

HET AANGAAN VAN HET HUWELIJK

door W. DELVA

Gewoon Hoogleraar aan de Rijksuniversiteit te Gent

I. INLEIDING

1. In het exposé over het huwelijk (zie, boven, blz. 5 e.v.), heb ik gepoogd de huwelijksfiguur, zoals deze nu tot ons overkomt, scherp te stellen.

Welnu, het is in het licht van die bevindingen dat, dunkt me, de gehele rechtsregeling op het stuk van het aangaan van het huwelijk zal moeten herdacht worden. Want, als het huwelijk, meer dan een vormgebonden overeenkomst (uitgangspunt voor de toetreding tot de wettelijke instelling die het huwelijk is en blijft), voor alles een gebonden leefgemeenschap is van één man met één vrouw tot wederzijdse ontplooiing, verrijking en veredeling van de beide partners, worden de „kaarten” anders uitgedeeld en wordt het „spel” anders gespeeld.

Ook qua het aangaan van het huwelijk komt één en ander dan veel duidelijker tot zijn recht.

II. GRONDVEREISTEN VOOR HET AANGAAN VAN HET HUWELIJK

A. POSITIEVE GRONDVEREISTEN

a. *Verskil van kunne*

2. Van de vier positieve grondvereisten is het verschil van sexe alsdan de meest belangrijke, en, in het licht van de doelgerichte levensgemeenschap, de meest vanzelfsprekende grondvereiste. Trouwens het begrip huwelijk impliceert het verschil van sexe, zoniet wordt de term gedenatureerd en verliest hij iedere betekenis.

3. Dus moet het verschil van kunne er zijn de dag dat het huwelijk gesloten wordt.

Bijgevolg vallen homoseksuele en lesbische „huwelijksverhoudingen” buiten de huwelijksfiguur : het zijn ten andere seksuele perversiteiten, zij het dat het begrip perversiteit daarom nog niet per definitie pejoratief geladen hoeft te zijn.

Doch aan de andere kant is het niet zo dat het verschil van sexe in hoofdzaak vereist zou zijn omwille van te betrachten procreatie. De idee van de doelgerichte levensgemeenschap reikt veel verder, al sluit ze begrijpelijkerwijze de procreatie in bij het tenderen naar een op een hoger plan getilde welzijnsverzuchting.

4. Het verschil van kunne moet zeker zijn. Kan bijgevolg worden nietigverklaard, het huwelijk van of met een persoon van onbepaald geslacht, hetzij omdat het verschil van sexe van de echtgenoten morfologisch niet vaststaat (1), hetzij omdat hieromtrent dubbelzinnigheid bestaat, zij het dat de ambiguïteit eerst duidelijk wordt ingevolge een chirurgische ingreep nadat het huwelijk gesloten werd (2).

Een zelfde standpunt moet worden ingenomen bij hermafroditisme van een van de partners.

5. Veel meer nog : in de onderstelling dat de echtgenoten geslachtsomgang en vruchtbaarheid voor hun huwelijksrelatie hebben gewild stelt zich de vraag, of hun huwelijk wel doelgericht zinvol gesloten werd bij gebleken onmogelijkheid tot cohabitatie ingevolge fysische misvorming of impotentie en in geval van steriliteit, en of — steeds in dezelfde onderstelling — hierin dan geen reden schuilt tot vernietiging van het huwelijk (3).

6. Bovendien moet het verschil van kunne het gehele echtelijk leven lang blijven bestaan.

Buiten beschouwing gelaten de vraag over het al dan niet geoorloofd zijn van zelf-verminking, kan, eens dat het huwelijk werd aangegaan, daarom alleen reeds er geen sprake van zijn dat één van de partners, zonder dat de andere partner daarmee instemt, zich zou laten mutileren qua sexe, net zoals eenzijdige anti-conceptie niet duldbaar is. Bij miskenning rechtvaardigt het echtscheiding of scheiding van tafel en bed op grond van grove belediging (4).

(1) Rb. Luik, 7 maart 1949, *Pas.*, 1949, III, 116; — Cass. Fr., 6 april 1903, *D.*, 1904, I, 395.

(2) RIGAUX, F., *Les Personnes*, 1971, nr. 878 : „... un tel changement aura dû prendre appui sur un état intersexuel antérieur à la conclusion, et, dès lors, justifie la déclaration en nullité”.

(3) In die zin bij impotentie : Rb. Brussel, 23 januari 1932, *J.T.*, 1932, 178; — Merlin, *Répertoire, Tw. Impuissance*, nr. 2, die van een niet-bestaand huwelijk gewaagt; — en vergelijk met het canoniek recht, volgens hetwelk in geval van blijvende onmacht die van vóór het huwelijk bestond de nietigheid van het huwelijk kan worden geconstateerd en uitgesproken, terwijl bij geslachtelijk niet-voltrokken huwelijk de twijfel omtrent het bestaan van de onmacht gebeurlijk reden is om het huwelijk door de bevoegde kerkelijke overheid te laten ontbinden.

(4) Zie W. DELVA en R. DIERKENS, *Enkele civielrechtelijke aspecten van contraceptie, sterilisatie en kunstmatige inseminatie*, T.P.R.. 1974, 473, vooral 474-475, 480 e. v.

7. Steeds in dezelfde gedachtengang kan, van een gehuwde zeker, niet aanvaard worden dat diens originele congenitale sexuele staat zou gewijzigd worden (transsexualiteit).

b. Huwbare leeftijd

8. Het behoeft geen uitgebreide commentaar dat, voor het sluiten van een doelgerichte gebonden levensgemeenschap, van de beide partners een zekere rijpheid wordt verlangd. Bij dispositieve bepaling wordt de geschiktheid om te huwen voor de man gesteld op 18 jaar en voor de vrouw op 15 jaar (art. 144 B.W.), al kan de Koning om gewichtige redenen, ontheffing verlenen van het vereiste van de minimum-leeftijd (1).

9. Doorgaans wordt als gewichtige reden aangevoerd dat de aanstaande echtgenote zwanger is. Ongetwijfeld blijkt dan de geslachtelijke, dus de fysische en de fysiologische rijpheid. Maar volstaat dit wanneer het huwelijk de dimensie bezit die we in de figuur nu menen te zien? Zou ook al geen aandacht moeten besteed worden aan de mentale en de psychische rijpheid van de trouwlustigen? (2) Is er anders niet veel voor te vrezen dat, bij lichtvaardig inwilligen van het verzoek tot ontheffing van het vereiste van de minimum-leeftijd, het tot huwelijken komt ingegeven door het verlangen om het schandaal te vermijden of om het verwekt kind een wettige afstamming te bezorgen, zonder dat het in deze gevallen komt tot een levensgemeenschap gericht op ontplooiing en veredeling van de partners? Is de afwending van de huwelijksfiguur dan niet manifest, en gaat het dan niet om een schijnhuwelijk net als bij veinzing? (3)

c. Toestemming van de aanstaande echtgenoten

10. Waar het recht om te huwen een persoonlijkheidsrecht bij uitstek is dat de openbare orde aanbelangt (4) ligt het voor de hand dat het huwelijk een persoonlijke aangelegenheid is van de trouwlustigen, van wie de persoonlijke verschijning en toestemming vereist is ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand (art. 146 en 75 B.W.).

(1) Art. 145 B.W. en K.B. 5 januari 1864 dat de wijze van vrijstelling regelt.

(2) Zie ook F. RIGAUX, *o.c.*, nr. 885.

(3) Rb. Brussel, 7 april 1945, *R.C.J.B.*, 1947, 31, met noot J. DABIN; — Gent, 25 februari 1956, *R.C.J.B.*, 1957, 179, met noot P. GRAULICH, *Nullité du mariage conclu à des fins étrangères à cette institution*; — en recent nog Gent, 26 april 1973, *R.W.*, 1973-74, 1886.

(4) Paris, 30 april 1963, *J.T.*, 1963, 455.

Er is in ons recht bijgevolg geen sprake van huwelijk met de hand-
schoen, noch van huwelijk gesloten over de radio of via de telex; ook
het posthuum huwelijk is bij ons onbekend (1).

11. Ontbreekt de toestemming — die een doelbewuste en doelgerichte wilsverklaring onderstelt — dan ontbreekt een constitutief element van de rechtshandeling die het huwelijk is, en is dit huwelijk volstrekt nietig. Gemis aan toestemming in hoofde van één van de echtgenoten, *a fortiori* in hoofde van de beide echtgenoten, zoals in geval van krankzinnigheid op het ogenblik van het aangaan van het huwelijk, is een huwelijksbeletsel dat volkomen afdoend werkt tot nietigverklaring van het huwelijk (2).

De nietigheid kan door elk van de echtgenoten worden ingeroepen, doch zou eigenlijk moeten kunnen worden ingeroepen door ieder belanghebbende, inbegrepen het openbaar ministerie (3).

12. Is de toestemming aangetast door dwaling, bedrog of geweld, dan is ze gebrekkig en kan dit reden zijn tot nietigverklaring van het huwelijk; al gaat het in de drie gevallen om huwelijksbeletsels die niet volkomen afdoend werken.

Het moet ten zeerste betreurd worden, en zeker met als achtergrond de reeds meermaals afgebakende actuele huwelijksfiguur, dat de gevallen van dwaling door de rechtspraak beperkt worden tot dwaling omtrent de fysieke identiteit (de Lea/Rachel-situatie) of dwaling omtrent de burgerlijke identiteit of persoonlijkheid van de mede-echtgenoot (4) — welke dwaling vanzelfsprekend doorslaggevend moet zijn geweest voor de gegeven toestemming (5) — en dat iedere dwaling omtrent een wezenlijke hoedanigheid van één van de huwelijkspartners van de hand wordt gewezen (6). Een meer extensieve uitlegging van art. 180, tweede lid B.W. (dat het heeft over „dwaling in de persoon” bij het aangaan van het huwelijk) lijkt me volkomen gerechtvaardigd, zodat ook als dwaling omtrent de fysieke persoon van de mede-echtgenoot zouden moeten in aanmerking komen, de gevallen van dwaling

(1) Zie voor Frankrijk W. 31 december 1959 tot wijziging van art. 171 C.civ.Fr.

(2) Cass., 28 mei 1958, *R.W.*, 1957-1958, 2105, met advies van advocaat-generaal F. Dumon; — Brussel, 30 juni 1966, *Pas.*, 1967, II, 126; — Rb. Brussel, 31 maart 1970, *J.T.*, 1970, 513.

(3) In deze zin ook M. GEVERS, *Nullité du mariage en cas de démence de l'un des époux*, *R.C.J.B.*, 1959, 6.

(4) Cass., 17 juli 1925, *Pas.*, 1925, I, 370.

(5) Bordeaux, 21 december 1954, *D.*, 1955, 242; — Paris, 12 juni 1957, *D.*, 1957, 571.

(6) Zie : DE PAGE, I, nr. 585; — Cl. RENARD en E. VIEUJEAN, *Examen de jurisprudence*, 1956-1960, *R.C.J.B.*, 1961, 484.

omtrent het al of niet geschikt zijn tot geslachtsomgang (1). De Franse rechtsleer gaat blijkbaar die weg op (2).

In geval van bedrog komt enkel perfied bedrog in aanmerking als wilsgebrek (3).

13. Omdat er van een doelgerichte gebonden levensgemeenschap niets terecht kan komen in geval van huwelijk *in extremis* — hetwelk het huwelijk is van een persoon die op sterven ligt en van wie redelijkerwijs mag verwacht worden dat hij zal overlijden — zou aan dergelijk huwelijk elk *effectus civilis* — althans elk vermogensrechtelijk gevolg — moeten ontzegd blijven (4), of zou ten minste de nietigverklaring van dergelijk huwelijk moeten mogelijk zijn.

Op heden blijft de gehele problematiek evenwel beperkt tot de vraag of de stervende wel een rechtsgeldige toestemming gaf (5).

14. Terloops nog een woord over de verloving, die, met wederzijdse huwelijksbeloften gepaard, aan de huwelijks toestemming voorafgaat. Een gevestigde rechtspraak houdt voor : dat de huwelijksbelofte geen contractuele verbintenis doet ontstaan, dat de aanstaande echtgenoten vrij moeten blijven te huwen of niet tot op het ogenblik dat zij hiervoor verschijnen voor de ambtenaar van de burgerlijke stand, en dus dat de verbreking van de huwelijksbelofte steeds toegelaten is en uit zichzelf geen aanleiding geeft tot schadevergoeding tenzij er in de omstandigheden van de verbreking een fout schuilt (6).

Deze zienswijze, die de verloving als een feitelijke toestand beschouwt die zowat gelijkstaat met een scharreelpartijtje, komt me niet zo gelukkig voor als overwogen wordt dat de huwelijksbeloften de aanloop zijn tot een doelgerichte levensgemeenschap (zie verder onder nr. 32). Wat er ook van zij, minstens zou als onrechtmatige daad moeten worden aangemerkt ieder laattijdig verbreken van de verloving zonder dat hiervoor een aannemelijke reden of uitleg wordt gegeven (7).

(1) Van de man : Trib. civ. Grenoble, 20 november 1958, *D.*, 1959, 495, met noot Cornu; van de vrouw : Trib. civ. Lille, 17 mei 1962, *D.*, 1963, somm. 10.

(2) Planiol en Ripert, door Rouast, II, 1952, 2e ed., nr. 101-104 en verwijzingen; Huc, II, nr. 75 e.v.; Aubry en Rau, door Esmein, VII, 1948, 6e uitg., par 462, noot 6).

(3) R. DEKKERS, *En mariage il trompe qui peut*, *R.W.*, 1957-1958, 1177.

(4) Zie eertijds de *Déclaration royale de Saint-Germain-en Laye*, van 26 november 1639, in Isambert, XVI, 520.

(5) Zie voor Frankrijk : Cass. Fr. Civ., 22 januari 1968, *J.C.P.*, 1968, II, 15, 442.

(6) Cass., 17 maart 1967, *R.W.*, 1966-1967, 1951.

(7) Zie het oud art. 113 Ned. B.W.; — anders : Rb. Brussel, 2 april 1960, *Ann. Not. Enr.*, 1961, 61.

d. Andere huwelijkstoestemmingen

15. Indien de meerderjarige die 25 jaar oud is geworden volkomen vrij huwt (art. 151 B.W. *a contrario*), zij het dat hiertegen verzet kan worden aangetekend (art. 173 B.W.), dan behoeft de meerderjarige die deze leeftijd nog niet bereikt heeft de toestemming van zijn ouders. Wordt de toestemming door de beide ouders of door één van hen geweigerd, dan moet de trouwlustige door een uitdrukkelijke akte van eerbied (opgemaakt door een notaris, of ingeval van behoefte van de verzoeker opgemaakt door de ambtenaar van de burgerlijke stand en door hem betekend) de raad inwinnen van zijn ouders, vader of moeder (art. 151 B.W.); hetgeen als een aanmaning moet worden aangezien, want wanneer op de akte van eerbied geen toestemming volgt mag desondanks, een maand nadien, tot het sluiten van het huwelijk worden overgegaan (art. 152, eerste lid, B.W.).

Nochtans kunnen de vader en de moeder, gezamenlijk of afzonderlijk, binnen 15 dagen na de betekening tegen het gepland huwelijk opkomen bij de rechtbank (art. 152, tweede lid, B.W.); welke termijn geen vervaltermijn is, zodat na verloop ervan nog kan worden opgetreden, zonder dat artikel 860, tweede lid, Ger. W. toepassing zou vinden (1).

De rechtbank kan het huwelijk uitstellen als de redenen om de toestemming te weigeren gegrond worden bevonden (2); welke redenen, overgelaten aan het discretionair oordeel van de rechters, als toetssteen zouden moeten hebben : het belang van de trouwlustige (3). In elk geval zijn de rechtbanken zeer voorzichtig om aan dergelijke vorderingen, die het huwelijk zoeken uit te stellen, gevolg te geven (4).

16. Is de trouwlustige minderjarig, dan heeft hij de toestemming nodig én van zijn vader, én van zijn moeder (art. 148, eerste lid, B.W.). Zijn dezen het niet eens, dan wordt het geschil door een van hen bij verzoekschrift voor de jeugdrechtbank gebracht (art. 148, tweede lid, B.W.) die oordeelt in het belang van het kind (5). Indien de vader of de moeder overleden is, of afwezig is, of in de onmogelijkheid verkeert zijn wil te kennen te geven, is de toestemming van de andere

(1) Brussel, 15 mei 1970, *R. Not. B.*, 1972, 17.

(2) Art. 152, zesde lid, B.W.; — Brussel, 5 november 1958, *J.T.*, 1958, 724.

(3) Rb. Luik, 21 december 1973, *R.Not.B.*, 1974, 83.

(4) Cl. RENARD, *Etat et capacité des personnes*, Presses Univ. Liège, 1963, 2e deel, nr. 58.

(5) Zie o.m. Jeugdreb. Brussel, 27 november 1969, *Doc. Min. Just.*, I, 160 in een geval waarin de ouders uit de echt waren gescheiden.

voldoende (art. 149, eerste lid, B.W.). Indien beiden overleden zijn, of afwezig, of in de onmogelijkheid hun wil te kennen te geven, treden de grootvaders en de grootmoeders in hun plaats op, en zijn zij het niet eens dan geldt dit verschil van gevoelen als toestemming (art. 150 B.W.). Zijn er geen grootouders, zijn ze afwezig, of verkeren zij in de onmogelijkheid hun wil te kennen te geven, dan moet de familieraad zijn toestemming geven (art. 160 B.W.).

Wanneer in de gevallen bedoeld in de artikelen 148 tot 150 B.W. (en 158 en 159 B.W. voor wat trouwlustige natuurlijke kinderen betreft) de toestemming tot huwen aan een minderjarige wordt geweigerd, kan de jeugdrechtbank, op vordering van de procureur des Konings, het kind toestemming verlenen om een huwelijk aan te gaan als zij de weigering een misbruik van recht acht te zijn (1). Hetzelfde gebeurt wanneer in het bij artikel 160 B.W. bedoelde geval de toestemming wordt geweigerd door de familieraad, met dien verstande dat de jeugdrechtbank dan beslist op vordering van de voogd, de toeziende voogd, de curator, een lid van de vergadering, of van de procureur des Konings (art. 160bis, vierde lid, B.W.). Hiermee is een punt gezet achter een in velerlei opzichten betreurenswaardige toestand die vóór het invoegen van art. 160bis B.W. bestond (2). Dit misbruik van recht komt neer op een afwending van bevoegdheden (3). De bij art. 160bis, eerste lid, B.W. bedoelde vordering berust alleen in handen van de procureur des Konings : de minderjarige is geen procespartij (wel de ouders), en heeft dus evenmin de hoedanigheid om beroep in te stellen (4).

17. Er wordt aan herinnerd dat de minderjarige die bekwaam is om een huwelijk aan te gaan ook bekwaam is om toe te stemmen in alle overeenkomsten die het huwelijkscontract kan bevatten, en dat de daarin door hem gemaakte overeenkomsten en schenkingen geldig

(1) Art. 160 bis, eerste lid, B.W.; zie o.m. Jeugdrb. Neufchâteau, 8 oktober 1969, *Doc. Min. Just.*, I, 150; — Jeugdrb. Tongeren, 11 februari 1971, *Doc. Min. Just.*, I, 203.

(2) Zie o.m. Rb. Brugge, 17 februari 1960, *R.W.*, 1959-1960, 1321; — Rb. Bergen, 7 februari 1962, *J.T.*, 1962, 585; en zie op deze rechtspraak de kritiek van W. DELVA en G. BAERT, *Overzicht van rechtspraak, Personen- en familierecht, T.P.R.*, 1964, 247 en volg.; — zie nog J. MATTHYS, *De civielrechtelijke bepalingen betreffende de minderjarigen in de nieuwe wet jeugdbescherming, T.P.R.*, 1965, 311 e.v., vooral 333-339; — P. VAN DEN BOSSCHE, *De toestemming van de ouders tot het huwelijk van hun minderjarige kinderen, T.P.R.*, 1968, 155 en volg., vooral 215 e.v.

(3) Wat niet aldus werd aangezien door : Luik, Jeugdkamer, 24 juni 1971, *Doc. Min. Just.*, I, 222; — Brussel, Jeugdkamer, 28 oktober 1971, *Doc. Min. Just.*, I, 221; — maar wel, doch blijkbaar ten onrechte, door Gent, Jeugdkamer, 6 september 1968, *R.W.*, 1968-1969, 226.

(4) Brussel, Jeugdkamer, 14 juni 1973, *R.W.*, 1973-1974, 39.

zijn mits hij in dit contract is bijgestaan door de personen wier toestemming voor de geldigheid van zijn huwelijk vereist is (art. 1398 B.W.). Het moge hier volstaan voor de problematiek van de te verichten bijstand te verwijzen naar recente bijdragen (1).

B. NEGATIEVE GRONDVEREISTEN

a. Niet bestaan van een vorig niet-ontbonden huwelijk

18. De monogamie behoort tot het wezen van de doelgerichte levensgemeenschap van de gehuwden; en dus biedt het geldende recht zeker voldoening waar artikel 147 B.W. formeel stelt dat men geen tweede huwelijk mag aangaan vóór de ontbinding van het eerste, en waar artikel 391 S.W. bigamie bestraft met opsluiting op voorwaarde dat het misdadig opzet bewezen zij (2).

19. De meeste gevallen van bigamie komen voor naar aanleiding van het nieuw huwelijk gesloten door een echtgenoot die, dank zij collusie met de medeëchtgenoot, een of andere echtscheiding heeft bewerkt in het buitenland die achteraf niet rechtsgeldig wordt bevonden in ons land (3).

20. Mocht na het aangaan van het tweede huwelijk blijken dat het eerste nietig is, dan vervalt de strafbaarheid aangezien de nietigheid terugwerkt tot op de dag van het huwelijk (4). Daarom ook bepaalt de wet, dat indien de nieuwe echtgenoten de nietigheid van het eerste huwelijk inroepen, vooraf moet beslist worden of dat huwelijk geldig dan wel nietig is (art. 189 B.W.). Maar daaruit volgt niet dat deze bepaling aan die vraag het karakter van een prejudiciële exceptie toekent die aan de bevoegdheid van de strafrechter zou ontsnappen: in tegenstelling met artikel 326 B.W. verklaart artikel 189 B.W. niet dat alleen de burgerlijke rechtbank bevoegd is. Dus is de strafrechter

(1) Zie W. DELVA en G. BAERT, *Overzicht van rechtspraak, Personen- en familierecht*, T.P.R., 1964, 250, met verwijzingen; E. VIEUJEAN, *Examen de jurisprudence*, 1965-1969, R.C.J.B., 1970, 421, nr. 17; — G. BAETEMAN, W. DELVA en H. Vlieghe-Casman, *Overzicht van rechtspraak, Huwelijksvermogensrecht*, T.P.R., 1972, 441-442; — J. GERLO, *De burgerrechtelijke bepalingen van de wet op de jeugdbescherming*, T.P.R., 1973, 139, nr. 39 en referenties; — H. Vlieghe-Casman, *Over de bijstand en de toestemming vereist voor het sluiten van het huwelijkscontract van een minderjarige*, T. Not., 1974, 145 e.v.

(2) Zie o.m. Cass., 27 april 1964, *Pas.*, 1964, I, 909, en de kritiek van F. RIGAUX, *La nature du Controle de la Cour de cassation*, 1966, nr. 334-335.

(3) Zie o.m. Brussel, 10 juli 1956, *Pas.*, 1957, II, 209; — Brussel, 29 juni 1962, *J.T.*, 1963, 27, met noot F. RIGAUX.

(4) Brussel, 29 juni 1897, *J.T.*, 1897, 850.

er niet toe gehouden de beoordeling van het verweermiddel, geput uit de beweerde ontbinding van het eerste huwelijk, naar de burgerlijke rechter te verwijzen (1).

b. Niet bestaan van bloed- of aanverwantschap in de verboden graad

21. Er zijn hoofdzakelijk twee redenen tot rechtvaardiging van dit vereiste : enerzijds wordt bij incest en bij huwelijken van te nauwe aanverwanten morele ontarding gevreesd (ingevolge ontucht), en anderzijds is de wetgever bij bloedschande beducht voor fysische ontarding (ingevolge inteelt); ongeacht allerhande financiële- en andere machiniques die bij incest-praktijken te verwachten zijn.

22. De bestaande wettelijke regeling kadert best met de verdedigde opvatting van het huwelijk nu. Alleen deze kanttekening : in de zijlijn is het huwelijk verboden tussen schoonbroer en schoonzuster (art. 162, eerste lid, B.W.). Doch deze aanverwantschap is geen beletsel meer voor het huwelijk na het overlijden van de echtgenoot die de verwantschap heeft doen ontstaan (art. 162, tweede lid, B.W. toegevoegd bij art. 1 W. 11 februari 1920, waardoor in ons recht het leviraats- en sororaatshuwelijk ingang hebben gekregen); en in de andere gevallen — vooral dan bij echtscheiding — kan de Koning om gewichtige redenen dit verbod opheffen (art. 164 B.W., vervangen bij art. 1 W. 1 juli 1957), waarbij bepaald werd dat de kinderen die uit dergelijke betrekkingen, buiten huwelijk en vóór de inwerkingtreding van deze wet, gesproten zijn niet meer als in bloedschande verwekt worden aangezien (2).

c. Niet bestaan van een in acht te nemen wachttijd

23. Is het huwelijk ontbonden door de dood van haar man, dan mag de vrouw geen nieuw huwelijk aangaan dan na verloop van 300 dagen sinds de ontbinding van het vorige huwelijk (art. 228, eerste lid, B.W.). De *ratio legis* van deze wachttijd — een viduïteitstermijn die eertijds een treurtijd voor de vrouw was — is het voorkomen van kroostverwarring enerzijds, en het hooghouden van een zeker fatsoen anderzijds wanneer iedere twijfel omtrent de afstamming van het kind dat de weduwe in de schoot draagt moest uitgesloten zijn.

(1) Cass., 22 juli 1955, *Pas.*, 1955, I, 1265.

(2) Art. 2 W. 1 juli 1957; — zie verder P. MAHILLON, *Beaux-frères et belles-sœurs*, *Loi du 1 juillet 1957 modifiant l'article 164 du Code civil*, *Ann. Not. Enr.*, 1958, 124.

24. De termijn neemt een einde bij de bevalling van de vrouw (art. 228, tweede lid, B.W.), en, ingevolge teleologische interpretatie van de wet, insgelijks in geval van miskraam : inderdaad, waar de wetgever met de wet van 30 juni 1956, ter vervanging van het oorspronkelijk artikel 228 B.W., de bestrijding op het oog had van het concubinaat en van de natuurlijke filiaties, moet, met dezelfde doelgerichtheid voor ogen, de imperfectie van de wettekst worden ongedaan gemaakt door zinvolle teleologische interpretatie van de tekst.

25. Ook kan, op verzoek van de vrouw, door de rechtbank verkorting of zelfs vrijstelling van de termijn worden verleend, wanneer de vrouw bewijst dat haar man reeds vóór de ontbinding van het huwelijk, hetzij uit oorzaak van verwijdering, hetzij tengevolge van enig ongeval, voortdurend in de natuurlijke onmogelijkheid is geweest om met haar geslachtelijke omgang te hebben, of het bewijs levert van de morele onmogelijkheid om gemeenschap te hebben tengevolge van het feit dat zij in de loop van het echtscheidingsgeding dat tot de ontbinding van het huwelijk heeft geleid, of in de loop van het geding tot echtscheiding of tot scheiding van tafel en bed dat bij het overlijden van de man nog hangende was, door de rechter werd gemachtigd om afzonderlijk verblijf te houden (art. 228, derde en vierde lid, B.W.); maar in dit laatste geval wordt het verzoek niet toegewezen indien is komen vast te staan dat de echtgenoten feitelijk herenigd zijn geweest (art. 228, vierde lid, *in fine*, B.W.).

Voor de toepassing van de wet dient met de voortdurende natuurlijke (fysische) onmogelijkheid tot cohabitatie van de man te worden gelijkgesteld, het geval waarin de vrouw het afdoend bewijs levert dat zij in de onmogelijkheid verkeert om nog zwanger te worden. De teleologische interpretatie van de wet van 30 juni 1956 leidt tot deze conclusie (1).

Ingeval van morele onmogelijkheid tot cohabitatie — dat een vermoeden *juris tantum* is — zou moeten blijken dat de vrouw tijdens de procedure tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed „door de rechter gemachtigd werd om afzonderlijk verblijf te houden” (art. 228, vierde lid, B.W.). Doch een meer liberale strekking, insgelijks slechts gerechtvaardigd ingevolge teleologische interpretatie van de wet van 30 juni 1956, heeft de strakke uitlegging van de tekst doen springen. Zo wordt met de woorden „door de rechter gemachtigd

(1) Anders : Rb. Brugge, 11 maart 1957, *J.T.*, 1958, 27; — Rb. Nijvel, 8 maart 1961, *Rec. jur. T.A. Nivelles*, 1961, 24; en zie de hierop uitgebrachte kritiek door W. DELVA en G. BAERT, *Overzicht van rechtspraak, Personen- en familierecht, T.P.R.*, 1964, 252.

om afzonderlijk verblijf te houden" (na daartoe dus procedure in kort geding te hebben gevoerd : art. 1280 en 1306 Ger. W.) gelijkgesteld : het proces-verbaal van niet-verzoening der procederende echtgenoten opgesteld de dag dat zij voor de voorzitter van de rechtbank zijn verschenen : artikel 1258 en 1306 Ger. W. (1). Zo ook wordt artikel 228, vierde lid, B.W. toegepast als het gaat om een echtscheiding of een scheiding van tafel en bed door onderlinge toestemming ; want, met de woorden „door de rechter gemachtigd om afzonderlijk verblijf te houden" wordt gelijkgesteld : het proces-verbaal van verschijning van de beide echtgenoten voor de voorzitter van de rechtbank, in welke akte, bedoeld bij artikel 1292 en 1306 Ger. W., melding wordt gemaakt van de keuze van verblijf van de echtgenoten tijdens de procedure (2). Een andere, restrictieve, zienswijze erop nahouden, zou ook al tot inconsequenties leiden, en de wachttijd in de niet bij de wet geregelde gevallen pas doen lopen vanaf de overschrijving van het beschikkende gedeelte van het vonnis waarbij de echtscheiding wordt toegestaan in het hiervoor bestemd register van de ambtenaar van de burgerlijke stand.

26. De procedure vangt aan met een verzoekschrift van de vrouw. Het openbaar ministerie moet gehoord worden vooraleer de rechtbank (van haar woonplaats — art. 228, derde lid, B.W.) uitspraak doet. De zaak wordt behandeld in raadkamer.

Beroep is mogelijk uiterlijk binnen de maand van de betekening van het vonnis. Voor het hof wordt de zaak insgelijks in raadkamer behandeld.

Voorziening in cassatie is, sinds artikel 298 B.W. werd opgeheven bij artikel 1 W. 15 mei 1972, mogelijk.

Een verzoek tot verkorting van de termijn, afgewezen bij een rechterlijke beslissing die niet (bedoeld is : niet meer) vatbaar is voor hoger beroep, kan opnieuw worden ingediend ingeval zich nieuwe feiten voordoen (art. 228, zesde lid, B.W.).

(1) W. DELVA en G. BAERT, *Overzicht van rechtspraak, Personen- en familierecht, T.P.R.*, 1964, 253; — Brussel, 13 november 1957, *Pas.*, 1958, II, 231; — Gent, 24 november 1961, *R.W.*, 1961-1962, 1953, op eensluidend advies van advocaat-generaal J. Matthijs; — Luik, 21 maart 1966, *Pas.*, 1967, II, 49.

(2) Cl. RENARD et E. VIEUJEAN, *Examen de jurisprudence, 1956-1960, R.C.J.B.*, 1961, 481, nr. 16; — Brussel, 23 maart 1957, *Pas.*, 1957, II, 176; — Brussel, 25 juni 1957, *R.W.*, 1957-1958, 1051; — Rb. Luik, 6 november 1956, *J.T.*, 1956, 730; — en een sindsdien in die zin ontwikkelde rechtspraak; — zie verder voor de gehele problematiek : W. DELVA, *Personen- en Familierecht*, Gent, 1972, 2e deel, blz. 43-44.

27. Is het huwelijk ontbonden door echtscheiding, hetzij op grond van bepaalde feiten, hetzij door onderlinge toestemming, dan kan de vrouw evenmin een nieuw huwelijk aangaan dan na verloop van 300 dagen sinds de ontbinding van het vorige huwelijk (art. 228, eerste lid, B.W.); termijn die ingaat vanaf de overschrijving in het daartoe bestemde register van de burgerlijke stand van het beschikende gedeelte van het vonnis of van het arrest dat de echtscheiding toestaat (art. 1276 en 1278, 1303 en 1304 B.W.).

28. Ook nu kan de rechtbank die de echtscheiding op grond van bepaalde feiten — of door onderlinge toestemming — toestaat of heeft toegestaan (zoniet de rechtbank van de woonplaats van de vrouw indien de echtscheiding in het buitenland werd toegestaan), de wachtermijn verkorten, en daarvan zelfs vrijstelling verlenen, indien de vrouw daartoe een verzoek indient en zich in de voorwaarden bevindt voorzien bij artikel 228, derde en vierde lid, B.W. (art. 296 B.W., ingevolge een verruimde teleologische interpretatie).

Vanzelfsprekend heeft dit voorschrift geen zin wanneer de vrouw opnieuw in het huwelijk wil treden met haar vorige echtgenoot en zij in de tussentijd geen ander huwelijk heeft aangegaan dat minder dan 300 dagen voordien ontbonden is : dan is geen wachttijd in acht te nemen (art. 295, eerste lid, B.W.).

29. Bij W. 15 mei 1972 werden artikel 298 B.W. en artikel 1309, derde lid, Ger. W., opgeheven. Bijgevolg, zo de echtscheiding op grond van feiten wordt toegestaan op grond van overspel, hoeven de schuldige echtgenoot en de medeplichtige geen 3 jaar (te rekenen vanaf de overschrijving van het beschikkende gedeelte van het vonnis van echtscheiding) meer te wachten vooraleer met elkaar te huwen (1).

30. Bij artikel 4 W. 30 juni 1956 tenslotte werd artikel 297 B.W. opgeheven, zodat echtgenoten die door onderlinge toestemming uit de echt scheiden een nieuw huwelijk kunnen aangaan zonder 3 jaar te moeten wachten; en, wat meer is, met mogelijkheid voor de door onderlinge toestemming uit de echt gescheiden vrouw om verkorting van de wachttijd van 300 dagen te vragen (zie nr. 24, 25 en 26).

(1) Zie voorheen art. 298 B.W., en de problematiek in W. DELVA, *Personen- en Familierecht*, Gent 1972, 2e deel, blz. 46-47.

II. VORMVEREISTEN VOOR HET AANGAAN VAN HET HUWELIJK

A. FORMALITEITEN VOOR HET AANGAAN VAN HET HUWELIJK

31. De wetgever schrijft de afkondiging van het voorgenomen huwelijk voor in de gemeente van de woon- of verblijfplaats van ieder der aanstaande echtgenoten (1); alwaar de publicatie (de eerste dag ervan een zondag zijnde) geschiedt door affichage aan de deur van het gemeentehuis, en waarvan akte wordt opgemaakt in het daartoe speciaal, doch in één enkel exemplaar, gehouden register (2). Eerst 10 dagen na de afkondiging (deze dag zelf niet inbegrepen) mag het huwelijk worden gesloten (3), op een van die plaatsen (4).

Deze publicatie is geldig voor een jaar (5); indien binnen die termijn niet wordt gehuwd is een nieuwe afkondiging in de vermelde vorm vereist.

32. De procureur des Konings kan, om gewichtige redenen, vrijstelling verlenen van de afkondiging van elke wachttijd (6); zo b.v. bij plotse mobilisatie, bij huwelijk in extremis (zie evenwel voor de kritiek : nr. 13).

33. Bovendien moeten de ambtenaar van de burgerlijke stand zekere bescheiden worden ter hand gesteld (art. 70 e.a. B.W.) : o.m. de akten van geboorte, het bewijs in regel te zijn met de militieverplichtingen, gebeurlijk authentiek opgestelde toestemmingen, enz.

34. Uit wat voorafgaat moge reeds blijken dat de wettelijke regeling op het stuk van de formaliteiten voor het aangaan van het huwelijk én coherentie én doeltreffendheid mist.

Uitgaande van de overweging dat het huwelijk wordt aangegaan met het oog op een gebonden levensgemeenschap tot wederzijdse verrijking in de meest edele betekenis, is het beslist aangewezen dat het huidig systeem van de afkondiging van het voorgenomen huwelijk zou worden vervangen door een werkelijke bezinningstermijn en, veel liever nog, door een voorbereiding op het te sluiten huwelijk (7).

(1) Art. 166 en 167 B.W., vervangen bij art. 4 en 5 W. 26 december 1891.

(2) Art. 63 B.W., vervangen bij art. 1 W. 26 december 1891.

(3) Art. 64 B.W., vervangen bij art. 2 W. 26 december 1891.

(4) Art. 74 B.W., vervangen bij art. 8 W. 26 december 1891.

(5) Art. 65, B.W., vervangen bij art. 33 W. 26 december 1891.

(6) Art. 169 B.W., vervangen bij art. 7 W. 26 december 1891.

(7) In die zin ook F. RIGAUX, o.c., nr. 1256.

35. Een prenuptiaal onderzoek komt aangewezen voor, en zou de trouwlustigen verplicht moeten worden opgelegd (1), met recht op mededeling van de bevindingen voor de aanstaande medeëchtgenoot die hieruit de conclusies kan trekken die zich opdringen, doch zonder dat de vastgestelde kwalen huwelijksverbod mogen meebrengen (2). Op die wijze worden én het persoonlijkheidsrecht om te huwen en de rechtmatige aanspraak op het bewust aangaan van een zinvolle doelgerichte levensgemeenschap met elkander verzoend.

B. FORMALITEITEN BIJ HET SLUITEN VAN HET HUWELIJK

36. Het huwelijk wordt gesloten in het openbaar, in tegenwoordigheid van twee getuigen, en ten overstaan van de bevoegde ambtenaar van de burgerlijke stand van de gemeente waar één van de echtgenoten zijn woon- of verblijfplaats heeft (art. 74 en 75 B.W.).

37. De ambtenaar van de burgerlijke stand — na voorlezing te hebben gegeven van alle stukken betreffende de staat van de aanstaande echtgenoten en van deze over de formaliteiten van het huwelijk, en ook na voorlezing van artikel 212 e.v. B.W. — vraagt elke partij, de een na de andere, of zij elkaar tot echtgenoten willen nemen; bij bevestigend antwoord verklaart hij, in naam van de wet, dat zij door de echt verbonden zijn.

Het is op dat ogenblik dat, civielrechtelijk, het huwelijk bestaat (3); al is er veel voor te zeggen, gezien de heersende interpretatie van het canoniek recht dat desaangaande tot moule heeft gediend voor de wetgever van 1804, dat het huwelijk in werkelijkheid tot stand is gekomen op het ogenblik dat de huwendes hun toestemming hebben gegeven (4).

38. Van het tot stand gekomen huwelijk maakt de ambtenaar van de burgerlijke stand dadelijk een akte op (art. 75 B.W.), die meer bedoeld is als instrumentum — tot bewijs van het negotium — dan dat zij zou gelden als vormelijke vereiste.

(1) Zoals b.v. in Frankrijk — zie art. 63, tweede lid, C. civ. Fr. en de ordonnance van 2 november 1945 ter vervanging van de wet van 16 december 1942 die het prenuptiaal onderzoek voor aanstaande echtgenoten invoerde.

(2) Zie M. STORME, *Vrijheid tot huwen, prenuptiaal onderzoek en de algemene verklaring van de rechten van de mens*, R.W., 1952-1953, 1625.

(3) DE PAGE, I, nr. 631.

(4) F. RIGAUX, o.c., nr. 1241.

Voor de inhoud van de akte van huwelijk wordt verwezen naar artikel 76 B.W.

39. Tot slot moge herinnerd worden aan de wenselijkheid om, voor gelovigen, het huwelijk uitsluitend te laten aangaan voor een bedienaar van de eredienst, helper van of geholpen door de ambtenaar van de burgerlijke stand ter registratie van het huwelijk. Op die wijze zou aan een welbegrepen pluralisme worden tegemoet gekomen, en zou de privacy van de echtgenoten worden gediend (1).

(1) Zie boven : *Het Huwelijk*, nr. 8, blz. 8.