder (Brussel, 2 december 1977, *gecit.*); een wettiging door adoptie kan daarentegen niet strijdig zijn met de familiale structuren, gezien de banden met de oorspronkelijke ouders verdwijnen (Bax, M., *l.c.*).

Op grond van dit alles, lijkt het enige juiste standpunt dat van het hof van beroep te Gent te zijn: de adoptie en de wettiging door adoptie moeten de geadopteerde tot voordeel strekken en op wettige redenen steunen, maar de wet bepaalt niet wat onder wettige redenen verstaan moet worden en er is geen verbodsbepaling met betrekking tot de adoptie of wettiging door adoptie van kleinkinderen door grootouders. Dat zulke adoptie of wettiging door adoptie de filiatieregels in de schoot van een zelfde familie vervalsen, impliceert niet noodzakelijk dat ze met de openbare orde in strijd zijn en aldus niet op wettige redenen steunen. In elk concreet geval afzonderlijk dient nagegaan te worden of er werkelijk billijke redenen zijn die, gelet op het specifiek eigene van de zaak, de adoptie of de wettiging door adoptie rechtvaardigen (Gent (Jk.), 18 december 1975, *R.W.*, 1975-76, 2496; *T. Not.*, 1976, 216).

Zo oordeelt de jeugdrechtbank te Hasselt dat de adoptie door de vaderlijke grootouders van hun twee kleinkinderen, die van bij hun geboorte door de adoptanten werden opgevoed en waarvan de ouders feitelijk gescheiden leven, dient te worden afgewezen, omdat het niet uitgesloten is dat de ouders zich in de toekomst verzoenen en een stabiel gezin vormen waarin zij hun kinderen zelf op degelijke wijze opvoeden. Deze mogelijkheid wordt door de voorgenomen adoptie quasi definitief uitgesloten. In het concrete geval kunnen de belangen van de kinderen, volgens de jeugdrechtbank, beter beschermd worden door een ander wettig middel, met name de pleegvoogdij (Jrb. Hasselt, 27 oktober 1980, *Limb. Rechtsl.*, 1981, 19 met noot).

195. Een wettige ouder kan zijn eigen wettig kind niet adopteren of wettigen door adoptie (Antwerpen, 27 juni 1975, *R.W.*, 1975-76, 1891 met referenties; Vred. Gent, 9 oktober 1978, *T. Vred.*, 1979, 19; Jrb. Hasselt, 17 november 1980, *Limb. Rechtsl.*, 1981, 21: absolute nietigheid van de akte van wettiging door adoptie door de wettige ouder).

Niets belet dat feitelijk gescheiden echtgenoten, gelet op de bijzondere omstandigheden van de zaak, een kind door adoptie wettigen (Jrb. Brussel, 1 oktober 1974, *D.M.J.*, I-306).

196. De regel van artikel 346, eerste lid B.W. volgens welke niemand kan worden geadopteerd door meer dan één persoon, behalve door twee echtgenoten,

heeft vooral tot doel te beletten dat een volwassene achtereenvolgens in meerdere families zou treden. Dit blijkt mede uit de uitzonderingen die in het tweede en derde lid van artikel 346 op die regel worden vastgesteld (artikel 346, tweede lid B.W., bepaalt dat een nieuwe adoptie mogelijk is voor een minderjarige, in geval van herroeping van de vorige adoptie of overlijden van de adoptant(en). Artikel 346, derde lid bepaalt dat een zelfs meerderjarige geadopteerde opnieuw kan geadopteerd worden, na herroeping van de adoptie of overlijden van één van de adopterende echtgenoten, door de nieuwe echtgenoot van de overblijvende adoptant. Vgl. artikel 368§ 3 B.W. voor de wettiging door adoptie). De woordelijke interpretatie daarvan moet vervolledigd worden, oordeelt de rechtbank te Brussel terecht. Een andere adoptie, zelfs van een meerderjarige, moet mogelijk zijn, wanneer tussen adoptant en geadopteerde een bijzondere verwantschap bestaat, met name deze omschreven in artikel 345 § 2, 2 B.W. en meer bepaald de natuurlijke afstamming van de geadopteerde ten opzichte van de adoptant (Rb. Brussel, 16 januari 1978, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1978, 374; *Pas.*, 1979, III, 21; vgl. Rb. Brussel, 14 oktober 1980, *J.T.*, 1981, 348: adoptie door de weduwe van de eerst adopterende man, natuurlijke moeder van de geadopteerde).

197. Indien een minderjarige geadopteerde de leeftijd van 15 jaar heeft bereikt, is ook zijn persoonlijke toestemming vereist (art. 348 § 3 B.W.), zelfs indien de minderjarige nog geen 15 jaar oud was op het ogenblik van de sluiting van de debatten, maar deze leeftijd wel heeft bereikt op het ogenblik van de homologatie of de uitspraak (art. 353 § 3 B.W.) van de adoptie (Cass., 2 februari 1979, *Pas.*, 1980, I, 759; *R.W.*, 1979-80, 906; *T. Not.*, 1980, 45; *J.T.*, 1979, 540).

De sanctie op het ontbreken van zijn toestemming is de nietigheid van de adoptie. De minderjarige die meer dan 15 jaar oud is, is evenwel nooit partij in een zelfs tegensprekelijke adoptieprocedure en de natuurlijke moeder kan tegen hem geen voorziening in cassatie instellen (Cass., 22 februari 1979, *gecit.*).

Gaat de weigering om toe te stemmen tot de adoptie uit van de vader die de bewaring van het kind heeft, dan kan de rechtbank op verzoek van de adoptant(en) de adoptie slechts uitspreken indien de vader zich niet om het kind heeft bekommerd of zijn gezondheid, veiligheid of zedelijkheid in gevaar heeft gebracht (Art. 353 § 1, 2e lid B.W.; Luik, 29 juni 1976, *J.T.*, 1977, 44 met noot J.P. Masson; Brussel, 9 februari 1978, *gecit.* Vgl. Cass. civ., 3 oktober 1978, *Rép. Defr.*, 1979, art. 32023 met noot H. Souleau, i.v.m. ,,déclaration d'abandon'').

De adoptiewet kent geen vordering voor de vrederechter om een toestemming of een weigering van toestemming door een ouder in de wettiging door adoptie van zijn kind te laten akteren; dergelijke vordering is ontoelaatbaar. De vrederechter die een ouderlijke toestemming of weigering tot toestemming akteert, oefent zijn willige rechtsmacht uit. De ene ouder heeft geen vordering tegen de andere om een toestemming in de wettiging door adoptie van een wettig kind af te dwingen, al evenmin als het kind zelf dergelijke vordering kan inleiden (Vred. Gent, 9 oktober 1978, *T. Vred.*, 1979, 19).

Bij weigering van de familieraad om zijn toestemming te geven tot de wettiging door adoptie, kan de jeugdrechtbank deze uitspreken, voor zover zij de weigering

onverantwoord acht (Gent, 26 juni 1980, *R.W.*, 1980-81, 1846). Dezelfde regel geldt indien de weigering uitgaat van de ouder die de bewaring van het kind niet heeft: zo is onverantwoord de weigering van de vader om zijn kind, dat door de moeder aan het O.C.M.W. werd toevertrouwd en dat hij zelfs nooit gezien heeft, te laten wettigen door adoptie (Jrb. Brussel, 13 februari 1975, *D.M.J.*, I-317).

Even onverantwoord is de weigering van de moeder haar kind te laten wettigen door adoptie door de tweede echtgenote van de vader, wanneer ze jaren onverschillig is gebleven en het haar toegekende bezoekrecht zelfs niet heeft uitgeoefend (Jrb. Brussel, 27 april 1979, *D.M.J.*, I-364; Jrb. Brussel, 16 juni 1978, *D.M.J.*, I-365. Zie ook Jrb. Brussel, 24 januari 1977, *D.M.J.*, I-334: het stilzwijgen van de vader komt neer op een onverantwoorde weigering; Brussel (Jk.), 9 februari 1978, *D.M.J.*, I-349: weigering van de vader *geen* misbruik).

Een verzoek tot uitspraak van de adoptie ingediend door de bijzit van de wettige moeder, en gesteund op de onverantwoorde weigering van de vader om toestemming te geven, moet worden afgewezen, wanneer blijkt dat de vader niet tegen de adoptie gekant was (Jrb. Brussel, 20 december 1974, *D.M.J.*, I-325).

B. VORMEN

198. De adoptieakte moet ter homolagatie voorgelegd worden aan de rechtbank van eerste aanleg. Indien de geadopteerde echter minderjarig is op het ogenblik van de neerlegging van het verzoekschrift, dan is de jeugdrechtbank bevoegd (Jrb. Brussel, 31 mei 1974, *D.M.J.*, I, 304. Anders: Baeteman, G., Delva, W. en Bax, M., *T.P.R.*, 1976, 473, nr. 118). De bevoegdheid wordt immers bepaald op het ogenblik van de inleiding van een vordering.

De (jeugd)rechtbank van de woonplaats van één der adoptanten is niet bevoegd om tot de homologatie van de adoptie of de wettiging door adoptie over te gaan, indien geen der partijen een verblijfplaats in het rechtsgebied van die (jeugd)rechtbank heeft (Jrb. Kortrijk, 4 april 1978, *R.W.*, 1978-79, 506; *T. Vred.*, 1980, 91; *D.M.J.*, I-352).

Het is immers de rechtbank van de verblijfplaats — en niet van de woonplaats — van de adoptant, van één der adopterende echtgenoten in België, of, bij gebreke daarvan, die van de verblijfplaats van de geadopteerde of van één van de geadopteerden in België die bevoegd is. Wanneer geen van de partijen een verblijfplaats in België heeft, maar ten minste één van hen de Belgische nationaliteit bezit, is de jeugdrechtbank te Brussel bevoegd (art. 350 § 1, tweede lid B.W.).

De verblijfplaats in de zin van artikel 350 § 1 B.W. is de plaats waar iemand *de facto* woont, als dit wonen een zekere tijd duurt (Gent, 11 mei 1978, *R.W.*, 1978-79, 505).

199. De geadopteerde die de leeftijd van vijftien jaar niet heeft bereikt wordt bij de adoptieakte en bij de homologatieprocedure geldig vertegenwoordigd door zijn ouder, die hem wenst te adopteren of te wettigen door adoptie (art. 349 en 350 § 2 B.W.; Antwerpen, 27 juni 1975, *R.W.*, 1975-76, 1891).

200. De uit de ouderlijke macht ontzette ouder moet niet toestemmen in de adoptie, want hij wordt geacht in de onmogelijkheid te verkeren zijn wil te kennen te geven (art. 348, § 1 B.W.). Hij moet wel worden gehoord overeenkomstig artikel 350 § 3 B.W., omdat in die tekst sprake is van alle bloedverwanten in de opgaande lijn van de geadopteerde (Zie Baetman, G., Delva, W. en Bax, M., *T.P.R.*, 1976, 468, nr. 112; Van Malderen, C., *o.c.*, *A.P.R.*, 215, nr. 218; Bax, M., *o.c.*, *R.W.*, 1977-78, 2487. Anders: Jrb. Brussel, 13 februari 1976, *D.M.J.*, I, 331).

De moeder van de adoptant behoort niet tot de personen die verplicht moeten worden gehoord. Zij heeft wel het recht, in geval van overlijden van de adoptant tijdens de procedure, in haar hoedanigheid van rechthebbende op diens nalatenschap, aan het openbaar ministerie alle memories en opmerkingen ter hand te stellen en daarna gehoord of althans in raadkamer opgeroepen te worden. Als tussenkomende partij kan zij evenwel niet ontvankelijk optreden (art. 355 *in fine* B.W.). Zij kan bijgevolg geen beroep instellen tegen het homologatievonnis (Brussel, 17 juni 1976, *Pas.*, 1977, II, 112).

In geval van overlijden van de adoptant na het opstellen van de adoptieakte maar vóór de betekening of terhandstelling aan de ambtenaar van de burgerlijke stand van het beschikkende gedeelte van het homologatievonnis of -arrest, kan de procedure door de geadopteerde voortgezet worden (art. 355, eerste lid B.W.) (Jrb. Brussel, 31 mei 1974 en Brussel, 17 juni 1976, *gecit.*).

Wanneer echter blijkt dat de adoptant, overleden na de neerlegging van het verzoekschrift tot homologatie, herhaaldelijk en uitdrukkelijk de wil heeft geuit om aan de adoptie te verzaken, moet de homologatie geweigerd worden: de wil om te adopteren bestond niet meer op het ogenblik van het overlijden; de adoptie steunt trouwens niet op wettige redenen als ze alleen bedoeld was om iemand als erfgenaam aan te stellen en niet om een vader-zoon verhouding tot stand te brengen (Jrb. Brussel, 31 mei 1974, *gecit.*).

Nu het hof van cassatie in zijn arrest van 22 september 1966 het bezoekrecht van de natuurlijke grootouders bevestigd heeft, mag gesteld worden dat het advies van de natuurlijke grootouders ook verplichtend moet ingewonnen worden (art. 350 § 3 B.W.) (Jrb. Luik, 27 mei 1974, *Jur. Liège*, 1974-75, 13; *D.M.J.*, I, 302; Jrb. Bergen, 7 januari 1974, *J.T.*, 1974, 374; *D.M.J.*, I, 285. Anders: Luik, 2 december 1974, *Pas.*, 1975, II, 76; *Jur. Liège*, 1974-75, 129, op grond van de beperking van de natuurlijke afstamming tot de eerste graad).

Ook het advies van de meerderjarige wettige kinderen van de adoptant moet worden gevraagd (Jrb. Gent, 10 oktober 1975, *D.M.J.*, I, 310).

Hoewel de procedure tot homologatie van adoptie of wettiging door adoptie tot de willige rechtspraak behoort, wordt ze contentieuze rechtspraak ten opzichte van personen die, verplicht geraadpleegd door het openbaar ministerie, de adoptie afwijzen en voor de raadkamer bij eenvoudige akte verklaren dat ze in het geding wensen tussen te komen. De tussenkomende partij beschikt over alle rechtsmiddelen, inbegrepen het verzet, hoewel dit door de adoptiewetgeving (art. 351-352 B.W.) niet uitdrukkelijk wordt bepaald (Brussel, 3 maart 1977, *R.W.*, 1977-78, 1627).

De grootouders van de geadopteerde verkeren in de wettelijke voorwaarden om, — nadat ze een ongunstig advies aan de procureur des Konings hebben uitgebracht, en na hun oproeping bij gerechtsbrief, — in de homologatieprocedure vrijwillig tussen te komen, hetzij bij een akte van rechtspleging, hetzij door een in het proces-verbaal van de terechtzitting opgenomen verklaring. Het feit dat ze zich voor de jeugdrechtbank tegen de adoptie uitspreken, is niet voldoende om hen als tussenkomende partijen te beschouwen. Bij ontstentenis van vrijwillige tussenkomst kunnen ze geen hoger beroep tegen het homologatievonnis instellen (Brussel (Jk.), 26 februari 1976, *R.W.*, 1976-77, 810 noot C. Van Malderen).

Derden-verzet (art. 356 § 2 B.W.) kunnen ze ook niet doen, want personen naar wier oordeel de procureur des Konings-verplicht-navraag heeft gedaan, zijn geen derden (Luik, 2 december 1974, *Pas.*, 1975, II, 78. Maar personen die verplichtend moesten worden gehoord en niet werden gehoord, hebben uiteraard het recht derden-verzet te doen: vgl. Brussel, 25 mei 1977, *R.W.*, 1979-80, 2762).

De tussenkomst van het meerderjarig kind van de echtgenoten, die het erkend natuurlijk kind van één hunner wensen te wettigen door adoptie, mist elke rechtsgrond wanneer ze alleen tot doel heeft het ,,monopolie'' van de geslachtsnaam te vrijwaren (Jrb. Gent, 10 oktober 1975, *D.M.J.*, I, 310).

De beweerde moeder van een natuurlijk kind, die niet werd gehoord ter gelegenheid van de adoptie van dit kind, kan geen derdenverzet tegen het homologatievonnis doen, daar het kind voor haar juridisch een vreemde is (Brussel, 25 mei 1977, *gecit.*).

De ouders van de minderjarige geadopteerde die ter gelegenheid van het opmaken van de adoptieakte hun toestemming tot de adoptie hebben gegeven, hebben het recht hoger beroep in te stellen tegen het vonnis dat weigert de adoptie te homologeren, maar ze verliezen dat recht zodra hun kind meerderjarig is geworden (Brussel, 2 december 1977, *Rev. Not.*, 1978, 481; *J.T.*, 1978, 192. De ouders worden hier blijkbaar ten onrechte als tussenkomende partijen en niet als vertegenwoordigers van de minderjarige beschouwd. Dit betekent niet dat de ouders niet kunnen tussenkomen, bv. als ze aan de opportuniteit van hun gegeven toestemming gaan twijfelen).

201. De wettiging door adoptie kan totdat het homologatievonnis of -arrest is gewezen, omgezet worden in adoptie (art. 369 B.W.) (Antwerpen, (Jk.), 27 juni 1975, *R.W.*, 1975-76, 1891). Het omgekeerde is niet mogelijk.

C. GEVOLGEN

202. De geadopteerde verkrijgt door de adoptie de naam van de adoptant. Partijen kunnen evenwel overeenkomen dat de geadopteerde zijn naam zal behouden, gevolgd door die van de adoptant (art. 358 § 1 B.W.). Alleen deze afwijking is toegelaten, en enkel bij overeenkomst (Jrb. Brussel, 17 mei 1976, *D.M.J.*, I, 320).

Gewoonlijk wordt er tussen beide namen een verbindingsteken gezet (Brussel, 7 april 1976, *J.T.*, 1976, 482; *Rev. Not.*, 1976, 442 met noot F.L.), maar een verplichting bestaat er niet.

Het hof van beroep te Brussel weigert dadelijk in te gaan op een verzoek tot verbetering van het homologatievonnis, dat de beide namen met een verbindingsteken tussen beide vermeldt, waar in de overeenkomst tussen partijen geen verbindingsteken was vermeld; het hof wil eerst nagaan of het verbindingsteken het gevolg is van een materiële vergissing of integendeel gewild was door de eerste rechter (Brussel, 7 april 1976, *gecit.* Blijkbaar gaat het hof hier zijn bevoegdheid te buiten: de wil van de partijen kan duidelijk in strijd zijn met de traditie, maar is het daarom niet met de wet, zodat hij moet geëerbiedigd worden (In verband met de voornaam van de geadopteerde: zie Bergen, 21 mei 1976, *D.M.J.*, I-339).

203. De adoptie of wettiging door adoptie door de tweede echtgenoot of echtgenote van de moeder of de vader van minderjarige kinderen uit een eerste huwelijk, maakt een einde aan de voogdij en voert opnieuw het ouderlijk gezag in van beide ouders, de wettige en de adoptieve (art. 361 § 1 en 2 B.W.). Het wettelijk beheer over de goederen van de minderjarige kinderen wordt door de ouders gevoerd niet alleen samen maar ook elk afzonderlijk en op voet van gelijkheid (art. 389 B.W.). In geval van tegenstrijdigheid van belangen tussen slechts één van de ouders en de minderjarigen, blijft de andere ouder, als beheerder, de minderjarigen geldig vertegenwoordigen: zo bijvoorbeeld voor de afrekening van de voogdij en het verlenen van handlichting van de wettelijke hypotheek, kan de tweede echtgenote van de vader, vroegere voogd, als adoptieve moeder optreden; deze moeder kan ook optreden voor het verlenen van hypothecaire waarborg voor een kredietopening ten voordele van de handelszaak die gemeenschappelijke eigendom is van de vader en zijn minderjarige kinderen (Rb. Antwerpen, 18 december 1975, *T. Not.*, 1976, 117).

Ingeval van tegenstrijdigheid van belangen tussen de beide ouders, wettelijke beheerders van het minderjarige kind, en het minderjarige kind dient een ,,beheerder *ad hoc*'' door de rechtbank van eerste aanleg benoemd te worden, geen ,,voogd *ad hoc*'' door de familieraad (Vred. Willebroek, 30 januari 1980, *T. Vred.*, 1980, 97).

204. Artikel 370, § 1 lid 2 B.W. dat bepaalt dat behoudens de verbodsbepalingen van de artikelen 161 tot 164 inzake huwelijk, de kinderen die door adoptie gewettigd worden ophouden tot hun oorspronkelijke familie te behoren, kan niet leiden tot aantasting van het bezoekrecht van de wettige grootouders dat voortvloeit uit een rechtsbeginsel dat steunt op betrekkingen van genegenheid, eerbied en toewijding ten gevolge van de bloedgemeenschap (Cass., 4 maart 1976, *Arr. Cass.*, 1976, 767 met noot F.D.; *R.W.*, 1976-77, 288 met noot H. Nuytinck; *Pas.*, 1976, I, 732 met noot F.D.; *J.T.*, 1977, 455, met noot J. Mahaux; *Rev. Not.*, 1978, 177; Luik (Jk.), 2 december 1974, *Pas.*, 1975, II, 78; Brussel, 3 maart 1977, *R.W.*, 1977-78, 1627; Luik, 17 mei 1977, *Jur. Liège*, 1977-78, 33; Meulders-Klein, M.T., ,,Légitimation par adoption. A propos du droit de visite des grands-parents d'origine en cas de légitimation par adoption et du fondement du droit de visite des tiers en général'', *Rev. Not.*, 1978, 118 e.v.; De Coninck, B., ,,Hoe groot zijn de grootouders, kritische studie over de veranderde

rol van de grootouders in maatschappij en recht'', *IUS*, 1979, 30). Het autonoom karakter van het bezoekrecht wordt hierdoor nogmaals bevestigd. Naast art. 161 en 371 B.W., wordt art. 24 van de — inmiddels opgeheven — wet van 21 maart 1859 (verbod van lijfsdwang) als wettelijke rechtsgrond aangehaald; verder wordt verwezen naar vroegere cassatiearresten van 18 januari 1924 (i.v.m. art. 205 B.W.), 11 augustus 1841 (i.v.m. art. 322 Wb.Strafv.) en 22 september 1966 (i.v.m. bezoekrecht natuurlijke grootouders) (F.D., noot, *gecit.*).

Dat het verliezen van het bezoekrecht door de grootouders — wettig of natuurlijk — niet langer als argument tegen de wettiging door adoptie kan worden aangevoerd, belet niet dat het verbreken van de andere banden met de oorspronkelijke familie in aanmerking kan worden genomen (Bax, M., *o.c.*, *R.W.*, 1979-80, 1755; zie hoger, nr. 193).

Wanneer de adoptanten weigeren een vonnis of arrest uit te voeren, dat de grootmoeder een bezoekrecht toekent, heeft deze laatste recht op schadevergoeding (Vred. Borgworm, 22 mei 1975, *T. Vred.*, 1975, 243). Ook de strafsanctie van artikel 369 *bis* Sw. kan toegepast worden.

205. Het feit dat het vonnis tot homologatie van de adoptie hieraan terugwerkende kracht geeft tot op de dag van de adoptieakte, sluit overtreding niet uit van artikel 369 *bis* Sw., welke wordt ten laste gelegd van de adoptant, die vóór deze homologatie, een beschikking inzake bewaring van het geadopteerde kind niet heeft uitgevoerd; er is niet vereist dat deze gerechtelijke beslissing kracht van gewijsde heeft verkregen; het volstaat dat ze bij voorraad uitvoerbaar is (Cass., 1 februari 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 611; *Pas.*, 1977, I, 595).

206. Ten onrechte beslist het hof van beroep te Brussel dat de betwisting van een erkenning, nadat het kind geadopteerd is (door de erkenner en diens echtgenote), van alle belang ontbloot is (Brussel, 25 mei 1977, *R.W.*, 1979-80, 2762 met noot P. Senaeve). De betwisting kan de weg openen voor een tweede erkenning, die, zelfs als ze na de adoptie gebeurt, bepaalde gevolgen kan bewerken, voor zover die niet in strijd zijn met die van de adoptie (art. 362, tweede lid B.W.) (Senaeve, P., gecit. noot, 2772).

D. HERROEPING VAN DE ADOPTIE

207. De herroeping van de adoptie kan om zeer gewichtige redenen worden uitgesproken op vordering van adoptant, geadopteerde of openbaar ministerie (art. 367 § 1 B.W.). Schuld aan de tekortkoming aan één van de verplichtingen die uit de adoptie voortvloeien wordt niet vereist; het volstaat dat adoptant en geadopteerde in het geheel niet met elkaar konden opschieten (Rb. Brussel, 23 november 1977, *Pas.*, 1977, III, 71: l'indifférence profonde, voire l'aversion irraisonnée entre adoptée et adoptants, leur grave conflit psychologique, constituent les motifs très graves ...).

De minderjarige geadopteerde wordt vertegenwoordigd door een bijzondere voogd, op verzoek van de procureur des Konings door de rechtbank, bevoegd om kennis te nemen van de vordering tot herroeping, aangewezen (art. 367 § 2 *in*

fine B.W.). Een persoon uit de natuurlijke familie kan als bijzondere voogd aangewezen worden, tenzij hij met de geadopteerde geen betrekkingen meer onderhoudt en vijandig staat tegenover de adoptant (Jrb. Brussel, 30 juni 1975, *D.M.J.*, I, 318).

E. PLEEGVOOGDIJ

208. Ook al heeft de wetgever in 1969 de pleegvoogdij uit de adoptiecontext gehaald en geplaatst in de titel waarin o.m. de voogdij wordt behandeld, toch leunt de pleegvoogdij veel meer aan bij de adoptie dan bij de voogdij, niet in het minst omdat ze vooral nuttig is als ,,proeftijd'' voor de adoptie of als mini-adoptie (Pauwels, J., noot onder Gent, 10 december 1975, *R.W.*, 1977-78, 1261). De principes en de rechtspleging die gelden voor de adoptie mogen evenwel niet analogisch toegepast worden op de pleegvoogdij. Beide instellingen zijn door de wetgever als onderscheiden gewild: de regels van de pleegvoogdij moeten dan ook naar eigen voorwerp en vormen geïnterpreteerd worden (Brussel, 14 juni 1979, *R.W.*, 1979-80, 2053).

Tegen een beslissing van de jeugdrechter die de akte van pleegvoogdij al of niet bekrachtigt, kan hoger beroep worden ingesteld, bij ontstentenis van enige andersluidende wetsbepaling, niettegenstaande artikel 2 van hoofdstuk II*bis* over de pleegvoogdij zulks niet uitdrukkelijk voorziet (Brussel, 14 juni 1979, *gecit.*, met verwijzing naar art. 2, 19, 616 en 1050 Ger.W. en art. 58 wet 8 april 1965; Gent, 10 december 1975, *R.W.*, 1977-78, 1259; *T. Vred.*, 1980, 124).

Hoewel in de tekst van het burgerlijk wetboek over de pleegdvoogd in het enkelvoud gehandeld wordt, kunnen beide echtgenoten samen pleegvoogd over een zelfde kind worden: de wet verbiedt dit immers niet en het kan bezwaarlijk geloochend worden dat een kind er belang bij heeft door een echtpaar gezamenlijk en in samenwerking in bescherming te worden genomen (Gent, 10 december 1975, *gecit.* met noot J. Pauwels, *gecit.*).

De pleegvoogdijovereenkomst is een door de wetgever bepaalde uitzondering op het algemeen principe dat alle bedingen die de toekenning of de uitoefening van één of meer elementen van het ouderlijk gezag wijzigen of verplaatsen nietig zijn. Daarom moeten de overeenkomstvoorwaarden strikt en beperkend uitgelegd worden.

Een overeenkomst tot pleegvoogdij mag niet gehomologeerd worden als blijkt dat één van de ouders van de minderjarige op het ogenblik van de toestemming wegens een depressieve toestand niet in staat was de juiste draagwijdte hiervan te beseffen en als ze niet in het belang van het kind zou zijn, omdat enerzijds de ouders het kind behoorlijk willen en kunnen opvoeden en anderzijds zij zich tegen de adoptie van het kind door de pleegvoogd zullen verzetten en meer algemeen het ouderlijk gezag dat zij behouden zullen uitoefenen in een geest van verzet tegen de pleegvoogd.

De pleegvoogd oefent immers slechts het recht van bewaring over het pleegkind uit, en alleen voor zover het zijn gewone verblijfplaats bij hem heeft, waarmee de ouders moeten akkoord gaan (Brussel, 14 juni 1979, *gecit.*).

AFDELING IV

OUDERLIJKE PLICHT EN MACHT

§ 1. Ouderlijke plicht

A. VERPLICHTING OM AAN DE KINDEREN KOST, ONDERHOUD EN OPVOEDING TE VERSCHAFFEN (ART. 203 B.W.)

209. In een arrest van 2 juni 1978 heeft het hof van cassatie bevestigd dat de in de artikelen 203 en 303 vermelde verbintenissen ten behoeve van de kinderen bestaan afgezien van elke vordering ingesteld ten einde uitvoering ervan te krijgen (Cass., 2 juni 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 1173; *R.W.*, 1978-79, 904; *J.T.*, 1979, 232; *Pas.*, 1978, I, 1142; *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1979, 78 met noot J.L. Renchon; vgl. Cass.civ., 29 oktober 1980, *J.C.P.*, 1981, IV, 22. Vroeger had het hof van cassatie dit reeds beslist voor de onderhoudsverplichting uit artikel 213 B.W. (vroeger 212 B.W.) tussen echtgenoten: Cass., 10 januari 1958, *Pas.*, 1958, I, 478 en Cass., 20 februari 1964, *Pas.*, 1964, I, 657).

Zo kan een rechter, zonder enige wetsbepaling te schenden, beslissen dat, hoewel de moeder pas met een gedinginleidend verzoekschrift van 12 mei 1976 de veroordeling van de vader tot het nakomen van de verbintenissen die hem opgelegd worden door de artikelen 203 en 303 B.W. gevorderd heeft, die vader verplicht is bij te dragen in het onderhoud en de opvoeding van hun minderjarige zoon vanaf 1 augustus 1972, datum vanaf welke hij aan die verplichtingen is te kort gekomen (Cass., 2 juni 1978, *gecit.*). De rechtsspreuk ,,onderhoudsgeld laat geen achterstallen'' geldt dus alleszins niet voor de onderhoudsverplichting van de ouders op grond van artikel 203 B.W. (Voor de steunplicht van artikels 205 e.v. B.W.: zie verder nr. 218).

De vader die door een beslissing van de burgerlijke rechter veroordeeld werd tot het betalen van onderhoudsgeld voor zijn kind blijft tot betaling gehouden zolang hij de intrekking daarvan niet heeft bekomen door een nieuwe beslissing van de burgerlijke rechter (Vgl. Cass., 5 september 1979, *Pas.*, 1980, I, 6; *R.W.*, 1979-80, 1863 met noot L. Dupont; *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1981, 8 met kritische noot M. Preumont; Dupont, L., *A.P.R.*, Tw., ,,Verlating van familie'', Gent, 1975, nr. 121 en nrs. 165 e.v.). Zelfs behoudt de beschikking in kort geding van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg in het kader van een echtscheidingsprocedure haar volledige gelding zolang de herziening ervan niet werd verkregen, ook al werd het kind achteraf bij beschikking van de jeugdrechtbank in een gezinsvervangend tehuis uitbesteed en werden de bijdragen van de ouders in de onderhoudskosten van het kind bij latere beschikkingen van dezelfde jeugdrechtbank vastgesteld (Cass., 5 september 1979, *gecit.*, impliciet: met als gevolg dat de vader — soms onbillijk — wegens familieverlating (art. 391 *bis* Sw.) kan veroordeeld worden; zie ook Cass., 4 september 1961, *Pas.*, 1962, I, 1; Cass., 9 september 1975, *Arr. Cass.*, 1976, 49; *Pas.*, 1976, I, 43). Het feit dat een onderhoudsvonnis moet uitgevoerd worden totdat een nieuw vonnis de schuldenaar van de uitvoering ontlast raakt echter de grond van het recht niet; het betreft alleen de procedure: ,,la force exécutoire d'un jugement est une notion de

technique judiciaire indépendante du fond du droit. L'exécution d'une décision non fondée en droit n'a rien d'exceptionnel'' (Krings, M., ,,La répétition d'arrérages payés à un créancier d'aliments'', noot onder Rb. Brussel, 6 mei 1980, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 329). Terecht beslist de rechtbank te Brussel in een vonnis van 6 mei 1980 dan ook dat, wanneer de vader — zonder milddadig inzicht — de betaling heeft voortgezet van een bij vonnis vastgestelde onderhoudsuitkering die zijn bijdrage in de kosten van onderhoud en opvoeding van het kind vertegenwoordigt, terwijl het kind reeds werkte en in zijn onderhoud door eigen middelen voorzag, hij het recht heeft — naast de intrekking met terugwerkende kracht van de veroordeling tot het betalen van onderhoudsgeld — de terugbetaling van de niet-verschuldigde bedragen te vorderen (Rb. Brussel, 6 mei 1980, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 323. Anders: Vred. Deurne 14 december 1973, *T. Vred.*, 1975, 44). Het is niet vereist dat hij bij vergissing betaalde, omdat hij niet wist dat zijn zoon zelf in zijn onderhoud kon voorzien. Artikel 1235 B.W. stelt die vereiste niet: hetgeen betaald is zonder verschuldigd te zijn, kan worden teruggevorderd.

210. In een arrest van 14 maart 1980 heeft het hof van cassatie voor het eerst uitdrukkelijk gesteld dat de door artikel 203 B.W. aan de echtgenoten opgelegde verplichting niet noodzakelijk en niet in elk geval ophoudt op de dag waarop het kind meerderjarig wordt, maar dat ze naargelang de omstandigheden kan voortduren totdat het kind zelf voor zijn levensonderhoud kan instaan (Cass., 14 maart 1980, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 384. Vgl. Cass., 5 mei 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 913; *Pas.*, 1977, I, 904 en de conclusies van adv.-gen. F. Dumon vóór Cass., 24 februari 1977, *Pas.*, 1977, I, 669); aldus bekrachtigt het hof de rechtspraak van de meeste lagere rechtbanken (Zie Baeteman, G., Delva, W. en Bax, M., *T.P.R.*, 1976, 479, nr. 126. *Adde*: Vred. Brugge, 14 mei 1976, *R.W.*, 1979-80, 1783; Luik, 29 november 1977, *Jur. Liège*, 1977-78, 145; *T. Vred.*, 1980, 26; Vred. Brugge, 9 december 1977, *R.W.*, 1979-80, 1787 met noot J. Pauwels; Vred. Luik, 29 november 1978, *Jur. Liège*, 1980, 7; *T. Vred.*, 1980, 123). Een vrederechter van Brugge zorgt echter voor een interessante innovatie: de opvoedingsplicht, die na de meerderjarigheid van het kind kan blijven bestaan, brengt met zich — ook al bezitten de ouders het ouderlijk gezag niet langer — dat de ouders leiding geven (traditionele opvatting) of minstens medezeggenschap hebben (progressieve opvatting) en dus voor hun hogere studies minstens geraadpleegd moeten worden door hun kinderen en door hen op de hoogte gebracht worden van de behaalde uitslagen; zoniet gaat men opvoeding verwarren met het louter studeren op andermans kosten (Vred. Brugge, 14 mei 1976 en 9 december 1977, *gecit.*). Het dient gezegd dat *in casu* een eerste zoon reeds in het bezit was van een diploma van technisch tekenaar en hij een bijkomend diploma van assistent-architect wou verwerven met de financiële hulp van zijn vader, terwijl een tweede zoon zich zonder zijn vader op de hoogte te brengen van de afloop van zijn middelbare studies aan de universiteit had laten inschrijven. Het ging hier dus, zeker in het tweede geval, niet om de voortzetting van tijdens de minderjarigheid met akkoord van de vader aangevangen studies.

De vrederechter zoekt een wettelijke basis voor deze raadplegings- en informatieverplichting van het studerende meerderjarige kind in artikel 371 B.W. Het lijkt moeilijk dergelijke sanctie aan artikel 371 B.W. te verbinden, vooral in het licht van de traditionele regel ,,terzake levensonderhoud bestaan geen oorzaken van onwaardigheid''. Maar zeker kan opvoeding niet gelijkgesteld worden met levensonderhoud en bovendien lijkt het aangewezen, naar het voorbeeld van onze buurlanden, het gedrag van de schuldeiser tegenover de schuldenaar wel in aanmerking te nemen bij het bepalen van een onderhoudsgeld (Vgl. art. 399 Ned. B.W.; art. 207 Fr. C.Civ.; § 1611 Duitse B.G.B.).

Vanuit proceduraal oogpunt lijkt de toestand in alle geval de volgende te zijn: het kind beschikt zowel vóór als na zijn meerderjarigheid over de vordering van artikel 203 B.W. tegen zijn ouders, voor zover het nooit in staat is geweest zelfstandig in zijn onderhoud te voorzien; het kind behoudt zijn hele leven lang de vordering van artikel 205 B.W. tegen zijn ouders, voor zover het behoeftig is en zijn ouders vermogend zijn.

Zo het vonnis dat een ouder tot een uitkering op grond van artikel 203 B.W. veroordeelt *niet* preciseert tot wanneer die veroordeling loopt, is het aan de schuldenaar om het initiatief te nemen, indien hij de uitwerking van de veroordeling wil stopzetten. Het feit dat het minderjarig kind de leeftijd van 21 jaar bereikt, brengt niet *ipso facto* mee dat de schuldenaar niet langer gehouden is. Zo het vonnis echter preciseert dat de uitkering slechts tot de meerderjarigheid verschuldigd is moet het kind zich een nieuwe titel verschaffen, ofwel op dezelfde basis — artikel 203 — ofwel op basis van artikel 205 § 1 en 207 B.W.

211. De ouder die alleen voor het geheel de verplichting tot onderhoud en opvoeding van de minderjarige kinderen uitvoert, is gerechtigd om in eigen naam een vordering in te stellen tegen de andere ouder om betaling te bekomen van een gedeelte van de toekomstige uitgaven (Cass., 27 maart 1980, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 387: ook als de echtgenoten samenwonen); hij is er niet toe gehouden zijn vordering in naam van het kind in te leiden; zelfs wanneer het kind meerderjarig is heeft de ouder een eigen vordering (Cass., 14 maart 1980, *gecit.*, nr. 210 (1); Vred. Luik, 29 november 1978, *Jur. Liège,* 1980, 7; *T. Vred.* 1980, 123; Rb. Brussel, 30 juni 1971, *R.W.*, 1972-73, 1973; anders: Vred. Tielt, 26 april 1973, *R.W.*, 1973-74, 2172 met noot C. De Busschere; vgl. Vred. Tielt, 22 augustus 1974, *R.W.*, 1974-75, 571). De ouder put dit recht rechtstreeks in artikel 203 B.W. De ouder die over een kind in feite de hoede heeft en het onderhoudt kan uiteraard, als wettelijk beheerder, ook een vordering inleiden in naam van het kind (Vred. Tielt, 22 augustus 1974, *gecit.*).

Tenslotte kan de ouder die alleen de lasten van onderhoud en opvoeding heeft gedragen steeds achteraf een verhaal instellen tegen de andere om een evenredige verdeling van de onkosten tussen hen tot stand te brengen (Luik, 27 juni 1978, *J.T.*, 1978, 580; *Jur. Liège*, 1978-79, 41; Cass., 7 februari 1963, *Pas.*, 1963, I, 647. Vgl. Paris, 23 januari 1976, 12 mei 1977 en 18 oktober 1977, *Rép. Defr.*, 1978, art. 31665 met noot J. Massip: terugvordering door de natuurlijke moeder vanaf de geboorte); dit verhaal kan gesteund worden op de verrijking zonder

oorzaak, de zaakwaarneming en best nog op artikel 203 B.W. zelf (Vgl. voor de gewone onderhoudsverplichting, Cass. fr., 29 mei 1974, *J.C.P.*, 1974, IV, 6465 dat een verhaal toekent aan de — zelfs bij vonnis alleen veroordeelde — schuldenaar tegen zijn medeschuldenaars op grond van artikel 205 B.W. zelf. Zie verder, nr. 220) of op het hoofdelijk karakter van de verplichting van artikel 203 B.W. Ook de derde die, zonder *animus donandi*, in het onderhoud van een kind heeft voorzien, heeft natuurlijk een verhaal tegen de ouders (Vred. Aarlen, 22 december 1978, *Jur. Liège*, 1980, 261. Zie ook Vieujean, E., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1978, nr. 124, 361; Luik, 5 november 1980, *Jur. Liège*, 1981, 85: verhaal afgewezen gelet op het milddadig inzicht).

212. Het kan niet langer betwist worden dat de verplichting van artikel 203 B.W., minstens voor gehuwde ouders, een hoofdelijke verbintenis is; een beroep op het begrip ,,verbintenis *in solidum*'', zonder wettelijke basis, of op een verbintenis ,,*sui generis* voor het geheel'' is overbodig, nu sinds de wet van 14 juli 1976 artikel 222 B.W. bepaalt dat iedere schuld die door één der echtgenoten ten behoeve van de opvoeding van de kinderen wordt aangegaan de andere echtgenoot hoofdelijk verbindt. Hoewel het feit dat de echtgenoten ,,samen'' gehouden zijn opvoeding en onderhoud te verschaffen niet noodzakelijk betekent dat ze hoofdelijk gehouden zijn, is het moeilijk denkbaar dat de echtgenoten tegenover derden-schuldeisers wel en tegenover het kind niet hoofdelijk zouden gehouden zijn (Anders: Pauwels, J., *Rechten en plichten van gehuwden*, 2e uitg., Leuven 1980, nr. 92).

Artikel 203 B.W. heeft niet alleen gelding voor gehuwde maar ook voor ongehuwde ouders: het kan dan ook moeilijk worden aangenomen dat de hoofdelijkheid — tegenover het kind — alleen zou gelden voor gehuwde en niet voor ongehuwde ouders (Anders, voor natuurlijke ouders, Rb. Brussel, 12 juni 1973, *R.W.*, 1973-74, 212).

Bijgevolg kan een kind elk van zijn ouders voor het geheel van zijn onderhoud en opvoeding aanspreken; het kind bezit geen vordering tegen de andere ouder als één ouder voor zijn gehele onderhoud en opvoeding instaat; en de ouder die alleen in de onkosten heeft bijgedragen bezit een recht van verhaal op de andere ouder ten belope van diens aandeel. Tegenover mekaar zijn de ouders immers slechts verplicht bij te dragen naar evenredigheid van hun middelen (art. 203-303 B.W.). Deze bijdragen kunnen ze onder elkaar trouwens conventioneel regelen, voor zover het kind daarvan geen nadeel ondervindt (Vgl. Cass., 7 september 1973, *Arr. Cass.*, 1974, 19; *R.W.*, 1973-74, 764; Cass., 21 maart 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 823; *R.W.*, 1974-75, 2523. Zie hoger nr. 162).

213. De verplichting van artikel 203 B.W. bestaat alleen tussen ouders en kinderen, niet tussen grootouders en kleinkinderen (Cass., 13 februari 1947, *Pas.*, 1947, I, 52 met noot R.H.; *R.C.J.B.*, 1950, 169 met noot J. Dabin). Wanneer de ouders niet over voldoende middelen beschikken om de verplichting van artikel 203 — volledig — uit te voeren, kan namens het kind een vordering worden ingesteld tegen zijn grootouders, niet op grond van artikel 203, maar op

grond van artikel 205 B.W. (Cass., 13 februari 1947, *gecit.*; Vred. Deurne, 14 november 1980, *R.W.*, 1980-81, 2818).
Het kind kan dan in beginsel niet meer bekomen dan een onderhoud in de gewone betekenis van het woord, en niet de opvoedingskosten in de meest ruime zin. Onderhoud is echter geen abstract begrip en moet aangepast worden aan de concrete behoeften van de schuldeiser en een kind heeft evenzeer behoefte aan opvoeding als aan onderhoud... (Zie Gaury, C., ,,L'obligation alimentaire des grands-parents envers leurs petits enfants, en présence des parents'', noot onder Cass., fr., 6 maart 1974, *D.*, 1974, J., 329).
In een vonnis van 15 maart 1978 beslist de rechtbank te Brussel dat grootouders, die als blijk van genegenheid voor hun kleinkinderen deze vrijwillig bij zich nemen en onderhoud verschaffen, voor het verleden van de ouders geen terugbetaling van de onderhoudskosten kunnen vorderen (Rb. Brussel, 15 maart 1978, *R.W.*, 1979-80, 2660; vgl. Vred. Deurne, 14 november 1980, *gecit.*: uitvoering van een natuurlijke verbintenis.
In de overwegingen van het vonnis wordt de afwijzing van de vordering van de grootouders voor het verleden, gesteund op de verrijking zonder oorzaak, terecht gestoeld op de omstandigheid dat de grootouders louter uit genegenheid *(animo donandi)* tussenkwamen, en ten onrechte op de regel ,,les aliments ne s'arréragent pas'' (Zie hoger, nr. 209 (3)). Hetzelfde vonnis beslist terecht dat grootouders die met instemming van de ouders- of op grond van een beslissing van de rechter — hun kleinkinderen onderhouden en opvoeden, recht hebben op een vergoeding vanwege de ouders voor de toekomstige kosten, en zulks vanaf de dag waarop de vergoeding in rechte gevorderd werd; deze vordering moet in rechte gesteund worden op artikel 203 B.W. zelf (Vgl. hoger, nr. 211 (1) i.v.m. de vordering van één ouder tegen de andere voor de toekomst. De rechtbank veroordeelt de ouders ,,in solidum''; een ,,solidaire'' veroordeling lijkt meer aangewezen (art. 222 B.W.)).
De moeder die zelf niet kan instaan voor het onderhoud van haar kinderen kan onderhoudsgeld vorderen van de grootouders, indien zij bewijst dat de vader niet kan bijdragen (Vred. Messancy, 5 april 1978, *Jur. Liège*, 1978-79, 199; *T. Vred.*, 1980, 27) en voor zover ze de bewaring van de kinderen heeft (Vred. Deurne, 14 november 1980, *gecit.*).

214. De artikelen 203 en 337, tweede lid B.W., krachtens welke een verplichting tot onderhoud en opvoeding van de minderjarige kinderen op de ouders (wettige of natuurlijke), en in geval van overlijden van één van hen, op de overlevende ouder rust, sluiten niet uit dat de kinderen, ten gevolge van de dood van hun (natuurlijke) moeder, persoonlijk stoffelijke schade kunnen ondergaan door het derven van het deel van de door de moeder verworven inkomsten en van de door haar verrichte huishoudelijke arbeid, die voor hun onderhoud en opvoeding werden besteed. Derhalve kan de rechter, op de enkele grond dat zodanige verplichting ten deze op de overlevende vader rust, niet wettig beslissen dat de kinderen ten gevolge van het overlijden van hun moeder geen materiële schade hebben geleden (Cass., 7 november 1978, *R.W.*, 1978-79, 2875; *Pas.*, 1979, I, 288).

B. STEUNPLICHT

I. Onderhoudsplichtigen

215. Een wettelijke wederkerige onderhoudsverplichting bestaat alleen tussen bloedverwanten in rechte lijn, zonder beperking van graad (art. 205 en 207 B.W.) en tussen schoonouders en schoonkinderen (art. 206 en 207 B.W.). Vóór de wet van 14 juli 1976 werd vrij algemeen aanvaard dat tussen stiefouders en stiefkinderen noch artikel 203 B.W. noch artikel 206 B.W. van toepassing waren (Rb. Gent, 15 december 1938, *R.W.*, 1938-39, 1337; Rb. Nijvel, 8 februari 1956, *Rec. Niv.*, 1956, 75; Vred. Bergen, 28 januari 1964, *Pas.*, 1964, III, 131; Rigaux, F., *Les Personnes*, nr. 3288; De Page, H., I, nr. 549). Hoewel deze wet noch artikel 203 noch artikel 206 B.W. gewijzigd heeft, en het beginsel dat een stiefkind van zijn stiefouder geen onderhouds- of opvoedingsgeld kan vorderen behouden blijft, moet toch rekening gehouden worden met de nieuwe artikelen 222, 1408 en 1414 B.W. Luidens artikel 222 B.W. verbindt iedere schuld die door één der echtgenoten wordt aangegaan ten behoeve van de opvoeding van de kinderen de andere echtgenoot hooddelijk. De kinderen waarover artikel 222 B.W. handelt zijn volgens de voorbereidende werken alle kinderen die in het gezin opgenomen zijn, zowel de gemeenschappelijke kinderen als de kinderen van één der echtgenoten (Verslag Hambye, blz. 17; Pauwels, J., *Rechten en plichten van gehuwden*, 2e uitg. 1980, nr. 231). In de praktijk zal een echtgenoot met gemeenschapsstelsel of met scheiding van goederen gehuwd-dus eventueel met zijn goederen moeten instaan voor de opvoedingskosten van zijn stiefkind dat in het gezin werd opgenomen, ook al heeft dit kind zelf geen vordering tegen hem. Hebben de echtgenoten een huwelijksstelsel met een gemeenschappelijk vermogen dan kunnen de opvoedingskosten tijdens het huwelijk door de schuldeisers zowel op het eigen vermogen van elk der echtgenoten als op het gemeenschappelijk vermogen verhaald worden (art. 1414 B.W.). Bij de ontbinding van het stelsel vallen de al of niet verhaalde schulden ten laste van het gemeenschappelijk vermogen (art. 1408, tweede lid B.W.). Na de ontbinding van het huwelijk en de verdeling van het gemeenschappelijk vermogen staat elk der echtgenoten met al zijn goederen in voor de opvoedingsschulden die overblijven (art. 1440 B.W.); de echtgenoot die betaalt kan evenwel de helft van wat hij betaald heeft op de andere echtgenoot verhalen (art. 1441 B.W.).

Zijn de echtgenoten met scheiding van goederen gehuwd dan kan ieder van hen door de schuldeisers voor het geheel voor de opvoedingskosten aangesproken worden (art. 222 B.W.). Vraag is of de echtgenoot-stiefouder, niet onderhoudsplichtig, bij de ontbinding van het huwelijk, een verhaal heeft op de echtgenoot-ouder?

Is er een gemeenschappelijk vermogen dan zijn de onderhoudsschulden jegens bloedverwanten in de nederdalende lijn van één der echtgenoten gemeenschappelijk (art. 1408, lid 6 B.W.) wat het definitief passief, dit is de verhoudingen tussen echtgenoten, betreft: deze bepaling slaat zowel op de onderhoudsschulden jegens meerderjarige stiefkinderen als op de onderhouds- en opvoedingsschulden jegens minderjarige- of meerderjarige-stiefkinderen die geen deel uitmaken van het gezin.

Deze onderhoudsschulden kunnen tijdens het huwelijk door de schuldeisers echter alleen verhaald worden op het gemeenschappelijk vermogen en op het eigen vermogen van de echtgenoot-ouder, niet op het eigen vermogen van de echtgenoot-stiefouder (art. 1414, tweede lid, 4) (Na de verdeling moet ook rekening gehouden worden met artikel 1440, tweede lid B.W.).

De wet van 14 mei 1981 tot wijziging van het erfrecht van de langstlevende echtgenoot (*B.S.*, 27 mei 1981, blz. 6908) heeft artikel 203 B.W. aangevuld met een tweede lid, luidende: ,,De langstlevende echtgenoot moet aan de kinderen uit een vorig huwelijk van de vooroverleden echtgenoot, aan diens natuurlijke kinderen en aan de kinderen door deze alleen of samen met een vorige echtgenoot geadopteerd, kost, onderhoud en opvoeding verschaffen binnen de grenzen van hetgeen hij heeft verkregen uit de nalatenschap van de vooroverledene en van de voordelen die deze hem mocht hebben verleend bij huwelijkscontract, door schenking of bij testament''.

Sinds 6 juni 1981, dag van het in werking treden van de wet van 14 mei 1981, wordt de stiefouder dus onderhoudsplichtig ten overstaan van de wettige, adoptieve of natuurlijke kinderen van zijn echtgenoot, na diens overlijden, ongeacht of deze kinderen in het gezin werden opgevoed of niet.

Dergelijke bepaling drong zich op: doordat het vruchtgebruik van de gehele nalatenschap van de erflater aan de langstlevende echtgenoot wordt toegekend verliezen deze kinderen immers de inkomsten uit de goederen die ze erven door het overlijden, terwijl ze van hun stiefouder geen kost, onderhoud en opvoeding kunnen vorderen (Verslag Cooreman, *Parl. St.*, Senaat, 1980-81, nr. 600/2, blz. 9).

De onderhoudsverplichting bestaat slechts ,,binnen de grenzen van het verkregen voordeel: de waarde in volle eigendom of de waarde van het vruchtgebruik in volle eigendom'' (Verslag Cooreman, *l.c.*).

De wet van 14 mei 1981 heeft ook artikel 205 B.W. gewijzigd. Artikel 205 § 1 B.W. wordt ongewijzigd overgenomen als artikel 205 B.W. Artikel 205 § 2 tot 5 worden overgenomen in een nieuw artikel 205 *bis*, zodat een betere voorstelling wordt verkregen. Bovendien zijn er twee belangrijke innovaties.

Voortaan is de nalatenschap van de eerststervende echtgenoot levensonderhoud verschuldigd aan de behoeftige langstlevende, zelfs wanneer er kinderen zijn uit hun huwelijk.

,,De nalatenschap is op de eerste plaats gehouden tot onderhoudsplicht want ook tijdens het leven zijn beide echtgenoten eerst op elkaar aangewezen (art. 213 B.W.). Eerst wanneer de netto-waarde van de nalatenschap onvoldoende is om het onderhoud van de langstlevende te dragen, zal deze elk van zijn kinderen persoonlijk kunnen aanspreken'' (Verslag Cooreman, blz. 10-11).

Het bedrag van de uitkering wordt bepaald met inachtneming van het verkregen vruchtgebruik en andere voordelen, het te verwachten overlevingspensioen en de eigen inkomsten of mogelijkheden (via kapitaal of arbeid) van de langstlevende (Verslag Cooreman, blz. 11, waar bovendien, blijkbaar zonder grond, rekening gehouden wordt met de ,,financiële draagkracht van de eigen kinderen van de

langstlevende echtgenoot'': waarom deze discriminatie t.a.v. kinderen uit het eerste huwelijk?).

Bij samenloop van verschillende vorderingen ten laste van de nalatenschap (namelijk deze van de langstlevende echtgenoot (art. 205 § 2), de gewezen — uit de echt gescheiden — echtgenoot (art. 301 § 6 B.W.), de adoptant (art. 364, tweede lid B.W.), het overspelig of bloedschennig kind (art. 762 B.W.) en de ascendenten (art. 205 *bis* § 2, B.W.)), zullen die ,,gecumuleerd kunnen worden en zal, in geval van onvoldoende vermogen, hetzij de pro-rata-regel, hetzij de billijkheid, als criterium van de onderhoudsplicht, door de rechter moeten worden toegepast'' (Verslag Cooreman, blz. 11).

Artikel 205 *bis*, § 2 B.W. legt de nalatenschap een nieuwe onderhoudsverplichting op ten laste van de ascendenten:

,,Wanneer een echtgenoot, al was hij gescheiden van tafel en bed, vooroverleden is zonder nakomelingen achter te laten, is zijn nalatenschap aan zijn bloedverwanten in de opgaande lijn, die ten tijde van het overlijden behoeftig zijn, levensonderhoud verschuldigd ten belope van de erfrechten die zij verliezen ten gevolge van giften aan de langstlevende echtgenoot.''

Het nieuwe artikel 915 B.W. bepaalt dat de giften aan de langstlevende echtgenoot voortaan de gehele nalatenschap mogen aanvatten, wanneer de overledene, bij gebreke van kinderen, één of meer bloedverwanten in de opgaande lijn achterlaat. De ascendenten behouden bijgevolg alleen een reserve tegenover de andere erfgenamen dan de langstlevende echtgenoot. Maar wanneer hun erfrecht in blote eigendom van de persoonlijke goederen van de erflater — de langstlevende echtgenoot erft immers, bij gebreke van kinderen, de volle eigendom van het deel van de eerststervende in het gemeenschappelijk vermogen en het vruchtgebruik van diens eigen vermogen (art. 745 bis § 1, B.W.) — door giften aan de langstlevende wordt beperkt of geheel verloren gaat, kunnen ze, binnen de waarde van deze giften en voor zover ze behoeftig zijn, een recht op onderhoud doen gelden (Verslag Cooreman, blz. 12).

216. In talrijke gevallen wordt het bestaan van een natuurlijke verbintenis tot het verschaffen van levensonderhoud aangenomen.

Broers en zusters kunnen elkaar steungeld verschuldigd zijn in uitvoering van een natuurlijke verbintenis (De Page, H., I, nr. 544 *in fine*; Rb. Brussel, 10 juni 1920, *B.J.*, 1920, 655).

Het kind heeft tegen zijn ouder geen vordering tot het bekomen van een bruidschat (art. 204 B.W.). Indien de ouders zich er evenwel toe verbonden hebben, hetzij bij onderhandse akte, hetzij zelfs door een mondelinge verbintenis hun kind een bruidschat in kapitaal of onder de vorm van een jaar- of maandgeld te bezorgen, dan bestaat in hun hoofde een afdwingbare natuurlijke verbintenis (Cass., 8 mei 1890, *Pas.*, 1890, I, 197; Rb. Gent, 22 oktober 1968; *T. Not.*, 1969, 133; Brussel, 12 maart 1975, *Pas.*, 1975, II, 141. Anders: Dabin, J., noot onder Luik, 3 april 1947, *R.C.J.B.*, 1948, 82 e.v.).

In acht genomen de verre graad van bloedverwantschap, komt de groottante die in

het levensonderhoud van haar kleinneef voorziet, geen natuurlijke verbintenis na (Rb. Antwerpen, 24 juni 1966, *R.W.*, 1966-67, 604). Evenmin bestaat er normaal in hoofde van een oom een natuurlijke verbintenis om zijn nicht een bruidschat te verschaffen. Maar indien die oom jarenlang zijn nicht, weeskind, als een dochter heeft onderhouden en opgevoed, en haar huwelijk met een jongeman zonder vermogen en zonder vaste betrekking heeft aangemoedigd, dan kan hij daartoe wel gehouden zijn (Luik, 3 april 1947, *R.C.J.B.*, 1948, 82. Anders: Dabin, J., *o.c.*).

De Hoge Raad der Nederlanden acht in een arrest van 4 juni 1965, gelet op de bijzondere omstandigheden van de zaak, zelfs na echtscheiding het bestaan mogelijk van een natuurlijke verbintenis in hoofde van de onschuldige echtgenoot tot het verschaffen van onderhoud aan de schuldige echtgenoot (*N.J.*, 1965, 277 met noot Scholten).

Natuurlijke kinderen, waarvan de afstamming niet bewezen is (niet erkende kinderen) of niet bewezen mag worden (overspelige en bloedschennige kinderen) kunnen steungeld genieten als uitvoering van een natuurlijke verbintenis, omgezet in een burgerlijke verbintenis: de ,,feitelijke vader'' kan tot het betalen van onderhoudsgeld veroordeeld worden als bewezen wordt dat hij zich voorgenomen heeft deze last op zich te nemen (Rb. Brussel, 28 oktober 1971, *Pas.*, 1972, III, 32; *J.T.*, 1972, 50; Rb. Luik, 9 november 1971, *Jur. Liège*, 1971-72, 283; Cass., 6 juni 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 1066 met opm. Tillekaerts; *Pas.*, 1975, I, 964; *J.T.*, 1976, 245; *Rev. Not.*, 1978, 237; *R.C.J.B.*, 1976, 283 met noot F. Rigaux, ,,Les effets juridiques du concubinage: vers une libération de la jurisprudence belge?'').

Een natuurlijke verbintenis tot het verschaffen van levensonderhoud bestaat niet in de mate dat een wettelijke onderhoudsverplichting in hoofde van de schuldenaar bestaat (Rigaux, F., *o.c.*, 288). Sinds de wet van 10 februari 1958 staat een vordering tot levensonderhoud op grond van artikel 340b B.W. open voor elk gewoon natuurlijk, overspelig of bloedschennig kind tegen zijn waarschijnlijke vader. Maar een onderhoudsuitkering op grond van artikel 340b is beperkt in de tijd, tot het kind de leeftijd van 18 jaar heeft bereikt, en soms ook ten aanzien van het bedrag, gelet op het verschil in levensstandaard tussen vader en moeder, zodat het zelfs voor een gewoon, door de vader niet-erkend, natuurlijk kind voordeliger kan zijn zich op de uitvoering van een natuurlijke verbintenis te beroepen (Rigaux, F., *o.c.*, 288).

En een vordering op grond van artikel 340b is niet ontvankelijk wanneer het kind reeds een wettelijke of bewezen natuurlijke vader heeft (Cass., 6 juni 1975, *gecit.*, impliciet). De moeder van een — niet door de vader ontkend — wettig kind kan dan van de man met wie ze tijdens haar huwelijk in concubinaat leefde een onderhoudsuitkering voor haar kind vorderen op grond van de omzetting van een natuurlijke verbintenis in een burgerlijke verbintenis. Wanneer niet wordt aangevoerd dat de aldus aangegane verbintenis tot doel had overspelige betrekkingen te belonen of voort te zetten, kan de vordering niet afgewezen worden om de enkele reden dat het aan de moeder van een wettig kind niet geoorloofd is het wettelijk vermoeden van vaderschap aan te vechten noch tot het bestaan van een

andere afstamming te besluiten (Cass., 6 juni 1975, *gecit.*). In geval een kind, overspelig van moederszijde, tegelijk onderhoud kan vorderen van zijn wettige vader, die het niet ontkend heeft en van zijn feitelijke vader, die een natuurlijke verbintenis moet uitvoeren, stelt zich een probleem van rangorde. Dit kan als volgt opgelost worden: de feitelijke vader kan slechts tot een natuurlijke verbintenis onderhoud te verschaffen gehouden zijn voor zover de wettige vader in feite geen of niet genoeg onderhoud verschaft (vgl. Savatier, J., ,,Les légitimations de complaisance'', *D.*, 1950, Chr., 11).

In hoofde van de in concubinaat levende man, die een einde maakt aan een concubinaat van een zekere duur en met een zekere stabiliteit, kan zelfs het bestaan aanvaard worden van een natuurlijke verbintenis om verder in te staan voor de bestaanszekerheid van de concubine (Rigaux, F., *o.c.*, 299. Vgl. Vandenberghe, H., *De juridische betekenis van het concubinaat*, nr. 104.3 en voetnoten (25) tot (27)).

217. De gefailleerde kan voor zichzelf en zijn gezin levensonderhoud verkrijgen, te bepalen door de rechtbank, op voorstel van de curatoren en op verslag van de rechter-commissaris (art. 476 Faill. W.; Dal, G.A., ,,Faillite et secours alimentaire'', noot onder Kh. Brussel, 10 februari 1977 en Kh. Luik, 7 februari 1977, *J.T.*, 1977, 273).

Het onderhoud ten laste van de massa is subsidiair: het wordt slechts toegekend, indien de gefailleerde geen onderhoud kan bekomen van zijn onderhoudsplichtige verwanten (Kh. Luik, 7 februari 1977, *gecit.*, Dal, G.A., *o.c.*, 274).

De gefailleerde kan een gerechtelijk akkoord vragen. Indien het gerechtelijk akkoord gestemd wordt en gehomologeerd door de rechtbank, vervalt het recht op onderhoud (Kh. Brussel, 10 februari 1977, *J.T.*, 272; Dal, G.A., *o.c.*, 274). Indien geen gerechtelijk akkoord gevraagd wordt, indien het verworpen wordt of indien de rechtbank de homologatie ervan weigert, geldt artikel 531 W.Kh. Het voordien vastgestelde onderhoud blijft niet doorlopen tot aan de vereffening van het faillissement. Een speciaal samengeroepen algemene vergadering van schuldeisers moet zich over het handhaven of het toekennen van een uitkering uitspreken. De schuldeisers spreken zich alleen uit over het beginsel van het handhaven of toekennen van onderhoud. Het bedrag ervan wordt vastgesteld door de rechter-commissaris op voorstel van de curator. Alleen de curator kan verhoging of verlaging vragen van dit bedrag aan de rechtbank, niet de schuldeisers of de gefailleerde. De gefailleerde heeft dus geen eigenlijk recht op levensonderhoud lastens het actief van het faillissement; het levensonderhoud is een gunst vanwege de vergaderde schuldeisers.

II. Procedure

218. In zijn arrest van 2 juni 1978 (zie hoger, nr. 209) stelt het hof van cassatie uitdrukkelijk dat hoewel de rechtsspreuk ,,onderhoudsgeld laat geen achterstallen'' geen rechtsregel met algemene drachtwijdte van ons positief recht is, uit de artikelen 205 tot 211 B.W. dient te worden afgeleid dat de onderhoudsgelden in principe slechts verschuldigd worden wanneer zij door de schuldeiser aange-

vraagd worden (Cass., 2 juni 1978, *gecit.*; Kort. ged. Namen, 11 oktober 1976 en Rb. Namen, 17 september 1976, *Rev. Rég. Dr.*, 1977, 231 met noot P. Mathieu).

Deze visie moet minstens genuanceerd worden. De onderhoudsverplichting ontstaat zodra de drie elementen door de wet vereist — behoeftigheid van de schuldeiser, vermogen van de schuldenaar en het bestaan van een band van bloed- of aanverwantschap tussen beide — tegelijk aanwezig zijn (Luik, 14 november 1979, *Jur. Liège*, 1980, 49; *T. Vred.*, 1980, 124; Rb. Neufchâteau, 26 mei 1976, *Rev. Rég. Dr.*, 1977, 94; Renchon, J.L., ,,L'adage aliments ne s'arréragent pas'', noot onder Cass., 2 juni 1978, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1979, 79 e.v.; Bax, M., *o.c.*, *R.W.*, 1979-80, 1757; Swennen, L., ,,De onderhoudsplicht in het burgerlijk recht: algemene beginselen'', in *Onderhoudsgeld*, Brussel 1978, 20-21, nrs. 33-35; Vieujean, E., ,,Examen de jurisprudence, Personnes'', *R.C.J.B.*, 1970, 568).

De omstreden regel ,,steungeld maakt geen achterstallen'' heeft hoogstens de draagwijdte van een vermoeden *iuris tantum*, een eenvoudig vermoeden van afwezigheid van behoeften (Cass. fr., 1 juni 1976, *Rép. Defr.*, 1977, 385 met opm. Souleau; vgl. Vred. Namen, 23 november 1977, *Rev. Rég. Dr.*, 1978, 492. Zie in verband met dit adagium ook: Peyrefitte, L., ,,Considérations sur la règle Aliments n'arréragent pas'', *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1968, 302 e.v.; Ghestin, J., ,,La règle ,,Aliments n'arréragent pas'', *Mélanges J. Brèthe de Gressaye*, 295 e.v.; Massip, J., noot onder Paris, 23 januari 1976 en 18 oktober 1977, *Rép. Defr.*, 1978, art. 31665; Pintens, W., noot onder Vred. Brasschaat, 30 juni 1976, *R.W.*, 1976-77, 1271): de schuldeiser wordt vermoed niet behoeftig geweest te zijn zolang hij geen steungeld — of geen achterstallige termijnen — heeft gevorderd. Dit vermoeden is vatbaar voor tegenbewijs: de eiser kan steungeld vragen voor het verleden of achterstallige termijnen opeisen als hij bewijst dat hij vroeger slechts met de hulp van derden of door het aangaan van een lening in zijn onderhoud kon voorzien. Maar zelfs aldus opgevat is de regel betwistbaar. Het vermoeden dat wie werkelijk behoeftig is onverwijld een rechtsvordering tot het bekomen van onderhoudsgeld instelt wordt tegengesproken door de feiten: vele behoeftige ouders schrikken er bijvoorbeeld voor terug hun kinderen voor de rechtbank te dagen en dezen worden slechts verontrust door het verhaal van het centrum voor maatschappelijk welzijn (Vieujean, E., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1970, 569). Het verhaalrecht dat de openbare centra voor maatschappelijk welzijn bezitten tegen de verwanten van een behoeftige voor wiens onderhoud zij hebben ingestaan (Artikel 98 § 2 wet 8 juli 1976 (O.C.M.W.); vroeger: artikel 17 wet 2 april 1965 (C.O.O.)) bewijst op zichzelf dat elke familiale onderhoudsverplichting bestaat onafgezien van het instellen van een vordering tegen die verwanten.

Het vermoeden heeft trouwens geen zin in het geval dat onderhoudsgeld gevraagd wordt voor het verleden: op grond van de regel ,,actori incumbit probatio'' moet de eiser zijn behoeftigheid in alle geval bewijzen (en het ,,vermoeden'' dus uiteraard weerleggen). En op de achterstallige termijnen van reeds toegestaan onderhoudsgeld is het adagium evenmin toepasselijk: het is immers strijdig met een wettekst, want luidens artikel 2277 B.W. verjaren termijnen van uitkeringen tot onderhoud slechts door verloop van vijf jaren; dit artikel maakt trouwens geen

onderscheid tussen reeds gevorderd en nog niet gevorderd steungeld (zie Massip, J., *o.c.*, 434; Gent, 24 december 1980, *R.W.*, 1980-81, 2261: maar de verjaring is geschorst tussen echtgenoten, zelfs als ze feitelijk gescheiden leven).

219. Waar het hof van cassatie (Cass., 9 september 1975 en 5 september 1979, *gecit.*, nr. 209) stelt dat de beslissing tot toekenning van levensonderhoud haar uitwerking behoudt zolang de schuldenaar geen ontheffing of vermindering heeft bekomen met toepassing van artikel 209 B.W. kan daar niet uit afgeleid worden dat de onderhoudsverplichting slechts een einde kan nemen vanaf het inleiden van de vordering tot ontheffing of vermindering. De onderhoudsverplichting neemt een einde op het ogenblik dat de bestaansvoorwaarden niet meer aanwezig zijn, d.i., ,,wanneer hij die het levensonderhoud verstrekt of hij die het geniet, tot zodanige staat komt dat de ene het niet meer kan verschaffen of de andere het niet meer nodig heeft'' (art. 209 B.W.). De schuldenaar blijft alleen om redenen van praktische, procedurele aard gehouden te betalen, tot hij ontheffing of vermindering heeft bekomen, maar de rechter kan ontheffing of vermindering toestaan ,,voor het verleden'', zodat de schuldenaar het teveel betaalde kan terugvorderen.
In tegenstelling tot wat het hof van cassatie in zijn arrest van 2 juni 1978 beslist kan uit de artikelen 205 tot 211 B.W. niet afgeleid worden dat de onderhoudsgelden ,,in principe'' slechts verschuldigd worden wanneer zij door de schuldeiser aangevraagd worden, of slechts ophouden verschuldigd te zijn wanneer de schuldenaar de ontheffing heeft gevraagd of bekomen. Uit artikel 209 B.W. blijkt eerder het tegendeel.

220. Een moeilijk probleem is dat van het recht van een — alleen aangesproken — debiteur om terugstorting te krijgen vanwege zijn mededebiteuren van het teveel betaalde op grond van artikel 205, § 1 B.W. (zie Vanstraelen, I., Kan men terugbetaling bekomen t.o.v. zijn mededebiteurs van het teveel betaalde op grond van artikel 205 § 1 B.W.?'', *T. Not.*, 1977, 290 e.v.; vgl. Frossard, J., ,,Le recours du débiteur alimentaire condamné contre les codébiteurs'', *D.*, 1967, Chron., 23).
Een onderhoudsschuld op grond van artikel 205 B.W. is, anders dan een schuld op grond van artikel 203 B.W., geen hoofdelijke of ondeelbare schuld (Brussel, 12 oktober 1971, *Pas.*, 1972, II, 8; Brussel, 13 juni 1972, *Pas.*, 1973, II, 173; Vred. Etterbeek, 20 februari 1978, *T. Vred.*, 1978, 169); ieder der schuldenaars kan, in principe, slechts voor het deel waarvoor hij moet bijdragen worden veroordeeld, zodat er, eveneens in principe, geen reden tot terugvordering kan bestaan. De aangesprokene kan zijn medeschuldenaars dagvaarden ten einde de vereiste gegevens omtrent hun respektievelijke inkomsten en behoeften te verkrijgen (Gent, 13 juli 1951, *R.W.*, 1951-52, 1131 met noot). Bij de bepaling van de behoeften van de schuldeiser dient immers rekening gehouden te worden met de vermogenstoestand van alle onderhoudsplichtigen, zelfs diegenen die niet in het geding geroepen worden (Brussel, 12 oktober 1971, *gecit.*), voor zover zij bereikbaar zijn (id.). Hij kan ze ook oproepen tot betaling van hun aandeel in het levensonderhoud (Rb. Antwerpen, 13 juni 1953, *R.W.*, 1954-55, 1678). Het zou

evenwel onbillijk zijn de alleen aangesproken schuldenaar die heeft nagelaten dit te doen nadien elk verhaal te ontzeggen. Het is misschien moeilijk dit verhaal technisch te steunen op de zaakwaarneming of de verrijking zonder oorzaak (Trib. gr. inst. Avesnes-sur-Helpe, 23 januari 1962, *D.*, 1963, J., 253, noot Prévault; vgl. Renard, C. en Vieujean, E., ,,Examen de jurisprudence, Personnes et biens'', *R.C.J.B.*, 1961, 517-520. Anders: Rb. Namen, 15 april 1969, *Rev. Not.*, 1971, 235). Terecht stelt het Franse hof van cassatie in zijn arrest van 29 mei 1974 dat het verhaal stoelt op artikel 205 B.W. zelf, op het wettelijk en globaal karakter van de onderhoudsverplichting die van rechtswege uit de band van bloed- of aanverwantschap ontstaat en in verhouding staat tot de behoeften en de mogelijkheden van de schuldeiser en de schuldenaars (Cass., fr., 29 mei 1974, *D.*, 1975, 482; *J.C.P.*, 1974, IV, 6465 met noot; vgl. Weill-Becque, G., in J. Cl. Civil, art. 205-211, Fasc. C, nr. 125. Zie Baeteman, G., Delva, W. en Bax, M., *T.P.R.*, 1976, 486).

221. Luidens artikel 626 Ger.W. is de vrederechter van de woonplaats van de eiser naast deze van de woonplaats van de verweerder, bevoegd om kennis te nemen van een vordering tot toekenning, verhoging (Cass., 10 februari 1977, *Pas.*, 1977, I, 625) of afschaffing (Vred. Anderlecht, 6 juni 1978, *T. Vred.*, 1979, 274; Vred. Brugge, 2 januari 1981, *T. Vred.*, 1981, 66) van een onderhoudsuitkering. Wat de vorderingen tot afschaffing betreft moet evenwel rekening gehouden worden met het doel van de wetgever: dit is onbetwistbaar geweest de onderhoudsgerechtigde te beschermen; door artikel 626 Ger.W. wordt met ,,woonplaats van de eiser'' derhalve bedoeld de ,,woonplaats van de onderhoudsgerechtigde''; terecht verklaart de vrederechter van Neerpelt— woonplaats van de schuldenaar die de opheffing vordert van het onderhoudsgeld, — zich dan ook onbevoegd (Vred. Neerpelt, 22 mei 1980, *R.W.*, 1980-81, 1339).

De vrederechter neemt kennis van alle geschillen betreffende uitkeringen tot onderhoud (art. 591, 7°) (met uitsluiting van de geschillen uitdrukkelijk in dit artikel opgesomd), ongeacht het bedrag, en dus ook van vorderingen tot terugbetaling van onverschuldigd betaalde uitkeringen (Cass., 30 maart 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 857; *Pas.*, 1978, I, 825, i.v.m. een nietigverklaarde erkenning).

Wanneer een partij een bepaald bedrag vordert, kan hij de andere partij niet veroordelen om haar een hoger bedrag te betalen (Art. 1138, 2° Ger.W.; Cass., 30 maart 1978, *gecit.*).

Wanneer de eerste rechter zich ertoe beperkt heeft de verweerder te veroordelen tot betaling van een uitkering tot levensonderhoud en zulks gedurende drie opeenvolgende maanden, en de partijen ertoe heeft uitgenodigd hem gegevens te verschaffen over hun financiële toestand teneinde over het overige te kunnen beslissen, kan de rechter in hoger beroep, op het enkel hoger beroep van de verweerder die betwist dat hij een uitkering tot onderhoud verschuldigd is, deze niet veroordelen dezelfde maandelijkse uitkering te betalen, echter zonder tijdsbeperking (Cass., 10 februari 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 650).

Gezien de devolutieve kracht van het hoger beroep neemt, zolang tegen een beschikking van de vrederechter inzake uitkering tot onderhoud hoger beroep

hangende is, de appelrechter, en hij alleen, kennis van alle nieuwe elementen, en is een verzoek tot wijziging van de beschikking van de vrederechter, aan laatstgenoemde voorgelegd, niet ontvankelijk (Vred. Borgerhout, 1 maart 1980, *R.W.*, 1979-80, 2783).

222. De schuldeiser van onderhoudsgeld die een uitvoerbare titel bezit, kan uitvoerend beslag onder derden leggen om de betaling te bekomen van zelfs geringe achterstallen (art. 1539 Ger.W.).

De schuldenaar kan de schuldvergelijking niet inroepen met een schuld van de schuldeiser die door de schuldenaar betaald werd: een schuld uit hoofde van levensonderhoud is slechts vatbaar voor schuldvergelijking in de mate dat zij voor beslag vatbaar is (art. 1293, 3° B.W. en 1409-1410 Ger.W.) (Beslagr. Luik, 29 december 1979, *Jur. Liège*, 1980, 117 met noot G. de Leval) en gezien de bedragen die 13.000 frank per kalendermaand niet te boven gaan niet vatbaar zijn voor beslag zal de mogelijkheid van de schuldvergelijking terzake onderhoudsgelden zich in de praktijk zelden voordoen (Zie de Leval, G., gecit. noot, 120).

Een uitvoerend beslag onder derden kan zijn uitwerking behouden voor de nog te vervallen termijnen, voor zover op de vervaldag niet betaald wordt; noch artikel 1494 Ger.W., noch artikel 1186 B.W. verzetten zich daartegen (Beslagr. Luik, 29 december 1979, *gecit.*).

III. Verhaalrecht van het O.C.M.W.

223. De kosten van de maatschappelijke dienstverlening (onder meer: kosten van geldelijke steun, van *in natura* verleende materiële hulp, van ziekenhuisverpleging en van huisvesting kunnen door het openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn krachtens een eigen recht worden verhaald, binnen de grenzen en onder de voorwaarden bepaald door de Koning, op de onderhoudsplichtigen van de begunstigde, tot beloop van het bedrag waartoe zij gehouden konden zijn gedurende de tijd dat hulp werd verstrekt (art. 98 § 1 W. 8 juli 1976). (Senaeve, P., ,,De terugvordering van de kosten van maatschappelijke dienstverlening ten laste van de onderhoudsplichtigen'', noot onder Antwerpen, 28 november 1978, *R.W.*, 1978-79, 2738). Het door het centrum uitgekeerd bestaansminimum is het voorwerp van een bijzonder, gelijkaardig, verhaalsrecht, bepaald in artikel 13, 2e lid van de wet van 7 augustus 1974 tot instelling van het recht op een bestaansminimum, gepreciseerd door artikel 32 van het K.B. van 30 oktober 1974) .

Het Koninklijk Besluit dat die grenzen en voorwaarden moet vaststellen is nog steeds niet genomen. Verwacht mag worden dat de verleende steun, zoals het uitgekeerde bestaansminimum, alleen zal kunnen verhaald worden op de echtgenoot en op de ascendenten en descendenten in eerste graad van de betrokkene, en alleen op voorwaarde dat het belastbaar inkomen van deze personen, vastgesteld op basis van het dienstjaar dat het verhaal voorafgaat, een bedrag van 250.000 F, verhoogd met 25.000 F per persoon ten laste, overschrijdt (art. 32 K.B. 30 oktober 1974).

Zolang dit uitvoeringsbesluit niet is genomen kunnen de O.C.M.W.'s terugvorderen van elke onderhoudsplichtige en dit zonder enige inkomensvoorwaarde te moeten in acht nemen: het vroegere artikel 17, 1e lid van de wet van 2 juli 1965 (C.O.O.) kan ingeroepen worden (art. 149 W. 8 juli 1976; Senaeve, P., gecit. noot, 2739; Bax, M., *o.c.*, *R.W.*, 1979-80, 1758. Anders: Rb. Antwerpen, 3 oktober 1978, *De Gemeente*, 1979, 102 met kritische noot: verhaal niet ontvankelijk).

Het O.C.M.W. heeft een zeer ruim en soeverein beoordelingsrecht over het al dan niet toekennen van bijstand, evenals over de vorm en de omvang van die bijstand (Antwerpen, 28 november 1978, *R.W.*, 1978-79, 2736; Brussel, 12 oktober 1971, *Pas.*, 1972, II, 8; Brussel, 3 december 1971, *J.T.*, 1972, 374; Brussel, 13 juni 1972, *Pas.*, 1972, II, 173. Zie evenwel R. v. St., 9 januari 1980, *R.W.*, 1979-80, 2653).

Het O.C.M.W. kan de bijstandkosten evenwel slechts terugvorderen van de onderhoudsplichtigen indien de persoon die bijstand genoot behoeftig was, en degenen van wie terugbetaling gevorderd wordt, hem onderhoud verschuldigd waren ten tijde van het verlenen van de steun. Deze staat van behoefte en het verschuldigd zijn dienen enkel te worden beoordeeld bij toepassing van de artikelen 205 e.v. B.W. (Antwerpen, 28 november 1978, *gecit.*; Bergen, 26 maart 1975, *Pas.*, 1976, II, 2; Brussel, 13 juni 1972, *gecit.*).

Een vonnis waarbij de vordering van de door het O.C.M.W. geholpen persoon tegen zijn onderhoudsplichtigen werd afgewezen wegens het bestaan van voldoende inkomsten in hoofde van eerstgenoemde, kan als zodanig niet tegengeworpen worden aan het O.C.M.W. dat geen partij was in het geding, gelet op het principe van de relativiteit van het rechterlijk gewijsde. Dit belet evenwel niet dat de kinderen, die eigenlijk geen bewijslast dragen, feitelijke argumenten, ontleend aan een procedure waarbij een vordering van de ouders tegen hen ongegrond werd verklaard, kunnen aanvoeren (Antwerpen, 28 november 1978, *gecit.*). De onderhoudsplichtige personen t.a.v. wie het O.C.M.W. een verhaal uitoefent mogen dezelfde excepties en middelen inroepen als die welke zij t.a.v. de behoeftige persoon kunnen laten gelden (Bergen, 26 maart 1975, *gecit.*).

224. Op andere eigen sociaalrechtelijke (Zie bv. Senaeve, P., *De bestrijding van de armoede in België. Analyse van het toekennen van een gewaarborgd inkomen en van de hervorming van de C.O.O.'s*, Leuven, 1977; Senaeve, P., ,,Recensie van de marginale bepalingen uit het sociale zekerheidsrecht en uit andere rechtstakken'', *B.T.S.Z.*, 1976, 616 e.v. en 732 e.v.; Senaeve, P., ,,Onderhoudsplicht en recht op een bestaansminimum'', *T.P.R.*, 1978, 1 e.v.; Van Steenberge, J., ,,Sociaalrechtelijke aspecten van uitkeringen tot onderhoud'', in *Onderhoudsgeld*, Brussel 1978, 111 e.v.; Simoens, D., ,,Onderhoudsgeld en sociale zekerheid'', *T.S.R.*, 1981, 97 e.v.), fiskaalrechtelijke (Zie bv. Maes, L., ,,Het fiscaal regime van de onderhoudsuitkeringen'', in *Onderhoudsgeld*, Brussel, 1978, 123 e.v.; Spruyt, A.J.J., ,,Nieuwe wettelijke bepalingen inzake gezinsfiscaliteit'', *T.Not.*, 1978, 1 e.v.), en strafrechtelijke (zie bv. Dupont, L., *A.P.R.*, Tw. *Verlating van familie*, Gent 1975; Rozie, M., ,,Alimentatie en

strafrecht'', in *Onderhoudsgeld*, Brussel, 1978, 159 e.v.; De Nauw, A., noot onder Brussel, 22 juni 1978, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1979, 88; Dupont, L., noten onder Gent, 11 februari 1977, *R.W.*, 1977-78, 1951; Cass., 13 december 1977, *R.W.*, 1978-79, 953 en Corr. Oudenaarde, 21 april 1978, *R.W.*, 1978-79, 1290; Vandeplas, A., noten onder Rb. Brussel, 9 oktober 1974, *R.W.*, 1974-75, 949 en Corr. Oudenaarde, 29 april 1977, *R.W.*, 1977-78, 199; Cass., 5 september 1979, *Pas.*, 1980, I, 6; *R.W.*, 1979-80, 1863 met noot L. Dupont; *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1981, 8 met noot M. Preumont) aspecten van de onderhoudsverplichting wordt hier niet ingegaan: verwezen wordt naar de uitgebreide literatuur der laatste jaren.

§ 2. Ouderlijke Macht

A. HOEDERECHT (zie Lampe-Franzen, M.F., ,,Le statut juridique de l'enfant. Des droits de garde et de visite'', *Rev. Not.*, 1979, 276 e.v.; Steennot, H., ,,Het belang van het kind'', *R.W.*, 1974-75, 1729 e.v.; Vieujean, E., ,,De la puissance paternelle à la puissance parentale'', *Ann. Dr.*, 1976, 5 e.v.)

225. De ouders alleen zijn titularis van de ouderlijke macht. Gedurende het huwelijk oefent ieder van hen het gezag uit over de persoon van de minderjarige kinderen (art. 373, 1e lid B.W.). In geval van feitelijke scheiding en na echtscheiding oefent één van beiden het gezag uit over de persoon van de kinderen (art. 373, 2e lid en art. 302 B.W.).

Bij feitelijke scheiding is dat de ouder die de materiële bewaring van de minderjarige kinderen heeft.

Alleen de echtgenoot die de bewaring van de kinderen niet heeft kan zich tot de jeugdrechtbank wenden om de bewaring — of een bezoekrecht — te bekomen (Jrb. Ieper, 6 januari 1978, *D.M.J.*, I-354; vgl. Brussel, 11 mei 1978, *D.M.J.*, I-358). De echtgenoot die de bewaring heeft kan voor de jeugdrechtbank wel de afschaffing van het bezoekrecht van de andere echtgenoot vorderen, in het belang van het kind (Jrb. Brussel, 23 juni 1978, *D.M.J.*, I-359).

De grootouders bezitten de nodige hoedanigheid niet om een vordering tot het toewijzen van de hoede over de kinderen in te stellen (Zie Baeteman, G., Delva, W. en Bax, M., *T.P.R.*, 1976, 490).

Ten onrechte beslist de jeugdkamer van het hof van beroep te Luik dat een grootouder de ,,hoedanigheid van natuurlijke beschermer van al zijn descendenten'', naast het nodige moreel en familiaal belang, bezit om zelf een vordering tot het verkrijgen van de hoede van zijn kleinkind in te stellen, omdat de wet van 8 april 1965 geen monopolie heeft willen verlenen aan het openbaar ministerie voor wat het instellen van een burgerlijke vordering betreft (Luik, (Jk.), 12 juni 1979, *Jur. Liège*, 1978-79, 299; *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 401; vgl. Luik, 14 februari 1978, *J.T.*, 1978, 495; Kort ged. Luik, 20 december 1976, *Jur. Liège*, 1976-77, 146).

Wel was het zo dat vóór de wet van 8 april 1965 de rechtbank van eerste aanleg de hoede na echtscheiding alleen kon wijzigen op verzoek van de familieraad of van

de Procureur des Konings, en zulks na de wet van 8 april 1965 door de jeugdrechtbank alleen op verzoek van de ouders of van de Procureur des Konings kan gebeuren, waaruit dan volgt dat de materiële bewaring, niet het juridische bewaringsrecht eventueel aan de grootouders kan toegekend worden (Zie Gerlo, J., ,,Het bestuur over de persoon en de goederen van de kinderen na echtscheiding'', *R.W.*, 1974-75, 721), maar niet op hun verzoek.

226. De uitoefening van het ouderlijk gezag staat wel onder rechterlijk toezicht. De bepalingen van de wet van 8 april 1965 op de jeugdbescherming, waarbij de ontzetting van de ouderlijke macht wordt geregeld, houden geen beperking in van de bevoegdheid, die de rechter aan de wet ontleent, om de uitoefening van de ouderlijke macht te controleren. Niet wettelijk verantwoord is het arrest, dat weigert aan het toekennen van het bezoekrecht aan de grootouders de voorwaarde te verbinden dat het kind niet in contact zal komen met zijn vader, op grond alleen van de overweging dat door een dergelijke beperking de vader, althans gedeeltelijk, van de rechten van de ouderlijke macht uitgesloten zou worden zonder daaruit ontzet te zijn (Cass., 9 februari 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 687; *Pas.*, 1978, I, 671; *R.W.*, 1978-79, 605; *J.T.*, 1978, 434; *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1979, 76; vgl. Luik, 14 februari 1978, *gecit.* en Luik, 11 juni 1975, *Jur. Liège*, 1975-76, 25).

227. Op grond van het gerechtelijk toezicht en in het belang van het kind verwerpt het hof van cassatie (Cass., 19 december 1975, *Arr. Cass.*, 1976, 492; *Pas.*, 1976, I, 485; *R.C.J.B.*, 1977, 193 met noot Rigaux, F., ,,La délégation de l'autorité parentale, création jurisprudentielle ?'') de voorziening tegen een arrest van het hof van beroep te Brussel dat de vordering van de erkennende moeder tot afgifte van haar natuurlijk kind verwierp ten aanzien van de pleegouders aan wie het kind, kort na de geboorte, overeenkomstig artikel 405 B.W., door de familieraad was toevertrouwd.

Het hof te Brussel stelt weliswaar vast dat door de erkenning van een natuurlijk kind van rechtswege een einde komt aan de opgedragen voogdij en dat de erkennende ouder krachtens de ouderlijke macht die hij ten aanzien van het kind alleen uitoefent, principieel de beslissing kan herroepen waarbij het kind aan derden werd toevertrouwd; maar, bij toepassing van de gemeenrechtelijke controle over de uitoefening van de ouderlijke macht, ontzegt het de drager van het ouderlijk gezag het recht om, krachtens bevoegdheden die hem enkel worden verleend om zijn plicht tot opvoeding te vervullen, dwangmaatregelen te vorderen die tegen gewichtige en rechtmatige belangen van het kind indruisen: *in casu* levert de eis van de natuurlijke moeder een ernstig gevaar op voor de verdere ontwikkeling van het kind daar zij hierdoor de affectieve binding tussen het kind en de personen dat het als zijn ware ouders beschouwt, wil verbreken (Brussel, 27 november 1974, *R.W.*, 1976-77, 1391; *D.M.J.*, IV-115).

In de huidige stand van de Belgische wetgeving lijkt de oplossing van het hof van beroep te Brussel, goedgekeurd door het hof van cassatie, betwistbaar: ,,il est contradictoire de déclarer que la mère naturelle ayant reconnu son enfant est

investie de plein droit de l'autorité parentale, et, dans le même souffle, en lui refusant la garde d'un enfant en bas âge, de la priver de l'attribut essentiel de cette autorité. La Cour de cassation a, en dehors de toute prévision législative, admis la légalité d'une délégation de l'autorité parentale à laquelle il ne manque que le nom, mais dont, il ne faut pas se le cacher, les effets juridiques demeurent incertains'' (Rigaux, F., gecit. noot, 207).

Immers, welke bescherming vindt het kind in een materiële hoede van de pleegouders, zonder juridisch gezag en zonder onderhoudsverplichting en in een ouderlijk gezag van de natuurlijke moeder, zonder concrete inhoud? (Zie Becq, S., ,,Het juridisch statuut van de pleegouders'', *R.W.*, 1980-81, 2025 e.v.). Anders is het in geval van ,,pleegvoogdij'' (art. 3 W. 21 maart 1969). De pleegvoogd is gehouden zijn pleegkind te onderhouden (art. 1), maar oefent eveneens het recht van bewaring over het pleegkind uit. De pleegvoogdij moet bekrachtigd worden door de jeugdrechtbank; de jeugdrechtbank kan aan de pleegvoogdij een einde maken op verzoek van degene die het kind erkend heeft (art. 5). De voogdij van de ,,pleegouders'' daarentegen vervalt van rechtswege in geval van erkenning.

Voor de pleegouders bestond *in casu* wel de mogelijkheid om de vordering tot afgifte van de natuurlijke moeder te beantwoorden met een vordering tot adoptie op grond van artikel 353 B.W. In dit geval zou de rechtbank de ganse rechtssituatie te beoordelen hebben.

B. BEZOEKRECHT (zie Dobbelsteen, J., ,,Le droit de visite'', *Cah. Dr. Fam.*, 1975, nr. 2, 6 e.v.; De Coninck, B., ,,Hoe groot zijn de grootouders, kritische studie over de veranderde rol van de grootouders in maatschappij en recht'', *IUS*, 1979, 30 e.v.; Remon, C., ,,Du droit de visite des grands-parents et des tiers'', *Rev. Rég. Dr.*, 1980, 7 e.v.)

228. Hoewel grootouders geen enkel recht putten uit de ouderlijke macht, wordt hun een bezoekrecht, gegrond op de ,,natuurwet'', toegekend (Brussel, 8 januari 1974, *Pas.*, 1974, II, 83; Cass., 4 maart 1976, *Arr. Cass.*, 1976, 767; *R.W.*, 1976-77, 288, noot H. Nuytinck; Rb. Brussel, 13 oktober 1976, *R.W.*, 1977-78, 699; Bergen, 19 oktober 1978, *Pas.*, 1978, II, 141; Rb. Brussel, 5 januari 1979, *R.W.*, 1979-80, 2062; Kort ged. Antwerpen, 25 april 1980, *R.W.*, 1980-81, 1134; T.G.I. Paris, 3 juni 1976, *D.*, 1977, 303 met noot J. Cazals: ook overgrootouders). Dit principiele recht, dat steunt op de bloedverwantschap, kan hen slechts in uitzonderlijke omstandigheden ontzegd worden (Rb. Brussel, 13 oktober 1976, Bergen, 19 oktober 1978 en Rb. Brussel, 5 januari 1979, *gecit.*). Zo zou een bezoekrecht aan de grootouders kunnen geweigerd worden, wanneer bewezen is dat zij dit vorderen om hun kleinkind in contact te brengen met zijn vader, aan wie gerechtelijk de uitoefening van zijn bezoekrecht ontzegd is (Rb. Brussel, 5 januari 1979, *gecit.*), of nog wanneer bewezen is dat zij het kind tegen zijn vader, die het hoederecht uitoefent, ophitsen en deze in een slecht daglicht stellen.

De adoptieve ouders die weigeren een arrest, dat de grootmoeder een bezoekrecht verleent, uit te voeren, kunnen tot schadevergoeding veroordeeld worden, gelet

op de morele onmogelijkheid om de gedwongen uitvoering af te dwingen (Vred. Borgworm, 22 mei 1975, *T. Vred.*, 1975, 243). De vader of moeder die weigert een gerechtelijke beslissing die een bezoekrecht toestaat uit te voeren, maakt zich schuldig aan een inbreuk op artikel 369 bis Sw. (Voor een toepassing — geschil tussen ouders —, zie Cass., 10 mei 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 925; *Pas.*, 1977, I, 916; *R.W.*, 1978-79, 459 met noot Winants, A., ,,Over bezoekrecht en overmacht''.

Het verzoekschrift van de grootouders tot toekenning van een bezoekrecht moet door hen persoonlijk ondertekend worden (Jrb. Verviers, 7 mei 1974, *D.M.J.*, I-301 (art. 45, 1 W. 8 april 1965): de handtekening van een advokaat volstaat niet).

229. Het hof van beroep te Brussel heeft in een recent arrest (Brussel, 23 januari 1980, *J.T.*, 1980, 360) een ,,virtueel'' bezoekrecht of recht op persoonlijke betrekkingen toegekend aan de tante van een kind en aan haar echtgenoot, gelet op de bijzondere banden van genegenheid en erkentelijkheid, ontstaan naar aanleiding van een langdurig verblijf (meer dan 2 jaar) van het kind bij deze ,,pleegouders'' ten gevolge van gezinsmoeilijkheden die tot de ontbinding van het gezin geleid hebben. Ook aan de beweerde vader van een natuurlijk kind kan een bezoekrecht toegekend worden t.a.v. dit kind, ook al zou zijn vaderschap niet wettig vaststaan, indien blijkt dat hij met moeder en kind sinds diens geboorte in een feitelijk gezin samenleefde en dat zich tussen de beweerde vader, die het kind heeft gevoed en opgevoed, en het kind een sterke affectieve band heeft gevormd (Kort. ged. Luik, 31 oktober 1979, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 81; Kort. ged. Antwerpen, 13 februari 1980, *R.W.*, 1980-81, 871).

De rechtbank te Brussel ontzegt de waarschijnlijke vader (art. 340 b) wel het bezoekrecht — ten onrechte als onderdeel van het recht van bewaring bestempeld —, maar niet het recht op ,,persoonlijke en affectieve omgang'' (Rb. Brussel, 1 maart 1977, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 67 met noot Lampe, M.F., ,,De la possibilité et de l'opportunité d'établir une corrélation entre les obligations et les droits du ,,père de fait'' à l'égard de son enfant.'').

C. BEVOEGDHEIDSPROBLEMEN (zie De Bus, J., ,,Bevoegdheid en rechtspleging inzake betwistingen betreffende het bewakingsrecht, het bezoekrecht en het onderhoudsgeld voor minderjarige kinderen'', *Limb. Rechtsl.*, 1979, 1 e.v.)

230. De burgerlijke rechtbank en niet de jeugdrechtbank is bevoegd om kennis te nemen van de vordering van de ouders tot afgifte van hun kind ten aanzien van de pleegouders aan wie het kind werd toevertrouwd (Brussel, 24 november 1974, *gecit.*).

De vraag welke van beide, de burgerlijke rechtbank of de jeugdrechtbank, bevoegd is om uitspraak te doen over vorderingen aangaande het bewaringsrecht of bezoekrecht van natuurlijke ouders of grootouders blijft omstreden (Zie Baeteman, G., Delva, W. en Bax, M., *o.c.*, *T.P.R.*, 1976, 489 en 490; Bax, M., *o.c.*, R.W., 1979-80, 1757; Gerlo, J., ,,De burgerlijke bepalingen van de wet op de jeugdbescherming'', *T.P.R.*, 1973, 121 en 122).

Volgens de rechtbank van Brussel behoort het verlenen van bezoekrecht door de ouders aan een grootouder tot de bevoegdheid van de burgerlijke kamer van de rechtbank van eerste aanleg, gezien geen enkele wet de jeugdrechtbank bevoegd maakt (Rb. Brussel, 5 januari 1979, *R.W.*, 1979-80, 2062).

Het hof van beroep te Luik oordeelt dat de vordering van de ascendent voor de jeugdrechtbank kan worden ingeleid gelet op haar algemene bevoegdheid ten aanzien van alle geschillen die de uitoefening van het ouderlijk gezag betreffen (Luik, 12 juni 1979, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 401, i.v.m. bewaringsrecht van grootouders — zie hoger, nr. 225). Om dezelfde reden kan een natuurlijke vader zich tot de jeugdrechtbank wenden om een bezoekrecht te vorden (Rb. Marche-en-Famenne, 13 juli 1978, *Jur. Liège*, 1978-79, 69).

Op grond van artikel 584 Ger.W. is de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, in gevallen die hij spoedeisend acht, bevoegd om bij voorraad uitspraak te doen omtrent geschillen betreffende bewarings- of bezoekrecht (Brussel, 8 januari 1974, *Pas.*, 1974, II, 83; Kort ged. Luik, 31 oktober 1979, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 81; Bergen, 6 december 1979, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 292; Kort ged. Luik, 7 februari 1980, *Jur. Liège*, 1980, 146; Kort ged. Antwerpen, 13 februari 1980, *R.W.*, 1980-81, 871), zelfs al werd de rechter ten gronde reeds gevat (Kort ged. Luik, 7 februari 1980, *gecit.* Zie ook Laenens, J., ,,Overzicht van rechtspraak, Bevoegdheid'', *T.P.R.*, 1979, 292).

Indien de bevoegdheid van de rechter in kort geding, ten voordele van de jeugdrechtbank, betwist wordt, doet de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg uitspraak over dit incident in verband met de verdeling van de burgerlijke zaken onder de afdelingen, kamers of rechters van zijn rechtbank (art. 88 § 2 Ger.W.) (Luik, 31 januari 1979, *J.T.*, 1979, 424: zaak verwezen naar de Jeugdkamer van het hof van beroep ten gevolge van de devolutieve kracht van het beroep).

Derdenverzet van bezoekgerechtigden is toelaatbaar tegen beschikkingen in kort geding omtrent bewarings- en bezoekrecht (Kort. ged. Antwerpen, 25 april 1980, *R.W.*, 1980-81, 1134).

Ratione loci is de rechtbank van de woonplaats van de minderjarige en niet deze van de woonplaats van de grootouders bevoegd om uitspraak te doen over het door de grootouders gevorderde bezoekrecht (Bergen, 19 februari 1980, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1981, 72; vgl. Jrb. Brussel, 20 mei 1977, *D.M.J.*, III-86: de jeugdrechtbank van de woonplaats van de ouder die de bewaring van een kind heeft is bevoegd om uitspraak te doen over zijn vordering tot afschaffing van het bezoekrecht).

D. JEUGDBESCHERMING (zie de Crayencour, B., ,,Protection de la jeunesse: vers un état critique de la question'', *Rev. Dr. Pén.*, 1978-79, 326; Mahillon, P., e.a., ,,Protection de la jeunesse'', in *Les Novelles*, Brussel, 1978).

I. Maatregelen t.a.v. de ouders

231. De wet op de jeugdbescherming voorziet drie mogelijke maatregelen ten aanzien van de ouders: inning en gebruik van de kinderbijslag door een derde,

opvoedingsbijstand en ontzetting uit de ouderlijke macht (art. 29, 30 en 32 W. 8 april 1965). Elk van die maatregelen kan slechts op vordering van het openbaar ministerie worden uitgesproken; de jeugdrechtbank kan niet vrij één van de drie mogelijkheden kiezen (Brussel (Jk.), 20 februari 1975, *D.M.J.*, II-54).

Opvoedingsbijstand kan de plaatsing van een kind bij betrouwbare personen inhouden, — zoals bv. de grootouders van moederszijde —, en aldus de uitoefening van het ouderlijk gezag beperken (Brussel (Jk.), 7 december 1978, *D.M.J.*, II-67).

Wanneer naar aanleiding van dergelijke plaatsing een niet-hoofdelijke onderhoudsbijdrage in hoofde van vader én moeder werd vastgesteld, kan de bijdrage van de vader niet ten laste van de moeder worden ingevorderd (Jrb. Brussel, 29 juni 1976, *D.M.J.*, II-66; zie evenwel art. 222 B.W.).

Op vordering van het openbaar ministerie kan de jeugdrechtbank de gehele of gedeeltelijke ontzetting uit de ouderlijke macht uitspreken (Jrb. Brussel, 29 maart 1974, *D.M.J.*, II-52: gedeeltelijke ontzetting met toekenning van een bezoekrecht). Zelfs de gehele ontzetting impliceert niet het verbod van elk contact tussen de ontzette ouder en zijn kind; de provoogd, die het recht van bewaring en opvoeding uitoefent (art. 34 W. 8 april 1965) stelt de modaliteiten van die contacten vast (Brussel (Jk.), 15 februari 1979, *D.M.J.*, II-68).

Geen ontzetting kan tegen de vader uitgesproken worden ten aanzien van een kind dat hij ontkend heeft (Bergen (Jk.), 19 mei 1978, *D.M.J.*, II-65).

De man die zijn echtgenote vermoordt, brengt niet noodzakelijk zijn kinderen in gevaar, zodat de jeugdrechtbank kan oordelen dat de ontzetting uit de ouderlijke macht niet moet worden uitgesproken (Jrb. Brussel, 8 november 1974, *D.M.J.*, II-59; Brussel, 3 april 1975, *D.M.J.*, II-55; vgl. Brussel (Jk.), 13 april 1978, *D.M.J.*, II-63).

Ernstige en herhaalde aanrandingen van de eerbaarheid, door de vader gepleegd op de persoon van zijn dochter, kunnen, hoewel ze sedert jaren geëindigd zijn, als gevolg van een globale beoordeling, tot de ontzetting uit de ouderlijke macht leiden (Jrb. Brussel, 29 maart 1977, *D.M.J.*, II-58).

De pedagogische en materiële tekortkomingen die een meisje gedurende bijna zeven jaar heeft moeten ondergaan ingevolge het volledig gebrek aan belangstelling vanwege haar vader vormen de grove nalatigheid die op grond van artikel 32 van de wet van 8 april 1965 de ontzetting uit de ouderlijke macht tot gevolg kan hebben (Brussel (Jk.), 21 februari 1980, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 272).

De jeugdrechtbank kan te allen tijde, zelfs ambtshalve, het herstel in de ouderlijke macht bevelen (art. 60 W. 8 april 1965) (Antwerpen (Jk.), 19 januari 1979, *D.M.J.*, II-69).

De jeugdrechtbank van de woonplaats van de provoogd, wettelijke woonplaats van het kind, is bevoegd om het herstel uit te spreken (Jrb. Brussel, 20 april 1976, *D.M.J.*, III-80).

Een vader kan in de ouderlijke macht hersteld worden, ondanks de negatieve houding van zijn kinderen (Jrb. Brussel, 9 september 1977, *D.M.J.*, II-62).

De gunstige kentering in de levenswijze van de ontzette ouder is op zichzelf niet

voldoende om het herstel in de ouderlijke macht te verantwoorden; er dient nagegaan te worden of deze ouder sedert de ontzetting zich om de kinderen heeft bekommerd (art. 60 W. 8 april 1965) (Jrb. Brussel, 21 oktober 1975, *D.M.J.*, II-57).

II. Maatregelen t.a.v. de minderjarigen

232. De jeugdrechtbank neemt kennis van de vorderingen van het openbaar ministerie betreffende minderjarigen wier gezondheid, veiligheid of zedelijkheid gevaar loopt, hetzij wegens het milieu waarin zij leven, hetzij wegens hun bezigheden, of wanneer de omstandigheden waarin zij worden opgevoed, gevaar opleveren door het gedrag van degenen die hen onder hun bewaring hebben (art. 36, 2° W. 8 april 1965).

In geval van conflict tussen ouders en pleegouders kan de jeugdrechtbank op grond van deze bepaling (en van artikel 52 W. 8 april 1965) een voorlopige maatregel van bewaring bevelen, in afwachting dat het kind later naar de ouders terugkeert of door de pleegouders gewettigd wordt door adoptie (Brussel (Jk.), 19 september 1974, *D.M.J.*, III-71: kind, door de ouders om economische redenen vanaf de geboorte 2 jaar uitbesteed, voorlopig geplaatst in een kindertehuis om het toe te laten geleidelijk naar zijn ouders toe te groeien; Jrb. Dendermonde, 20 maart 1974, *D.M.J.*, III-67: kind voorlopig toevertrouwd aan de pleegouders, waar de moeder van de voorzitter in kort geding het bewakingsrecht bekwam en de pleegouders de wettiging door adoptie vragen; vgl. Brussel (Jk.), 3 maart 1977, *D.M.J.*, III-83).

De plaatsende magistraat beslist soeverein over het bezoekrecht van de ouder(s) (Jrb. Gent, 9 januari 1976, *D.M.J.*, I-311).

De jeugdrechtbank is evenwel niet bevoegd om een plaatsingsmaatregel te bevelen wanneer de minderjarige geen gevaar loopt; het is zeker haar taak niet geschillen tussen de ouders aangaande de hoede van het kind door middel van een plaatsingsmaatregel te beslechten (Brussel (Jk.), 7 juni 1979, *D.M.J.*, III-39).

Indien de jeugdrechtbank een plaatsingsmaatregel niet geschikt acht ten aanzien van een minderjarige van meer dan 16 jaar die een misdrijf gepleegd heeft, kan zij de zaak bij een met redenen omklede beslissing uit handen geven en ze naar het openbaar ministerie verwijzen met het oog op vervolging vóór het bevoegd gerecht als daartoe grond gestaat (art. 38 W. 8 april 1965) (zie Brussel (Jk.), 19 februari 1981, *J.T.*, 1981, 397 en Brussel (Jk.), 21 mei 1981, *J.T.*, 1981, 395 met noot J.L. Hirsch).

233. Gedurende een rechtspleging strekkende tot de toepassing van maatregelen ten aanzien van de ouders of van de kinderen, neemt de jeugdrechtbank voorlopig ten aanzien van de minderjarige de nodige maatregelen van bewaring. Zij kan de minderjarige laten bij degenen die hem onder hun bewaring hebben of hem voorlopig aan een particulier of instelling toevertrouwen (art. 52 W. 8 april 1965). Indien het feitelijk onmogelijk is een particulier of een instelling te vinden die de minderjarige dadelijk kan opnemen, mag de minderjarige voorlopig, maar

voor niet langer dan vijftien dagen, in een huis van arrest worden ondergebracht (art. 53 W. 8 april 1965).

De jeugdrechter beoordeelt deze ,,feitelijke onmogelijkheid'' soeverein, rekening houdend met alle omstandigheden van de zaak (Cass., 8 februari 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 683, *Pas.*, 1978, I, 664).

De vraag kan gesteld worden of de voorlopige bewaring van een minderjarige gedurende vijftien dagen in een huis van arrest, niet strijdig is met het Europees verdrag ter bescherming van de mensenrechten (Niet volgens Bergen (Jk.), 6 januari 1978, *J.T.*, 1979, 6; wel volgens Van de Kerckhove, M., noot onder dit arrest, *J.T.*, 1979, 10-11: strijdig met artikels 5 en 14 van het Europees verdrag).

Alleszins is dit niet het geval voor de plaatsing van een — mentaal gehandicapt — kind, vermits deze door de wet is opgelegd in het belang van het kind (Eur. Com. R.v.d.M., 3 oktober 1978, *D.M.J.*, IV-123).

III. Procedure en bevoegdheid

234. De beslissing van de jeugdrechtbank die de plaatsing van een minderjarige, al of niet voorlopig, bij een particulier of instelling beveelt, is vatbaar voor hoger beroep binnen de wettelijke termijn, — dit is één maand te rekenen van de betekening —, door alle in het geding betrokken partijen (art. 58, 1e lid W. 8 april 1965). De ouders aan wie de hoede over hun kinderen ontnomen wordt zijn in het geding betrokken partijen (Cass., 20 juni 1972, *Arr. Cass.*, 1972, 1003; *Pas.*, 1972, I, 983; *J.T.*, 1973, 728 en Cass., 21 januari 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 556; *Pas.*, 1974, I, 527; *J.T.*, 1974, 334). De persoon belast met de huisvesting en opvoeding van een bij hem geplaatste minderjarige (art. 31, 4° en 37, 3° W. 8 april 1965) is geen partij en heeft geen recht van hoger beroep (Brussel (Jk.), 22 januari 1976, *D.M.J.*, III-79). De provoogd, aangesteld in geval van ontzetting uit de ouderlijke macht, kan wel beroep instellen tegen een vonnis dat hem de provoogdij ontneemt (Brussel (Jk.), 19 mei 1978, *D.M.J.*, II-65).

De vonnissen door de jeugdrechter gewezen in zuiver burgerrechtelijke aangelegenheden, zoals geschillen tussen de ouders over bewarings- of bezoekrecht, zijn niet vatbaar voor verzet doch wel vatbaar voor hoger beroep, zulks binnen een maand na de uitspraak (art. 58, 2e lid W. 8 april 1965); artikel 1051 Ger.W. is terzake niet toepasselijk: de termijn wordt niet gerekend vanaf de betekening en er is geen verlenging wanneer een partij geen woon- of verblijfplaats of geen gekozen woonplaats heeft in België (Brussel (Jk.), 27 september 1973, *Pas.*, 1974, II, 34 en Brussel (Jk.), 28 juni 1976, *J.T.*, 1976, 706; *D.M.J.*, III, 81: behoudens overmacht; Bergen (Jk.), 5 november 1976, *D.M.J.*, III-82).

Naar luid van artikel 44 van de wet van 8 april 1965 wordt de territoriale bevoegdheid van de jeugdrechtbank bepaald door de verblijfplaats van de ouders, voogden of degenen die de minderjarigen onder hun bewaring hebben.

Dit artikel wijst in het meerdere belang van de minderjarige de rechter aan die het dichtst bij de rechtsonderhorigen staat en is derhalve van openbare orde (Arrond. Gent, 25 juni 1979, *R.W.*, 1980-81, 1413. Anders: Arrond. Luik, 6 januari 1972, *J.T.*, 1972, 321: art. 44 is slechts van dwingend recht).

Wijziging van verblijfplaats in de loop van het geding heeft geen invloed (Brussel (Jk.), 16 april 1981, *J.T.*, 1981, 396. De jeugdrechtbank bepaalt, in geval van plaatsing, de bijdrage van de onderhoudsplichtigen in de terugbetaling van de door de Staat voorgeschoten bedragen (Arrond. Luik, 3 maart 1977, *D.M.J.*, IV-119).

E. OUDERLIJKE AANSPRAKELIJKHEID

235. De wet van 6 juli 1977 heeft de vroegere regeling van artikel 1384, tweede lid B.W., grondig gewijzigd. Voortaan is niet de vader, maar ,,zijn de vader en de moeder aansprakelijk voor de schade veroorzaakt door hun minderjarige kinderen'' (Voor de historiek zie Bax, M., *o.c.*, *R.W.*, 1976-77, 1691; Bax, M., ,,Aansprakelijkheid van de ouders voor de door hun inwonende minderjarige kinderen aan derden ten onrechte berokkende schade'', noot bij Vred. Borgerhout, 1 september 1976, *R.W.*, 1976-77, 2673; Denève, M., ,,L'art. 1384 al. 2 C.Civ. et les développements récents du droit de la famille'', *R.G.A.R.*, 1976, nr. 9675. Voor verdere commentaar, zie: Poupart, J.M., ,,La loi du 6 juillet 1977 modifiant l'article 1384, deuxième alinéa du Code civil relatif à la responsabilité des parents pour les dommages causés par leurs enfants mineurs'', *J.T.*, 1977, 743; Denève, M., ,,La loi du 6 juillet 1977 modifiant l'article 1384, deuxième alinéa du Code civil relatif à la responsabilité des parents pour les dommages causés par leurs enfants mineurs'', *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1978, 101; Hamelink, P., ,,Over de ouderlijke aansprakelijkheid'', *De Verz.*, 1978, 295; Kruithof, R., ,,Aansprakelijkheid voor andermans daad: kritische bedenkingen bij enkele ontwikkelingen, *R.W.*, 1978-79, 1393; Moyaert, G., ,,De aansprakelijkheid van de ouders voor de verkeersovertredingen van hun minderjarige kinderen — wet en werkelijkheid'', *R.W.*, 1978-79, 2289; Vandenberghe, H., Van Quickenborne, M. en Hamelink, P., ,,Overzicht van rechtspraak, Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1964-1978)'', *T.P.R.*, 1980, 1286 e.v.; Dalcq, R.O., ,,Examen de jurisprudence (1973 à 1979), La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle'', *R.C.J.B.*, 1980, 391 e.v.; Guldix, E., ,,Ouderlijke aansprakelijkheid en familiale aansprakelijkheidsverzekering'', *R.G.A.R.*, 1981, nr. 10290). De inwoningsvereiste werd niet behouden.

De aansprakelijkheid is zoals vroeger gesteund op een weerlegbaar vermoeden van gebrekkige opvoeding en toezicht (Voorbeeld van weerlegging: Bergen, 21 mei 1975, *R.G.A.R.*, 1975, nr. 9523).

,,Wat het toezicht betreft zal de wettelijk of feitelijk gescheiden ouder bij wie het kind niet inwoont in de regel gemakkelijk kunnen bewijzen dat hij het schadegeval niet heeft kunnen beletten. Dit is echter niet altijd het geval, want tijdens de bezoektijd houdt deze ouder wel toezicht op zijn kind. Belangrijker is hier echter het vermoeden van fout in de opvoeding. De gescheiden ouder bij wie het kind niet meer inwoont heeft immers, krachtens artikel 373 (en artikel 303) B.W., een residuaire opvoedingsplicht. Bovendien kan de fout in de opvoeding teruggaan tot de tijd dat de ouders nog samenleefden en samen het kind opvoedden en kan deze fout zelfs het gevolg zijn van de onenigheid tussen de echtgenoten'' (Kruithof, R., *o.c.*, 1398).

Wanneer geen van beide ouders het bewijs van een voldoende toezicht en opvoeding kan leveren, kan ieder van de ouders voor het geheel aansprakelijk worden gesteld (Volgens Kruithof, R., *o.c.*, 1400, gaat het hier niet om een hoofdelijke verbintenis, maar om een verbintenis ,,in solidium'').

De aansprakelijkheid van de vader en de moeder als bedoeld in artikel 1384, lid 2 B.W. bestaat zodra de schade werd veroorzaakt door de objectief onrechtmatige daad van hun minderjarig kind, ook al heeft het geen oordeel des onderscheids en kan het zelf niet aansprakelijk worden gesteld voor zijn daden (Cass., 3 mei 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 1037; *R.W.*, 1978-79, 1855; *Pas.*, 1979, I, 1013; Cass., 26 juni 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 1155; *Pas.*, 1975, I, 1046; Cass., 24 oktober 1974, *R.W.*, 1974-75, 1185; *Pas.*, 1975, I, 237; *R.G.A.R.*, 1975, nr. 9522; Bergen, 21 mei 1975, *gecit.*; Brussel, 10 mei 1974, *J.T.*, 1975, 170).

Artikel 1384, lid 2 B.W. moet restrictief geïnterpreteerd worden. Zo werd beslist dat geen schuldvermoeden kan rusten op de grootouders, noch op ooms of tantes, noch op broers of zusters (Vred. Borgerhout, 1 september 1976, *R.W.*, 1976-77, 2668), noch op de stiefouders, noch op de voogd (Vred. Borgerhout, 1 september 1976, *gecit*), noch op de personen die het kind gedurende een gedeelte van de dag bijhouden, noch op de personen die andermans kinderen naar school of naar huis brengen (Vred. St. Truiden, 9 december 1976 en Rb. Hasselt, 31 januari 1977, *De Verz.*, 1977, 123)'' (Kruithof, R., *o.c.*, 1404 met referenties). De uit de ouderlijke macht ontzette moeder is niet aansprakelijk voor de daden van haar zoon, beslist de jeugdrechtbank te Gent iets te overhaast (Jrb. Gent, 19 september 1975, *D.M.J.*, III-74. Anders: Kruithof, R., *o.c.*, 1399).

236. Er bestaat geen vermoeden van aansprakelijkheid in hoofde van de ouders wanneer hun zoon op het ogenblik van zijn onrechtmatige daad niet meer onder hun bewaking stond, maar onder het toezicht en het gezag van de school, vertegenwoordigd door de studiemeester of onderwijzer (Vred. St. Truiden, 22 februari 1977, *R.W.*, 1977-78, 2034). De aansprakelijkheid van de ouders op grond van artikel 1384, lid 2 B.W. kan niet gecumuleerd worden met die van de onderwijzers op grond van artikel 1384, lid 4 B.W. (Cass., 22 september 1978, *R.W.*, 1978-79, 1425; *J.T.*, 1980, 508 met noot X. Malingreau; *R.G.A.R.*, 1979, nr. 10076 met studie Legros, P., ,,Le cumul de la responsabilité des parents et des instituteurs''; Brussel, 27 november 1975, *De Verz.*, 1976, 497; *R.W.*, 1975-76, 2213. Anders: Brussel, 2 november 1977, *J.T.*, 1978, 135; *R.G.A.R.*, 1979, nr. 10077. Vgl. Kruithof, R., *o.c.*, 1401. Over de uitlegging van het begrip ,,onderwijzer'', en zijn uitbreiding tot studiemeester, studieperfect of directeur: zie Kruithof, R., *o.c.*, 1410-1411) of van de werkgever op grond van artikel 1384, lid 3 B.W. (Bergen, 15 december 1978, *D.M.J.*, III-88: ouders niet, werkgever wel aansprakelijk).

Het aansprakelijkheidsvermoeden van de onderwijzer bestaat niet wanneer de kinderen op de weg van huis naar school of van school naar huis zijn. Het geldt wel voor de perioden dat de kinderen hun middagmaaltijd gebruiken, op de speelplaats vertoeven, van lokaal veranderen en voor en na schooltijd zich op de terreinen van de school bevinden of wanneer de kinderen buiten de school wel

onder toezicht van de onderwijzer staan, bv. in rij op straat of in een bus die de kinderen haalt en wegbrengt of nog tijdens een schoolreis (Kruithof, R., *o.c.*, 1412 met referenties).

De inrichtende machten in het vrij onderwijs zijn, krachtens een onweerlegbaar schuldvermoeden, aansprakelijk voor de schade die de aangestelde onderwijzers in het raam van hun bediening op onrechtmatige wijze aan derden berokkenen (art. 1384, lid 3 B.W.) (Kruithof, R., *o.c.*, 1413). De leerkrachten van het officieel onderwijs daarentegen treden alleen wat hun onderwijsopdracht betreft als organen van de overheid op. Het toezichtsrecht dat de onderwijzers over de kinderen uitoefenen is hun niet door de overheid verleend, maar door de ouders, zodat Staat of gemeente niet aansprakelijk kunnen gesteld worden (Kruithof, R., *o.c.*, 1414; Vred. St. Truiden, 22 februari 1977, *gecit.*).

De ouders kunnen op grond van artikel 1384 B.W. niet aansprakelijk worden verklaard voor hun minderjarig kind gedurende de tijd dat het overeenkomstig artikel 37, 3° of 4° van de wet van 8 april 1965 in een medisch-pedagogisch instituut (Brussel (Jk.), 2 mei 1974, *R.W.*, 1975-76, 1885: aansprakelijkheidsvermoeden van broeder en instituut weerlegd) of een Rijksgesticht voor observatie en opvoeding onder toezicht (Rb. Turnhout, 2 oktober 1975, *R.W.*, 1975-76, 2020: dagvaarding op grond van art. 1382 B.W. en fout der opvoeders niet bewezen; zo ook Brussel (Jk.), 28 juni 1979, *D.M.J.*, III-96) werd geplaatst, ook al is de inwoningsvereiste voor de aansprakelijkheid van de ouders weggevallen (zie evenwel Kruithof, R., *o.c.*, 1399 en 1410).

DEEL II

BEKWAAMHEID EN ONBEKWAMEN

HOOFDSTUK I

MINDERJARIGEN

AFDELING 1

BEKWAAMHEID

237. Op 22 augustus 1975 diende de toenmalige Minister van Justitie, de heer H. Vanderpoorten bij de Senaat een wetsontwerp in ,,tot verlaging van de leeftijd van burgerlijke meerderjarigheid tot 18 jaar'' (*Parl. St.*, Senaat, 1974-75, nr. 673-1). Dit wetsontwerp werd vrij gunstig onthaald (zie de commentaren van Pauwels, J. en Nuytinck, H., ,,Voorstellen betreffende het wetsontwerp tot verlaging van de leeftijd van burgerlijke meerderjarigheid tot 18 jaar'', *R.W.*, 1975-76, 1329; Mahillon, P. en Lox, F., ,,L'abaissement de l'âge de la majorité'', *J.T.*, 1976, 145 met opm. van Gutt, O., *J.T.*, 1976, 248; Boonen, J., Van Goey, T. en Walgrave, L., ,,Meerderjarigheid op 18 jaar. Een kans op eman-

cipatie'', *R.W.*, 1977-78, 1267; Persyn, C., ,,Het begrip handelingsonbekwaamheid van minderjarigen: Kritiek'', *Jura Falc.*, 1980-81, nr. 2,271), doch is, — mede gelet op zijn verregaande gevolgen, niet alleen op zuiver civielrechtelijk gebied, maar ook op gebied van de jeugdbescherming in het algemeen —, nog niet uitgegroeid tot een definitieve wettekst.

238. De nieuwe wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsvooreenkomsten heeft in ieder geval reeds de bekwaamheid van de minderjarige werknemer vergroot. De minderjarige werknemer die de leeftijd van achttien jaar heeft bereikt, is voortaan handelingsbekwaam om alleen een arbeidsovereenkomst te sluiten (art. 43 W. 3 juli 1978; beneden de achttien jaar heeft hij de uitdrukkelijke of stilzwijgende machtiging van zijn vader, moeder of voogd, of bij ontstentenis daarvan, de machtiging van de jeugdrechtbank nodig (art. 43, 2e lid)) of te beëindigen (Vgl. Arbh. Gent, 23 oktober 1974, *J.T.T.*, 1976, 89). Zijn loon kan hem op geldige wijze ter hand gesteld worden, zonder dat verzet van de ouders of de voogd mogelijk is (art. 44 W. 3 juli 1978) (Beneden de achttien jaar is verzet door de vader, de moeder of de voogd mogelijk). De minderjarige die zijn loon mag ontvangen, verkrijgt hierdoor echter niet het recht om erover te beschikken. Ongeacht of hij de leeftijd van achttien jaar al dan niet bereikt heeft, kan hij slechts geheel of gedeeltelijk beschikken over zijn loon, indien zijn belang dit vordert en aldus is beslist door de jeugdrechter, op verzoek van het openbaar ministerie of een lid van de familie (art. 45 W. 3 juli 1978). De afstand van zijn aanspraak op een opzeggingsvergoeding is een daad van beschikking, die enkel in de bevoegdheid ligt van de wettelijke vertegenwoordiger van de minderjarige, mits eerbiediging van de door de wet voorgeschreven pleegvormen (Arbh. Antwerpen, 21 december 1976, *J.T.T.*, 1978, 241; *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1979, 186; vgl. Arbh. Antwerpen, 10 juli 1975, *T.S.R.*, 1976, 306).

De wet van 30 maart 1981 tot wijziging van de artikelen 43 en 46 Arbeidsovereenkomstenwet (*B.S.*, 28 april 1981) verklaart de minderjarige werknemer die de leeftijd van 18 jaar heeft bereikt thans ook bekwaam om zelf als eiser of verweerder in rechte op te treden voor de geschillen betreffende de arbeidsovereenkomst.

239. De vertegenwoordiger van een minderjarige kan de vernietiging vragen wegens benadeling van de aankoop door de minderjarige van een door hem in een ongeval beschadigde wagen voor een prijs van 42.000 fr zonder B.T.W., en waarvan de herstelling nog eens 67.500 fr zou kosten, wanneer hij slechts 17.000 frank per maand verdient (art. 1305 B.W.) (Rb. Aarlen, 17 mei 1979, *Jur. Liège*, 1980, 133).

Er is geen benadeling wanneer een minderjarige een stereo-installatie koopt voor een prijs die met de waarde van het goed overeenkomt, de installatie voor de minderjarige nuttig is, hij haar zonder moeite met zijn zakgeld heeft kunnen betalen en een levensstandaard geniet die zodanig is dat het bezit van de installatie normaal kan worden genoemd (Antwerpen, 24 februari 1981, *R.W.*, 1980-81, 2815).

De moeder-voogdes kan evenwel de nietigverklaring niet vorderen van de aankoop door een minderjarige van een tweedehands motorfiets met geld dat hij bij zijn grootvader gestolen heeft: de minderjarige kan niet in zijn recht hersteld worden tegen de verbintenissen die volgen uit zijn misdrijf of oneigenlijk misdrijf (art. 1310 B.W.) (Vred. Kontich, 5 februari 1974, *R.W.*, 1974-75, 952 met noot C. Caenepeel. Vgl. Nancy, 25 januari 1979, *J.C.P.*, 1980, IV, 231).

240. Een dagvaarding in burgerlijke zaken kan niet rechtstreeks worden gericht tegen een niet ontvoogde minderjarige. De dagvaarding die alleen tegen een niet ontvoogde minderjarige is gericht, is nietig, zelfs al werd deze nietigheid niet opgeworpen vóór enig ander middel (Brussel, 30 oktober 1975, *R.W.*, 1976-77, 1012).

Als enige betrokkene in de procedure in eerste aanleg is de niet ontvoogde minderjarige gerechtigd en verplicht om bij wijze van conservatoire maatregel hoger beroep in te stellen (Brussel, 30 oktober 1975, *gecit.*).

Wanneer in de loop van de procedure de vertegenwoordigde minderjarige meerderjarig wordt moet hij in eigen naam conclusie nemen, zonder dat het geding moet worden hervat (Arbh. Bergen, 20 juni 1975, *J.T.*, 1975, 551): er is geen wijziging van staat, enkel van bekwaamheid, hetgeen niet voorzien is bij artikel 815 Ger.W. (Zie Baeteman, G., Delva, W. en Bax, M., *o.c.*, *T.P.R.*, 1976, 508).

De verweerder in een geding ingeleid door een minderjarige kan de niet-ontvankelijkheid of de nietigheid van diens rechtsvordering niet inroepen; hij kan enkel de ouders van de minderjarige in het geding roepen om te vermijden dat de minderjarige bij zijn meerderjarigheid de geldigheid van zijn vordering betwist (Arbrb. Hoei, 21 juni 1974, *Pas.*, 1975, III, 66). Wanneer de ouders in naam van hun meerderjarig kind een rechtsvordering hebben ingeleid, kan de verweerder, veroordeeld ingevolge die rechtsvordering, enkel hoger beroep instellen tegen de ouders en niet tegen hun kind dat niet wettelijk was vertegenwoordigd voor de rechter (Cass., 11 januari 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 523; *Pas.*, 1974, I, 500).

241. De minderjarige die bekwaam is om een huwelijk aan te gaan, kan toestemmen in alle overeenkomsten die het huwelijkscontract kan bevatten. De daarin door hem gemaakte overeenkomsten zijn geldig, mits hij in het contract is bijgestaan door de personen wier toestemming vereist is voor de geldigheid van het huwelijk (art. 1397 B.W.). De wet van 14 juli 1976 heeft een vroeger twistpunt beslecht: geen bijstand is vereist wanneer de jeugdrechter machtiging heeft verleend tot het huwelijk (art. 1397, 2e lid B.W.) (Zie Casman, H. en Van Look, M., *Huwelijksvermogensstelsels*, II/6, 1-5).

Maar wanneer de minderjarige in het huwelijkscontract een schenking of een contractuele erfstelling doet is overeenkomstig artikel 1095 B.W. naast de bijstand ook de toestemming vereist van wie in het huwelijk van de minderjarige toestemt (Artikel 1397 B.W. gewaagt weliswaar van ,,overeenkomsten en

schenkingen'' zonder onderscheid, maar artikel 1095 B.W. werd door de wet van 14 juli 1976 niet gewijzigd). Het probleem van de toestemming van de jeugdrechter tot schenkingen, blijft gesteld: blijkbaar is noch bijstand noch toestemming vereist wanneer de jeugdrechter machtiging verleent tot het huwelijk.

242. Luidens artikel 1206 Ger.W. geschiedt de minnelijke verdeling, indien er onder de medeëigenaars een minderjarige is, door een notaris onder voorzitterschap en met goedkeuring van de vrederechter. Dit artikel maakt geen onderscheid naar gelang de minderjarige onder voogdij staat of niet (Rb. Oudenaarde, 14 oktober 1975, *T. Not.*, 1976, 8 met noot J.L. Rens; *Rev. Not.*, 1976, 277; zie ook Rb. Dendermonde, 29 april 1976, *T. Not.*, 1976, 181 met noot).

Indien deze oplossing het best de belangen van de minderjarigen waarborgt, homologeert de rechtbank de beslissing van de familieraad, die de overname door de moeder — voogdes van het actief van de nalatenschap en van het handelsfonds dat er deel van uitmaakt toestaat, onder verplichting alle schulden te dragen, dit om de verkoop van de zaak, die de minderjarige kinderen zou schaden, te vermijden (Rb. Mechelen, 2 januari 1979, *Rev. Not.*, 1980, 393).

Wat moet er gebeuren in geval van tegenstrijdigheid van belangen (Voor zover daarvan sprake kan zijn: zie Vieujean, E., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1977, 521, nr. 22) bij de verdeling of de verkoop van onroerende goederen die minderjarigen, hun voogd en/of hun toeziende voogd in onverdeeldheid bezitten?

In geval van tegenstrijdigheid van belangen tussen de voogd en de minderjarigen, worden de minderjarigen geldig vertegenwoordigd door de toeziende voogd (art. 420 B.W.; art. 1186, lid 5 en 1187 lid 3 Ger.W.), zodat geen voogd *ad hoc* dient te worden aangesteld; een toeziende voogd *ad hoc* moet niet benoemd worden (arg. art. 1206, lid 2 Ger.W.). In geval van tegenstrijdigheid van belangen tussen de toeziende voogd en de minderjarigen moet geen toeziende voogd *ad hoc* aangeduid worden (art. 1206, lid. 2, Ger.W.). En in geval van tegenstrijdigheid van belangen tussen de voogd, de toeziende voogd en de minderjarigen vervangt de toeziende voogd de voogd, zonder dat de toeziende voogd zelf vervangen wordt (Vred. Gosselies, 14 december 1979, *Rev. Not.*, 1981, 203 met goedkeurende noot J.F. Leclercq). Uit zuiver juridisch oogpunt ware de aanstelling van een voogd *ad hoc* in dit laatste geval wel wenselijk; het volstaat niet dat verwacht mag worden dat de vrederechter over de belangen van de minderjarigen zal waken (anders Leclercq, J.F., gecit. noot, 221).

243. De verkoop van onroerende goederen, toebehorend aan minderjarigen, geschiedt in principe in het openbaar (art. 1186 Ger.W.). De openbare verkopingen brengen echter steeds minder en minder op. Om dit nadeel te vermijden lieten de rechtbanken in sommige gevallen de verkoop uit de hand toe (Baeteman, G., Delva, W. en Bax, M., *o.c.*, *T.P.R.*, 1976, 503. *Adde:* Rb. Dendermonde, 3 april 1980, *T. Not.*, 1980, 305; *Rev. Not.*, 1981, 267 met opm. R.D.V. Zie Van den Brande, F., ,,Verkoping van onroerende goederen waarin minderjarigen

gerechtigd zijn'', *T. Not.*, 1975, 241; Gotzen, R., ,,La vente de gré à gré d'immeubles appartenant à des mineurs'', *J.T.*, 1977, 635; Piret, J., ,,Les ventes d'immeubles appartenant à des incapables ou à des personnes y assimilées'', *T. Vred.*, 1975, 3; Gotzen, R., ,,Minderjarigheid en faillissement: het probleem van de verkoop der onroerende goederen'', *R.W.*, 1977-78, 1465; Mignon-Gillis, H., ,,Vente d'immeubles appartenant en tout ou en partie à des mineurs: vente de gré à gré ou vente publique'', *Rev. Not. B.*, 1979, 329).

Op 5 december 1979 diende de regering bij de Senaat een wetsontwerp tot wijziging van het gerechtelijk wetboek wat betreft bepaalde verkopen van onroerende goederen (*Parl. St.*, Senaat, 1979-80, nr. 320/1) in, om aan ,,deze ongezonde situatie, waarin de rechters met goede bedoelingen handelen in strijd met de wet'' een einde te maken (Verslag Van Rompaey, *Parl. St.*, Kamer, 1980-81, nr. 704/3, blz. 2). Het werd de wet van 18 februari 1981 (*B.S.*, 28 februari 1981) (Zie Gotzen, R., ,,Nieuwe verkoopmogelijkheden voor onroerende goederen van beschermde personen'', *R.W.*, 1980-81, 2217; Rens, J.L., ,,Bepaalde gerechtelijke verkopen uit de hand'', *T. Not.*, 1981, 135; Wallemacq, A., ,,De certaines ventes d'immeubles'', *J.T.*, 1981, 281).

Een nieuw artikel 1193 *bis* Ger.W. laat de personen die bevoegd zijn om de openbare verkoping van onroerende goederen te vorderen toe, al naar gelang het geval, bij de familieraad of bij de rechtbank van eerste aanleg een aanvraag in te dienen tot machtiging om uit de hand te verkopen. De machtiging wordt verleend indien het belang van de beschermde personen het vereist.

De machtiging van de familieraad of van de rechtbank bepaalt uitdrukkelijk waarom de verkoop uit de hand het belang van de beschermde personen dient. Deze vorm van verkoop kan van een minimum verkoopprijs afhankelijk worden gesteld.

De door de familieraad verleende machtiging moet door de rechtbank van eerste aanleg gehomologeerd worden.

De aanvraag tot machtiging wordt ingediend bij een met redenen omkleed verzoekschrift waarbij een door een notaris opgemaakt ontwerp van verkoopakte wordt gevoegd.

Het heeft geen zin dat de rechtbank, omwille van het overlijden van één van de beneficiaire erfgenamen, die reeds de toelating hadden verkregen om een onroerend goed behorend tot een nalatenschap waarin een minderjarige gerechtigd is, te verkopen (art. 1187 Ger. W.), opnieuw aan de erfgenamen van de overleden deelgenoot dezelfde toelating zou verlenen en andermaal zou onderzoeken of de voorwaarden van artikel 806 B.W. en 1189 Ger.W. zijn vervuld (Rb. Kortrijk, 30 juni 1978, *T. Not.*, 1979, 337).

De afstand van het recht van voorkoop dat in onverdeeldheid toebehoort aan minderjarige en meerderjarige pachters, moet geschieden overeenkomstig de rechtsvormen van artikel 1186 Ger.W., als het gaat om de afstand van de minderjarigen, en overeenkomstig artikel 1187 Ger.W., als het gaat om de afstand van de meerderjarigen (Cass., 15 april 1979, *Arr. Cass.*, 1977, 853; *Pas.*, 1977, I, 846).

WETTELIJK BEHEER

244. Krachtens artikel 389 B.W. heeft iedere ouder afzonderlijk het recht om de goederen van de minderjarige kinderen te beheren.

De vader en de moeder oefenen dit wettelijk beheer zonder controle uit, voor alle handelingen die de voogd alleen of met machtiging van de familieraad mag verrichten.

Wanneer de voogd voor een handeling de machtiging van de familieraad, gehomologeerd door de rechtbank van eerste aanleg, nodig heeft, moeten de ouders de machtiging van de rechtbank van eerste aanleg bekomen (Baeteman, G., Delva, W. en Bax, M., *o.c.*, 493; Rb. Charleroi, 27 november 1974, *Rev. Not.*, 1975, 519 met noot J.F. Leclercq).

De ouders hebben de machtiging van de rechtbank niet nodig voor de aankoop, zonder lening, van een onroerend goed voor de minderjarige (Rb. Kortrijk, 8 januari 1980, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 336: plaatsing van kapitalen; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1981, nr. 22613, met opm.), zelfs al gaat het om een koop op afbetaling (Rb. Charleroi, 27 november 1974, *gecit.*: het verzoek tot machtiging van de ouders is niet ontvankelijk) of om de aankoop voor de minderjarige van een onroerend goed van de ouders, onder beding dat de koper de prijs zal betalen aan de nalatenschap (zie Rb. Dendermonde, 26 maart 1975, *T. Not.*, 1975, 224 i.v.m. verkoop aan meerderjarig kind).

In geval van tegenstrijdigheid van belangen tussen beide ouders en de minderjarige moet bij de rechtbank van eerste aanleg een verzoekschrift ingediend worden tot aanstelling van een beheerder *ad hoc*. In geval van tegenstrijdigheid van belangen tussen slechts één van de ouders en de minderjarige, blijft de andere ouder, als beheerder, de minderjarige geldig vertegenwoordigen (Rb. Antwerpen, 18 december 1975, *R.W.*, 1976-77, 552 met noot J. Gerlo, ,,Tegenstrijdige belangen van ouder en kind.''): zo kan de nieuwe echtgenote van de vader de voogdijafrekening in ontvangst nemen en doorhaling verlenen van de wettelijke hypotheek ten laste van de vader, vroegere voogd. Deze oplossing is vatbaar voor kritiek: bestaat er geen tegenstrijdigheid van belangen met de nieuwe moeder, als stilzwijgend gemandateerde van de vader (Gerlo, J., *o.c.*, 559)?

Wanneer de ouders, als wettelijke beheerders, een hypotheek willen verlenen op een onroerend goed dat geheel of ten dele toebehoort aan hun minderjarige kinderen, moeten zij, zonder tussenkomst van een familieraad, bij verzoekschrift om machtiging vragen van de rechtbank van eerste aanleg (Rb. Antwerpen, 18 december 1975, *gecit.* en Rb. Kortrijk, 8 januari 1980, *T. Not.* 1980, 308; *Rev. Not.*, 1981, 267 met opm. R.D.V.; *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 331. *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1981, nr. 22612 met opm.). Luidens artikel 1886, 3e lid. Ger.W. moeten de ouders zich *samen* tot de rechtbank wenden. Artikel 1886 Ger.W. stelt een uitzondering vast op de afzonderlijke of concurrentiële uitoefening van het wettelijk beheer, ingevoerd door de wet van 1 juli 1974 (Rb. Kortrijk, 8 januari 1980, *gecit.*; Delva, W., ,,Ouderlijke verplichtingen en rechten'', *T.P.R.*, 1975, 285; Baeteman, G., Delva, W., en Bax, M., *o.c.*, *T.P.R.*, 1976, 493; Gerlo, J.,

o.c., *R.W.*, 1976-77, 560. Anders: Rb. Antwerpen, 16 december 1975, *gecit.*; Nuytinck, H., ,,Vader en moeder: gelijk voor de wet'', *R.W.*, 1974-75, 1360; Masson, J.P., ,,La loi du 1er juillet 1974'', *J.T.*, 1974, 674; Bodson, P., ,,Observations concernant la loi du 1er juillet 1974 ...'', *T. Vred.*, 1975, 161).

De machtiging wordt enkel verleend indien bewezen wordt dat het verlenen van de hypotheek klaarblijkelijk in het voordeel is van de minderjarige (artikel 457, 2e lid B.W.): dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de hypotheek wordt verleend tot waarborg van een kredietopening voor het exploiteren van de handelszaak die vader en kinderen in onverdeeldheid toebehoort (Rb. Antwerpen, 16 december 1975, *gecit.*); dit is evenwel niet het geval als de ouders een hypotheek willen verlenen op een grond waarvan de minderjarige met zijn broer eigenaar is, om deze laatste toe te laten een kredietopening te bekomen, waardoor hij over de nodige gelden zal beschikken om in zijn uitsluitend voordeel een woning te bouwen (Rb. Kortrijk, 8 januari 1980, *gecit.*; vgl. Rb. Kortrijk, 1 april 1980, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1981, 95).

De ouders kunnen in naam van de minderjarige een dading aangaan zonder, zoals de voogd, gehouden te zijn tot de formaliteiten van artikel 467 B.W.: machtiging van de familieraad, gunstig advies van drie rechtsgeleerden, homologatie van de dading door de rechtbank van eerste aanleg. De ouders moeten echter wel door de rechtbank van eerste aanleg gemachtigd zijn om de dading aan te gaan: de overeenkomst waarbij de ouders van een minderjarig meisje hun akkoord hebben gegeven voor een minnelijk geneeskundig onderzoek door twee in de overeenkomst aangeduide geneesheren is nietig bij gebreke van dergelijke machtiging (Rb. Brussel, 18 december 1978, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 175, noot J.L. Renchon. Zie ook i.v.m. dading, Kh. Verviers, 13 juni 1977, *Jur. Liège*, 1977-78, 79 en Rb. Luik, 17 maart 1975, *Jur. Liège*, 1975-76, 138).

Wanneer kan gevreesd worden dat geldsommen die aan een minderjarige toekomen niet in zijn belang worden gebruikt, kan de jeugdrechtbank op vordering van de procureur des Konings de voorwaarden voor de aanwending van die sommen bepalen (art. 389, 4e lid B.W.): zo beveelt de jeugdrechtbank te Gent de storting door de verzekeringskas voor arbeidsongevallen van de arbeidsongevallenvergoeding voor een minderjarige op een eigen spaarboekje met voorbehoudsclausule (Jrb. Gent, 12 november 1976, *D.M.J.*, I-355).

AFDELING 3

VOOGDIJ

245. De voogd draagt zorg voor de persoon van de minderjarige (art. 450 B.W.). Het is echter mogelijk dat voogdij en ouderlijk gezag naast elkaar bestaan.

Wanneer bijvoorbeeld de familieraad de voogdij over een minderjarige, waarvan de moeder is overleden, aan de grootmoeder toevertrouwt, niettegenstaande de langstlevende vader, die niet uit de ouderlijke macht is ontzet, normaal van rechtswege voogd is, dan beslist de vader en niet de grootmoeder over de

inschrijving van zijn dochter aan een instituut voor hogere studies, ook al heeft deze inschrijving een belangrijke financiële weerslag.

De minderjarige die haar studies niet voortzet, kan, eens ze meerderjarig is geworden, de terugbetaling niet vorderen van de betaalde inschrijvingsgelden, als zou zij, als minderjarige aan die terugvordering niet geldig hebben kunnen verzaken. Vermoed mag worden dat de vader, die zich niet met de opvoeding van zijn dochter inlaat, stilzwijgend met de inschrijving en de verzaking heeft ingestemd (Rb. Brussel, 3 februari 1976, *Pas.*, 1976, III, 19 met advies O.M. Masson).

246. De voogd draagt zorg voor de persoon van de minderjarige onder leiding en toezicht van de familieraad (Rb. Turnhout, 28 oktober 1976, *R.W.*, 1978-79, 1099 met noot Nuytinck, H., ,,Het recht van bewaring: de bevoegdheid van de voogd, de familieraad, de rechtbank'', 1103, met referenties, 1103; Brussel, 14 mei 1980, *J.T.*, 1981, 61; Nuytinck, H., ,,De zorg voor de persoon van de minderjarige in het voogdijrecht: theorie en praktijk'', *T.P.R.*, 1979, 29 e.v.; zie ook Nuytinck, H., ,,De vrederechter en de familieraad in de praktijk van de voogdij van de minderjarigen'', *T. Vred.*, 1980, 3 e.v.).

De voogd oefent immers slechts een gedelegeerde bevoegdheid uit. Hij is er niet toe gehouden zijn pupil kost, onderhoud en opvoeding te verschaffen. De familieraad, die bij het begin van de voogdij het hoogste bedrag dat jaarlijks aan de uitgaven van de minderjarige mag worden besteed bepaalt (art. 454, 1e lid B.W.) moet eerst kunnen bepalen op welke wijze en waar de opvoeding zal gebeuren (Nuytinck, H., *o.c.*, *T.P.R.*, 1979, 38).

Hoewel in principe de minderjarige onder voogdij wordt toevertrouwd aan de voogd, kan de familieraad in het belang van de pupil beslissen deze tijdelijk aan een andere persoon toe te vertrouwen (Rb. Turnhout, 28 oktober 1976, *gecit.*; Rb. Nijvel, 30 mei 1979, *Rev. Not.*, 1979, 366 met noot D.S.; Brussel, 14 mei 1980, *gecit.*; Nuytinck, H., noot, *R.W.*, 1978-79, 1104 met referenties)

Tegen de beslissing van de familieraad kan opgekomen worden bij de rechtbank van eerste aanleg (art. 1232 Ger.W.). Dit opkomen is geen beroep. De rechtbank kan een beslissing van de familieraad enkel vernietigen en de bijeenroeping van een nieuwe familieraad bevelen, niet zich in de plaats stellen van de familieraad door zelf uitspraak te doen over het bewaringsrecht (Rb. Turnhout, 28 oktober 1976, *gecit.*; vgl. Rb. Ieper, 17 november 1976, *R.W.*, 1977-78, 583 i.v.m. beheer van goederen).

247. De belegging van de kapitalen van de minderjarigen mag niet strijdig zijn met de vereisten van een goed beheer (art. 450, 2e lid B.W.). Met inachtneming van deze regel is de wijze van belegging vrij, behoudens de door de wet uitdrukkelijk gestelde uitzonderingen (zie de uitzonderingen voorzien door artikels 55 tot 59 Hyp. W.: de familieraad *kan* in bepaalde gevallen bevelen de gelden van de pupil in de Deposito- en Consignatiekas te storten, artikel 61, lid. 2 Hyp.W.: onvoorziene inkomsten moeten in de Deposito- en Consignatiekas gestort worden, *tenzij* de familieraad de voogd machtigt om ze op een andere

manier te plaatsen en artikel 25 W. 31 mei 1824: de kapitalen van de minderjarigen mogen niet worden belegd in buitenlandse waarden).

De kapitalen mogen worden ingebracht in vennootschappen, belegd worden in familiezaken, in aandelen en obligaties, enz. Deze beleggingen moeten wel zeker lijken en ernstige waarborgen bieden.

Een belegging bij openbare spaarinstellingen met de daaruit voortvloeiende mogelijkheid van toezicht vanwege de vrederechter, is geenszins voor de familieraad wettelijk verplicht (Rb. Ieper, 17 november 1976, *R.W.*, 1977-78, 583 met noot Gotzen, R., ,,Zijn de beleggingswijzen van kapitalen die aan minderjarigen toebehoren al dan niet door de wet beperkt?'' *T. Vred.*, 1980, 125).

Luidens artikel 61, eerste lid, Hyp.W. mag de voogd, zonder de bijstand van de toeziende voogd, geen terugbetaling ontvangen van niet opeisbare kapitalen, of van schuldvorderingen met tijdsbepaling die eerst na de meerderjarigheid van de pupil zullen vervallen. De bewoordingen van artikel 61 Hyp. W. houden geen beperking in. Daaronder moet worden verstaan alle onverwachte kapitaalsinkomsten waarmee geen rekening werd gehouden bij de vaststelling van de wettelijke hypotheek. De betaling van het kapitaal dat de rente vertegenwoordigt die werd toegekend aan het minderjarig kind, slachtoffer van een arbeidsongeval nadat de voogdij was ingesteld, is een dergelijk onvoorzienbaar inkomen, waarvoor de natuurlijke moeder, voogdes, niet bevoegd is om alleen, zonder bijstand van de toeziende voogd, kwijting van de betaling te geven (Cass., 10 april 1978, *R.W.*, 1978-79, 719 met noot Gotzen, R., ,,De uitbetaling van kapitalen die minderjarigen ten deel vallen''; *Arr. Cass.*, 1978, 914; *Pas.*, 1978, I, 888; *J.T.*, 1978, 493; *Rev. Trim. Dr. Fam*, 1979, 155 met noot R. Gotzen; *Rec. Gen. Enr. Not.*, 1980, nr. 22508 met opm. Vgl. Rb. Luik, 17 maart 1975, *Jur. Liège*, 1975-76, 138; vgl. Ledoux, J.L., ,,Chronique de jurisprudence, Les sûretés réelles (1975-80)'', *J.T.*, 1981, 339, nr. 118).

248. De voogd mag een goed van zijn pupil niet kopen (art. 450 B.W.), zelfs niet met toelating van de familieraad. Wel kan hij, mits een beslissing van de familieraad, gehomologeerd door de rechtbank (art. 8 W. Kh.) de handel van de overleden ouders van de minderjarige voortzetten, niet voor eigen rekening maar voor rekening en in het belang van de minderjarige zelf (Rb. Kortrijk, 8 mei 1979, *T. Not.*, 1980, 56). Voortzetting van de handel van de overleden ouder van de minderjarige brengt de aanvaarding mede van de volledige nalatenschap; deze kan echter niet geschieden zonder voorafgaande machtiging van de familieraad en niet anders dan onder voorrecht van boedelbeschrijving (art. 461 B.W.) (Rb. Kortrijk, 27 maart 1979, *T. Not.*, 1979, 187 met noot H. Du Faux; vgl. Brussel, 22 december 1976, *Rev. Prat. Soc.*, 1978, 58 met opm. M. Piret). De voortzetting van de handel van de overleden ouder door twee minderjarigen, door tussenkomst van een zelfde lasthebber, kan tussen hen een onregelmatige vennootschap doen ontstaan. De rechtbank moet de homologatie weigeren indien uit de motivering van de beraadslaging van de familieraad en uit de voorgelegde bescheiden de voortzetting van de handel van de overleden ouder niet raadzaam en nuttig blijkt (Rb. Kortrijk, 27 maart 1979, *gecit.*).

249. De handelshuur voor een minderjarige door zijn moeder-voogdes toegestaan is slechts verbindend voor de periode van negen jaren lopend op het ogenblik dat de minderjarige meerderjarig wordt (art. 1718 en 595 B.W.) (Rb. Veurne, 10 februari 1977, *Rec. Gen. Enr. Not.*, 1978, nr. 22268 met opm. A.C.).

250. De voogd kan, zelfs met machtiging van de familieraad en de rechtbank van eerste aanleg, namens de minderjarige geen onderhoudscontract — de eigenaar vervreemdt een goed, tegen onderhoudsprestaties vanwege de begiftigde (,,bail à nourriture'') — sluiten, wanneer ten gevolge van het ontbreken van enige evenredigheid tussen winst- en verlieskans voor beide partijen, de overeenkomst niet kan beschouwd worden als een kanscontract ten bezwarende titel, maar wel als een — onrechtstreekse of vermomde — schenking (Rb. Brussel, 17 januari 1977, *Pas.*, 1977, III, 19; *J.T.*, 1977, 440) en het is de voogd verboden schenkingen te doen van goederen van de minderjarige.

AFDELING 4

ONTVOOGDING

251. Het stelsel van de ontvoogding is van openbare orde en bestemd om de vrijwaring van de belangen van de minderjarigen te verzekeren. Het komt de rechtbank toe in elk geval na te gaan of de aangevraagde ontvoogding de minderjarige niet met een werkelijke [een theoretische schade, zoals het niet toepasselijk zijn van de regels van de voogdij bij het openvallen van een nalatenschap, volstaat niet] schade bedreigt. Gezien de ontvoogding een recht, onderdeel van het ouderlijk gezag is, komt het aan de rechter niet toe, behoudens preciese aanduidingen, zich in de plaats van de ouders te stellen, maar alleen op de uitoefening van dit recht toezicht te houden (Jrb. Hoei, 17 februari 1977, *Jur. Liège*, 1976-77, 195; *T. Vred.*, 1978, 61; vgl. Jrb. Turnhout, 7 maart 1979, *R.W.*, 1979-80, 1777: ontvoogding Nederlandse minderjarige).

252. Een door een ontvoogde minderjarige aangegane hypothecaire lening is een rechtshandeling waarvoor de machtiging van de familieraad en de bekrachtiging van de rechtbank vereist zijn (art. 483 B.W.) (Rb. Aarlen, 25 februari 1977, *Jur. Liège*, 1977-78, 28; Rb. Bergen, 10 mei 1978, *J.T.*, 1978, 510; *Rev. Not.*, 1978, 546; *Rec. Gen. Enr. Not.*, 1977, nr. 22320; Rb. Kortrijk, 29 september 1970, *R.W.*, 1974-75, 1390 met noot J. Kokelenberg). De machtiging van de familieraad is vereist, ook al leven beide ouders nog (Rb. Aarlen, 25 februari 1977, *gecit.*; De Busschere, C., ,,Verkopen, aankopen, leningen en hypotheekstellingen door ontvoogde minderjarigen (art. 483 en 484 B.W.)'', *R.W.*, 1974-75, 1367-1369 met referenties; Vieujean, E., ,,Examen de jurisprudence (1970 à 1975), Personnes'', *R.C.J.B.*, 1977, 542-543): inderdaad, vermits er geen ouderlijke macht meer is na de ontvoogding, heeft de familieraad een bestaansreden. De curator is niet bevoegd om de familieraad bijeen te roepen en de

beslissing te laten homologeren: de ontvoogde dient zelf op te treden (De Busschere, C., *o.c.*, 1377; Rb. Bergen, 10 mei 1978, *gecit.*). En eens de machtiging van de familieraad en de bekrachtiging van de rectbank bekomen verricht de ontvoogde minderjarige de rechtshandeling zelf eveneens geldig alleen, zonder bijstand van een curator of curator *ad hoc* (Rb. Bergen, 10 mei 1978, *gecit.* Vgl. De Busschere, C., *o.c.*, 1369-1372 met referenties; Vieujean, E., *o.c.*, 543-544, die opmerkt dat voor het in ontvangst nemen van roerende kapitalen toch weer bijstand van de curator vereist is; Ledoux, J.L., ,,Chronique de jurisprudence, Les sûretés réelles (1975-80)'', *J.T.*, 1981, 338, nr. 16).

253. De vrederechter van Willebroek weigert over te gaan tot de goedkeuring van de voorwaarden van openbare verkoping van een onroerend goed dat in onverdeeldheid toebehoort aan een ontvoogde minderjarige en zijn curator, zolang niet werd overgegaan tot de benoeming van een curator *ad hoc* ten einde de minderjarige bij de verkoping te ,,vertegenwoordigen'' (Vred. Willebroek, 18 januari 1978, *R.W.*, 1978-79, 1375 met noot De Busschere, C., ,,Aspecten van de handelingsbekwaamheid van ontvoogde minderjarigen''). Principieel is deze bijstand nochtans niet vereist (art. 484 B.W.) (De Busschere, C., *o.c.*, *R.W.*, 1978-79, 1376-1377). Maar ,,in feite vergt de beoordeling van de tegenstrijdigheid van de belangen enerzijds, en van de opportuniteit van de bijstand van de curator anderzijds, een appreciatie van de concrete omstandigheden en van de aard en zwaarwichtigheid van de voorgenomen rechtshandeling''. *In casu* hangt het onroerend goed dat verkocht wordt af van een (nog te vereffenen) onverdeelde nalatenschap, waarvan de vereffening niet mogelijk lijkt zonder aanstelling van een curator *ad hoc*. Daarenboven moet het deel van de koopprijs dat aan de minderjarige toekomt, met bijstand van de curator, belegd worden (art. 482 B.W.) (De Busschere, C., *o.c.*, 1377).

Terecht verklaart de rechtbank te Brussel het verzoekschrift niet ontvankelijk waarbij een door het huwelijk ontvoogde minderjarige machtiging vraagt om een onroerend goed dat hem eigen is uit de hand te verkopen: overeenkomstig artikel 484 B.W. moet de ontvoogde minderjarige vooraf de machtiging van de familieraad bekomen (Rb. Brussel, 19 maart 1980, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 317 met advies O.M.). De rechtbank te Kortrijk weigert de beraadslaging te homologeren van de familieraad, waarbij machtiging wordt verleend om een onroerend goed dat een ontvoogde minderjarige toebehoort te verkopen, omdat daarin de concrete redenen niet zijn vermeld waaruit blijken kan dat de verkoop, overeenkomstig artikel 457 B.W., volstrekt noodzakelijk is of klaarblijkelijk voordelig voor de minderjarige (Rb. Kortrijk, 12 februari 1980, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 338; en omdat niet gepreciseerd werd door de familieraad dat zijn machtiging de openbare verkoop betrof); nochtans bleek uit het homologatieverzoek van de door huwelijk ontvoogde minderjarige duidelijk dat de machtiging werd gevraagd om een ander goed aan zeer voordelige voorwaarden te kopen, dat bovendien bestemd zou worden tot gezinswoning.

254. De ontvoogde minderjarige moet om handel te kunnen drijven, achttien jaar oud zijn en daartoe door zijn ouders gemachtigd worden (art. 4 W. Kh.).

Bijgevolg kan de achttienjarige zonder machtiging van zijn ouders geen inschrijving in het handelsregister nemen (Arbrb. Dinant, 26 oktober 1977, *Jur. Liège*, 1977-78, 268).

Wanneer de moeder van een ontvoogde minderjarige, wiens vader overleden is, zonder geldige reden haar toestemming tot handel drijven weigert, dagvaardt de procureur des Konings de moeder terecht voor de jeugdrechtbank ten einde de machtiging door deze rechtbank te doen verlenen (Jrb. Hasselt, 27 februari 1978, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1978, 380 met noot J.L. Renchon: ook al voorziet art. 4 W. Kh. die mogelijkheid tekstueel alleen indien beide ouders overleden zijn of het niet eens zijn).

HOOFDSTUK II

GEESTESZIEKEN

AFDELING 1

ALGEMEEN

(Zie Gerlo, J., „Het statuut van de geesteszieken", *T.P.R.*, 1974, 575 e.v.; Bax, M., „Het familierechtelijk statuut van psychisch gehandicapten", *R.W.*, 1979-80, 1073 e.v.)

255. Begin 1969 werden door de toenmalige Minister van Justitie A. Vranckx drie wetsontwerpen tot hervorming van het statuut van de geesteszieken ingediend. Het laatst ingediende, dd. 24 april 1969, tot aanvulling van Titel X van Boek I van het burgerlijk wetboek door invoering van de staat van verlengde minderjarigheid, werd de wet van 29 juni 1973. De twee eerste, een ontwerp van wet betreffende de bescherming van de persoon van de geesteszieke, dd. 12 maart 1969 (Wetsontwerp 12 maart 1969, *Parl. St.*, Senaat, 1968-69, nr. 253, geamendeerd door de Kamer op 17 april 1975 en teruggezonden naar de Senaat, *Parl. St.*, Senaat, B.Z. 1974, nr. 292; voor een bespreking: zie Beerenboom, A. en van de Kerckhove, M., *J.T.*, 1975, 725 e.v.), en een ontwerp van wet betreffende de bescherming van de goederen van personen die wegens hun lichaams- of geestestoestand geheel of gedeeltelijk onbekwaam zijn die te beheren, dd. 11 april 1969 (Wetsontwerp 11 april 1969, *Parl. St.*, Senaat, 1968-69, nr. 297, geamendeerd door de Kamer en teruggezonden naar de Senaat, *Parl. St.*, Senaat, B.Z. 1974, nr. 293; voor een bespreking van het oorspronkelijk ontwerp: zie Postelnicu, A., *J.T.*, 1972, 617 e.v.), zijn nog in bespreking in het Parlement.

256. Om een schenking onder de levenden te kunnen doen of een testament te kunnen maken, moet men gezond van geest zijn (art. 901 B.W.). Ten aanzien van giften wordt om reden juist van de verarming die zij teweegbrengen een bijzondere graad van toestemming vereist die strenger is dan ten aanzien van handelingen onder bezwarende titel. Ongezondheid van geest omvat elke aantas-

ting van de geestelijke vermogens, zelfs buiten de totale afwezigheid van toestemming of het bestaan van de wilsgebreken bedoeld in artikel 1109 B.W. (dwaling, bedrog, geweld). Het volstaat dat het oordeelsvermogen van de beschikker is aangetast (bv. ook door ziekte, hoge ouderdom, overmatig alcoholverbruik, woedeneigingen) op het ogenblik van de rechtshandeling, opdat een testament nietig kan worden verklaard (Puelinckx-Coene, M.A., ,,Vrijgevigheid, een privilegie van gezonden van geest, *R.W.*, 1979-80, 484-486; Bergen, 14 september 1976, *Pas.*, 1977, II, 121; Rb. Brussel, 17 april 1969, *Pas.*, 1971, III, 52; *Rev. Not.*, 1976, 499). Degene die de nietigheid inroept moet het bewijs leveren van de aantasting van het geestesvermogen (behalve indien de beschikker onbekwaamverklaard werd). Een precies bewijs dat alle twijfel uitsluit wordt vereist (Puelinckx-Coene, M.A., *o.c.*, 487 e.v., met o.a. beschouwingen over het beroepsgeheim van de geneesheer); Bergen, 14 september 1976 en Rb. Brussel, 17 april 1969, *gecit.*; zie ook Luik, 2 december 1976, *Jur. Liège*, 1976-77, 185).

Voor handelingen onder bezwarende titel moet rekening gehouden worden met artikel 504 B.W.: de erfgenamen van een geesteszieke vrouw — die niet was onbekwaamverklaard en tegen wie een dergelijke maatregel niet was gevorderd vóór haar overlijden — kunnen de door haar verrichte onderhandse verkoop niet op grond van krankzinnigheid betwisten, indien het bewijs van de krankzinnigheid niet voortvloeit uit de betwiste verkoop zelf, die normaal en niet tegen een bespottelijke prijs plaatsvond (Gent, 28 februari 1980, *R.W.*, 1980-81, 2558).

257. Artikel 1386 *bis* B.W. is alleen toepasselijk voor schade veroorzaakt door een persoon, die zich in staat van krankzinnigheid bevindt, of in een staat van ernstige geestesstoornis of zwakzinnigheid die hem voor de controle van zijn daden ongeschikt maakt. Een kortstondig verlies van bewustzijn dat zijn oorzaak vindt in een plotse hartaanval is geen staat van krankzinnigheid, ernstige geestesstoornis of zwakzinnigheid zoals in dat artikel bedoeld (Cass., 20 juni 1979, *Pas.*, 1979, I, 1217; *R.W.*, 1979-80, 2901 met noot A.V.O.; *J.T.*, 1980, 314. Zie ook Kruithof, R., ,,De buitencontractuele aansprakelijkheid van en voor geesteszieken'', *R.G.A.R.*, 1980, nr. 10109; Van Oevelen, A., ,,De aansprakelijkheid jegens psychische gehandicapten'', *R.G.A.R.*, 1980, nr. 10151).

AFDELING 2

ONBEKWAAMVERKLAARDEN

258. De onbekwaamverklaring kan niet worden uitgesproken indien blijkt dat de betrokken persoon, ook al lijdt hij aan arterio-sclerose, over zijn verstandelijk vermogen beschikt en niet alleen bij heldere tussenpozen. De onbekwaamverklaring beoogt de bescherming van de betrokkene zelf, niet de vrijwaring van eventuele belangen in diens nalatenschap (Antwerpen, 4 januari 1978, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1978, 158, met advies O.M.: naar aanleiding van vrijgevigheid aan personen die betrokkene genegen en behulpzaam zijn).

259. Een onbekwaamverklaarde kan geen rechtsvordering en dus geen voorziening in cassatie instellen; hij moet vertegenwoordigd worden door zijn voogd (Cass., 13 november 1978, *Pas.*, 1979, I, 319).

260. De onbekwaamverklaring kan worden gevorderd door iedere bloedverwant en door de medeëchtgenoot (art. 1238 Ger.W.). De stiefmoeder is derhalve niet gerechtigd om de procedure in te leiden (Rb. Luik, 13 februari 1976, *Jur. Liège*, 1976-77, 172: en gezien de niet-ontvankelijkheid van de hoofdvordering is tussenkomst van een bevoegde persoon niet mogelijk).

De procedure tot onbekwaamverklaring wordt contradictoir vanaf de neerlegging van het geneeskundig verslag (Rb. Brussel, 29 december 1976, *R.W.*, 1977-78, 1124; zie ook Baeteman, G., Delva, W. en Bax, M., *o.c.*, *T.P.R.*, 1976, 514). Een aanvullend deskundig onderzoek dient derhalve te geschieden overeenkomstig de regels van artikel 962 e.v. Ger.W. Hoewel een deskundig verslag, tot stand gekomen zonder naleving van voormelde voorschriften, slechts een informatieve waarde heeft, belet zulks de rechtbank niet haar overtuiging te vormen, o.m. op grond van het verhoor van de betrokken geesteszieke (Rb. Brussel, 29 december 1976, *gecit.*). De onbekwaamverklaring moet worden behandeld door een kamer bestaande uit drie rechters. Het vonnis door een alleensprekend rechter gewezen is nietig; deze nietigheid kan niet worden gedekt en moet ambtshalve worden uitgesproken (Antwerpen, 4 januari 1978, *gecit.*).

Na de eerste ondervraging van de verweerder stelt de rechtbank, indien daartoe redenen zijn, een voorlopig bewindvoerder aan (art. 1246 Ger.W.). Zijn bevoegdheden nemen een einde op het ogenblik dat de familieraad bij het beëindigen van de procedure, een voogd heeft benoemd (art. 1251 Ger.W.) (Rb. Brussel, 29 december 1976, *gecit.*).

De leden van de familieraad kunnen derdenverzet instellen tot vernietiging van een arrest dat de onbekwaamverklaring, toegestaan in eerste aanleg, verving door een aanstelling van een gerechtelijk raadsman (art. 1122 Ger.W.). Het derdenverzet is echter niet ontvankelijk wegens gebrek aan belang indien tegelijkertijd de vernietiging van het arrest en de onbekwaamverklaring gevorderd worden (Brussel, 10 september 1975, *J.T.*, 1975, 714; *Pas.*, 1976, II, 104; *Rev. Not.*, 1975, 601 met noot D. Sterckx).

261. Inzake directe belastingen wordt de aanslag regelmatig ingekohierd op naam van de onbekwaamverklaarde en wordt het aanslagbiljet wettelijk aan het adres van zijn voogd, wettelijke woonplaats van de onbekwaamverklaarde, gezonden (Cass., 20 oktober 1976, *Arr. Cass.*, 1977, 221; *Pas.*, 1977, I, 221; *J.T.*, 1977, 238).

AFDELING 3

ONDER GERECHTELIJK RAADSMAN GEPLAATSTEN

(Zie Delahaye, Th., ,,Le conseil judicaire suivant le Code judiciaire'', *Ann. Not.*, 1970, 197 e.v.)

262. Luidens artikel 1247 Ger.W. kan de rechtbank, wanneer ze een vordering tot onbekwaamverklaring afwijst, indien de omstandigheden het wettigen, de

toevoeging van een gerechtelijk raadsman bevelen. Artikel 1247 Ger.W. vereist niet dat degene aan wie een gerechtelijk raadsman wordt toegevoegd zich in een aanhoudende toestand van onnozelheid of krankzinnigheid bevindt. Voldoende is dat de betrokkene een karakterstoornis vertoont die hem wel niet volledig ontoerekenbaar maakt, maar die niettemin zijn geestelijke integriteit ernstig vermindert en hem in een toestand brengt waarin het gevaar voor abnormale, onbeheerste en voor zijn vermogen schadelijke handelingen reëel en niet louter accidenteel is (Cass., 2 april 1976, *R.W.*, 1976-77, 222 met noot; *Arr. Cass.*, 1976, 893; *Pas.*, 1976, I, 852; *J.T.*, 1977, 43; *Rev. Not. B.*, 1977, 119, met noot).

AFDELING 4

GECOLLOCEERDEN, GESEKWESTEERDEN

(Zie Doms, A. en Van Haverbeke, J.M., ,,Gedwongen opname in een psychiatrische inrichting'', *R.W.*, 1978-79, 2545, rechtsvergelijkend, en Severy, J., ,,Séquestration et atelier protégé'', *J.T.*, 1974, 225), in een open afdeling opgenomen geesteszieken

263. De personen die in krankzinnigengestichten geplaatst of in hun woning afgezonderd zijn (en nog niet wettelijk vertegenwoordigd zijn) worden door de vrederechter een bijzonder of een algemeen voorlopig bewindvoerder toegewezen (art. 29 en 30 van de wet van 18 juni 1850 op de behandeling van de krankzinnigen).

Een gecolloceerde geesteszieke is niet handelingsonbekwaam. De gecolloceerde moeder van het kind ten aanzien waarvan het vaderschap ontkend wordt, wordt in de procedure vertegenwoordigd door de algemene voorlopige bewindvoerder (Rb. Brussel, 21 juni 1978, *R.W.*, 1979-80, 2186 met noot J. Pauwels).

De bijzondere voorlopige bewindvoerder vertegenwoordigt de gecolloceerde bij verdelingen, mits naleving van de bijzondere vormvereisten gesteld door artikelen 1225 en 1206 Ger.W.; sinds de wet van 7 mei 1973 moet hij de bijzondere machtiging van de vrederechter niet meer bekomen om deel te nemen aan een minnelijke verdeling (Vred. Verviers, 21 maart 1974, *T. Vred.*, 1975, 7).

De bevoegdheid van de voorlopige bewindvoerder houdt van rechtswege op, zodra de in een krankzinnigengesticht geplaatste persoon ,,er niet meer gehouden wordt'', of na het verstrijken van een periode van drie jaar, indien zij niet hernieuwd is (art. 33 Krankzinnigenwet).

De gecolloceerde wordt terug in vrijheid gesteld: 1) wanneer de geneesheer van het gesticht verklaard heeft dat er genezing is (art. 13); 2) wanneer degene die hem plaatste de al dan niet genezen geesteszieke weghaalt (art. 15); 3) op bevel van de rechtbank van eerste aanleg (art. 17); 4) wanneer de termijn van het ontslag op proef — drie maanden, verlengbaar tot maximum 1 jaar — verstreken is (art. 52 K.B. 1 juni 1874 houdende het algemeen en organiek reglement op de behandeling van de krankzinnigen, gewijzigd door het K.B. van 13 mei 1930. Zo neemt het mandaat van de bijzondere voorlopige bewindvoerder van rechtswege een einde bij het verlopen van de maximum proeftijd van één jaar: Vred. Ninove, 4 oktober 1979, *T. Vred.*, 1981, 70).

Wanneer op een van deze wijzen een patiënt conform de wet gedecolloceerd wordt, moet ook aan de gevolgen op civielrechtelijk vlak van deze maatregel — en dus aan de bevoegdheid van de voorlopige bewindvoerder — een einde komen, zelfs al werd de patiënt naar de open afdeling van dezelfde inrichting overgebracht (Rb. Gent, 30 juni 1975, *R.W.*, 1975-76, 1631; Van Nuffel, P., ,,Het beheer van de goederen van de personen die vertoeven in een ,,open afdeling'' van een psychiatrische instelling'', noot onder Vred. Leuven, 6 mei 1976, *R.W.*, 1977-78, 2806).

Een bijzondere voorlopige bewindvoerder kan uiteraard niet toegevoegd worden aan een persoon, verblijvend in een rusthuis, die voordien verbleef in een rijkspsychiatrische inrichting, eerst in gesloten, nadien in open dienst, vooraleer uit die inrichting ontslagen te worden (Rb. Brussel, 12 april 1978, *R.W.*, 1978-79, 1105 met noot J. Pauwels, die verwijst naar het ontwerp nr. 293 — zie hoger nr. 255 (3) — dat toelaat een voorlopig bewindvoerder toe te voegen aan eenieder die wegens een, zij het tijdelijke, verzwakking van zijn geestesvermogens of een langdurige verzwakking van zijn lichaamsgesteldheid buiten staat is zijn goederen te beheren).

Steeds meer worden in psychiatrische instellingen geesteszieken verpleegd, zonder administratiefrechtelijk gedecolloceerd te zijn (art. 13 e.v. W. 1850), in zogenaamde ,,open diensten'', zulks op grond van overigens gezonde medische overwegingen.

De wet van 18 juni 1850, ook na haar recentste wijzigingen, kent die open diensten niet; hun bestaan is gefundeerd op een ministeriële circulaire van 2 augustus 1946, ten aanzien van de toepassing van de C.O.O.-wetgeving bevestigd door een arrest van de Raad van State van 21 december 1966 (C.O.O. Schaarbeek t. C.O.O. St. Job-in-'t-Goor, *Arr. R. v. St.*, 1966, nr. 12123; zie Huys, P., noot onder Rb. Brugge, 11 maart 1975, *R.W.*, 1974-75, 2602). Terecht zegt Professor A. Vranckx daarover: ,,Een regeling waarin een ministeriële omzendbrief een wet vervangt, deugt niet'' (Vranckx, A., *Adm. Lex.*, Tw. ,,Geesteszieken'', nr. 55).

Vraag is evenwel of de bevoegdheden van de algemene of bijzondere voorlopige bewindvoerder ophouden of blijven bestaan bij overplaatsing van een geesteszieke van een gesloten naar een open afdeling. Wordt de geesteszieke dan nog ,,gehouden'' of niet (art. 33 W. 1950)?

Volgens de rechtbank te Brugge kan van ,,niet meer gehouden zijn'' of van definitief ontslag (in de zin van art. 13 W. 1850) slechts sprake zijn, wanneer de in een krankzinnigengesticht geplaatste persoon door de geneesheer van het gesticht genezen of niet krankzinnig is verklaard, met de daarop volgende invrijheidstelling. In verband met het beheer van de goederen en de bekwaamheid van de krankzinnige hebben de berichten (voorgeschreven door artikel 13) van ,,decollocatie met verwijzing naar een open dienst'' of ,,ontslag op proef'' geen enkele betekenis. Wie in een open afdeling wordt opgenomen is niet genezen vermits hij onder medisch toezicht blijft (Rb. Brugge, 11 maart 1975, *R.W.*, 1974-75, 2600 met noot P. Huys; *T. Vred.*, 1975, 298 met noot P. Huys. Zo ook Vred. Leuven, 6 mei 1976, *R.W.*, 1977-78, 2801 met noot P. Van Nuffel; *Rec. Gen. Enr. Not.*,

1978, nr. 22.287; Deyne, H., ,,Civielrechtelijke bekwaamheid van een gecolloceerde persoon in geval van verplaatsing naar de open afdeling van een krankzinnigengesticht of van een ten huize afgezonderde naar een psychiatrische instelling'', *T. Vred.*, 1976, 97).

Het hof van cassatie heeft evenwel bij arrest van 31 mei 1978 anders beslist:de woorden ,,gehouden worden'' zoals de termen ,,afzondering van de krankzinnige in zijn woning'', met andere woorden sequestratie aldaar, dienen te worden geïnterpreteerd in de zin van gedwongen verblijf, dit is met vrijheidsberoving; zodanige toestand is een feitelijke toestand die een einde kan nemen om verscheidene redenen die niet noodzakelijk een verband vertonen met de genezing van de patiënt. Verpleging in een open afdeling onderstelt noodzakelijk dat de patiënt er vrijwillig in werd opgenomen en dat hij deze eveneens naar goeddunken kan verlaten; deze patiënt is niet meer in een krankzinnigengesticht, in de zin van artikel 33 van de wet van 18 juni 1850, ,,gehouden'', zodat aan de bevoegdheid van de voorlopige bewindvoerder dientengevolge een einde is gekomen (Cass., 31 mei 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 1157; *R.W.*, 1978-79, 843 met noot J. Pauwels; *Rec. Gen. Enr. Not.*, 1979, nr. 22385 met opm.; *Rev. Not.*, 1979, 586; *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1979, 162 met noot H. Casman; *Pas.*, 1978, I, 1124: vernietiging van Rb. Brugge, 10 maart 1976, *onuitg.*).

Het arrest van het hof van cassatie is vatbaar voor kritiek: ,,Aan de letter van de wet werd de hand gehouden; of de geest ervan gerespecteerd werd is een andere vraag, als men weet dat de decollocatie volledig in handen is van de medici, die om welke reden ook de maatregel kunnen nemen. Een van de gevolgen van dit systeem is dat ze willekeurig zieken aan de bescherming van de algemene bewindvoerder kunnen onttrekken. Of zulks verzoenbaar is met de wil van de wetgever, die in 1973 de onafhankelijkheid van de algemene bewindvoerder t.o.v. de inrichting heeft willen benadrukken, laat ik in het midden'' schrijft Professor J. Pauwels (Pauwels, J., ,,Voorlopig bewind na decollocatie'', noot onder Cass., 31 mei 1978, *R.W.*, 1978-79, 845. In dezelfde zin Huys, P., *o.c.*, *R.W.*, 1974-75, 2604; id., ,,Opneming van geesteszieken in ,,open afdeling'', noot onder Rb. Gent, 25 juni 1979, *R.W.*, 1979-80, 917 e.v. en De Man, H., De Clippel, Ph. en Blockhuys, J., ,,Het sociaal statuut van de psychiatrische instelling en patiënt'', *I.U.S.*, 1979, 27 e.v.. H. Casman daarentegen vindt de oplossing van het cassatiearrest logisch (*o.c.*, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1979, 165).

En de rechtbank te Gent verklaart, één jaar na het cassatiearrest, de herbenoeming van de bijzondere voorlopige bewindvoerder wettig, als blijkt dat de ingangsdeur van de ,,open afdeling'', waarin een geesteszieke is opgenomen, weliswaar niet slotvast is, maar het de patiënt niet toegestaan wordt zonder begeleiding de afdeling te verlaten en hij derhalve niet over zijn persoon mag beschikken (Rb. Gent, 25 juni 1979, *R.W.*, 1979-80, 917 met noot P. Huys). Dit vonnis, waar het in feite beslist dat de afdeling niet echt ,,open'' was, is toch verenigbaar met het cassatiearrest.

De interpretatie van het begrip ,,gehouden worden'', zoals vooropgesteld door het hof van cassatie, kan ook tot gevolg hebben dat de vroegere rechtspraak, volgens welke de vrijlating op proef het statuut van de geesteszieke niet wijzigde

en dat de bevoegdheden van de voorlopige bewindvoerder bleven bestaan zolang de vrijlating niet definitief was (Baeteman, G., Delva, W. en Bax, M., *o.c.*, *T.P.R.*, 1976, 517; Huys, P., *o.c.*, *R.W.*, 1979-80, 918), op de helling komt te staan (in die zin Casman, H., *o.c.*, 166: de bekwaamheid is de regel, de onbekwaamheid de uitzondering).

AFDELING 5

VERLENGD MINDERJARIGEN

Zie Bodson, P., ,,Observations concernant la loi du 29 juin 1973 règlant le statut de la minorité prolongée'', *T. Vred.*, 1974, 193; Kebers, A., ,,La loi du 29 juin 1973 instituant la minorité prolongée des arriérés mentaux'', *Rev. Not.*, 1975, 347; Van Malderen, C., ,,Verlengde minderjarigheid en sekwestratie ten huize'', *R.W.*, 1975-76, 1921; Vieujean, E., ,,La minorité prolongée'', *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1977, 15; Mertens, W., ,,De verlengde minderjarigheid en de sociale voorzieningen ten behoeve van mindervaliden'', *R.W.*, 1978-79, 2129. De wet van 29 juni 1973 werd gewijzigd door de wet van 6 april 1976 (*B.S.*, 24 april 1976): het verzoekschrift tot aanvraag van de verlengde minderjarigheid kan voortaan ook door een advocaat ondertekend worden.

264. Alleen een minderjarige of een meerderjarige die sinds zijn geboorte of zijn vroege kinderjaren ernstig geestelijk achterlijk is, kan in staat van verlengde minderjarigheid worden verklaard en gelijkgesteld met een minderjarige beneden de vijftien jaar (art. 487 *bis* B.W.). De geestelijk achterlijken worden aldus van de geesteszieken onderscheiden (Rb. Brugge, 18 december 1979, *R.W.*, 1979-80, 2070 met noot J. Pauwels).

De rechter moet naast het intelligentiequotiënt ook andere criteria in aanmerking nemen: de rijpheid, de leeftijd, de graad van zelfstandigheid (Rb. Luik, 26 november 1976, *J.T.*, 1977, 191 met opm.).

De vordering om een persoon in staat van verlengde minderjarigheid te doen verklaren, terwijl hij nog wegens geestesachterlijkheid gesekwesteerd is, is ontvankelijk (Rb. Brugge, 18 december 1979 en noot J. Pauwels, *gecit.* Anders: Van Malderen, C., *o.c.*, *R.W.*, 1975-76, 1924). Weliswaar is het samenbestaan van de twee beschermingsmaatregelen principieel in strijd met de doelstellingen van de wet, maar terecht wordt opgemerkt dat bezwaarlijk de opheffing van de sekwestratie kan worden gevraagd, zolang er geen zekerheid is dat het verzoek tot verlengde minderjarigheid kan worden aanvaard.

Na inwilliging van het verzoek kan aan de vrederechter gevraagd worden de door hem bevolen sekwestratie op te heffen, een maatregel die hij overigens ambtshalve kan bevelen (Rb. Brugge, 18 december 1979, *gecit.*). De voorlopige bewindvoerder verliest van rechtswege zijn bevoegdheid op het ogenblik dat de gesekwestreerde in staat van verlengde minderjarigheid wordt verklaard (Pauwels, J., *o.c.*, 2072).

265. Zolang de ouders in leven zijn, blijft degene die in de staat van verlengde minderjarigheid verkeert, onderworpen aan hun ouderlijke macht (art. 487 *quater* B.W.).

Bij de inrichting van de voogdij over een persoon wiens ouders op het ogenblik dat hij in staat van verlengde minderjarigheid werd verklaard, reeds overleden

waren, worden de voogd en de toeziende voogd aangewezen door de familieraad, niet door de rechtbank van eerste aanleg (Rb. Antwerpen, 6 mei 1976, *R.W.*, 1977-78, 946 met advies O.M.).

In geval één van de ouders van de persoon die in staat van verlengde minderjarigheid is verklaard, komt te overlijden, dient de voogdij eveneens overeenkomstig het gemeen recht te worden ingericht door de vrederechter (Vred. Willebroek, 17 oktober 1977, *T. Vred.*, 1978, 150).

Artikel 487 *quater*, lid 2 B.W. is op deze gevallen niet van toepassing. Luidens dit artikel 487 *quater*, lid. 2 B.W. kan de rechtbank van eerste aanleg, zolang de ouders in leven zijn, in het belang van degene die in de staat van verlengde minderjarigheid verkeert, op verzoek van de ouders of één van hen, of op vordering van de procureur des Konings, gelasten dat de ouderlijke macht wordt vervangen door de voogdij, en de voogd en toeziende voogd benoemen, eventueel met inachtneming van een gezamenlijk voorstel van de ouders.

Deze mogelijkheid bestaat voor de rechtbank ook wanneer één van beide ouders overleden is, maar dan op verzoek van de langstlevende ouder of op vordering van de procureur des Konings (Rb. Luik, 27 februari 1976, *Jur. Liège*, 1975-76, 229; vroeger reeds: Brussel, 28 mei 1974, *J.T.*, 1974, 517 met noot J.P. Masson; *Pas.*, 1975, II, 28 met noot. Anders: Rb. Antwerpen, 6 mei 1976, *gecit.*). Immers, de reden voor de vervanging ligt in het niet in staat zijn om de ouderlijke macht uit te oefenen, hetgeen eveneens mogelijk is in hoofde van de overlevende ouder (Baeteman, G., Delva, W. en Bax, M., *o.c.*, *T.P.R.*, 1976, 518).

Verder doorredenerend kan zelfs gesteld worden dat ook in geval van overlijden van beide ouders, de voogdij van gemeenrecht, op verzoek van de procureur des Konings — of van de familieraad — kan vervangen worden door de voogdij geregeld bij artikel 487 *quater* B.W.

266. De ouder die over de verlengd minderjarige het ouderlijk gezag uitoefent, kan uit de ouderlijke macht worden ontzet, ook al is de verlengd minderjarige ouder dan 21 jaar (Rb. Luik, 14 oktober 1977, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1978, 183 met noot E.V.; *J.T.*, 1978, 208; *D.M.J.*, IV-121): de ontzetting behoort tot het burgerrechtelijk beschermingsstatuut van de minderjarige met betrekking tot persoon en goederen (Vieujean, E., *o.c.*, *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1977, 69-70; Rb. Luik, 14 oktober 1977, gecit.).

De rechtbank van eerste aanleg, niet de jeugdrechtbank is bevoegd om de ontzetting uit te spreken en een provoogd aan te wijzen: de gelijkstelling van een verlengd minderjarige met een minderjarige beneden de vijftien jaar betreft enkel het privaatrecht, waartoe het bevoegdheidsrecht niet behoort (Vieujean, E., *o.c.*, 70; Bax, M., *o.c.*, *R.W.*, 1979-80, 1764. Anders: Rb. Luik, 14 oktober 1977, *gecit.*). De bevoegde rechtbank wordt bepaald door de werkelijke leeftijd van de verlengde minderjarige, zowel op burgerlijk (Voorz. Brussel, 2 april 1980, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 320 met advies O.M.: geschil betreffende de toekenning van het hoederecht over een verlengd minderjarige, ouder dan 15 jaar; burgerlijke rechtbank bevoegd)) als op strafrechtelijk (Luik, 13 april 1978, *Jur. Liège*, 1978-79, 193. Vgl. Brussel, 2 mei 1974, *R.W.*, 1975-76, 1885 met noot) gebied.