

RECHTSKUNDIG WEEKBLAD

REDACTIE : RIDDER RENE VICTOR, HOOFDREDACTEUR

E. BOONEN, C. CAENEPEEL

REDACTIEADRES : PROF. MR. RIDDER RENE VICTOR, BRITSELEI 40, 2000 ANTWERPEN

XXXe Rechtscongres
georganiseerd door de Vlaamse Juristenvereniging
Gent – 24 april 1982

GEZIN EN RECHT

- 9.30 u. Ontvangst en documentatie
Koffie
- 10.00 u. Openingszitting
Verwelkoming van de deelnemers door prof. dr. R. DE MEYER, decan van de Faculteit van de Rechtsgeleerdheid R.U.G.
Objectieven van het XXXe Rechtscongres, door prof. dr. M. STORME, voorzitter van het congres
- 10.45 u. Sectievergaderingen
- 12.30 u. Lunch in het Universitaire Restaurant "Het Pand"
- 14.00 u. Vervolg sectievergaderingen
- 15.30 u. **Paneldebat : Mag, moet of kan in deze materie gelegifereerd worden ?**
- door een panel dat o.m. zal zijn samengesteld uit mevr. H. Casman, mevr. Th. Verstichele, mevr. M. Verrycken, en de heren R. Dillemans, J. Hinnekens en A. Vastersavendts, met gedachtenwisseling over de wisselwerking tussen recht en maatschappij in het domein van het gezin
- 17.00 u. Slottoespraak door prof. dr. M. STORME
Slotwoord door prof. mr. ridder R. VICTOR, voorzitter van de Vlaamse Juristenvereniging
- 17.30 u. Receptie aangeboden door de Faculteit van de Rechtsgeleerdheid R.U.G.
- 19.30 u. Avondmaal en huldebetoon aan de voorzitter van de Vlaamse Juristenvereniging ter gelegenheid van zijn 85e verjaardag

*Het Congres wordt gehouden in de Rechtsfaculteit van de
R.U.G., Universiteitstraat 4, 9000 Gent*

Het voorzitterschap en het secretariaat van het Congres worden respectievelijk waargenomen door prof. dr. M. Storme en dr. Chr. Engels.

Het XXXe Rechtscongres kon worden georganiseerd dank zij de bereidwillige steun van de Faculteit van de Rechtsgeleerdheid R.U.G., de Balies van Antwerpen, Brugge, Gent, Ieper, Kortrijk en Turnhout, de Algemene Praktische Rechtsverzameling-Gent, N.V. Maarten Kluwer's Internationale Uitgeversonderneming - Antwerpen, Agfa-Gevaert-Mortsel, An-Hyp-Antwerpen, Algemene Spaar- en Lijfrentekas-Brussel, Bank van Parijs en de Nederlanden-Brussel, Gemeentekrediet van België-Brussel, N.V. Kluwer-Antwerpen/Deurne, Kredietbank-Brussel, N.V. Philips-Brussel, N.V. Scriptoria-Antwerpen.

SECTIEVERGADERINGEN

SECTIE I – PUBLIEKRECHT

Voorzitter: prof. dr. L.P. Suetens (K.U.L.)

Thema 1

Rapporteur: prof. dr. K. Rimanque (U.I.A.)

Secretaris: P. Peeters (ass. U.I.A.)

Thema 2

Rapporteur: prof. dr. A. Heyvaert (U.I.A.)

Secretaris: J. De Jonghe (ass. U.I.A.)

SECTIE II – ARBEIDSRECHT

Voorzitter: dr. J. Steyaert (secr.-gen. U.C.O.)

Rapporteur: prof. dr. B. Dubois (R.U.G.)

Secretaris: W. van Eeckhoutte (ass. R.U.G.)

SECTIE III – SOCIAAL RECHT

Voorzitter: prof. dr. J. Van Steenberge (U.I.A.)

Rapporteur: dr. P. Senaeve (ass. K.U.L.)

Secretaris: J. De Cock (ass. K.U.L.)

SECTIE IV – BURGERLIJK RECHT

Voorzitter: prof. dr. G. Baeteman (V.U.B.)

Rapporteurs: dr. G. Traest (eerste adviseur Senaat),

dr. J. Gerlo (e.a. ass. V.U.B.) en prof. M. Puelinckx-Coene (U.I.A.)

Secretaris: M. Heymans (ass. R.U.G.)

SECTIE V – STRAFRECHT

Voorzitter: prof. dr. J. D'Haenens (R.U.G.)

Rapporteurs: prof. dr. A. De Nauw (V.U.B.),

prof. dr. A. Vandeplas (K.U.L.) en E. Desmet (ass. R.U.G.)

Secretaris: C. Van den Wijngaert (ass. V.U.B.)

SECTIE VI – FISCAAL RECHT

Voorzitter: prof. dr. E. Krings (V.U.B.)

Rapporteur: prof. dr. F. Vanistendael (K.U.L.)

Secretaris: prof. dr. L. Maes (Economische Hogeschool Sint-Aloysius)

HET RECHT OP EERBIEDIGING VAN HET GEZINSLEVEN — EEN MET GOEDE BEDOELINGEN BEDREIGD GRONDRECHT

1. De toegemeten ruimte voor dit preadvies is beperkt. Dit maakt het onmogelijk alle facetten van het onderwerp uitvoerig te onderzoeken aan de hand van de jurisprudentie van de Europese Commissie en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en deze te toetsen aan de nationale wetgeving en rechtspraak. Recente publikaties kunnen mij echter van deze verwachting ontslaan¹. Het is evenmin de bedoeling al te exclusieve aandacht te besteden aan de gevolgen van het arrest inzake Marckx², noch te peilen naar de redenen voor de nalatigheid van de wetgevende macht de Belgische wetgeving aan te passen aan de verdragsverplichtingen zoals zij uit dit arrest voortvloeien. De rechterlijke macht kan o.i. in deze materie slechts ten dele rechtso oplossingen vermijden, die strijdig zijn met de interpretatie die het Europees Hof aan het recht op eerbiediging van het gezinsleven heeft gegeven, al dan niet in samenhang met het discriminatieverbod³. De rechter kan en mag deze door het Hof gegeven interpretatie slechts rechtstreeks toepassen in situaties die een duidelijke gelijkenis vertonen met het beoordeelde geval en in de mate dat de wetgever redelijke alternatieven ontzegt werden bij de aanpassing van de Belgische wetgeving aan de beslissingen van het arrest, in het licht van de motieven die hen schragen. Daarom acht ik conclusies o.m. over het recht van elk kind op een «juridische» vader, over de wijze van vaststelling en de gevolgen van de overspelige afstamming wel verdedigbaar, doch voor de rechter voorbarig⁴. Voor sommige juristen en politici waren de gevolgen van het arrest inzake sommige aspecten van de taalregeling in het onderwijs in België van 23 juli 1968 ook duidelijk, doch de door de wetgever uiteindelijk gekozen

oplossing, m.n. de ondubbelzinnige opname van de zes randgemeenten rond Brussel in het Nederlands taalgebied, beantwoordde niet aan een ieders verwachting! Het gezin is het natuurlijk en fundamenteel element van de samenleving en heeft recht op bescherming vanwege de maatschappij en de Staat⁵. Het belang van het gezin voor de bescherming van het individu in zijn meest diverse noden en niet het minst tegenover de georganiseerde maatschappij is nu een klassieke gedachte. Het gezin is een eerste element van samenhang, geen kunstmatige, doch een natuurlijke gemeenschap en een voorwaarde tot sociaal evenwicht⁶. Toch kan de opname van het recht op eerbiediging van het gezinsleven in de rechtenverklaringen niet op de lange traditie bogen van andere grondrechten. Pas op het ogenblik dat men de gevaren van totalitaire regimes in een hoogontwikkelde maatschappij had ingezien en ervaren, werd deze waarborg opgenomen in de reeks van fundamentele rechten en vrijheden⁷.

2. Het recht op eerbiediging van het gezinsleven wordt in art. 8 E.V.R.M. gewaarborgd, naast het recht op eerbiediging van het privé-leven, van de woning en van de briefwisseling. Dit recht op eerbiediging is vooreerst een waarborg tegen inmenging van openbare overheden en dus is de overeenkomstige verplichting van de verdragsluitende partijen van negatieve aard⁸. Deze zienswijze is echter onvolledig. Dit recht ent zich op de gebruikelijke ordening van het familieleven in de staat en betekent dus geenszins een immuniteit tegen of verbod van nationale wetgeving. In art. 12 E.V.R.M. wordt deze noodwendigheid van nationale wetgeving expliciet erkend m.b.t. het

¹ A. HEYVAERT, en H. WILLEKENS, *Beginselen van het gezins- en familierecht na het Marckxarrest*, Antwerpen, 1981, 142 blz.; T. OPSAHL, *The convention and the right to respect for family life, particularly as regards the unity of the family and the protection of the rights of parents and guardians in the education of children*, Third international colloquy about the European Convention on Human Rights, Brussel, 30 september - 3 oktober 1970; dit referaat werd in Nederlandse vertaling gepubliceerd in *Privacy en Rechten van de Mens*, Leuven, 1974, 171-234; K. RIMANQUE, *De levensbeschouwelijke opvoeding van de minderjarige - publiekrechtelijke en privaatrechtelijke beginselen*, 2 dl., Brussel, 1980, 1065 blz.; Raad van Europa, *Sujets de jurisprudence, La vie familiale*, Straatsburg, s.d.

² Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 13 juni 1979, o.m. integraal gepubliceerd in A. HEYVAERT, en H. WILLEKENS, o.c., 13-15.

³ M. BOSSUYT, «Publiekrechtelijke aspecten van het arrest Marckx», R.W., 1979-80, 929-970; F. RIGAUX, «La loi condamnée», J.T., 1979, 513-524.

⁴ In dezelfde zin: J. VELU, *Les effets directs des instruments internationaux en matière de droits de l'homme*, Belgisch Genootschap voor internationaal Recht, Studiedag te Wilrijk van 7 november 1980, 199 blz., nr. 36.

⁵ Internationaal Verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten: art. 23, 1°. Dit verdrag werd nog niet door België geratificeerd evenmin als het Internationaal Verdrag inzake de economische, sociale en culturele Rechten. Het ontwerp van goedkeuringswet werd reeds in november 1977 door de regering ingediend: zie *Gedrukte Stukken, Kamer*, 1977-78, nr. 188, 1979-80, nr. 535; Senaat, 1979-80, nr. 442; *Handelingen, Kamer*, 29 mei en 5 juni 1980; Senaat, 19 maart 1981. Deze verdragen zijn nu aanhangig bij de Franse gemeenschapsraad; over de interpretatie van de verdragsbepalingen m.b.t. het gezinsleven raadplege men: J. DE MEYER, *La Convention européenne des Droits de l'Homme et le Pacte international relatif aux Droits civils et politiques*, Heule, 1969, 102 blz., 29-30 en 62-68; Raad van Europa, *Doc. H(70)7*.

⁶ L. JOSSEERAND, *Cours de droit civil positif français*, I, nr. 676; H. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, I, nr. 689.

⁷ T. OPSAHL, o.c., 4, 10 en 43.

⁸ Eur. Comm., 30 mei 1974, nr. 5416/72, *Coll. Dec.*, nr. 46, 88; Eur. Comm., 19 december 1974, nr. 6577/74, *Dec. Rap.*, nr. 1, 91; Eur. Hof, 23 juli 1968, *Affaire «relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique»*, *Publ. Cour*, reeks A, 24. Officiële vertaling in het Nederlands, R.W., 1968-69, 1-90; en uittreksels in *T.B.P.*, 1969, 226-247, met noot van E. SUY; T. OPSAHL, o.c., 10.

huwelijk en de stichting van een gezin. Men kan zich zelfs afvragen of een behoorlijke bescherming van dit recht niet noodzakelijk een maatschappelijk verantwoord familierecht vereist om o.m. de opvoeding van kinderen in en door het gezin veilig te stellen⁹. Doch dit doet geen afbreuk aan het feit dat deze bepaling toch wezenlijk bedoeld werd als een waarborg tegen «ongerechtvaardigde» inmenging in en verstoring van het leven der gezinnen¹⁰. Het is daarom niet in overeenstemming met deze bepaling wanneer de staat zou nalaten wettelijke normen en jurisdictionele middelen in het leven te roepen om het gezinsleven effectief tegen wanorde en onrechtmatige verstoring te beschermen, ook al vindt deze haar oorzaak in gedragingen van private personen, van de gezinsleden zelf op de eerste plaats¹¹.

3. Het huwelijk, het familiale gezag en de familiale solidariteit hebben steeds het voorwerp uitgemaakt van normen of regels, ook reeds voor de ontwikkeling van een positief recht in een georganiseerde maatschappij. Met deze regels ontwikkelde zich de mogelijkheid een gegeven gezinssituatie te beoordelen aan de hand van het in deze regels geprojecteerde model. Anderdeels kunnen van dit model afwijkende samenlevingsvormen volgens een glijdende schaal worden geëerbiedigd, getolereerd of met negatieve gevolgen en sancties beladen. Men kan zich dan de vraag stellen naar de betekenis van het recht op eerbiediging van het gezinsleven als grondrecht op de achtergrond van de vanzelfsprekendheid over dit gezinsleven omstandige en dwingende regels in stand te houden, die vrijwel alle aspecten van de familiale verhoudingen omspannen. Ik wens dit ook even te actualiseren. Vanaf de tweede helft van de jaren zestig is het door het recht geregelde en beschermde model van gezinsleven voorwerp geweest van zeer kritische opwerpingen, niet alleen als gedachtenoefening, doch in de westerse wereld ook als alternatieven beleefd in reactie tegen de traditionele gezinsstructuren of gericht tegen de gemiddelde beleving en invulling ervan. Twee tendensen stonden daarbij ogenschijnlijk diametraal tegenover elkaar: enerzijds de drang naar een verruiming van de primaire levensgemeenschap en anderzijds een drang naar toenemende vrijheid en zelfstandigheid van ieder in het gezin. Deze pluriformiteit in de gezinstypes werd niet vertaald in het positieve recht, terwijl de actuele economische omstandigheden tot gevolg kunnen hebben, dat de een door ruime welzijnsvoorzieningen ondersteunde reële zelfstandigheid van de gezinsleden (vooral de gehuwde vrouw en de adolescente kinderen) geen prioriteit meer zal krijgen bij de verdeling van de beschikbare middelen. Het recht op eerbiediging van het gezinsleven wordt aldus steeds verscheurd tussen enerzijds de vrijheid een «afwijkend» model van gezinsleven of leefgemeenschap te kiezen en in die keuze te worden geëerbiedigd door de overheid en anderzijds een positieve bescherming en ondersteuning van een bepaald gezinstype

niet alleen door het burgerlijk recht maar ook door andere juridische instrumenten (o.a. van fiscale en sociale aard) en van overheidswege georganiseerde of gesubsidieerde welzijnsvoorzieningen. Terwijl het E.V.R.M. duidelijk nog een klemtoon legt op de vrijheid van het gezinsleven, wordt in de verdragen van de Verenigde Naties respectievelijk over de economische, sociale en culturele Rechten (art. 10) en over de burgerlijke en politieke Rechten (artt. 23 en 24) de nadruk gelegd op de verplichting voor de staten een bepaald type gezinsrecht te ontwerpen of te handhaven en het behoorlijk functioneren ervan met alle middelen te ondersteunen en te beschermen¹².

4. De draagwijdte van het recht op eerbiediging van het gezinsleven hangt ratione personae nauw samen met de interpretatie van het begrip gezin. Deze aan de Nederlandse taal eigen term is moeilijk terug te vinden in andere talen: de term familie kan in sommige omstandigheden wel geïnterpreteerd worden als «gezin», doch deze term kan ook en zelfs doorgaans verwijzen naar een ruimere groep dan het gezin. Het gezin wordt dan aangeduid o.m. als *the nuclear family*, die bestaat uit een man en of vrouw met hun nakomelingschap: nochtans kunnen in bepaalde gevallen een of meer andere personen bij de *nuclear family* inwonen en deel hebben aan het leven van deze groep. Deze sociale groep staat tegenover de ruimere familie (*extended family*) die uit twee of meer nucleaire families bestaat door uitbreiding van de ouder/kind verhouding o.a. door verbinding van de nucleaire familie van een gehuwde volwassene met die van zijn ouders¹³. Overigens is de personele uitgebreidheid van het gezin of de familie sterk verbonden met de functies die er worden vervuld: economische, sociale, affectieve, pedagogische e.a.. In het hedendaagse gezin in de westerse cultuur worden de functies van het gezin veel beperkter geacht dan in de vorige eeuw¹⁴. De Engelse resp. de Franse versie van het verdrag spreekt van *family-famille*, wat een extensieve interpretatie ten aanzien van de term gezin mogelijk maakt. Uit de jurisprudentie van de Europese Commissie kan men echter voorzichtig besluiten dat enkel de familie in engere zin of het gezin wordt bedoeld en op de eerste plaats de samenleving van ouders en kinderen¹⁵. Wanneer de ver-

¹² Algemeen wordt aangenomen dat deze bepalingen geen rechtstreekse werking hebben in de interne rechtsorde.

¹³ G.P. MURDOCK, «The universality of nuclear family», in *A modern introduction to the family*, New-York - Londen, 1968, 37-44; G.A. KOOY, *Het modern-Westerngezin*, Hilversum-Antwerpen, 1967, 264, blz. 15 e.v..

¹⁴ H.J. HABAKKUK, «Family structure and economic change in nineteenth-century Europe», in *A modern introduction to the family*, 163 e.v.; G.A. KOOY, o.c., 204 e.v.; A. MITSCHERLICH, *Op weg naar een vaderloze maatschappij*, Arnhem, 1968, 400 blz., 169 e.v., 380, e.v.; R. SAVATIER, *Les métamorphoses économique et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, 2e série, nrs. 5-18 en 19; R. SAVATIER, *Le droit, l'amour et la liberté*, Parijs, 1963, 224 blz.; D.L. SCHARMANN en Th. SCHARMANN, «Das Verhältnis von Familie, Beruf und Arbeit in ihren Sozialisationswirkungen», in *Die Familie als Sozialisationsfaktor*, Stuttgart, 1968, 248-307; H. SCHELSKY, *Wandlungen der Deutschen Familie in der Gegenwart*, Stuttgart, 1967, 418 blz., 178 e.v..

¹⁵ Eur. Comm., 15 juli 1967, nr. 2991/66, *Yearbook*, X, 478; 24 april 1965, nr. 1855/63, *Yearbook*, VIII, 200; uiteraard brengt ook

⁹ Eur. Comm., 11 december 1973, nr. 6061/73, *Coll. Dec.*, nr. 45, 120; Eur. Comm., 18 december 1974, nr. 6167/73, *Dec. Rap.*, nr. 1, 64; T. OPSAHL, o.c., 10.

¹⁰ Eur. Hof, 23 juli 1968, *Affaire «relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique»*, *Publ. Cour.*, reeks A, 33.

¹¹ T. OPSAHL, o.c., 7 en 25.

zoeker zich het slachtoffer acht van een schending van zijn gezinsleven in verband met het recht van bewaring en opvoeding, moet hij bewijzen dat tussen hem en de kinderen een werkelijke gezinsverhouding bestaat. Deze wordt o.m. niet geacht aanwezig te zijn tussen oom en neef na de ontzetting van de vader uit de ouderlijke macht, wanneer het recht van bewaring en opvoeding niet aan de oom is toevertrouwd¹⁶. Ook de leeftijd van de betrokken personen speelt een rol en de Commissie is niet geneigd een band van gezinsleven te aanvaarden tussen meerderjarige personen en hun ascendenten¹⁷. Ook de concrete omstandigheden en de werkelijke verhoudingen tussen de bloedverwanten worden in aanmerking genomen, zoals de tijdsduur van werkelijke samenleving of verwijdering tussen de bloedverwanten¹⁸. Niet alleen de wettige gezinsverhoudingen hebben recht op eerbiediging doch ook die tussen ouders en hun natuurlijke kinderen¹⁹. Het BVerwG in Duitsland oordeelde dat er ook een band van gezinsleven kan bestaan tussen een echtgenoot en de natuurlijke kinderen van zijn vrouw, wanneer deze kinderen bij beide echtgenoten verblijven²⁰. Men kan hieruit besluiten dat het gezinsleven in de zin van art. 8 van het E.V.R.M. de verhoudingen omvat tussen echtgenoten, tussen ouders en hun minderjarige wettige en natuurlijke kinderen, alsook tussen een familiale voogd en zijn pupillen²¹. Dit is o.m. de opvatting van H. Guradze²². Het is nochtans voorbarig een definitief standpunt in te nemen. De sociale en economische omstandigheden kunnen het gezin beperken tot de ouders en de minderjarige kinderen, doch het is a priori niet uitgesloten dat ook meerderjarige kinderen en andere bloed- en aanverwanten dagelijks rond dezelfde tafel aanzitten in «familie». De feitelijke omstandigheden van samenleving en van affectieve en economische lotsverbondenheid mogen niet uit het oog verloren worden. Bepalend is de mate van *togetherness*²³. In het arrest Marckx werd

overigens in aanmerking genomen dat de wettelijke afwezigheid van de erkenning van de grootouder/kleinkind verhouding van het natuurlijk kind strijdig is met art. 8, lid 1, E.V.R.M.²⁴. Anderdeels blijkt uit de jurisprudentie van de Europese Commissie en het Europees Hof ook duidelijk dat niet elke seksuele relatie tussen de partners een band van gezinsleven schept. Zo worden de homofiele verhoudingen gerekend tot de sfeer van het privé-leven en niet tot die van het gezinsleven²⁵. Het burgerlijk recht verstrekt wel duidelijke, doch verschillende omschrijvingen van het begrip familie en gezin; de publiekrechtelijke benadering geeft geen zekere bepaling, doch biedt het voordeel rekening te houden met de feitelijke menselijke verhoudingen en omstandigheden. In beide juridische disciplines treden echter steeds meer de materiële en affectieve belangen van het kind op de voorgrond in de ordening en de bescherming van het gezinsleven²⁶. Hierop wordt in de verdragen van de Verenigde Naties onmiskenbaar de klemtoon gelegd. Het recht op kinder- en jeugdbescherming, op naam, nationaliteit en inschrijving van elk kind, op bijzondere bescherming bij de ontbinding van het huwelijk van zijn ouders wordt in de artt. 24 en 23, 4^o, van het Verdrag over de burgerlijke en politieke rechten uitdrukkelijk vermeld.

5. Wetgeving betreffende de ordening van het gezinsleven is in algemene regel niet per se een inmenging (*interference-ingérence*) in het gezinsleven. De ordening van het gezin in de maatschappij is een wezenlijk beschavingsfeit dat wellicht tot alle culturen behoort. Familiale wetten zijn even vanzelfsprekend als het gezinsleven zelf. Bijgevolg moeten zij niet als regel en in alle gevallen hun rechtvaardiging vinden in de beperkingsgronden opgesomd in lid 2 van art. 8 E.V.R.M. Uit het arrest Marckx van het Europees Hof blijkt nochtans dat niet redelijk en objectief gerechtvaardigde modaliteiten van gezinsordering een schending kunnen uitmaken van lid 1 van art. 8 al dan niet in samenhang met art. 14²⁷. Het onderscheid echter tussen dit vanzelfsprekende familierecht en de werkelijke inmenging van een openbare overheid, is niet zonder meer duidelijk en er kan vooralsnog voor geen enkele nationale rechtsorde een definitief antwoord op worden gegeven. Het familierecht ordent op de eerste plaats het huwelijk, waardoor het wettig gezin wordt gesticht. De conformiteit van de nationale wetgeving met het E.V.R.M. biedt hier weinig of geen moeilijkheden, aangezien art. 12 er uitdrukkelijk naar verwijst. Nochtans werden bepaalde discriminerende of duidelijk oppressieve reglementeringen door dit artikel verboden²⁸. Het vast-

de adoptie een band van gezinsleven met zich: Eur. Comm., 10 juli 1975, nr. 6482/74, *Dec. Rap.*, nr. 7, 75.

¹⁶ Eur. Comm., 19 juli 1968, nr. 3110/67, *Yearbook*, XI, 494.

¹⁷ Eur. Comm., 15 juli 1967, nr. 2992/66, *Yearbook*, X, 478; 24 april 1965, *cit.*

¹⁸ Eur. Comm., 19 juli 1968, *cit.*, 15 juli 1967, *cit.*, 24 april 1965, *cit.*

¹⁹ Eur. Comm., 29 september 1975, Paula Marckx t. België, nr. 6833/74, *Dec. Rap.*, nr. 3, 112; Eur. Comm., 5 februari 1970, nr. 3100/67, *Rec. Dec.*, nr. 31, 16; Eur. Comm., 5 februari 1960, nr. 514/59, *Yearbook*, III, 197, J. GURADZE, *Die Europäische Menschenrechtskonvention*, Berlijn - Frankfurt, 1968, 276 blz. 119; T. OPSAHL, o.c., 21; K. VASAK, *La Convention européenne des Droits de l'Homme*, Parijs, 1964, 327 blz., 51.

²⁰ BVerwG, 25 oktober 1956, *DVBL*, 1957, 57.

²¹ Impliciet Eur. Comm., 19 juli 1968, *cit.*

²² *Ibidem*; zie ook: Eur. Comm., 18 juli 1968, *Coll. Dec.*, nr. 28, 109: «The principle of respect for family life under article 8 (1) includes the right of any member of the nuclear family — that is husband, wife and dependent or minor children — to the consortium of every other member» (argumenten van het Verenigd Koninkrijk).

²³ Eur. Comm., 14 december 1972, nr. 5532/72, *Coll. Dec.* nr. 43, 119; 8 februari 1972, nr. 5269/71, *Coll. Dec.*, nr. 39, 104; 14 december 1970, nr. 4396/70, *Coll. Dec.*, nr. 36, 88; 10 oktober 1970, nr. 4403/70, *Coll. Dec.*, nr. 36, 92; 2 februari 1970 en 22 juli 1970, nr. 3898/68, *Coll. Dec.*, nr. 35, 97 en 102; J.E.S. FAWCETT, o.c., 188.

²⁴ Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 13 juni 1979.

²⁵ Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 22 oktober 1981, *Dudgeon Case*.

²⁶ J. DABIN, «Le contrôle de la puissance paternelle», *J.T.*, 1947, 17-23 en 33-39, 17.

²⁷ Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 13 juni 1979.

²⁸ Eur. Comm., 21 mei 1975, nr. 6564/74, *Dec. Rap.*, nr. 2, 105; 29 september 1975, Paula Marckx t. België, nr. 6833/74, *Dec. Rap.*, nr. 3, 112; 19 december 1974, nr. 6577/74, *Dec. Rap.*, nr. 1, 91; 30 mei 1974, 5416/72, *Coll. Dec.*, nr. 46, 88; 8 februari 1972, nr. 5269/71, *Coll. Dec.*, nr. 39, 104; 2 februari 1970 en 22 juli 1970, nr. 3898/68, *Coll. Dec.*, nrs. 35, 97 en 102. Zo kan de wetgever

stellen van de minimumleeftijd (artt. 144-145 B.W.)²⁹, het bepalen van de grondvoorwaarden en de vormen van de huwelijksluiting (respectievelijk artt. 146-164 en artt. 165-171 B.W.) vallen aldus reeds buiten het raam van art. 8 E.V.R.M. Het familierecht ordent echter niet alleen de stichting van het wettig gezin, doch bepaalt tevens de rechten en de verplichtingen van de gezinsleden, zowel de verhouding tussen de personen als die m.b.t. de goederen. In deze wetgeving moet men een onderscheid maken tussen de zuiver normatieve bepalingen van het Burgerlijk Wetboek en de regeling van de conflicten in geval van blijvende onenigheid of niet-naleving van wettelijke verplichtingen. Bovendien vormen de afstammingsregelingen en hun gevolgen hierin een specifieke groep.

6. Als voorbeelden van deze eerste groep kunnen worden vermeld: de burgerlijke bekwaamheid van de echtgenoten (art. 212, derde lid, B.W.), hun vrijheid een beroep uit te oefenen (art. 216, § 1, B.W.), de verplichting bij te dragen in de lasten van de huishouding (art. 221, eerste lid, B.W.), de verplichting van samenwoning, getrouweid, hulp en bijstand (art. 213 B.W.), de verbintenis de kinderen kost, onderhoud en opvoeding te verschaffen (art. 203 B.W.), de vaststelling van de gronden tot echtscheiding (artt. 229 e.v. B.W.), de voorwaarden tot echtscheiding door onderlinge toestemming (artt. 275 en 276 B.W.) en haar gevolgen (artt. 295, 299, 300, 303 en 304 B.W.). In verband met de ouderlijke macht kunnen worden vermeld: de verplichting van achting en eerbied van het kind voor zijn ouders (art. 371 B.W.), het principe van art. 372 B.W., de uitoefening van dit gezag door een van de ouders (art. 373 B.W.), het wettelijke genot (artt. 384 e.v. B.W.), het wettelijk beheer (art. 389 B.W.). Deze omschrijving van de rechten, de verplichtingen en de bevoegdheden van de gezinsleden brengen een ordening in het gezin, die niet onmiddellijk als een inmenging van een openbare overheid kan worden beschouwd. De betekenis van deze bepalingen is echter niet zo vanzelfsprekend: betreft het hier dwingende gedragsregels, dan wel regels die in geval van conflict — en alleen dan — een betekenis krijgen, omdat zij de rechter in staat stellen een oordeel uit te spreken over de vraag wie van de gezinsleden zich op een recht kan beroepen of wie zijn verplichtingen niet of in onvoldoende mate is nagekomen? De meeste van deze bepalingen moeten inderdaad worden beschouwd als door de rechter te hanteren normen in geval van conflict, die overigens geen afbreuk doen aan de vrijheid van de gezinsleden ongestoord volgens andere principes dan die van het Burgerlijk Wetboek te leven. De enige uitzondering die hierop bestaat is de niet-naleving van de ouderlijke verplichting behoorlijk zorg te dragen voor de ontwikkeling

en de opvoeding van hun kinderen. Doch deze tekortkoming mag slechts dan tot maatregelen van jeugdbescherming leiden, wanneer de minderjarigen daardoor in een toestand van werkelijk gevaar worden gebracht voor hun gezondheid, veiligheid of zedelijkheid.

7. In geval van ernstig conflict tussen de gezinsleden, meer in het bijzonder tussen de echtgenoten, of wanneer een van hen in ernstige mate te kort komt aan zijn verplichtingen, voorziet de burgerlijke wet in een beroep op een orgaan van de rechterlijke macht. Zo in geval van conflict over de vaststelling van de echtelijke verblijfplaats (art. 214, eerste lid, laatste zin, B.W.), over de uitoefening van een beroep door de andere echtgenoot (art. 216, § 1, tweede lid, B.W.), over de opvoeding van de kinderen of het beheer van hun goederen (artt. 373, eerste en tweede lid in fine, en 389, eerste en tweede lid in fine, B.W.), en over de toestemming tot hun huwelijk (art. 148, tweede lid). Zo ook het geval van ernstige tekortkoming aan de huwelijksverplichtingen, buiten het geval van vordering tot echtscheiding of tot scheiding van tafel en bed (art. 221, tweede lid, e.v. en art. 223 B.W.). Hierbij kan men nog het misdrijf van overspel vermelden als klachtmisdrijf³⁰. Deze tussenkomsten van organen van de rechterlijke macht om de rechten en de belangen van de leden van het gezin te beschermen of om de nodige maatregelen te treffen in ongelukkige en deficiënte situaties kunnen in het algemeen niet worden beschouwd als een inmenging van de overheid in het gezinsleven, gebonden aan de oogmerken van lid 2 van art. 8 van het E.V.R.M., behoudens de beteugeling van het overspel. Belangrijk is dat men het onderscheid maakt tussen de *tussenkomst* van de overheid (in de tot hertoe besproken wetgeving op vordering of op verzoek van een van de leden van het gezin) en de *inmenging* van de overheid in het gezinsleven³¹. In deze gedachtengang zal bij de bespreking van de verhouding tussen de eerbiediging van het gezinsleven en de controle op de uitoefening van de ouderlijke macht een onderscheid moeten worden gemaakt tussen het zoeken van vrijwillige sociale of gerechtelijke bescherming en het optreden van de jeugdrechtsbank, op vordering van het openbaar ministerie³².

Hiertegen kan men opwerpen dat de wetgever deze tussenkomst mede uitlokt door in een steeds groter aantal gevallen de mogelijkheid te verlenen een beroep op een rechter te doen en vooral door *conflictoplossingen onmogelijk te maken zonder diens tussenkomst*. Een dergelijke wetgevingspolitiek voor het gezinsrecht zou als een inmenging kunnen worden beschouwd wanneer blijkt dat deze politiek bijdraagt tot een grotere en meer veral-

adoptie door een ongehuwde uitsluiten: Eur. Comm., 10 juli 1975, nr. 6482/74, *Dec. Rap.*, nr. 7, 75.

²⁹ Men kan zich met recht afvragen of de wettelijk aanvaarde minimumleeftijd van vijftien jaar voor vrouwen (?) wel in overeenstemming te brengen is met het huwelijksverbod bij afwezigheid van *volledige* en *vrije* toestemming van de aanstaande echtgenoten, als omschreven in art. 23, 3^o, van het Internationaal Verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten. Zal in vele gevallen de vereiste toestemming van de ouders niet eerder ouderlijke aandrang zijn in noodgevallen? Zie K. RIMANQUE, *o.c.*, II, nr. 303.

³⁰ België is een van de laatste landen van de Raad van Europa, waar overspel nog strafbaar is. Zelfs als klachtmisdrijf blijft de straf een inmenging van de overheid in het privé-leven, waarvan de noodzakelijkheid in een democratische samenleving kan worden betwijfeld, dit in tegenstelling tot de vaststelling ervan in het raam van een echtscheidingsregeling, waarin het schuldconcept nog wordt gehanteerd.

³¹ T. OPSAHL, *o.c.*, 14.

³² F. POELMAN, «Le rôle du ministère public dans les matières civiles concernant les mineurs», *Ann. dr.*, 1971, 57-88.

gemeende onrust en instabiliteit in de gezinnen³³. Men kan moeilijk anders dan vaststellen, dat de tendensen tot jeugdbescherming en tot volledige gelijkberechtiging van man en vrouw, waarbij aan beiden dezelfde echtelijke en ouderlijke bevoegdheden en verantwoordelijkheden worden verleend, in niet geringe mate hebben bijgedragen tot de afbraak van de geest van overheidsonthouding die het vroeger gezinsrecht kenmerkte. Zonder te oordelen over de afweging van de waarden van beslotenheid van het gezin en die van jeugdbescherming en gelijkheid der echtgenoten, moet men vaststellen, dat een juridische ordening die gezinsbeslissing bij onenigheid toevertrouwt aan een gerechtelijke overheid, in aanzienlijke mate bijdraagt tot de ontmanteling van het scherm van discretie rond het gezinsleven³⁴.

8. Het is niet uitgesloten, dat een algemene wetgeving van familierecht het recht op eerbiediging van het gezinsleven zou miskennen. Dit zou het geval zijn wanneer de wet zou voorzien in een rechtstreekse inmenging van een openbare overheid die afbreuk doet aan de eenheid en de affectieve samenhang van een niet-conflictueus gezin. Anderdeels mag art. 8 niet limitatief worden geïnterpreteerd. Het beschermt niet alleen tegen kennelijke aanslagen op de waarden van het gezinsleven. Het brengt ook met zich, dat behoorlijk functionerende gezinnen niet mogen worden verontrust, omdat er geen reden is tot tussenkomst ter bescherming van het gezin of van zijn leden. Positief betekent art. 8 het recht te leven binnen de grenzen van een rechtvaardige wetgeving³⁵. Art. 8 verbiedt gedwongen scheiding en verstrooiing van de gezinsleden, affectieve of geestelijke vervreemding, wanneer dit het doel of het gevolg is van de inmenging van een openbare overheid en niet noodzakelijk is om een van de rechten en belangen opgesomd in lid 2 te benaastigen. Zo zou b.v. het verplichte schoolinternaat een niet te verantwoorden inmenging zijn in het gezinsleven, behalve in de gevallen waarin deze maatregel geboden kan zijn om de kinderen een minimum aan onderwijs te waarborgen³⁶ of wegens hun deficiënte lichamelijke of mentale bekwaamheden³⁷.

9. Meer wellicht dan voor andere bepalingen uit het E.V.R.M.³⁸ moet men niet alleen de algemene wetgeving en reglementering toetsen aan het beschermde recht, doch ook belangrijke aandacht wijden aan de individuele toe-

passing ervan. Een wettelijke bepaling die als zodanig geen inmenging uitmaakt in het gezinsleven, kan dit bij individuele toepassing wel zijn met als gevolg dat zij al dan niet gerechtvaardigd is op grond van lid 2 van art. 8³⁹. Men dient er ook rekening mee te houden dat lid 2 van art. 8 geconstrueerd is als een volkenrechtelijke bepaling, die de internationale instellingen in staat moet stellen overheids-handelingen te toetsen aan het verdrag. De termen ervan zijn evenwel minder aangepast om rechten en belangen af te wegen in gevallen waarbij de oorzaak van het geschil van privaatrechtelijke aard is. Een aanwijsbaar teken van deze onaangepastheid is de interpretatie die de Commissie heeft gegeven aan de termen *gezondheid* en *zedelijkheid* in gevallen waarbij men zich beklaagde over maatregelen van bewaring en opvoeding van een kind of over een verbod van persoonlijk verkeer met minderjarigen. De interpretatie van de Commissie werd het eerst ontwikkeld in een geval van jurisdictionele weigering van bezoekrecht van een uit de echt gescheiden man aan zijn zoon⁴⁰. Met de termen *gezondheid* en *zedelijkheid* worden niet alleen de juridische bescherming van deze waarden voor de gemeenschap bedoeld, doch ook de *gezondheid* en de *zedelijkheid* van de individuele leden van de gemeenschap. *Gezondheid* omvat bovendien niet alleen het fysieke doch evenzeer het psychologische welzijn van de persoon, in het bijzonder de mentale stabiliteit van een kind en zijn bescherming tegen ernstige psychische stoornis. Deze theorie werd in vele gevallen herhaald⁴¹. In een geval van ontzetting uit de ouderlijke macht oordeelde de Commissie, dat de motivering van de nationale beslissing, waarin werd vastgesteld dat het gebrek aan zorg, bescherming en leiding vanwege de ouders de kinderen leed berokkende en hun gezondheid en ontwikkeling in gevaar bracht, de maatregel van ontzetting rechtvaardigde op grond van lid 2⁴². Doch de Commissie heeft niet steeds een beroep gedaan op de reeds ruim geïnterpreteerde termen van lid 2. In een geval van weigering van het hoederecht aan verzoekende partij beperkt zij haar motivering door te verwijzen naar het *zedelijk belang* van de minderjarige⁴³, in een geval van ontzetting uit de ouderlijke macht naar het *belang* van het kind⁴⁴ en ten slotte bij weigering van bezoekrecht:

«Whereas in considering the justification of the decision to suspend until further notice the right of access for the applicant, the commission finds that this decision was in no way arbitrary or illfounded but, on the contrary, reflects a recognition of the unfortunate developments of the case and, in the

³³ Zie o.m. R. DEKKERS, «Twee kapiteins op één schip», *R.W.*, 1959-60, 1385-1392; J. RUTSAERT, «La destruction de la famille par la loi», *J.T.*, 1958, 69-72; H. DE PAGE, nrs. 710 en 721.

³⁴ Zie o.m. G. BAERT, «Beschouwingen over de burgerrechtelijke bepalingen van de wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming», *R.W.*, 1967-68, 1609-1635, nrs. 3 en 15; J. DABIN, o.c., 18; J. GERLO, «De gelijkheid van man en vrouw in het Burgerlijk Wetboek», *T.P.R.*, 1976, 207-284.

³⁵ T. OPSAHL, o.c., 14.

³⁶ Zie o.m. de regeling van de leerplicht voor kinderen wier ouders geen vaste verblijfplaats hebben: gecoördineerde wetten op het lager onderwijs, art. 12 (K.B. van 20 augustus 1957, *B.S.*, 6 november 1957).

³⁷ Zie de wet van 6 juli 1970 op het buitengewoon onderwijs (*B.S.*, 25 augustus 1970).

³⁸ Met uitzondering van de artt. 5 en 6.

³⁹ Rapport de la Commission, 24 juni 1965, Affaire «relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique», §§ 396 en 397, individuele opinie van Eusthadiades en Ermacora, *Publ. Cour.*, reeks B, I, 302.

⁴⁰ Eur. Comm., 10 april 1961, nr. 911/60, *Yearbook*, IV, 198.

⁴¹ Eur. Comm., 6 februari 1968, nr. 2822/66, *Yearbook*, XI, 407; 6 februari 1968, nr. 2648/65, *Yearbook*, XI, 355; 23 mei 1966, nr. 2516/66, *Coll. Dec.*, nr. 20, 28; 16 januari 1963, nr. 1449/62, *Yearbook*, VI, 262.

⁴² Eur. Comm., 16 maart 1970, nr. 4004/69, *Coll. Dec.*, nr. 33, 18.

⁴³ Eur. Comm., 5 januari 1960, nr. 514/59, *Yearbook*, III, 197.

⁴⁴ Eur. Comm., 8 mei 1962, nr. 900/60, *Coll. Dec.*, nr. 9, 34.

⁴⁵ Eur. Comm., 7 mei 1962, nr. 1329/62, *Yearbook*, V, 200.

circumstances, was completely reasonable»⁴⁵. Hieruit blijkt duidelijk dat de redactie van lid 2 van art. 8 in sommige gevallen weinig is aangepast aan de noodwendigheden van een normale toetsing van de nationale beslissing aan het verdrag, in die mate dat de beslissingen worden gemotiveerd met de bescherming van belangen die wel in de hedendaagse democratische samenlevingen algemeen worden erkend, doch niet vermeld worden in lid 2 van art. 8⁴⁶. In die zin ondervangt het Verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten van de Verenigde Naties beter deze moeilijkheden. Dit verdrag beschermt een ieder tegen willekeurige en onwettige inmenging in zijn gezinsleven en vestigt het recht op wettelijke bescherming tegen een dergelijke inmenging (art. 17), doch anderdeels wordt kinder- en jeugdbescherming zelf tot een grondrecht verheven (artt. 23, 4^o, en 24). Op basis van die teksten worden de boven beschreven moeilijkheden bij de toepassing van het E.V.R.M. ondervangen als een conflict tussen grondrechten. Doch dan rijst de vraag naar de afweging van deze conflicterende grondrechten, wat bij de beoordeling van een gegeven maatregel van jeugdbescherming dezelfde problemen zal scheppen, die men nu bij de toepassing van art. 8 E.V.R.M. heeft ondervonden.

10. Het arrest van het Europees Hof inzake Marckx heeft een interpretatie gegeven aan art. 8 van het E.V.R.M., die in de rechtsleer en in de jurisprudentie van de commissie vroeger nauwelijks in overweging werd genomen. Belangrijk is vooral de ondubbelzinnige positieve verplichting van de staat een gezinsrecht uit te bouwen, waardoor niet enkel in feite, doch ook in rechte wordt bevestigd dat een kind vanaf de geboorte recht heeft op de juridische erkenning van zijn afstamming en van integratie in het gezinsleven van zijn bloedverwanten. Terwijl men vroeger eerder geneigd was aan te nemen dat art. 8 vrijwel uitsluitend als voorwerp had de feitelijke samenhang van een gezinsgroep te beschermen tegen ongerechtvaardigde inmenging, moet men nu vaststellen, dat een juridische erkenning van dit relatiepatroon als positieve verplichting uit deze bepaling kan worden afgeleid⁴⁷.

11. Vele beslissingen van de Europese Commissie i.v.m. de aanvaardbaarheid van maatregelen die inhoudelijk geen betrekking hebben op het gezinsleven, doch tot

gevolg kunnen hebben dit ernstig te verstoren, handelen over de toelating tot het grondgebied en de uitzetting van vreemdelingen. Wij zullen ons daartoe beperken en de nieuwe wet op de vreemdelingen in België toetsen aan de jurisprudentie van de Europese Commissie. Zij oordeelt dat de eerbiediging van het gezinsleven op de eerste plaats *het ruimtelijk samenzijn* van het gezin veronderstelt. Dit samenleven is een voorwaarde tot een normaal gezinsleven, tenzij de scheiding om welke reden ook vrijwillig is aanvaard. De verbreking van dit samenleven maakt een normaal huwelijksleven onmogelijk en veroorzaakt een ernstige verstoring tussen ouders en kinderen. Aanvankelijk stelde de Commissie nochtans het principe voorop dat het recht van toegang tot het grondgebied van een vreemde staat en het recht er te verblijven niet gewaarborgd wordt door het verdrag⁴⁸. Later nuanceerde zij haar standpunt en overwoog dat door de ratificatie van het verdrag het soevereine recht van de staat met betrekking tot de toegang tot en het verblijf op zijn grondgebied beperkt wordt door de grenzen die de normatieve bepalingen van het verdrag daaraan hebben gesteld, *inter alia* de verplichting het gezinsleven te eerbiedigen⁴⁹. In bepaalde omstandigheden kan deze weigering van toegang of de uitwijzing een inmenging uitmaken in de uitoefening van dit recht, die gerechtvaardigd kan zijn op grond van lid 2, wanneer o.m. de uitgewezen vreemdeling een ernstig gevaar betekent voor de openbare veiligheid of de openbare orde⁵⁰. Wanneer deze uitwijzing geen verstoring van het gezinsleven meebrengt, doet zich de vraag naar deze belangenafweging uiteraard niet voor⁵¹. Bovendien zal de Commissie dit niet als een onrechtmatige inmenging beschouwen, wanneer er geen dwingende reden is om samen te leven in een vreemd land waar men slechts sedert een korte termijn samenwoont, terwijl het gezin ongehinderd en verenigd kan samenleven in het eigen land⁵². Uiteraard kan de immigratie worden geweigerd, wanneer geen voldoende hechte familieband kan worden bewezen⁵³. De weigering echter van de toegang tot het grondgebied van de 13-jarige zoon van een regelmatig geïmmigreerde gastarbeider is een inmenging die onrechtmatig geweest zou kunnen zijn⁵⁴. Een minnelijke schikking kon in dit geval worden bereikt⁵⁵.

⁴⁶ Eur. Comm., 19 december 1974, nr. 6753/74, *Dec. Rap.*, nr. 2, 118; 9 juli 1973, nr. 5486/72, *Coll. Dec.*, nr. 44, 128; 14 december 1972 en 19 juli 1973, nr. 5608/72, *Coll. Dec.*, nr. 44, 66 en 71; 12 juli 1972 en 5 februari 1973, nr. 5132/71, *Coll. Dec.*, nr. 43, 57 en 62; 1 februari 1971, nr. 4284/69, *Coll. Dec.*, nr. 37, 74; 14 december 1970, nr. 4369/70, *Coll. Dec.*, nr. 36, 88; 13 juli 1970, nr. 4185/69, *Coll. Dec.*, nr. 35, 140; 16 maart 1970, nr. 4004/69, *Coll. Dec.*, nr. 33, 18. Over deze problematiek in België: C. DELNOY-MARGRÈVE, «Le civiliste et la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse», *Ann. fac. dr. Liège*, 1965, 421-448; J. DELVA, «Le contrôle judiciaire en matière de garde des enfants», *J.T.*, 1961, 621-629 en 641-647; S. HUYNEN, «La protection de la personne de l'enfant», *J.T.*, 1964, 377-380; «Conclusions», *Ann. dr.*, 1971, 191-197; J. MATTHIJS, «De civielrechtelijke bepalingen betreffende de minderjarigen in de nieuwe wet jeugdbescherming», *T.P.R.*, 1965, 311-405.

⁴⁷ Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 9 oktober 1980, in zake Airey.

⁴⁸ Eur. Comm., 9 juni 1958, in zake R. De Becker t. België, nr. 214/56, *Yearbook*, II, 215; 20 december 1957, nr. 172/56, *Yearbook*, I, 211.

⁴⁹ Eur. Comm., 24 april 1965, nr. 1855/63, *Yearbook*, VIII, 201; 30 juni 1959, nr. 434/58, *Yearbook*, II, 354.

⁵⁰ Eur. Comm., 9 januari 1959, nr. 312/57, *Yearbook*, II, 352.

⁵¹ Eur. Comm., 13 april 1961, nr. 858/60, *Yearbook*, IV, 225.

⁵² Eur. Comm., 12 juli 1976, nr. 7031/75, *Dec. Rap.*, nr. 6, 24; 12 juli 1976, nr. 7175/75, *Dec. Rap.*, nr. 6, 138; 17 december 1976, nr. 7729/76, *Dec. Rap.*, nr. 7, 164; 15 december 1967, nr. 3325/67, *Yearbook*, X, 528.

⁵³ Eur. Comm., 15 juli 1967, nr. 2992/66, *Yearbook*, X, 478, 24 april 1965, nr. 1855/63, *Yearbook*, VIII, 200.

⁵⁴ Eur. Comm., 15 juli 1967, in zake Mohamed Alam en Mohamed Khan, nr. 2991/66, *Yearbook*, X, 478.

⁵⁵ Verslag van de subcommissie, 17 december 1968, *Yearbook*, XI, 788. De Raad van State behandelde een geval waarbij een afweging van belangen in redelijkheid niet kon leiden tot vernietiging van de uitwijzingsbeslissing: 27 maart 1973, nr. 15.787, in zake Marinelli, *Arr. R.v.St.*, 1973, 293. Ook de Europese Com-

12. De nieuwe Belgische Vreemdelingenwet van 15 december 1980⁵⁶ bevat bepalingen die een recht op gezinshereniging met een reeds in België verblijvende vreemdeling vestigen. De begunstigen van deze regeling zijn vrijgesteld van ministeriële machtiging voor een verblijf van onbepaalde duur in België. Om deze regeling te kunnen genieten moet aan twee voorwaarden worden voldaan: een bewezen familierechtelijke verhouding en een feitelijk samenleven in gezinsverband. Slechts de echtgeno(o)t(e) en hun naar Belgisch recht nog minderjarige kinderen die bovendien ten laste van hun ouders zijn, kunnen zich beroepen op de gunst vrijgesteld te worden van ministeriële machtiging. De voorwaarden van samenleven voor echtgeno(o)t(e) en kinderen, de minderjarigheid en het ten laste zijn van hun ouders voor de kinderen zijn cumulatief. Zij kunnen worden gecontroleerd; het spreekt vanzelf dat dit toezicht dient te geschieden op een wijze die geen verdere inmenging in het echtelijk en gezinsleven van de betrokkenen met zich brengt, dan strikt noodzakelijk voor de vaststelling van het vervullen van deze voorwaarden. Andere bloedverwanten (ascendenten van de vreemdelingen, meerderjarige of niet meer ten laste zijnde kinderen) kunnen ook een verblijfsvergunning van onbepaalde duur verkrijgen, doch zij worden niet vrijgesteld van ministeriële machtiging. Zo werd voor de inwerkingtreding van de nieuwe wet aan de 22-jarige dochter van een Marokkaanse gastarbeider de verblijfsvergunning geweigerd⁵⁷. In het licht van de jurisprudentie van de Europese Commissie is het vereiste van een voorafgaande machtiging voor het verblijf van een vreemdeling in België niet strijdig met art. 8 E.V.R.M., ook niet wanneer het onmiskenbaar een geval van gezinshereniging betreft, wat een voorwaarde is voor de toepasselijkheid van deze bepaling. De niet gerechtvaardigde weigering van de vergunning kan naar omstandigheden een inmenging betekenen in het gezinsleven, die wellicht zijn verantwoording niet vindt in lid 2 van art. 8, al dan niet in samenhang met art. 14 E.V.R.M. (het discriminatieverbod), rekening houdend met de onderscheidingen in de Belgische wetgeving. De weigering van de vergunning zal niet-gerechtvaardigd zijn, wanneer het bv. een kind betreft, dat weliswaar niet aan alle cumulatieve voorwaarden voldoet, doch dat kennelijk wegens zijn leeftijd, fysieke of mentale handicap, materiële behoefte of om een andere reden voor zijn onderhoud en/of opvoeding op het samenleven met zijn ouder(s) is aangewezen.

Het recht op gezinshereniging is overigens ruimer geformuleerd voor de EG-onderdanen, in het licht van de

communautaire verordeningen en richtlijnen. Voor de kinderen geldt de voorwaarde van 21 jaar oud of ten laste van hun ouders zijn (dus beide voorwaarden worden niet cumulatief vereist en er is geen teïnvloeding door een eventuele verlaging van de meerderjarigheidsleeftijd). Doch ook kleinkinderen, ascendenten van de EG-vreemdeling of zijn echtgenoot, die te hunnen laste zijn en de echtgenoten van deze descendenten en ascendenten kunnen een recht op verblijf doen gelden, op voorwaarde dat de EG-vreemdeling aan de andere wettelijke voorwaarden voldoet en het familielid — dat overigens zelf geen EG-nationaliteit hoeft te bezitten — niet wordt uitgesloten van het recht op gezinshereniging om redenen van openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid⁵⁸.

Samenvattend zou ik willen stellen, dat art. 8 E.V.R.M., al dan niet in samenhang met art. 14, vereist, dat de verblijfsvergunning aan een vreemdeling — die er krachtens de wet geen recht op kan doen gelden in het raam van gezins- of familiehereniging — niet mag worden ontzegd, wanneer een reële band van gezinsleven kan worden bewezen, de weigering van de verblijfsvergunning in redelijkheid niet kan worden verantwoord door een van de beperkingsgronden opgesomd in lid 2 van art. 8 en een gezinshereniging in het land van herkomst niet mogelijk is of in redelijkheid beoordeeld een te zware belasting voor alle gezinsleden zou betekenen, afgewogen tegen de eventuele nadelen van deze gezinshereniging voor de Belgische gemeenschap.

13. Doch in de regel is het «familiaal bezwaar» geen voldoende rechtsgrond om zich aan een wettelijke verplichting te onttrekken, noch om zich op een bijzondere gunst met recht te kunnen beroepen, evenmin als gewetensbezwaren in de regel worden beschouwd als verontschuldiging voor de niet-naleving van de wet. Terwijl het gewetensbezwaar een verstoring van de ziel en de geest van de mens met zich kan brengen, zo wordt het familiaal bezwaar ingeroepen tegen dwingende omstandigheden, die het gezinsleven in meerdere of mindere mate verstoren of ongunstig beïnvloeden. De rechtsorde maakt aanspraken op de persoon, die hij niet kan ontlopen door zich te beroepen op de behoeften van zijn gezinsleven. Familiale solidariteit verschoont geen misdrijven⁵⁹, noch verontschuldigt zij de verbreking van een overeenkomst: «seamen's wives have to wait, and military volunteers longing to be home may not quit before time»⁶⁰. In de Belgische taalklachten was het alternatief van de rekes-tranten ofwel geestelijke vervreemding ofwel feitelijke verwijdering de facto, vals omdat het zich schikken in de taalwet en de kinderen laten onderwijzen in de taal van het omringende sociale milieu niet oppressief kan worden genoemd. Toch moet de overheid er zorg voor dragen, dat bij het opleggen van wettelijke verplichtingen of het nemen van maatregelen de nadelige gevolgen voor het gezinsleven beperkt blijven tot hetgeen strikt noodzakelijk is voor het nagestreefde oogmerk dat per hypothese ge-

missie heeft de jongste jaren heel wat beslissingen genomen over vergelijkbare verzoekschriften: 8 oktober 1974, nr. 6357/73, *Dec. Rap.*, nr. 1, 77; 11 oktober 1973, nr. 5302/71, *Coll. Dec.*, nr. 44, 29; 14 december 1972, nr. 5532/72, *Coll. Dec.*, nr. 43, 119; 3 oktober 1972, nr. 5301/71, *Coll. Dec.*, nr. 43, 82; 3 oktober 1972, nrs. 5445/72 en 5446/72, *Coll. Dec.*, nr. 42, 146; 8 februari 1972, nr. 5269/71, *Coll. Dec.*, nr. 39, 104; 18 december 1970, nr. 4501/70, *Coll. Dec.*, nr. 36, 127; 10 oktober 1970, nr. 4403/70, *Coll. Dec.*, nr. 36, 92.

⁵⁶ B.S., 31 december 1980.

⁵⁷ R.v.St., 25 januari 1980, nr. 20.076, *Arr. R.v.St.*, 1980, 143; M. BAX en H. WILLEKENS, «Personen- en familierecht (1979-1980)», R.W., 1981-82, 69-73.

⁵⁸ Men raadplege over deze nieuwe wet: M. DE KOCK, J. DE CEUSTER, J. DE JONGHE en P. VAN NUFFEL, *De nieuwe verblijfsregeling voor vreemdelingen* (ter perse).

⁵⁹ Zie nochtans art. 335, tweede lid, Sw.

⁶⁰ Aldus kernachtig, T. OPSAHL, o.c., 19.

rechtvaardigd moet kunnen worden op grond van lid 2. De mindere last voor een openbare overheid (bv. voor het bestuur van een strafinrichting, bij de regeling van het bezoek aan gedetineerden) kan nooit worden aanvaard als een verontschuldiging om de eenheid en de samenhang van een gezin meer te verstoren, dan noodzakelijk is om wettige en redelijke doeleinden te realiseren.

14. De eerbiediging van het gezinsleven impliceert de eerbiediging van de verscheidenheid van de vormen, waardoor dit leven zich manifesteert en in de gezinnen wordt gerealiseerd. Het gezinsklimaat wordt in belangrijke mate door sociale, economische, culturele en geografische factoren beïnvloed. Het stedelijk gezin kan een ander gedragspatroon vertonen dan het landelijke. Het beroep van de ouder(s) en ook van de kinderen beïnvloedt in niet geringe mate de familiale verhoudingen. Ook de levensbeschouwelijke en ideologische waarden waarop elk gezin zijn samenleven opbouwt, bepalen mede de gedragsnormen in de onderlinge verhoudingen en daarbuiten. Het recht op eerbiediging van het gezinsleven moet deze verscheidenheid aanvaarden, ook t.a.v. de gezinnen die leven volgens een aan onze geschiedenis vreemde cultuur. Men kan de bescherming niet beperken tot een bepaald gezinstype, noch de vrijheid van een ander type door subjectieve inmenging beknotten. Samengevat impliceert dit eerbiediging van tradities en verschillen, bepaald door natuurlijke en culturele omstandigheden en beleefd door zelfstandige personen die samenleven⁶¹. Sommige auteurs betreuren dan ook niet volkomen ten onrechte, dat ons gezinsrecht al te veel bepalingen bevat van dwingend recht, wat verscheidenheid in de juridische ordening en bescherming van verschillende vrij gekozen samenlevingsvormen uitsluit⁶². De erkenning van deze verscheidenheid is belangrijk in de jeugdbescherming. Het model van maatschappelijk onderzoek, opgesteld door de dienst voor jeugdbescherming⁶³, is op de eerste plaats gericht op de verzameling van een aantal objectieve gegevens, doch stelt ook een aantal vragen, die noodzakelijk door de afgevaardigde moeten worden geëvalueerd: persoonlijkheid van de ouders, hun affectieve capaciteit, opvoedingshoedanigheden en zedelijk peil; de affectieve verhoudingen in de gezinsgroep; algemene evaluatie van de materiële, psychologische en morele omstandigheden van het gezin. Deze gegevens zijn noodzakelijk voor een effectief en haalbaar optreden van de jeugdrechtsbank⁶⁴. Toch schuilt hierin een gevaar voor normatieve beoordeling van de gezinsomstandigheden. De afgevaardigden moeten er steeds op bedacht zijn feiten en verhoudingen (die zich o.m. uitdrukken in een bepaald taalgebruik) te

beoordelen, onafhankelijk van hun persoonlijke opvattingen en die van hun milieu van herkomst⁶⁵. De Raad van State heeft in zijn advies op het voorontwerp van wet dit probleem duidelijk ingezien. Op zijn advies werd in de artt. 2, 30 en 36, 2°, van de wet de term «opvoeding» geschrapt en vervangen door het meer neutrale «omstandigheden waarin hij wordt opgevoed». De Raad achtte het begrip opvoeding te subjectief en sterk cultuurgebonden. De omstandigheden waarin een minderjarige wordt opgevoed, kunnen objectiever benaderd en gecontroleerd worden⁶⁶. Doch ook «minderjarige in gevaar», een sleutelbegrip in de wet van 8 april 1965 op de jeugdbescherming, is een term waaraan een ruime of restrictieve betekenis kan worden gegeven⁶⁷. Hetzelfde geldt nog sterker voor het begrip «belang van de minderjarige», dat op zeer verschillende manieren kan worden beoordeeld, wegens de diversiteit van de aspecten ervan. Een objectieve waardenschaal kan niet a priori worden vastgesteld, noch worden opgedrongen⁶⁸.

15. Geestelijke vervreemding kan voltrokken worden, wanneer een kind in een andere traditie, taal, bewustzijn van nationaliteit of levensbeschouwelijke toehorigheid wordt opgevoed dan die van zijn ouders of een van hen. De klachten in dit verband bij de Europese Commissie vertonen vrijwel altijd hetzelfde feitelijke stramien. Na echtscheiding tussen ouders van verschillende nationaliteit, taal, levensbeschouwing en traditie verzet de ouder aan wie het recht van bewaring en opvoeding niet is toegekend, zich tegen de integratie van de kinderen in een voor hem vreemde cultuur, wanneer dit tot gevolg heeft dat zij volkomen vreemd blijven t.a.v. de cultuur en de tradities van de klager. Deze klachten werden op dit punt niet-ontvankelijk verklaard op grond van de overweging dat deze vervreemding niet het feit is van een openbare overheid, doch het gevolg van de vrije beslissing van de ouder, belast met de bewaring en de opvoeding. Voor dit feit draagt de Staat geen verantwoordelijkheid⁶⁹.

⁶⁵ J. DELVA, «Poging tot benadering van een gevaarlijk begrip: 'Het kind in gevaar' onder overheidstoezicht», *R.W.*, 1962-1963, 1025-1066, inz. §§ 5, 10, en 11; F. VAN HEULE, «De nieuwe wet op de jeugdbescherming», *R.W.*, 1967-1968, 1635-1666, nr. 12 e.v..

⁶⁶ *Gedrukte Stukken*, Kamer, 1962-63, nr. 637/1, 12 e.v. en 42 e.v..

⁶⁷ Zie o.m. de omschrijvingen in *Gedrukte Stukken*, Kamer, 1963-64, nr. 637/7, 21 en 38; Cass., 30 april 1928, *Pas.*, 1928, I, 154.

C. CHAZAL *Les droits de l'enfant*, 52; J. DELVA, o.c., *R.W.*, 1962-63, 1025-1066; E. LENS, «Jeugdbescherming, wens en werkelijkheid», *R.W.*, 1967-1968, 771-772; F. LOX, «Les mesures à l'égard des mineurs», *Ann. dr.*, 1966, 171 e.v..

⁶⁸ J. DABIN o.c., *J.T.*, 1947, 33, nr. 16; H. DE PAGE, nrs. 759, 760 en 764; M. DONNIER, «L'intérêt de l'enfant», *D.*, 1959, Chron. XXVI, 179-182; H. STEENOOT, «Het belang van het kind», *R.W.*, 1974-75, 1729-1752; L. VERSTRAETE, «Het belang van het kind als beleidsnorm voor de rechter», *Jura Falconis*, 974-75, nr. 12, 183-190; M. VINCENT, «L'intérêt de l'enfant dans l'attribution de sa garde», *J.T.*, 1960, 733-735.

⁶⁹ Eur. Comm., 14 december 1972 en 19 juli 1973, nr. 5608/72, *Coll. Dec.*, nr. 44, 66 en 71; 11 oktober 1973, nr. 5302/71, *Coll. Dec.*, nr. 44, 29; 2 februari 1971, nr. 4372/70, *Coll. Dec.*, nr. 37, 101; 1 april 1968, nr. 2699/65, *Yearbook*, XI, 367; 16 juli 1965, nr. 2185/64, *Coll. Dec.*, nr. 27, 18; 10 april 1961, nr. 911/60, *Year-*

⁶¹ T. OPSAHL, o.c., 12-13.

⁶² J. PAUWELS, «Beschouwingen over de hervormingen van het Belgisch familierecht»; M. VAN LOOK, «Voor een alternatieve wetgeving inzake gezin, familie en sexualiteit», *De Nieuwe Maand*, 1973, 143-148.

⁶³ Ministerie van Justitie.

⁶⁴ Zie o.m. J. DELVA, «Le contrôle judiciaire en matière de garde d'enfants», *J.T.*, 1961, 621-629 en 641-647, nrs. 2-8, en de kritiek op de lijdelijkheid van de rechterlijke macht bij de beoordeling van conflicten over bewaring en opvoeding van minderjarigen.

16. Het recht op persoonlijke omgang tussen een ouder en zijn kind of het recht van bezoek wordt door art. 8 E.V.R.M. gewaarborgd. Dit betekent niet het recht van bewaring en opvoeding, doch het fundamentele recht van elke ouder niet verstoken te blijven van elke persoonlijke omgang met zijn kind door het verbod van een openbare overheid. Uit de overvloedige jurisprudentie van de Europese Commissie kan men eveneens besluiten dat een effectieve rechtshulp tegen de onwil van de persoon belast met de bewaring en opvoeding deel uitmaakt van de bescherming die aan dit fundamentele recht dient te worden geboden⁷⁰.

Het nationale recht huldigt dezelfde principes. De morele verplichting om de familiebanden in stand te houden door het waarborgen van normale genegenheidsbetrekkingen tussen ouder en kind is zo dwingend, dat o.m. de echtscheiding er geen einde aan kan maken. De «natuurwet» verkrijgt hier de bovenhand. In geval van echtscheiding is dit bezoek tevens een middel om toezicht uit te oefenen op de wijze waarop het kind wordt bewaard en opgevoed (art. 303 B.W.). Dit bezoekrecht is eveneens gewaarborgd in geval van feitelijke scheiding en natuurlijke afstamming. Ook in geval van ontzetting uit de ouderlijke macht kan in principe een bezoekrecht van de ontzette ouder niet worden ontkend⁷¹. Van het bezoekrecht van de grootouders kon men voor het arrest inzake Marckx niet stellen dat dit recht in alle gevallen steun vond in art. 8 E.V.R.M. Voor het bezoekrecht van deze ascendenten, en a priori van andere verwanten, waren o.i. de feitelijke omstandigheden determinerend om uit te maken of er een band van gezinsleven tussen deze personen en minderjarige bloedverwanten bestaat. De verplichte juridische erkenning van de bloedverwantschap ook t.a.v. de natuurlijke grootouders van moederszijde van een natuurlijk kind kunnen erop wijzen dat een of andere omgangsregeling met hun kleinkind in de regel wettelijk of rechterlijk dient te worden beschermd. De duur en de regelmaat van deze bezoeken behoren volledig tot de appreciatiebevoegdheid van de nationale rechtbanken, aangezien deze modaliteiten geen vragen doen rijzen omtrent de interpretatie of de toepassing van het verdrag⁷². De Commissie aanvaardt een volledige schorsing van het bezoekrecht door de interne rechtbanken. Zij erkent hun ruime appreciatiebevoegdheid in het raam van de nationale wetgeving waarvan de bepalingen niet onverenigbaar zijn met het verdrag. Doch zij behoudt zich steeds de bevoegdheid voor *in casu* te onderzoeken of de

schorsing gerechtvaardigd is op grond van lid 2. Hierbij worden de termen gezondheid en zedelijkheid geïnterpreteerd, zoals hierboven ontwikkeld⁷³. In België wordt bij de regeling van het bezoekrecht steeds hoofdzakelijk het belang van het kind in acht genomen en wanneer er aanwijzingen zijn dat de bezoekgerechtigde of de omstandigheden van het bezoek deze belangen zouden schaden, dient er vooreerst te worden gezocht naar modaliteiten, die deze gevaren (op de eerste plaats morele, doch ook psychische) ter zijde stellen, vóór het bezoekrecht voor kortere of langere termijn wordt geschorst⁷⁴. In het arrest Marckx heeft het Europees Hof dit omgangsrecht impliciet uitgebreid tot de grootouders, door te stellen dat de band van bloedverwantschap tussen grootouder en kleinkind dient te worden erkend⁷⁵.

17. Het recht van bewaring en opvoeding van één bepaalde ouder met uitsluiting van de andere, wanneer het gezin is ontbonden of vrijwillig uit elkaar gegaan ingevolge echtscheiding, scheiding van tafel en bed, feitelijke scheiding, nietigverklaring van het huwelijk, scheiding in een feitelijk gezin enz., wordt niet beschermd in het E.V.R.M. Deze vraag moet opgelost worden aan de hand van het interne recht: doch de Commissie behoudt zich het recht voor dit te toetsen aan het verdrag⁷⁶. In art. 8 kan evenwel geen grondslag gevonden worden om de aanspraken van de ene ouder te staven tegen die van de andere⁷⁷. Deze situaties maken nochtans geen einde aan het gezinsleven tussen ouders en kinderen. Het is voor de interne wetgever rechtmatig en zelfs noodzakelijk de normen tot stand te brengen om de betrekkingen tussen ouders en kinderen in deze gevallen te regelen. Overigens is het duidelijk dat deze in belangrijke mate zullen verschillen van de normen die gelden voor het verenigd gezin. De nationale overheden beschikken hier over een ruime appreciatiebevoegdheid. Het oogmerk de belangen van het kind te beveiligen is de plano rechtmatig in de zin van lid 2 van art. 8⁷⁸. Tevens wordt aanvaard dat in dergelijke om-

book, IV, 198; 30 juni 1959, nr. 434/58, *Yearbook*, II, 345; 20 december 1957, nr. 172/56, *Yearbook*, I, 211.

⁷⁰ Eur. Comm., 5 februari 1970, nr. 3100/67, *Coll. Dec.*, nr. 31, 16; 1 april 1968, nr. 2699/65, *Yearbook*, XI, 367; 6 oktober 1966, nr. 2792/66, *Yearbook*, IX, 555; 19 juli 1966, nr. 2306/64, *Coll. Dec.*, nr. 21, 23; 23 mei 1966, nr. 2516/66, *Coll. Dec.*, nr. 20, 28; 18 december 1963, nr. 1488/62, *Coll. Dec.*, nr. 16, 72; 7 mei 1962, nr. 1329/62, *Yearbook*, V, 200; 30 juni 1959, nr. 434/58, *Yearbook*, II, 354; 20 december 1957, nr. 172/56, *Yearbook*, I, 211.

⁷¹ W. DE GROOTE, *Bezoekrecht*, A.P.R.; J. DOBBELSTEEN, «Le droit de visite», *Cah. dr. fam.*, 1975, 5-10; J. GERLO, «Voor een wettelijke bekrachtiging van het bezoekrecht in België», *R.W.*, 1972-73, 1657-1688; zie ook H. STEENNOOT, o.c..

⁷² Eur. Comm., 1 april 1968, nr. 2699/65, *Yearbook*, XI, 367.

⁷³ Eur. Comm., 30 mei 1974, nr. 5416/72, *Coll. Dec.*, nr. 46, 88; 9 juli 1973, nr. 5486/72, *Coll. Dec.*, nr. 44, 128; 14 december 1972 en 19 juli 1973, nr. 5608/72, *Coll. Dec.*, nr. 44, 66 en 71; 12 juli 1972 en 5 februari 1973, nr. 5132/71, *Coll. Dec.*, nr. 43, 57 en 62; 16 januari 1963, nr. 1449/62, *Yearbook*, VI, 263; 16 juli 1966, nr. 2306/64, *Coll. Dec.*, nr. 21, 23; 7 mei 1962, nr. 1329/62, *Yearbook*, V, 200; 10 april 1961, nr. 911/60, *Yearbook*, IV, 198.

⁷⁴ W. DELVA en G. BAERT, «Overzicht van rechtspraak (1960-63)», *T.P.R.*, 1964, 415, nr. 74, en 458, nr. 123, c, en 467, nr. 136; G. BAETEMAN, W. DELVA en M. BAX, «Overzicht van rechtspraak (1964-74)», *T.P.R.*, 1976, 425, nr. 81 en 490, nr. 137, c; E. VIEUJEAN, «Examen de jurisprudence, (1965-69)», *R.C.J.B.*, 1970, 619, nr. 61, en *R.C.J.B.*, 1971, 318-319, nrs. 90-91.

⁷⁵ Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 13 juni 1979, in zake Marckx.

⁷⁶ Eur. Comm., 20 december 1957, nr. 172/56, *Yearbook*, I, 211.

⁷⁷ Eur. Comm., 16 juli 1965, nr. 2201/64, *Coll. Dec.*, nr. 16, 72; 18 december 1963, nr. 1488/62, *Coll. Dec.*, nr. 13, 93; 16 januari 1963, nr. 1449/62, *Yearbook*, VI, 262; K.H. PARTSCH, «Die Rechten und Freiheiten der europäischen Menschenrechtskonvention», in *Die Grundrechte*, DI. I/1, 418.

⁷⁸ Eur. Comm., 9 juli 1973, nr. 5486/72, *Coll. Dec.*, nr. 44, 128; 14 december 1972 en 19 juli 1973, nr. 5608/72, *Coll. Dec.*, nr. 44,

standigheden het kind aan een derde persoon wordt toevertrouwd wanneer deze maatregel noodzakelijk is voor de vrijwaring van de belangen van het kind. Dit is o.m. het geval, wanneer noch de vader, noch de moeder afzonderlijk in staat worden geacht behoorlijk zorg te dragen voor het kind⁷⁹. De burgerlijke wet in België en de rechtspraak regelen de betrekkingen tussen ouders en kinderen in geval van vrijwillige scheiding van de ouders hoofdzakelijk met het oog op het vrijwaren van de belangen van de kinderen, doch er zal steeds naar gestreefd worden een familiale oplossing te vinden, zodat het einde van het verenigd gezin slechts uitzonderlijk tot gevolg heeft dat de kinderen in een voor hen niet vertrouwd milieu worden geplaatst of broers en zusters van elkaar worden gescheiden. Overigens heeft de wetgever ernaar gestreefd de ouders ertoe te bewegen zelf een oplossing te vinden voor de bewaring en de opvoeding van de kinderen. Het is echter problematisch of de aansporing van de wetgever in de werkelijkheid wordt bewaarheid⁸⁰.

18. De wettelijke toewijzing van de voogdij aan een openbare overheid — niet als een mogelijkheid na een gerechtelijke tussenkomst, doch van rechtswege — is ongetwijfeld een ernstige inmenging in het gezinsleven, waarvoor bijzondere rechtvaardiging vereist is volgens lid 2 van art. 8. Overigens volgt uit het arrest inzake Marckx ondubbelzinnig, dat de erkenning van de normale relatie van bewaring en opvoeding in het natuurlijk gezin rechtstreeks voortvloeit uit art. 8, lid 1. In België worden nog slechts zeer uitzonderlijk kinderen op grond van de wet en zonder tussenkomst van een rechterlijke instantie toevertrouwd aan een openbare overheid. De organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn beperkt de voogdijbevoegdheden van het O.C.M.W. tot minderjarige kinderen over wie niemand het ouderlijk gezag, de voogdij of de materiële bewaring heeft (art. 63). Het kan tevens de pro-voogdij uitoefenen over de kinderen, waarvan de ouders geheel of ten dele ontzet zijn uit de ouderlijke macht (art. 64). De raad van het centrum vervult de functie van de familieraad en een van de leden wordt als voogd aangewezen (art. 65). Medische of pedagogische verzorging van een kind in een instelling van het O.C.M.W. heeft derhalve geenszins voogdij door het centrum tot gevolg. De organisatie van een familiale voogdij, adoptie, pleegvoogdij, wettiging, erkenning of herstel in het ouderlijk gezag beëindigt van rechtswege de administratieve voogdij van het centrum (art. 68). Daar hoeft niet langer een gerechtelijke procedure aan vooraf te gaan.

19. Het optreden van de jeugdbeschermingscomités kan bezwaarlijk worden beschouwd als een inmenging in het gezinsleven. Het J.B.C. kan wel op eigen initiatief

optreden om in plaatselijk of gewestelijk verband initiatieven voor een betere bescherming van de jeugd te oriënteren en te coördineren (art. 2, tweede lid, 3^o), doch t.a.v. de individuele gezinnen kan zij slechts een preventieve sociale actie doen voeren, wanneer de gezondheid, de veiligheid of zedelijkheid van een minderjarige gevaar loopt en voor zover zijn hulp is gevraagd of aanvaard door de personen die over de minderjarige de ouderlijke macht uitoefenen of hem in rechte of in feite onder hun bewaring hebben (art. 2, eerste en tweede lid). Het J.B.C. is alleen bevoegd op te treden wanneer de minderjarige in gevaar verkeert. Toepassingen van dit begrip, die tot ongepaste bemoeiingen zouden leiden, zijn te verwerpen. Het gezin moet ofwel onbekwaam of nalatig zijn om zelf de gepaste maatregelen te treffen. De hulp van het comité moet worden gevraagd of tenminste door de ouders en zo mogelijk ook door de minderjarige worden aanvaard. Deze instemming moet bij het begin van de hulp worden gegeven en gedurende de gehele duur ervan worden gehandhaafd. Het J.B.C. of zijn afgevaardigde mag wel middelen van overtuiging en overreding gebruiken n.l. om de instemming voor een ingezette actie of behandeling te bewaren⁸¹. Toch kan het feit dat het J.B.C. ook opdrachten uitvoert voor de gerechtelijke organen van jeugdbescherming verwarring stichten bij de hulpbehoevende gezinnen. De indruk kan worden gewekt, dat achter de vrijwillige medewerking met het comité onvermijdelijk reeds de dwangmaatregelen van de gerechtelijke bescherming opduiken. Bovendien maakt een arrondissementele organisatie een kleinschalige gezinsnabije hulp vrij moeilijk⁸². De nieuwe organisatie van het O.C.M.W. zou wel eens geschikter kunnen blijken voor deze taken nu zij bevoegdheden heeft, die meer ruimte scheppen voor een breed spectrum van sociaal dienstbetoon.

20. De maatregelen ter bescherming van de minderjarigen (titel II, hoofdstuk III, van de wet op de jeugdbescherming) zijn daarentegen in de regel wel inmengingen in het gezinsleven⁸³. Voor deze aangelegenheden wordt de zaak bij de jeugdrechtsbank aanhangig gemaakt door het openbaar ministerie. De gezinsleden, b.v. de minderjarigen, kunnen zich niet tot de jeugdrechtsbank wenden, tenzij door tussenkomst van het openbaar ministerie. Dit geeft aan deze maatregelen onmiddellijk het karakter van overheidsoptreden. Opvallend is dat de wet de jeugdrechtsbank er nooit toe verplicht een maatregel te nemen, noch wijst zij op bindende wijze de maatregel aan die in een bepaalde

66 en 71; 1 februari 1971, nr. 4284/69, *Coll. Dec.*, nr. 37, 74; 6 februari 1968, nr. 2822, 66, *Yearbook*, XI, 407; 1 april 1968, nr. 2699/65, *Yearbook*, XI, 367, J.E.S. FAWCETT, o.c., 190-192; T. OPSAHL, o.c., 22-23.

⁷⁹ Eur. Comm., 12 juli 1972 en 5 februari 1973, nr. 5132/71, *Coll. Dec.*, nr. 43, 57 en 62; 14 december 1970, nr. 4396/70, *Coll. Dec.*, nr. 36, 88; 6 februari 1968, nr. 2822/66, *Yearbook*, XI, 367.

⁸⁰ K. RIMANQUE, o.c., II, nr. 227.

⁸¹ Ministerie van Justitie, *Handleiding van de Jeugdbeschermingscomités*, 7112; P. HUVELLE, «La protection sociale de la jeunesse», *Ann. dr.*, 1966, 25-27. J. MATTHIJS, «De civielrechtelijke bepalingen betreffende de minderjarigen in de nieuwe wet op de jeugdbescherming», *T.P.R.*, 1965, 311-405, 316 e.v.; G. DE BOCK, «Beschouwingen naar aanleiding van de nieuwe wet op de jeugdbescherming», geciteerd bij J. MATTHIJS, o.c., 322, voetnoot 3; F. VAN HEULE, «De nieuwe wet op de jeugdbescherming», *R.W.*, 1967-68, 1635-1666, 1637.

⁸² G. DE BOCK, «Commentaires sur l'application de l'article 2 de la loi du 8 avril 1965», *Ann. dr.*, 1971, 25-42; R. CHARLES, «Activités des comités de protection de la jeunesse et du conseil national», *Ann. dr.*, 1971, 7-24.

⁸³ Over dit aspect van gerechtelijke bescherming, zie o.m. F. VAN HEULE, o.c., 1638-1654, nrs. 5-35.

situatie moet worden genomen. Zo is de verplichte ontzetting uit de ouderlijke macht uit de wet van 1965 verdwenen. Bovendien kan elke maatregel te allen tijde, ambtshalve of op vordering van het openbaar ministerie ingetrokken of gewijzigd worden. Ook de ouders, voogden en personen die de minderjarige onder hun bewaring hebben, kunnen na één jaar en verder om het jaar, bij verzoekschrift vragen dat de genomen maatregel zal worden ingetrokken of gewijzigd (art. 60): dit geldt ook voor de ontzetting uit de ouderlijke macht. Dit alles bewerkstelligt een zeer grote soepelheid. Dit belet evenwel niet dat de jeugdrechtbank in het belang van de minderjarige in gevaar dwingend optreedt: deze maatregelen worden echter niet door administratieve overheden opgelegd, doch alleen door de rechter, omdat hij alleen geacht wordt de waarborgen te bieden van onafhankelijkheid, gezag en onpartijdigheid nodig om de banden tussen het kind en zijn gezin te verbreken en om beslissingen te doen uitvoeren die afbreuk doen aan het prioritaire recht van de ouders zorg te dragen voor hun kinderen⁸⁴. De Europese Commissie heeft in verschillende gevallen beslist dat met deze wet vergelijkbare maatregelen niet als een schending van het recht op eerbiediging van het gezinsleven waren te beoordelen. De plaatsing, in een home, van een minderjarig meisje, wier overigens ontoerekenbare vader zich schuldig had gemaakt aan mishandelingen ten aanzien van het meisje, is een maatregel die door het belang van de minderjarige was geboden. De bescherming van dit belang kan de inmenging in de ouderlijke macht verantwoorden⁸⁵. De plaatsing van minderjarige kinderen na de echtscheiding in privé-instellingen, kan een maatregel zijn, die voor de bescherming van de gezondheid en zedelijkheid van de kinderen vereist is, wanneer bewezen wordt dat geen der ouders in staat is behoorlijk zorg voor hen te dragen. De Commissie oordeelt ook, dat lid 2 de nationale rechtbanken een ruime appreciatiebevoegdheid verleent rekening te houden met de feitelijke omstandigheden van dien aard dat ze de gezondheid of zedelijkheid van minderjarigen in gevaar brengen. Toch behoort het in laatste instantie tot de bevoegdheid van de Commissie te oordelen of de getroffen maatregel volgens lid 2 gerechtvaardigd is⁸⁶. In een ander geval valt het te betreuren dat de Commissie de klacht niet-ontvankelijk heeft moeten verklaren. Een gezin wordt uit zijn woning verdreven. Ter uitvoering van een plan van aanleg diende het huis te worden afgebroken en het gezin neemt zijn permanent verblijf in een caravan. Deze wordt «insuitable for residential accomodation» verklaard en de ouders waren verplicht te emigreren. Enkele maanden voordien werden de twee kinderen (jongens van acht en zes) door de jeugdrechtbank toevertrouwd aan een openbare instelling om reden van verwaarlozing. De ouders werden niet eens gehoord. De klacht wordt niet-ontvankelijk verklaard volgens de gebruikelijke formule, niet op grond dat de interne rechtsmiddelen niet waren uitgeput — wat men normaal zou verwachten — doch wegens kennelijke ongegrondheid⁸⁷. Uit de lectuur van deze

en andere beslissingen van de Europese Commissie valt dikwijls het tragische op van een fatale kringloop. Op een bepaald ogenblik worden de ouders ontzet de jure of de facto van het recht van bewaring en opvoeding wegens deficiënte opvoedingsomstandigheden. Het kind wordt geplaatst en wanneer na enkele jaren de situatie van de ouders aanmerkelijk is verbeterd (ontslagen uit de gevangenis, opnieuw gehuwd, vaste verblijfplaats enz.) wordt de hereniging met de ouders geweigerd, met de overweging dat hun kind van hen is vervreemd en zich veilig en geborgen weet in de nieuwe omgeving: de cirkel is gesloten⁸⁸.

21. Tot besluit kan men vaststellen dat, terwijl nu het recht op eerbiediging van het gezinsleven als een grondrecht is omschreven en gewaarborgd, de overheid meer dan ooit normerend, bevoogdend, controlerend en oordelend in dit gezinsleven ingrijpt. Bezorgdheid voor het welzijn van de minderjarigen, hun harmonische ontwikkeling inspireren deze wetgeving, samen met de juridische organisatie van de gelijkheid tussen man en vrouw in huwelijk en gezin. Niet alle wetgeving kan overigens als een inmenging worden beschouwd in de zin van lid 2 van art. 8 E.V.R.M. Is dit wel het geval, dan ontbreekt een redelijke verantwoording meestal niet, hopelijk ook niet in de individuele toepassing ervan.

Toch is o.i. een punt van verzadiging bereikt: een verdere ontwikkeling van het overheidstoezicht op de gezinsrelaties zou het recht op eerbiediging van het gezinsleven van zijn substantie beroven. Dit grondrecht zou uitgehold worden tot een lippendienst bij de voorbereidende werkzaamheden van de wetgever of in de motivering van een rechterlijke uitspraak, doch zou niet langer gelden als een richtinggevend en fundamentele waarde in de samenleving. Afgezien van dit fundamenteel recht in de rechtsorde mag men overigens niet uit het oog verliezen, dat de gezinsrelaties zo hoogst persoonlijk zijn en verbonden met onuitsprekelijke facetten van de menselijke bestaanswijze, dat het recht er alleen de uitwendige manifestaties van vermag te regelen en te beoordelen, doch niet hun essentie zelf. Het recht kan de gevolgen van deze menselijke relaties regelen: de gezinsverhoudingen zelf ontsnappen aan

⁸⁸ Zie nog: Eur. Comm., 12 juli 1972 en 5 februari 1973, nr. 5132/71, *Coll. Dec.*, nr. 43, 57 en 62; 14 december 1970, nr. 4396/70, *Coll. Dec.*, nr. 36, 88; 13 juli 1970, nr. 4185/69, *Coll. Dec.*, nr. 35, 140; 16 maart 1970, nr. 4004/69, *Coll. Dec.*, nr. 33, 18.

Vermeldenswaard is ten slotte nog de beslissing van de Commissie: een veertienjarig meisje is thuis weggelopen en vindt eerst onderdak bij een «alternatieve» jongerenorganisatie en later bij een oudere vriendin en haar moeder. De ouders doen een beroep op de politie, die de jeugdbeschermingsorganen inschakelen. ~~Daar~~ komen tot het besluit, dat het niet wenselijk voorkomt het meisje tegen haar zin te dwingen naar haar ouders terug te keren en geven haar geldelijke hulp om in haar levensonderhoud te voorzien. De commissie is van oordeel, dat rekening houdend met de omstandigheden dit optreden van de overheid redelijk kan worden genoemd; overigens kan zij de zaak niet ten gronde onderzoeken, wegens niet-uitputting van de interne rechtsmiddelen: de ouders hadden nagelaten een beroep op de rechter te doen tegen het optreden van de administratieve jeugdbescherming (29 september 1976, nr. 6854/74, *Dec. Rap.*, nr. 7, 81).

⁸⁴ *Handelingen*, Kamer, vergadering van 18 november 1964.

⁸⁵ Eur. Comm., 8 mei 1962, nr. 900/60, *Coll. Dec.*, nr. 9, 34.

⁸⁶ Eur. Comm., 6 februari 1968, nr. 2648/65, *Yearbook*, XI, 354.

⁸⁷ Eur. Comm., 16 maart 1970, nr. 4004/69, *Coll. Dec.*, nr. 33, 18.

een zinvolle beheersing door het juridisch apparaat. Eerbiediging van het gezinsleven veronderstelt op de eerste plaats bescheidenheid van het recht en van hen die het ontwerpen of toepassen.

De kern van het recht op eerbiediging van het gezinsleven ligt o.i. in de erkenning dat het gezinsleven zich normaal afspeelt in een niet-juridische ruimte. Het antwoord op de vraag hoe de opvoedingsverantwoordelijken tussen vader en moeder worden verdeeld, wordt niet door het Burgerlijk Wetboek gegeven, maar zal in elk geval een door persoonlijke verhoudingen, karaktereigenschappen, bedrijvigheid, afkomst, traditie, ontwikkeling en tijdsgeest genuanceerde oplossing hebben gekregen. Het recht op eerbiediging van het gezinsleven veronderstelt op de eerste plaats dat deze stille vrijheid niet wordt verstoord. Het is o.i. niet toevallig, dat weinig of geen rechtspraak is bekend over conflicten in het verenigd levend gezin. Het ouderlijk beroep op de jeugdrechtbank kan een mooie juridische constructie lijken om de gelijkheid juridisch te proclameren en te organiseren: het kan nauwelijks worden ingepast in de leefregels van menselijke verhoudingen in gezinsverband. Uit de ervaring blijkt, dat opvoedingsconflicten doorgaans slechts voor het forum van de oordelende rechter worden gebracht, wanneer één of beide echtgenoten of levenspartners de hoop of de wil hebben opgegeven verder samen te leven.

Voor de jeugdbescherming van overheidswege, waarvan niemand overigens de noodzakelijkheid kan betwisten, dient het recht op eerbiediging van het gezinsleven een voortdurende herinnering te zijn aan de vrijheid in de opvoeding. Noch het beroep op echte of vermeende deskundigheid, noch de toonaangevende patronen van het burgerlijke milieu kunnen als voldoende grondslag of motief worden aangenomen om van overheidswege jeugdigen aan hun natuurlijk milieu te onttrekken. Het kernbegrip van het lichamelijk of zedelijk gevaar in het jeugdbe-

schermingsrecht moet zo worden gehanteerd, dat geen afbreuk wordt gedaan aan de legitieme en onvermijdelijke verscheidenheid van levensstijl, relatie- en opvoedingspatronen in verschillende sociale en culturele milieus. Bovendien vereist de eerbied voor het gezinsleven steeds een zorgvuldige afweging van onvooringenomen vastgestelde gevaren en de heelmiddelen die de overheid concreet kan aanbieden om de situatie ten goede te keren.

22. Als uitgangspunt voor de verdere discussie, een stelling tot besluit. Op grond van talrijk geworden wetsbepalingen opgebouwd uit vage begrippen wordt de rechter — toevluchtsoord voor een onvermogene wetgever die het anderdeels niet laten kan steeds opnieuw regels te formuleren voor hoogst persoonlijke verhoudingen tussen mensen — verplicht tot conflictbeslechtingen in intieme verhoudingen, waarbij de feiten worden geselecteerd, dikwijls ontdaan van hun menselijke voorgeschiedenis, hun zeer persoonlijke betekenis en die worden beoordeeld op grond van «trends» in de rechtspraak, stoelend op vermeende ervaringsregels, tijdsclimaat en modische psychologie. Bovendien is zijn noodgedwongen feilbaar oordeel een bevel, dat dient te worden nagekomen. Men kan met recht de bedenking opperen of het recht niet wordt overvraagd. In het recht op eerbiediging van het gezinsleven vindt de rechter een juridisch steunpunt voor matigheid en voorzichtigheid in zijn optreden. Hij is daar overigens toe verplicht⁸⁹.

K. RIMANQUE

*Gewoon hoogleraar aan de
Universiteit Antwerpen*

⁸⁹ Zie uitvoeriger: K. RIMANQUE, *o.c.*, I, nrs. 109 e.v., nrs. 140 e.v.; II, nrs. 202 e.v., nr. 234, nr. 336, nrs. 446 e.v. en nrs. 462 e.v.

DE GRENZEN VAN DE GEZINSAUTONOMIE IN DE INTERNATIONALE OPENBARE ORDE IN BELGIË

A. Inleiding

1. De in de titel weergegeven taak noopt tot een onderzoek van de vraag welke gezinstypen in België juridisch worden aanvaard, erkend, gesanctioneerd. Aangezien de toetsing aan de «internationale» openbare orde mede in de vraagstelling betrokken wordt, moet het gaan over door vreemden ingevoerde of beleefde gezinstypen of door Belgen uit het buitenland ingevoerde gezinstypen. Het onderzoeken van de vraag is brandend actueel, als men bedenkt hoeveel vreemdelingen in België verblijven of gevestigd zijn en hoeveel Belgen voor geruime tijd in het buitenland verblijven om dan naar België terug te keren.

2. De bespreking van de voorgelegde problematiek onderstelt dat vooraf verduidelijkt wordt wat we verstaan onder de begrippen «gezin» en «gezinsautonomie», de «Belgische internationale openbare orde» en «in België». Het onderzoek naar de toepasselijkheid van gezinsreglementerende bepalingen, onderstelt immers dat men vooraf weet wat een gezin is. Een analyse van de aangewende begrippen is dus geboden. Doch onmiddellijk moet opgemerkt worden dat deze analyse van bv. het begrip «gezin» niet vrij kan zijn van ethocentrische waardeoordelen. Wanneer bv. op grond van bepaalde criteria een bepaald maatschappelijk verschijnsel niet als «gezin» wordt benoemd en in aanmerking genomen, wordt vanzelfsprekend dat verschijnsel meteen als mogelijk gezinstype geweerd. M.a.w. de analyse van het begrip is niet alleen een voorwaarde voor de precieze vraagstelling en oplossing van de problematiek, doch is tegelijkertijd de meest arbitraire methode om de vraag zelf op te lossen.

De analyse van het begrip gezin kan dan ook hoogstens beschouwd worden als een door vooroordelen geladen afspraak, die echter nodig is opdat het onderwerp een werkhypothese zou kunnen zijn.

De voorgestelde analyse wordt echter verder beïnvloed door de probleemstelling zelf. Het te bespreken «gezinsbegrip» mag in geen geval samenvallen met een gezinsbegrip waaraan enkel in België voorkomende situaties kunnen beantwoorden. In dat geval zou immers «het probleem» geen voorwerp meer hebben.

3. Wat is dan «het gezin», waarvan we willen onderzoeken of er een Belgisch model voor bestaat en in welke mate daarvan afwijkende typen hier al dan niet juridisch geduld worden?

Het bedoeld gezin moet dus een sociale situatie impliceren die het recht niet ongemoeid laat; het moet immers gaan over situaties met juridische consequenties, daar we willen uitmaken of ons recht ze oplegt, duldt of verwerpt.

Zoals uit het bovenstaande volgt, mag omwille van de zinvolheid van de probleemstelling niet uitgegaan worden van het gezinsbegrip dat in de Belgische wetgeving wordt aangewend. Dat zou overigens niet mogelijk zijn, daar in onze wetgeving het begrip gezin nergens precies wordt omschreven en het overigens een verschillende inhoud

blijkt te hebben, naargelang het begrip wordt aangewend in het burgerlijk recht, het publiek recht, de sociale wetgeving, enz.

Ik zou voorstellen een gezin in zijn ruimere betekenis te omschrijven als de sociale entiteit gevormd door samenwonende mensen die een particuliere gemeenschappelijk georganiseerde vorm van elementaire sociale zekerheidsvoorziening hebben (beleven). De te beantwoorden vraag wordt dan welke vormen van een dergelijke sociale zekerheidsvoorziening, o.m. naar hun persoonlijke samenstelling en naar de aard van de persoonlijke relatie tussen de betrokkenen, in ons recht worden opgelegd, geduld enz.

4. Hoe moet men uitmaken of een bepaalde gezinsvorm in een bepaald rechtssysteem wordt opgelegd, aanvaard of afgewezen?

Dat zal hoofdzakelijk blijken uit de wijze waarop in dat rechtssysteem de sociale relaties worden behandeld die bestaan tussen de personen die het gezin vormen. Die sociale relaties kunnen ofwel positief gesanctioneerd worden (de verhouding wordt dan juridisch afdwingbaar in natura of in tegenwaarde, met sancties voor de miskenning ervan), ofwel genegeerd worden (waarbij de relatie geen juridische afdwingbaarheid wordt verleend, zonder echter penaliserend optreden) ofwel negatief gesanctioneerd worden (wanneer, precies wegens die relaties, in burgerlijke of strafrechtelijke sancties wordt voorzien).

5. Daar, in de boven voorgestelde omschrijving, het gezin een vorm is tot organisatie van elementaire sociale zekerheidsvoorziening, is het vanzelfsprekend dat de hele gemeenschap met het gezin te maken heeft; het gezin is dan immers minstens een van de middelen waardoor in de handhaving van de «leden» van de gemeenschap en dus van de gemeenschap zelf wordt voorzien.

Daarom dat het niet hoeft te verwonderen dat in de verschillende gemeenschappen verschillende gezinsmodellen bestaan, die worden opgelegd of minstens begunstigd (wat de bepalende factoren zijn waardoor in deze gemeenschap dit model bestaat en in een andere een ander model, moet in dit verband niet onderzocht worden).

Als sociale-zekerheidsinstituut is het gezinsmodel van een bepaalde maatschappij een emanatie van die maatschappij (van haar socio-economische structuur), daar vanzelfsprekend de aard van het model en het min of meer dwingend karakter ervan in belangrijke mate afhankelijk zullen zijn van de algemene organisatie van de sociale-zekerheidsvoorziening in die maatschappij. Het gezinsmodel is echter meteen, naar gelang van de rol die het effectief vervult in de sociale-zekerheidsverschaffing, mede bepalend voor de structuur van de maatschappij.

6. Naar de maat waarin een maatschappij een bepaald gezinsmodel oplegt, zullen daarvan afwijkende interne gezinssituaties en vreemde afwijkende gezinsmodellen genegeerd of negatief gesanctioneerd worden.

Internrechtelijk gebeurt zulks door ofwel de onthouding aan afwijkende gezinsrelaties van de toepassing van de gezinsreglementerende normen waardoor de relaties van het model worden beschermd en/of begunstigd (bv. ontzegging aan concubinerenden, aan homofiele samenwonenden, van de bepalingen betreffende de bescherming van de gezinswoning; geen fiscale gunsttarieven tussen dezelfde; geen mogelijkheid om aanspraak te maken op bepaalde sociale uitkeringen enz.), ofwel in voorkomend geval door de penaliserende van de afwijkende gezinsrelatie (bv. nietigheid van giften tussen die personen wegens ongeoorloofde oorzaak).

Tegenover vreemde modellen wordt het nationaal model hoofdzakelijk beschermd door de uitwerking die ze hier zouden kunnen hebben, te weren door inroeping van de internationaal privaatrechtelijke openbare orde.

7. Volgens de cassatierechtspraak zijn van privaatrechtelijke internationale openbare orde die wetten (bedoeld is rechtsregels) waardoor de wetgever een principe heeft willen huldigen dat hij als wezenlijk beschouwt voor de gevestigde zedelijke, politieke of economische orde en die daarom, naar de mening van de wetgever, noodzakelijk in België de toepassing moeten uitsluiten van elke (vreemde) regel die er in strijd mee is of ervan verschilt (en die in het persoonlijk statuut van de vreemdeling begrepen is) (Cass., 4 mei 1950, *Arr. Cass.*, 1950, 557, *Pas.*, 1950, I, 624, *R.W.*, 1950-51, 11).

Ten onrechte zou men uit deze omschrijving afleiden dat een opsomming zou kunnen worden gegeven van de rechtsregels «van privaatrechtelijke Belgische internationale openbare orde» en dat men meteen zou kunnen uitmaken welk vreemde regels hier nooit zouden kunnen worden toegepast.

Uit de rechtspraktijk blijkt immers dat een vreemde regel in bepaalde omstandigheden wel wordt aangewend en in andere wordt geweerd. Alles hangt af van de intensiteit waarmee de voorgenomen of gevraagde aanwending van een bepaalde vreemde regel in onze rechtssfeer zou inwerken; hoe sterker die intensiteit is, des te minder «afwijking» (bv. van een principieel opgelegd gezinsmodel) er zal kunnen worden geduld.

Het is dus niet mogelijk een abstracte volledige opsomming te geven van het Belgische gezin betreffende rechtsregels die tot de Belgische privaatrechtelijke internationale openbare orde behoren.

B. Het Belgisch gezinsmodel in de geschreven louter interne wetgeving

8. Niemand zal betwisten dat de entiteit, gevormd door een samenwonende man en vrouw met hun kinderen, in België als een gezin wordt beschouwd. Zijn de samenwonende man en vrouw met elkaar gehuwd, dan spreekt men van een «wettig gezin» (het model; zie hieronder). Het samenwonend gehuwd paar zonder kinderen, vormt ook een gezin.

Is dat eveneens het geval voor de samenwonende man en vrouw die niet met elkaar gehuwd zijn? Wanneer aangenomen wordt (mag worden) dat de betrokkenen met elkaar geslachtsgemeenschap onderhouden, blijkt zulks onbetwistbaar het geval te zijn; dan spreekt men immers van een «onwettig gezin»; dus van «een gezin».

Men zal evenmin betwisten dat de weduwe of weduwnaar die samenwoont met haar/zijn kinderen, hiermee een gezin vormt. Dat geldt eveneens voor de ongehuwde man of vrouw, die met haar/zijn kinderen samenwoont.

Doch waarom zouden dit haar of zijn kinderen moeten zijn? Een man of vrouw die samenwoont met kinderen die hij/zij opvoedt, vormt met dezen ook een gezin.

Aan het boven omschreven gezinsbegrip beantwoordt ook de samenwoningskern gevormd door bv. twee of meer mannen (al dan niet verwanten; bv. grootvader met twee kleinzonen), twee of meer vrouwen (bv. zusters; grootmoeder, dochter, kleindochter; twee lesbiennes, enz.).

9. Uit onze wetgeving blijkt dat de toetreding tot het instituut huwelijk de betrokken personen tot gezinsvorming verplicht. De gehuwden zijn immers wederzijds verplicht tot samenwoning (B.W. art. 213), tot bijdrage in de lasten van het huwelijk (waaronder de lasten van het huishouden dat ze door hun samenwoning vormen; B.W. artt. 217 en 221), tot hulp (elkaar het nodige verschaffen tot levensonderhoud; B.W. art. 213). Er bestaat een hele reeks bepalingen die ertoe strekken deze gezinseenheid te handhaven; die alleszins beogen te voorkomen dat het ene gezinslid, in de handhaving van zijn elementaire socialezekerheidsvoorziening, afhankelijk zou kunnen zijn van de willekeur van zijn medegezinslid.

De gezinsrelatie(s) waartoe het huwelijk verplicht, houdt, in onze wetgeving, niet alleen die in tussen de gehuwden maar ook die tussen ouders en kinderen. De regeling van de inhoud van de gezinsverhouding tussen ouders en kinderen (werd) wordt enkel volledig uitgewerkt voor kinderen tegenover hun met elkaar gehuwde ouders (wettige kinderen). M.a.w. het huwelijksgezin is niet alleen het model voor de stichters, maar tevens voor de gezinsrelatie ouders/kinderen.

Het feit dat onze wetgeving de gezinsrelaties als zodanig (bijna) uitsluitend regelt wanneer ze een huwelijk als grondslag hebben, laat ervan blijken dat het «huwelijksgezin» in ons recht als model en ideaal geldt (in welke mate dat model wordt opgelegd, wordt onderzocht).

In zijn verhouding tussen de stichters moet dat gezinsmodel, geënt als het is op het huwelijk, de wezenlijke kenmerken, de karakteristieken, delen die het huwelijk in ons recht heeft als sociaal instituut en als relatie tussen de gehuwden.

De mate waarin andere gezinsvormen afwijken van of strijdig zijn met deze wezenlijke kenmerken, zal bepalend zijn voor de vraag of dergelijke gezinsvormen hier al dan niet erkend of geduld kunnen worden.

I. Het gezinsmodel als man-vrouw relatie

10. Wat zijn de wezenlijke kenmerken van ons huwelijk en op welke wijze slaan ze over op het gezinsmodel? Wat zijn de voorwaarden voor de totstandbrenging van het gezinsmodel (voorwaarden voor het aangaan van het huwelijk) en wat zijn de kenmerken van de relatie tussen de personen die een dergelijk gezin hebben gesticht?

a) Stichtingsvoorwaarden

11. 1) Het huwelijk kan enkel aangegaan worden — en tot het gezinsmodel zou dus enkel toetreden worden —

door een man en een vrouw (die aan bepaalde leeftijdsvereisten voldoen). De toetreding tot het gezinsmodel onderstelt dus een verschil van geslacht (dit wordt in geen enkele wettekst als zodanig vermeld, doch het wordt juridisch als een «natuurlijke» evidentie aangenomen; het vereiste ligt trouwens in een reeks bepalingen en hun combinatie geïmpliceerd).

Dit vereiste houdt onmiskenbaar verband met wat, volgens ons rechtstelsel, een element moet zijn van de inhoud van de relatie van de personen die tot het gezinsmodel zijn toegetreden; dit vereiste is dat er een heteroseksuele relatie tussen de betrokkenen bestaat (zie daarover verder). Het vereiste van het geslachtsverschil wijst ook op de functie als voortplantingscel, die het gezinsmodel volgens ons recht (nog) heeft.

12. 2) Slechts tussen één man en één vrouw kan het gezinsmodel bestaan. Onze wetgeving legt het gezinsmodel (enkel) op aan een man en een vrouw die door een monogaam huwelijk verbonden zijn.

Een man mag niet met twee of meer vrouwen huwen en het omgekeerde mag evenmin (B.W., art. 147 Sw. art. 391). De beleving met anderen van bepaalde elementen die volgens deze wetgeving tot het model van de gezinsrelatie behoren, wordt overigens verboden; geslachts-gemeenschap met iemand anders dan de medeëchtgenoot, medestichter van het gezin, is een misdrijf.

Wanneer andere mannen en/of vrouwen ook van het gezin deel uitmaken (bv. man met zijn echtgenote en haar zuster), worden hem gezinsrelaties niet als zodanig erkend; m.a.w. hun gezinsverhouding op zichzelf heeft geen juridische consequenties (de betrokkenen kunnen wel op andere grondslag met elkaar in juridisch verband staan; bv. als (schoon)ouder tegenover (schoon)kind).

13. 3) Tot het gezinsmodel kunnen een man en een vrouw alleen toetreden door de vervulling van bepaalde formaliteiten (B.W., artt. 63 e.v. en 165 e.v.).

b) Basisregels van het Belgisch gezinsmodel als man-vrouw relatie

14. 1) De (man-vrouw) gezinspartners zijn tegenover elkaar en tegenover hun kinderen tot sociale-zekerheidsverschaffing gehouden. Ze moeten zulks doen door samen te wonen, m.a.w. ze moeten elkaar onderdak verschaffen, ervoor zorgen dat ze samen huisvesting hebben. De naleving van die plicht wordt gewaarborgd door de beschermingsregelen die in de artt. 214 en 215 B.W. zijn neergelegd.

Ze zijn er wederzijds toe gehouden de middelen beschikbaar te stellen waardoor de elementaire sociale-zekerheidsverschaffing tussen hen en tegenover hun kinderen in stand kan worden gehouden (B.W. o.a. artt. 203, 213, 217, 221, 222).

15. 5) De man en vrouw die een gezin vormen, moeten elkaar geslachtsgemeenschap toestaan en mogen enkel met elkaar geslachtsgemeenschap hebben.

De verplichting tot getrouweid, gecombineerd met die tot samenwoning, houdt in, zo wordt nog vrij algemeen aangenomen, dat de echtgenoten er wederzijds toe gehouden zijn elkaar geslachtsgemeenschap toe te staan.

Het gezinsmodel impliceert dus de instandhouding van een heteroseksuele relatie tussen zijn stichters. Dat heeft

meteen tot gevolg dat personen tussen wie een dergelijke seksuele relatie niet kan of mag bestaan, minstens nooit volkomen de relatie van het gezinsmodel tussen hen tot stand kunnen brengen.

De echtgenoten moeten zich bovendien onthouden van geslachtsgemeenschap met iemand anders dan de medeëchtgenoot. De inbreuk op dit verbod, nl. het overspel, wordt in de Belgische wetgeving nog altijd strafbaar gesteld (Sw. artt. 387 en 390).

De modelgezinsrelatie houdt door deze regeling in dat de echtgenoten wederzijds verregaande rechten hebben op elkaars fysieke persoon, wat op een soort wederzijdse verslaving neerkomt. Ze zijn wederzijds als fysieke persoon in een zekere mate rechtsobject voor de andere.

We zullen verder onderzoeken of, voor personen die deze verslaving niet wensen, de overige relaties van het gezinsmodel toegankelijk zijn.

16. 3) Indien, zoals hierboven werd aangetoond, het gezinsmodel een zekere wederzijdse verslaving inhoudt, dan is anderzijds juridisch iedere eenzijdige afhankelijkheid van de partners, gebaseerd op het geslacht, verboden. Er is dus enkel een wederzijdse afhankelijkheid, geen eenzijdige.

De maritale macht werd afgeschaft.

17. 4) De gezinsrelatie is niet eenzijdig verbreekbaar, tenzij er zeer ernstige redenen bestaan (chtscheiding wegens grieven, chtscheiding door onderlinge toestemming, waarbij het bestaan van gegronde grieven wordt vermoed, chtscheiding op grond van tien jaar feitelijke scheiding).

De gestichte gezinsrelatie is dus in principe bedoeld voor het hele gezin.

II. Het gezin als model van socialiseringskern voor kinderen

a. De oplegging van de socialiseringsplicht

18. Hierbij rijst de problematiek van de vaststelling van de afstamming. Wie «moet» instaan voor de socialisering van kinderen? Volgens onze louter interne Belgische wetgeving, bestaat de socialiseringsplicht in principe enkel t.a.v. kinderen die geboren worden uit een gehuwde vrouw. Die vrouw en de man met wie ze gehuwd is, krijgen de fysieke en psychische socialiseringslast opgelegd (B.W. artt. 312 en 203). Deze sociale relatie tussen de man en de vrouw ieder aan hun kant en het kind aan de andere kant, is de (wettige) afstamming.

Voor kinderen geboren uit een ongehuwde vrouw, is niet bij voorbaat vastgelegd welke personen voor hun socialisering moeten instaan; ze zijn in beginsel aangewezen op een vrijwillige akte (willekeur), nl. de erkenning van de vrouw waaruit ze geboren zijn en de man die ze heeft verwekt.

Hieruit alleen reeds blijkt al dat, naar de waarborging van socialisering, het huwelijksgezin in onze wetgeving als model geldt.

b. De inhoud van de socialisering

19. De regeling van de «wettige» afstamming is niet alleen model betreffende de vaststelling van de socialise-

ringsplicht; ze is dat eveneens voor de inhoudelijke draagwijdte van de socialiseringsplicht.

Wat houdt de afstamming, als socialiseringsrelatie, in? De verplichting de kinderen onderkomen te verschaffen; ze het nodige te verstrekken voor een gezonde fysieke ontplooiing en ze mede daardoor in staat te stellen om zich zelfstandig in de maatschappij te (leren) handhaven (draagwijdte van art. 203 B.W.).

Doch daardoor is de opvoeding tegelijk een middel waardoor de maatschappij (de bestaande socio-economische orde) zichzelf handhaaft. Men kan zich in een bepaalde maatschappelijke structuur immers slechts handhaven wanneer men de fundamentele regels in acht neemt die uitgedrukt zijn in de basisinstituten van die maatschappelijke structuur. Wanneer deze beginselen in de concreet gegeven opvoeding niet bijgebracht worden, dan zal de overheid zelf corrigerend optreden (draagwijdte van de wetgeving op de jeugdbescherming).

Dit alles bewijst dat in onze maatschappij de socialisering van kinderen in beginsel als een particuliere last (voor de ouders) georganiseerd wordt, maar dat de naleving van die last onder overheidscontrole geschiedt.

20. Uit het bovenstaande volgt dat het gezinsideaal, als model in de Belgische wetgeving uitgewerkt, de volgende hoofdkenmerken vertoont:

- 1) het wordt gevormd door één man en één vrouw;
- 2) die man en die vrouw hebben geslachtsomgang met elkaar, en enkel met elkaar;
- 3) in de gezinsrelatie tussen die man en die vrouw is er geen eenzijdige afhankelijkheid gebaseerd op het geslacht;
- 4) de gezinsband tussen die man en die vrouw moet in beginsel tot het overlijden van de eerststervende van hen in stand gehouden worden; hij mag niet eenzijdig, behoudens ernstige motieven, beëindigd worden;
- 5) tot dat gezin behoren ook de kinderen die uit de vrouw geboren worden. Die vrouw en haar man zorgen voor de socialisering van die kinderen. Die kinderen zijn biologisch de kinderen van die man (en van die vrouw) (seksuele exclusiviteit).

C. In welke mate wordt in de geschreven louter interne wetgeving dat model «opgelegd»?

21. Het is onbegonnen werk een volledig overzicht te geven van de houding van de Belgische wetgever tegenover alle andere gezinsvormen in de verschillende takken van het recht. Het is bijvoorbeeld niet zo eenvoudig te beantwoorden wat deze houding is tegenover twee mannen die een gezin vormen. Welke «gezinsaspecten» erkent de wetgever, welke «gezinsaspecten» van hun relatie legt hij hen op, welke erkent en bekrachtigt hij en welke veroordeelt hij? Wordt aan sommige tussen hen principieel toegelaten aspecten niet de erkenning ontzegd wegens het medebestaan tussen hen van bepaalde veroordeelde aspecten?

Als voorbeeld van de houding van het Belgisch recht tegenover de gezinsvorming die van het model afwijkt, zal hieronder enkel bondig de houding weergegeven worden tegenover de afwijkende vorm die het dichtst het model benadert, met name het concubinaat.

22. Men spreekt van concubinaat wanneer een man en een vrouw een gezin vormen zonder door een voorafgaand huwelijk tot gezinsvorming verplicht te zijn.

Blijkens het arrest van 19 december 1978 van het Hof van Cassatie (R.W., 1978-79, 1709) wordt het overspelig concubinaat veroordeeld. Het Hof overwoog daarin «dat deze vaststelling (nl. dat een van de concubinerenden nog gehuwd was met iemand anders) noodzakelijk insluit dat de betrekkingen van verweerder met de getroffene in strijd waren met haar verplichtingen uit een bestaand huwelijk en derhalve met wetsbepalingen van openbare orde».

Aangezien gezinsvorming samenwoning impliceert en gehuwden de verplichting hebben met elkaar samen te wonen, is het derhalve volgens het Hof van Cassatie aan gehuwden verboden met iemand anders een gezin te vormen. Dat zou, bij consequente toepassing van het door het Hof gestelde beginsel, ook het geval zijn wanneer de nieuwe gezinsrelatie geen seksuele relatie zou impliceren.

Zoals bigamie verboden is (nieuw huwelijk vóór ontbinding van het vorige), is ook een nieuwe loutere gezinsvorming verboden, wanneer de theoretische plicht van een andere gezinsbeleving (ingevolge het huwelijk) nog bestaat.

Maar wat nu wanneer de man en de vrouw die een gezin vormen, beiden ongehuwd zijn?

Vanzelfsprekend worden ze niet tot gezinsvorming verplicht zoals men dat wettelijk wordt door het aangaan van het huwelijk. Wordt deze gezinsvorming, die door de samenwoning tot stand wordt gebracht en erin wordt gerealiseerd, als zodanig erkend? M.a.w., de vraag rijst of deze sociaal beleefde gezinsrelatie tevens juridisch wordt erkend (bv. door wettelijke regelingen betreffende de onderlinge sociale-zekerheidsvoorziening en bescherming van de ene tegen willekeur van de andere).

Volgens het Hof van Cassatie is dat niet het geval. In zijn arrest van 26 juni 1967 (R.W., 1967-68, 786) overwoog het Hof immers dat de band die tussen concubinerenden bestaat, «*ofschoon niet erkend bij de wet*», niet noodzakelijk in strijd is met de openbare orde of met de goede zeden.

Wat echter wanneer de concubinerenden zelf hebben gewild dat bepaalde inhouden van hun gezinsrelatie juridisch consequenties zouden hebben, zonder dat ze echter al de consequenties van het gezinsmodel tot stand willen brengen? Ze willen bv. regelingen i.v.m. de voorziening in levensonderhoud, de huisvesting, de aanwending van de inkomsten. Op het eerste gezicht blijkt niets er zich nog tegen te verzetten dat hun overeenkomst juridisch zou erkend worden.

22bis. Het Belgisch recht blijkt dus het concubinaat als gezinsvorm ofwel te negeren (wat de meest positieve houding is die ertegenover aangenomen wordt, maar wat op zichzelf een veroordeling is door de ontzegging van de voordelen van het model) ofwel te veroordelen (overspelig concubinaat). Het doet dat niet alleen betreffende de man/vrouw relatie, maar in beginsel ook nog altijd t.a.v. de kinderen die in het concubinaatsgezin geboren worden (discriminatie bij de vaststelling van de afstamming en in het statuut). De veroordeling gaat bij het overspelig concubinaat zover dat de wetgever zelfs verbiedt dat de overspelige de totale socialiseringslast t.a.v. de door hem verwekte kinderen op zich zou nemen.

23. Zo hetgeen hierboven werd weergegeven al wijst op een sterke mate van oplegging van het model (in die zin dat wie zich niet naar het model schikken, zichzelf in een zekere zin ostraciseren), dan moet echter deze gevolgtrekking getemperd worden wanneer men rekening houdt met heel wat regelingen uit de sociale wetgeving. Deze «erkent» in vele gevallen het gezinsbestaan ook zonder huwelijk, zowel tussen de samenwonende man en vrouw als in (hun) verhouding tegenover de kinderen die met hen samenwonen. Ook de wet op de jeugdbescherming houdt rekening met de verhouding tussen het kind en de personen die feitelijk voor zijn socialisering instaan. Dit alles wijst louter internrechtelijk op een afnemende imperativiteit en exclusiviteit van het model. Deze bedenking geldt des te meer, wanneer men ook rekening houdt met de niet louter internrechtelijke normen betreffende het gezinsrecht.

D. De (onrechtstreekse) oplegging van dat model en het E.V.R.M.

24. Uit de combinatie van de artikelen 12 (recht van mannen en vrouwen van huwbare leeftijd om te huwen en om een gezin te stichten), 8 (recht op de eerbiediging van het privé- en gezinsleven) en 14 (discriminatieverbod op grond van geboorte of andere status in de toekenning en de uitoefening van de fundamentele rechten) E.V.R.M., volgt dat mensen van huwbare leeftijd het recht hebben een wettig of een zgn. «onwettig» gezin te stichten.

Hethaaldelijk werd overigens door het Europees Hof voor de rechten van de mens bevestigd dat het gezinsleven beschermd door art. 8 E.V.R.M., zowel dat is van de leden van een zgn. wettig gezin als dat van de leden van een zgn. «onwettig» gezin. Dit werd nog meer in het bijzonder bevestigd in het arrest in de zaak Marckx van 13 juni 1979 (weergegeven en besproken in Heyvaert A. en Willekens H., *Beginnelen van het gezins- en familierecht na het Marckxarrest*, Kluwer, Antwerpen, 1981). Dit arrest heeft o.m. tot gevolg dat het hoofdmotief tot veroordeling van het concubinaat in het algemeen, zoals vermeld in het arrest van 21 april 1958 van het Hof van Cassatie (*Pas.*, 1958, I, 921), nl. dat het huwelijk de essentiële grondslag is voor de familie, niet meer kan worden aangehouden. Uit het Marckxarrest blijkt immers dat de bloedband de grondslag is (moet zijn) van de familie (en de verlening van familierechten), zodat dezelfde familiebanden evengoed zonder als door het huwelijk tot stand komen.

25. Deze draagwijdte van de bepalingen van het E.V.R.M., heeft tot gevolg dat niemand mag worden gestraft wegens gezinsvorming buiten het huwelijk. Wie het (fundamenteel) recht heeft een dergelijk gezin te stichten, kan immers door de uitoefening van dat recht onmogelijk onrechtmatig handelen; en de gezinsbetreffende belangenverhoudingen tussen de stichters van dat «onwettig» gezin, kunnen dan evenmin onrechtmatig zijn.

Discriminatie op grond van huwelijk in de toepassing van normen die duidelijk de bescherming beogen van het gezin als entiteit van de elementaire sociale-zekerheidsvoorziening, is dan ook ongeoorloofd. Ik meen dan ook dat de bepalingen van de bestaande wetgeving waardoor het ene gezinslid wordt beschermd tegen mogelijk willekeurig optreden van het andere i.v.m. de gezinswoning

en de onderhoudsverstreking, tevens moeten gelden voor het zgn. «onwettig» gezin.

26. Het Marckxarrest houdt onbetwistbaar in dat het «onwettig» gezin als socialiseringskern, t.a.v. de «onwettige» kinderen hetzelfde juridisch statuut heeft (moet hebben) als het huwelijksgezin, dus als wat het «gezinsmodel» was.

Discriminatie in de afstammingsrelatie op grond van de huwelijkse staat van de bio-genetische ouders is verboden, zowel naar haar vaststelling (met de nodige nuanceringsbetreffende de vaststelling van het vaderschap) als (vooral) naar haar draagwijdte.

27. Dit alles heeft tot gevolg dat het model ofwel gewijzigd is (o.m. doordat de voorwaarden voor toetreding gewijzigd zijn, en doordat de inhoud niet meer uniform is bv. wegens afwezigheid van het recht op seksuele exclusiviteit tussen concubinerenden) ofwel in zijn imperativiteit (en dus als zodanig als model) in sterke mate is afgezwakt.

Deze interne evolutie moet onvermijdelijk leiden tot een versoepeling van de houding van de Belgische overheid ingeval zij geconfronteerd wordt met afwijkende vreemde gezinsmodellen.

E. De confrontatie met afwijkende vreemde gezinsmodellen

28. Vooraf zij meegedeeld dat de vreemde afwijkende gezinsmodellen die hier bedoeld worden, steeds modellen zijn die een man/vrouw en/of een ouder/kind relatie impliceren. Het is me overigens niet bekend of andere gezinsmodellen (bv. voor homofielen, voor samenwonende broers en zusters) ergens bestaan.

29. De eerste vraag is welk soort contact van het vreemd gezinsmodel als een confrontatie daarvan met de Belgische overheid kan worden beschouwd. Men kan daarvan spreken wanneer voor de Belgische overheid een beroep wordt gedaan op de toekenning of erkenning van rechtsverhoudingen die hun grondslag vinden in (rechts)regels van een vreemd gezinsmodel. Dat kan zowel Belgen betreffen die buitenslands aan vreemde gezinsmodellen onderworpen geweest zijn, als Belgen betreffende wie bv. de vraag rijst of ze hier aan het Belgisch dan wel aan een vreemd gezinsmodel moeten worden onderworpen (bv. bij een nationaliteitsgemengd huwelijk) dan wel vreemdelingen die buitenslands al dan niet reeds aan een vreemd gezinsmodel onderworpen geweest zijn. Wat hieronder weergegeven wordt, betreft (hoofdzakelijk) de vraag naar de erkenning en de mogelijke beleving van vreemde gezinsmodellen tussen vreemdelingen op Belgisch grondgebied.

30. Tegenover vreemdelingen waarmee onze rechtsorde zich moet inlaten (voornamelijk doordat ze hier verblijven), zijn twee basishoudingen mogelijk, die ieder door humanitaire argumenten kunnen worden verdedigd.

Men kan pleiten voor de integratie van vreemdelingen in de «nationale» gemeenschap. Deze houding moet ertoe strekken in de juridische behandeling van de personen, ook als «gezinsleden», geen onderscheid te maken op grond van hun nationaliteit. Vreemdelingen zouden dan hier aan dezelfde gezinsrechtelijke regels, aan hetzelfde

gezinsmodel, onderworpen worden als Belgen. Men kan er principieel moeilijk bezwaar tegen maken dat vreemdelingen aan dezelfde wetgeving worden onderworpen als de eigen onderdanen. De eenvormigheid van toepasselijke wetgeving voor allen die het grondgebied bewonen, sluit aan op een van de tendensen en doelstellingen die met het ontstaan van de nationale staten gepaard gingen. Niettegenstaande eventuele etnisch-culturele verschillen tussen de bevolkingsgroepen die aan hetzelfde nationale staatsgezag werden onderworpen, werden ze, in de loop van ontwikkeling van die staten, alle aan dezelfde nationale wetgeving onderworpen. Het is een houding die naar eenvoud streeft (de overheid maakt zoveel mogelijk toepassing van de eigen wetgeving) en daardoor ook zekerheid biedt.

Humanitair minstens even verdedigbaar is echter de stelling dat de culturele eigen aard van vreemdelingen die zich in hun gezinsrelatie in belangrijke mate uitdrukt, geëerbiedigd moet worden. Het verblijf van vreemdelingen hier, zelfs voor langere tijd, mag geen reden zijn om ze cultureel te ontwortelen, om ze onze cultuur op te dringen. Een dergelijke houding heeft echter tot gevolg dat men personen die zich in een gelijke of gelijkaardige socio-economische situatie bevinden, toch verschillend gaat behandelen. Ze leidt voor de Belgische overheid tot onzekerheid, wegens de onvermijdelijke beperking van de kennis en van het aanvoelen van de precieze draagwijdte van de regels uit vreemde statuten.

Tegen deze beide houdingen kan opgeworpen worden dat ze de problematiek al te abstract benaderen. Ze houden geen rekening met de concreet verregaande verschillen waarin de hier verblijvende vreemdelingen in onze rechtsorde materieel betrokken zijn en evenmin met de eigen wil of wens van iedere vreemdeling zelf. Het is duidelijk dat daarbij een verschil bestaat tussen vreemdelingen die hier sinds jaren verblijven en anderen die hier slechts sinds een paar maanden verblijven, tussen vreemdelingen die zich hier vestigen met de bedoeling hier te blijven en niet naar hun land van herkomst terug te keren, en anderen die wel die bedoeling hebben.

Maar wanneer men daarmee wel rekening houdt, institutionaliseert men dan de onzekerheid niet?

31. De globaal-theoretische houding van de Belgische overheid komt neer op de erkenning van de eigen culturele geaardheid van de vreemdelingen, o.m. zoals die uitgedrukt wordt in hun gezinsleven.

In het algemeen wijst immers ons i.p.r. nog steeds de nationale wet van de vreemdelingen aan tot bepaling van hun personeel statuut; daarbij stelt men tevens dat de rechtsverhoudingen die de gezinsrelatie uitmaken, tot het personeel statuut behoren. Wij aanvaarden dus in beginsel dat men zich hier beroept op de juridische consequenties van vreemde gezinsmodellen en dat vreemde gezinsmodellen hier beleefd worden.

Vanzelfsprekend doet dat geen problemen rijzen wanneer dat vreemd model slechts weinig van het onze afwijkt (waartegenover men dan ook kan stellen dat de toepassing van ons model op de betrokken personen voor hen dan ook geen zo groot verschil kan uitmaken). De moeilijkheden worden echter groter naargelang de afwijking belangrijker is (en dus de erkenning van het vreemd model sociaal relevanter maakt). In welke mate aanvaarden we dan de praktische consequenties van onze principiële houding? Dat zullen we nagaan t.a.v. vreemde gezins-

modellen betreffende de man(nen)/vrouw(en) relatie en betreffende de ouder(s)/kind(eren) relatie.

1. Vreemde gezinsmodellen betreffende de man(nen) - vrouw(en) relatie

a. De stichtingsvoorwaarden

32. 1) *Grondvoorwaarden.* — De grondvoorwaarden waaraan vreemdelingen moeten voldoen om geldig in het huwelijk te treden, worden krachtens art. 3 B.W. beheerst door hun nationale wet. Dit geldt zowel voor de huwelijken die ze hier aangaan als voor de huwelijken die ze in het buitenland zouden hebben aangegaan (zie B.W. art. 170^{ter} gecombineerd met art. 170, 1^o).

33. Een eerste interne grondvoorwaarde die we zouden kunnen confronteren met een mogelijk afwijkend model, zou het vereiste zijn van verschil van geslacht. Hoewel, zoals reeds gezegd, ons geen vreemde gezinsmodellen bekend zijn betreffende personen van hetzelfde geslacht, zodat de hypothese irreëel is, meen ik te mogen stellen dat op dit ogenblik de Belgische internationale openbare orde zich nog steeds (zou) verzet(ten) tegen de totstandbrenging alhier van een vreemd gezinsmodel tussen personen van hetzelfde geslacht en tevens tegen de erkenning hier van rechtsgevolgen voor een dergelijk in het buitenland tot stand gebracht gezinsmodel.

34. Als grondvoorwaarde geldt ook het voldoen aan de vereiste minimumleeftijd vanwege de stichters. Daarmee houdt nauw verband het (in onze cultuur) vereiste van de persoonlijke toestemming van de aanstaande echtgenoten, stichters van het gezin. Principieel geldt weer de vreemde nationale wet.

Maar wat indien die vreemde wet «huwelijken» zou toelaten van personen die bv. nog geen 10 jaar oud zijn? Het hoeft geen betoog, meen ik, dat ze hier niet in «hun» huwelijk zouden kunnen treden. Onze cultuur eist immers dat de gezinsvorming plaatsvindt op basis van een (theoretisch) persoonlijke beslissing van de betrokkenen. Men zou zeker stellen dat onze internationale openbare orde zich ertegen verzet dat zo jonge personen hier een huwelijk aangaan. Om dezelfde redenen zou niet toegelaten worden dat hier een huwelijk wordt gesloten door een eigenmachtig optredende vertegenwoordiger.

Maar wat indien een dergelijk huwelijk buitenslands werd aangegaan? Zal, in de mate waarin ook een dergelijk huwelijk de betrokkenen tot gezinsvorming zou verplichten, hun gezin hier erkend worden en beleefd kunnen worden? Het wil me voorkomen dat bij de beoordeling van die vraag veel zal afhangen van de eigen houding van de betrokken personen. Indien ze hier de nietigheid van hun huwelijk en van de bij hypothese daarop geënte plicht tot gezinsvorming zouden invoeren, is de kans groot dat daarop zou worden ingegaan; doen ze dat niet, dan zal hun gezinsvorming waarschijnlijk geacht worden een «wetelijke basis» te hebben.

35. Wat indien een vreemde wetgeving een man toelaat met meer dan één vrouw een gezin te vormen of een vrouw zou toelaten zulks te doen met meer dan één man (bij ons voorgesteld als bi- of polygamie, wat reeds op een etnocentrische benadering wijst; het woord zelf verraadt

dat we die toestand beschouwen als een dubbel of meervoudig enkel-huwelijk, terwijl zulks in wezen een situatie sui generis is; waarom zou «het» huwelijk niet de gezinsbeleving van één man met een of meer vrouwen kunnen zijn? Kunnen die mannen hier rechtsgeldig de handelingen verrichten (zgn. tweede of derde huwelijk aangaan) waardoor een tweede of derde vrouw, bij nog in leven zijn van de eerste vrouw(en) die met hen samenwoont(onen), mede in het gezin wordt opgenomen?

Men stelt algemeen dat dit niet toegelaten is. Het aangaan van een dubbel huwelijk is hier een misdrijf dat gestraft wordt met opsluiting (Sw. art. 391). De strafwet heeft strikte territoriale werking en geldt dus voor iedereen die zich op het Belgisch grondgebied bevindt. Indien men de gezinsvorming met twee of meer vrouwen als een dubbel of meervoudig enkel-huwelijk blijft beschouwen, kan de sluiting van een bigaam huwelijk hier dan ook niet toegelaten worden.

De verwerping van de mogelijkheid om hier een polygaam gezinsmodel te stichten, betekent echter niet dat een dergelijk gezinsmodel, indien het in het buitenland geldig is gesticht, hier nooit enige vorm van erkenning zou kunnen krijgen. In de Belgische rechtssfeer worden schoorvoetend positieve rechtsgevolgen van bigame gezinsrelaties gesanctioneerd. Aldus werd de vordering tot schade-loosstelling die een «tweede» Marokkaanse vrouw instelde tegen de persoon die aansprakelijk was voor het overlijden van haar «bigame» echtgenoot, principieel gegrond verklaard (Luik, 23 april 1970, *Jur. Liège*, 1969-70, 273, *Pas.*, 1970, II, 183). Een tweede echtgenote kan zich evenzeer als de eerste op haar «huwelijk» beroepen om een onderhoudsvordering in te stellen tegen de bigame man (Rb. Luik, 26 juni 1975, *Jur. Liège*, 1975-76, 163).

36. Zelfs een soort retroactieve fictieve gezinsvorming wordt erkend, wanneer dat model maar in het buitenland tot stand wordt gebracht. Dat is m.n. het geval bij de erkenning van het postuum huwelijk, zoals dat onder bepaalde voorwaarden in Frankrijk kan worden gesloten. Het Hof van Cassatie oordeelde dat een dergelijk huwelijk niet strijdig was met de Belgische internationaal privaatrechtelijke openbare orde, ook al had de vrouw die het postuum huwelijk aangaang de Belgische nationaliteit (Cass., 2 april 1981, *R.T.D.F.*, 1981, 392).

37. 2) *Vormvoorwaarden*. — Een stichtingsvoorwaarde voor het gezinsmodel is eveneens dat zekere pleegvormen nageleefd worden. In België, de vormen die in de Belgische wet worden voorgeschreven (behoudens de huwelijken van vreemdelingen voor diplomatische of consulaire ambtenaren van hun land). In het buitenland, de pleegvormen van het land waar het huwelijk wordt aangegaan.

Zoals hierboven reeds werd vermeld, wordt in België in principe nog geen gezinsmodel erkend voor de man en de vrouw die gaan samenwonen zonder de voorgeschreven pleegvormen na te leven (concubinaat). Maar wat nu wanneer in een vreemd land de gezinsvorming en samenwoning, niet voorafgegaan door de naleving van zekere pleegvormen, wel de toepassing met zich brengen van gezinsordenende normen zoals die gelden voor de gezinsvorming die door een huwelijksluiting is voorafgegaan (bv. het feitelijk huwelijk in de Sovjet-Unie tussen 1927 en 1944; het feitelijk huwelijk («unionnes de heche») in de Latijns-Amerikaanse staten; het feitelijk huwelijk in

Schotland, in bepaalde staten van de U.S.A. enz.; zie daarover Thomas Hans-Friedrich C., *Formlose Ehen*, E. und W. Gieseling, Bielefeld, 1973). Omgekeerd als bij ons brengt in dat geval de gezinsvorming het huwelijk met zich. Zullen dergelijke modellen hier erkend worden (bv. ook wanneer Belgen buitenslands op die wijze met een huwelijk «bekleed» zouden worden)?

38. Waar zou de grens liggen van de erkenning van het feitelijk (vormeloos) huwelijk met de erkenning van de toepassing van vreemde gezinsrechtelijke normen op een buitenslands ontstaan concubinaat (bv. in Zweden is het concubinaat gedeeltelijk gezinsrechtelijk genormeerd)? Moet men overigens niet aanvaarden dat de eventuele gevolgen van het concubinaat bepaald worden door de wet die het persoonlijk statuut beheerst, m.n. de nationale wet?

b. De inhoud van de relatie

39. Zoals boven reeds werd weergegeven, komt de wettelijke inhoud van de man/vrouw relatie van het Belgische gezinsmodel tot uitdrukking in de bepalingen betreffende de wederzijdse rechten en plichten van de echtgenoten (zgn. persoonlijke gevolgen van het huwelijk en het primair huwelijksvermogensrecht) en de bepalingen betreffende zijn ontbindbaarheid.

De basisregel betreffende de inhoud van de gezinsrelatie is even eerbiedigend t.a.v. de «vreemde» modellen als die betreffende de voorwaarden voor de toetreding tot een gezinsmodel. Het gezinsmodel voor vreemdelingen is dat van hun nationale wet (B.W. art. 3). Het (persoonlijk) huwelijksstatuut (waarop het vermogensrechtelijk huwelijksstatuut aansluit: Cass., 10 april 1980, *R.W.*, 1980-81, 918, met noot van J. Erauw) behoort immers tot het persoonlijk statuut, zodat het beheerst wordt door de nationale wet.

Wanneer onderzocht wordt welke wetgeving, aspect per aspect, de concrete inhoud van het theoretisch aanvaarde vreemde gezinsmodel regelt, moet men echter vaststellen dat, voor de vreemde gezinsmodellen die hier beleefd worden of die men hier wil beleven, nog bitter weinig aan die vreemde nationale wet onderworpen blijft.

40. Laten we op de eerste plaats het toepassingsgebied onderzoeken van de verplichting tot samenwoning die het Belgisch recht sanctioneert in de bescherming van de voornaamste gezinswoning en het huisraad (B.W. art. 215). De territoriale werking van deze bepaling wordt door (ongeveer) niemand betwist (zij het nu dat men ze bestempelt als een regel met rechtstreekse toepassing, als een wet van politie en veiligheid, als een bepaling van Belgische internationale openbare orde met positieve werking). Ze is dus toepasselijk op alle wettelijk erkende gezinnen van welk (vreemd) model ook, die in België gevestigd zijn (zie F. Rigaux, «Quelques réflexions sur la loi du 14 juillet 1976. Droit interne et droit international privé», *R.T.D.F.*, 1978, 9, nr. 33; zie ook M. Verwilghen, in *Cinq années d'application de la réforme des régimes matrimoniaux*, tit. V., «Droit international privé», blz. 313 e.v., nrs. 13 en 14; A. Heyvaert, «Het Belgisch internationaal huwelijksvermogensrecht», *T.P.R.*, 1978, 555 e.v., nr. 39; G. Traest, H. Casman en F. Bouckaert, «Het nieuw huwelijksvermogensrecht», *T.P.R.*, 1976, 775 e.v., nr. 5; C. De

Wulf, *Het huwelijksvermogensrecht en het erfrecht in het internationaal privaatrecht*, Postuniversitaire Lessencyclus 1981-1982 R.U.G., nr. 32, enz.)

41. Wat inzake de verplichting van de echtgenoten om elkaar hulp te verschaffen (B.W. art. 213) en bij te dragen in de lasten van het huwelijk (B.W. o.m. artt. 217, 220, 221)?

In beginsel zal men de vraag wie van de echtgenoten de lasten van het gezin moet dragen, laten beheersen door de gemeenschappelijke nationale wet (zie A. Heyvaert «Onderhoudsgeld in het Belgisch internationaal privaatrecht», in *Onderhoudsgeld*, Juridische uitgaven U.I.A., C.E.D.-Samsom, 1978, blz. 211 e.v., nr. 32, met voetnoten 22 en 23). Indien die vreemde wet bij onderstelling zou inhouden dat bv. alleen de man daarin moet voorzien en deze daartoe in de onmogelijkheid zou zijn, moet men echter niet betwijfelen dat de vrouw in België veroordeeld zou worden om, naar haar vermogen, bij te dragen in de lasten van het huwelijk. En iedere veroordeling kan gesanctioneerd worden door de ontvangstmachtiging geregeld in art. 221 B.W. Dat zou overigens maar stroken met de algemene tendens om alle onderhoudsverhoudingen te laten beheersen door de wet van de gemeenschappelijke woonplaats van de betrokkenen of door de wet van woonplaats van de eiser (zie A. Heyvaert, *o.c.*, o.m. nr. 11 met voetnoot 8).

42. Dat de regeling van de besproken bijdrageplicht in ieder geval de weg opgaat van de territoriale toepasselijkheid (waarop de toepassing van de wet van de woonplaats in de praktijk neerkomt), wordt nog hierdoor bevestigd dat twee andere bepalingen, die met de bijdrageplicht nauw in verband staan, onbetwistbaar territoriale werking hebben. Dat is nl. het geval met het recht van ieder van de echtgenoten zelf een rekening te openen, een effectendepot te doen of een banksafe te huren en daarvan exclusief het bestuur te hebben, en tevens voor de daarop aansluitende verplichting van de bewaarnemers en de verhuurders (concreet de banken) de medeëchtgenoot te informeren aangaande de opening van een rekening of de huur van een safe waartoe de andere echtgenoot overgaat (B.W. art. 218; zie M. Verwilghen, *o.c.*, nrs. 15-19; vgl. ook F. Rigaux, *Droit international privé*, II, Larcier, Brussel, 1979, nr. 1268 hierbij terugkomend op wat hij had gesteld in nr. 32 van zijn reeds vermeld artikel in *R.T.D.F.*). Hetzelfde geldt voor de bepaling van art. 222 B.W., waardoor de beide echtgenoten hoofdelijk verbonden worden voor schulden die een van hen aangaat ten behoeve van de huishouding en de opvoeding van de kinderen (vgl. F. Rigaux, *o.c.*, nr. 32).

De regelingen van deze beide artikelen hebben een niet te miskennen weerslag op de interne gezinsrelatie. Bv. zal, niettegenstaande de eventuele handelingsonbekwaamheid die voor een van de echtgenoten zou volgen uit zijn vreemd huwelijksstatuut, die echtgenoot zich i.v.m. de huishouding en de opvoeding van de kinderen en in zijn omgang met financiële ondernemingen, kunnen gedragen als een «Belgische echtgenoot». Het Belgische gezinsmodel, waarin ieder van de echtgenoten op voet van gelijkheid het nodige mag (moet) doen voor de bekostiging van het huishouden en de opvoeding van de kinderen, wordt dus aan vreemden opgelegd.

43. Men zal misschien opwerpen dat indien ons model in een zekere mate wordt opgelegd t.a.v. de economische aspecten van het gezinsleven, zulks toch niet kan gezegd worden voor de persoonlijke aspecten daarvan (de zgn. persoonlijke gevolgen van het huwelijk). Zoals boven reeds werd gesteld, is iedereen, tot en met het Hof van Cassatie, het erover eens dat die beheerst worden door de gemeenschappelijke nationale wet van de echtgenoten. De vraag is echter wat die «persoonlijke» gevolgen nog wel kunnen zijn en in welke mate het beginsel op de concrete aspecten daarvan ook effectief toegepast wordt.

44. Tot de persoonlijke aspecten van het gezinsleven, behoort de vraag naar het al dan niet bestaan van een gezagsverhouding tussen de man en de vrouw en de weerslag van de gezinsvorming (het huwelijk) op hun handelingsbekwaamheid. In het Belgisch recht is iedere eenzijdige gezagsverhouding van de ene echtgenoot (man) op de persoon van de andere (vrouw) geweerd. De beide echtgenoten zijn gelijk, zonder onderscheid te maken van geslacht, in hun zelfstandigheid en verbondenheid. De maritale macht *sensu stricto* werd afgeschaft bij de wet van 30 april 1958. De vraag is of we een vreemd afwijkend model, waarbij bv. de vrouw door het huwelijk in min of meer belangrijke mate haar persoonlijke vrijheid verliest en onder het gezag komt van de man, hier nog zouden bekrachtigen.

Dat komt me onwaarschijnlijk voor. De gelijkheid van de echtgenoten in hun persoonlijke (on)vrijheid, lijkt me een fundamentele regel te zijn geworden van onze sociale en zedelijke orde, zodat de vreemde afwijkende regel strijdig moet worden geacht met de Belgische internationaal privaatrechtelijke openbare orde.

Hetzelfde kan echter niet gezegd worden van de handelingsbekwaamheid die voor de vrouw door het huwelijk zou ontstaan. We kennen in ons intern recht immers nog de zgn. «onbevoegdheid» van de gehuwde vrouw voor de echtgenoten die met toepassing van het overgangsrecht van de wet van 14 juli 1976 geopteerd hebben voor de ongewijzigde handhaving van hun vroeger stelsel. Deze onbevoegdheid is niets anders dan een verkapte handelingsonbekwaamheid zoals deze laatste bij ons voor de vrouw een gevolg was van het huwelijk vóór de inwerkingtreding van de wet van 30 april 1958. Doch deze handelingsonbekwaamheid heeft weinig weerslag op het dagelijks gezinsleven en de bescherming daarvan. Immers, voor de verrichtingen van het dagelijks gezinsleven waarop de handelingsonbekwaamheid een weerslag zou kunnen hebben, gelden bepalingen van het Belgisch recht met territoriale werking (zie hierboven).

45. En wat i.v.m. de getrouwheidsplicht? Laten we een wetgeving veronderstellen waarin de getrouwheidsplicht niet bestaat (of althans niet uitdrukkelijk geformuleerd is) of slechts eenzijdig (voor de vrouw) bestaat (bv. Marokko). Aanvaarden we dan dat de betrokkenen elkaar geen huwelijksrouw verschuldigd zijn?

Daarop kan moeilijk bevestigend geantwoord worden. Het overspel is nog altijd als een misdrijf in ons Strafwetboek opgenomen (Sw. artt. 387 en 390). De Belgische strafwet geldt voor een ieder die zich op het Belgisch grondgebied bevindt. De vreemde man of vrouw wier nationale wet de getrouwheidsplicht niet oplegt, zal hier dus toch strafbaar zijn wegens «inbreuk op de ge-

trouwheidsplicht tussen echtgenoten» (zie overigens het arrest 10 april 1979, *J.T.*, 1979, 612, met noot van J. Mes-sine, waarbij een bigame Marokkaan op klacht van zijn eerste, Marokkaanse, vrouw werd veroordeeld wegens overspel met zijn tweede echtgenote, een Française, die hij in Marokko als tweede echtgenote had gehuwd). Over-spel is overigens in het Belgisch recht een grond tot echtscheiding (B.W. art. 229), waarop ook vreemdelingen hier een vordering tot echtscheiding kunnen gronden (W. 27 juni 1960, art. 3).

46. In verband met de vraag of we al dan niet ons ge-zinsmodel aan vreemdelingen opleggen, mag men inderdaad het belang niet onderschatten dat, althans theoretisch, gehecht moet worden aan de wet van 27 juni 1960 op de toelaatbaarheid van de echtscheiding wanneer ten min-ste één van de echtgenoten een vreemdeling is. De echtscheiding wegens een bepaalde oorzaak (op grond van feiten, grieven) is tussen vreemdelingen in België toelaatbaar volgens de Belgische wet, tenzij de nationale wet van de eiser zich er tegen verzet. Zonder (veel) commentaar laat de doctrine vermoeden dat het voldoende is dat de nationale wet van de eiser het instituut van de echtscheiding kent, opdat de vordering toelaatbaar zou zijn (bv. F. Rigaux, *Droit international privé*, II, nr. 947).

Het is hier niet de plaats om in te gaan op de interpreta-tieproblemen waartoe art. 1 aanleiding kan geven (bv. is het wel voldoende dat de vreemde wet enige echtschei-dingsvorm kent of moet het een echtscheiding zijn op grond van feiten; tegen wat mag de nationale wet van de eiser zich niet verzetten: tegen de echtscheiding of de toe-passelijkheid van de Belgische wet?). Hier kan worden volstaan met erop te wijzen dat, als de echtscheiding toe-laatbaar is, de gronden tot echtscheiding volgens de Bel-gische wet worden bepaald (wat impliceert dat de Belgische wet niet alleen instaat voor de vermelding van de oorzaken van de echtscheiding maar tevens de voorwaarden bepaalt die vereist zijn opdat men op die «oorzaken» een echtscheidingsvordering kan gronden: Cass., 8 oktober 1964, *Pas.*, 1965, I, 125). Dat wil echter meteen zeggen dat vreemde echtgenoten de echtscheiding in hun nadeel toe-gestaan kunnen krijgen, wanneer ze de verplichtingen niet naleven die de Belgische wet aan echtgenoten oplegt. Men kan immers bezwaarlijk aannemen dat iemand gestraft wordt wegens het al of niet stellen van bepaalde gedragin-gen, wanneer hij niet het verbod of de verplichting had zich aldus te gedragen. Op deze wijze introduceert men echter het hele Belgische gezinsmodel in de vreemde mo-dellen waarmee we hier geconfronteerd worden.

47. Uit het bovenstaande blijkt dat, ook al wordt door ons recht principieel naar het vreemde gezinsmodel ver-wezen, daarvan uiteindelijk weinig gerealiseerd wordt. Men mag werkelijk de vraag stellen of het nog zin kan hebben naar dat vreemde nationale model te verwijzen. Dat mag men des te meer als men rekening houdt met de volgende regels die (meestal), rechtstreeks of onrecht-streeks, leiden tot de oplegging van het eigen model.

1) Wanneer de i.p.r.-regels van het vreemde land waar-van we het gezinsmodel toepasselijk verklaren, voor het gezinsmodel in internationale situaties verwijzen naar de wet van het land van de woonplaats of van de zetel van de rechtsmacht, aanvaarden we die terugwijzing.

2) De hoofdregel, die het gezinsmodel oplegt van de nationale wet van de echtgenoten, kan maar toegepast worden wanneer die echtgenoten dezelfde nationaliteit hebben. Hebben ze geen gemeenschappelijke nationali-teit, dan moet de wet van de gemeenschappelijke woonplaats toegepast worden; dus op hier verblijvende vreemdelingen in een gemengd huwelijk, de Belgische wet (zie F. Rigaux, *Droit international privé*, II, nr. 932; Rb. Luik, 12 maart 1971, *Cah. Dr. Fam.*, 1973/1, 32 als noot onder Rb. Luik, 10 maart 1972, *Cah. Dr. Fam.*, 1973/1, 30).

3) Bij dit alles moet men nog bedenken dat, wanneer we hier reeds kunnen aanvaarden dat een buitenlands ge-vormd polygaam gezin hier bepaalde rechtsgevolgen heeft (zie boven), men bezwaarlijk zal kunnen aanvaarden dat een polygaam gezinsmodel hier effectief beleefd wordt. We stelden reeds vast dat een polygame man wegens overspel werd veroordeeld, omdat hij hier geslachts-gemeenschap had onderhouden met zijn «tweede» echt-genote. Men kan zich dan ook moeilijk indenken dat in de praktijk een tweede echtgenote (met haar kinderen) zich met succes op het recht op gezinshereniging zou kunnen beroepen om zich hier te komen voegen bij haar echt-genoot en diens eerste vrouw. De toepassing van de wet-geving i.v.m. het verblijf en de vestiging van vreemdelin-gen zal dus ook een selecterende invloed uitoefenen (zie daarover M. De Kock, J. De Ceuster, J. De Jonghe en P. Van Nuffel, *De nieuwe verblijfsregeling voor vreem-delingen*, nrs. 61-67 en 85-85, te verschijnen bij Maarten Kluwer's Internationale Uitgeversonderneming, Ant-werpen-Amsterdam; zie verder de bedenkingen hieronder in nr. 54).

II. Vreemde gezinsmodellen betreffende de ouder(s)/kind relatie

a. Grondslag voor de afstamming

48. Voor de aanwijzing van de grondslag van de af-stamming was het Belgisch i.p.r. in zijn basisregels even eerbiedigend voor vreemde modellen als betreffende de man/vrouw relatie in het gezin. Of er afstamming was werd in beginsel bepaald door de gemeenschappelijke na-tionale wet van de betrokkenen of door de nationale wet van één van hen (hoewel ter zake van de wettige afstam-ming een tendens waarneembaar was om, in geval van verschil van nationaliteit, de wet van de gemeenschap-pelijke woonplaats toe te passen; zie daarover Heyvaert, A., en Willekens, H., *Beginselen van het gezins- en fami-lierecht na het Marxarrest*, nrs. 87-90). I.v.m. de ves-tiging van de afstammingsrelatie werd de Belgische inter-nationale openbare orde uitsluitend ingeroepen om de vestiging te weren van afstammingsrelaties die volgens het principieel toepasselijk vreemd recht wel bestonden. In een enkel geval werd de vreemde (Algerijnse) wet ge-weerd, omdat het strijdig geacht werd met de Belgische internationale openbare orde dat die wet het instituut van de adoptie niet kende. De Belgische internationale openbare orde kreeg daardoor een positieve uitwerking (Luik, 9 januari 1977, *R.T.D.F.*, 1979, met noot J. Dalcq, *J.T.*, 1979, 235, *Rev.Not.B.*, 1979, 628).

49. Ik meen echter dat, na het Marckxarrest, dit verwijzingsrecht, althans wat betreft de grondslag van de afstammingsrelatie, niet meer ongewijzigd kan worden gehandhaafd.

Uit het arrest Marckx blijkt dat het recht op de eerbiediging van het privé- en familieleven, gewaarborgd bij art. 8 E.V.R.M., inhoudt:

— dat een ieder afstammings- en familiebanden heeft met de personen met wie hij door een (nauwe) bloedband verbonden is;

— dat een ieder het recht heeft om die afstammings- en familiebanden in de rechtsorden van de verdragsluitende staten erkend en bekrachtigd te zien;

— dat een ieder in die staten op de beleving van die banden aanspraak kan maken;

— dat bij de concretisering van de afstammings- en familielaties in de nationale rechtsorden geen onderscheid mag worden gemaakt voor de vaststelling van de moederlijke afstamming en betreffende de inhoudelijke en persoonlijke draagwijdte van de relatie, naargelang er al dan niet een huwelijk bestaat (tussen de bio-genetische ouders).

De erkenning van die rechten als mensenrechten, heeft tot gevolg dat nu in België aangenomen moet worden dat een ieder die rechten heeft, zonder voorafgaande vraagstelling van internationaal privaatrechtelijke aard (E.V.R.M., art. 1; zie over dat alles Heyvaert, A., en Willekens, H., o.c., nrs. 95-98). Dat betekent echter meteen dat we, uit kracht van een verdragsrechtelijke norm, ons gezinsmodel opdringen inzake de vaststelling van de afstamming.

b. De inhoud en de beleving van de afstammingsrelaties

50. Naar algemeen wordt aangenomen, wordt, in beginsel, de inhoud van de afstammingsrelatie bepaald door de wet overeenkomstig welke de afstamming is vastgesteld. De logica van deze methode ligt voor de hand. De omstandigheden en de voorwaarden waaronder een bepaalde nationale overheid een afstammingsrelatie oplegt of erkent, zullen immers afhangen van wat de inhoud is van die afstammingsrelatie.

Voor de inhoud en de draagwijdte van de afstammingsrelatie biedt het E.V.R.M. echter geen (precies) model. Voor dit aspect van de afstamming moet dus teruggegrepen worden naar de sinds vroeger bestaande verwijzingsregels. Welke rechten en plichten een ouder tegenover zijn kinderen heeft, wie ze uitoefent en op welke wijze, moet dus bepaald worden door de (vreemde) nationale wet. Andermaal blijkt dat we, in beginsel, de vreemde gezinsmodellen erkennen. Zoals hieronder zal worden aangetoond, blijft het echter andermaal bij het beginsel.

51. De globale verwijzing naar de nationale wet ter bepaling van de inhoud van de afstamming, heeft immers in de praktijk veel van haar draagwijdte ingeboet.

In het internationaal privaatrecht heeft zich immers een doorgedreven opslitsing van categorieën voorgedaan. Dat is bv. het geval voor de onderhoudsverhouding t.a.v. kinderen, toch een van de belangrijkste aspecten van de afstammingsrelatie, waarvoor een belangrijke internationaal conventionele verwijzingsregel bestaat, die territoriaal werkt. Het Verdrag van Den Haag van 24 oktober 1956

nopens de wet welke op onderhoudsverplichtingen jegens kinderen toepasselijk is (in België goedgekeurd bij de wet van 17 juli 1970) wijst immers als toepasselijke wet aan die van de gewone verblijfplaats van het kind (Verdrag, art. 1). Slechts in uitzonderlijke gevallen moet deze wijken voor de «lex fori», (ook territorialiserend) of de wet die volgens de gewone regels van het i.p.r. van de aangezochte overheid toepasselijk is (Verdrag, art. 3). Aangezien overeenkomstig deze wet uitgemakt moet worden «of, in welke mate en van wie het kind onderhoud kan vorderen» (art. 1, eerste lid), komt dit, volgens de overheersende interpretatie, erop neer dat men ook het bestaan van de voor de onderhoudsvordering ingeroepen verhouding van staat moet beoordelen overeenkomstig de wet van de gewone verblijfplaats van het kind.

Van enige aanwijzing van de nationale wet vindt men (behoudens in een zeer subsidiaire hypothese) geen spoor.

Zoals men weet wordt het internationaal erfrecht, dat toch ook een zeer belangrijke inhoud is van de afstammingsrelatie, beheerst door wetten die toepasselijk werden verklaard ingevolge hun territoriale werking.

52. Echter nog in meer belangrijke mate wordt de beleving hier van een afwijkend vreemd gezinsmodel verhinderd ingevolge de territoriale werking van de Belgische strafwet, van de wet op de jeugdbescherming en van andere administratief-publiekrechtelijke wetten.

De eventuele strafrechtelijke sancties op burgerlijke verplichtingen waaraan de gezinsrelatie ten grondslag ligt, zijn toepasselijk op al wie op het Belgisch grondgebied verblijft.

De territoriale werking van de wet op de jeugdbescherming van 8 april 1965, als wet van politie en veiligheid, wordt door (nagenoeg) alle auteurs aanvaard. Dit heeft vanzelfsprekend een zeer grote weerslag op de gezinsbeleving, op de draagwijdte van de rechten van ouders t.a.v. hun kinderen. Door die wet wordt ons model betreffende de opvoeding van kinderen immers zonder meer aan de hier gevestigde vreemde gezinnen opgedrongen. De Belgische staat bepaalt eenvormig voor alle hier gevestigde gezinnen wat de eisen zijn inzake «voeding, huisvesting en hygiëne», waarin de kinderen grootgebracht moeten worden. De Belgische staat bepaalt de normen betreffende de «zedelijke gaafheid» van het kind, hij maakt uit wat «gevaarlijk» is voor het kind, in welke omstandigheden het «onveilig» is, enz. In voorkomend geval zal de overheid zowel t.a.v. de kinderen zelf als t.a.v. de ouders de maatregelen kunnen bevelen en uitvoeren, waardoor gevrijwaard moet worden dat het kind binnen de door haar gestelde normen van «gezondheid», «zedelijkheid», «veiligheid», enz. zal worden opgevoed. Deze overheidstussenschikkingen geschieden alle op de noemer van de vrijwaring van «het belang van het kind». De vooropstelling, in het gezin, van het belang van het kind is vanzelfsprekend van wezenlijke invloed op het gezinsmodel. Gezinsmodellen die «oudergericht» zijn, zouden hier niet kunnen worden beleefd. Bovendien wordt, in zijn concrete toepassing, de inhoud van het abstracte «belang van het kind» volledig opgevuld door Belgische overheidspersonen (parketmagistraten, jeugdrechters, leden van de jeugdbeschermingscomités, afgevaardigden van de jeugdbescherming, sociaal-assistenten), die bij hun beoordeling allen, gewild of ongewild, door ons cultuurpatroon en het daarin passend gezinsmodel geleid worden.

De vreemde gezinshoofden die hier met hun kinderen gevestigd zijn, zijn evenzeer als de Belgen verplicht hun kinderen het lager onderwijs te laten volgen. Het gezinsmodel wordt daardoor beïnvloed. De kinderen verblijven daardoor immers gedurende een groot deel van de dag buitenshuis. Door het onderwijs zelf worden onze culturele waarden aan die kinderen bijgebracht.

53. Een gelijkaardige invloed gaat uit van de territoriaal imperatief werkende bepalingen van de wet van 3 juli 1978, betreffende de arbeidsovereenkomsten en van de Arbeidswet van 16 maart 1971.

Aldus is het hier zowel aan vreemdelingen als aan Belgen verboden kinderen beneden de veertien jaar of die nog schoolplichtig zijn, arbeid te doen verrichten of enige werkzaamheid buiten het kader van hun opvoeding te doen uitvoeren (Arbeidswet, art. 6). De territoriale toepasselijkheid van geheel de Arbeidswet is overigens van dien aard dat ons cultuurpatroon wordt opgelegd aan de hier gevestigde vreemde gezinnen.

Anderzijds meen ik dat de bepalingen van de wet op de arbeidsovereenkomsten waarbij de leeftijd wordt bepaald vanaf welke men zelfstandig een arbeidscontract kan sluiten (W. 3 juli 1978, art. 43), eveneens als wet van politie en veiligheid territoriaal imperatief is, m.a.w. minstens toepasselijk is niet alleen voor alle arbeidsovereenkomsten die door de Belgische wet worden beheerst, maar (ook) op alle arbeidscontracten die op het Belgisch grondgebied worden uitgevoerd. Hetzelfde geldt voor de bepalingen betreffende de terhandstelling van het loon aan de betrokkenen. Ook deze bepaling beïnvloedt het gezinsleven, doordat ze de ontvoogding van de jeugdige mogelijk maakt, ook al zou dat niet mogelijk zijn volgens de wetgeving die zijn nationaal gezinsmodel beheerst.

54. Uit het voorgaande is gebleken dat, niettegenstaande andersluidende basisregels, België zijn gezinsmodel verregaand oplegt aan vreemdelingen, zowel wat betreft de relatie man/vrouw als voor de relatie ouder(s)/kind(eren).

Terloops werd reeds gewezen op de (pre)selecterende werking die ook wordt uitgeoefend bij de toepassing van het recht op gezinshereniging, zoals geregeld in de vreemdelingenwet van 15 december 1980. Deze wet regelt het recht op gezinshereniging door, onder bepaalde voorwaarden, aan de echtgenoot en hun kinderen van een tot verblijf in België toegelaten of gemachtigde vreemdeling of tot vestiging gemachtigde vreemdeling, het recht toe te kennen op een verblijf van meer dan drie maanden (W. 15 december 1980, art. 10, 4^o) of op vestiging (art. 15, 2^o). Uit de bepalingen van de wet moet afgeleid worden dat het recht op gezinshereniging niet bestaat voor:

- meerderjarige kinderen, zelfs wanneer ze ten laste van de ouders zijn en in het thuisland nog bij hen inwoonden;
- minderjarige kinderen die niet langer ten laste zijn van de ouders, zelfs als zij in het moederland bij hun ouders woonden;
- pleegkinderen die in de verwantschapsrechtelijke betekenis niet als «kinderen van de echtgenoten» kunnen worden beschouwd;

— de bijzit;

— de tweede en verdere «echtgenoten» in een polygaam gezin (men is bij ons zeker nog niet zover als men in Frankrijk blijkt te zijn, waar impliciet een recht op verblijf van de tweede echtgenote werd erkend; zie Conseil d'Etat, 11 juli 1980, *R.C.D.I.P.*, 1981, 658, met noot J.M. Bisschoff).

Vooraf uit de uitsluiting van de laatste twee categorieën blijkt in welke mate we ons gezinsmodel voorbehoedend opleggen.

F. Slotbeschouwingen

55. De gezinsrelaties en de gezinsstructuur moeten logisch aan betekenis inboeten, naargelang door de overheid meer collectief wordt voorzien in rechtstreeks-individuele elementaire sociale-zekerheidsverstrekking. Het gezin zou dan minder betekenis krijgen als zelfstandige kern van sociale-zekerheidsvoorziening en als tussenschakel voor de collectieve sociale-zekerheidsvoorziening. Het «gezin» zou dan ook een andere inhoud krijgen.

Op het eerste gezicht kan men de indruk opdoen dat, in die hypothese, alle gezinsmodellen op het grondgebied van een dergelijke staat (be)leefbaar zouden zijn, daar de overheid er dan geen belang meer zou bij hebben een bepaald model op te leggen. De overheid zou dan a.h.w. «gezinsneutraal» zijn. Men kan zelfs de indruk krijgen dat wij die weg opgaan, daar een soepeler houding tegenover bv. concubinaat en polygamie onmiskenbaar is. Deze meer permissieve houding tegenover polygamie komt trouwens louter intern tot uiting, doordat successieve polygamie veelvuldig voorkomt en het, in onze geldende rechtstechniek, mogelijk is dat een man op dezelfde dag wettige kinderen heeft bij verschillende vrouwen.

56. Het zou niettemin een illusie zijn te denken dat de overheid gezinsneutraal zou kunnen zijn in de gestelde hypothese. De rechtstreeks individuele collectieve sociale-zekerheidsvoorziening zou immers op zichzelf de gezinnen die op het grondgebied van een dergelijke staat gevestigd zijn, verregaand beïnvloeden. M.a.w., aan de territoriale beïnvloeding van het gezin en dus van hier gevestigde vreemde gezinsmodellen valt eenvoudig niet te ontkomen.

57. Men moet zich dan ook afvragen of het nog wel zinvol is hypocriet als beginsel te stellen dat vreemde gezinnen hier beheerst worden door hun eigen vreemd model, wanneer we moeten vaststellen dat in de praktijk die regel ongeveer inhoudsloos is.

Ware het niet meer verantwoord de regel op de realiteit te enten en te stellen dat de gezinsstructuur beheerst wordt door de wetgeving van het land waar het gezin effectief gevestigd is? De voordelen van eenvoud (voor de overheid) en eenvormigheid liggen voor de hand, vooral nu er toch zoveel vreemdelingen van allerlei nationaliteit op het grondgebied gevestigd zijn.

A. HEYVAERT

IMPACT VAN HET ARBEIDSRECHT EN VAN DE ARBEIDSORGANISATIE OP HET GEZINSLEVEN

*«La famille est une cour de justice qui
ne chôme ni nuit ni jour» (de Chazal)*

Uitgangspunten

1. De inrichters van het XXXe Vlaams Juristencongres stellen zich ten doel de invloed van de rechtsordening op het leven in gezinsverband te onderzoeken. Het onderhavige preadvies kreeg meer bepaald de opgave om het thema vanuit het arbeidsrecht te benaderen. Hierbij wordt uitgegaan van de positiefrechtelijke benadering van het gezin met als componenten man - vrouw - en/of kinderen en hun onderlinge relaties: andere samenlevingsvormen blijven dus buiten beschouwing wat, in tegenstelling met het sociale-zekerheidsrecht, voor het arbeidsrecht geen bijzondere gevolgen inhoudt¹. Een eerste uitgangspunt is de vraag hoe en in welke mate het arbeidsrecht en de daaraan gebonden arbeidsorganisatie invloed uitoefenen of kunnen uitoefenen op het gezinsleven. Staat m.a.w. het arbeidsrecht neutraal tegenover het gezin en zijn componenten? Houden de wetgever en de sociale gesprekspartners bij de uitwerking van arbeidsrechtelijke regelingen als dusdanig rekening met het gezin? Gaat hun aandacht niet eerder naar specifieke regelingen die op grond van diverse redenen de bescherming beogen van bepaalde categorieën van werknemers (de mannelijke, de vrouwelijke, de jeugdige?) Wordt in deze bescherming dan ook het gezinsverband waarin deze werknemers zijn opgenomen, betrokken? Indien het gezinsleven eigen verantwoordelijkheden voor deze personen doet ontstaan, moet en in welke mate kan dan in het arbeidsrecht hiermee rekening worden gehouden?

Het eerste uitgangspunt oriënteert het preadvies verder op een heel wat breder terrein, nl. welke gevolgen zal een al dan niet met bekommernis voor het gezinsleven opgesteld arbeidsrecht uitoefenen op het gezin en op welke van zijn componenten? Arbeid en zijn organisatie oefenen immers op hun beurt invloed uit op de eigen uitbouw en organisatie van het gezin. Kunnen «neutrale» arbeidsrechtelijke regelingen het gezinsleven bevorderen of integendeel verstoren? Zijn deze gevolgen van dien aard dat ze de verantwoordelijken voor het arbeidsrecht ertoe aanzetten het professioneel leven aan het gezinsleven aan te passen? Het is de preadviseur niet ontgaan dat de vragen die met dit tweede uitgangspunt (de gevolgen) rijzen, eerder op het terrein van de sociologie liggen: de binding met maatschappelijke en culturele fenomenen is hierbij evident. Indien er echter naar wordt gestreefd ook aan arbeidsrechtelijke regelingen de taak op te dragen om voor-

waarden te scheppen die gunstig zijn voor de ontplooiing van het gezin als fundamentele maatschappelijke eenheid, dan moet ook worden aangeduid wat deze ontplooiing kan beletten.

I. Object van het arbeidsrecht

2. Het arbeidsrecht wordt omschreven als dat deel van het sociaal recht dat het recht op arbeid positiefrechtelijk bepaalt door:

- de voorbereiding tot het uitoefenen van dit recht: beroepsopleiding;
- het bezorgen van arbeid: arbeidsvoorziening;
- het regelen van de arbeidsverhoudingen: arbeids-overeenkomstenrecht;
- het waarborgen van behoorlijke arbeidsvoorwaarden: arbeidsbescherming².

3. In deze positiefrechtelijke inhoud van het arbeidsrecht primeert het belang van de individuele werknemer: het staat in beginsel neutraal tegenover het maatschappelijk verband waarin deze werknemer leeft, o.m. met betrekking tot zijn gezin. Dit arbeidsrecht schept evenwel voorwaarden die de werknemer de mogelijkheid moeten bieden zijn arbeid in de gunstigste zin te verrichten: bijv. door de beroepsopleiding, die hem in staat moet stellen zijn gezin behoorlijk te onderhouden; door het arbeids-overeenkomstenrecht, waardoor zijn arbeidssituatie — en zijn loon — worden beschermd; door arbeidsbescherming, wat hem o.m. de nodige tijd oplevert om in zijn gezin te verblijven en er verantwoordelijkheden op te nemen; door zijn gezondheid te beveiligen, waardoor hij het bestaan van zijn gezin optimaal kan verzekeren en zo meer.

De voordelen die onder meer het gezin uit het arbeidsrecht kan halen, zijn op die manier afgeleide rechten die voortvloeien uit regelingen die primair op het individu zijn gericht.

4. Een soortgelijke redenering geldt voor specifieke beschermende arbeidsregelingen bestemd voor bepaalde categorieën van werknemers, nl. vrouwen en kinderen³.

Indien men deze bepaalde categorieën van werknemers situeert als componenten in een gezin met een vooropgestelde rol en verantwoordelijkheid (bijv. de vrouw als moeder) met de toekenning aan deze situatie van een spe-

¹ Zie L. DE WILDE, «Concubinaat en rechtmatig belang», R.W., 1978-19, 1681; B. DUBOIS, «De toepassing van het sociaal recht op de feitelijke scheiding en het concubinaat», in *Feitelijke scheiding, feitelijke samenleving*, Gent, 1978.

² H. LENAERTS, *Inleiding tot het Sociaal Recht*, p. 13.

³ Bijv. de regelingen m.b.t. de arbeids- en rusttijden, nacht-arbeid, verbod tot het verrichten van een bepaalde soort arbeid of verbod tot arbeid in sommige ondernemingen.

ciale bescherming, wordt hierdoor dit deel van het arbeidsrecht dichter bij het gezin gebracht⁴.

5. Zo ten slotte een specifiek beleid wordt gevoerd tot aanpassing van het arbeidsrecht aan de situatie van werknemers met familiale verantwoordelijkheid, wordt aan het arbeidsrecht naast de bescherming van de individuele werknemer de opdracht gegeven óók voor de noden van het gezin oog te hebben⁵.

6. De tweede component van het sociaal recht, nl. het recht op bestaanszekerheid, is uiteraard duidelijker gericht op het gezin aangezien het de nodige middelen waarborgt om in eigen onderhoud en in dat van het gezin te voorzien. Het recht op bestaanszekerheid is dan aanvullend op het recht op arbeid, zo door arbeid het individu niet of onvoldoende in dit levensonderhoud kan voorzien⁶.

II. In hoeverre is het arbeidsrecht «neutraal» jegens het gezin?

7. Zoals uiteengezet primeert in het arbeidsrecht de bescherming van de arbeid op zichzelf, ongeacht of de werknemer een man of een vrouw is, gezinshoofd of niet; de mogelijke band van de arbeid met het gezin wordt bijgevolg principieel geneutraliseerd. De reden hiervoor ligt voor de hand: een wettelijke regeling van de arbeid die rekening zou houden met de gezinstoestand — en de daaraan verbonden lasten —, zou de kosten van de productiefactor arbeid beïnvloeden door toevoeging van een element dat geen verband houdt met het economisch nut van deze factor.

Uiteindelijk is dit in het voordeel voor de werknemers met gezinslast vermits ze anders in een minder gunstige positie zouden staan ten opzichte van collega's zonder deze last; laatstgenoemden zouden ongetwijfeld bij voorkeur worden tewerkgesteld⁷.

Enkele zeldzame arbeidsrechtelijke regelingen houden nochtans de mogelijkheid in om met de gezinssituatie rekening te houden: zo bepaalt art. 12 van de in de N.A.R. afgesloten C.A.O. nr. 9 «dat de te volgen algemene criteria in geval van afdanking of wederaanwerving wegens economische of technische omstandigheden zullen vastgesteld worden door de ondernemingsraad»⁸...

⁴ Zie bijv. het verslag aan de Koning bij de Vrouwenarbeitswet 1967, waarin de overweging voorkomt dat de bescherming van de werkende vrouw in de eerste plaats verband moet houden met de rol die de vrouw als moeder en in het gezin vervult: *B.S.*, 27 oktober 1967, p. 1189.

⁵ Zie infra nr. 18 met betrekking tot het C.A.O.-Verdrag nr. 156.

⁶ Zie het preadvies van P. SENAËVE, «De sociale zekerheid in verhouding tot het gezin».

⁷ Zie een soortgelijke redengeving in de uitwerking van bepaalde sociale-zekerheidsregelingen zoals bijv. de kinderbijslag; lees hierover meer bij LENAERTS, *o.c.*, p. 133. Zie eveneens in dezelfde zin het vonnis van de Arbeidsrechtbank te Brussel van 27 maart 1981 (*J.T.T.*, 1981, 230), waarin met de gezinstoestand geen rekening wordt gehouden als beoordelingscriterium voor het berekenen van de compensatoire opzeggingsvergoeding.

⁸ C.A.O. nr. 9 van 9 maart 1972 houdende ordening van de in de N.A.R. gesloten nationale akkoorden en C.A.O.'s betreffende de ondernemingsraden.

De gezinssituatie van de met ontslag bedreigde werknemers zou bijgevolg als objectief criterium in aanmerking kunnen komen, wat in de praktijk van sommige ondernemingsraden schijnt te gebeuren. In beperkte materies kan het conventioneel arbeidsrecht ongetwijfeld originele formules uitwerken waarbij het gezinsbelang zou primeren⁹. Toch zal dit vrij uitzonderlijk blijven.

8. Bepaalde arbeidsrechtelijke regelingen plaatsen zich echter in een breed maatschappelijk kader waarbij aan het gezin een grotere aandacht wordt besteed.

Zo beteugelen de eerste wetten op de vrouwen- en kinderarbeid (1889) en op de zondagrast (1905), als politiewetten, toestanden die maatschappelijk als onduelbaar werden aangevoeld. Uit de parlementaire voorbereiding en bespreking van de eerste vrouwen- en kinderarbeidswet blijkt de zorg tot bescherming van de rol van de vrouw die de maatschappij haar in het gezin toekent¹⁰.

Een gelijkaardige bekommernis ligt ten grondslag aan het Internationaal Verdrag van Bern (1906) op het verbod van nachtarbeid voor vrouwen¹¹. Deze «ratio legis» wijst sprekend op de dubbele rol waarvoor de vrouw zich geplaatst ziet: én als werkneemster én als echtgenote en moeder in een gezin, met de noodzaak deze dubbelfunctie speciale bescherming te verlenen¹². Dit leidt tot een volgens het geslacht sterk gedifferentieerde inbreng van de echtgenoten in het gezin: beperking van de gezins-externe rol van de vrouw en omgekeerd voor de man. Deze opvatting over het gezin heeft ongetwijfeld het overheidsbeleid op fiscaal, burgerlijk en sociaal gebied beïnvloed: tevens is het een feit dat het fundamenteel arbeidsrecht tot stand kwam in een periode waarin voornoemd gezinsbeeld sterk werd verdedigd.

Samengevat mag worden gesteld dat de arbeid buitenshuis van de gehuwde vrouw — vooral met jonge kinderen — lange tijd en tot op zekere hoogte ook nu nog als een maatschappelijk probleem gesteld werd en wordt¹³. De toenemende inschakeling van de vrouw in het arbeids-

⁹ Lees hierover meer bij E. LÉBOUCQ en S. LIEVENS, «Selectie bij ontslag van werknemers: psychologische en juridische aspecten», ter perse in het *R.W.*.

¹⁰ «Reconstituer pour l'ouvrier la vie de famille et sauver ses enfants (...) rendre la femme à sa mission sociale (...) la destinée de la femme est d'être épouse et mère dans la classe ouvrière comme dans la classe bourgeoise» (*Parl. Hand., Kamer*, 20 augustus 1889, interventie van minister Lejeune, p. 1707-1708); «en prenant des mesures en faveur des femmes exposées plus que les hommes, à épuiser leurs forces et leur santé et à compromettre ainsi le rôle des mères de famille qui leur est assigné dans la famille» (*Parl. Hand., Senaat*, 13 november 1889, p. 8); «Si l'on veut ensuite réfléchir à la situation faite à toute une famille d'ouvriers par l'absence de la femme, de la mère pendant la nuit, on voit s'ouvrir une perspective (...) devant laquelle tout homme sérieux est contraint d'avouer qu'un tel régime entraîne fatalement la ruine du foyer domestique» (*Parl. Hand. Senaat*, id. p. 16).

¹¹ Rapport dr. BAUER, Ièna 1903, Paris, Le Soudiz, XL11, 384 p.

¹² Zie DUMON, «De arbeid van de gehuwde vrouw met gezinslasten», in *Vrouw en gezin*, K.U.L., 1975.

¹³ Daaraan wordt het arbeidsgedrag van de gehuwde vrouw in al zijn negatieve facetten gebonden (discontinuïteit van de loopbaan, absentisme enz.); zie HUYSE, «De gehuwde vrouw in de onderneming», in *Politica* 16 (1966) 2/3 - 36 - 56-109 - 125.

proces¹⁴ waardoor de dubbelfunctie zich duidelijker manifesteerde, bracht de wetgever ertoe meer aandacht te besteden aan de vrouw niet alleen als werkneemster doch evenzeer als echtgenote en moeder.

Dit heeft tot gevolg dat door de vrouw, als component van het gezin, het arbeidsrecht aandacht gaat besteden aan de familie, doch daarom niet altijd op even consequente wijze. Naargelang de wetgever een bepaalde doelstelling wil bereiken, zal de positie van de vrouw in het arbeidsproces worden verstrekt of verzwakt met parallelle benadrukking of versoepeling van haar rol binnen het gezin: de arbeidspositie van de vrouw met de daaraan verbonden arbeidsrechtelijke regeling werd en wordt inderdaad nog steeds sterk bepaald door het type van tewerkstellingsbeleid dat wordt gevoerd¹⁵. Hoogconjunctuur met sterk arbeidsaanbod ondersteunt de oproep tot inschakeling van de vrouwen in het arbeidsproces met als gevolg een «verzachting» van de belemmeringen die een evenwaardige behandeling met de mannen in de weg staan; crisistijd leidt tot een omgekeerde tendens, met aanvoering van allerlei argumenten van sociologische en familiale aard, die de vrouw ertoe moeten aanzetten in de eerste plaats haar rol als opvoedster en verantwoordelijke voor het gezin op te nemen. De crisisjaren 1930-1939 leveren hiervoor sprekende voorbeelden¹⁶. De arbeidsbeperking voor vrouwen leidt eveneens tot reflexies omtrent het *gezinsloon* dat naast het individuele loon (van de man) eveneens een premie voor de moeder aan de haard, een zwangerschaps- en geboortepremie, kinderbijslagen, huisvestingstoelagen, S.P.T.'s en zo meer zou moeten omvatten¹⁷. Dit leidt tot allerlei maatregelen¹⁸ die de vrouw moeten aanzetten tot exclusieve ontferming over haar gezin doch vooral moeten bijdragen tot ontspanning van een kritische arbeidsmarkt. Zeer recent kwam bij de wettelijke regeling van de deeltijd arbeid een soortgelijke bekommernis tot uiting¹⁹. De beperkte opzet van dit preadvies laat niet toe deze vaststelling verder uit te werken. In elk geval wordt hierbij duidelijk dat het probleem van de verhouding van het arbeidsrecht tot het gezin noodgedwongen voert:

1° tot de positie van de werkneemster — vooral als echtgenote en moeder — in het arbeidsrecht en

2° tot analyse van de elasticiteit waarmee het gevoerde arbeidsbeleid met familiale argumenten weet om te gaan;

¹⁴ Zie onder meer: *Vrouwen in de E.E.G.*, Commissie 1980; *De arbeidsparticipatie van de gehuwde vrouw* (Pauwels K.) rapport 21/1978, C.B.S.G., Min. Volksgezondheid en Gezin; *Rapport sur le rôle économique de la femme dans la région de la C.E.E.*, Copenhaghe, Conférence mondiale (...) des N.U. pour la femme, 14-30, juillet 1980 nr. 80/03813; DE JAEGER, «De vrouw in het arbeidsproces», *R.W.*, 1977-78, 1330-1333.

In België is het aandeel van werkende vrouwen zonder kinderen ongeveer gelijk aan dat van vrouwen met kinderen; zie *Revue du Travail*, maart 1976.

¹⁵ E. LAMBRECHTS, *Vrouwenarbeid in België. Het tewerkstellingsbeleid inzake vrouwelijke arbeidskrachten 1930-1972*, Centrum voor Bevolkings- en Gezinsstudien, Ministerie van Volksgezondheid en van het Gezin, Rapport 31/1979, blz. 38.

¹⁶ R. VAN DER STEICHEL, «De vrouwelijke werkneemster in de werkloosheid», *R.W.*, 1980-81, 685.

¹⁷ VAN DER STEICHEL, *o.c.*, kol. 689.

¹⁸ O.m. de vergoeding voor de moeder aan de haard 1949.

¹⁹ Zie infra nr. 20.

het invoeren van het gezinsbelang kan aldus economische vereisten maskeren.

III. Enkele arbeidsrechtelijke regelingen en hun gezinsgebondenheid

9. Zoals hierboven is besproken, kenmerken bepaalde arbeidsrechtelijke regelingen die rechtstreeks of onrechtstreeks het gezin willen beveiligen, zich door hun gerichtheid op de vrouwelijke werkneemster: centraal staat hierbij haar taak als moeder en echtgenote in het gezin of haar door de natuur opgedrongen rol als toekomstige moeder.

Deze bezorgdheid blijkt vooreerst uit het internationaal sociaal recht. We vermelden onder meer:

— het reeds geciteerde Verdrag van Bern 1906 op het verbod van nachtarbeid voor vrouwen;

— het I.A.O.-Verdrag nr. 89 van 9 juli 1948 betreffende de nachtarbeid voor vrouwen werkzaam in de nijverheid²⁰;

— het I.A.O.-Verdrag nr. 35 (1935) dat vrouwenarbeid verbiedt in mijnen en ondergrondse werken;

— het recente I.A.O.-Verdrag nr. 156 (1981) betreffende de gelijke behandeling van werknemers met familiale verantwoordelijkheden²¹;

— het Europees Sociaal Handvest (1961) dat het recht van vrouwelijke werknemers op bescherming waarborgt²². Dit handvest verleent aan het gezin recht op sociale, wettelijke en economische bescherming en kent aan moeders en kinderen een soortgelijke bescherming toe (artt. 16 en 17).

Voornoemde internationale regelingen betreffen duidelijk het gezin bij de bescherming, o.m. door beveiliging van de nachtarbeid en het moederschap. Deze verdragen zetten de Staten aan tot het ondernemen van acties om de nagestreefde doeleinden in positief recht om te zetten. België heeft regelmatig aan deze verwachtingen gevolg gegeven.

Het interne recht maakt een onderscheid tussen beschermende regelingen die respectievelijk de vrouw, de echtgenote en de moeder omvatten.

Bescherming van de vrouw

10.a) Deze wordt in de eerste plaats verzekerd door *verbodsbepalingen* die de vrouw de toegang tot en de uitoefening van bepaalde arbeid verbieden om gezondheidsoverwegingen. De huidige regelingen liggen vervat in de Arbeidswet van 16 maart 1971²³ en het K.B. van 24 december 1968 betreffende de vrouwenarbeid.

b) De Arbeidswet regelt eveneens de *nachtarbeid*; de definitie en het verbod van zulke arbeid is zowel voor mannen als vrouwen gelijk²⁴; de toegestane afwijkingen zijn echter verschillend voor mannelijke werknemers andere dan jeugdigen enerzijds en werkneemsters en jeugdi-

²⁰ Dit verdrag herzielt de reeds eerder getroffen Verdragen nr. 86 en nr. 41.

²¹ Zie infra nrs. 12/d/1 en 18.

²² Deel I, punt 8 en artikel 8.

²³ Zie de artt. 8, al. 1, en 10.

²⁴ Art. 36, § 1, voor vrouwen; art. 37, eerste lid, voor mannen.

gen anderzijds. In hun advies over de bepalingen van de nachtarbeid, wezen de C.V.A. en de N.A.R. op het volgende:

— de uitsluitingen uit en de afwijkingen van het beginsel waarbij nachtarbeid verboden is, waarin zonder meer voor de mannelijke werknemers is voorzien, hebben meestal een zeer algemene en niet beperkende strekking en bestrijken een grote verscheidenheid van sectoren of van werkzaamheden;

— de gevallen waarbij nachtarbeid wordt toegelaten, zijn duidelijk beperkter in aantal voor de vrouwen;

— in de mate dat de machtiging om nachtarbeid te verrichten betrekking heeft op dezelfde categorieën van functies of van beroepen voor mannen en vrouwen, stelt men vast dat, in talrijke gevallen, de nachtarbeid zonder beperking wordt toegestaan voor de mannen terwijl die nachtarbeid voor de vrouwen, behoudens uitzondering, wordt begrensd tot bepaalde uren;

— in sommige gevallen blijft nachtarbeid voor de vrouwen verboden, maar worden de uren grenzen van de nachtarbeid versoepeld, wat in de praktijk erop neerkomt dat een beperkte afwijking wordt toegestaan²⁵. In het licht van de evoluerende attitudes ten opzichte van de vrouwenarbeid, vooral onder het impuls van het belangenfeminisme²⁶, wordt dit soort beschermende wetgeving als bemerkerend gevoeld in het streven naar een gelijke behandeling van mannen en vrouwen; zowel de internationale regelingen als de nationale die deze bescherming handhaven, worden ter discussie gesteld.

Aangezien de opheffing van deze regelingen een weerslag op het gezinsleven kunnen hebben, is het van belang daarop verder in te gaan²⁸.

c) Anderzijds wordt de vrouw beveiligd door bepalingen houdende een gelijke behandeling zowel m.b.t. de toegang tot arbeid, de beroepsopleiding en de promotie evenals de arbeidsvoorwaarden.

Het verwijderen uit het arbeidsrecht van voor de vrouw discriminerende bepalingen zal echter de traditionele structuur van het gezin diepgaand beïnvloeden, onder meer door opheffing van het «klassiek» rollenpatroon.

Zowel de positiefrechtelijke als de conventionele regelingen werden — en worden — grondig herzien in het licht van de gelijke behandeling. Vooral onder impuls van E.E.G.-richtlijnen, werd onder meer het volgende verwezenlijkt:

— de wet van 4 augustus 1978 op de economische heroriëntatie die — op de valreep — een aparte titel kreeg over de gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen (titel V)²⁹;

— de C.A.O. nr. 25 gesloten in de N.A.R. op 15 oktober 1975 betreffende de gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers³⁰. De thans lopende discussie omtrent het al dan niet behoud van sommige beschermende maatregelen tegenover de vrouw, steunt vooral op de toepassing van voornoemde wet van 4 augustus 1978³¹.

Bescherming van de echtgenote(n)

11. Het feit te huwen mag zowel voor de man als de vrouw geen beletsel uitmaken tot de opname en de bevestiging in het arbeidsproces. Ingevolge art. 36 van de Arbeidsovereenkomstenwet 1978 zijn bedingen waarbij wordt bepaald dat het huwelijk een einde maakt aan de overeenkomst, nietig³². Het Hof van Cassatie bevestigde de algemene draagwijdte en het dwingend karakter van deze bepaling³³. In zijn aan het arrest van 12 januari 1977 voorafgaand advies wijst adv.-gen. Dumon op het verbod van clausules houdende een ontbindende voorwaarde waarbij de arbeidsovereenkomst van rechtswege wordt verbroken zodra de werknemer zich in een persoonlijke of gezinstoestand bevindt die onverenigbaar is met religieuze of filosofische opvattingen van de werkgever, dit ongeacht het type van huwelijk voor zover het bij de wet geoorloofd is³⁴. Ook kan elk door de wet geoorloofd huwelijk op zichzelf geen dringende reden uitmaken in de zin van de Arbeidsovereenkomstenwet. Aangezien echter deze wet geen verplichting tot motiveren oplegt voor het beëindigen van de overeenkomst, blijft de werkgever vrij, op grond van persoonlijke redenen, een einde te maken aan de arbeidsrelatie. Gezinstoestanden in de meest brede zin kunnen hierbij doorwegen. Het invoeren van de motiveringsplicht zou ongetwijfeld ook hier een oplossing kunnen brengen. Dit ligt volkomen in de lijn van hetgeen de I.A.O.-aanbeveling nr. 119 voorschrijft, nl. verwijzing naar de echtelijke staat kan geen geldig motief uitmaken³⁵. Het besproken art. 36 Arbeidsovereenkomstenwet heeft betrekking op de beëindiging van de overeenkomst om reden van het huwelijk; doch dit laatste kan eveneens tot discriminatie aanleiding geven ten opzichte van de toegang tot of de promotie binnen het arbeidsproces waarbij vooral huwbare of gehuwde vrouwen wegens hun toekomstige of actuele gezinsverantwoordelijkheid worden getroffen³⁶.

De principiële vrijheid van de werkgever op dit domein biedt echter weinig ruimte tot aangepaste en precieze re-

³⁰ Cfr. E.E.G.-richtlijn van 10 februari 1975, *P.B.*, L., 19 februari 1975 en 45/19.

³¹ Zie infra nrs. 13 e.v.

³² Dit artikel geldt slechts voor werknemers en werkgevers verbonden door een arbeidsovereenkomst, dus niet voor bijv. statutair benoemd overheidspersoneel (zie Cass., 25 juni 1979, *R.W.*, 1979-80, 183 en de conclusie van adv.-gen. Lenaerts).

³³ Cass., 12 januari 1977, *J.T.T.*, 1977, 152; 25 juni 1979, *R.W.*, 1979-80, 183.

³⁴ Bijv. huwelijk na echtscheiding, eerste en opeenvolgende huwelijken, huwelijken met uit de echt gescheiden persoon.

³⁵ Recommendation concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur, 5 juin 1963, art. 3 (c). Zie B. DUBOIS, «Het willekeurig ontslag...», in *Sociaal Recht*, R.U.G., 1976, 55-95.

³⁶ Een impliciet voorbeeld van discriminatie t.o.v. huwbare vrouwen wordt geleverd in het arrest Europees Hof van Justitie van 11 maart 1981 (*Lloyds Bank*), *J.T.T.*, 1981, 162.

²⁵ C.V.A.-advies nr. 18/3 van 18 mei 1981, p. 15; advies N.A.R. nr. 692, 5 mei 1981, p. 21.

²⁶ Bewegingen die via de aanpassing van de wetgeving streven naar een leefwijze voor vrouwen die gelijkwaardig is aan die der mannen; zie SLINGERLAND in *Vrouw en Gezin*, K.U.L., 1975, p. 105.

²⁷ Zie VALTICOS, *International Labour Law*, Kluwer p. 452 e.v.

²⁸ Zie infra nrs. 13 e.v..

²⁹ Praktisch gelijklopend met de E.E.G.-richtlijn van 9 februari 1976, *P.B.L.*, 14 februari 1976, nr. 39/40.

glementering. Mogelijk kan de wet van 4 augustus 1978³⁷ inspirerend werken waar ze in artikel 118 bepaalt dat het beginsel van de gelijke behandeling in de zin van titel V van de wet inhoudt dat iedere vorm van discriminatie op grond van het geslacht uitgesloten is hetzij direct, hetzij indirect door verwijzing naar de *echtelijke staat* of de *gezinssituatie*.

Werkaanbiedingen en advertenties mogen dus niet zinspelen op deze staat of situatie van de kandidaten, tenzij dergelijke voorwaarden voor beide geslachten worden gesteld³⁸.

Doch hoe kan concreet worden nagegaan (en eventueel gesanctioneerd) of de werkgever in zijn uiteindelijke beslissing al dan niet met zulke criteria rekening heeft gehouden? Het betreft hier een vrij ingewikkelde problematiek, die grotendeels gebonden ligt aan mentaliteiten en vooral aan economische imperatieven die arbeidsonderbrekingen, veroorzaakt door belangrijke gezinsgebeurtenissen (geboorte, opvoeding, ziekte van kinderen enz.), willen vermijden.

Vermelden we ten slotte dat het burgerlijk recht de keuzevrijheid van beroep en van het beroepsinkomen van elk der echtgenoten binnen het gezinsbelang plaatst³⁹.

De bescherming van de vrouw als moeder

12. De vrouwelijke werknemer geniet zowel vóór, tijdens en na de zwangerschap een speciale bescherming tegen toestanden of beslissingen die haar moederschap c.q. haar arbeidssituatie in gevaar of in het gedrang kunnen brengen⁴⁰.

Internationale normen erkennen de noodzaak van zulk een bescherming, die niet als een discriminatie ten opzichte van de vrouwelijke werknemers wordt beschouwd⁴¹.

Het intern recht concretiseert de bescherming:

1° door maatregelen die het verbod opleggen bepaalde arbeid te verrichten of te laten verrichten (Arbeidswet, art. 71);

2° door verzekering van het inkomen uit arbeid dat normaliter wegens zwanger- en moederschap wordt onderbroken (Arbeidsovereenkomstenwet, art. 78);

3° door het verbod tot ontslag dat zijn redegeving op dezelfde gronden zou doen steunen (Arbeidswet, art. 71);

4° door beroepsloopbaanonderbreking of ouder-schapsverlof voor opvoeding of verzorging van het kind (schaarse en fragmentaire conventionele regelingen voor

de privé-sector; volledige regeling voor de openbare sector).

Het geheel van deze regelingen beschermt weliswaar grotendeels de vrouw zelf, doch evident komt dit eveneens het gezin ten goede.

a) De Arbeidswet laat toe de arbeidsvoorwaarden van de zwangere werkneemster te wijzigen door bepaalde arbeid te verbieden of meer aangepaste arbeid op te leggen⁴² terwijl het arbeidsovereenkomstenrecht de overeenkomst schorst gedurende de periodes van verlof en arbeids-onderbreking wegens zwanger- en moederschap⁴³. Naar analogie met het zwangerschapsverlof zou voor adoptanten een aangepaste regeling voor adoptieverlof wenselijk zijn⁴⁴.

b) Tijdens en na de zwangerschap wordt het inkomen van de zwangere of bevallen werkneemster, gedurende veertien weken praktisch integraal verzekerd⁴⁵.

c) Artikel 40 Arbeidswet beperkt het ontslagrecht van de werkgever vanaf het ogenblik waarop hij werd ingelicht omtrent de zwangerschap, tot één maand na afloop van de postnatale rust, behalve om redenen die vreemd zijn aan de beschermde lichamelijke toestand. Eveneens verbiedt artikel 36 van de Arbeidsovereenkomstenwet het beding waarbij moederschap een einde aan de overeenkomst maakt. Het beginsel van de gelijke behandeling in de zin van artikel V wet 4 aug. 1978 verzet zich eveneens tegen elke vorm van uitsluiting op grond van zwangerschap⁴⁶.

Het verzwijgen van de zwangerschap bij de aanwerving kan eveneens op zichzelf geen dringende reden tot verbreking van de overeenkomst uitmaken: weliswaar kan dit een foutieve handeling uitmaken doch niet in zulke mate dat het de arbeidsverhouding verder onmogelijk maakt. Dit blijkt uit een vonnis van de Arbeidsrechtbank te Gent⁴⁷, dat nadruk legt op de bijzondere bescherming die de wetgever aan de zwangerschapstoestand heeft willen verlenen. Deze rechtspraak ligt volkomen in de lijn van het I.A.O.-Verdrag nr. 156⁴⁸ doordat het de vrouw beschermt tegen discriminatie bij de aanwerving op grond van haar mogelijk moederschap (art. 7). Samen met de schorsingsregelingen levert die rechtspraak aan de moeder de waarborg dat haar moederschap, essentieel element in

³⁷ Zie nr. 10, c.

³⁸ Min. Tewerkstelling & Arbeid, *Hoe stelt men een werkaanbieding op die niet discriminerend is?*, Brussel, 1979, p. 7, punt 2.8; zie ook verder nr. 12, c, het vonnis Arbrb. Gent, 18 mei 1981.

³⁹ Artt. 216 en 217 B.W.

⁴⁰ Vrouwelijke zelfstandigen vallen buiten deze regelingen: over de hierbij opgeroepen vragen lees: «Le travail des femmes indépendantes», door BLANCHE SOUSSI-ROUBI, commission de la C.E.E., 1981, ref. V/845/81F, vooral p. 26.

⁴¹ Zie bijv. Deel I, punt 8, artt. 8 en 17, Europees Sociaal Handvest. Zie de E.E.G.-verordening van 9 februari 1976 gecit.. Zie ook de resolutie Europees Parlement over de positie van de vrouw in de E.E.G., 11 febr. 1981, P.B., 9 maart 1981, C. 50/24, punt 13.

⁴² Artt. 39 tot 45 Arbeidswet. Zie ook het verbod tot overwerk (art. 29, § 2, Arbeidswet). Bepaalde werkneemsters worden uit deze bescherming uitgesloten: leidinggevend personeel, overheidspersoneel enz. (cf. hoofdst. III, sectie II, Arbeidswet).

⁴³ Art. 28, 2°. De schorsingsperiodes worden door art. 39 Arbeidswet bepaald. Een soortgelijke regeling geldt voor het overheidspersoneel: zie bijv. art. 7 K.B. 1 juni 1964 houdende het verlof van het overheidspersoneel.

⁴⁴ Reeds geregeld voor het overheidspersoneel: zie K.B. 7 maart 1977 en 24 nov. 1978. Voor de werkneemsters zie men het wetsvoorstel De Meester, *Parl. St., Kamer*, 1980-81, nr. 694/1.

⁴⁵ Arbeidsovereenkomstenwet artt. 55 en 76. De loondervergoeding is gelijk aan maximum 79,50% van het begrensde loon, wat neerkomt op uitbetaling van het nettoloon dat de werkneemster normaal zou hebben ontvangen. Zie art. 56, § 1, vijfde lid, wet 9 augustus 1963 en het K.B. 1 juli 1975, art. 1 (R.I.Z.I.V.). Voor het overheidspersoneel zie art. 8 K.B. 1 juni 1964. Zelfstandigen: het K.B. van 20 juli 1971 beschouwt het moederschap niet als een arbeidsongeschiktheid.

⁴⁶ Zie nr. 11.

⁴⁷ 18 mei 1981, R.W., 1981-82, 1426.

⁴⁸ Zie infra nr. 12, d, 1.

de gezinsvorming, haar intrede en handhaving in het arbeidsproces niet in gevaar kan brengen.

Ten slotte begunstigt de regeling omtrent het klein verlet, weliswaar op bescheiden wijze, de betrokkenheid van de echtgenoot bij de bevalling van de echtgenote door het verlenen van een recht op korte afwezigheid op het werk met behoud van loon⁴⁹.

d) Regelingen betreffende beroepsloopbaanonderbreking of ouderschapsverlof zijn klaarblijkelijk in het voordeel van het gezin, doch geven eveneens aanleiding tot ernstige problemen in het vlak van de continuïteit van de loopbaan met aantasting van de promotiekansen en het behoud van de verworven rechten; eveneens plaatsen ze de onderneming of de dienst voor niet te onderschatten organisatieproblemen.

Opvallend is hier het verschil in regeling tussen de privé en de publieke sector.

1. Privé-sector

In de regel zullen werknemers die zich over een betrekkelijk lange periode, na de schorsing van de overeenkomst wegens moederschap, uitsluitend met het gezin willen bezighouden, hun overeenkomst volgens de gewone regeling moeten opzeggen. Het interprofessioneel akkoord van 10 februari 1975 bepaalt weliswaar dat het de werknemer moet toegelaten zijn «het werk te verlaten om dwingende familiale redenen», evenwel zonder recht op loon⁵⁰. Bepaalde C.A.O.'s regelen deze afwezigheid doch doorgaans beperkt het toegelaten werkverlet zich tot de tijd die absoluut nodig is om dringende maatregelen te treffen t.o.v. het familiaal of sociaal probleem⁵¹.

Conventionele regelingen omtrent het zg. familiaal verlof zijn dus vrij fragmentair en beperkt; wettelijke regelingen ontbreken helemaal. Dit is des te opvallender bij vergelijking met wat bijvoorbeeld voor het politiek verlof is geregeld⁵².

Toch wordt de behoefte aan aanvulling van het arbeidsrecht met dergelijke regelingen sterk gevoeld. Daarvan getuigen de diverse parlementaire initiatieven waarbij wel telkens onderscheid wordt gemaakt tussen korte schorsingen van de overeenkomst (bijv. wegens ziekte e.a. van het kind) en lange schorsingen (ouderschapsverlof gewijd aan de permanente opvoeding en het grootbrengen van kinderen); deze regelingen betrekken telkens de beide ouders in de toekenning van het verlof.

Geen enkel van deze voorstellen bracht het tot nu toe tot een goed einde⁵³. Bij de bespreking ervan wordt wel-

iswaar de grootmoedigheid van de idee erkend, doch als onrealistisch afgewezen, terwijl eveneens wordt benadrukt dat te lange schorsingen — die vooral door de moeder zullen worden gevraagd — belemmeringen uitmaken voor het normale verloop van de loopbaan en het behoud van de promotiekansen⁵⁴. Uiteindelijk blijkt de financiering van de loondervingsvergoeding tijdens deze verlofperiodes een belangrijke hindernis uit te maken⁵⁵. Aan de toekenning van langdurig ouderschapsverlof is eveneens het probleem verbonden van de wederopneming van de betrokken werknemers in het arbeidsproces na uitputting van dit verlof.

Het probleem is erg complex en blijkt vooral de werknemers aan te belangen⁵⁶.

De hele problematiek omtrent het ouderschapsverlof is uiteindelijk het spiegelbeeld van de moeilijkheden die telkens oprijzen bij het harmonisch laten samengaan van beroeps- en gezinsbelangen. Economische imperatieven wegen eveneens sterk door, wat betekent dat niet veel ruimte — althans voor het bedrijfsleven — tot concretisering openstaat.

Op dit nochtans behartenswaardig domein zal wellicht het gezinsbelang blijven stoten hetzij op het belang van de onderneming hetzij op dat van de werknemer zelf, om niet te gewagen van de financiële weerslag die zulke regelingen ongetwijfeld zullen uitlokken.

Op internationaal niveau wordt nochtans sterk aangehouden op aanpassing van het professioneel leven aan dat van het gezin, onder meer door toekenning van het familiaal verlof.

Het I.A.O.-Verdrag nr. 156 van 1981⁵⁷ verplicht de Staten tot het voeren van een specifiek beleid in die richting: «Toutes les mesures compatibles avec les conditions et possibilités nationales, entre autres des mesures dans le domaine de l'orientation et de la formation professionnelles, doivent être prises pour permettre aux travailleurs ayant des responsabilités familiales de s'intégrer dans la

Parl. St., Senaat, B.Z. 1979, nr. 132/1. Zie ook het advies C.V.A. nr. 4 van 26 mei 1975. Voorstellen van «het lange type» (ouderschapsverlof): De Meester, *Parl. St., Kamer*, 1977-78, nr. 94/1; amendement Goor ingediend op het wetsontwerp Arbeidsovereenkomstenwet, 6 nov. 1974; afwijzing op 24 feb. 1981 door le Conseil Commun. française van het voorstel Mathieu «instituant le congé parental d'éducation...».

⁵⁴ Zie de adviezen N.A.R. nr. 489 van 26 juni 1975 en C.V.A. nr. 3 van 26 mei 1975 en nr. 14 van 26 mei 1978.

⁵⁵ Zie vooral het voornoemd advies C.V.A. nr. 14 en de motivering tot afwijzing van het ontwerp-decreet Mathieu door le Conseil Commun. française op 24 feb. 1981. Evenwel zouden de door ouderschapsverlof vrijgekomen plaatsen tijdelijk door werklozen kunnen worden ingenomen, wat een gunstige weerslag op de financiering zou kunnen hebben.

⁵⁶ Zie o.m. het advies N.A.R. nr. 489 van 26 juni 1975. Zo heeft onder meer de Europese Ministerraad op 20 dec. 1977 beslist acties te ondernemen ten gunste van zulke werknemers door middel van tussenkomsten van het Europees Sociaal Fonds. Het V.B.O. heeft ook in 1976 een aanbeveling aan haar leden gericht tot voorrangverlening bij wederindienstneming na onderbreking wegens familiaal verlof.

⁵⁷ Convention concernant l'égalité de chances et de traitement pour les travailleurs des deux sexes: travailleurs ayant des responsabilités familiales. Aangenomen door de Conferentie op 3 juni 1981.

⁴⁹ K.B. 28 augustus 1963.

⁵⁰ Daarbij wordt naar middelen gezocht om de afwezigheidsdagen voor de toepassing van de sociale wetgeving gelijk te stellen met arbeidsdagen: zie het K.B. 12 juli 1976.

⁵¹ Zie bijv. C.A.O. van 26 juni 1980, inrichtingen niet onderworpen aan de wet op de ziekenhuizen, algemeen verbindend verklaard bij K.B. 2 okt. 1980, B.S., 4 dec. 1980; C.A.O. van 29 sept. 1980, grote kleinhandelzaken, algemeen verbindend verklaard bij K.B. 13 juli 1981, B.S., 28 aug. 1981.

⁵² Wet 19 juli 1976 en de K.B.'s van 22 feb. 1976 en 31 mei 1977 voor de waarborg van het loon tijdens dit verlof.

⁵³ Voorstellen van «het korte type»: Mathieu-Mohin tot toekenning van een verlof om gezinsredenen wegens ziekte van het kind, *Parl. St., Kamer*, 1974-75, nr. 358/1; id. Mathieu-Mohin,

population active, de continuer à en faire partie et de reprendre un emploi après une absence due à ces responsabilités» (art. 7). Deze verplichting wordt in de aanbeveling nr. 165 verder gepreciseerd⁵⁸.

In haar voorbereidend verslag op het ontwerp van het Verdrag nr. 156 stelt de B.I.T. vast dat in verschillende landen, hetzij wettelijk hetzij bij C.A.O., dergelijke regelingen zijn uitgewerkt⁵⁹.

In tegenstelling met de privé-sector beschikt de overheidssector sedert kort over een uitgebreide regeling betreffende het verlof om familiale redenen, welke volledig in overeenstemming is met het door het I.A.O.-Verdrag nr. 156 opgelegde beleid.

2. Overheidssector

Het statuut van het overheidspersoneel omvat thans een volwaardige regeling omtrent het ouderschapsverlof⁶⁰. Bij geboorte van een kind kan de ambtenaar aanspraak maken op een niet vergoed ouderschapsverlof van drie maanden, te gebruiken binnen het jaar na de geboorte, met gelijkstelling van dit verlof met een periode van dienstactiviteit⁶¹. Dringend familiaal verlof voor maximum twee maanden of 45 werkdagen per jaar wordt eveneens toegestaan, voor zover zulks niet tegen het belang van de dienst ingaat. In dezelfde lijn als voorgesteld door het I.A.O.-Verdrag nr. 156 wordt de stand van beschikbaarheid van het Rijkspersoneel aangepast aan onderbrekingen wegens persoonlijke aangelegenheden⁶². Ten slotte werd de afwezigheid van lange duur gewettigd door familiale redenen naar hogere normen opgetrokken⁶³. Het geheel van deze regelingen past eveneens in het beleid van de gelijke behandeling aangezien het ouderschapsverlof zowel aan de vader of de moeder kan worden toegekend wat — althans in theorie — het gevaar van discriminatie uitsluit⁶⁴.

⁵⁸ «La mère ou le père devrait, au cours d'une période suivant immédiatement le congé de maternité, pouvoir obtenir un congé (congé parental) sans perdre son emploi, les droits afférents à celui-ci étant préservés (2). La durée de la période suivant le congé de maternité et celle du congé auquel se réfère le sous-paragraphe ci-dessus ainsi que les conditions afférentes à ce congé devraient être fixées dans chaque pays par l'un des moyens visés au paragraphe 3 de la présente recommandation (3). Le congé visé au sous-paragraphe ci-dessus pourra être introduit de manière progressive.»

«Un travailleur, homme ou femme, ayant des responsabilités familiales à l'égard d'un enfant à charge devrait pouvoir obtenir un congé en cas de maladie de celui-ci (2). Un travailleur ayant des responsabilités familiales devrait pouvoir obtenir un congé en cas de maladie d'un autre membre de sa famille directe qui a besoin de ses soins ou de son soutien.»

⁵⁹ C.I.T. 66e session 80. Rapport VI (1) Egalité de chances... p. 25 e.v. Vooruitstrevende landen zijn onder meer Zweden (ouderschapsverlof tot 270 dagen met behoud van loon) en Frankrijk: wet van 12 juli 1977 die een onbetaald ouderschap tot twee jaar invoert.

⁶⁰ K.B. 16 nov. 1981 tot wijz. K.B. 2 okt. 1977 (statuut Rijks-personeel).

⁶¹ K.B. 16 okt. 1981, tot wijz. K.B. 1 juni 1964, art. 10.

⁶² Max. zes maanden met mogelijkheid tot bepaalde verleningen (K.B. 16 nov. 1981 tot wijz. K.B. 13 nov. 1967).

⁶³ Dit kan thans gaan van vier tot acht jaar (K.B. 16 nov. 1981 tot wijz. K.B. 24 nov. 1975).

⁶⁴ Zie nr. 21.

IV. Enkele kritische bedenkingen omtrent de beschermende maatregelen en hun invloed op het gezinsleven

13. Deze afdeling kan slechts bondig ingaan op sommige opvattingen en discussies die actueel worden voorgebracht en gevoerd omtrent de beschermende maatregelen, meer in het bijzonder betreffende de nachtarbeid en het moederschap. De polemiek vindt haar oorsprong in de wijze waarop de recente wijzigingen op het gebied van de gelijke behandeling dienden te worden doorgevoerd⁶⁵. Hierbij wordt het zinvolle van het geheel of minstens van enkele dezer beschermende maatregelen ter discussie gesteld. De positie van de subjecten van deze maatregelen (voornamelijk de vrouw) staat hierbij centraal, waardoor eveneens de situatie van het gezin wordt aangeraakt. De mogelijke gevolgen van de opheffing van beschermende maatregelen en hun invloed op het gezinsleven, liggen weliswaar eerder in het vlak van de sociologie; doch anderzijds is het een feit dat deze gevolgen zullen worden geprovoceerd door de nagestreefde aanpassingen in de arbeidswetgeving. De pleitbezorgers voor zulke ingrepen zouden bijgevolg bijzonder aandacht moeten schenken aan de weerslag van hun voorstellen op het gezinsleven in het algemeen.

Hierna onderzoeken we eerst de argumenten die worden aangevoerd ter aanpassing van de nachtarbeidreglementering.

1. Nachtarbeid

14. Titel V van de wet van 4 augustus 1976 waarborgt de gelijke behandeling onder meer op het gebied van de arbeidsvoorwaarden⁶⁶. Hieronder vallen de regelingen en praktijken die onder meer op de nachtarbeid betrekking hebben⁶⁷. Echter worden als *voorlopig* niet strijdig beschouwd met de gelijke behandeling, de thans geldende bepalingen betreffende de nachtarbeid, doch de Koning kan, na bepaalde raadplegingen, deze beperkingen opheffen⁶⁸. Dit wijst voldoende op de zorgvuldigheid waarmee deze materie wordt aangepakt.

De adviserende opdracht werd aan de Commissie Vrouwenarbeid en aan de N.A.R. opgedragen⁶⁹. De uitgebrachte adviezen analyseren de historische achtergrond waarin de huidige wetgeving tot stand kwam: de als politiewetten opgevatte oorspronkelijke regelingen ondersteunden ondubbelzinnig de rol die de vrouw, volgens de toen geldende opvattingen, optimaal in het gezin diende te vervullen⁷⁰. Het beginsel van het verbod voor nachtarbeid voor vrouwen werd sindsdien als een evidentie aangenomen. Hoewel de betrokken reglementering zowel internationaal als nationaal een belangrijke verdere ontwikkeling heeft gehad, werden de beweegredenen ervan nooit

⁶⁵ Zie supra nr. 10, c.

⁶⁶ Artt. 126 tot 129.

⁶⁷ Art. 128, wet 4 aug. 1978.

⁶⁸ Artt. 122 en 129 van dezelfde wet.

⁶⁹ C.V.A.-advies nr. 18/3, 15 mei 1981 en N.A.R.-advies nr. 692, 5 mei 1981. Beide adviezen werden door een gemengde commissie CVA/NAR voorbereid en zijn gelijkkluidend.

⁷⁰ Zie voetnoot 10.

opnieuw in bespreking genomen⁷¹. De evolutie van het intern recht (in de zin van een grotere flexibiliteit) bracht het beginsel van het verbod nooit op de helling. De C.V.A. en N.A.R. situeren duidelijk de invalshoek van waaruit de eventuele herziening van de beschermende maatregelen kan worden bekeken:

— ofwel worden de beginselen van de wet van 4 augustus 1978 strikt uitgevoerd en worden de geldende beperkingen aan de nachtarbeid voor vrouwen afgeschaft op grond van de overweging dat deze beperkingen niet langer meer zijn ingegeven door een bezorgdheid om de vrouw (c.q. het gezin) te beschermen;

— ofwel wordt het standpunt aangehouden dat «gelijkheid» en «niet discriminatie» niet absoluut synoniem zijn, waardoor een speciale bescherming voor vrouwen als positieve discriminatie kan doorgaan.

Zulk een redenering leidt tot de vraag of er geen reden is tot herziening van de nachtarbeid zowel voor mannen als vrouwen met een breed onderzoek op alle terreinen van de medische, sociale, psychologische en familiale weerslag van de nachtarbeid.

Over het in te nemen standpunt bleek echter binnen de adviesorganen geen consensus te bestaan. Samengevat opteerde de werkgeversvertegenwoordiging voor het eerste standpunt: de verwezenlijking van de arbeidsrechtelijke gelijkheid van de vrouwen, als gelijkwaardige economische agentia. Deze zienswijze bevindt zich in een dynamisch perspectief met de opnemings door de betrokken werknemers van eigen verantwoordelijkheden en opties. Het toestaan van de nachtarbeid, zonder onderscheid naar geslacht, zou ongetwijfeld naast andere maatschappelijke gevolgen, de gezinnen voor nieuwe en originele situaties plaatsen, met diepe beïnvloeding van de familiale organisatie en het gezinsbeeld. Het werkgeversstandpunt opteert voor deze mutatie grotendeels op grond van economische motieven⁷²; de hieraan verbonden familiale e.a. gevolgen dienen met behulp van andere disciplines (sociale wetenschappen, sociologie enz.) door de overheid met aangepaste begeleidingsmaatregelen te worden ondervangen.

De werknemersvertegenwoordiging integendeel situeert het probleem in een algemene context, nl. de schadelijkheid van nachtarbeid zowel voor mannen als vrouwen, met een bezorgdheid voor de gehuwde werkneemster met dubbele werkkring (buitenshuis en thuis); ten aanzien van opheffing van de arbeidsrechtelijke bescherming wordt tevens de vrees geuit voor een verslechtering van haar persoonlijke situatie wegens haar nog steeds ongelijke kansen op de arbeidsmarkt. Dit standpunt opteert bijgevolg, op grond van meerdere overwegingen, voor een status-quo van de bestaande reglementering.

Feit is dat België eveneens tot 1991 gebonden blijft door

het I.A.O.-Verdrag nr. 89 op de nachtarbeid voor vrouwen⁷³.

15. De verantwoording van de besproken standpunten steunt ongetwijfeld op diverse argumenten. Toch kan worden vastgesteld dat de op gang gekomen discussie sterke aanknopingspunten met het gezinsleven vertoont. Een hernieuwde aanpak van de besproken arbeidsreglementering komt onvermijdelijk op het terrein van de gezinsproblematiek terecht⁷⁴. Men kan weliswaar argumenteren dat, wegens een «in se» verschillend uitgangspunt, het ene onafhankelijk van het andere moet worden bekeken. Doch anderzijds kan in de doelgerichtheid van het sociaal recht, zowel in zijn historische als in zijn toekomstige evolutie, het belang van het gezin in de sociale organisatie van de maatschappij, niet worden ontkend. Zoals ook andere juridische regelingen dit vermogen, kan het sociaal recht factoren van integratie en desintegratie van het gezin inhouden. Het aangesneden probleem levert hiervan een treffend voorbeeld. De eventuele afbouw van beschermende maatregelen zou consequent gepaard moeten gaan met het doorvoeren van aangepaste maatregelen ten aanzien van de rechtstreeks betrokken structuren zoals bijvoorbeeld het gezin. Deze samenhang werd recent op voortreffelijke wijze aangetoond in een aan de nachtarbeid gewijde doctorale scriptie, verdedigd door José Siersema⁷⁵.

2. Moederschapsbescherming

16. De beschermingsmaatregelen betreffende het moederschap dragen ongetwijfeld een imperatief karakter, in het onmiddellijk belang van de moeder-werkneemster, doch de betrokkenheid van dit belang met dat van het gezin is manifest.

Vergelijkende studies tonen aan dat het merendeel van de geïndustrialiseerde staten moederschap als een universeel erkend belang beschermen, hetgeen trouwens door internationale organisaties wordt bekrachtigd⁷⁶. De noodzaak van handhaving van zulke beschermende maatregelen wordt dan ook, algemeen, als niet discriminerend tegenover de vrouw aangevoeld⁷⁷. Deze bescherming tendeert trouwens tot uitbreiding, waarbij wordt gesteld dat vrouwen vrij moeten kunnen beslissen voor het moeder

⁷³ Ons land heeft het verdrag niet opgezegd binnen de door het verdrag opgelegde tienjaarlijkse termijn, die voor België op 27 feb. 1981 verstreek. Nederland (en andere landen) heeft dat in 1972 wel gedaan, dit met het oog op de voorbereiding van de discussie omtrent de afschaffing van beschermende maatregelen voor vrouwen.

⁷⁴ Zie onder meer punt 13 van de «resolutie Europees Parlement over de positie van de vrouw», 13 juli 1981, o.c.

⁷⁵ *Vrouwenarbeid - nachtarbeid? Over arbeidsbescherming en emancipatie*, Pegasus, A'dam, 1981, 122 p.

⁷⁶ Zie onder meer het Verdrag nr. 103, I.A.O. van 4 juni 1952 (door België niet bekrachtigd); het UNO-Verdrag 22 jan. 1980 tot afschaffing van discriminaties ten aanzien van de vrouw, art. 4, lid 2; het Europees Sociaal Handvest, deel I, punt 8.

⁷⁷ Zie het voornoemd UNO-Verdrag 1981, art. 4; de gecit. resolutie Europees Parlement 1981, punt 13, par. 8; de gecit. E.E.G.-verordening 9 juli 1976; art. 118, tweede lid, wet 4 aug. 1978.

⁷¹ Advies C.V.A. nr. 18/3, p. 12.

⁷² Onder meer wegens de trend tot arbeidsduurverkorting met invoering van beurtregelingssystemen (cf. onder meer het zg. plan Palasthy) wat een ruimere toegang van vrouwen tot nachtarbeid impliceert; dat is een strikte toepassing van de gelijke behandeling. Het invoeren van de nieuwe technologieën zou eveneens de ploegenarbeid met nachtbeurten kunnen bevorderen.

worden, zonder dat hun recht op arbeid hierdoor wordt aangetast⁷⁸.

In België verzocht het Ministerieel Comité voor de Status van de Vrouw, op 10 februari 1981, de C.V.A. om advies omtrent de problematiek van de moederschapsbescherming, zulks in een voldoende ruim kader om alle eventuele implicaties ter zake te omvatten.

17. De uitbreiding van de moederschapsbescherming bedreigt ongetwijfeld de verdere beroepsinschakeling en -promotie van de vrouw. Niet zonder grond wordt dan ook het belang aangetoond van begeleidende maatregelen ter opheffing van alle vormen van discriminaties die op grond van het geslacht de arbeid van de vrouw zouden kunnen verhinderen. In die zin gaan onder meer de voorstellen⁷⁹ en regelingen⁸⁰ die bij uitbreiding van sommige aspecten van de moederschapsbescherming de toepassing ervan opeisen in het voordeel van beide echtgenoten zoals bijv. met betrekking tot het moederschapsverlof. Of de betrokkenen zelf en de ondernemingen zich spontaan bij deze nieuwe visie zullen aansluiten, is afhankelijk van de verwezenlijking van een hele reeks factoren zoals wijzigingen in attitudes, verdere uitbouw van gezinsgerichte infrastructuur, uitwerking van nieuwe vormen van arbeidsorganisatie, financiële mogelijkheden enz.⁸¹

De variabelen die van dien aard zijn dat de evolutie van de moederschapsbescherming en binnen deze bescherming het gezin kunnen beïnvloeden, zijn legio. Het probleem herleidt zich aldus niet enkel tot een loutere aanpassing van «de arbeidsvoorwaarden» hoewel redelijkerwijze mag worden aangenomen dat laatstgenoemde op zichzelf een niet geringe rol op de evolutie zullen blijven uitoefenen⁸².

Hoewel het arbeidsrecht heel wat voorbeelden biedt van collectieve regelingen uitgewerkt door de betrokkenen zelf, mag in de beschouwde materie wel worden vooropgesteld dat de hoofdrol aan de overheid, als verantwoordelijke voor het algemeen belang, zal moeten worden vertrouwd.

V. Aanpassing van het professionele leven aan de familiale verantwoordelijkheden van de werknemers

18. De I.A.O.-conferentie heeft in juli 1981 een belangrijk Verdrag nr. 156 aangenomen betreffende de «gelijke» kansen en behandeling van werknemers van beide geslachten: werknemers met familiale verantwoordelijkheden⁸³. Dit verdrag werd grondig door middel van

raadplegingen der lid-staten en door studies voorbereid: duidelijk werd daarbij dat, onder meer wegens de economische crisis, de toestand van werknemers met familiale verantwoordelijkheden ongunstig evolueert, vooral in tewerkstellingsvlak⁸⁴; vooral de echtelijke staat en de gezinstoestand met de daaraan verbonden verantwoordelijkheden vormen supplementaire negatieve elementen voor deze categorie van werknemers⁸⁵. Het Verdrag nr. 156 verplicht dan ook de Staten tot het voeren van een specifiek beleid op de diverse terreinen waar zulke werknemers moeilijkheden ondervinden⁸⁶.

De voorbereidende documenten op het Verdrag nr. 156 benadrukten echter evenzeer de noodzaak tot aanpassing van het professionele leven aan de familiale verantwoordelijkheden van de werknemers van beide geslachten. Vastgesteld werd dat een belangrijk aantal landen dit reeds verwezenlijken, hoewel meestal hiertoe aangezet omwille van een beleid tot herverdeling van de beschikbare arbeid.

Het verdrag streeft echter naar een beleid dat *specifiek* gericht is op de bescherming van werknemers *omwille van hun familiale verantwoordelijkheid*, waardoor hun een reële gelijkheid van behandeling wordt verzekerd, en dit *ongeacht* de toestand van de arbeidsmarkt⁸⁷.

19. Zoals gewoonlijk beperkt het Verdrag I.A.O. nr. 156 zich tot algemene beginselen, terwijl de voorbereidende studies en verslagen uitgebreid op de inhoud van de verdragsbepalingen ingaan.

Het professioneel leven kan zo worden aangepast:

1^o door de verkorting van de arbeidsduur in het algemeen⁸⁸, doch te begeleiden met specifieke regelingen tot verkorting van de arbeidsduur per dag of per week voor personen met familiale verantwoordelijkheden⁸⁹;

2^o door het toekennen van ouderschapsverlof van lange duur;

met familiale verantwoordelijkheden en anderzijds van de gelijkheid van werknemers tussen diegenen met zulke verantwoordelijkheden en diegenen zonder: zie *Compte rendu provisoire*, 67ième session, Genève, 1981, nr. 28/3, punt 19.

⁸⁴ De problemen spitsen zich vooral toe op de werkneemster met gezinslast.

⁸⁵ C.I.T., session 1980: Rapport VI (1) «Egalité de chances...», B.I.T. 1980.

⁸⁶ Idem, verslag, p. 16 e.v. Zie ook de aanbeveling I.A.O. 1981, nr. 165.

⁸⁷ Art. 4 Verdrag, alsook meer concreet artt. 17 e.v. aanbeveling nr. 165. Deze verdragen stellen weliswaar prioriteiten vast, doch de I.A.O. meent dat elke lid-staat zijn eigen fundamentele opties zelf dient te bepalen; het beleid kan inderdaad verschillende wegen opgaan naargelang de overheid eerder «de moeder aan de haard» wil bevoordelen, of liever beide ouders of één van hen wil aanzetten tot arbeid buitenshuis. Het beleid zou hierbij moeten steunen op de wensen van de belanghebbenden zelf (zie bijv. de rangorde van de gewenste prioriteiten in *Femmes et hommes d'Europe*, C.E.E., mei 1975, p. 92).

⁸⁸ «Les réductions enregistrées sont souvent directement liées aux problèmes de la vie familiale et des responsabilités qui en découlent.» Rapport VI (1) B.I.T., o.c., p. 25.

⁸⁹ Als voorbeeld wordt de Zweedse wet op het ouderschapsverlof 1979 gesteld: elk der ouders heeft het recht om een deel van dit verlof te gebruiken in de vorm van 1/4 of 1/2 arbeidsverkorting per dag om zich met de opvoeding van de kinderen bezig te houden.

⁷⁸ S.A. SMIRNOV, *Maternity protection: national law and practice in selected European countries*, Genève, B.I.T., 1978, doc. I.L.O./W. 8. 1978.

⁷⁹ Zie voetnoot 53.

⁸⁰ Zie supra, nr. 12, d, 2.

⁸¹ Zie onder meer de resolutie Europees Parlement van 11 feb. 1981, gecit. punten 13, 20 en 28.

⁸² Een bijkomende moeilijkheid is het gemis aan afdoende informatie en onderzoek over de gevolgen verbonden aan de voorgenomen aanpassingen ten opzichte van de medische, sociale, familiale en economische karakteristieken inherent aan het moederschap.

⁸³ De titel van het verdrag wijst op de bevordering enerzijds van de gelijke kansen en behandeling tussen mannen en vrouwen

3^o door aanpassing van de rigiede arbeidsorganisatie met vaste uurroosters door het invoeren van meer soepele werkroosters o.m. door middel van variabele werkroosters;

4^o door aanpassing van de nachtarbeid en het ploegenstelsel;

5^o mits met degelijke bescherming, door invoering van tijdelijke arbeid, thuisarbeid en vooral deeltijdse arbeid.

We kunnen onmogelijk op elk van deze beleidspunten dieper ingaan doch één ervan verdient bijzonder aandacht nl. de deeltijdse arbeid.

Deeltijdse arbeid als geschikte vorm van professionele aanpassing

20. De I.A.O.-voorstellen gunnen de deeltijdse arbeid een bijzondere plaats als geschikte vorm van arbeidsorganisatie voor werknemers met familiale verantwoordelijkheid⁹⁰.

Zulke arbeid kan alleszins doorgaan als een noodoplossing voor werkgelegenheidsproblemen; toch wordt erkend dat de algemene vraag naar deeltijdse arbeid verband houdt met de harmonisering van beroeps- en gezinsverantwoordelijkheden. Door het feit echter dat gezinstaken nog overwegend door vrouwen worden opgenomen, is de kans groot dat part-time werknemers een numeriek belangrijke en afzonderlijke categorie onder de werknemers in het algemeen gaan uitmaken, met risico van verminderde bescherming en ontplooiingskansen binnen het beroepsleven⁹¹.

Doel van het Verdrag I.A.O. nr. 156 is precies de Staten tot zulk een beleid aan te zetten dat deeltijdse arbeid op zichzelf geen aanleiding kan geven tot discriminaties, vooral zo deze arbeidsvorm de voorkeur geniet van werknemers met familiale verantwoordelijkheden. De bekrachtiging van voornoemd verdrag betekent meteen de aanpassing van het arbeidsrecht en de arbeidsorganisatie aan de toestand van zulke werknemers, onder meer met betrekking tot deeltijdse arbeid.

21. België heeft door de wet van 23 juni 1981 de deeltijdse arbeid meer rechtszekerheid willen verlenen, zowel in het arbeids- als in het sociale zekerheidsrecht⁹². De wetgever heeft deze aanpassing willen doorvoeren niet alleen wegens de stijgende vraag naar deeltijdse arbeid doch evenzeer om binnen het tewerkstellingsbeleid een

betere verdeling van de beschikbare arbeid te bevorderen⁹³. Zo de sociale gesprekspartners in de N.A.R. geen debat ten gronde wensten aan te gaan over de voor- of nadelen van deeltijdse arbeid, blijkt dit wel het geval te zijn geweest tijdens de parlementaire voorbereiding en bespreking, onder meer ten aanzien van de sociaal-familiale repercussies⁹⁴. Diverse interventies wezen vooral op de gunstige gevolgen die een algehele valorisatie van deeltijdse arbeid op de herwaardering van beroeps- en gezinstaken kon uitoefenen⁹⁵. Benadrukt werd de grotere vrijheid waarover werknemers met familiale verantwoordelijkheden zouden kunnen beschikken mocht in de toekomst hun voorkeur naar een beter beschermde deeltijdse arbeid uitgaan; tevens werd de verbetering van de kwaliteit van het leven ingeroepen.

De minister sloot zich bij deze gezinsvriendelijke argumenten aan, doch voegde eraan toe dat deze arbeid zich diende te richten zowel tot mannen als vrouwen die om persoonlijke familiale en andere redenen, tijdelijk aan deze formule de voorkeur geven. Het is immers zo dat bij een correcte toepassing van maatregelen houdende aanpassing van de arbeidstijd, de tendens naar gedeelde verantwoordelijkheden binnen het gezin zou kunnen vooruitgang maken. Dit stemt volledig overeen met de beginselen van het I.A.O.-Verdrag nr. 156, doch eveneens met de visie van de E.E.G.-commissie die vreest dat deeltijdse arbeid bijna exclusief door vrouwen verder zal worden uitgeoefend⁹⁶.

Deze vaststelling blijkt eveneens onrechtstreeks uit een recent arrest van het Europees Hof van Justitie⁹⁷. Ondanks alle wettelijke regelingen en goede bedoelingen is en blijft het een feit dat ook degelijke behandeling nog lang de invloed zal moeten ondergaan van stoeve maatschappelijke opvattingen en tradities⁹⁸.

22. Zo het merendeel van de voorgestelde aanpassingen van het professioneel leven al gunstig uitvallen voor het gezinsleven en voor het beter opnemen van familiale verantwoordelijkheden, zijn er integendeel andere die een voorbehoud vragen: we vermelden onder meer de aanpas-

⁹³ *Parl. St., Kamer*, 1980-81, nr. 714/5, verslag van de commissie, p. 1. Het regeringsinitiatief werd overigens gestimuleerd door E.E.G.-voorstellen die zulk een regeling vooropzet als «transitoir» werkgelegenheidsbeleid. Zie BLANPAIN, *Deeltijdse Arbeid*, Kluwer, reeks Sociaal recht, nr. 14. 1982.

⁹⁴ Advies N.A.R. nr. 165, 29 mei 1980 en 671 van 17 dec. 1980, *Parl. Hand., Kamer*, 1980-81, 28 april 1981, rapporteur Lenssens, p. 1738.

⁹⁵ *Parl. Hand., Kamer*, 1980-81, 28 april 1981, p. 1740/1741, *Id., Senaat*, 1980-81, 17 juni 1981, p. 1699.

⁹⁶ Mededeling E.E.G.-commissie 6 nov. 1980, eerste beginsel. Voor België blijkt de categorie deeltijdse werknemers voor 88% uit vrouwen te bestaan (1977). Hetzelfde verschijnsel in alle E.E.G.-landen: zie *Parl. St., Kamer*, 1980-81, nr. 714/5, bijlagen.

⁹⁷ Arrest Jenkins, 31 maart 1981 (*J.T.T.*, 1981, 160): loonverschil tussen vol- en deeltijdse werknemers is geen discriminatie volgens art. 119 E.E.G.-Verdrag indien het in werkelijkheid geen onrechtstreeks middel uitmaakt om het loonniveau van deeltijdse werknemers te verminderen wegens de omstandigheid dat deze groep uitsluitend of hoofdzakelijk uit werknemers is samengesteld. Zie eveneens het mogelijk gevolg van deze vaststelling op het loonniveau: mededeling EEG-commissie 6 nov. 1980, tweede beginsel.

⁹⁸ Zie onder meer art. 6 I.A.O.-Verdrag nr. 156.

⁹⁰ Rapport VI (1) B.I.T., o.c., p. 31.

⁹¹ Zie E.E.G. Vrijwillige deeltijdarbeid: mededeling van de Commissie 6 nov. 1980, inleiding.

⁹² Zie ook het K.B. van 12 aug. 1981 en de C.A.O.-N.A.R. nr. 35 van 27 febr. 1981, A.V.V. bij K.B. van 21 sept. 1981. Voor de opheffing van de discriminaties in de sociale zekerheid: aanpassing Kinderbijslagwet van 30 juni 1981 tot aanpassing Kinderbijslagwet aan arbeidsvermindering en uitoefening deeltijdse arbeid, en de wetsbesluiten: — K.B. nr. 4 van 15 feb. 1982 tot wijziging jaarlijkse vakantiewet, *B.S.*, 20 feb. 1982; K.B. nr. 3 van 15 feb. 1982 tot wijziging wet 9 aug. 1963 m.b.t. Z.I.V.; K.B. nr. 5 van 15 feb. 1982 tot wijziging wet 11 juli 1973 tot verbetering toestand van de bezoldigde moeder die tijdelijk ophoudt onderworpen te zijn aan de maatschappelijke zekerheid. Deze wetsbesluiten werden genomen op grond van de Volmactwet van 2 feb. 1982. Voor de openbare sector zie het K.B. van 14 juli 1981.

sing van de arbeidsorganisatie door ploegenarbeid gecombineerd met nachtarbeid waarvan de maatschappelijke aanvaardbaarheid vooral ten aanzien van het gezin ernstige vragen oproept, die niet enkel vanuit zuiver economisch⁹⁹ of bedrijfsorganisatorisch standpunt¹⁰⁰ kunnen worden beantwoord. Dat de toenemende vraag naar nachtarbeid zou worden gecompenseerd door het voordeel van over meer vrije tijd overdag te kunnen beschikken, waardoor meer ruimte voor het opnemen van gezinstaken zou ontstaan, wordt sterk betwist¹⁰¹.

De aanpassing van het professionele leven aan de behoeften van de werknemers-gezinsleden blijft eveneens sterk gebonden aan de uitbouw van de noodzakelijke in-

frastructuur gericht op diensten en instellingen die complementaire gezinshulp kunnen bieden. Dit is de taak van het algemeen sociaal beleid.

Het is niet zonder reden dat het I.A.O.-Verdrag nr. 156 de lid-staten verplicht tot het treffen van aangepaste maatregelen op dit gebied¹⁰². Het welslagen van de besproken aanpassingen van het arbeidsrecht en de arbeidsorganisatie is sterk afhankelijk van een dergelijk beleid.

Prof. Bernard DUBOIS
R.U.G.

⁹⁹ Cf. het zg. plan Palasthy, dat steunt op het optimaal gebruik van het produktiepotentieel.

¹⁰⁰ Zie o.m. SIERSEMA, o.c., p. 51 e.v.

¹⁰¹ Zie SIERSEMA, o.c., p. 96-98.

¹⁰² Art. 5 Verdrag doch zie vooral art. 24 e.v. aanbeveling I.A.O. nr. 165. Lees ook als illustratie; M.C. EGURET «La garde des enfants...», in *Revue Internationale du Travail*, nr. 6, 1981, 757-772. Zie eveneens de gecit. resolutie Europees Parlement 11 feb. 1981, afd. 3, «Sociale gezinsvoorzieningen».

HET GEZIN EN HET SOCIALE-ZEKERHEIDSRECHT

1. In het Belgische recht zijn de prestaties van de sociale zekerheid slechts in een zeer beperkte mate geïndividualiseerd. Aan de ene kant worden niet slechts de werknemer of de zelfstandige als zodanig, maar met hem ook de andere leden van zijn gezin betrokken in de bescherming die het sociale-zekerheidsrecht biedt: bij het bepalen van de toekenningsvoorwaarden van de sociale prestaties, van de omvang ervan en van de uitbetalingsmodaliteiten wordt in principe rekening gehouden met de gezinstoestand van de gerechtigde. Deze inaanmerkingneming van de familiale situatie van de rechthebbenden gebeurt evenwel niet uitsluitend om het recht op een sociale prestatie of de omvang ervan te verruimen op grond van de behoeften van de andere gezinsleden, maar evenzeer om hun rechten te verminderen op grond van de aanwezigheid van andere inkomensbronnen in het gezin. Het is duidelijk dat er in de huidige periode van economische crisis en deficitaire toestand van de overheidsfinanciën in het algemeen en van het budget voor sociale zekerheid in het bijzonder, een toenemende tendens is in deze laatste richting, waardoor de individualisering van de sociale prestaties verder afgebouwd dreigt te worden en het gezinsgebonden karakter van de sociale prestaties meer en meer op de voorgrond treedt.

In de recente wet houdende de algemene beginselen van de sociale zekerheid voor werknemers wordt het principe van de differentiatie van de sociale prestaties volgens de gezinstoestand van de sociaal verzekerden bevestigd, maar dan als mogelijkheid, niet als norm¹.

Door een dergelijke aanpak heeft het sociale-zekerheidsrecht derhalve in essentie te maken met familiale verhoudingen.

2. De vraag rijst dan naar de relevantie van de onderscheiden familierechtelijke situaties voor het sociale-zekerheidsrecht. Hoofdzakelijk drie categorieën familierechtelijke situaties kunnen in het sociale zekerheidsrecht belang hebben: 1) de relatie tussen twee partners of gewezen partners: huwelijk, feitelijke scheiding, scheiding van tafel en bed, echtscheiding, concubinaat; 2) de relatie van een volwassene tot een kind: wettige, natuurlijke en adoptieve afstammingsrelaties; al of niet vastgestelde afstamming; opvoedingsrelatie zonder afstammingsband; 3) de onderhoudsrelatie tussen verwanten en aanverwanten, buiten de reeds vermelden.

3. In een eerste afdeling zal in het kort nagegaan worden in hoeverre het huidige Belgische sociale-zekerheidsrecht rekening houdt met de vermelde familierechtelijke relaties. Hierbij worden de onderscheiden sectoren van de

sociale zekerheid opgedeeld naar de techniek die wordt aangewend om de gezinstoestand in rekening te brengen. In een aantal sectoren gebeurt dit door het hanteren van de begrippen gezinshoofd resp. persoon ten laste (§1). Hiermee vergelijkbaar is, in de sector van de gezinsbijslagen, de voor de toekenning vereiste onderhouds- en opvoedingsrelatie, die niet noodzakelijk die is welke het burgerlijk recht kent tussen ouders en kinderen (§2). Voor het toekennen van uitkeringen ten gevolge van het overlijden van de partner is het bestaan van een burgerrechtelijk huwelijk principieel het aanknopingspunt, maar er bestaan afwijkingen (§3). In sommige sectoren wordt bij een stukgelopen gezinssituatie aan de niet rechtstreeks verzekerde ex-partner als dusdanig een eigen sociaal recht toegekend (§4). Inzake de rustpensioenen wordt bij sommige onwrichte gezinssituaties de techniek van de verdeling van de prestaties over beide partners toegepast (§5). In een laatste paragraaf wordt enige aandacht besteed aan het regime van de sociale achterstallen, die een alternatief erfrecht uitmaken (§6). Ik beperk me tot de klassieke sectoren van de sociale zekerheid: de residuaire stelsels van gewaarborgd inkomen, en de rol van het gezin en de familie daarin, worden hier buiten beschouwing gelaten².

In een tweede afdeling wordt dan een proeve ondernomen om het geheel van de behandeling van de onderscheiden gezinsverhoudingen in het sociale zekerheidsrecht in een theoretisch kader te situeren.

Afdeling I. De behandeling van de onderscheiden gezinssituaties in de verschillende sectoren van de sociale zekerheid

§ 1. De hoedanigheid van gezinshoofd en van persoon ten laste

4. Een eerste techniek die door het sociale-zekerheidsrecht wordt aangewend om de gezinstoestand van de rechthebbenden in rekening te brengen, ligt in het hanteren van de noties *gezinshoofd* en *persoon ten laste* bij het bepalen van de toekenningsvoorwaarden en/of de hoogte van de sociale prestaties. De inhoud van deze noties is evenwel niet eenduidig. Daarom wordt voor de verschillende sectoren afzonderlijk onderzocht welke de invloed is van de verschillende familierechtelijke situaties.

A. Ziekte- en invaliditeitsverzekering — sector gezondheidszorgen

¹ W. 29 juni 1981, art. 13. Dit artikel valt trouwens onder het voorbehoud geformuleerd in art. 4 van de wet, volgens hetwelk de aldaar geformuleerde beginselen slechts gelden binnen de grenzen van de geldende wetgeving; zie hierover o.m. D. PIETERS, «Sociale rechten: juridisch placebo?», *T.S.R.*, 1980, 385-405.

² Hierover heb ik elders uitvoerig gepubliceerd: zie P. SENAËVE, *De bestrijding van de armoede in België. Analyse van het toekennen van een gewaarborgd inkomen en van de hervorming van de COO's*, Leuven, Acco, 1977, pp. 261-345; «Onderhoudsplicht en recht op een bestaansminimum», *T.P.R.*, 1978, 1-41; «Bestaansminimum en familiale solidariteit», in *Bestaansminimum*, Antwerpen, Kluwer, 1980, 29-58.

I. SITUATIE VAN DE PARTNER VAN DE VERZEKERDE

5. Niet alleen de personen die door hun beroepsactiviteit van werknemer of zelfstandige rechtstreeks verzekerd zijn in de Z.I.V. hebben recht op de geneeskundige verstrekkingen, maar ook personen die te hunnen laste zijn³.

a) De echtgenoot of de echtgenote van de sociaal verzekerde die zelf geen professionele activiteit uitoefent en deel uitmaakt van diens gezin, wordt als persoon ten laste beschouwd en is aldus rechthebbende⁴.

b) Bij feitelijke scheiding en bij scheiding van tafel en bed voldoet de echtgenoot of echtgenote niet meer aan de voorwaarde deel uit te maken van het gezin van de verzekerde; hij of zij verliest dan ook de hoedanigheid van persoon ten laste, tenzij hij/zij verkeert in een van de volgende situaties, die als uitzonderingen werden vooropgesteld:

1° hij/zij staat in voor het onderhoud van één of meer als persoon ten laste beschouwde kinderen;

2° de echtgenoot/echtgenote is bij gerechtelijke beslissing veroordeeld tot het betalen van een onderhoudsgeld, of bij notariële akte bij scheiding van tafel en bed met onderlinge toestemming is een onderhoudsuitkering toegekend;

3° hij/zij heeft van de vrederechter op grond van art. 220, § 3, of art. 221 B.W. of van de voorzitter op grond van art. 1280 Ger. W. de machtiging verkregen sommen te innen die door derden aan de andere echtgenoot verschuldigd zijn (ontvangstmachtiging);

4° hij/zij geniet als feitelijk of van tafel en bed gescheiden man/vrouw een deel van het pensioen van de echtgenoot (zie nrs. 35-37)⁵.

c) Ook de concubijn of de concubine kan onder bepaalde voorwaarden als persoon ten laste rechthebbende zijn voor de ZIV-geneeskundige verstrekkingen. Er is immers bepaald dat de «niet beloonde persoon die zich bezighoudt met het huishouden van de gerechtigde persoon» als diens persoon ten laste beschouwd wordt⁶. Hoewel onder deze notie ook nog andere categorieën van personen vallen, is er in de eerste plaats de situatie van (homo- of heterosexuele) concubinerenden mee beoogd⁷. Niet alleen in geval van samenleven tussen vrijgezellen maar ook in geval van overspelig concubinaat is deze regel toepasselijk. Evenwel is de inschrijving van de concubijn of concubine als persoon ten laste niet mogelijk wanneer de echtgenoot/-ote van de sociaal verzekerde reeds die hoedanigheid heeft, en evenmin wanneer dezes echtgenoot/-ote zelf rechthebbende is in de Z.I.V. en samenwoont met eerstgenoemde⁸. In veel gevallen zal de wettige partner, indien aanwezig, dus de feitelijke partner uitsluiten van prestaties in deze sector. Volgens sommigen is deze systematische voorrang voor het wettige gezin boven het feitelijke gezin, ook ingeval met het eerste geen samenwoning meer gepaard gaat, onverenigbaar met de artt. 8 en 14 E.V.R.M., zoals geïnterpreteerd door het Europees Hof voor de rechten van de mens in de zaak-Marckx⁹; gezien de rechtstreekse werking in de interne rechtsorde van genoemde artikelen uit het E.V.R.M. met de «nieuwe» interpretatie die zij in het Marckxarrest verkregen hebben¹⁰, zou de bepaling die deze voorrang inhoudt, dan ook niet meer toegepast mogen worden. Met deze stelling kan ik het evenwel niet eens zijn: genoemde onverenigbaarheid van de voorkeur voor het op het huwelijk gebaseerde gezin volgt zeker niet logisch-noodzakelijk uit de overwegingen van het Marckxarrest¹¹.

d) De uit de echt gescheiden man of vrouw kan in geen geval als persoon ten laste van de ex-echtgenoot beschouwd worden, ook niet indien hij/zij ten laste van de ander een onderhoudsuitkering ontvangt¹².

6. Wanneer het verzekeringsorganisme bepaalde prestaties levert aan de echtgenoot/-ote die rechthebbende is als persoon ten laste van de andere echtgenoot, dan vervult het een eigen verplichting die niets uit te staan heeft met de plichten die tussen echtgenoten bestaan. De andere echtgenoot kan dan ook niet de betalingen verricht door het verzekeringsorganisme inroepen als vervulling van zijn plicht tot onderhoud van de partner of van zijn plicht tot bijdrage in de lasten van het huwelijk¹³.

II. SITUATIE VAN DE AFSTAMMELINGEN

7. Ook de kinderen worden, onder bepaalde voorwaarden, beschouwd als personen ten laste, en zijn derhalve

³ W. 9 augustus 1963 tot instelling en organisatie van een regeling voor verplichte Z.I.V. (W. Z.I.V.), art. 21, 10° tot 12°.

⁴ K.B. 4 november 1963 tot uitvoering van de W. 9 augustus 1963 (K.B. ZIV), art. 165, § 1, 1°, eerste lid, en art. 166, § 2, eerste lid.

⁵ K.B. ZIV, art. 165, § 1, 1°, tweede lid, en art. 166, § 2, tweede lid, als gewijzigd door K.B. 16 mei 1980. Cf. E. HOUTEVES, «De gescheiden echtgenote, de wettelijk gescheiden vrouw en de verplichte ziekteverzekering», *Oriënt*, 1980, 41 e.v.

⁶ K.B. ZIV, art. 165, § 1, 3°, als gewijzigd door K.B. 16 mei 1980.

⁷ Cf., m.b.t. de voormalige regeling die het nog had over de «niet beloonde huishoudster»: H. VANDENBERGHE, *De juridische betekenis van het concubinaat*, Gent, Story, 1970, nr. 38; N. JEANMART, *Les effets civils de la vie commune en dehors du mariage*, Brussel, Larcier, 1975, p. 44. Zie ook P. DENIS, *Droit de la Sécurité Sociale*, Brussel, Larcier, 1977 (losbladig), p. 31-11, noot 26-27.

⁸ K.B. ZIV, art. 165, § 1, 3°, derde lid, als gewijzigd door K.B. 16 mei 1980. *Toepassing*: R.v.St., 21 april 1970, *J.T.T.*, 1970, 122.

⁹ A. HEYVAERT en H. WILLEKENS, *Beginselen van het gezins- en familierecht na het Marckxarrest. De theorie van het Marckxarrest en haar weerslag op het geldend recht*, Antwerpen, Kluwer, 1981, nr. 79, pp. 86-87.

¹⁰ In die zin: Rb. Gent, 20 november 1980, *R.W.*, 1980-81, 2328; HEYVAERT en WILLEKENS, *op. cit.*, nrs. 122-123; M. BOS-SUYT, «Publiekrechtelijke aspecten van het arrest Marckx», *R.W.*, 1979-80, 929 e.v., op 940-945; J.M. PAUWELS, «De hervorming van het afstammingsrecht in West-Europa», *F.J.R.*, 1981, 182 e.v., nr. 5; anders: F. RIGAUX, «La loi condamnée», *J.T.*, 1979, 513-524, nrs. 63-74; BAETEMAN en GERLO, «Overzicht van rechtspraak», *T.P.R.*, 1981, 749 e.v., nr. 174.

¹¹ Cf. R.v.St., 21 april 1970, *aangeh.*, volgens wie het onderscheid tussen de niet beloonde personen die zich met het huishouden bezighouden naargelang de echtgenoot/-ote van de sociaal verzekerde al dan niet reeds persoon ten laste is, op objectieve gegevens berust en niet als willekeurig beschouwd kan worden, en derhalve niet als strijdig met het non-discriminatiebeginsel van art. 14 E.V.R.M. kan worden beschouwd.

¹² Cf. D. SIMOENS, «Onderhoudsgeld en sociale zekerheid», *T.S.R.*, 1981, 97 e.v., nr. 7.

¹³ Hof Luik, 4 maart 1969, *R.G.A.R.*, 1969, nr. 8235.

rechthebbenden op de geneeskundige verstrekkingen in de Z.I.V.¹⁴.

Het gaat inzonderheid om de volgende kinderen:

a) de kinderen van de sociaal verzekerde zelf (alle «categorieën», zelfs het niet door zijn moeder erkend natuurlijk kind in wiens geboorteakte haar naam is vermeld);

b) de stiefkinderen van de sociaal verzekerde (ook hier alle «categorieën»);

c) de kinderen van de concubijn of de concubine van de sociaal verzekerde (alle «categorieën») die niet gemeenschappelijk zijn.

T.a.v. de kinderen vermeld sub b) en c) geldt als voorwaarde dat de echtgenoot resp. de concubijn of de concubine voor hun onderhoud instaat (of de sociaal verzekerde zelf in geval van overlijden van de echtgenoot/-ote resp. de concubijn of concubine).

Na echtscheiding worden de eigen kinderen van de echtgenoot van de sociaal verzekerde (voor wier onderhoud deze laatste niet instaat) — uiteraard — niet langer beschouwd als te zijnen laste en kunnen uit dien hoofde geen aanspraak meer maken op de geneeskundige verstrekkingen. M.b.t. de gemeenschappelijke kinderen rijst er bij echtscheiding, scheiding van tafel en bed of feitelijke scheiding geen enkel probleem, evenmin m.b.t. de eigen kinderen van de echtgenoot/-ote van de verzekerde bij feitelijke scheiding of scheiding van tafel en bed: zij blijven voor de Z.I.V. de hoedanigheid van persoon ten laste behouden, ook al worden ze door de andere echtgenoot opgevoed en al zou de verzekerde zelf niet bijdragen in hun onderhoud.

d) De kleinkinderen van de sociaal verzekerde of van diens wettelijke of feitelijke levenspartner alsook, meer algemeen, alle kinderen voor wier onderhoud de sociaal verzekerde instaat.

III. SITUATIE VAN DE ASCENDENTEN

8. Ten slotte zijn ook de ascendenten van de sociaal verzekerde of van zijn echtgenoot/-ote alsook, in voorkomend geval, hun stiefvaders en -moeders als personen ten laste te beschouwen, voor zover ze deel uitmaken van het gezin van de sociaal verzekerde en onder strikte inkomensvereisten¹⁵.

B. Vervangingsinkomens

I. WERKLOOSHEIDSUITKERINGEN

9. De werkloosheidsuitkeringen worden berekend als een percentage van het verloren loon. Gedurende het eerste jaar van de werkloosheid is het bedrag van de uitkering eenvormig vastgesteld op 60% van het gemiddelde loon van de betrokkene.

Na één jaar werkloosheid geldt een verschillend stelsel al naargelang de gezinstoestand van de betrokkene; de regeling ter zake werd begin 1981 grondig gewijzigd¹⁶.

De werkloze werknemers worden onderverdeeld in drie categorieën: a) de gezinshoofden (zie verder); b) de alleenstaanden, dit zijn de werknemers die alleen wonen; c) de andere werknemers, dit zijn degenen die noch als gezinshoofd noch als alleenstaande beschouwd worden, m.a.w. degenen die samenwonen met iemand die als gezinshoofd beschouwd zou kunnen worden.

Voor het eerst wordt hier in een contributieve sector van de sociale zekerheid de categorie van de uitkeringsgerechtigde «niet-gezinshoofden» verder opgesplitst.

De volgende werknemers worden als gezinshoofd beschouwd¹⁷:

1° de gehuwde man resp. vrouw van wie de wettelijke partner geen beroepsinkomen noch vervangingsinkomen geniet;

2° de man resp. vrouw die samenwoont met een persoon van het andere geslacht die geen beroepsinkomen, noch vervangingsinkomen geniet; hiermee wordt duidelijk het (heterosexueel) concubinaat beoogd;

3° de persoon die uitsluitend met één of meer van de volgende familieleden samenwoont:

— kinderen voor wie hij/zij aanspraak maakt op gezinsbijslag of wier beroepsinkomen een bepaald (laag) bedrag niet te boven gaat;

— verwanten tot en met de tweede graad en aanverwanten in de eerste graad, die geen beroepsinkomen noch vervangingsinkomen genieten.

Na één jaar werkloosheid blijft het bedrag van de werkloosheidsuitkering voor de gezinshoofden behouden op 60% van het gemiddeld loon¹⁸.

Voor de alleenstaanden en voor degenen die noch gezinshoofd noch alleenstaande zijn wordt de uitkering teruggebracht op 40% van het gemiddeld dagloon. Vanaf het derde jaar werkloosheid wordt het bedrag van hun uitkering losgekoppeld van hun gemiddeld dagloon en gereleerd aan het gemiddeld minimum nationaal maandloon: de uitkering van de alleenstaande werknemers is vastgesteld op 50% van dit minimum maandloon, en voor de restcategorie van de «andere» werknemers op 40% ervan. Deze percentages blijven behouden zolang de werknemer de arbeid in loondienst niet heeft hervat gedurende ten minste zes maanden¹⁹.

Wat betreft de restcategorie van degenen die geen alleenstaanden zijn zonder evenwel gezinshoofd te zijn, is het wel bezwaarlijk dat hierbij op geen enkele wijze rekening wordt gehouden met het inkomensniveau van de persoon met wie de werkloze samenwoont en die geacht wordt hem ten laste te hebben. Opmerkelijk is ook dat niet relevant is of de persoon bij wie men woont al of niet onderhoudsplichtig is naar burgerlijk recht.

10. Onder de vroegere regeling bestond er een controverse over de gevolgen van de feitelijke scheiding en van de scheiding van tafel en bed op het bedrag van de werkloosheidsuitkering vanaf het tweede jaar werkloosheid²⁰. Onder de nieuwe regeling is deze controverse

¹⁴ K.B. ZIV, art. 165, § 1, 4°, en art. 166, § 2, tweede lid, als gewijzigd bij K.B. 16 mei 1980.

¹⁵ K.B. ZIV, art. 165, § 1, 5°.

¹⁶ K.B. 24 december 1980 waarbij art. 160 van K.B. 20 december 1963 wordt gewijzigd.

¹⁷ M.B. 4 juni 1964 inzake werkloosheid, art. 83ter, § 1, als gewijzigd bij M.B. 24 december 1980.

¹⁸ K.B. 20 december 1963, art. 160, § 2.

¹⁹ K.B. 20 december 1963, art. 160, § 3, tweede en vierde lid.

²⁰ Zie hierover P. SENAËVE, «Behandeling van de verscheidene familierechtelijke situaties in het sociale-zekerheidsrecht», in

voorbijgestreefd omdat het uitvoeringsbesluit nu uitdrukkelijk bepaalt — hiermee ingaand tegen de visie van het Hof van Cassatie²¹ — dat alleen die gehuwde werknemers als gezinshoofd beschouwd kunnen worden welke *samenwonen* met hun echtgenoot. De feitelijk of van tafel en bed gescheiden echtgenoot zal dus enkel als gezinshoofd beschouwd worden voor zover hij samenwoont met één of meer andere personen zoals boven omschreven. De band van economische afhankelijkheid die tot uiting komt in het betalen van een onderhoudsuitkering, en die in andere sectoren van de sociale zekerheid wél in rekening wordt gebracht, is in de sector van de werkloosheid niet (langer) relevant²².

11. De nieuwe regeling bepaalt ten slotte dat, wanneer het samengevoegde bedrag van de werkloosheidsuitkeringen van twee gehuwde werknemers uit de categorie «andere werknemers» die samenwonen minder bedraagt dan de maximum werkloosheidsuitkering die een gezinshoofd kan krijgen, hun uitkeringen verhoogd worden met 15%, voor zover ze de enige bron van inkomen van het gezin vormen²³. De werknemer en de werkneemster die een feitelijk gezin vormen, worden ter zake met gehuwde werknemers gelijkgesteld. Feitelijk en van tafel en bed gescheiden werknemers kunnen zich dus niet op deze bepaling beroepen.

II. ZIEKTE- EN INVALIDITEITSUITKERINGEN

12.a) *Werknemers*. Bij arbeidsongeschiktheid van de werknemer worden loonvervangende uitkeringen verleend die anders berekend worden naargelang de verzekerde zich bevindt in een periode van:

— primaire arbeidsongeschiktheid, dit is gedurende het eerste jaar van de arbeidsongeschiktheid;

— invaliditeit, dit is met ingang van het tweede jaar en van de arbeidsongeschiktheid.

Terwijl het bedrag van de uitkeringen wegens primaire arbeidsongeschiktheid niet in relatie staat tot de gezins-situatie van de sociaal verzekerde (uniforme regeling: 60% van het gederfde loon), varieert het bedrag van de invaliditeitsuitkeringen volgens de situatie waarin de verzekerde één of meer personen ten laste heeft (gezinshoofd), in welk geval hij 65% van het gederfde loon ontvangt, en die waarin hij geen personen ten laste heeft, in welk geval de uitkering slechts 43,5% van het gederfde loon bedraagt²⁴.

De echtgenoot/-ote die als persoon ten laste wordt beschouwd in de sector gezondheidszorgen (zie boven, nr. 5), geldt ook hier als persoon ten laste²⁵.

Dit betekent dat ook de gerechtigde die feitelijk gescheiden is of gescheiden is van tafel en bed, toch de invaliditeitsuitkering tegen het hoogste bedrag zal ontvangen voor zover zijn wettelijke partner in een van de vier cate-

gorieën vermeld onder nr. 5, b, valt (bv. indien deze een onderhoudsuitkering te zijnen/haren laste krijgt)²⁶.

Sinds 1980 kan de ex-echtgenoot/-ote in geen geval nog als persoon ten laste beschouwd worden, ook al ontvangt deze van de gerechtigde een onderhoudsuitkering²⁷.

De gerechtigde die in concubinaat samenleeft en wiens partner zelf geen professionele activiteit uitoefent, zal wél recht hebben op de invaliditeitsuitkering aan het hoogste bedrag (zie boven, nr. 5, c).

13. b) *Zelfstandigen*. In de arbeidsongeschiktheidsverzekering voor zelfstandigen krijgt de gerechtigde tijdens het tijdvak van primaire vergoedbare ongeschiktheid (4e-12e maand) en tijdens het daaropvolgend tijdvak van invaliditeit arbeidsongeschiktheids- resp. invaliditeitsuitkeringen, waarvan het bedrag verschilt naargelang de sociaal verzekerde al dan niet personen ten laste heeft²⁸. Voor de bepaling van de gerechtigden met personen ten laste wordt hierbij verwezen naar de ter zake geldende regeling in het stelsel van de werknemers²⁹.

C. Ouderdomspensioenen

14. Het ouderdomspensioen in het stelsel van de werknemers wordt verworven, per kalenderjaar beroepsactiviteit en gelijkgestelde periodes, naar rata van de werkelijke, fictieve en forfaitaire brutolonen van de gewezen werknemer. Deze worden in aanmerking genomen ten belope van 60%, behalve indien de echtgenote van de gewezen werknemer elke niet toegelaten beroepsarbeid heeft gestaakt en zelf geen pensioen geniet, in welk geval het gezinspercentage van 75% toepasselijk is³⁰. Zulks betekent dat de mannelijke gepensioneerde die zijn echtgenote ten laste heeft, in principe een pensioen verkrijgt dat 25% hoger ligt dan in de andere gevallen.

Ook in het stelsel van de zelfstandigen wordt, onder gelijkaardige voorwaarden, een onderscheid gemaakt tussen het ouderdomspensioen als alleenstaande en dat aan gezinsbedrag; dit laatste bedraagt ongeveer 1/3 meer dan dat van een alleenstaande³¹.

D. Evaluatie

15. Voor de ziekte- en invaliditeitsverzekering en voor de werkloosheidsuitkeringen worden voor het bepalen van de toekenningsvoorwaarden resp. de hoogte van de sociale prestaties de noties *gezinshoofd* vs. *persoon ten laste* aangewend. De uitgangssituatie is die van de gehuwde persoon die zijn echtgenoot of echtgenote met wie hij samenleeft ten laste heeft. Personen die in concubinaat leven verkrijgen in de drie sectoren in principe hetzelfde regime als gehuwden. Bij feitelijke scheiding en scheiding van tafel en bed kan voor de ziekte- en invaliditeitsverzekering de gerechtigde nog beschouwd worden als gezinshoofd, inzonderheid wanneer er nog een onderhoudsrelatie be-

Raakvlakken tussen sociale zekerheid en andere rechtstakken, I, Brussel, Larcier, 1979, 115 e.v., nr. 58.

²¹ Cass., 14 mei 1979, T.S.R., 1979, 224, J.T.T., 1980, 5.

²² Cf. SIMOENS, art. cit., nr. 17.

²³ K.B. 20 december 1963, art. 160, § 3, derde lid.

²⁴ K.B. ZIV, art. 226, eerste en tweede lid.

²⁵ K.B. ZIV, art. 229, § 1, 1°.

²⁶ Cf. SIMOENS, art. cit., nr. 12.

²⁷ K.B. 23 januari 1980. Cf. SIMOENS, art. cit., nr. 11.

²⁸ K.B. 20 juli 1971, artt. 9 en 10.

²⁹ K.B. 20 juli 1971, art. 12.

³⁰ W. PW, art. 10, § 1, eerste lid.

³¹ W. PZ, art. 9, § 1, eerste lid.

staat te zijnen laste; in de sector van de werkloosheidsuitkeringen daarentegen kan daar geen sprake meer van zijn. Echtscheiding maakt nu in de drie sectoren een einde aan de positie van gezinshoofd.

De tendens die hier de laatste jaren wordt vastgesteld, gaat in elk geval duidelijk in de richting van het terugschroeven van de noties gezinshoofd resp. persoon ten laste: de onderhoudsrelatie, of m.a.w. de band van economische afhankelijkheid die bestaat tussen de gerechtigde en zijn (ex)-partner, wordt niet langer in rekening gebracht bij feitelijke scheiding en scheiding van tafel en bed in de sector werkloosheidsuitkeringen (1981) en evenmin bij echtscheiding in de sector Z.I.V.-uitkeringen (1980).

Sinds deze opheffing van de kwaliteit van persoon ten laste van de onderhoudsgerechtigde uit de echt gescheiden man of vrouw in de sector Z.I.V.-uitkeringen stemmen de noties persoon ten laste vs. gezinshoofd in beide sectoren van de ziekteverzekering volledig met elkaar overeen. Een harmonisatie van deze noties in de twee sectoren welke vervangingsinkomens bevatten, ware nochtans logischer; hierbij zouden deze noties in de sector Z.I.V.-uitkeringen dan bepaald worden los van de begripsinhoud ervan in de sector geneeskundige verzorging, wat aangewezen zou zijn gelet op het fundamentele onderscheid tussen vervangingsinkomens en kostenvergoedende prestaties³².

Inzake ouderdomspensioenen ten slotte heeft alleen het ten laste hebben van zijn echtgenote door de gehuwde mannelijke werknemer een invloed op het bedrag van de uitkering: het ten laste hebben van een concubine, of van andere personen (al dan niet familieleden) heeft hier geen repercussies.

§ 2. De referenties naar een bestaande onderhouds- en opvoedingsrelatie

16. Het stelsel van de gezinsbijslagen wil bijdragen in de kosten veroorzaakt door het opvoeden van kinderen. In die zin valt het materieel voorwerp ervan grotendeels samen met de verplichting die het Burgerlijk Wetboek oplegt aan de ouders om hun kinderen kost, onderhoud en opvoeding te verschaffen (art. 203 B.W.).

In onze stelsels van gezinsbijslagen (zowel dat van de werknemers als dat van de zelfstandigen) worden de uitkeringen toegekend op basis van de huidige of voorbijge arbeid of van de bijzondere sociale toestand van een persoon (de rechthebbende) die in een bepaalde verhouding staat tot degene in wiens voordeel de gezinsbijslagen worden uitgekeerd (de rechtgevende). De vereiste verhouding tussen de rechthebbende en de rechtgevende beperkt zich evenwel niet tot de burgerrechtelijke onderhouds- en opvoedingsrelatie tussen ouders en kinderen; het kan ook gaan om een andere juridische relatie, op voorwaarde dat er een band van economische afhankelijkheid bestaat, of ook om een louter economische verhouding.

Er worden namelijk gezinsbijslagen toegekend ten behoeve van:

— de eigen kinderen van de rechthebbende, of die van zijn echtgenoot of nog de gemeenschappelijke kinderen van beiden;

— de kinderen die door de rechthebbende of door zijn echtgenoot geadopteerd zijn³³;

— de kinderen waarover de rechthebbende of zijn echtgenoot pleegvoogd is;

— de (al dan niet erkende) natuurlijke kinderen van de rechthebbende of van zijn echtgenoot;

— de kleinkinderen of achterkleinkinderen van de rechthebbende, op voorwaarde dan wel dat deze deel uitmaken van zijn gezin;

— de broers of zusters van de rechthebbende, maar dan alleen in bepaalde gevallen;

— de kinderen «in wier onderhoud de rechthebbende voor meer dan de helft bijdraagt»³⁴.

De band van economische afhankelijkheid zonder dat er een juridische relatie aanwezig is, wordt in de praktijk meestal vastgesteld op grond van een wettelijk vermoeden, dat weerlegbaar is, volgens hetwelk de rechthebbende voldoet aan de gestelde voorwaarde voor meer dan de helft bij te dragen in het onderhoud van een kind, wanneer uit de inschrijving in het bevolkingsregister blijkt dat dit laatste sinds ten minste zes maanden deel uitmaakt van zijn gezin of dat het geboren is in zijn sinds ten minste zes maanden gevormd gezin³⁵.

In het gezinsbijslagstelsel van de zelfstandigen is de regeling gelijklopend³⁶, behalve dat hier geen minimumduur van inschrijving in het bevolkings- of vreemdelingenregister geldt opdat het dragen van de hoofdzakelijke last vermoed wordt³⁷.

17. Uit het voorgaande volgt dat het huwelijksinstituut geenszins de basis vormt voor de toekenning van de gezinsbijslagen. Concubinaat, echtscheiding, scheiding van tafel en bed en feitelijke scheiding hebben als dusdanig dan ook geen noodzakelijke invloed op het al dan niet toekennen van de gezinsprestaties³⁸.

Onrechtstreeks kan er natuurlijk wel een repercussie optreden. Zulks is inzonderheid het geval bij echtscheiding, in welk geval de niet-gemeenschappelijke kinderen niet meer als rechtgevende zullen kunnen fungeren t.a.v. de ex-echtgenoot van de ouder, althans voor zover ze

³³ Zie hierover P. VANDERVORST, «Les effets de la légitimation par adoption en droit social», *J.T.T.*, 1970, 141-143.

³⁴ Samengeordende wetten betreffende de kinderbijslag voor loonarbeiders (S.W.K.L.) (K.B. 19 december 1939), art. 51, tweede lid.

³⁵ S.W.K.L., art. 51, tweede lid, 6°.

³⁶ K.B. 8 april 1976 houdende regeling van de gezinsbijslag ten voordele van de zelfstandigen, art. 15.

³⁷ K.B. 8 april 1976, art. 13, § 1.

³⁸ Voor een nadere ontleding, zie P. VANDERVORST, «Le maintien du droit aux prestations familiales en faveur de l'épouse séparée de fait, séparée de corps ou divorcée», *J.T.T.*, 1970, 105-107; B. SMEESTERS en G. DE VIRON, «Les incidences du divorce, de la séparation de corps et de la séparation de fait en matière de sécurité sociale», *J.T.T.*, 1976, 77-83, op 82; M. GOOSSENS, «De rechten op kinderbijslag van de echtgescheiden echtgenote, van de feitelijk gescheiden echtgenote en van de van tafel en bed gescheiden echtgenote», *Oriënt.*, 1980, 109-117. Over de mogelijke invloed van de voor een kind betaalde alimentatieuitkeringen op het recht op gezinsbijslagen, zie SIMOENS, *art. cit.*, nr. 44.

³² In dezelfde zin Advies nr. 554 van de Nationale Arbeidsraad (van 26 mei 1977) op vraag van de minister van Sociale Voorzorg. Juridisch-technisch is dit advies evenwel verre van volmaakt.

tegenover deze niet in een economische afhankelijkheids-situatie staan; dit is o.m. het geval bij ontkenning van vaderschap die aan een echtscheiding voorafgaat of erop volgt³⁹.

18. In bepaalde gevallen wordt in een recht op gezinsprestaties voorzien ten behoeve van halfwezen, en/of wordt te hunnen behoeve in een verhoogd bedrag voorzien. Telkens wordt bepaald dat dit recht ophoudt wanneer de overlevende vader of moeder van de halfwees hertrouwt of in concubinaat gaat samenleven⁴⁰. Hier heeft de wetgever concubinerenden gelijkgeschakeld met gehuwden om te vermijden dat het huwelijk gepenaliseerd zou worden in vergelijking tot het informeel samenleven van man en vrouw⁴¹.

Het voordeel van deze gezinsprestaties of van het verhoogde bedrag herleeft wanneer aan dit nieuwe huwelijk of aan dit huishouden een einde komt, of wanneer op het huwelijk een scheiding van tafel en bed volgt. Wat er gebeurt wanneer het tweede huwelijk op een feitelijke scheiding uitloopt, is door de wetgever niet geregeld; er moet van worden uitgegaan dat het recht op de gezinsprestaties of op het verhoogde bedrag uitgeschakeld blijft, ook al kan bij feitelijke scheiding dezelfde feitelijke situatie aanwezig zijn als bij scheiding van tafel en bed, nl. het wegvallen van de derde die de rol van de ontbrekende ouder had ingenomen⁴².

19. De uitkeringsgerechtigde, d.i. de persoon die de gezinsbijslagen effectief ontvangt, is in het stelsel van de werknemers de moeder, tenzij zij niet werkelijk de rechtgevendende grootbrengt, in welk geval de gezinsbijslagen betaald worden aan de persoon die deze taak vervult⁴³ (bv. de concubine van de vader van de rechtgevendende)⁴⁴. Ook m.b.t. deze kwestie is de familiaalrechtelijke toestand van de betrokkenen niet zonder belang. Volgens de administratieve rechtspraak ter zake wordt de moeder tot bewijs van het tegendeel geacht de rechtgevendende op te voeden; dit vermoeden speelt echter alleen in het kader van het «normale» gezin: het vermoeden geldt niet in geval van echtscheiding of van scheiding van tafel en bed, tenzij de hoede over de kinderen aan de moeder is toegewezen, noch in geval van feitelijke scheiding. In deze gevallen dient de moeder het bewijs voor te leggen dat de kinderen bij haar opgroeien. In geval van echtscheiding, scheiding van tafel en bed en feitelijke scheiding worden de gezinsbijslagen dus betaald aan de ouder die de kinderen werkelijk opvoedt.

In het stelsel van de gezinsbijslagen voor zelfstandigen worden de prestaties betaald aan de vader van de recht-

gevendende. Ze worden betaald aan de moeder indien zij daartoe de wens uitdrukt en voor zover er geen verzet is van de vader⁴⁵. In geval van echtscheiding, scheiding van tafel en bed en feitelijke scheiding waarbij de kinderen bij de moeder grootgebracht worden, kan deze dus de wens uitdrukken dat de gezinsbijslagen aan haar worden betaald. Wanneer de vader zich hiertegen verzet, kan de moeder zich in het belang van het kind door de vrede-rechter laten machtigen om verzet aan te tekenen tegen de verdere betaling van de gezinsprestaties aan de vader, in welk geval zij de hoedanigheid van prioritair uitkeringsgerechtigde verkrijgt⁴⁶.

20. Het omgangsrecht dat wordt uitgeoefend — op grond van een gerechtelijke uitspraak of in onderlinge overeenstemming — door de ouder die niet de uitkeringsgerechtigde is, heeft geen enkele invloed op de betaling van de gezinsprestaties. Voor de periode dat de kinderen bij een ouder verblijven in het kader van het door deze ouder uitgeoefende omgangsrecht, moeten de gezinsprestaties verder aan de eerste ouder (of eventueel aan de derde bij wie de kinderen worden opgevoed) worden uitbetaald. De bijdragen van de uitkeringsgerechtigde ouder in de onderhouds- en opvoedingskosten van de kinderen gedurende de periode dat het omgangsrecht wordt geëffectueerd, is een uitsluitend burgerrechtelijke kwestie waar de stelsels van gezinsbijslagen als dusdanig niet tussenkomen⁴⁷.

§ 3. Het huwelijk als aanknopingspunt inzake de uitkeringen bij overlijden van de partner

A. Arbeidsongevallen en beroepsziekten

I. SITUATIE VAN DE PARTNER

21. De lijfrente die toegekend wordt in geval van dodelijk arbeidsongeval van een werknemer, alsook de jaarlijkse vergoeding die toegekend wordt ingeval de beroepsziekte van een werknemer diens overlijden ten gevolge heeft, kan uitsluitend aan de echtgenoot/-ote van de werknemer worden uitgekeerd, niet aan zijn concubine resp. haar gezin⁴⁸. Hier is het huwelijk dus principieel het aanknopingspunt voor de opening van het recht op sociale prestaties⁴⁹.

Daarenboven is zowel in het geval van de arbeidsongevallen als in dat van de beroepsziekten de uitkering bij overlijden in principe voorbehouden aan de echtgenoot die noch uit de echt, noch van tafel en bed gescheiden is⁵⁰. In

³⁹ Zie VANDERVORST, *art. cit.*, 106; GOOSSENS, *art. cit.*, 114-115.

⁴⁰ S.W.K.L., artt. 56bis, 56quater, 56quinquies en 56sexies; K.B. 8 april 1976, artt. 8 en 9.

⁴¹ MAGREZ, «De bijzondere kinderbijslag», *B.T.S.Z.*, 1972, 1029-1120, op 1037; JEANMART, *op. cit.*, p. 37-40.

⁴² In die zin Arbh. Luik, 20 mei 1975, *J.T.T.*, 1975, 219, waarbij het vonnis van eerste aanleg gewijzigd werd; VANDERVORST, *art. cit.*, 106; anders: J., VAN LANGENDONCK, «Overzicht van rechtspraak: gezinsbijslagen (1974-1976)», *B.T.S.Z.*, 1977, 912-924, op 916-917.

⁴³ S.W.K.L., art. 69.

⁴⁴ JEANMART, *op. cit.*, p. 43.

⁴⁵ K.B. 8 april 1976, art. 31, § 1.

⁴⁶ K.B. 8 april 1976, art. 31, § 2, en art. 32.

⁴⁷ Arbbr. Hoei, 1 december 1971, *T.S.R.*, 1972, 198; J. VAN LANGENDONCK, «De rechtspraak over sociale zekerheid in het eerste werkingsjaar van de arbeidsgerechten», *B.T.S.Z.*, 1972, 1235-1309, op 1247; GOOSSENS, *art. cit.*, 115.

⁴⁸ W. 10 april 1971 op de arbeidsongevallen (W. AO), art. 12; Wetten betreffende de schadeloosstelling voor beroepsziekten; gecoörd. op 3 juni 1970 (W. BZ), art. 33.

⁴⁹ Zie VANDENBERGHE, *op. cit.*, p. 55; JEANMART, *op. cit.*, p. 36.

⁵⁰ W. AO, art. 12, eerste lid, 1°; W. BZ, art. 33.

de sector van de beroepsziekten wordt de familiaalrechtelijke situatie op het ogenblik van het overlijden in aanmerking genomen. In de sector van de arbeidsongevallen daarentegen is het de situatie op het ogenblik van het arbeidsongeval die geldt: de echtscheiding of de scheiding van tafel en bed die plaatsheeft na het arbeidsongeval heeft geen enkele invloed op het recht op lijfrente⁵¹. Laatstgenoemde regeling komt nogal onlogisch voor aangezien de schade welke aan de echtgenoot berokkend wordt, veeleer voortvloeit uit het overlijden van het slachtoffer en niet zozeer uit het arbeidsongeval zelf⁵².

22. De feitelijke scheiding van de echtgenoten is in de sector van de arbeidsongevallen en de beroepsziekten aan geen bijzonder regime onderhevig: de feitelijke gescheiden overlevende echtgenoot zal evengoed de lijfrente resp. de jaarlijkse vergoeding ontvangen⁵³. De wet vestigt hier aldus ten voordele van de niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot een onweerlegbaar vermoeden van economische afhankelijkheid⁵⁴.

23. De overlevende echtgenoot die uit de echt of van tafel en bed gescheiden is, is evenwel niet in alle gevallen uitgesloten van het recht op lijfrente resp. op jaarlijkse vergoeding. Indien hij een wettelijk of conventioneel vastgesteld onderhoudsgeld genoot ten laste van de overledene, heeft hij eveneens recht op de lijfrente resp. de jaarlijkse vergoeding, zonder dat het bedrag ervan evenwel hoger mag zijn dan dat van het onderhoudsgeld⁵⁵. Het gaat hier over een onderhoudsgeld toegekend na echtscheiding of scheiding van tafel en bed zowel op grond van bepaalde feiten, als door onderlinge toestemming als op grond van feitelijke scheiding⁵⁶. Deze uitzondering houdt rekening met de band van economische afhankelijkheid die na de echtscheiding of de scheiding van tafel en bed onder de vorm van een onderhoudsuitkering is blijven voortbestaan⁵⁷.

Het feit dat de overlevende van tafel en bed gescheiden of uit de echt gescheiden echtgenoot verder een uitkering tot onderhoud krijgt ten laste van de nalatenschap van de eerststervende (art. 301, § 6, B.W. inzake echtscheiding op grond van bepaalde feiten; art. 205bis, § 1, B.W. inzake scheiding van tafel en bed) doet o.i. niets af aan zijn (haar) recht op de lijfrente resp. op de jaarlijkse vergoeding, ook al wordt het begrip «behoefte» van de langstlevende

bij het overlijden (art. 205bis, § 1, B.W.), dat het criterium is van deze onderhoudsuitkering krachtens het B.W., door sommige rechtspraak en rechtsleer geïnterpreteerd als het niet in staat zijn om de vroegere levensstandaard voort te zetten⁵⁸.

Er dient nog te worden aangestipt dat geen vermindering vooropgesteld is van de lijfrente resp. jaarlijkse vergoeding van de weduwe/weduwnaar in het geval dat er een ex-echtgenoot is die een onderhoudsgeld genoot en derhalve eveneens recht heeft op een lijfrente resp. jaarlijkse vergoeding⁵⁹.

24. Een nieuw huwelijk van de overlevende echtgenoot heeft geen enkele invloed op het recht op lijfrente resp. jaarlijkse vergoeding. Wanneer dit recht evenwel slechts gevestigd is op basis van een onderhoudsverplichting van de overledene aan zijn ex-echtgenoot, mag worden aangenomen dat het recht op lijfrente resp. jaarlijkse vergoeding vervalt bij nieuw huwelijk, aangezien de basis van de sociale-zekerheidsuitkering, nl. de civiele onderhoudsuitkering, in zo'n geval ook zou kunnen worden opgeheven (nl. bij echtscheiding op grond van bepaalde feiten) of zou vervallen (nl. bij echtscheiding door onderlinge toestemming, voor zover het verval van het recht op onderhoudsuitkering bij nieuw huwelijk van de onderhoudsge-rechtigde in de overeenkomst opgenomen was); het sociale-zekerheidsrecht dient hier uit te gaan van het *quod plerumque fit*⁶⁰.

II. SITUATIE VAN DE KINDEREN

25. In geval van overlijden van een werknemer ten gevolge van een arbeidsongeval of een beroepsziekte ontvangen ook de kinderen die wees van vader en/of moeder geworden zijn, resp. een rente of een jaarlijkse vergoeding.

Het gaat hier vooreerst om de wettige en de erkende natuurlijke kinderen van de overledene. Ook kinderen die slechts na het overlijden geboren worden, maar op basis van de artt. 312 en 315, eerste lid, B.W. vermoed worden verwekt te zijn vóór het overlijden en derhalve als wettig kind van de overleden echtgenoot beschouwd worden, genieten de uitkering. Bij de natuurlijke kinderen daarentegen gaat het enkel om hen die door de overledene of zijn echtgenoot erkend zijn vóór het overlijden (een geslaagd onderzoek naar het vaderschap of het moederschap wordt hiermee gelijkgesteld). De natuurlijke kinderen die reeds geboren waren op het ogenblik van het overlijden maar pas nadien erkend worden door de overlevende echtgenoot of slagen in een onderzoek naar het vaderschap of het moederschap, hebben dus geen recht op uitkering.

Wanneer het gaat om kinderen van concubinerenden moeten ze, om te kunnen aanspraak maken op de uitkering, minstens door de door arbeidsongeval of be-

⁵¹ Nov., *Droit social*, IV, nr. A689; P. DENIS en Ph. GOS-SERIES, «La rente aux ayants droit de la victime d'un accident du travail», *J.T.T.*, 1971, 230-234, nr. 9; anders: ten onrechte want in strijd met de duidelijke tekst van de wet: Arbh. Luik, 15 januari 1976, *J.T.T.*, 1976, 146; zie aansluitend kritische noot V.P., als-ook DENIS, *op. cit.*, p. 11-31, noot 33.

⁵² DENIS en GOSSE, *art. cit.*, nr. 9; Nov., *Droit social*, IV, nr. A688.

⁵³ Nov., *Droit social*, IV, nr. A688.

⁵⁴ Door de verschillende behandeling van de feitelijke scheiding en van de scheiding van tafel en bed in deze sector — in tegenstelling tot de andere sectoren — kan het belangrijk zijn te weten tot welke categorie buitenlandse familierechtelijke instituten behoren. Toepassing: Arbh. Luik, 23 juni 1975, *T.S.R.*, 1976, 430.

⁵⁵ W. AO, art. 12, laatste lid; W. BZ, art. 33, eerste lid.

⁵⁶ Nov., *Droit Social*, IV, nrs. A689-A693.

⁵⁷ DENIS en GOSSE, *art. cit.*, nr. 9.

⁵⁸ Over de interpretatie van art. 205bis, § 1, B.W., zie L. SWENNEN, «De vordering tot levensonderhoud van de langstlevende echtgenoot ten laste van de nalatenschap», *R.W.*, 1981-82, 913-938, op 919-922.

⁵⁹ Zie Nov., *Droit social*, IV, nr. A693.

⁶⁰ SIMOENS, *art. cit.*, nr. 21; cf. Nov., *Droit social*, IV, nrs. A695 en A690.

roepsziekte overleden partner vóór zijn overlijden erkend zijn. Het slagen van een onderzoek naar het vaderschap na het overlijden opent het recht op de uitkering niet.

Natuurlijke kinderen die niet erkend zijn door de door arbeidsongeval of beroepsziekte omgekomen moeder genieten daarentegen wel de uitkering.

Ook de wettige kinderen van de overlevende echtgenoot, die stiefkinderen zijn van de overledene, genieten de uitkering. Wanneer er evenwel een echtscheiding is ingetreden, hebben de eigen kinderen van de overlevende ex-echtgenoot geen recht op de rente resp. de jaarlijkse uitkering, ook al zou de ex-echtgenoot zelf er wel recht op hebben⁶¹.

B. Overlevingspensioenen

26. Na het overlijden van de rechthebbende man kan zijn weduwe onder bepaalde voorwaarden aanspraak maken op een overlevingspensioen (niet omgekeerd). Wat de gezinssituatie betreft is hiertoe vereist doch voldoende dat de betrokkenen gehuwd waren op het ogenblik van het overlijden; dat ze feitelijk of van tafel en bed gescheiden waren heeft geen enkele invloed op het overlevingspensioen. De uit de echt gescheiden vrouw van de vooroverleden werknemer of zelfstandige daarentegen heeft geen recht op een overlevingspensioen; dit wordt evenwel gecompenseerd door het feit dat voor de uit de echt gescheiden vrouw een persoonlijk recht op een rustpensioen gecreëerd werd (zie verder, nrs. 30 e.v.).

27. De overlevende concubine van een werknemer of zelfstandige heeft in geen geval recht op een overlevingspensioen. Daarenboven wordt het overlevingspensioen in principe slechts toegekend aan de weduwe die, bij het overlijden van haar echtgenoot, tenminste één jaar met hem gehuwd was⁶². Deze bepaling voorkomt o.m. dat concubinerenden kort voor het overlijden van de man hun situatie «regulariseren» met het oog op het verkrijgen nadien door de vrouw van het overlevingspensioen. Indien evenwel bij het overlijden een of meer kinderen ten laste zijn waarvoor de weduwe of haar echtgenoot gezinsbijslagen ontvangen, speelt de minimaal vereiste huwelijksperiode niet.

28. Het genot van het overlevingspensioen van de weduwe wordt geschorst wanneer zij hertrouwt⁶³. Dit is niet het geval wanneer zij in concubinaat gaat samenleven.

Wanneer de weduwe hertrouwt en zij derhalve geschorst wordt in haar recht op het overlevingspensioen, kan zij aanspraak maken op een aanpassingsuitkering. Het bedrag ervan is bepaald op twee jaarbedragen van het betreffende overlevingspensioen in het geval van de weduwe

die gedurende ten minste tien maanden het overlevingspensioen heeft genoten, en op één jaarbedrag verminderd met de genoten overlevingspensioenstermijnen in het andere geval⁶⁴. Hierin kan een premie ten gunste van het nieuw huwelijk gezien worden⁶⁵. Niettemin spreekt het vanzelf dat het in veruit de meeste gevallen voor de weduwe financieel interessanter zal zijn in concubinaat samen te leven en dus haar recht op het overlevingspensioen te behouden, dan opnieuw in het huwelijk te treden en daardoor recht te hebben op de aanpassingsuitkering, vandaar het frequent voorkomen in België van concubinaat onder gepensioneerden.

C. Evaluatie

29. In geen van beide sectoren van uitkeringen bij overlijden van de partner wordt aan de in concubinaat levende persoon enig recht toegekend: het sociale-zekerheidsrecht houdt geen rekening met het feitelijk samenleven zodra de dood de partners scheidt. De echtscheiding daarentegen ontnemt aan de betrokkenen niet alle rechten na overlijden van de gewezen partner: in de sector van de arbeidsongevallen en de beroepsziekten wordt het bestaan van een onderhoudsrelatie ten laste van de overleden werknemer in acht genomen; aan de andere kant is inzake pensioenen voor de uit de echt gescheiden vrouw een geheel eigen statuut georganiseerd waarbij het bestaan van een onderhoudsrelatie geen enkele rol speelt, en evenmin het al of niet nog in leven zijn van de gewezen wettelijke partner (zie hierover nrs. 30 e.v.).

Volgens sommige auteurs is ook deze verschillende behandeling van feitelijk samenlevende partners in vergelijking tot gehuwde partners niet in overeenstemming met de artt. 8 en 14 E.V.R.M. zoals geïnterpreteerd in het Marckx-arrest, en derhalve niet langer geldend recht⁶⁶. Ook hier kan ik het met deze opvatting niet eens zijn: m.b.t. het statuut van concubinerenden zijn als dusdanig geen dwingende conclusies te trekken uit de genoemde artikelen uit het E.V.R.M. in hun «nieuwe» interpretatie. Wat mij daarentegen niet langer in overeenstemming met de artt. 8 en 14 E.V.R.M. lijkt te zijn, is de discriminerende behandeling van sommige categorieën natuurlijke kinderen (zie boven, nr. 25): m.i. moet op de natuurlijke kinderen voortaan, zoals in andere takken van het recht, en op voorwaarde dat hun afstamming vaststaat, de regeling inzake wettige kinderen toegepast worden.

§ 4. De toekenning van een eigen recht op sociale prestaties in geval van stukgelopen gezinssituatie

A. Het eigen recht op pensioen van de uit de echt gescheiden vrouw

30. Sinds 1975 is voor de uit de echt gescheiden vrouw van een werknemer een persoonlijk recht op een rust-

⁶¹ W. AO, art. 13; W. BZ, art. 33, eerste lid. Zie SMEESTERS en DE VIRON, *art. cit.*, 78. Voor de situatie van de geadopteerde kinderen, zie W. AO, art. 14; DENIS en GOSSERIES, *art. cit.*, nr. 21.

⁶² K.B. nr. 50 van 24 oktober 1967 betreffende het rust- en overlevingspensioen voor werknemers (W. PW), art. 17; K.B. nr. 72 van 10 november 1967 betreffende het rust- en overlevingspensioen der zelfstandigen (W. PZ), art. 4, § 1.

⁶³ W. PW, art. 19; W. PZ, art. 7, 1°.

⁶⁴ W. PW, art. 21, §§1-2; W. PZ, art. 8, § 1, 3°.

⁶⁵ JEANMART, *op. cit.*, p. 37.

⁶⁶ HEYVAERT en WILLEKENS, *op. cit.*, nr. 79, p. 85-86.

pensioen gecreëerd, en dit uit hoofde van de beroepsactiviteiten van haar gewezen echtgenoot⁶⁷. In de nieuwe regeling gaat men ervan uit alsof de uit de echt gescheiden vrouw zelf een activiteit als werkneemster heeft uitgeoefend gedurende de duur van het huwelijk met haar gewezen echtgenoot, tegen het loon dat haar gewezen echtgenoot in die periode verdiend heeft. Dit recht op het rustpensioen gaat ten vroegste in op het ogenblik dat de uit de echt gescheiden vrouw de normale pensioenleeftijd (60 jaar, met de gewone mogelijkheid tot vervroeging) heeft bereikt. Bij de vaststelling van het bedrag van dit pensioen werd een regeling uitgewerkt die beoogde het niveau van het pensioen van uit de echt gescheiden vrouw te doen overeenstemmen met de helft van dat van het gewone rustpensioen tegen gezinsbedrag bij een zelfde aantal in aanmerking te nemen jaren⁶⁸. In geval van opeenvolgende echtscheidingen mogen de onderscheiden huwelijksperiodes van de vrouw in aanmerking genomen worden⁶⁹.

Het rustpensioen van uit de echt gescheiden vrouw kan ingaan vóór de voormalige echtgenoot zijn rustpensioen verwerft; op dit punt is de situatie van de uit de echt gescheiden vrouw gunstiger dan die van de feitelijk of van tafel en bed gescheiden vrouw.

31. De aan de uit de echt gescheiden echtgenote toegekende prestatie oefent geen enkele invloed uit op het eventuele rustpensioen toegekend aan de voormalige echtgenoot, zelfs indien dit ten gevolge van een nieuw huwelijk is vastgesteld tegen gezinsbedrag, noch in voorkomend geval, op het overlevingspensioen van de vrouw met wie hij gehuwd is op het ogenblik van zijn overlijden. Het gezamenlijk bedrag van beide prestaties ten laste van de pensioensector kan dus dat van het rustpensioen van de ex-echtgenoot aan gezinsbedrag overschrijden, en in voorkomend geval kunnen de ex-echtgenote en de weduwe een rust- resp. een overlevingspensioen genieten op basis van dezelfde arbeidsprestaties van de overleden werknemer.

32. Het bedrag van het rustpensioen van uit de echt gescheiden vrouw wordt niet langer negatief beïnvloed door de eventuele onderhoudsuitkering die de ex-echtgenoot haar na de echtscheiding betaalt of moet betalen. Vóór de wijziging van 1975 werd bepaald dat elke na de echtscheiding betaalde of zelfs alleen maar verschuldigde rente of onderhoudsgeld afgetrokken diende te worden van het rustpensioen van de uit de echt gescheiden vrouw⁷⁰.

⁶⁷ K.B. 21 december 1967 tot vaststelling van het algemeen reglement betreffende het rust- en overlevingspensioen voor werknemers (K.B. PW), art. 75-79, zoals gewijzigd door K.B. 12 mei 1975 (uitgevaardigd ten gevolge van de W. 1 juli 1974 tot invoering van de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding).

⁶⁸ Voor meer details, zie SENAËVE, *art. cit.*, 1979, nrs. 11-16; R. DE PAEPE, «Pensioenrechten van de feitelijk of van tafel en bed gescheiden echtgenoten en de uit de echt gescheiden echtgenoten», *Oriënt.*, 1980, 45-52, op 48 e.v.; SIMOENS, *art. cit.*, nrs. 27-28.

⁶⁹ Dienstorder R.W.P., nr. 75/11.

⁷⁰ Voor de regeling van vóór 1975, zie SENAËVE, *art. cit.*, nrs. 11, 12 en 16.

Er dient ook aangestipt te worden dat de schuld of de onschuld van de vrouw aan de echtscheiding geen enkele rol speelt m.b.t. haar recht op het rustpensioen.

Haar recht op het rustpensioen van uit de echt gescheiden vrouw houdt op wanneer zij hertrouwt. Het in concubinaat gaan samenleven heeft ook hier geen invloed op de pensioenrechten.

33. De uit de echt gescheiden vrouw van een zelfstandige heeft eveneens een persoonlijk recht op een rustpensioen vanaf de leeftijd van 60 jaar, en dit uit hoofde van de beroepsactiviteiten van haar gewezen echtgenoot⁷¹. Behalve wat de regels betreft die specifiek zijn voor de pensioensector van de zelfstandigen, valt dit pensioen onder een gelijkaardig regime als dat van de uit de echt gescheiden vrouw van een werknemer, dat trouwens geïnspireerd werd door wat voorheen reeds in het regime van de zelfstandigen bestond.

34. Het pensioenrecht van de uit de echt gescheiden vrouw geldt als een valorisering op pensioengebied van haar arbeid van thuiswerkende vrouw gedurende de huwelijksjaren. Het is op zijn minst eigenaardig dat deze valorisering vooralsnog enkel geldt wanneer het huwelijk op een echtscheiding is uitgelopen⁷².

B. Vermindering van de bijdrage in de Z.I.V.

35. Zoals eerder is gezegd, verliest de uit de echt gescheiden vrouw of man automatisch haar (zijn) hoedanigheid van persoon ten laste van de ex-echtgenoot (zie nr. 5, d). Hij (zij) kan verder de terugbetaling van de kosten van geneeskundige verstrekkingen genieten door vrijwillig tot het stelsel van de nog niet beschermde personen toe te treden, waartoe een maandelijks bijdrage moet worden betaald⁷³. Er is een speciale regeling getroffen voor de uit de echt gescheiden persoon die oorspronkelijk verweerder was in het geding dat de echtscheiding uitsluitend toestond op grond van feitelijke scheiding van minstens tien jaar zonder dat hierbij de verantwoordelijkheid voor de feitelijke scheiding te zijnen laste is gelegd: deze uit de echt gescheiden moet slechts een gereduceerde maandelijks bijdrage betalen⁷⁴.

§ 5. De verdeling van de pensioenrechten over beide partners in ontwrichte gezinssituaties

A. Regeling

36. Inzake rustpensioen wordt zowel in het stelsel van de werknemers als in dat van de zelfstandigen een speciale

⁷¹ W. PZ, art. 30, 1°; K.B. 22 december 1967 houdende algemeen reglement betreffende het rust- en overlevingspensioen der zelfstandigen (K.B. PZ), artt. 92-98bis.

⁷² R. MASYN, «De pensioenen voor werknemers», in *De ontwikkeling van de Belgische wetgeving van Sociale Zekerheid 1970-1976*, Brussel, Larquier, 1977, p. 123-139, op 126.

⁷³ K.B. 28 juni 1969 «tot verruiming van de werkingssfeer van de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging tot de nog niet beschermde personen», art. 4.

⁷⁴ K.B. 28 juni 1969, art. 3, als gewijzigd bij K.B. 12 mei 1975.

techniek aangewend om rekening te houden met de gezinstoestand van de rechthebbenden: bij feitelijke scheiding en bij scheiding van tafel en bed heeft er een verdeling van de pensioenrechten plaats. De regeling van de zelfstandigen stemt in grote lijnen overeen met die van de werknemers, die hierna wordt overlopen⁷⁵.

De feitelijke scheiding of de scheiding van tafel en bed heeft voor de gehuwde man, die in principe recht heeft op het rustpensioen tegen gezinsbedrag, tot gevolg dat hij nog slechts aanspraak kan maken op een rustpensioen als alleenstaande. Als zijn echtgenote evenwel aanspraak maakt op een deel van het rustpensioen, wordt aan de man toch een gezinspensioen toegekend, waarvan het bedrag over beide echtgenoten verdeeld wordt.

De feitelijk of van tafel en bed gescheiden vrouw van een werknemer of een zelfstandige kan aanspraak maken op een deel van diens rustpensioen wanneer zij alle andere dan toegelaten beroepsarbeid heeft gestaakt, en zij geen uitkering ontvangt wegens ziekte, invaliditeit of werkloosheid. Er is geen leeftijdsvoorwaarde: zij heeft recht op een deel van het rustpensioen ook al heeft zij de normale pensioenleeftijd (60 jaar) nog niet bereikt⁷⁶. De schuld van de vrouw aan de feitelijke scheiding of de scheiding van tafel en bed doet, in tegenstelling tot de voormalige wetgeving, niets af aan haar recht op een gedeelte van het rustpensioen. De R.W.P., en de arbeidsrechtbank bij beroep, hebben zich niet in te laten met de schuld of onschuld van de echtgenoten aan de tussen hen ontstane feitelijke scheiding of scheiding van tafel en bed⁷⁷. Ook het feit dat de vrouw in concubinaat samenleeft met een andere man, heeft niets uit te staan met haar recht op een deel van het rustpensioen⁷⁸.

37. Het recht van de feitelijk of van tafel en bed gescheiden vrouw is vastgesteld op 50% van het pensioenbedrag van haar echtgenoot wanneer zij zelf geen aanspraak kan maken op een rust- of overlevingspensioen. In het andere geval wordt haar eigen pensioen aangevuld tot op het niveau van de helft van het pensioen van de man tegen gezinsbedrag; in dit geval wordt aan de echtgenoot het pensioen als alleenstaande toegekend waarvan het bedrag verminderd wordt met dat waarmee het eigen pensioen van zijn echtgenote wordt aangevuld⁷⁹.

B. Evaluatie

Het is duidelijk dat door het introduceren van een regeling tot verdeling van het rustpensioen beoogd werd een van het burgerlijk recht afwijkende norm te stellen. Bij feitelijke scheiding⁸⁰ kan de vrederechter immers aan een

van de echtgenoten een uitkering tot levensonderhoud toekennen ten laste van de andere, of aan de ene echtgenoot een machtiging tot ontvangst verlenen van een deel van de inkomsten van de andere, maar de voorwaarde hiertoe is dat de echtgenoot die de onderhoudsuitkering of de ontvangstmachtiging wil verkrijgen, geen schuld heeft aan het ontstaan noch aan het voortduren van de feitelijke scheiding⁸¹. Door het intreden van de pensioengerechtigde leeftijd van de feitelijk of van tafel en bed gescheiden man heeft er dus automatisch een nieuwe verdeling van de inkomsten plaats. De vrederechter is onbevoegd om tussen de echtgenoten een andere verdeling van de pensioenrechten op te leggen dan die welke door de wet is bepaald: de inkomsten uit pensioenen zijn onttrokken aan de mogelijkheid van *rechtstreekse* tussenkomst van de vrederechter. Hij kan door het toestaan van een onderhoudsuitkering en/of een ontvangstmachtiging een regeling treffen m.b.t. de verdeling van de inkomsten van de echtgenoten, maar hij zal hierbij moeten uitgaan van het vast gegeven dat het rustpensioen van de man in principe voor de helft aan diens vrouw toevalt; het forfaitaire karakter van de pensioenwet kan dus wel *onrechtstreeks* worden geneutraliseerd d.m.v. technieken van het burgerlijk recht⁸².

§ 6. Een oneigenlijk erfrecht: de toewijzing van de achterstallen

39. In verschillende sectoren van de sociale zekerheid is een regeling uitgewerkt aangaande de toewijzing van de achterstallen van de uitkeringen bij het overlijden van de gerechtigde: het gaat om de toewijzing van verworven maar op de dag van het overlijden van de gerechtigde nog niet betaalde sociale-zekerheidsuitkeringen.

De rangorde m.b.t. het recht op de achterstallen van sociale zekerheidsprestaties ziet er als volgt uit:

1) de overlevende echtgenoot met wie de gerechtigde leefde op het ogenblik van het overlijden: de wettige echtgenoot komt dus vooraan in de sociale-zekerheidsrechtelijke rangorde (vóór de kinderen), doch de feitelijk of de van tafel en bed gescheiden echtgenoot wordt volledig uitgesloten van het recht op de achterstallen;

2) de kinderen van de gerechtigde met wie hij leefde op het ogenblik van het overlijden: de kinderen komen dus in tweede instantie in aanmerking, maar de niet meer met hun ouder samenwonende kinderen worden uitgesloten van het recht op de achterstallen;

3) de persoon of personen met wie de gerechtigde samenleefde op het ogenblik van het overlijden: aldus gelibelleerd wordt de concubine/concubijn niet uitdrukkelijk vermeld, maar het is toch in de eerste plaats haar/hem die ermee bedoeld wordt; daarnaast kunnen ook met de gerechtigde samenwonende familieleden in aanmerking komen, evenals vreemden die met de gerechtigde samenwoonden zonder dat er sprake was van concubinaat.

De hier beschreven rangorde geldt m.b.t. de achterstallen van de pensioenen voor werknemers⁸³; de pensioenen

⁷⁵ K.B. PW, art. 74; W. PZ, art. 30, 2°, en 21, § 1, en K.B. PZ, artt. 26bis en 99-106. Idem inzake gewaarborgd inkomen van bejaarden: K.B. GIB, artt. 67-73.

⁷⁶ Arbrb. Charleroi, 15 juni 1972, *J.T.T.*, 1973, 28.

⁷⁷ Arbrb. Turnhout, 24 maart 1971, en Arbrb. Brussel, 11 mei 1971, *onuitg.*, aangeh. bij VAN LANGENDONCK, *art. cit.*, (1972), 1284-1285.

⁷⁸ Arbrb. Charleroi, 15 juni 1972, *aangeh.*

⁷⁹ Voor details, zie SENAEVE, *art. cit.*, nrs. 17-22; SIMOENS, *art. cit.*, nrs. 33-35; DE PAEPE, *art. cit.*, 45-47.

⁸⁰ Wat volgt geldt *mutatis mutandis* ook bij scheiding van tafel en bed.

⁸¹ Zie hierover J.M. PAUWELS, *Rechten en plichten van gehuwden*, Leuven, Acco, 1980, 2e uitg., nrs. 89 en 115.

⁸² Voor referenties zie SENAEVE, *art. cit.*, nrs. 23-25; SIMOENS, *art. cit.*, nrs. 36-39.

⁸³ W. PW, art. 31, eerste lid, 4°; K.B. PW, art. 72, eerste lid.

voor zelfstandigen⁸⁴; het invaliditeitspensioen voor mijnwerkers; het gewaarborgd inkomen voor bejaarden⁸⁵; het recht op een bestaansminimum⁸⁶; de bijlagen verleend door het Fonds voor Arbeidsongevallen⁸⁷; de uitkeringen als schadeloosstelling voor een beroepsziekte⁸⁸ en de tegemoetkomingen aan de minder-validen⁸⁹.

40. De rechtspraak, aangevoerd door het Hof van Cassatie, benadrukt dat inzake de achterstallen het sociale-zekerheidsrecht zijn eigen rangorde voorop heeft gesteld, die uitdrukkelijk afwijkt van de erfrechtelijke devolutieregels en van de regels inzake inbezitting van de erfgenamen: de sociale achterstallen, die materieel gezien tot het vermogen van de overledene behoren, maken dus geen deel uit van zijn nalatenschap⁹⁰.

De rangorderegeling van de rechthebbenden op sociale achterstallen gaat uit van het preferentiële criterium van het *samenwonen* met de overleden gerechtigde. De buitenechtelijke levensgemeenschap wordt hier niet gelijkgesteld met het huwelijk maar in zekere zin zelfs verkozen boven een huwelijk waar geen samenleven meer mee gepaard gaat. Van de andere kant is de gelijkstelling van het concubinaat met het huwelijk hier niet volledig bereikt wanneer er kinderen zijn die met de gerechtigde leefden op het ogenblik van zijn overlijden, aangezien in dat geval de (samenwonende) echtgenoot voorgaat op de kinderen, terwijl de concubinerende slechts na de kinderen komt⁹¹.

Afdeling II. Enkele beschouwingen omtrent de verhouding tussen het burgerlijk recht en het sociale-zekerheidsrecht m.b.t. de bepalingen inzake het gezin

41. In een artikel aangaande het gezin en het sociale-zekerheidsrecht kunnen enige beschouwingen over de verhouding tussen sociale-zekerheidsrecht en familierecht moeilijk achterwege blijven.

42. Als rechtstheoretisch uitgangspunt bij een proeve tot ontleding van deze verhouding dient m.i. de fundamentele eenheid voorop te worden gesteld van ons rechtssysteem in het algemeen, en van het civiele recht en

het sociale recht in het bijzonder. Dit uitgangspunt houdt dus een verwerping in van het traditioneel als principieel aangeprezen onderscheid tussen privaatrecht en publiekrecht met de eventuele aanleg van een derde categorie zijnde het sociale recht als aanvulling. De hedendaagse rechtsontwikkeling laat zich in elk geval met de uitgangspunten van dat onderscheid niet langer verenigen⁹². Dit betekent tevens dat de stelling niet onderschreven kan worden, als zouden het burgerlijk recht en het sociaal recht elk het recht van een bepaalde klasse zijn resp. dat van de bezittende en dat van de arbeidersklasse⁹³; door de toeneemende aandacht voor de zwakkere partij in het burgerlijk recht enerzijds en door de uitbreiding van de bescherming van het sociale (zekerheids-)recht tot de gehele bevolking is een dergelijke identificatie in elk geval voorbijgestreefd.

Deze eenheid van burgerlijk en sociaal recht moet tegelijk gezien worden als een constatering van een bestaande toestand én als een na te streven principe dat naar geldend recht nog maar gedeeltelijk gerealiseerd is. De eenheid komt vooral tot uiting resp. zou vooral tot uiting dienen te komen in de rechtsbeginselen en in de rechtsbegrippen, en secundair ook in de rechtsregels. Met eenheid bedoelen we niet louter de uniformiteit, het identiek zijn, maar minstens evenzeer de harmonie, de consistentie, de afwezigheid van tegenspraken⁹⁴.

43. M.b.t. de verhouding familierecht — sociale-zekerheidsrecht is het eerste thema dat vanuit deze optiek aangesneden moet worden de eenheid van de *rechtsbegrippen* en *rechtsinstituten*. In principe wordt de inhoud van de verschillende familierechtelijke instituten bepaald door het familierecht. Wanneer het sociale-zekerheidsrecht een beroep doet op deze instituten, moet er worden van uitgegaan dat ze dezelfde inhoud dekken als in het civiele recht. Wanneer bv. de wet het recht op verhoogde kinderbijslag laat herleven als het nieuwe huwelijk op een scheiding van tafel en bed is uitgelopen (zie boven, nr. 18), dan staan we voor een duidelijk omschreven familierechtelijk statuut, de scheiding van tafel en bed, dat niet voor een uitbreidende interpretatie in het sociale-zekerheidsrecht vatbaar is. De poging die zekere rechtspraak en rechtsleer⁹⁵ ter zake heeft ondernomen om hieronder ook de feitelijke scheiding die door een gerechtelijke maatregel bevestigd werd te doen vallen, omdat we in de twee gevallen in feite voor dezelfde feitelijke situatie staan, dient dan ook verworpen te worden. In deze — beperkte! — zin is het burgerlijke recht zeker te beschouwen als het gemene recht. Aan de andere kant zou de wetgever (of de uitvoerende macht) aan een rechtsinstituut in het sociale-zekerheidsrecht vanzelfsprekend een van het familierecht uitdrukkelijk afwijkende betekenis kunnen geven, maar dit zou

⁸⁴ W. PZ, art. 31, 6°; K.B. PZ, artt. 157 en 159, § 1.

⁸⁵ W. 1 april 1969 tot instelling van een gewaarborgd inkomen voor bejaarden, art. 18, tweede lid; K.B. 29 april 1969 houdende algemeen reglement betreffende het gewaarborgd inkomen voor bejaarden (K.B. GIB), art. 59, eerste lid.

⁸⁶ K.B. 30 oktober 1974 houdende algemeen reglement betreffende het bestaansminimum, art. 31.

⁸⁷ K.B. 21 december 1971 betreffende de bijlagen en de sociale bijstand verleend door het Fonds voor Arbeidsongevallen, art. 14.

⁸⁸ W. BZ, art. 64bis, ingevoegd bij K.B. nr. 9 van 23 oktober 1978, ter uitvoering van W. 5 augustus 1978, art. 27, § 6, 2°, b) bb.

⁸⁹ W. 27 juni 1969 betreffende het toekennen van tegemoetkomingen aan de minder-validen, art. 21; K.B. 17 november 1969, art. 58, eerste tot derde lid. Voor deze laatste soort uitkeringen is een bijkomende categorie rechthebbenden ingelast die komt tussen de genoemde categorieën 2° en 3°: de vader en de moeder met wie de gerechtigde leefde op het ogenblik van zijn overlijden.

⁹⁰ Cass., 5 maart 1975, *Pas.*, 1975, I, 686, *J.T.T.*, 1976, 84; *Arbrb. Bergen*, 19 mei 1980, *Rev.Rég.Dr.*, 1980, 404.

⁹¹ Cf. JEANMART, p. 43.

⁹² Zie o.m. J.J.M. VAN DER VEN, «De beoefening van het privaatrecht als discipline van juridisch denken», in *van Opstall-bundel*, Deventer, Kluwer, 1972, 189-197, inz. nr. 5.

⁹³ Deze stelling werd o.m. verdedigd door L. DUCHATELET, «La famille dans le droit social», *R.D.S.*, 1954, 113-137, op 136.

⁹⁴ Zie A.R. BLOEMBERGEN, «De eenheid van privaatrecht en administratief recht», *W.P.N.R.*, 1977, 1-5, 17-23, 33-36 en 49-54, op wiens studie ik voor wat volgt in belangrijke mate gesteund heb.

⁹⁵ Zie voetnoot 42.

slechts als een betreurenswaardige tegenspraak in het geldende recht te beschouwen zijn.

44. Het voorgaande betekent evenwel niet dat het sociale-zekerheidsrecht m.b.t. de definitie van uit het familierecht afkomstige rechtsbegrippen en rechtsinstituten slechts een passieve rol te vervullen heeft. Een aantal inzonderheid informele familierechtelijke instituten — ik denk vooral aan het concubinaat en aan de feitelijke scheiding — hebben immers in het burgerlijk recht (nog) geen vastomlijnde omschrijving verkregen. Hier kan het sociale-zekerheidsrecht vanzelfsprekend autonoom de inhoud van het rechtsinstituut bepalen.

Zo is m.b.t. de verdeling van de pensioenrechten (als ook van het gewaarborgd inkomen voor bejaarden) bij feitelijke scheiding van de echtgenoten bepaald dat onder feitelijke scheiding verstaan wordt de toestand die tussen de echtgenoten ontstaat ofwel wanneer de vrouw elders verblijft dan haar man, ofwel, bij ontstentenis van een afzonderlijke inschrijving in het bevolkingsregister, wanneer de man in de gevangenis is opgesloten, in een gesticht ter bescherming van de maatschappij of in een bedelaarskolonie is opgenomen, of in een instelling voor geesteszieken is geplaatst⁹⁶. Men ziet dat aldus het intentionele of psychologische element dat door sommige⁹⁷ — maar niet door alle — auteurs als essentieel wordt beschouwd om van een feitelijke scheiding naar burgerlijk recht te kunnen spreken (m.n. dat de echtgenoten of één van hen werkelijk de bedoeling hadden om afzonderlijk te gaan leven), hier in elk geval ontbreekt.

Het is dan ook niet uitgesloten dat het sociale-zekerheidsrecht aldus een invloed zal uitoefenen op een toekomstige vaste omschrijving van het rechtsinstituut naar burgerlijk recht. In die zin is er sprake van een wisselwerking tussen het sociale-zekerheidsrecht en het familierecht.

45. Ik heb gesteld dat de eenheid van het recht o.m. gezien moet worden als een voortdurend streven naar een toestand die *de lege lata* nog maar partieel gerealiseerd is. Het geldende recht is alom gekenmerkt door de aanwezigheid van tegenspraken. Een van de oorzaken ervan heeft te maken met het feit dat het recht een open systeem is. De ontwikkelingsgang realiseert zich in de onderscheiden deelgebieden niet steeds in hetzelfde tempo. Aldus kan een tegenspraak in de beginselen ontstaan doordat twee rechtstakken zich ter zake in een verschillende ontwikkelingsfase bevinden.

Een typische illustratie hiervan m.b.t. de verhouding familierecht - sociale-zekerheidsrecht is te vinden in de gelijke behandeling van man en vrouw. Terwijl deze gelijkheid in het burgerlijk recht op enkele detailpunten na sinds 1976 volledig verwezenlijkt is, is de evolutie ter zake in het sociale-zekerheidsrecht nog volop bezig (1971: werkloosheid; 1980: Z.I.V.); de sector bij uitstek waar deze gelijkheid nog niet gerealiseerd werd, is natuurlijk die van de pensioenen. Aldus bestaat er een inconsistentie in de beginselen tussen het familierecht enerzijds en het so-

ciale-zekerheidsrecht anderzijds; maar alles wijst erop dat deze inconsistentie slechts tijdelijk zal bestaan: de gelijkheid van man en vrouw kan niet blijven stilstaan op de rand van het civiele recht.

Een andere toepassing hiervan wordt gevonden bij de rangorderegeling enerzijds in het eigenlijke erfrecht, anderzijds in het quasi-erfrecht van de toewijzing van de sociale achterstallen. Terwijl de achterstallen van sociale uitkeringen in eerste instantie worden toegekend aan de langstlevende echtgenoot (voor zover ze met de eerststervende samenwoonde) vóór de kinderen, was tot voor kort de langstlevende echtgenoot in het burgerlijk recht slechts een onregelmatige erfopvolger met heel beperkte erfrechten zo er afstammelingen van de *de cuius* opkwamen. Deze laatste regeling, die sinds lang niet meer beantwoordde aan het onder de bevolking aanwezige rechtsgevoel, werd noodgedwongen gewijzigd, door de W. 14 mei 1981, waarbij de langstlevende echtgenoot gepromoveerd werd tot wettig erfgenaam met erfrecht in vruchtgebruik over de gehele nalatenschap zelfs zo de overledene afstammelingen nalaat (nieuw art. 745bis, § 1, B.W.). De *ratio legis* van de hervorming is duidelijk: men is van oordeel dat in eerste instantie de langstlevende echtgenoot in staat gesteld moet worden om verder te leven op het niveau van vóór het afsterven van de partner, en daarom komt hem/haar het genot en de opbrengst toe van de goederen van de *de cuius*. De bekommernis die voorzat in de rangorderegeling van de sociale achterstallen, is wezenlijk dezelfde.

Burgerlijk recht en sociaal recht zijn aldus ook op dat vlak een stuk naar elkaar toe gegroeid: de man-vrouw relatie gaat voor op de ouder-kind relatie wat de toekenning van aanspraken bij overlijden betreft.

46. Doordat het sociale-zekerheidsrecht en het familierecht geenszins twee naast elkaar bestaande rechtstakken zijn maar fundamenteel deel uitmaken van één rechtssysteem, is het duidelijk dat er een diepgaande wederzijdse beïnvloeding bestaat. Deze onderlinge interferentie tussen familierecht en sociale-zekerheidsrecht komt op verscheidene vlakken tot uiting. Een ervan is de eenduidige inhoud van de rechtsbegrippen die in beide rechtstakken worden aangewend, en die boven reeds werd signaleerd.

De meest belangrijke beïnvloeding die er van het sociale-zekerheidsrecht is uitgegaan t.a.v. het familierecht, heeft m.i. betrekking op de inhoud en het functioneren van het instituut van de alimentatieplicht tussen familieleden. De traditionele civielrechtelijke plicht om de personen met wie men door een bepaalde familieband verbonden is, levensonderhoud te verschaffen indien ze behoeftig zijn, is door de invoering en de ontwikkeling van de sociale-zekerheidsprestaties geleidelijk afgeknabbeld, en door het instellen van een *recht* op een bestaansminimum ten laste van de overheid voor elke persoon die niet in staat is door persoonlijke arbeid of bezit te zorgen voor zijn eigen fundamentele levensbehoeften, is deze onderhouds*plicht* m.i. overleefd⁹⁸. Wel moet erop gewezen worden dat zeer re-

⁹⁶ K.B. PW, art. 74, § 1; K.B. BZ, art. 99, 4°; K.B. GIB, art. 67.

⁹⁷ In die zin C. DE BUSSCHERE, *De feitelijke scheiding der echtgenoten*, Gent, Story, 1978, pp. 24-27 en 33-35.

⁹⁸ Deze idee heb ik elders uitvoerig verdedigd: P. SENAËVE, «Onderhoudsplicht en recht op een bestaansminimum», *T.P.R.*, 1978, 1-41.

cent een maatregel is genomen die in de tegenovergestelde richting gaat: door de opsplitsing van de uitkeringsgerechtigde werklozen die geen gezinshoofd zijn in twee subcategorieën, en de reductie van de werkloosheidsuitkering van de categorie van personen die met iemand anders samenwonen na twee jaar tot een bedrag beneden het bestaansminimum, wordt duidelijk een verschuiving waargenomen van de gemeenschapssolidariteit naar de gezinssolidariteit (zie nr. 9). Deze innovatie, die past in het kader van de bezuinigingsmaatregelen in de sociale zekerheid ten gevolge van de economische crisis, staat nog alleen en is nog te recent om er al een nieuwe en blijvende tendens in te zien die de terugweg zou inluiden.

Ook de patrimoniale verhoudingen tussen de leden van het kerngezin zijn diepgaand beïnvloed door de ontwikkeling van het sociale-zekerheidsrecht, maar op een minder radicale wijze doordat de burgerrechtelijke norm hier meer bedraagt dan het levensminimum.

Een ander typisch voorbeeld van deze onderlinge beïnvloeding, maar dan in omgekeerde richting, vinden we in het vlak van de juridische betekenis van de feitelijke scheiding van de echtgenoten. Zoals men weet heeft de wetgever in 1974 een nieuwe grond tot echtscheiding ingevoerd, de feitelijke scheiding van de echtgenoten gedurende minstens tien jaar. Nu is het frappant te zien dat de echtgenote die feitelijk gescheiden leeft sinds minstens tien jaar, m.b.t. de betaling van het pensioen van zelfstandigen (1976) en van het gewaarborgd inkomen voor bejaarden (1978) een zelfstandig recht verkrijgt, zoals de van tafel en bed gescheiden echtgenote. De tendens is dus om de feitelijke scheiding van tien jaar en meer, die naar burgerlijk recht een grond is tot ontbinding van het huwelijk door echtscheiding, in het sociale-zekerheidsrecht te beschouwen als een toestand waaruit het definitief uiteengaan van de echtgenoten blijkt, zodanig dat de gelijk-schakeling met de scheiding van tafel en bed m.b.t. de verwerving en de betaling van sociale prestaties verantwoord lijkt.

47. Hiermee ben ik aan de vraag toe of het typisch is voor het sociale-zekerheidsrecht dat het veelvuldig rekening houdt met feitelijke toestanden. Het is inderdaad zo dat in het sociale-zekerheidsrecht in vele vlakken situaties die feitelijk aanwezig zijn maar niet juridisch gekristalliseerd zijn, in rekening gebracht worden en dikwijls gelijkgesteld met de met de feitelijke situatie vergelijkbare rechtsinstituten. Typische voorbeelden aangaande de materie die ons bezighoudt zijn natuurlijk het in aanmerking nemen in de sociale zekerheid van het concubinaat en van de feitelijke scheiding, waaraan soms dezelfde gevolgen verbonden worden als aan het huwelijk resp. de scheiding van tafel en bed of de echtscheiding.

Ik weiger evenwel aan te nemen dat zulks tot de wezenlijke kenmerken zou behoren van het sociale-zekerheidsrecht, wat het zou plaatsen tegenover het burgerlijk recht⁹⁹. Ook in het burgerlijk recht worden immers geregeld, en meer en meer, aan feitelijke toestanden juridische

gevolgen verbonden¹⁰⁰, zodanig dat de juridische consolidatie van feitelijke situaties als een algemene tendens van het moderne recht gezien kan worden¹⁰¹. De klassieke o.m. door De Page¹⁰² verdedigde stelling, als zou het zogenaamde utilitaire karakter van het sociale-zekerheidsrecht, m.n. dat het het toekennen en verdelen van sociale prestaties inhoudt, meebrengen dat het met meer reden aan feitelijke toestanden gevolgen verbindt dan het familierecht, dat de fundamenteën van de familiale ordening zou bevatten, moet derhalve verworpen worden.

Aan de andere kant kan natuurlijk niet ontkend worden dat het sociale recht vlugger en veelvuldiger aan feitelijke familiale situaties zoals concubinaat, feitelijke scheiding en niet vastgestelde afstammingsverhoudingen rechtsgevolgen heeft verbonden. Dit heeft m.i. vooral te maken met het recentere karakter van het sociale-zekerheidsrecht, met de fragmentarische opbouw ervan, en met het feit dat het gemakkelijker en vlugger tot stand komt resp. gewijzigd wordt dan het burgerlijk recht, dus allemaal factoren die niet tot het wezen zelf van deze rechtstak behoren. De tendens om in het civiele recht met genoemde feitelijke familiale situaties rekening te houden is evenwel duidelijk — zie recent nog de W. 14 mei 1981 die in sommige weliswaar beperkte gevallen de feitelijke scheiding in rekening brengt — en is ook niet tegen te houden¹⁰³. Ook hier hebben we m.i. te maken met een tijdelijke tegenspraak in het recht die te wijten is aan de verschillende ontwikkelingsfase waarin beide rechtstakken zich ter zake bevinden. Overigens getuigt de manier waarop deze feitelijke familiale toestanden (inzonderheid het feitelijke samenleven) in het sociale-zekerheidsrecht behandeld wordt ook allesbehalve van een consequente houding. De hele materie is m.i. nog volop in beweging, in beide rechtstakken.

48. We zijn aldus aanbeland bij een laatste tendens die kan worden vastgesteld in het sociale-zekerheidsrecht, dat te omschrijven is als het geheel van regels die de bestaanszekerheid van de bevolking waarborgen tegen de

¹⁰⁰ Cf. J. NOIREL, «Le droit civil contemporain et les situations de fait», *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1959, 456-497.

¹⁰¹ Cf. R. SAVATIER, «Réalisme et idéalisme en droit civil d'aujourd'hui. Structures matérielles et structures juridiques», *Etudes Ripert*, Parijs, L.G.D.J., 1950, I, pp. 75-92.

¹⁰² DE PAGE, l.c., ; in dezelfde zin: B. DUBOIS, «De toepassing van het sociaal recht op de feitelijke scheiding en het concubinaat», in *Feitelijke scheiding — feitelijk samenleven*, (Koninklijke Federatie van Belgische notarissen, Notariële dagen — Gent 1978), s.l., s.d., pp. 112-143, inz. nrs. 2 en 39; Cf. LAGASSE, *art. cit.*, 162-164; zie nochtans A. LAGASSE, «De l'incidence des lois de sécurité sociale sur le droit de la famille», *Rev. Dr. Int. Dr. Comp.*, 1954, 108-113, waar deze auteur een veel genuanceerder standpunt inneemt en trouwens besluit: «L'essentiel est de mettre fin à cette idée que la philosophie du législateur social serait autre que celle du législateur civil».

¹⁰³ Zo is in een aantal Westeuropese landen de tendens aanwezig om in het burgerlijk recht expliciete bepalingen in te voeren inzake rechten en plichten van buiten het huwelijk samenlevende paren; bv. de Zweedse wet van 1973 inzake de overname van het recht op gehuurde gezinswoning na het beëindigen van de samenleving, de Engelse «Domestic Violence and Matrimonial Proceedings Act 1976»; zie hierover SENAËVE, *T.P.R.*, 1981, 959-966, nr. 4.

⁹⁹ Anders: H. DE PAGE, «Observations», *R.D.S.*, 1954, 138-140; cf. genuanceerder, A. LAGASSE, «L'union de l'homme et de la femme en droit social belge», *Ann. Dr. Sc. Pol.*, 1957, 149-169, op 164-165.

sociale risico's die tot gevolg hebben hetzij dat het (arbeids-)inkomen vermindert, wegvalt of er nooit komt, hetzij dat moeilijk te dragen uitgaven noodzakelijk worden. Bij het verzekeren van deze taak houdt het sociale-zekerheidsrecht steeds minder rekening met onderhoudsuitkeringen die naar burgerlijk recht betaald (moeten) worden door of aan de sociale rechthebbende. Zo werd tot 1975 het pensioen voor de uit de echt gescheiden vrouw van een werknemer automatisch verminderd met de onderhoudsuitkering na echtscheiding die haar door haar man betaald of zelfs alleen maar verschuldigd was; zulks is sindsdien niet langer het geval. Een ander voorbeeld van deze tendens treft men aan in de sector Z.I.V.-uitkeringen: tot 1980 was bepaald dat de gerechtigde die aan een persoon die geen deel uitmaakte van zijn gezin en tegenover wie hij alimentatieplichtig was een uitkering betaalde, of moest betalen (van minstens 3.000fr./maand) — bv. na echtscheiding — beschouwd diende te worden iemand ten laste te hebben, zodanig dat hij recht had op de invaliditeitsuitkering tegen het hoogste bedrag; sinds 1980 geldt deze regel niet meer. Ten slotte is ook de recente wijziging van de categorieën rechthebbende werknemers in de sector werkloosheidsuitkering, waar ingaande tegen de overheersende rechtspraak en rechtsleer uitgesloten werd dat de feitelijk of van tafel en bed gescheiden echtgenoot die aan zijn wettelijke partner een onderhoudsgeld betaalt, nog als gezinshoofd beschouwd wordt, een uiting van deze voortschrijdende ontwikkeling. In andere sectoren daarentegen wordt nog steeds uitgegaan van het al of niet bestaan van een onderhoudsuitkering om aan de rechthebbende een bepaalde prestatie toe te kennen. Het meest frappante voorbeeld levert wel de sector arbeidsongevallen en beroepsziekten, waar het voorhanden zijn van een onderhoudsuitkering voor de uit de echt gescheiden man of vrouw de voorwaarde is om hem/haar het recht op lijfrente resp. de jaarlijkse vergoeding toe te kennen. De basis van de sociale-zekerheidsuitkering is hier dus de civiele onderhoudsuitkering¹⁰⁴.

49. Men zou geneigd kunnen zijn om in de vastgestelde tendens om steeds minder de toekenning van sociale prestaties of de bepaling van de hoogte ervan te laten afhangen van het bestaan van een burgerrechtelijke onderhoudsuitkering, een uiting te zien van de verwezenlijking van de *autonomie* van het sociale-zekerheidsrecht t.a.v. het familierecht¹⁰⁵. Bij nader inzien is de term autonomie evenwel niet adequaat om dit streven te kwalificeren: hij is te beladen om verhelderend te kunnen werken. De vraag of het sociale-zekerheidsrecht in wezen gebonden is aan het burgerlijk recht dan wel een zelfstandige rechtstak uitmaakt, biedt immers geen deugdelijk alternatief. Op grond van onze basisstelling moeten sociale-zekerheidsrecht en burgerlijk recht veeleer gezien worden als twee rechtsgebieden die een onderdeel vormen van één rechtssysteem, en die als dusdanig een voortdurende en wederkerige beïnvloeding teweegbrengen en ondergaan.

Zoals we hebben gezien heeft sinds de invoering en de ontwikkeling van de stelsels van sociale zekerheid de burgerrechtelijke alimentatieplicht sterk aan belang ingeboet. De verminderde invloed van de civielrechtelijke alimentatieuitkeringen in het sociale-zekerheidsrecht moet in de geschetste optiek dan ook gezien worden als een uiting van het afnemende belang, binnen het rechtssysteem als zodanig, van de privaatrechtelijke alimentatie t.a.v. de van overheidswege toegekende steun.

Dr. Patrick SENAËVE
Assistent K.U.Leuven

¹⁰⁴ Zie, over het geheel van deze problematiek, SIMOENS, *art. cit.*

¹⁰⁵ In een vroegere bijdrage heb ik zelf deze tendens ook aldus benoemd: SENAËVE, *art. cit.* (*Raakvlakken...*), p. 115 e.v., nr. 77. Ook inzake andere aspecten wordt dikwijls, vooral door sociaalrechtelijke auteurs, de autonomie van het sociale recht t.o.v. het burgerlijke recht beklemtoond: R. BLANPAIN, *Arbeidsrecht*, Brussel, C.A.D., losbladig, I-1-5; VAN LANGENDONCK, *art. cit.*, B.T.S.Z., 1977, 916; DUBOIS, *art. cit.*, nr. 2.

DE RECENTE EVOLUTIE VAN HET PERSONENRECHT EN HET PATRIMONIAAL FAMILIERECHT TEN OPZICHTE VAN HET GEZIN: EEN SYNTHESE

Inleiding

1. Wijlen professor W. Delva hield op 10 maart 1977 aan de Rijksuniversiteit te Leiden in het kader van de Thorbecke-colleges een in meer dan één opzicht belangrijke voordracht over «De metamorfose van het Belgisch civielrecht».

Als essentiële kentrekken van deze metamorfose onderscheidde hij:

1) dat het civielrecht meer en meer van zijn technische kwaliteiten verliest om met de dag *meer ethisch* geïmbeerd te worden;

2) dat het civielrecht zijn statisch karakter verliest om *dynamisch* recht te worden.

3) dat de verticale bindingen naar *horizontale* worden omgebogen¹.

Deze evolutie tekent zich het scherpst af in het familierecht en verklaart:

1) de verschrompeling van het familierecht tot gezinsrecht;

2) de vernieuwing van de huwelijksfiguur van een contract en een instelling tot een gebonden levensgemeenschap met herwonnen inhoud;

3) de herwerking van het huwelijksvermogensrecht, met het oog op de juridische gelijkheid van man en vrouw tot verwezenlijking van hun partnership in een geest van solidariteit;

4) de anders gerichte filiatie, waarin socio-culturele banden sterker blijken dan de heredo-biologische binding;

5) de aftakeling van de vaderlijke macht die, alover ouderlijk gezag, geëvolueerd is naar een ouderlijk dienstbetoon in strakke gelijkheid van vader en moeder, met een hierbij aansluitende verruiming van de genots- en handelingsbekwaamheid van de jeugdigen;

6) het streven naar een gezins erfrecht, dat meer bepaald een volwaardig erfrechtelijk statuut zou toekennen aan de langstlevende echtgenoot².

¹ W. DELVA, *De metamorfose van het Belgische civielrecht*, Tjeenk Willink, Zwolle 1977, 15.

² W. DELVA, o.c., 16.

Centraal bij dit alles staat het streven naar meer reële vrijheid voor alle burgers, in de zin van een menswaardige zinnvolle privacy³.

2. Bij het opmaken van een synthese van de recente evolutie van het familierecht ten opzichte van het gezin, vijf jaar later, vormen de bedenkingen en vaststellingen van professor W. Delva het aangewezen uitgangspunt.

Op dit ogenblik lijken de hervormingen van het echtscheidingsrecht³ van het huwelijks- en huwelijksvermogensrecht⁵ en van het erfrecht⁴ «voorlopig voltooid», op enkele detailpunten na⁶. Alleen de hervorming van het afstammingsrecht verkeert nog in een «ontwerp-stadium»⁷.

Terwijl een synthetische benadering van de verwezenlijkte hervormingen, gelet op hun omvang, aangewezen was, leek een meer analytische benadering van de geplande hervorming van het afstammingsrecht, gelet op de actualiteit en het belang van de materie, geboden.

³ W. DELVA, o.c., 13-14.

^{3a} Hoe fragmentair daarbij door de wetgever ook werd tewerkgegaan: zie o.m. de wetten van 20 november 1969 (B.S., 17 december 1969) en 1 juli 1972 (B.S., 18 juli 1972) i.v.m. de echtscheiding door onderlinge toestemming; de wet van 1 juli 1974 (B.S., 17 augustus, err. 26 september 1974) i.v.m. de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding; de wet van 28 oktober 1974 (B.S., 29 november 1974) i.v.m. overspel als grond tot echtscheiding, en de wet van 9 juli 1975 (B.S., 23 juli 1975) i.v.m. de uitkering na echtscheiding. Vgl. G. BAETEMAN, e.a., *Het echtscheidingsrecht in België na de hervorming 1974-75*, Story-Scientia, Gent, 1977.

⁴ Wet van 14 juli 1976 betreffende de wederzijdse rechten en verplichtingen van echtgenoten en de huwelijksvermogensstelsels (B.S., 18 september 1976).

⁵ Wet van 14 mei 1981 tot wijziging van het erfrecht van de langstlevende echtgenoot (B.S., 27 mei 1981).

⁶ Zie b.v. het wetsvoorstel Boel tot verkorting van de termijn van de feitelijke scheiding van tien jaar tot vijf jaar, als voorwaarde van de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding, *Parl. St., Kamer*, 1979-80, nr. 393/1, dat werd aangenomen in de Kamer en het wetsvoorstel Cooreman m.b.t. de overgangsbepalingen van de wet van 14 juli 1976, *Parl. St., Senaat*, B.Z. 1977, nr. 33, dat werd aangenomen in de Senaat, maar gewijzigd in de Kamer, *Parl. St. Kamer*, B.Z. 1977, nr. 36.

⁷ Zie verder het preadvies van G. Traest.

RECENTE TENDENSEN IN HET GEZINSRECHT: VERHOUDINGEN TUSSEN ECHTGENOTEN ONDERLING EN TUSSEN ECHTGENOTEN EN KINDEREN

I. De omvang van het gezin

A. *Verschrompeling van familierecht tot gezinsrecht*

3. Dat de hedendaagse familie zich meer en meer beperkt tot het gezin is onmiskenbaar⁸. Dit blijkt duidelijk uit de evolutie van het erfrecht (zie verder het preadvies van prof. Puelinckx-Coene). De stap naar een werkelijk gezins(erf)recht is evenwel niet volledig gezet⁹.

4. Strekkingen in het familierecht die de laatste sporen van de solidariteit binnen de grote familie uit het wetboek verwijderd wilden zien, vonden vooralsnog weinig weerklank. Zo het voorstel van P. Senaève om de kring van onderhoudsplichtige familieleden drastisch in te krimpen en alleen onderhoudsverplichtingen binnen het kader van het gezin te behouden: de hulpverplichting tussen echtgenoten en de verplichting van de ouders kost, onderhoud en opvoeding aan hun «minderjarige» kinderen te verschaffen¹⁰.

Dit voorstel lijkt niet houdbaar, en niet alleen omdat het ondenkbaar is in een tijd van economische crisis de budgettaire lasten van de staat nog te verhogen. De familie blijft, al is haar rol in de samenleving en in het recht verminderd, een ordenende en beschermende factor: politiek is zij tegelijk een basis voor een stevige maatschappelijke structuur en een tegengewicht voor de toenemende verstaatsing; louter menselijk is zij het eerste toevluchtsoord voor al wie materieel of moreel in moeilijkheden geraakt, niet het minst wanneer het gezin, dat de familie verdrongen heeft, ontworpen is. De familiale onderhoudsverplichting heeft bovendien een sterk «symbolische functie in de mate dat zij verwijst naar nog beleefde zedelijke beginselen en allen laat participeren aan een nog levend waardebesef»¹¹.

Het burgerrechtelijk instituut van de alimentatie beperken tot het gezin zelf, gaat te ver. Een afschaffing van de verplichting tussen schoonouders en schoonkinderen¹²,

naar Duits voorbeeld, lijkt meer aangewezen dan de afschaffing van de verplichting tussen grootouders en kleinkinderen, zoals in Nederland.

Maar nu reeds wordt in België de draagwijdte van de onderhoudsverplichtingen zowel tussen grootouders en kleinkinderen als tussen schoonouders en schoonkinderen beperkt door de inwerking van de sociale wetgeving: de openbare centra voor maatschappelijk welzijn kunnen de door hen aan een rechthebbende in het kader van de O.C.M.W.-wet van 8 juli 1976 (art. 98, § 2) of in het kader van de Bestaansminimumwet van 7 augustus 1974 (art. 13, tweede lid) betaalde bedragen krachtens een eigen recht verhalen op de onderhoudsplichtigen van de betrokkenen, tot beloop van het bedrag waartoe zij gehouden konden zijn gedurende de tijd dat het bestaansminimum werd uitgekeerd of de maatschappelijke dienst werd verleend, doch binnen de grenzen en onder de voorwaarden bepaald door de Koning. En artikel 32 van het koninklijk besluit van 30 oktober 1974 laat dit verhaal, althans wat het uitgekeerde bestaansminimum betreft, slechts toe op de echtgenoot en op de ascendenten en descendenten in eerste graad van de rechthebbenden, op voorwaarde en in de mate dat het belastbaar inkomen van deze personen een bedrag van 250.000fr., verhoogd met 25.000fr. per persoon ten laste, overschrijdt¹³.

«Afschaffing van het verhaalrecht van de overheid t.a.v. bepaalde onderhoudsplichtigen met behoud van de alimentatieplicht van deze personen is onjuist, onlogisch, onrechtvaardig en in strijd met elke rechtssystematiek»¹⁴. Wordt het verhaal afgeschaft, dan zijn de grootouders, kleinkinderen, schoonouders en schoonkinderen die vrijwillig hun behoeftige verwanten bijstaan nog meer de dupe dan wanneer hun burgerrechtelijke onderhoudsverplichting zelf wordt afgeschaft: in het laatste geval wordt hun moreel hoogstaand gedrag niet wettelijk bekrachtigd of aangemoedigd, in het eerste geval wordt het moreel afkeurenswaardig gedrag van onwilligen — in de talrijke gevallen dat een behoeftig persoon ervoor terugschrikt verwanten aan te spreken — wel wettelijk aangemoedigd.

5. De burgerlijke wetgever heeft, verre van de onderhoudsverplichtingen tijdens het leven te beperken, in-

⁸ Ontwerp van wet tot wijziging van het erfrecht van de langstlevende echtgenoot, memorie van toelichting, *Parl. St., Senaat*, 1968-69, nr. 200, 1.

⁹ M. COENE, *Het erfrecht van de langstlevende echtgenoot. Algemene inleiding. Historiek en algemene beschouwingen*, Interuniversitaire studiedag, U.I.A., 5 december 1981, blz. 10.

¹⁰ Zie P. SENAËVE, «Onderhoudsplicht en recht op een bestaansminimum», *T.P.R.*, 1978, 30, nr. 33.

¹¹ J. VAN HOUTTE en J. BREDÁ, *Behoeftige bejaarden en onderhoudsplichtige kinderen*, 187.

¹² Al was het maar gelet op de ingewikkeldheid van artikel 206 B.W. of omdat «niet getrouwd wordt voor het geld». De wettelijke onderhoudsverplichting van schoonouders t.o.v. schoonkinderen of van schoonkinderen t.o.v. schoonouders zou, gelet

op de omstandigheden, kunnen worden vervangen door een natuurlijke verbintenis.

¹³ Zie voor een toepassing Antwerpen, 28 november 1978, *R.W.*, 1978-79, 2736, met noot P. SENAËVE.

¹⁴ P. SENAËVE, *o.c.*, 24, die o.m. op de afschaffing van het verhaalsrecht steunt om tot de afschaffing van de burgerrechtelijke verplichting te besluiten.

Anders: J. VAN HOUTTE en J. BREDÁ, die voor het behoud van de burgerrechtelijke verplichtingen opteren, maar ook het verhaalsrecht van de O.C.M.W. met betrekking tot ascendenten en volwassen descendenten afgeschaft willen zien.

tegendeel de uitkering na echtscheiding veel grondiger uitgewerkt dan vroeger (W. 9 juli 1975) en heeft een nieuwe onderhoudsverplichting in het leven geroepen ten laste van de stiefouder, na het overlijden van de ouder (art. 203, tweede lid, B.W. toegevoegd bij artikel 2 W. 14 mei 1981).

Daarnaast heeft de bijzondere instelling die de onderhoudsuitkering als last van een nalatenschap is, nog uitbreiding genomen (zie verder het preadvies van prof. Puelinckx-Coene).

6. De rol van familieleden, individueel beschouwd, is zeker niet uitgespeeld in het Burgerlijk Wetboek.

Dit blijkt niet alleen uit de wettelijke bepalingen inzake erfrecht en onderhoudsverplichtingen, maar ook uit de artikelen m.b.t. de huwelijksbeletsels (artt. 161-164 B.W.) en m.b.t. de toestemming tot het huwelijk van minderjarigen (artt. 148-150 en 160-160bis B.W.).

Bovendien werd het bezoekrecht van de grootouders uitgebreid door de rechtspraak¹⁵.

Het Gerechtelijk Wetboek bepaalt nog steeds dat «iedere bloedverwant» bevoegd is om de onbekwaamverklaring van zijn bloedverwant te vragen (art. 1238 Ger. W.) en dat de bloedverwanten van een niet-ontvoogde minderjarige of van een geesteszieke, zo nodig, de verzegeeling van de goederen van een nalatenschap waarin deze laatste gerechtigd is, kunnen vorderen (art. 1150, 3e lid, Ger. W.)¹⁶.

Ondanks de voorstellen tot afschaffing van de *familieraad*¹⁷ blijft deze zijn functie ter zake van toestemming tot het huwelijk of adoptie (art. 348 B.W.) van een minderjarige, en meer algemeen ter zake van voogdij (artt. 402-416 B.W.) en ontvoogding (art. 479 B.W.) behouden¹⁸.

Maar ook hier gaat het niet om de familie als dusdanig maar om bepaalde bloed- of aanverwanten die deel uitmaken van de familieraad.

In twee artikelen van het Burgerlijk Wetboek wordt de «familie» als dusdanig vermeld: in artikel 186 B.W. waar de term familie noodzakelijk moet begrepen worden als «familieraad»¹⁹ en in artikel 321 B.W., waar omtrent het

bezit van staat van wettig kind alleen de familie van de vader bedoeld wordt²⁰.

Hieruit blijkt meteen dat de familie als dusdanig, in de zin van het geheel van de personen die met elkaar verbonden zijn door huwelijk enerzijds en door bloedverwantschap, aanverwantschap en adoptie anderzijds, in het burgerlijk recht en dit sinds 1804, nooit juridisch als een entiteit werd beschouwd en dat er nooit juridische gevolgen aan werden verbonden²¹.

7. De verschrompeling van familierecht tot gezinsrecht moet dan ook vooral in deze zin begrepen worden: in tegenstelling tot de familie wordt het gezin, en sedert recente wetwijzigingen meer en meer, als juridische entiteit in het Burgerlijk Wetboek aangehaald.

In 1804 reeds worden de gebruiker van de vruchten van een erf en de bewoner van een huis in één adem met hun «gezin» genoemd (artt. 630 en 632-633 B.W.)²².

De doorbraak van het gezinsrecht vond echter plaats ten tijde van de wet van 14 juli 1976. Zowel in het primair huwelijksstelsel als in het secundair huwelijksvermogensrecht wordt de nadruk gelegd op het gezin als juridische entiteit en op de belangen van het gezin.

Zo stelt de vrederechter, in geval van onenigheid tussen echtgenoten, de echtelijke verblijfplaats vast in het *belang van het gezin* (art. 214 B.W.); zo kunnen schenkingen gedaan of persoonlijke zekerheden gesteld door een der echtgenoten vernietigd worden wanneer ze de *belangen van het gezin* in gevaar brengen (art. 224 B.W.); echtgenoten moeten het gemeenschappelijk vermogen besturen in het belang van het gezin (art. 1415 B.W.)²³; de wijziging van het huwelijksvermogensstelsel tijdens het huwelijk zal door de rechtbank slechts gehomologeerd worden als zij geen afbreuk doet aan de belangen van het gezin of van de kinderen²⁴.

Het onroerend goed dat het gezin tot voornaamste woning dient (art. 215 B.W.), d.i. de «gezinswoning» (art. 1446 B.W.), geniet een beschermd statuut zowel tijdens als na het huwelijk.

B. Posing tot juridische omschrijving van het gezin

8. Staat het buiten kijf dat het gezin in ons burgerlijk

¹⁵ Zie Cass., 22 september 1966, *R.C.J.B.*, 1966, 373, met noot J. DABIN i.v.m. bezoekrecht natuurlijke grootouders; Cass., 4 maart 1976, *R.W.*, 1976-77, 288, met noot H. NUYTINCK i.v.m. bezoekrecht oorspronkelijke grootouders bij wettiging door adoptie; zie ook B. DE CONINCK, «Hoe groot zijn de grootouders — Kritische studie over de veranderde rol van de grootouders in maatschappij en recht», *I.U.S.*, 1979, 30 e.v.

¹⁶ Zie ook art. 16, I, 1°, van de Handelshuurwet van 30 april 1951.

¹⁷ Zie het voorstel van het Instituut voor Familierecht van de K.U.L. tijdens het colloquium over de hervorming van het voogdijrecht, Leuven, 17 december 1980.

¹⁸ Alleen ter zake van ontkenning van vaderschap (art. 318 B.W.) werd de rol van de familieraad overgenomen door de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg: deze laatste benoemt nu een voogd ad hoc om de minderjarige te vertegenwoordigen.

¹⁹ Sinds de wijziging van de vroegere artikelen 267 en 302 B.W. door de wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming en de wet van 10 oktober 1967 houdende het Gerechtelijk Wetboek heeft de familie, in de zin van de familieraad, geen initiatiefrecht meer ter zake van de hoede van minderjarige kinderen tijdens de echtscheidingsprocedure of na de echtscheiding.

²⁰ Zie F. RIGAUX, *Les personnes*, nr. 291. In art. 19, 5°, Hyp. W. wordt met de «familie» van de schuldenaar waarschijnlijk diens gezin bedoeld.

²¹ Zie F. RIGAUX, *Les personnes*, nr. 279.

²² Uit de lezing van art. 632 B.W. blijkt dat het om het wettig gezin gaat. Zie ook art. 1724 B.W. waar sprake is van de rechten van de huurder en zijn *gezin* bij herstellingen van het gehuurde goed.

²³ Van de «belangen van het gezin» is nog sprake in de artt. 1421 en 1426 B.W., van «gezinsbelangen» in art. 1447 B.W. Dat nu eens van het belang van het gezin, dan weer van «belangen van het gezin» of «gezinsbelangen» gesproken wordt, kan betreurd worden. We mogen ons evenwel gelukkig prijzen dat onze taal een passend woord voor de kernfamilie heeft (P. SENAËVE, o.c., *T.P.R.*, 1978, 29).

²⁴ De afzonderlijke vermelding van de kinderen en het gezin, terwijl normalerwijze de kinderen in het gezin begrepen worden wijst op een mogelijke tegenstelling van belang; bij de afweging van de verschillende belangen gaat de echtgenoot voor.

recht als juridische entiteit erkend wordt, heel wat moeilijker is het om de juiste samenstelling van dat gezin te bepalen.

Professor J. Van Houtte definieert het gezin rechts-sociologisch als «een samenlevingsgemeenschap (huishouding) door het huwelijk tot stand gekomen, hoogstens omvattend een echtpaar en een aantal ongehuwde jongeren, jegens welke het echtpaar de ouderlijke rol vervult»²⁵.

In deze visie zijn geen (volwaardige) gezinnen: echtparen zonder kinderen of met wie geen kinderen meer samenwonen, één-ouder gezinnen, waarbij één ouder in geval van feitelijke scheiding, na echtscheiding of na overlijden van de andere, met de kinderen samenwoont, of waarbij een adoptant met een geadopteerde of een ouder met een al of niet erkend natuurlijk kind samenwoont; alle feitelijke of natuurlijke gezinsvormen zijn trouwens uitgesloten, aangezien van gehuwde ouders uitgegaan wordt. Bij wettiging of wettiging door adoptie wordt wel een volwaardige gezinsvorm tot stand gebracht; ook bij adoptie door twee echtgenoten of bij adoptie van een kind van een echtgenoot door de andere.

In de voorbereidende documenten van de wet van 14 juli 1976 wordt hier en daar gepoogd het gezin te omschrijven, maar duidelijkheid of eenvormigheid wordt hierbij niet bereikt.

In artikel 215, aldus het verslag van de senaatscommissie voor de Justitie, duidt de term gezin alleen de echtgenoten en de kinderen die onder hetzelfde dak wonen aan²⁶. «In artikel 224 slaat het begrip gezin ook op de kinderen die gehuwd zijn of de woonplaats van de ouders hebben verlaten, in voorkomend geval ook op de kinderen uit een eerste huwelijk voor wie de echtgenoot het recht van bewaring niet heeft of niet had. De rechtbanken zullen van geval tot geval moeten uitmaken wat het begrip gezin betekent»²⁷. Uit andere bepalingen in het huwelijksvermogensrecht blijkt echter dat als gezin normaliter beschouwd worden de echtgenoten en de kinderen die met hen samenleven, ongeacht of zij van beide echtgenoten dan wel van een van hen zijn²⁸.

²⁵ J. VAN HOUTTE, «Het huwelijk in rechtssociologisch perspectief», *R.W.*, 1980-81, 296.

²⁶ De gezinswoning wordt echter ook beschermd in geval van feitelijke scheiding en ook al zijn er geen kinderen.

²⁷ Verslag Hambye, *Parl. St.*, Senaat, 1975-76, nr. 683/2, 19.

²⁸ Verslag Hambye, *o.c.*, 17 i.v.m. art. 222 (hoofdelijkheid van de schulden ten behoeve van de huishouding en de opvoeding van de kinderen); J. PAUWELS, *Rechten en plichten van gehuwden*, Acco Leuven, 1980, 94 i.v.m. artikel 221 B.W. (verplichting bij te dragen in de lasten van het huwelijk); vgl. art. 1408, 2e en 6e lid, B.W.).

Vgl. de artt. 10, 4°, en 15, 2°, van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen, waar m.b.t. de gezinshereniging of vereniging van vreemdelingen vermeld worden: de echtgenoot die met de vreemdeling samenleeft, alsmede hun kinderen die met hen samenleven en die niet de leeftijd hebben bereikt welke de Belgische wet voor de burgerlijke meerderjarigheid heeft bepaald en (art. 10, 4°, m.b.t. langdurig verblijf) of (art. 15, 2°, m.b.t. de vestiging) die te hunnen laste zijn. Zie daarover A. HEYVAERT en H. WILLEKENS, *Beginnelen van het gezins- en familierecht na het Marckxarrest*, Kluwer, Antwerpen, 1981, 107 e.v.

9. Het arrest Marckx huldigt, bij de interpretatie van artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, een veel ruimere opvatting van het gezin.

Het gezinsleven, beschermd door artikel 8 E.V.R.M., is volgens het Hof niet beperkt tot de verhouding tussen ouders en kinderen, maar omvat minstens de verhouding tussen de naaste bloedverwanten, bijvoorbeeld tussen grootouders en kleinkinderen (§ 45 arrest Marckx). Bovendien maakt artikel 8 E.V.R.M., dat met het woord «een ieder» begint, geen onderscheid tussen het wettige en het onwettige gezin, wat bevestigd wordt door artikel 14 dat discriminatie op grond van de geboorte uitsluit: een ongehuwde moeder en haar natuurlijk kind vormen een gezin (§ 31 arrest Marckx).

10. Het blijkt dat in het Burgerlijk Wetboek de term «gezin», die alleen gebruikt wordt m.b.t. de persoonlijke en patrimoniale verhoudingen tussen echtgenoten, een dergelijke ruime betekenis niet heeft; zelfs de omschrijving door de senaatscommissie voor de Justitie bij de bespreking van artikel 224 B.W. gegeven gaat te ver.

De definitie van professor Van Houtte lijkt, burgerrechtelijk gezien, het meest bruikbaar, maar voldoet toch niet helemaal: zo moet de gezinswoning bv. ook in geval van feitelijke scheiding kunnen worden beschermd. Men mag gezin niet gelijkstellen met huishouding. De omstandigheid dat gezinsleden tot verschillende huishoudingen behoren, sluit niet uit dat er een gezin is²⁹.

II. Gezin, wetgever en rechter

11. Moet de wetgever zich inlaten met problemen die het gezin betreffen? Als hij er zich mee inlaat, moet of kan hij dan neutraal blijven? Moet hij uitgaan van een bepaalde maatschappijvisie? Moet er een gezinsrecht zijn? Moet dit gezinsrecht moreel verantwoord zijn? Moet de wetgever zijn rechtsregels afstemmen op normale gezinnen of op ontwrichte gezinnen? Moet de wetgever de feitelijke scheiding organiseren? Moet de wetgever naast het op het huwelijk gesteunde gezin nog andere samenlevingsvormen, in de eerste plaats het concubinaat, organiseren? Dat is een greep uit de vele vragen die hier aan de orde zijn.

A. Huwelijk, gezin en familie hoekstenen van de maatschappij

12. «Families, gezin en huwelijk zijn sociale instituties die als 'prelegal' dienen te worden bestempeld. Zij bestaan lang voor het recht werd uitgedacht als een bijzondere techniek om het sociale leven te ordenen. Niet een wijze wetgever maakte dergelijke constructies»³⁰. Het huwelijk, een van de grondslagen van een natuurlijke maatschappelijke inrichting, is daarom een maatschappelijk bekrachtigde status, wettelijk beschermd en ingericht³¹.

²⁹ J. PAUWELS, *Rechten en plichten van gehuwden*, nr. 191.

³⁰ J. VAN HOUTTE, *o.c.*, *R.W.*, 1980-81, 301; vgl. F. RIGAUX, *Les personnes*, nr. 206.

³¹ C. RENARD, «Moderne tendensen van het huwelijksstatuut», *T.P.R.*, 1966, 1. Vgl. art. 23 (1) van het internationaal verdrag

Werd in 1804 vooral de nadruk gelegd op de onmisbare rol van huwelijk, gezin en familie als ordenende maatschappelijke factoren³², nu wordt ook meer en meer gewezen op hun intimiteitswaarde, op hun beschermende functie bij het beleven van een zinvolle privacy³³ en op hun positieve rol in de opvoeding van de kinderen.

B. Ingrijpen van de wetgever

13. Dat de Belgische burgerlijke wetgever zich inlaat met problemen die het gezin betreffen en dat hij gezinsbeschermend optreedt kan niet betwist worden. Het huwelijk is naast contract ook instelling, met door de wet gestelde grond- en vormvoorwaarden, en de persoonlijke en patrimoniale gevolgen van het huwelijk worden wettelijk geformuleerd.

De laatste jaren gaan meer en meer stemmen op in een andere richting: die van de niet-inmenging van de wetgever in gezinszaken of minstens van de neutraliteit van de wetgever ten aanzien van verschillende samenlevingsvormen³⁴.

In zijn meest extreme vorm — nergens verwezenlijkt en door niemand voorgestaan — leidt een dergelijke opvatting tot de afschaffing van het huwelijk als instelling en van ieder gezinsrecht³⁵.

In een minder extreme vorm leidt deze opvatting tot een gelijkschakeling en een gelijke wettelijke behandeling van de verschillende samenlevingsvormen. Dan «moet zich tegelijkertijd met de afzwakking van de institutionalisering van het huwelijk, minstens een beperkte institutionalisering van het concubinaat voordoen»³⁶. Een stap in die richting werd gezet in Zweden en in de Verenigde Staten³⁷.

betreffende de burgerlijke en politieke rechten van 16 december 1966.

³² Zie J.L. RENCHON, en J. PETIT, «Les séquelles alimentaires du divorce en droit civil belge et en droit comparé», in *Famille, droit et changement social dans les sociétés contemporaines*, Journées Dabin, 1976, Brussel, Bruylant 1978, 324 voetnoten 1 en 2.

³³ Zie W. DELVA, *De metamorfose van het Belgisch civilrecht*, 13-14; F. RIGAUX, *Les personnes*, nr. 238. Vgl. supra, nr. 3.

³⁴ Zie M.T. MEULDERS-KLEIN, «Famille, droit et changement social dans les sociétés contemporaines. Rapport général de synthèse», *Journées Dabin*, 1976, o.c., 692 met verwijzing naar de verslagen van de Amerikaanse professor Glendon en de Zweedse professor Sundberg.

³⁵ Vgl. A. HEYVAERT, «Het wezen van de instituten afstamming en huwelijk», *R.W.*, 1979-80, 768-769: in een sociaal-economisch systeem waarin de sociale zekerheid volkomen rechtstreeks individueel gewaarborgd zou worden (door de staat), moet de institutionalisering van enige samenwoningsvorm overbodig worden.

³⁶ A. HEYVAERT, l.c., 769-770.

³⁷ Zie M.T. MEULDERS-KLEIN, o.c., 693; M.A. GLENDON, «La transformation des rapports entre l'Etat et la famille dans l'évolution actuelle du droit aux Etats-Unis», 11 e.v., vooral 26-28; J.W.F. SUNDBERG, «Facteurs et tendances dans l'évolution moderne du droit de la famille des pays nordiques. Rêves et réalités», o.c., 49 e.v., vooral 66; A. AGELL, «Echtscheiding, samenleving buiten huwelijk en buitenechtelijke kinderen. Tendensen in het Zweedse recht», *R.W.*, 1976-77, 1601 e.v., vooral nr. 3.

De liberalisering van het huwelijk, waarbij de wetgever zich minder of niet meer zou inlaten met het regelen van de gevolgen, de ontbinding of zelfs het ontstaan ervan³⁸, wordt verdedigd op basis van het recht op privacy³⁹, op basis van de idee dat een gezin geen juridische eenheid is, maar een associatie van onafhankelijke, gelijke en vrije individuen⁴⁰, of nog, uitgaande van de gedachte dat het absurd is affectieve relaties te willen normeren⁴¹.

De vraag kan gesteld worden of er geen contradictie bestaat tussen het streven naar liberalisering van het huwelijk enerzijds en het voorstellen van een juridische organisatie van het concubinaat anderzijds⁴².

Het ingrijpen van de wetgever beperken tot de patrimoniale gevolgen van beide samenlevingsvormen is bovendien een moeilijk te verwezenlijken opgave: elk samenleven vertoont naast patrimoniale ook persoonlijke facetten die vaak verstrengeld zijn en zomaar niet te scheiden.

14. Ons lijkt het niet wenselijk huwelijk en concubinaat gelijk te schakelen omdat het hier gaat om twee essentieel verschillende samenlevingsvormen. Wie huwt opteert doelbewust voor een gebonden levensgemeenschap, de door de wetgever bekrachtigde maatschappelijk meest voorkomende samenlevingsvorm, die tot stand komt mits naleving van wettelijke pleegvormen, die wettelijk bepaalde wederkerige rechten en verplichtingen inhoudt, en die niet zomaar kan worden ontbonden: ook de echtscheiding en de gevolgen daarvan zijn wettelijk georganiseerd.

Kenmerkend voor het concubinaat als samenlevingsvorm is juist dat niets wettelijk geregeld is: het komt tot stand zonder pleegvormen, er zijn geen wederkerige rechten en verplichtingen, er kan zonder meer een einde aan worden gemaakt.

Een huwelijk veronderstelt gebondenheid, concubinaat vrijheid. Ofwel organiseert men het concubinaat wettelijk, maar welk verschil is er tussen een volledig wettelijk georganiseerd concubinaat en een huwelijk. Ofwel laat men aanvang, inhoud en einde van het concubinaat over aan de wil van de concubinerenden en regelt men alleen de gevolgen van de ontbinding van deze samenlevingsvorm wettelijk. Maar dit lijkt niet aangewezen. In de eerste plaats is het praktisch niet mogelijk wettelijke, en dus algemene, regels vast te leggen voor feitelijke situaties die zeer uiteenlopend kunnen zijn. Vervolgens lijkt het tegenstrijdig wettelijk rechten toe te kennen na het beëindigen van een samenleving indien gedurende de samenleving zelf geen enkele wettelijke verplichting bestond.

Dit betekent geenszins dat een concubinaatsverhouding geen juridische gevolgen mag hebben. De tijd is voorbij dat elk concubinaat beschouwd werd als strijdig met de openbare orde en de goede zeden⁴³; zelfs van een over-

³⁸ GLENDON, o.c., 29.

³⁹ GLENDON, o.c., 30.

⁴⁰ GLENDON, o.c., 32; vgl. M.T. MEULDERS-KLEIN, o.c., 695.

⁴¹ A. HEYVAERT, o.c., 769.

⁴² MEULDERS-KLEIN, o.c., 694, noot 32.

⁴³ Zie evenwel Cass., 23 juni 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 1098, *R.W.*, 1977-78, 1996; W. DELVA, «Opties voor een moreel verantwoord huwelijksrecht», in *Recht in beweging, Liber Amicorum René Victor*, 313: concubinaat voert tot morele ontwaarding, en daarlangs tot onttakeling van de maatschappij.

spelig concubinaat kan dat niet zonder meer gezegd worden⁴⁴. Schenkingen, legaten en overeenkomsten onder bezwarende titel tussen concubinerenden kunnen juridische uitwerking hebben, schadevergoeding kan worden gevorderd wegens het overlijden van de bijzit; vermogensrechtelijke betwistingen tussen concubinerenden kunnen opgelost worden met toepassing van het gemene recht; indien een einde gemaakt wordt aan een concubinaat van een zekere duur en met een zekere stabiliteit, kan het bestaan aanvaard worden van een natuurlijke verbintenis om verder in te staan voor de bestaanszekerheid van de bijzit⁴⁵. De juridische problemen die het concubinaat stelt, kunnen, met inachtneming van de feitelijke omstandigheden, beter opgevangen worden door de rechtspraak dan door de wetgever.

C. Moraliserend optreden van de wetgever

15. Het gezinsrecht wordt door de wetgever uitgebouwd uitgaande van een bepaalde maatschappijvisie, met het huwelijk als basis, en met inachtneming van zekere morele waarden.

«Dat men niet tegenwerpe: welke moraal moet hierbij aan haar trekken komen: een christelijk geïnspireerde of een humanistische? Wanneer het op vitale zaken aankomt, is dit een valse vraag ... zo is een op schoonmenselijkheid gerichte ethische normering gemeengoed voor elke moraal»⁴⁶.

Het huwelijk is niet alleen de in de zeden meest ingeburgerde samenlevingsvorm, maar heeft ook in se reeds morele waarde, al was het maar wegens het bestaan van de vier huwelijksverplichtingen (samenwoning, getrouwheid, hulp en bijstand) en de verantwoordelijkheden die het meebrengt⁴⁷.

Alleszins is ons gezinsrecht ethisch gericht, al blijven de rechtsnormen die zich bij de oude begrippen van goede trouw en billijkheid komen voegen, meestal zeer vaag⁴⁸. Vaak is er sprake van de belangen (of het belang) van het gezin (zie supra, nr. 7), of van de «zedelijke of stoffelijke belangen van de echtgenoot of van de kinderen» (art. 216 B.W. i.v.m. beroepskeuze)⁴⁹, van het belang van het kind (artt. 302, 373 en 389 B.W. i.v.m. ouderlijk gezag) of van de echtgenoot (art. 1470 B.W. i.v.m. gerechtelijke

scheiding van goederen), of nog van een wettig belang of een wettige reden (artt. 1420 en 1422 B.W. i.v.m. bestuur van het gemeenschappelijk vermogen), van wettige redenen of belangen (artt. 343 en 350, § 3, in fine i.v.m. adoptie) en van «gewichtige redenen» (art. 215 B.W. i.v.m. gezinswoning en artikel 216, § 2, i.v.m. beroep).

Het gaat hier in zekere zin om blanco-normen, door de rechter in te vullen.

De rechter zal ook moeten uitmaken wanneer een echtgenoot «in de onmogelijkheid verkeert zijn wil te kennen te geven» (artt. 214, 220, 1420 B.W.), «blijk geeft van ongeschiktheid» in het bestuur van gemeenschappelijk of eigen vermogen (art. 1426 B.W.) of nog wanneer een ontvoogde minderjarige «niet in staat blijkt zichzelf te leiden» (art. 485 B.W.).

Wanneer de toestemming tot het huwelijk van een minderjarige wordt geweigerd, kan de jeugdrechtsbank die toestemming verlenen «als zij de weigering een misbruik acht te zijn» (art. 160bis)⁵⁰. Hier gaat het duidelijk om een in ethische termen verwoorde rechtsregel.

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 160bis, eerste lid (weigering van toestemming) en 148, tweede lid, B.W. (onenigheid tussen de ouders).

Artikel 160bis heeft, anders dan artikel 148 B.W., niet tot gevolg de jeugdrechtsbank in de plaats van de ouders te stellen om na te gaan of het voorgenomen huwelijk al dan niet het belang van het minderjarig 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 verantwoord kunnen 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 overeenstemmen van de houding van de ouders met zijn zienswijze. Hij moet nagaan of de ouders, door hun weigering, het belang van het kind nastreven⁵¹.

Het is voor een rechter evenwel 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 (over de rol van de rechter, zie verder, nr. 17).

Het verband tussen de moraal (minstens de sociale moraal) en het gezinsrecht komt het duidelijkst tot uiting in de wetbepalingen die — al of niet expliciet — op het schuld criterium steunen. Het kan niet ontkend worden dat dit schuld criterium in het gezinsrecht aan belang heeft ingeboet. Zo kan de vrederechter voortaan dringende voorlopige maatregelen betreffende de persoon en de goederen van de echtgenoten en de kinderen bevelen, niet alleen

⁴⁴ Anders blijkbaar: Cass., 19 december 1978, *R.W.*, 1978-79, 1709.

⁴⁵ Zie F. RIGAUX, «Les effets juridiques du concubinage: vers une libéralisation de la jurisprudence belge?», *R.C.J.B.*, 1976, 299.

⁴⁶ W. DELVA, «Opties voor een moreel verantwoord huwelijksrecht», *o.c.*, 312. Anderzijds kan het recht ook invloed hebben op de moraal: zie M.A. GLENDON, *o.c.*, 45 die zelfs gewaagt van «une religion civile».

⁴⁷ W. DELVA, *l.c.*, 312. Vgl., meer genuanceerd over de verhouding gezinsrecht-moraal-zeden: F. RIGAUX, *Les personnes*, nrs. 196 e.v.

⁴⁸ W. DELVA, *De metamorfose van het Belgisch civielrecht*, 15.

⁴⁹ Vgl. art. 232 B.W. i.v.m. echtscheiding op grond van feitelijke scheiding, waar alleen sprake is van de verslechtering van de materiële toestand van de kinderen en art. 337 B.W. i.v.m. de erkenning van een natuurlijk kind tijdens het huwelijk waar sprake is van het (materieel) nadeel voor de echtgenoot en de wettige kinderen.

⁵⁰ Vgl. art. 352 B.W., waar de rechtbank in bepaalde gevallen de adoptie kan uitspreken, indien zij de weigering om toestemming te verlenen «niet verantwoord acht».

⁵¹ Cass., 2 mei 1980, *R.W.*, 1980-81, 766, met noot J.P., *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1981, 13.

indien een der echtgenoten «grovelijk zijn plicht verzuimt», maar ook indien de «verstandhouding tussen echtgenoten ernstig verstoord is» (art. 223 B.W.). Het Hof van Cassatie houdt echter zijn vroegere rechtspraak staande dat de feitelijk gescheiden echtgenoot, die van de andere de nakoming eist van zijn hulpverplichting (art. 213 B.W.) of zijn verplichting bij te dragen in de lasten van het huwelijk (art. 221 B.W.), moet bewijzen dat het ontstaan en eventueel het voortduren van de feitelijke scheiding aan de schuld van deze andere echtgenoot te wijten zijn⁵².

Ook in het echtscheidingsrecht blijft het schuld criterium, niettegenstaande de invoering van de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding, een rol spelen (zie verder het preadvies van prof. Puelinckx-Coene).

D. Wetgever en feitelijke scheiding

16. Onze wetgever heeft alleen het harmonieuze huwelijk — met samenwoning — en de echtscheiding georganiseerd. In een stelsel waarin men de echtscheiding door eenzijdige beëindiging zonder reden niet aanneemt, zijn feitelijke scheidingen onvermijdelijk. Vraag is of de wetgever deze feitelijke scheiding moet negeren, een volwaardig statuut moet toekennen of in meer beperkte mate moet regelen. Een volledig statuut opbouwen voor de feitelijke scheiding is noch mogelijk, noch gewenst. De feitelijke scheiding is in se een juridisch onduidelijke situatie, met vele variaties. Het gaat niet op de feitelijke scheiding naast het huwelijk te organiseren, want feitelijk gescheiden echtgenoten zijn niettemin nog steeds echtgenoten⁵³.

Het gaat evenmin op de feitelijke scheiding te negeren: te veel problemen rijzen voor echtgenoten en kinderen. Het is vanuit moreel en sociologisch oogpunt maar logisch dat wetsbepalingen voornamelijk afgestemd worden op normale gezinnen, maar dit mag niet uitsluitend het geval zijn: de ontwrichte gezinnen mogen niet vergeten worden omdat zij, meer nog dan de normale gezinnen, behoefte hebben aan een wettelijke regeling⁵⁴.

De feitelijke scheiding wordt door de wetgever in meer en meer wetsbepalingen erkend⁵⁵, maar niet georganiseerd.

De vraag of de rechter een feitelijke scheiding kan organiseren is in rechtsleer en rechtspraak fel omstreken en vooral aan de orde bij de toepassing van artikel 223 B.W. Op grond van dit artikel kan de vrederechter dringende en voorlopige maatregelen nemen met het doel verder nadeel

voor het gezin, een echtgenoot of de kinderen te verhinderen⁵⁶.

Een vrij omvangrijke rechtspraak en rechtsleer nemen aan dat, gelet op de afwezigheid van urgentie, de vrederechter onbevoegd is om maatregelen te nemen wanneer de feitelijke scheiding reeds geruime tijd duurt⁵⁷ of wanneer de echtgenoten conventioneel feitelijk gescheiden zijn of hun feitelijke scheiding geregeld hebben⁵⁸. Omdat dit strijdig zou zijn met het voorlopig karakter van de te nemen maatregelen, weigeren vele vrederechters een feitelijke toestand waarin de echtgenoten blijkbaar berusten, te organiseren en te bestendigen⁵⁹; de tussenkomst van de vrederechter zou zich moeten beperken tot gezinnen die niet uiteengerukt zijn en waar zo al niet de duidelijke wil, dan toch de hoop op verzoening blijft bestaan⁶⁰. Deze stellingname is te absoluut. Maatregelen ter bescherming van gezin, echtgenoot of kinderen kunnen evengoed noodzakelijk zijn na een langdurige feitelijke scheiding of in de loop van een overeengekomen of bij overeenkomst geregelde feitelijke scheiding als na een kortstondige, eenzijdig gewilde feitelijke scheiding⁶¹. Is de tussenkomst van de rechter overbodig en ongewenst als echtgenoten het eens zijn, ook in hun onenigheid, dan moet een echtgenoot de bescherming van de vrederechter kunnen inroepen zodra zich problemen voordoen m.b.t. de kinderen of zodra hij zich zelf niet langer neerlegt bij een overeengekomen of geregelde feitelijke scheiding: het niet optreden van de vrederechter mag niet tot resultaat hebben hem een echtscheiding(sverzoek) op te dringen. De maatregelen op grond van artikel 223 B.W. door de vrederechter bevolen passen uitstekend in het kader van een dynamisch gezinsrecht. De maatregelen gelden «rebus sic stantibus»: elke echtgenoot kan te allen tijde wijziging of intrekking van de beschikking vorderen (art. 1253^{quater}, e, Ger. W.) op grond van gewijzigde omstandigheden, met dien verstande dat het verloop van tijd op zichzelf tot een gewijzigde feitelijke toestand kan leiden.

⁵⁶ G. BAETEMAN, «Het primair huwelijksstelsel», in *Het nieuwe Belgische huwelijksvermogensrecht*, Gent, 1978, 137, nr. 147.

⁵⁷ Vred. Rochefort, 8 december 1978, *T. Vred.*, 1979, 171; Vred. Anderlecht, 8 maart 1979, *T. Vred.*, 1979, 97; A. TIMMERMANS, «De l'article 223 actuel du Code civil», *J.T.*, 1978, 369, nr. 3; G. ARCHAMBEAU, «Compétences nouvelles du juge de paix», *J.T.*, 1977, 50; A. VAN WINCKEL, noot *T. Vred.*, 1977, 294.

⁵⁸ Vred. Gent, 29 maart 1977, *T. Vred.*, 1977, 271; Vred. Brussel, 14 september 1977, *T. Vred.*, 1977, 258; Vred. Grâce-Hollogne, 26 mei 1978, *Jur. Liège*, 1978-79, 151.

⁵⁹ Vred. Grâce-Hollogne, 4 november 1977, *Jur. Liège*, 1978-79, 24, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1978, 399; *id.*, 1979, 196; Vred. Andenne, 5 oktober 1978, *Jur. Liège*, 1978-79, 152; Vred. Tielt, 31 januari 1980, *R.W.*, 1980-81, 1552, met noot J.P.; Vred. Luik, 10 december 1980, *Jur. Liège*, 1981, 67.

⁶⁰ Vred. Tielt, 31 januari 1980, *gecit.*; vgl. Vred. Waver, 2 september 1977, *J.T.*, 1978, 402; Vred. Anderlecht, 8 maart 1979, *gecit.*; Vred. Brugge, 5 oktober 1979, *T. Vred.*, 1980, 290; F. POELMAN, «Les compétences nouvelles du juge de paix en matière familiale», *J.T.*, 1976, 703-704.

⁶¹ Vgl. J. PAUWELS, *Rechten en plichten van gehuwden*, nr. 144ter; J. JOTTRAND, «L'ordre des familles et l'article 223 nouveau du Code civil», *J.T.*, 1977, 705, nr. 2; Vred. Grivegnée, 24 januari 1979, *J.T.*, 1979, 429; Vred. Brugge, 5 oktober 1979, *T. Vred.*, 1980, 67.

⁵² Cass., 12 januari 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 537; Cass., 21 mei 1976, *Arr. Cass.*, 1976, 1046; Cass., 19 september 1975, *Arr. Cass.*, 1976, 97, *R.W.*, 1975-76, 1495, met noot P. SENAËVE.

⁵³ Om gelijkaardige redenen lijkt het ons dubbelzinnig en verkeerd de scheiding van tafel en bed als volwaardig instituut naast de echtscheiding te erkennen.

⁵⁴ C. DE BUSSCHERE, «Een mini-huwelijk met drie: de man, de vrouw en de rechter», *Jura Falconis*, 1973-74, 349.

⁵⁵ Zo de gewijzigde artikelen 373 en 389 B.W., art. 232 B.W., art. 331 B.W. en, onrechtstreeks, art. 223 B.W. en zelfs artikel 301 B.W. waar verwezen wordt naar de levensstandaard tijdens het samenleven; zie C. DE BUSSCHERE, *De feitelijke scheiding der echtgenoten*, Gent, Leuven, 1978.

E. Gezin en rechter

17. Dat de wetgever de rechter steeds meer laat tussenbeide komen in gezinsaangelegenheden, is een onvermijdelijk gevolg van de afschaffing van het maritaal en het vaderlijk gezag.

De gelijkheid van man en vrouw zou slechts een formele gelijkheid zijn indien niet in de mogelijkheid van een beroep op de rechter was voorzien. Daarom kunnen wij ons niet verzoenen met voorstellen om de tussenkomst van de rechtbanken te beperken.

In de Verenigde Staten b.v. weigeren rechtbanken in gezinsaangelegenheden tussenbeide te komen zolang de echtgenoten samenleven⁶².

In ons land pleiten b.v. verschillende auteurs voor de afschaffing van artikel 214 B.W. dat de vrederechter toestaat uitspraak te doen over een betwisting tussen echtgenoten nopens de keuze van de echtelijke verblijfplaats, omdat de tussenkomst van de rechter de naleving van de samenwoningsverplichting niet kan waarborgen, de in het ongelijk gestelde echtgenoot zich niet bij de door de rechter gedane keuze zal neerleggen en de feitelijke scheiding of zelfs de echtscheiding alleen maar bespoedigd zal worden⁶³. Het is waar dat de uitvoering van gerechtelijke beslissingen in gezinsaangelegenheden van persoonlijke aard zeer problematisch is, dat het niet aangewezen is de rechter te laten binnendringen in de intimiteit van het gezinsleven, en het trouwens zeer moeilijk zo al niet onmogelijk is voor hem inzicht te krijgen in alle aspecten, drijfveren en omstandigheden, en dat het gevaar niet denkbeeldig is dat het ingrijpen van de rechter de conflictsituatie alleen toespitst⁶⁴.

De tussenkomst van de rechter heeft echter ook positieve kanten, naast die van onvermijdelijk kwaad. Het feit alleen dat een beroep op de rechter mogelijk is zal er de echtgenoten toe aanzetten zo het enigszins mogelijk is zelf overeenstemming te bereiken; slagen ze er zelf niet in, dan kan de aanwezigheid van de rechter als raadgever en verzoener (art. 1253bis Ger. W. voorziet o.m. in een voorafgaande verzoeningspoging in raadkamer voor de vorderingen op grond van de artikelen 214, 215, 216, 221 en 223 B.W.) de echtgenoten tot overeenstemming brengen; lukt ook dat niet, dan vervult de rechter de rol van scheidsrechter, brengt klaarheid in de juridische situatie van echtgenoten of kinderen, terwijl het niet uitgesloten is dat de in het ongelijk gestelde echtgenoot zich bij de beslissing van de scheidsrechter neerlegt. Wanneer de rechter als scheidsrechter optreedt en nagaat welke oplossing het meest met het belang van het gezin strookt (b.v. in geval van beroep gebaseerd op de artikelen 214, 215, 216 of ook 373 B.W.), dan steunt zijn beslissing meer op opportuniteitsoverwegingen dan op juridische argumenten⁶⁵.

Wanneer hij daarentegen een echtgenoot of het gezin moet beschermen tegen de handelingen van de andere echtgenoot (in het kader van b.v. art. 221 of 223 B.W.), dan vervult hij weer meer een rechtsprekende functie. In ieder geval zijn rechterlijke creativiteit, begrip en mildheid hier primordiaal⁶⁶.

III. De inhoud van de gezinsverplichtingen — De evolutie van verticale naar horizontale structuren

A. De verhoudingen tussen echtgenoten

18. Professor Dillemans schreef een paar jaar geleden: «En dan denk ik niet dat wij het huwelijk moeten wegduwen tot de rang van facultatief instituut naast gelijkwaardige alternatieven van feitelijke scheiding of feitelijke samenleving. Het is m.i. beter het huwelijksinstituut aan te passen in een veel positiever benadering door, enerzijds, de toegang ernstiger op te vatten (en b.v. zelfs een huwelijk met proeftijd of een organisatie van de verloving te voorzien), anderzijds, zijn inhoudelijke betekenis wat breder uit te tekenen, en beslist ook m.i., de uittreding te versoepelen in geval van duurzame ontwrichting mits naleving van een stel verplichtingen, en zeker alle maatregelen weg te nemen die thans het wettig gezin discrimineren ten voordele van andere vormen van samenleving»⁶⁷.

De toegang tot het huwelijk moet ernstiger opgevat worden.

Een groter formalisme, door het opleggen van een proeftijd of het institutionaliseren van de verloving (wat zou neerkomen op de wettelijke bekrachtiging van een voorhuwelijks samenleven), of nog door een wettelijke herwaardering van het kerkelijk huwelijk naast het burgerlijk⁶⁸, lijkt ons niet aangewezen.

Wel kan het vereiste van een bewuste toestemming van de aanstaande echtgenoten benadrukt worden door de huwbare leeftijd voor beide geslachten op achttien jaar vast te stellen (die leeftijd zo mogelijk overeenstemmend met de nieuwe meerderjarigheidsgrens). In die optiek zouden niet alleen verouderde instituten als de akte van eerbied en het recht op ongemotiveerd verzet van de ouders, maar zelfs het toestemmingsvereiste van de ouders tot het huwelijk van minderjarigen afgeschaft kunnen worden.

19. De inhoudelijke betekenis van het huwelijk werd breder uitgetekend door de wet van 14 juli 1976, voornamelijk door de invoering van een sterk uitgebouwd primair stelsel.

Ook al werd het ontbreken van een gezinshoofd om praktische redenen betreurd⁶⁹, aan de absolute gelijkheid

⁶² Zie M.A. GLENDON, *o.c.*, 30.

⁶³ P. SENAËVE, «Echtelijke verblijfplaats en rechterlijke tussenkomst», noot onder Rb. Brussel, 17 maart 1976, *R.W.*, 1975-76, 2636; J. PAUWELS, *Rechten en plichten van gehuwden*, Acco Leuven, 2e uitg. 1980, 81.

⁶⁴ Zie J. VAN COMPERNOLLE, «Etendue et limites des pouvoirs du juge dans le conflit familial», *Journées Dabin*, 1978, 574; vgl. F. RIGAUX, *Les personnes*, nrs. 1563-1578 en 410 e.v.

⁶⁵ Vgl. J. VAN COMPERNOLLE, *o.c.*, 571-573.

⁶⁶ C. DE BUSSCHERE, «Een mini-huwelijk met drie: de man, de vrouw, en de rechter», *Jura Falconis*, 1973-74, 360.

⁶⁷ R. DILLEMANS, *Syllabus Francqui-Leerstool Faculteit der Rechtsgeleerdheid*, V.U.B., 1979, 42.

⁶⁸ W. DELVA, «Opties voor een moreel verantwoord huwelijksrecht», *o.c.*, 314. Vgl. F. RIGAUX, *Les personnes*, nrs. 623-627, die terecht vreest voor een verdere devalorisatie van het burgerlijk huwelijk.

⁶⁹ W. DELVA, «Opties...», *o.c.*, 314-315.

van man en vrouw kan niet meer getornd worden. Deze gelijkheid is meer dan een formele gelijkheid: dit blijkt bv. uit de keuze van een gemeenschapsstelsel met gelijke bestuursbevoegdheden voor beide echtgenoten, uit de hoofdelijkheid van huishoudelijke schulden...⁷⁰.

Het merkwaardige van het primair huwelijksstelsel is dat tegelijk de gelijkheid in de solidariteit en de gelijkheid in de onafhankelijkheid van de echtgenoten nagestreefd wordt.

De inwerking van het primair huwelijksstelsel op het secundair huwelijksvermogensstelsel is verschillend naar gelang van de aard van dit laatste. Ten aanzien van de secundaire stelsels met scheiding van goederen zijn de solidariteitsregels van overwegend belang; met betrekking tot de stelsels met gemeenschap wordt door het primair huwelijksstelsel de autonomie van de echtgenoten bewerkstelligd⁷¹.

Vastgesteld moet worden dat in ieder geval de bepalingen die de solidariteit van de echtgenoten op het oog hebben (art. 214 B.W. i.v.m. de keuze van de echtelijke verblijfplaats; art. 215 i.v.m. de bescherming van de gezinswoning; art. 219 i.v.m. de lastgevingen tussen echtgenoten; art. 220 i.v.m. de gerechtelijke vertegenwoordiging; art. 221 i.v.m. de bijdrage in de lasten van het huwelijk; art. 222 i.v.m. de solidariteit voor huishoudelijke en opvoedingsschulden)⁷² de bepalingen die de onafhankelijkheid of vrijheid van de echtgenoten waarborgen (art. 216 i.v.m. de vrijheid van beroep; art. 217 i.v.m. de inning van inkomsten en artikel 218 i.v.m. de opening van rekeningen), kwantitatief althans, overtreffen. Bovendien kan, hoewel de beroepskeuze in beginsel vrij is, de echtgenoot zich niettemin tot de rechter wenden in het belang van het gezin; hoewel de inkomsten alleen geïnd worden, hebben zij niettemin in de eerste plaats een gezinsbestemming; en hoewel iedere echtgenoot alleen een depositorekening kan openen, er gelden op plaatsen of afhalen, heeft dit geen enkele betekenis wat de eigendom van die gelden betreft.

B. De verhoudingen tussen ouders en kinderen

20. Door de wet van 1 juli 1974 werd het overwicht van de vader ter zake van de uitoefening van het ouderlijk gezag afgeschaft (door wijziging van de artikelen 373 en 389 B.W.). De wet van 6 juli 1977 stelde vader en moeder nadien ook gelijk wat betreft de aansprakelijkheid voor de schade veroorzaakt door hun minderjarige kinderen.

Een zeker overwicht van de vader blijft nog bestaan ter zake van aangifte van de geboorte van een kind (art. 56 B.W.)⁷³, naam van het kind, nationaliteit van het kind en wettige woonplaats van het kind⁷⁴.

⁷⁰ Zie L. RAUCENT, *Les régimes matrimoniaux*, Cabay-Bruylant, 1978, 34-35, i.v.m. onderscheid formele-reële gelijkheid.

⁷¹ G. BAETEMAN, «Het primair huwelijksstelsel», in *Het nieuwe Belgische huwelijksvermogensrecht*, Gent, 1978, 18, nr. 16.

⁷² De bepalingen tot handhaving van het primair huwelijksstelsel (art. 223 i.v.m. voorlopige maatregelen en art. 224 i.v.m. de — beperkte — sanctieregeling) nog buiten beschouwing gelaten.

⁷³ Zie het wetsvoorstel Bourgeois tot wijziging van de artikelen 55 en 56 B.W. inzake de aangiften van geboorte, *Parl. St., Ka-*

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

Bij feitelijke scheiding is alleen de echtgenoot die de materiële bewaring van de minderjarige heeft, wettelijke beheerder van dit kind (art. 389 B.W.); indien het kind in geval van feitelijke scheiding bij zijn moeder verblijft, heeft het zijn wettelijke woonplaats bij haar. (Maar wat indien het beurtelings bij de ene en de andere ouder verblijft?)

Het tweede lid van artikel 108 B.W. slaat alleen op het uitzonderlijke geval dat beide ouders een verschillende woonplaats hebben en toch samenleven in de echtelijke verblijfplaats (die kan gevestigd zijn in de woonplaats van een van de 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. Ware het niet beter in dat geval de echtelijke verblijfplaats als woonplaats van de minderjarige aan te wijzen?

21. De evolutie van ouderlijk gezag naar ouderlijk dienstbetoon blijkt allereerst uit de steeds toenemende rol van het belang van het kind in de wetgeving en uit het steeds nauwer toezicht van de rechter daarop⁷⁵. In een arrest van 14 maart 1980 heeft nu ook het Hof van Cassatie uitdrukkelijk beslist dat de door artikel 203 B.W. aan de ouders opgelegde verplichting niet noodzakelijk en niet in elk geval ophoudt op de dag waarop het kind meerderjarig wordt, maar dat ze naar gelang van de omstandigheden kan voortduren totdat het kind zelf voor zijn levensonderhoud kan zorgen⁷⁶, aldus de rechtspraak van de meeste lagere rechtbanken bekrachtigend. Een vrederechter van Brugge⁷⁷ 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 minstens door hun kinderen voor hun hogere studie ge-

mer, 1979-80, nr. 400: aangiftetermijn verlengd tot tien dagen na de bevalling, zodat ook de moeder de geboorte kan aangeven.

⁷⁴ Zie J. GERLO, «De gelijkheid van man en vrouw in het Burgerlijk Wetboek», *T.P.R.*, 1976, 278-282.

Op internationaal vlak wordt geijverd om ook deze discriminaties tussen man en vrouw weg te werken: zie het UNO-Verdrag over de discriminatie van de vrouwen van 22 januari 1980 (S. OSCHINSKY, «Un nouvel instrument international destiné à promouvoir l'égalité entre femmes et hommes: La Convention sur la discrimination à l'égard des femmes des Nations Unies», *J.T.*, 1980, 385) en de resolutie (78) 37 van 27 september 1978 over de gelijkheid van de echtgenoten in het burgerlijk recht van het ministeriecomité van de Raad van Europa (S. OSCHINSKY, en D. GEVAERT-DELLATTE, «Un nouveau pas en avant vers l'égalité entre femmes et hommes», *J.T.*, 1979, 173); zie ook de resoluties (72) 1 en 77 (12) en 77 (13).

⁷⁵ Zie H. STEENNOT, «Het belang van het kind», *R.W.*, 1974-75, 1729 e.v.

⁷⁶ Cass., 14 maart 1980, *R.W.*, 1980-81, 480, met noot J. PAUWELS, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1980, 384.

⁷⁷ Vred. Brugge, 14 mei 1976 en 9 december 1977, *R.W.*, 1979-80, 1783, met noot J. PAUWELS; vgl. evenwel Rb. Brussel, 15 april 1981, *R.W.*, 1981-82, 1357, met noot J. PAUWELS.

raadpleegd worden en op de hoogte gebracht van de behaalde resultaten, zoniet gaat men opvoeding verwarren met het louter studeren op andermans kosten; een wetelijke basis voor deze raadplegings- en informatieverplichting van het studerende meerderjarige kind kan gevonden worden in artikel 371 B.W.

Deze problematiek zal zich nog veel scherper voordoen wanneer de burgerlijke meerderjarigheidsgrens van 21 jaar op 18 jaar zal zijn gebracht⁷⁸, onder meer omdat dan de

beslissing over het al of niet aanvangen van de hogere studies vaak na de meerderjarigheid zal genomen worden. Een grotere bekwaamheid moet onvermijdelijk met een grotere verantwoordelijkheid gepaard gaan en overleg tussen ouders en kind, zoals voorgesteld door de vrederechter te Brugge, lijkt zeker aangewezen.

Dr. J. GERLO

⁷⁸ Zie het wetsontwerp Vanderpoorten tot verlaging van de leeftijd van burgerlijke meerderjarigheid tot achttien jaar, *Parl. St., Senaat*, 1974-75, nr. 673/1, en het wetsvoorstel Colla van 10 december 1981, *Parl. St., Kamer*, 1981-82, nr. 13/1 (voorstel de burgerlijke meerderjarigheid bij kaderwet op achttien jaar te brengen en de uitvoering aan de Koning over te laten); J. PAUWELS, en H. NUYTINCK, «Voorstellen betreffende het wets-

ontwerp tot verlaging van de leeftijd van de burgerlijke meerderjarigheid tot 18 jaar», *R.W.*, 1975-76, 1329; P. MAHILLON en F. LOX, «L'abaissement de l'âge de la majorité», *J.T.*, 1976, 145; J. BOONEN, T. VAN GOEY en L. WALGRAVE, «Meerderjarigheid op 18 jaar. Een kans op emancipatie», *R.W.*, 1977-78, 1267; C. PERSYN, «Het begrip handelingsonbekwaamheid van minderjarigen: Kritiek», *Jura Falconis*, 1980-81, nr. 2, 271.

RECENTE TENDENSEN VAN HET GEZINSRECHT BIJ DE ONTBINDING VAN HET HUWELIJK DOOR ECHTSCHIEDING OF DOOR OVERLIJDEN

22. Sinds de tweede wereldoorlog en meer speciaal sinds de zestiger jaren is vooral in de geïndustrialiseerde landen ontbinding van het huwelijk door echtscheiding geëvolueerd van een eerder zeldzaam voorkomend verschijnsel naar een frequent gebeuren, sommigen spreken zelfs van een massaverschijnsel¹. Ondanks deze ontwikkeling bleef de echtscheidingswetgeving er lange tijd vrijwel ongewijzigd behouden, zoals ze in de 19e eeuw was opgesteld. Echtscheiding was moeilijk en slechts in beperkte gevallen te verkrijgen (meestal als bestraffing van een schuldige tekortkoming van (een van) de partners) en in elk geval via een zware en lastige procedure.

Meer en meer werd de vraag gesteld of dit echtscheidingsrecht nog aangepast was aan de nieuwe werkelijkheid.

Een meer traditionele richting dacht van wel. Zij waren van oordeel dat het burgerlijk recht bepaalde gedragsnormen als enig juiste moet vooropstellen en daarom een beperkende en strenge echtscheidingswetgeving nodig bleef wilde men het huwelijk niet verder in het gedrang brengen en het aantal echtscheidingen niet nog meer doen stijgen.

Een meer liberale strekking streefde naar versoepeling, overtuigd dat de stabiliteit van het huwelijk en de goede verstandhouding tussen de echtgenoten niet bevorderd wordt door echtscheiding moeilijk of onmogelijk te maken. Verhoging van het aantal feitelijke scheidingen is het enig resultaat van een dergelijke strenge wetgeving². Het recht heeft zodoende geen vat meer op de sociale werkelijkheid, het dient zich aan te passen aan de sociale evolutie.

Daarbij komt dat het geloof in de traditionele christelijke waarden, met de daar voorgehouden onverbreekbaarheid van het huwelijk, meer en meer plaats ruimde voor een soort modern individualisme dat het recht van een ieder te streven naar zijn onmiddellijk geluk vooropstelt, terwijl ook van marxistische zijde het monogame huwelijk en zijn onverbreekbaarheid werd aangevallen omdat dit geïnspireerd was door economische kapitalistische imperatieven, nl. het behoud en de overdracht van de patrimonialia binnen de familie.

¹ Zie de statistieken gepubliceerd door W.A. DUMON, «Echtscheiding in België», *Kultuurleven*, 1979, 6, die voorspelt dat er waarschijnlijk tegen 1985 zowat 20.000 echtscheidingen per jaar zullen zijn.

² Zie hierover M. RHEINSTEIN, *Marriage Stability. Divorce and the Law*, Univ. of Chicago Press, 1972, en zijn voorwoord in M.A. GLENDON, *State, Law and Family*, Amsterdam, 1977.

³ F. ENGELS, *De oorsprong van het gezin, van de particuliere eigendom en van de staat*, Amsterdam, 1976, 79. Vgl. A. HEYVAERT, «Het wezen van de instituten, afstamming en huwelijk», *R.W.*, 1979-80, 738-770.

23. Dit alles vond in de zeventiger jaren zijn weerslag in drastische hervormingen van het echtscheidingsrecht in heel wat Westerse landen, o.a. Italië 1970, Engeland 1971, Nederland 1971, Frankrijk 1975, West-Duitsland 1976). Opvallend is dat (in mindere of meerdere mate) afgestapt wordt van de idee de toekenning van de echtscheiding en de regeling van haar gevolgen te koppelen aan schuldige tekortkomingen van de echtgenoten. Er komt een nieuwe — soms enige — grond tot echtscheiding, de duurzame ontwrichting van het huwelijk die meestal voldoende blijkt uit een aantal jaren feitelijke scheiding, wat een gedetailleerd uitpluizen van het wel en wee van het echtpaar vermijdt. De echtscheiding is dan geen straf meer voor een schuldig bevonden echtgenoot (divorce sanction) maar wel de oplossing voor een zinloos geworden situatie (divorce remède). Ook bij het regelen van de gevolgen speelt schuld geen (doorslaggevende) rol meer en er wordt gestreefd naar een menselijker en minder omslachtige procedure⁴.

Deze nieuwe wetgeving is een rechtstreeks gevolg van de nieuwe visie op het huwelijk, dat niet langer wordt gezien als een instituut gericht op voortplanting en overdracht van familiegoederen⁵, maar als een gebonden levensgemeenschap van twee mensen die van elkaar houden⁶ (mariage compagnonnage, mariage association, companionate-marriage)⁷. Dit leidt tot de conclusie dat het geen zin meer heeft een huwelijk in rechte in stand te houden wanneer het in feite dood is. Er wordt zelfs beweerd dat het ter vrijwaring van het ware beeld van het huwelijk noodzakelijk is dat werkelijk ontwrichte huwelijken ontbonden worden⁸.

⁴ Over deze tendensen zie o.a. M. PUELINCKX-COENE, «De echtscheidingswetgeving in evolutie, rechtsvergelijkende beschouwingen», *R.W.*, 1971-72, 1377-1402, 1425-1456.

⁵ Zie o.a. M.T. MEULDERS-KLEIN, «La personne, la famille et la loi au sortir du XXe siècle», *J.T.*, 137, met overvloedige verwijzingen; L. STONE, *The family, sex and marriage in England, 1500-1800*, 1977.

⁶ Zie o.a. § 1353, eerste lid, BGB: «Die Ehegatten sind einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet»; art. 215 van de France C. civ.: «Les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie». Ook voor de katholieken is het huwelijk een interpersonele verhouding, *Gaudium et Spes*, art. 49.

⁷ Zie o.a. E.W. BURGESS, *The family from institution to companionship*, 1954; J. COMMAILLE, «Sociologie de la création de la norme: l'exemple d'un changement législatif: La loi du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce», extrait d'une communication au colloque franco-soviétique de sociologie juridique, Moscou, 1978 (te verschijnen ed. C.N.R.S.), p. 32; L. ROUSSEL, *Le mariage dans la société française*, P.U.F., 1975.

⁸ Zie de motivering van de Duitse Ehrechtskommission, *Vorschläge zur Reform des Ehescheidungsrechts*, Bielefeld, 1971, 34. Zie reeds F. Engels, o.c., c.p. 104, die schrijft: «Indien alleen een op liefde gebouwd huwelijk zedelijk is, moet ook alleen dat huwelijk geldelijk zijn waarin de liefde voortbestaat».

24. Deze stroming had ook in ons land enige weerslag.

In 1967 dienden de senatoren Vermeylen en Merchiers een hierdoor sterk geïnspireerd wetsvoorstel in dat aanleiding gaf tot heftige discussie⁹ «Le divorce divise un couple, la question du divorce peut diviser une nation!»¹⁰. Terdege gewijzigd gaf dit aanleiding tot de wet van 1 juli 1974.

Tien jaar feitelijke scheiding wordt grond tot echtscheiding indien evenwel hieruit de duurzame ontwrichting van het huwelijk blijkt en de materiële toestand van de kinderen er niet op een gevoelige wijze door verslecht. De feitelijke scheiding mag zelfs het gevolg zijn van de toestand van krankzinnigheid van een der echtgenoten (art. 232 B.W.).

Deze termijn van tien jaar werd evenwel onmiddellijk na het van kracht worden van de wet opnieuw ter discussie gesteld, vooral nu aan de rechter is opgedragen na te gaan of hieruit wel degelijk de duurzame ontwrichting van het huwelijk blijkt. Binnen afzienbare tijd zal deze volgehouden oppositie wellicht succes hebben nu het wetsvoorstel Boel, dat reeds door de Kamer is aanvaard, de termijn van feitelijke scheiding vermindert tot vijf jaar¹¹.

25. Toch wordt door de wet van 1 juli 1974 alleen maar — zij het voor de eerste keer — een bijkomende grond tot echtscheiding ingevoerd. Het werd geen hervorming van het echtscheidingsrecht in zijn geheel, gebaseerd op het ontwrichtingsprincipe, zoals gebeurde in verschillende andere Europese landen vooral dan met protestantse achtergrond¹².

Ons recht, dat als een der weinige sedert 1804, twee types van echtscheiding kende, nl. de klassieke echtscheiding op schuldgrond en de (intussen minder omslachtig geworden) echtscheiding door onderlinge toestemming, krijgt er zodoende een derde type bij.

26. De wet van 1 juli 1974 was in verschillende opzichten revolutionair. Voor het eerst werd het mogelijk eenzijdig de echtscheiding op te dringen aan een echtgenoot aan wie men niets (in de zin van de wet) kan verwijten. Daarnaast werd ook voor het eerst door de wetgever de term feitelijke scheiding gebruikt en aan deze toestand, die tot dan voor onwettig werd gehouden en dus door de wetgever genegeerd, juridische gevolgen verbonden¹³.

⁹ Zie hierover M. VAN LOOK, «De wet van 1 juli 1974: doorbraak van een schuldloze echtscheiding», *R.W.*, 1974-75, 961.

¹⁰ Uitspraak van J. CARBONNIER, «La question du divorce. Mémoire à consulter», *D.S.*, 1975, Chr. XX, 122.

¹¹ *Parl. St., Kamer*, 1979-80, nr. 393/1; *Parl. St., Senaat*, 1980-81, nr. 709/1; zie hierover C. DE BUSSCHERE, «De echtscheidingswetgeving in evolutie. Het wetsvoorstel Boel», *R.W.*, 1981-82, 210-225.

¹² Voor Calvin was het huwelijk wel een goddelijke instelling maar geen sacrament, wel een overeenkomst gebaseerd op wederzijdse toestemming. F. LEBRUN, *La vie conjugale sous l'Ancien Régime*, Parijs, 1975, 14. Het valt op hoe in Frankrijk, met zijn grote katholieke invloed, de algehele hervorming van 1975 leidde tot een zelfde driedubbele echtscheidingswetgeving: divorce-accord, divorce-rémède, divorce-sanction; zie hierover o.a. J. COMAILLE, o.c.

¹³ Zie hierover C. DE BUSSCHERE, *De feitelijke scheiding der echtgenoten*, Gent-Leuven, 1978.

Wel leidt deze termijn van feitelijke scheiding niet automatisch tot echtscheiding. In de Belgische wet behoudt de rechter een controlerecht over het verbreken van het huwelijk en moet hij nagaan of dit inderdaad duurzaam is ontwricht en of de materiële toestand van de kinderen niet op gevoelige wijze verslecht.

Anderzijds werd zelfs de mogelijkheid ingebouwd om, wanneer de echtscheiding wordt toegestaan, een aantal vervelende situaties recht te trekken die tijdens die lange periode van feitelijke scheiding zijn ontstaan en ook hier komen ruime bevoegdheden toe aan de rechter.

Indien de strikte toepassing van het huwelijksvermogensstelsel, dat in principe tijdens de feitelijke scheiding ongewijzigd blijft gelden, aanleiding zou geven tot onrechtvaardige situaties, kan de rechter, «indien hij dit wegens uitzonderlijke omstandigheden die eigen zijn aan de zaak billijk acht», beslissen dat bij de verdeling van het gemeenschappelijk vermogen tussen de echtgenoten geen rekening wordt gehouden met bepaalde of alle¹⁴ aanwinsten of schulden tijdens de feitelijke scheiding ontstaan (art. 1278, lid 3, Ger. W.). Kinderen die 300 dagen na de aanvang van de feitelijke scheiding zijn geboren en dus in feite in overspel zijn verwekt, kunnen door hun ouders worden erkend of gewettigd na machtiging door de rechtbank (art. 331 B.W.), meteen een stap in de richting van de gelijkberechtiging van alle kinderen.

Terecht werd nochtans beweerd dat de wet van 1 juli 1974 geen echte doorbraak betekent van een schuldloze echtscheiding¹⁵. Immers, wanneer de feitelijke scheiding niet het gevolg is van de krankzinnigheid van een der echtgenoten, wordt diegene die de eis instelt, geacht tot bewijs van het tegendeel de schuldige echtgenoot te zijn (art. 306 B.W.). Deze schuld blijft een doorslaggevende rol spelen bij de regeling vooral van de patrimoniale gevolgen (alimentatie, behoud van de contractuele erfstellingen).

27. De versoepeling van de echtscheidingswetgeving in ons land blijkt niet alleen uit de invoering van een nieuwe echtscheidingsgrond. Ook de andere echtscheidingstypes kenden enige evolutie. De echtscheiding door onderlinge toestemming werd in de zestiger en zeventiger jaren herhaaldelijk versoepeld (wetten van 20 november 1969, en 1 juli 1972), de leeftijdsbeperkingen werden getemperd, het aantal verschijningen beperkt, de helft van de goederen van de echtgenoten gaat niet langer over op de kinderen.

T.a.v. de echtscheiding op schuldgrond valt op hoe de rechtspraak het oorspronkelijk limitatief bedoelde begrip van «grove belediging» zeer ruim is gaan interpreteren. Sinds de wet van 28 oktober 1974 is ook het eenmalig overspel van de man grond van een *de plano* echtscheiding¹⁶; meteen heeft ook in de echtscheidingswetgeving de emancipatie van de vrouw en het daarmee gepaard gaand streven tot afschaffing van elke discriminatie op grond van het geslacht, sporen achtergelaten.

¹⁴ Cass., 21 november 1980, *R.W.*, 1980-81, 2251.

¹⁵ M. VAN LOOK, o.c.

¹⁶ Volgens Engels was dit onderscheid een overblijfsel van de opvatting dat het huwelijk alleen monogaam diende te zijn aan de kant van de vrouw daar dit waarborgde dat het vermogen van de man zou overgaan op zijn kinderen (F. ENGELS, o.c., p. 80, voetnoot 36).

28. Het grote debat over de gronden tot echtscheiding bracht ook het debat op gang t.a.v. de gevolgen en meer bepaald t.a.v. de regeling van het onderhoudsgeld na echtscheiding.

In het traditionele divorce-sanction systeem moet de schuldige echtgenoot er blijven voor zorgen dat zijn partner, als hem geen schuld treft, verder kan blijven leven volgens de levensstandaard van tijdens het huwelijk. De vergoeding heeft er hoofdzakelijk een indemnitaire karakter. Nu wordt evenwel het principe zelf van het onderhoudsgeld tussen ex-echtgenoten ter discussie gesteld omdat men van oordeel is dat blijvende gedwongen contacten tussen echtgescheidenen zoveel mogelijk vermeden dienen te worden, het «clean break principle»¹⁷. Uitgaand van de gelijkheid van de partners wordt vooropgesteld dat man en vrouw zoveel mogelijk in eigen behoeften moeten voorzien.

Hoe goed deze oplossing in principe ook is en hoezeer ook de economische onafhankelijkheid van de vrouw in de moderne maatschappij dient te worden nagestreefd, toch zag men in dat zij zeker voor het ogenblik met de nodige zin voor realiteit moet worden bekeken. Vele vrouwen die o.m. ook wegens hun huwelijk (kinderlast, jaren beroepsinactiviteit) al zeer zwakke kansen hebben op de nu zeer zwakke arbeidsmarkt, blijven aangewezen op steun. De vraag is dan steun van wie? Van de ex-echtgenoot of van de gemeenschap? Er werden voorstellen gedaan als het verplicht maken van een gehuwden-verzekering of een volksverzekering of staatssteun¹⁸.

Meestal wordt aanvaard — voor de toekomst allicht de enig haalbare methode — dat een post-maritale solidariteit tussen echtgenoten blijft gelden en bij voorkeur de ex-echtgenoot tot steun dient te worden verplicht. De meest klassieke vorm van steun is de uitkering tot onderhoud, in verschillende wetgevingen wordt de voorkeur gegeven aan het betalen van een som ineens waardoor ook blijvende gedwongen contacten tussen ex-partners vermeden worden. Wanneer de echtscheiding op grond van de ontwrichting wordt verkregen, is behoefte van een van de echtgenoten de enige en voldoende motivering tot toekenning van een louter alimentaire uitkering. Maar aangezien in een dergelijk systeem de echtscheiding aan een (onschuldige) echtgenoot kon worden opgedrongen, kon moeilijk vermeden worden dat de schuldvraag hier rechtstreeks of onrechtstreeks weer opdook¹⁹.

Het bedrag van het onderhoudsgeld moet dan worden bepaald door de rechter die hierbij rekening dient te houden met de economische mogelijkheden van de onder-

houdsplichtige echtgenoot, wat veronderstelt dat hij ter zake over de nodige informatie moet (en kan) beschikken. Deze individuele benadering geeft nog al eens aanleiding tot vrij uiteenlopende bedragen, zodat voorstellen worden gedaan tot tarifiering van de onderhoudsgelden²⁰. Daarbij komt dat het inkomen van de onderhoudsplichtige niet altijd zeer groot is en vooral te klein om twee gezinnen te onderhouden, nu echtscheiding meestal slechts een etappe is tussen twee huwelijken²¹. Voor sommigen roept dit alleen de vraag op wie van beide vrouwen uit werken moet gaan, de eerste «onschuldige» of de tweede, die wist dat haar man gescheiden was²². Anderen stellen hier opnieuw de doelmatigheid van de burgerrechtelijke onderhoudsplicht ter discussie²³.

Het grote probleem bij onderhoud na echtscheiding blijft evenwel de onwil van de ex-echtgenoot om nog verder op te draaien voor zijn gewezen partner en dit eventueel ten koste van zijn nieuw gezin. Bijkomende waarborgen door de rechter opgelegd bleken niet altijd doeltreffend en daarom werd in verschillende landen de overheid zelf ingeschakeld bij het innen van het onderhoudsgeld dat soms zelf door haar wordt voorgeschoten²⁴.

29. Ook deze discussie vond een (beperkte) weerslag in het Belgische recht²⁵. In de wet van 1 juli 1974 wordt aan het principe van de burgerrechtelijke onderhoudsplicht tussen echtgenoten vastgehouden en uitdrukkelijk in de mogelijkheid van een uitkering tot onderhoud voorzien²⁶. Deze heeft een louter alimentair karakter wanneer de feitelijke scheiding het gevolg was van de geestestoestand van een van de echtgenoten, maar wordt gebonden aan het schuld criterium bij echtscheiding na gewone feitelijke scheiding (art. 306 B.W.). Toch is de regeling in beide gevallen soepeler en gunstiger dan bij de toen geldende

²⁰ Zie hierover C. DE VOCHT, J. VAN HOUTTE en R. VERHOEVEN, *Onderhoudsplichtige mannen en onderhoudsgerechtigde vrouwen*, Antwerpen, 1978, 82.

²¹ Zie de cijfers gepubliceerd door J. COMMAILLE en A. BOIGEOL, «Le processus du divorce», in *The family life cycle in European Societies*, Parijs, 1977, 444, die hieruit afleiden dat men moeilijk kan beweren dat echtscheiding nog langer een gebeuren is dat het huwelijk zelf ter discussie stelt.

²² A.A.L. MINCKENHOF, «Het ontwerp echtscheidingswet», W.P.N.R., 1970 nr. 5103, 503 die schamper opmerkt dat wanneer een man zijn gezin verlaat om zijn secretaresse te trouwen, het misschien de bedoeling is van die secretaresse om voor altijd de typemachine vaarwel te zeggen, maar dat de rechter daar anders mag over oordelen!

²³ Zie hierover DE VOCHT e.a., o.c., 69.

²⁴ Bv. invordering door de fiscus (Frankrijk), voorafbetalings-systeem (Nederland, Zweden, Denemarken); zie hierover DE VOCHT e.a., o.c., 85 e.v.

²⁵ Zie hierover H. NUYTINCK en M. VAN LOOK, *Het onderhoud na echtscheiding en scheiding van tafel en bed naar Belgisch recht*, Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland 1976, p. 51-93; M. PUELINCKX-COENE, «Het vermogensstatuut van de feitelijk gescheiden echtgenoten, ex-echtgenoten en van concubinerenden. Enkele raakvlakken met het sociaal zekerheidsrecht», in *Raakvlakken tussen sociale zekerheid...*, Brussel, 1979, 189 e.v.

²⁶ Zie het advies ter zake van de Hoge Raad van het Gezin (Ministerie van Volksgezondheid en van het Gezin), *Jaarverslag van de werkzaamheden van de Hoge Raad voor het Gezin*, Jaar 1976, 157-158.

¹⁷ Zie hierover G.P. HOEFNAGELS, *(Niet) trouwen en (niet) scheiden*, Rotterdam, 1976, 78 e.v.; M. RUTHERFORD, «Financial provision: the 'cleanbreak' principle», *New Law Journal*, 1980, 184.

¹⁸ Zie de voorstellen van de Nederlandse Interdepartementale Werkgroep onvolledige gezinnen. Rapport betreffende de financiële positie van de gescheiden vrouw en haar gezinnen. Tweede Kamer, zitting 1971-72, 11.860, 6.

¹⁹ Zo kan bv., zelfs als het zoeken naar de schuld van de partijen bij de toekenning van de echtscheiding volledig geweerd werd, de rechter bij het vaststellen van het onderhoudsgeld rekening houden met het gedrag van de partijen, zodat opnieuw het schuldelement, zij het niet als doorslaggevend criterium, kan meespelen (Nederland, Engeland).

regeling van oud art. 301 inzake echtscheiding op schuldgrond, omdat hier de echtscheiding eenzijdig aan een (onschuldige) echtgenoot kan worden opgedrongen²⁷, bv. de maximumgrens tot een derde van de inkomsten geldt niet (art. 307bis).

30. Een jaar later werd dit art. 301 gewijzigd door de wet van 3 juli 1975 die jammer genoeg niet inspeelde op de wet van 1974²⁸. Ook bij echtscheiding op schuldgrond blijft individuele verantwoordelijkheid van ex-echtgenoten behouden, maar de betwiste vraag of de toegekende uitkering een uitkering tot onderhoud dan wel een vergoeding voor de geleden schade is, of beide samen, wordt er niet door opgelost²⁹.

Geen schuld hebben aan de mislukking van het huwelijk blijft een *conditio sine qua non* voor het verkrijgen van een onderhoudsuitkering³⁰. Maar de idee dat de onschuldige echtgenoot niet verplicht kan worden beroepsactief te zijn wanneer hij — meestal zij — hiertoe in staat is, omdat zij ook tijdens het huwelijk thuis bleef, is verlaten³¹. De rechtsleer dringt erop aan dat die «mogelijkheden» van de vrouw vandaag door de rechter met de nodige zin voor realiteit worden beoordeeld³², wat ook schijnt te gebeuren³³.

Een aantal wijzigingen hebben de bedoeling de toch zeer precare bestaanszekerheid van vele onderhoudsgerechtigden enigszins te verbeteren³⁴. De maximumgrens van een derde van de (onvoldoende) inkomsten blijft behouden, maar de uitkering kan beperkt (gewijzigd en) verhoogd worden en wordt geïndexeerd. Sommendelegatie moet een betere betaling waarborgen. Toekenning van een kapitaal of kapitalisatie van de uitkeringen na machtiging van de rechter beperkt tot post-maritale verhoudingen.

Door de wet van 14 juli 1976 wordt de informatiebevoegdheid van de rechter verhoogd wat een meer efficiënte individuele beoordeling mogelijk moet maken, die boven tarifiering verkozen wordt (art. 1253quinquies, Ger. W.). Maar het blijft een feit dat onderhoudsgelden ook bij ons slecht worden betaald: de idee de overheid hierbij in

te schakelen of te betrekken vindt in ons land weinig weerslag³⁵.

31. Vond de echtscheiding plaats door onderlinge toestemming, dan behoort de uitkering eventueel te betalen door de ene echtgenoot aan de andere gedurende de proeftijd en na de echtscheiding tot de aangelegenheden die schriftelijk in de voorafgaande overeenkomst dienen te worden vastgelegd (art. 1288, 4^o, Ger. W.). Het gaat hier om een verbintenis die vrij door de echtgenoten wordt uitgewerkt en die voortvloeit uit een overeenkomst, met alle gevolgen van dien, wat in deze periode door het Hof van Cassatie werd benadrukt³⁶.

32. Ondanks het stijgende aantal echtscheidingen blijft ook nu nog het overlijden van een van de echtgenoten de eerste oorzaak van ontbinding van het huwelijk.

Betekent het wegvallen van een van de partners meteen ook een fundamentele wijziging in de materiële situatie van de langstlevende? Zal deze nog langer kunnen genieten van de goederen die tijdens het leven van de eerstgestorvene ook in grote mate te zijnen dienste hebben gestaan? Wat de goederen betreft die tijdens het huwelijk zijn verworven en waartoe beiden rechtstreeks of onrechtstreeks hebben bijgedragen is het antwoord sinds 1804 niet fundamenteel gewijzigd, ook niet door de nieuwe wet op het huwelijkssvermogensrecht. Deze behoren meestal tot het gemeenschappelijk vermogen dat bij overlijden in twee helften wordt verdeeld en de automatische participatie van beide echtgenoten van de vermogenstoewas garandeert. De echtgenoten kunnen nu zoals vroeger beslissen dat het hele vermogen aan de langstlevende toekomt en in zoverre het alleen om aanwinsten gaat, is deze toebedeling onaanvechtbaar³⁷.

Maar wat met die eventuele andere helft van het gemeenschappelijk vermogen en wat met de eigen goederen van de eerstgestorvene? Wie kan op deze nalatenschap bij voorrang aanspraak maken: de langstlevende echtgenoot, de kinderen, de familie?

33. Het antwoord op deze vraag, zoals neergelegd in de wet van 14 mei 1981 tot hervorming van het erfrecht van de langstlevende, is fundamenteel nieuw. Wel valt het op hoe we in die wet een aantal tendensen terugvinden die we in de rest van het Belgisch gezinsrecht kunnen onderkennen.

Ook deze wet sluit beter aan bij de gewijzigde sociale en economische realiteit³⁸. Haar totstandkoming en uiteinde-

²⁷ Verslag Claes, *Parl. St., Kamer*, 1974-75, nr. 603/2, 45.

²⁸ Zie hierover o.a. G. BAETEMAN en J. GERLO, «Overzicht van rechtspraak (1975-1980), Personen- en Familierecht», *T.P.R.*, 1981, 863, met overvloedige verwijzingen.

²⁹ Zie hierover J. GERLO, «De gevolgen van de echtscheiding in het algemeen en van de echtscheiding op grond van bepaalde feiten in het bijzonder voor de echtgenoten en de kinderen», in *Echtscheidingsrecht in België*, 1976, nrs. 95 e.v.

³⁰ Een initiatief van het departement van Justitie tijdens de bespreking van de wet om in uitzonderlijke gevallen toch een uitkering toe te kennen aan de behoeftige partner, wanneer beiden schuld hadden aan de echtscheiding, werd verworpen. Uit een recent rechtssociologisch onderzoek zou trouwens blijken dat de publieke opinie (80%) in België nog degelijk van oordeel is dat alleen een onschuldige echtgenoot aanspraak kan maken op onderhoud (DE VOCHT e.a., o.c., 35).

³¹ Verslag Claes, o.c., nr. 603/2, 37; zie voordien Cass., 7 maart 1968, *Pas.*, 1968, I, 853; R.W., 1967-68, 1948.

³² NUYTINCK en VAN LOOK, o.c., 69; zie ook MEULDERS-KLEIN, o.c., 142.

³³ Zie bv. Brussel, 15 juni 1977, *J.T.*, 1978, 10.

³⁴ De toegekende bedragen liggen meestal lager dan de strikte norm die door de wetgever als bestaansminimum werd voorgeschreven; zie hierover C. DE VOCHT e.a., o.c., p. 19 e.v.

³⁵ Het enig wetgevend initiatief ter zake komt van senator Hanquet (*Parl. St., Senaat*, 1974-75, nr. 433; zie de opmerkingen in C. DE VOCHT, o.c., 192, voetnoot 103). De Consultatieve Commissie van de Status van de Vrouw heeft dit tot prioritaair punt gemaakt, ter uitvoering van het Wereldactieprogramma van het Decennium van de Verenigde Naties voor de Vrouw (Kopenhagen 1980); Documentatiemap, persconferentie, 26 maart 1981. Zie ook J. GERLO, de onderhoudsgelden, proefschrift Brussel 1979, 353.

³⁶ Cass., 4 november 1976, *T. Not.*, 1977, 267, R.W., 1976-77, 2546, met noot W. PINTENS.

³⁷ Tenzij er stiefkinderen zijn (art. 1465 B.W.).

³⁸ Ten overvloede benadrukt in de commentaren en parlementaire voorbereiding.

lijke inhoud werd opnieuw terdege beïnvloed door de emancipatie van de vrouw met haar streven naar een betere rechtspositie voor de vrouw. De te beschermen overlevende echtgenoot is in de eerste plaats immers de echtgenote, niet alleen in 75% van de gevallen de overlevende partner maar meestal ook diegene die door dit overlijden economisch het zwaarst getroffen wordt³⁹.

34. De verenging van familieleden naar gezinsleven heeft hier geleid tot de achteruitstelling van de erfaanspraken van de verdere bloedverwanten. In 1804 hadden dezen (tot en met de twaalfde graad) als volwaardige erfgenamen voorrang op de onregelmatige erfopvolger die de langstlevende echtgenoot was. In 1896 kwam aan de weduwe een variërend deel in vruchtgebruik toe naar gelang van de graad van verwantschap van de samen opkomende bloedverwanten, nog steeds de enige volwaardige erfgenamen.

Door de wet van 14 mei 1981 worden de leden van het gezin erfgenamen van eerste rang. Op de allereerste plaats komt de echtgenote, aan wie het vruchtgebruik op de hele nalatenschap toekomt en bij gebreke van afstammelingen zelfs de volle eigendom van (de eventuele) tweede helft van) het gemeenschappelijk vermogen. Zij wordt bovendien reservataire en krijgt aldus een van de ruimste erfrechten van de ons omringende landen. Samen met haar erven de kinderen. Zij behouden een aanspraak op de hele nalatenschap zij het in blote eigendom, ook wat hun reserve betreft. Voor hen wordt het in feite een uitgesteld erfrecht (tenzij ze omzetting van het vruchtgebruik (kunnen) vragen).

Ook dat is een horizontale ombuiging: een *de facto* voortrekken van de partner boven de kinderen. Geen toeval nochtans, nu in een tijd waar de echtgenoten zelf kunnen beslissen of en wanneer ze kinderen zullen hebben, het huwelijk niet langer in de eerste plaats gericht is op het kind en de procreatie, maar op de zelfontplooiing van twee individuen die van elkaar houden en voor elkaar moeten instaan⁴⁰.

35. Het verhoogd belang dat aan de nauwe aanverwantschap wordt gehecht blijkt, naast uit het verhoogde erfrecht van de weduwe, ook uit de opvoedingsaanspraak van de jonge stiefkinderen.

De hedendaagse afkeer voor alles wat naar discriminatie ruikt, bracht er de wetgever na lange discussies toe principieel gelijke erfrechten toe te kennen aan elke langstlevende echtgenoot zelfs als die alleen maar de stiefouder was van de samen opkomende kinderen. Ook de stiefkinderen zagen aldus hun erfrecht beperkt tot blote eigendom. Er kwamen evenwel enkele correcties. Zo kunnen nu jonge stiefkinderen kost, onderhoud en opvoeding van de stiefouder vorderen ten belope van alles wat aan deze

van hun overleden ouder toekwam (art. 203, tweede lid, B.W.).

36. De vordering komt niet alleen toe aan «stiefkinderen» in de betekenis van kinderen die de overledene uit een vorig huwelijk had, maar ook door hem alleen geadopteerde kinderen, en zelfs zijn natuurlijke kinderen kunnen er aanspraak op maken. De opstellers van de nieuwe erfwet hadden immers de bedoeling ook een andere discriminatie te temperen en in te spelen op het streven naar gelijkberechtiging van alle kinderen.

Sommige bestaande discriminatoire bepalingen inzake het erfrecht van natuurlijke kinderen werden hier, vooruitlopend op de wijziging van het afstammingsrecht, reeds afgeschaft (bv. art. 773) en op verschillende plaatsen werden aan natuurlijke kinderen t.a.v. de weduwe van hun overleden ouder uitdrukkelijk dezelfde rechten verleend als aan de wettige kinderen. Zo erft de weduwe ook alleen maar vruchtgebruik, zelfs in samenloop met natuurlijke kinderen die er ook de omzetting kunnen van vragen (art. 745bis, § 1, en 745quater, § 1, althans wat de eerste generatie betreft). Toch werd deze idee niet consequent doorgetrokken en voert de wet zelfs discriminaties in, bv. bepaalde beschermingsmaatregelen bij omzetting van het vruchtgebruik zijn alleen voorzien voor kinderen uit een vorig huwelijk (art. 745quinquies, §§ 2 en 3). In de rechtsleer wordt betwist of na het Marckxarrest nog afwijkende wetsbepalingen aan de natuurlijke kinderen kunnen worden opgedrongen⁴¹. Er is reeds rechtspraak die elk onderscheid qua erfrecht afwijst⁴². Meteen blijkt in het erfrecht de internationalisering van de normering⁴³.

37. Het «gezin» (hoewel die term er nergens in voorkomt) dat door de nieuwe erfwet prioritaire aanspraken krijgt, is dus een ruim gezin. Het gaat er om alle nauwe «verwanten» met inbegrip van aanverwanten en natuurlijke verwanten.

Toch kan niet gezegd worden dat in het erfrecht de grote familie heeft afgedaan en bloedverwantschap niet langer bron is van rechten en verplichtingen tussen de verschillende familieleden onderling. Zelfs verre zijverwanten behouden erfrechten — zij het in blote eigendom — op de familiegoederen en slechts bij gebreke van hen krijgt de langstlevende ook nu nog de hele nalatenschap in volle eigendom. Ook de interfamiliale solidariteit — hoewel tijdens het leven door sommigen en in andere landen ter

⁴¹ A. HEYVAERT, en H. WILLEKENS, *Beginselen van het gezins- en familierecht na het Marckx-arrest*, Antwerpen 1981, antwoorden hierop duidelijk negatief, zie vooral nrs. 69 en 148. Over het arrest Marckx zie men de preadviezen van G. Traest en van J. Gerlo met verwijzingen.

⁴² Rb. Gent, 20 november 1980, *R.W.*, 1980-81, 2328, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1981, 83 en de kritische opmerkingen van BAETEMAN en GERLO, *o.c.*, nr. 174.

⁴³ Enkele andere voorbeelden: de commoriëntenregel werd gewijzigd op grond van de Beneluxovereenkomst van 29 december 1972; een stelsel van registratie van testamenten kwam in werking (wet van 13 januari 1977, *B.S.*, 6 mei 1977) dank zij een initiatief van de Raad van Europa; de wetgevende procedure tot invoering van een internationale testamentvorm, zoals vastgelegd door het Verdrag van Washington van 26 oktober 1972 is aan de gang, *Parl. St., Kamer*, 1979-80, nr. 482.

³⁹ Zo zal ik ook hier, zoals in mijn andere publikaties over de langstlevende echtgenoot, spreken over de langstlevende echtgenote.

⁴⁰ MEULDERS-KLEIN, *o.c.*, 139 die verwijst naar Ph. ARIËS, «Finie la famille?», *Autrement*, 1975, 169-171. Zie ook L. RAUCENT, «Une révolution copernicienne: Le projet de la réforme des droits successoraux du conjoint survivant», *J.T.*, 1974, 310.

discussie gesteld⁴⁴ — blijft er behouden, ascendenten verliezen hun reserve t.a.v. de langstlevende maar krijgen ter compensatie een — zij het beperkte en weinig betekenisvolle⁴⁵ — vordering tot levensonderhoud ten laste van de nalatenschap (art. 205bis, § 2).

38. Het aantal onderhoudsvorderingen ten laste van de nalatenschap werd zodoende in het laatste decennium verdubbeld.

In 1804 was er alleen de vordering van de in overspel of bloedschande verwekte kinderen (art. 762). Sinds 1896 kan de behoeftige weduwe levensonderhoud vorderen (oud art. 205, tweede lid). In 1940 kwam de onderhoudsvordering van de behoeftige adoptanten ten laste van de nalatenschap van het geadopteerd kind (oud art. 351) overgenomen door de wet van 21 maart 1969 (art. 364, tweede lid). De wet van 3 juli 1975 tot wijziging van art. 301 voorziet in een vordering tot levensonderhoud voor een ex-echtgenoot ten laste van de nalatenschap van de vooroverleden ex-partner indien deze hem tijdens zijn leven onderhoud verschuldigd was. Naast het invoeren van de opvoedingsaanspraak van de stiefkinderen (art. 203, tweede lid) en de beperkte alimentatievordering van de ascendenten (art. 205bis, § 2) wordt door de wet van 14 mei 1981 voor de behoeftige weduwe de voorwaarde opgeheven dat geen kinderen uit het huwelijk met de *de cujus* geboren mogen zijn (art. 205bis, § 2). En de evolutie gaat verder nu ook het wetsontwerp Van Elslande op de afstamming in een vordering tot levensonderhoud voorziet ten laste van de nalatenschap van de vermoede vader (ontwerpartikel 388).

Het negatieve van die trend is dat de vereffening en verdeling van de nalatenschappen nog moeilijker zal worden nu erfrecht en onderhoudsvorderingen ten laste van de nalatenschap systematisch door elkaar worden gebruikt. Het gaat hier immers om twee totaal verschillende technieken⁴⁶.

Positief is evenwel dat nu naast bloedverwantschap en genegenheid ook behoeftigheid een rol gaat spelen bij de vereffening en verdeling van de nalatenschap. (Deze vorderingen kunnen immers alleen worden ingesteld in geval van behoeftigheid.)

Toevallig is ook dit niet. Immers, naast het beklemtonen van de rechten van de weduwe en het verhogen van de successierechten wordt hierin een typisch kenmerk gezien van het erfrecht van de post-industriële periode, aangepast aan de noden en de verwachtingen van het werkende gezin, het familietype van onze tijd wiens vermogen op de eerste plaats ontstaat uit arbeid en sociale voorzieningen⁴⁷.

⁴⁴ Zie het preadvies van J. Gerlo en zijn proefschrift, o.c., p. 357.

⁴⁵ Zie hierover H. CASMAN, «Onderhoudsvorderingen», in Interuniversitaire studiedag, *Het erfrecht van de langstlevende echtgenoot*, te verschijnen Kluwer-Antwerpen; PUELINCKX-COENE, «De grote promotie van de langstlevende echtgenote», T.P.R., 1981, 1715, nrs. 138 e.v.

⁴⁶ Zie hierover M. PUELINCKX-COENE, o.c., T.P.R., 1981, 680.

⁴⁷ L. RAUCENT, «Quel droit patrimonial pour quelle famille?», in *Famille, droit et changement social dans les sociétés contemporaines*, Travaux des VIIes Journées d'études juridiques J. Dabin, Brussel, 1978, 251; zie ook M.A. GLENDON, *The new family and the new property*, Toronto, 1981.

Rest nog de officiële bekrachtiging door de Belgische wetgever van het laatste kenmerk: de gelijkberechtiging van alle kinderen.

38. Door de wet van 14 mei 1981 wordt genegenheid voor het eerst een grond voor een werkelijke aanspraak op de nalatenschap. Toch wordt alleen aan de genegenheid tussen echtgenoten een dergelijk gevolg gekoppeld. Genegenheidsbanden buiten het huwelijk ontstaan zijn niet van dien aard dat ze een dergelijke aanspraak tot stand doen komen; dit kwam trouwens tijdens de parlementaire voorbereiding niet eens ter sprake⁴⁸. De burgerlijke wetgever, die tot taak heeft gezin en familie te organiseren, heeft tot nog toe nergens in een specifieke regeling voorzien voor het concubinaat; in andere rechtstakken die zich ook wel met gezin en familie inlaten, was dat wel het geval⁴⁹.

Ook in de nieuwe erfwet blijft het huwelijk de geprivilegeerde samenlevingsvorm tussen een man en een vrouw, die alleen in staat is automatische patrimoniale gevolgen teweeg te brengen.

Toch zal de concubine niet noodzakelijkerwijze in de kou blijven staan na het overlijden van haar gezin. Gezien de spectaculaire evolutie van de burgerlijke rechtspraak in de twee laatste decennia kunnen samenwonende paren steeds meer en meer met succes een beroep doen op gemeenschappelijke technieken als schenkingen en testamenten, die niet meer per se ongeoorloofd zijn, of schadeloosstelling na overlijden ten gevolge van een onrechtmatige daad, wat niet meer per se onrechtmatig of onzeker wordt geacht⁵⁰.

40. De ruime erfrechten van de langstlevende worden niet alleen gebaseerd op de wederzijdse genegenheid maar ook op de echtelijke solidariteit. Deze wordt in navolging van het nieuwe huwelijksvermogensrecht ook in de wet van 14 mei 1981 terdege benadrukt en zelfs over de dood heen getrokken.

Beide wetten gaan trouwens uit van een groot geloof in het huwelijk als gebonden leefgemeenschap van twee zelfstandige individuen die van elkaar houden en voor elkaar instaan ook met hun vermogen zowel tijdens het leven als daarna.

Ze geven zelfs de indruk het verbleekte blazoën van het in deze tijd fel gecontesteerde huwelijk te willen op-poetsen.

Toch heeft men de ogen niet kunnen sluiten voor de andere werkelijkheid, nl. dat in heel wat huwelijken de verstandhouding gespannen is. Net als in 1976 heeft de wetgever de (patrimoniale) verhoudingen tussen de echtgenoten daarom soms op imperatieve wijze geregeld zodat

⁴⁸ In andere landen was dit wel het geval; zie hierover M. PUELINCKX-COENE, «Algemene inleiding historiek en algemene beschouwingen», in Interuniversitaire studiedag, gecit. voetnoot 44.

⁴⁹ Zie o.a. hierover Koninklijke federatie van Belgische notarissen, *Feitelijke scheiding, feitelijk samenleven*, Notariële dagen, Gent, 1978; P. SENAËVE, «Behandeling van de verscheidene familierechtelijke situaties in het sociale zekerheidsrecht», in *Raakvlakken tussen sociale zekerheid ...*, gecit. 115 e.v.

⁵⁰ Zie o.a. M. PUELINCKX-COENE, «Het vermogensstatuut van de feitelijk gescheiden echtgenoten...», gecit. 213 en 217 e.v. en 230 met verwijzingen.

men van gedwongen solidariteit kan spreken. Dit geschiedde meer in het bijzonder in het erfrecht door het instellen van een reserve. De weduwe heeft een dwingend recht op de helft van de nalatenschap in vruchtgebruik en minimaal op de gezinswoning met huisraad.

Eigenaardig genoeg kan de reserve van de weduwe, door een louter eenzijdig optreden van de andere partner worden omzeild op voorwaarde o.m. dat het echtpaar feitelijk gescheiden gaat leven. De reserve zal dan ook vooral een (overbodige) dwang betekenen voor echtgenoten die van elkaar houden. De wet is dus niet zo huwelijksvriendelijk als zij op het eerste zicht laat vermoeden. Deze dwingende financiële consequenties zullen echtgenoten met moeilijkheden zeker niet ertoe aanzetten nog langer bij elkaar te blijven en het huwelijk voor mensen op jaren met kinderen heel wat minder aantrekkelijk maken.

41. De idee dat de werkelijke schuld aan de mislukking van het huwelijk niet gemakkelijk te duiden is en dan ook moeilijk bij de regeling van de gevolgen als het criterium bij uitstek kan worden gehanteerd, heeft meer en meer haar weg gemaakt. Dit leidde nog niet tot een wijziging van de echtscheidingswetgeving zelf, maar bleek duidelijk bij de hervorming van het erfrecht van de langstlevende echtgenoot. Hier werd, vanaf het ogenblik dat in 1973 door de senaatscommissie van Justitie aan de langstlevende dwingende rechten op de nalatenschap werden toegekend, meteen de vraag gesteld of dit ook nog verantwoord was bij ernstige echtelijke moeilijkheden, al waren deze nog niet uitgelopen op een echtscheiding.

Oorspronkelijk sloot het antwoord goed aan bij de toenmalige dubbel gestructureerde echtscheidingswetgeving⁵¹.

Als de echtgenoten hun moeilijkheden via een echtscheiding door onderlinge toestemming wensten op te lossen, moesten zij ook vooraf overeenkomen welke eventuele erfrechten zij zouden behouden in elkaars nalatenschap voor het geval dat een van hen vóór de beëindiging van de procedure zou overlijden.

In de andere gevallen was het antwoord in de traditionele divorce-sanction optiek «ja» t.a.v. de onschuldige echtgenoot, «neen» t.a.v. de schuldige. Dit bracht evenwel mee dat een soort postuum echtscheidingsproces zou dienen te worden gevoerd om uit te maken welke van beide kwalificaties aan de langstlevende diende te worden toegemeten. Voor het onkiese van dergelijke processen schrikte de senaatscommissie van Justitie bij de tweede lezing terug. Er werd gezocht naar meer objectieve criteria. Uiteindelijk werd voorzien in een mogelijkheid van effectieve onterving na zes maanden feitelijke scheiding, indien de testator een afzonderlijke woning had aangevraagd (art. 915bis, § 3). Dit stukje «pre»-echtscheidingsrecht werd pas op het einde van de twaalf jaar durende hervorming in de wet ingelast, na de totstandkoming van de wet van 1 juli 1974 en de daarmee gepaard gaande terdiscussiestelling van het schuldprincipe. Het is een stuk progressiever dan het echte echtscheidingsrecht.

In de eerste plaats is in deze regeling irrelevant wie schuld heeft aan de echtelijke moeilijkheden. Men is zelfs

in het andere uiterste gevallen nu men het mogelijk heeft gemaakt dat elk der echtgenoten door louter eenzijdig optreden een zagezegd imperatief erfrecht kan omzeilen zonder dat hij iets aan zijn partner kan verwijten of zelfs enige controle van de rechter ter zake mogelijk is.

Anderzijds worden er patrimoniale gevolgen gehecht aan een feitelijke scheiding die amper zes maanden duurde. Interessant is niet alleen dat de wetgever eens te meer in een specifieke regeling voorziet in geval van feitelijke scheiding, een fenomeen dat hij tot de zeventiger jaren negeerde, de termijn is bovendien kort, zeer kort vergeleken met die van tien jaar, bepaald in art. 232 B.W., die daarbij op zichzelf niet voldoende is om de echtscheiding toe te staan.

Ook in de nieuwe erfwet wordt, zoals in de rest van het gezinsrecht, geweigerd enig juridisch bestaan te verlenen aan het concubinaat, het zogenoemde ersatzhuwelijk, maar anderzijds worden toch juridische gevolgen verbonden aan de feitelijke scheiding, de zogenoemde ersatzrechtscheiding.

42. De reservataire toedeling van het vruchtgebruik op de gezinswoning met huisraad getuigt van de bezorgdheid om het behoud van het vertrouwde levenskader, een bezorgdheid die trouwens op verschillende plaatsen in het familiaal vermogensrecht tot uiting komt⁵² en voor het eerst door het nieuwe huwelijksvermogensrecht ook tijdens het leven (art. 215) en na echtscheiding (art. 1447) werd georganiseerd.

Ook uit andere bepalingen van de wet van 14 mei 1981 spreekt die bezorgdheid. Zo kan aan de langstlevende (het recht op) omzetting van de gezinswoning niet worden ontnomen of opgedrongen, en wanneer er geen afstammelingen zijn kan zij ook steeds de blote eigendom van die preferentiële goederen inkopen. Toch zijn in tegenstelling tot de andere wetten de specifieke maatregelen hier beperkt tot de gezinswoning met huisraad. Het ongestoord en zelfstandig verder kunnen uitoefenen van een beroepsactiviteit — wat toch ook deel uitmaakt van het vertrouwde levenspatroon — wordt niet op een bijzondere wijze gewaarborgd.

43. Ook in het nieuwe erfrecht krijgt de rechter een grote rol toegemeten. De techniek en de modaliteiten van toedeling zijn niet meer volledig in de wet neergelegd en men kan niet meteen vooraf uitmaken welke precieze rechten aan de erfgenamen of andere gerechtigden zullen toebehoren. Meer ethisch gerichte normen worden ingevoerd. De rechter moet oordelen naar billijkheid of volgens vrij vage criteria. Terwijl het bv. wel degelijk vaststaat welk deel in blote eigendom aan de kinderen toekomt, wordt het al heel wat minder duidelijk wat een kind zal krijgen als het de omzetting van het vruchtgebruik vraagt. Op de eerste plaats oordeelt de rechter of en hoe het vruchtgebruik zal worden omgezet. Bij gebreke van akkoord zal hij, al dan niet geholpen door een notaris, vaststellen wat de waarde is van het vruchtgebruik, rekening houdend met «onder meer en naar gelang de omstandigheden» een aantal factoren in de wet opgesomd

⁵¹ Zie ook M. PUELINCKX-COENE, «De grote promotie...», gecit., T.P.R., 1981, 631 e.v.

⁵² Zie ook M. PUELINCKX-COENE, «De grote promotie...», gecit., T.P.R., 1981, 651 e.v.

(art. 745^{sexies}, § 3). Indien de rechter «het billijk acht wegens omstandigheden eigen aan de zaak», kan hij uitzonderlijk een vordering tot omzetting van verdere bloedverwanten toestaan (art. 745^{quater}, § 2, derde lid).

De langstlevende kan als wettig erfgenaam inbreng vorderen en vruchtgebruik uitoefenen op giften als voorschot op erfdeel gedaan; wanneer de inbreng door mindere ontvangst geschiedt wordt deze vervangen door een geïndexeerde rente. De rechter bepaalt welke rentevoet en welke index (art. 858^{bis}, eerste lid).

Indien, na omzetting van het vruchtgebruik, de weduwe vervallen verklaard wordt van haar erfrecht, dient zij een vergoeding te betalen vastgesteld door de rechter (art. 745^{septies}).

Bij feitelijke scheiding oordeelt de rechter of de weduwe die niet in de laatste echtelijke verblijfplaats bleef wonen, hierop toch reservataire aanspraken kan laten gelden, omdat ze tegen haar wil het huis verliet en het billijk is haar dit recht toe te kennen (art. 915^{bis}, § 2, tweede lid).

Bij samenloop van onderhoudsvorderingen oordeelt de rechter bij onvoldoende vermogen naar billijkheid of volgens een prorata regel⁵³.

44. Het gezinsrecht heeft in de laatste decennia heel wat wijzigingen ondergaan. Uit de recente tendensen van

de wetgeving met betrekking tot de ontbinding van het huwelijk blijkt het blijvende grote geloof van de Belgische wetgever in het huwelijk.

Ook voor hem is het huwelijk een gebonden levensgemeenschap geworden van twee gelijke mensen die van elkaar houden, maar dit maakt de band tegelijkertijd zo intens en zo broos.

Enthousiast volgde hij de strekkingen die de intensiteit beklemtonen, aan de langstlevende echtgenote wordt een van de ruimste en best beschermde erfaanspraken toegekend van de ons omringende landen. Heel wat talmender gaat hij te werk bij het volgen van de tendensen die er de broosheid van beklemtonen, het huwelijk is nog steeds moeilijk te ontbinden en de post-maritale solidariteit blijft bestaan; anderzijds blijft hij ook alternatieve samenlevingsvormen negeren.

Maar het werd geen algehele hervorming van het gezinsrecht. De wijziging geschiedde broksgewijs en zelfs in zeer kleine pakketjes. Noch het echtscheidingsrecht in zijn geheel, noch het erfrecht in zijn geheel werden gewijzigd. Deze fragmentarische hervormingen hebben tot gevolg dat de verschillende wetten technisch niet meer op elkaar inspelen en dat een totaalvisie ontbreekt. Ook dit is helaas een tendens van het hedendaagse Belgische gezinsrecht in zijn geheel.

M. PUELINCKX-COENE
Hoogleraar U.I.A.

⁵³ Verslag Cooreman, *Parl. St., Senaat*, 1980-81, nr. 600/2, 11.

DE AFTAMMING IN HET NIEUWE ONTWERP VAN WET

45. De hervorming van het afstammingsrecht in België maakt deel uit van een van de diep ingrijpende en omvangrijke wijzigingen van ons burgerlijk recht, waarvan in de loop van de laatste jaren, enkele reeds van toepassing zijn geworden.

Zeer verspreide gedachtenstromingen dringen reeds geruime tijd hierop aan, aangemoedigd door wetswijzigingen in de ons omringende landen.

Bij ons werd de geplande hervorming op gang gebracht door het indienen op 15 februari 1979 in de Senaat van het «ontwerp van wet tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming en de adoptie» (*Sen.*, 1977-78, nr. 305/1) en van het «voorstel van wet houdende verschillende wijzigingen van de titels II, III, V, VII, VIII, IX en X van Boek II en van de titels I en II van Boek III van het Burgerlijk Wetboek» (*Sen.*, B.Z. 1977, nr. 34/1).

Als algemeen doel van de hervorming wenst genoemd ontwerp van wet «in de mate van het mogelijke alle thans bestaande discriminaties tussen kinderen op te heffen en discretie te verzekeren met betrekking tot hun afstamming» (blz. 4).

Vooropgesteld wordt het gelijkheidsbeginsel dat wordt geconcretiseerd door het recht van ieder kind om zijn afstamming juridisch vastgesteld te zien.

Deze gelijkheid wordt mede beoogd door een vollediger benadering van de biologische waarheid, zonder dat evenwel het socio-affectieve ouderschap hieraan te zeer wordt opgeofferd.

Steeds volgens het ontwerp, komt dit laatste aspect tot zijn recht, o.m. door rekening te houden met de gevolgen van de donorinseminatie en door een milde houding aan te nemen t.a.v. niet met de waarheid strokende erkenningen (blz. 4).

46. Niet alleen bepaalde gedachtenstromingen beïnvloeden de hervorming, maar eveneens het ondertussen door het Europese Hof van de Rechten van de Mens gewezen arrest van 13 juni 1979 in de zaak Marckx speelt hierbij een niet te ontkennen rol.

Zeer in het kort moeten hieruit enkele belangrijke stellingen worden gelicht.

Uit de combinatie van de artikelen 8 en 14 van het E.V.R.M. wordt afgeleid dat de geboorte op zichzelf een gezinsleven doet ontstaan waarbij geen onderscheid wordt gemaakt tussen een wettig en een natuurlijk gezin.

Hoewel enerzijds het traditionele gezin moet worden gesteund en aangemoedigd, mag anderzijds het natuurlijk gezin niet worden benadeeld.

Zelfs wanneer het binnentreden van een natuurlijk kind de vrede van de wettige familie zou storen, mag zulks niet van dien aard zijn dat aan dat kind de fundamentele rechten worden ontnomen.

47. Daar dit overzicht over het afstammingsrecht bondig moet zijn, was het uitgesloten een analyse te maken van het volledige ontwerp. Daarom komen slechts die bepalingen ter sprake die de meest ingrijpende wijzigingen inhouden. Alleen die teksten die in het ontwerp terug te vinden zijn, dienden als basis voor dit overzicht; het ont-

werp is trouwens nog steeds in bespreking bij de senaatscommissie voor de Justitie, zodat het, bij gebrek aan een officieel document, onmogelijk is met zekerheid te zeggen welke richting de wetgever uiteindelijk zal uitgaan. Wel werd gepoogd enkele belangrijke innovaties te beklemtonen en daarbij enkele bedenkingen te formuleren, die in al hun consequenties ongetwijfeld nog meerdere vragen zullen oproepen.

De afstamming van moederszijde

a) *De geboorteakte vermeldt de naam van de moeder*

48. Het nieuwe door het ontwerp voorgestelde artikel 312 stelt als algemeen geldend principe voorop dat het kind als moeder heeft de persoon die als zodanig in de akte van geboorte is aangeduid.

Aldus wordt in de wet de regel «mater semper certa est» vastgelegd. Deze regel heeft een algemene draagwijdte, aangezien hij voor de afstamming van moederszijde geldt zowel voor de wettige als voor de natuurlijke kinderen. Het is immers de bedoeling dat het huidige artikel 319 B.W., waaruit voortvloeit dat de akte van geboorte enkel als bewijs kan gelden voor de afstamming van wettige kinderen, uit onze wetgeving verdwijnt.

Meteen wordt een einde gemaakt aan een anomalie die in het leven werd geroepen ingevolge het bepaalde van artikel 57 B.W., waarin de verplichte vermeldingen zijn opgesomd die de akte van geboorte moet bevatten en waaronder zijn vermeld de voornamen en de naam van de ouders, m.a.w. eveneens van de moeder.

Een vaststaande interpretatie van art. 57 B.W. luidt dat genoemde vermeldingen gelden zowel voor de wettige als voor de natuurlijke kinderen. Hieruit vloeit voort dat enerzijds wordt vastgesteld welke de identiteit is zowel van het natuurlijke kind als van zijn moeder, terwijl hieruit evenwel niet de logische conclusie voortvloeit van een juridisch volwaardige afstamming van moederszijde t.a.v. het natuurlijke kind.

Voortaan zal duidelijk vaststaan dat de verplichte vermelding van de naam van de moeder in de geboorteakte van het — zowel wettig als natuurlijk — kind, als een regel moet worden beschouwd die tot doel heeft de identiteit tussen moeder en kind te bewijzen.

49. Wanneer evenwel in de tekst behouden blijft dat de afstamming van moederszijde die als zodanig is aangeduid in de akte van geboorte, kan worden betwist door alle wettelijke middelen, rijst de vraag naar de draagwijdte van de bewijskracht die aan het principe zelf moet worden gegeven.

Volgens de toelichting bij genoemde tekstaanvulling heeft het ontwerp (blz. 10) de bedoeling gehad een gerechtelijke betwisting mogelijk te maken, indien de in de akte vermelde naam niet met die van de werkelijke moeder overeenstemt. «Deze betwisting», aldus de toelichting, «zal vooral bij onderschuiving of bij verwisseling van een

kind nuttig zijn, maar ze wordt niet tot die gevallen beperkt».

Wanneer eraan wordt herinnerd dat zich nog andere gevallen kunnen voordoen dan bovengenoemde, wordt uiteraard gedacht aan de mogelijkheden die kunnen voortvloeien uit het voorgestelde artikel 56, dat de opsomming bevat van degenen die de verplichting hebben het kind aan te geven. Deze aangifte kan geschieden niet enkel «door de vader of de moeder of door beide ouders of, bij gebreke van dezen, door de geneesheren, vroedvrouwen» maar bovendien door «andere personen die bij de bevalling tegenwoordig zijn geweest en, als de moeder buiten haar woning bevalt, door de persoon bij wie ze bevalt».

Hetzelfde artikel bepaalt bovendien in zijn par. 3 dat in geval van bevalling in ziekenhuizen, kraaminrichtingen of andere verpleeginrichtingen, degenen die de leiding van de inrichting uitoefenen, gehouden zijn er binnen vierentwintig uren kennis van te geven aan de ambtenaar van de burgerlijke stand.

Dit alles betekent dat bovengenoemde personen kunnen worden geroepen om te beslissen over de aangifte en daardoor tegelijkertijd over de bewijskracht van de geboorteakte met betrekking tot de afstamming van het kind.

50. Meteen rijst de vraag naar de oplossing in geval van onderschuiving en verwisseling of in het algemeen in geval van aangifte van de geboorte van een ander kind dan hetgeen geboren is uit die wel bepaalde moeder. De vraag kan immers worden opgeworpen of de betwisting in alle gevallen mag worden toegelaten ofwel, of er een onderscheid dient te worden gemaakt al naargelang bovengenoemde feiten zijn geschied ten gevolge van een loutere vergissing dan wel van een handeling die als foutief moet worden gekarakteriseerd.

De oplossing wordt bovendien ingewikkelder gemaakt ten gevolge van het weglaten van het huidige artikel 322 B.W. uit de voorgestelde tekst van het ontwerp. Dit artikel, dat enkel betrekking heeft op de afstamming van wettige kinderen maar zonder enig bezwaar zou kunnen worden veralgemeend, bepaalt dat niemand aanspraak kan maken op een staat die strijdig is met die welke zijn akte van geboorte en het met die akte overeenstemmende bezit hem kan geven en dat omgekeerd niemand de staat kan betwisten van hem die een bezit heeft overeenstemmende met zijn akte van geboorte.

Hier duikt m.a.w. het zeer reële probleem op van het belang dat al dan niet moet worden gehecht aan het bezit van staat. Dit probleem heeft des te meer gewicht nu de voorgestelde tekst van het nieuwe artikel 322 bepaalt dat de vorderingen betreffende de afstamming verjaren door verloop van dertig jaar, m.a.w. een periode gedurende welke het bezit van staat de gelegenheid heeft gehad zich tot een onbetwistbare realiteit te ontwikkelen.

Doch hierdoor komt men volop terecht in de reeds sinds geruime tijd durende betwisting omtrent de prioriteit die moet worden gegeven aan hetzij de biologische waarheid enerzijds, hetzij de socio-affectieve band anderzijds.

Het ontwerp zelf (blz. 4) wenst het socio-affectieve ouderschap niet op te offeren aan de biologische waarheid, doch blijkt het slechts zijn verdiende plaats in ons rechtssysteem te laten innemen «via de breder opengestelde adoptie, het rekening houden met de gevolgen van de donorinseminatie en een milde houding t.a.v. een niet met de waarheid strokende erkenning».

De vraag is of in deze betwistingsmogelijkheid niet eveneens een plaats moet worden ingeruimd voor het bezit van staat, vooral wanneer men met de zeer ruim verspreide strekking instemt dat de belangen van het kind dat in een wel bepaald gezin wordt opgevoed, prioriteit verdienen.

51. Deze gedachtengang zou dan meteen tot de conclusie kunnen leiden dat de bewijskracht van de geboorteakte voor het vaststellen van de afstamming een absolute waarde zou krijgen en slechts in zeer uitzonderlijke gevallen zou kunnen worden betwist. Onder deze uitzonderlijke gevallen zouden bovengenoemde feiten kunnen worden behouden doch op voorwaarde dat ze een foutief karakter vertonen; als zij het gevolg zijn van loutere vergissing kan het recht om de afstamming te betwisten ernstig in twijfel worden getrokken zeker wanneer ze aan het licht komen na een periode binnen welke het bezit van staat als afdoende geconsolideerd mag worden beschouwd.

b) De geboorteakte vermeldt niet de naam van de moeder

52. De nieuwe artikelen 313 en 314 handelen over drie gevallen waaraan een oplossing moet worden gegeven wanneer in de akte van geboorte geen spoor te vinden is van de moeder.

Genoemde bepalingen maken een onderscheid al naargelang degene die aan de diverse gevallen een oplossing kan geven.

Wanneer de akte van geboorte de naam van de moeder niet vermeldt, kan de afstamming van moederszijde worden bewezen door de erkenning door de moeder. Er kunnen zich inderdaad omstandigheden voordoen dat de identiteit tussen moeder en kind in feite vaststaat, doch dat zulks niet is vastgesteld in de akte van geboorte. Er kan inzonderheid worden gedacht aan een geboorte in het buitenland.

In andere gevallen wordt de afstamming van moederszijde gerechtelijk vastgesteld. Zulks geschiedt, aldus artikel 314, bij gebreke van de akte van geboorte, eveneens wanneer de akte van geboorte de naam van de moeder niet vermeldt en ten slotte wanneer de moeder het kind niet heeft erkend.

De vordering zal als voorwerp hebben het bewijs te leveren van de identiteit tussen kind en moeder m.a.w. dat het wel degelijk dat kind is waarvan de moeder bevallen is.

53. Wat de bewijsmiddelen betreft, blijkt het ontwerp een zekere hiërarchie in te voeren.

Op de voorgrond verschijnt het bezit van staat: de identiteit tussen moeder en kind kan immers worden bewezen door aan te tonen dat het kind t.a.v. de moeder het bezit van staat heeft. Slechts wanneer zulks niet mogelijk is, kan de afstamming van moederszijde door alle wettelijke middelen worden bewezen. Wat de bewijswaarde van de wettelijke middelen op elk concreet geval betreft, dienen voor het overige de algemene regelen ter zake te worden aangewend.

Genoemde teksten blijken de gerechtelijke vaststelling te beperken tot bovengenoemde gevallen. Alle andere gevallen worden door de tekst niet beoogd: wanneer er geen akte van geboorte is omdat de registers onbestaande zijn,

of er wel een akte van geboorte is geweest, die evenwel niet kan worden voorgelegd omdat ze verloren of vernietigd is. Deze gevallen worden opgelost volgens de regelen die met betrekking tot deze materie in het B.W. voorkomen.

Aldus handelt art. 46 over het geval dat er geen registers hebben bestaan of de registers verloren zijn. Het bewijs daarvan wordt toegelaten zowel door bescheiden als door getuigen en de geboorte wordt bewezen zowel door registers en papieren afkomstig van de overleden ouders, als door getuigen.

Ten slotte zal rekening moeten worden gehouden met artikel 52 B.W., waarin is bepaald dat elke valsheid in de akten van de burgerlijke stand grond oplevert tot schadevergoeding aan de partijen, onverminderd de in het Strafwetboek gestelde straffen.

Het spreekt vanzelf dat de afstamming van moederszijde aldus eveneens gerechtelijk wordt vastgesteld, nadat de strafrechtbank eventueel over de valsheid uitspraak zal hebben gedaan.

De afstamming van vaderszijde

54. Bij de vaststelling van de afstamming van vaderszijde moet volgens het ontwerp rekening worden gehouden met drie gevallen, nl. het vermoeden van vaderschap, de erkenning en het onderzoek naar het vaderschap.

a) Het vermoeden van vaderschap

Artikel 315 van het ontwerp stelt als principe voorop dat het kind dat geboren is tijdens het huwelijk of binnen 300 dagen na de ontbinding of de nietigverklaring van het huwelijk, de man tot vader heeft. Uit deze tekst vloeit voort dat het aldus vastgesteld vermoeden zijn geldigheid behoudt tot bewijs van het tegendeel.

Meteen wordt hierdoor in belangrijke mate afgeweken van het thans bestaande principe zoals dit in artikel 312 B.W. is vermeld. Voortaan zou immers niet meer de verwekking als criterium voor het vermoeden van vaderschap gelden, doch wel de geboorte. In het ontwerp wordt trouwens de geboorte in algemene regel bewezen door de akte van geboorte, die meteen geldt als bewijs van de afstamming t.a.v. de moeder die op dat ogenblik met de man, d.w.z. met de vader, is gehuwd.

Zulks betekent uiteraard dat, behoudens betwisting waarvan in een ander artikel sprake is, het vaderschap van de man wordt vermoed, ook wanneer zou worden aangetoond dat het kind vóór het huwelijk werd verwekt. Het vermoeden van artikel 315 is bijgevolg van toepassing wanneer de moeder tijdens de zwangerschap, op welk ogenblik dan ook, in het huwelijk is getreden. Het ontwerp bevestigt trouwens nogmaals dit principe aangezien artikel 326 bepaalt dat het kind, behoudens tegenbewijs, vermoed wordt te zijn verwekt op enig ogenblik in het tijdvak vanaf de 300e tot en met de 180e dag vóór de geboorte.

Het feit dat het huwelijk wordt vernietigd, brengt daaraan geen wijziging. Het ontbreken bij het aangaan van het huwelijk van vrije toestemming van beide echtgenoten of van een van beiden of de dwaling in de persoon, die ingevolge artikel 180 B.W. voor de vernietiging van het huwelijk in aanmerking komen, kunnen het vermoeden van vaderschap in genen dele ontkrachten. Dit vermoeden be-

houdt zijn geldigheid zodra de geboorte heeft plaatsgehad binnen 300 dagen na deze nietigverklaring.

Het hierboven vermelde vermoeden is trouwens van die aard dat daartegenover geen onderzoek naar het vaderschap kan worden ingesteld tenzij in twee gevallen en dan slechts wanneer dat vermoeden niet door het bezit van staat wordt bevestigd.

55. De artikelen 316 en 317 voegen hieraan twee vermoedens toe die a contrario uit het eerste voortvloeien.

Het eerder vermelde vermoeden van vaderschap geldt niet wanneer het kind geboren is meer dan 300 dagen na de verdwijning van de man, ingeval deze afwezig is verklaard. Het is duidelijk dat hierdoor vanzelfsprekend wordt verwezen naar artikel 115 B.W. en de voorwaarden daarin vermeld, nl. dat de man «opgehouden heeft te verschijnen daar waar hij zijn woonplaats of zijn verblijfplaats had en men sinds vier jaren van hem geen tijding heeft ontvangen».

Opdat het vermoeden van vaderschap in dit geval ongedaan zou worden gemaakt, is vereist dat er een procedure werd gevoerd die tot afwezigheidsverklaring heeft geleid en dat het kind geboren is méér dan 300 dagen na datum van verdwijning, zoals blijken zal uit de afwezigheidsverklaring.

Een ander vermoeden dat een correctie betekent van het eerste, bepaalt dat een kind dat geboren is binnen 300 dagen na de ontbinding of de nietigverklaring van het huwelijk van de moeder, maar na een nieuw huwelijk van deze moeder, de nieuwe echtgenoot tot vader heeft. Dit vermoeden kan evenwel worden betwist.

De vraag kan worden gesteld aan wie het vaderschap toekomt wanneer men erin slaagt het vermoeden te weerleggen. Logischerwijze moet ertoe worden besloten dat in principe de vroegere echtgenoot geacht wordt de vader te zijn tenzij uit de vordering voortvloeit dat een andere man de vader van het kind is.

Hierboven werd eraan herinnerd dat bedoeld vermoeden zijn geldigheid behoudt tot bewijs van het tegendeel. Dit principiële vermoeden kan immers in diverse omstandigheden bestreden worden. De weerlegging ervan en m.a.w. de betwisting van het vaderschap kan geschieden tijdens het huwelijk, in geval van echtscheiding en scheiding van tafel en bed en in geval van feitelijke scheiding.

56. Inzake betwisting van vaderschap maakt het ontwerp een driedubbel onderscheid. Allereerst wordt een algemene regel uitgevaardigd, vervolgens worden omstandigheden opgesomd die er aanleiding toe zijn de grondigheid van de vordering uit te spreken, ten slotte een omstandigheid die de verwerping van de vordering tot gevolg heeft.

Als algemene regel wordt vooropgesteld dat het vaderschap kan worden betwist indien wordt aangetoond dat de man de vader niet kan zijn.

Dit principe is aan geen enkele voorwaarde onderworpen en zal dus gelden als een correctie van het hierboven vermelde vermoeden, nl. dat het kind dat geboren is tijdens het huwelijk of binnen 300 dagen na de ontbinding of de nietigverklaring van het huwelijk de man tot vader heeft.

Deze regel wijst erop dat de vordering die hierop is gefundeerd, kan worden ingesteld terwijl het huwelijk voort-

duurt en een eventueel tussen de echtgenoten bestaande onenigheid door geen enkele specifieke maatregel wordt bewezen.

De bewering dat de man de vader van het kind niet kan zijn hoewel het huwelijk juridisch volwaardig blijft voortbestaan, zal het aangewezen middel zijn wanneer de betwisting van het vaderschap gefundeerd is op het bestaan van de feitelijke scheiding.

Het weerleggen van het vermoeden van vaderschap kan trouwens geschieden door alle wettelijke middelen.

Deze bewijsmiddelen toegepast in geval van feitelijke scheiding zouden o.m. van die aard kunnen zijn dat zij aantonen dat binnen een voldoende ruime periode die aan de geboorte voorafging, de verwekking door de man niet heeft kunnen plaatshebben ten gevolge van een onafgebroken scheiding, d.w.z. dat binnen die periode geen hereniging heeft plaatsgehad. Bovendien bepaalt artikel 333, c, dat de rechtbanken, zelfs ambtshalve, een bloedonderzoek of enig ander onderzoek volgens beproefde wetenschappelijke methodes kunnen gelasten.

57. Naast dit algemeen principe, dat toelaat het vermoeden van vaderschap gedurende het huwelijk te weerleggen, houdt het ontwerp rekening met omstandigheden die evenwel, onder bepaalde voorwaarden, van die aard zijn dat de vordering tot betwisting van het vaderschap gegrond wordt verklaard.

Het zijn nl. omstandigheden die erop wijzen dat de echtgenoten of één van hen gedurende een bepaalde periode op een ernstige wijze de bedoeling hebben of heeft aan het huwelijk een einde te maken.

In werkelijkheid zijn deze omstandigheden van die aard dat ze op zichzelf een vermoeden doen ontstaan dat de man de vader van het kind niet kan zijn, en bijgevolg in tegenstrijd zijn met het algemeen geldend vermoeden dat het kind geboren tijdens het huwelijk de man tot vader heeft.

Aldus wordt de vordering gegrond verklaard wanneer het kind geboren is meer dan 300 dagen na het proces-verbaal bedoeld in artikel 1258 Ger. W. of na de verklaring bedoeld in artikel 1289 Ger. W., en minder dan 180 dagen na de definitieve afwijzing van de vordering of na de verzoening van de echtgenoten.

Hierbij wordt verwezen enerzijds naar de inleidende procedure inzake echtscheiding en scheiding van tafel en bed waarbij de rechter in een proces-verbaal vaststelt dat het bewerken van de verzoening niet geslaagd is, en anderzijds naar de verklaring die de echtgenoten afleggen voor de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg waarbij ze hun wil te kennen geven door onderlinge toestemming uit de echt te scheiden.

58. Zoals er boven aan werd herinnerd, kunnen voornoemde omstandigheden slechts onder twee voorwaarden aanleiding geven tot het gegrond verklaren van de vordering.

In de eerste plaats kan de vordering niet worden gegrond verklaard wanneer het kind waarvan het vaderschap wordt betwist het bezit van staat heeft t.a.v. beide echtgenoten.

Het niet gegrond verklaren van deze vordering is een van de gevallen waarin een absolute betekenis wordt gegeven aan de socio-affectieve verwantschap, die de eventueel bestaande biologische waarheid primeert. Zulks be-

tekent dat een betwisting van vaderschap die op zichzelf kans zou hebben tot slagen omdat afdoende bewijzen voorhanden zijn, in elk geval ongegrond moet worden verklaard. Meer in het bijzonder maakt het bezit van staat van het kind t.a.v. beide echtgenoten, een vordering tot betwisting van vaderschap onmogelijk ook wanneer dit kind geboren is meer dan 300 dagen na het proces-verbaal bedoeld in artikel 1258 Ger. W. of na de verklaring bedoeld in artikel 1289 Ger. W. en minder dan 180 dagen na de definitieve afwijzing van de vordering of na de verzoening.

Een tweede omstandigheid die tot de ongegrondheid van de vordering aanleiding geeft, is de feitelijke hereniging van de echtgenoten ten tijde van de verwekking.

Deze hereniging zal uiteraard door alle wettelijke middelen kunnen worden bewezen en zal, zoals het bezit van staat, als verweermiddel gelden tegen een vordering tot betwisting van het vaderschap.

Trouwens, in hetzelfde artikel wordt eraan toegevoegd dat het bewijs van het vaderschap van de man van de vrouw — en a fortiori van het niet-vaderschap — tijdens dezelfde vordering door alle wettelijke middelen kan worden geleverd.

Hoewel de tekst in geen enkel bijkomend vereiste voorziet voor de feitelijke hereniging, zal logischerwijze moeten worden bewezen dat ze plaatsheeft binnen de periode van de verwekking van het kind waarvan het vaderschap wordt betwist. In dit verband bepaalt art. 326 van het ontwerp, dat het kind, behoudens tegenbewijs, vermoed wordt te zijn verwekt op enig ogenblik in het tijdvak vanaf de 300e tot en met de 180e dag vóór de geboortedag.

59. De vraag moet worden gesteld of de bovengenoemde gevallen die aanleiding geven tot de gegrondheid van de vordering tot betwisting van het vaderschap, niet zouden moeten worden uitgebreid tot andere gevallen dan die bedoeld in de artikelen 1258 en 1289 Ger. W. nl. tot die welke daarmee kunnen worden gelijkgesteld en mits dezelfde voorwaarden zijn nageleefd.

Bedoeld worden de gerechtelijke tussenkomsten van welke aard dan ook, waaruit blijkt dat beide echtgenoten gemachtigd werden een afzonderlijke verblijfplaats te betrekken.

Hiervoor zou in aanmerking kunnen komen de machtiging afzonderlijk te verblijven die gegeven is krachtens artikel 223 B.W. Bovendien kan met de opgesomde gevallen worden gelijkgesteld de feitelijke scheiding van meer dan tien jaar die krachtens artikel 232 B.W. aanleiding kan geven tot de echtscheiding onder de voorwaarden daarin vermeld.

60. Een omstandigheid die de toewijzing van de vordering in de weg staat, is het feit dat de man heeft toegestemd in een daad die de verwekking van het kind tot doel had.

De ongegrondheid van de vordering waartoe de rechtbank eventueel zal beslissen zal gefundeerd zijn op het feit dat wordt aangetoond dat het kind waarvan het vaderschap wordt betwist wel degelijk dat kind is dat geboren is ten gevolge van de daad die de verwekking tot doel had.

Bij gebrek aan nadere precisering mag worden aangenomen dat onder «daad die de verwekking tot doel had», zowel de kunstmatige inseminatie als de natuurlijke inseminatie door een andere man wordt bedoeld.

61. Zoals de gevallen waarin het vaderschap mag worden betwist, aan bepaalde regels onderworpen zijn, zo ook is op een limitatieve wijze bepaald welke de personen zijn die gerechtigd zijn de vordering in te stellen.

Het is de uitdrukkelijke bedoeling geweest dit recht slechts toe te kennen aan die familieleden die tot de dichtste verwantschap behoren en van wie men redelijkerwijze mag veronderstellen dat ze zich bij prioriteit kunnen beroepen op andere belangen dan zuiver patrimoniale.

In de memorie van toelichting bij het ontwerp is trouwens sprake van een sterk persoonlijk en extra-patrimoniaal belang. Alleen wordt een uitzondering gemaakt voor de erfgenamen van de man. Men was immers van oordeel, aldus het ontwerp, dat het niet opgaat, op een ogenblik waarop als algemene regel wordt gesteld dat vorderingen tot betwisting van staat voor alle belanghebbenden openstaan, die personen uit te sluiten, die thans — krachtens artikel 317 B.W. — het vorderingsrecht bezitten.

Het ontwerp beperkt de categorie van rechthebbenden tot de man, en in bepaalde omstandigheden diens erfgenamen, de vrouw en het kind, en eveneens in bepaalde omstandigheden diens erfgenamen.

Het spreekt vanzelf dat de tekst van artikel 319 van het ontwerp, meerdere vragen opwerpt.

62. Een eerste vraag betreft immers de termijn. Zowel de vordering van de man als die van de vrouw moet worden ingesteld binnen vijf jaar. Deze termijn die in principe een vervaltermijn is, neemt een aanvang bij de geboorte. De vordering van het kind moet uiterlijk binnen vijf jaar na zijn meerderjarigheid worden ingesteld.

Aangezien het bezit van staat t.a.v. beide ouders, een van die elementen is die elke vordering tot betwisting van vaderschap onmogelijk maakt, is enerzijds de termijn van vijf jaar van die aard dat elke vordering in vele gevallen alle betekenis zal verliezen omdat die tijdsspanne kan volstaan opdat dit kind inderdaad t.a.v. de man en de vrouw het bezit van staat verkrijgt.

Anderzijds is deze vrij lange termijn van die aard dat hij in sommige gevallen een blijvende onrust kan doen ontstaan in een gezin, daar de bedreiging van het instellen van de vordering als een soort chantagemiddel kan worden aangewend, hetgeen de levenssfeer zowel voor de man en de vrouw als voor het kind niet gunstig zal beïnvloeden.

63. Niet alleen de termijn zelf maar eveneens het vertrekpunt ervan kan problemen oproepen.

Het kan immers gebeuren — vooral bij feitelijke scheiding — dat de geboorte hem verborgen blijft gedurende een periode van vijf jaar. Weliswaar wordt in de tekst bepaald dat de vordering die na vijf jaar wordt ingesteld, door de rechtbank ontvankelijk kan worden verklaard wegens gegronde redenen. Het geheim of verborgen houden van de geboorte voor de man kan eventueel als dusdanig worden beschouwd. Het gebrek evenwel aan nadere precisering zou de gegronde reden kunnen gelijkstellen met overmacht.

Wat de vordering van het kind betreft, bepaalt de tekst dat deze moet worden ingesteld uiterlijk binnen vijf jaar na zijn meerderjarigheid. Niet alleen de vervaltermijn van vijf jaar is hier van belang, onder voorbehoud van het bestaan van gegronde redenen zoals boven reeds werd vermeld, doch eveneens het feit dat die vordering slechts kan wor-

den ingesteld vanaf de meerderjarigheid. Zulks zou betekenen dat een vordering ingeleid tijdens de minderjarigheid als niet ontvankelijk moet worden beschouwd.

Deze oplossing lijkt verantwoord te zijn daar een tegenovergestelde oplossing tot zeer onbillijke toestanden aanleiding zou geven.

Een andere oplossing zou het immers mogelijk maken dat eventueel de moeder, als wettige vertegenwoordiger in naam van het kind, diens vorderingsrecht zou uitoefenen.

In werkelijkheid zou deze vordering die van de moeder worden, hetgeen moeilijk aanvaardbaar is aangezien een betwisting van het vaderschap als een strikt persoonlijk recht moet worden beschouwd.

Zo een wettige vertegenwoordiging van het kind in dit geval aan de moeder wordt onttrokken, dan zou het minstens vereist zijn dat een vertegenwoordiger ad hoc wordt aangeduid, hetgeen nog moeilijker aanvaardbaar is. Immers, dan rijst de vraag, wie daartoe het initiatief moet nemen; het gevaar bestaat immers dat het opnieuw de moeder is, met het gevolg dat men in het eerste euvel terugvalt.

Eventueel zou kunnen worden gedacht aan de procureur des Konings, doch dan kan de opwerping worden gemaakt of het wel wenselijk is dat de gerechtelijke macht tussenbeide komt in een vorderingsrecht dat persoonlijk aan het kind toebehoort.

64. Herinnerd moet worden aan de ongegrondheid van de vordering wanneer het meerderjarig geworden kind het bezit van staat heeft t.a.v. beide echtgenoten.

Deze gegrondheidsvoorwaarde neemt aan belang toe in geval van echtscheiding, scheiding van tafel en bed en vooral in geval van langdurende feitelijke scheiding.

De vraag moet worden gesteld of het bezit van staat t.a.v. beide echtgenoten alleen maar kan ontstaan wanneer het kind door beide samenlevende ouders werd opgevoed. Het is evident dat deze stelling tot vrij onbillijke toestanden zou leiden en geschikt zou zijn om dergelijke vorderingen aan te moedigen. Zou het niet billijker zijn, om zulks te voorkomen, dat het bezit van staat als voldoende gerealiseerd wordt beschouwd wanneer uit alle gegevens blijkt dat beide ouders, afgezien van het feit of ze al dan niet het hoederecht hebben uitgeoefend, zich daadwerkelijk om de opvoeding in haar geheel hebben bekommerd. Zulks zou meteen betekenen dat alleen het overmaken van een door de rechtbank vastgestelde alimentatie niet als voldoende zou worden beschouwd.

65. Boven werd eraan herinnerd dat, onder bepaalde voorwaarden, de erfgenamen van de man en de afstammelingen van het kind eveneens over een vorderingsrecht beschikken. Een van de modaliteiten bestaat erin dat zowel de erfgenamen van de man als de afstammelingen van het kind gerechtigd zijn de vordering in te stellen wanneer de man respectievelijk het kind overleden is terwijl de termijn daartoe nog niet verstreken is.

Op te merken valt dat het aanvangspunt van de termijn verschillend is. Voor de afstammelingen van het kind neemt de termijn van één jaar een aanvang bij het overlijden. Voor de erfgenamen van de man neemt de termijn een aanvang op het tijdstip waarop de erfgenamen door het kind in hun bezit zijn gestoord.

In dit verband kan de vraag worden gesteld of er geen contradictie schuilt tussen enerzijds de initiële bedoeling

en anderzijds de voorgestelde oplossing. Er werd reeds aan herinnerd dat van een vorderingsrecht worden uitgesloten degenen die slechts patrimoniale belangen kunnen doen gelden. In de tekst zelf wordt het recht toegekend aan de erfgenamen zonder dat enige beperking wordt opgelegd, zodat daarin kunnen worden begrepen degenen die slechts een erfrecht, d.w.z. een patrimoniaal belang kunnen doen gelden. Bovendien wijst dat ogenblik waarop de termijn ingaat, eveneens op een patrimoniaal aspect. De termijn van één jaar gaat immers in wanneer het kind zijn wil tot het in bezit nemen van de erfenis tot uitdrukking brengt op het ogenblik dat de erfgenamen door het kind in de uitoefening van hun erfrecht worden verontrust.

Meer in de richting van uitsluiting van patrimoniale belangen wordt gewezen door het feit dat niet de erfgenamen in het algemeen, doch alleen de afstammelingen van het kind over een vorderingsrecht beschikken.

Ten slotte blijkt het vorderingsrecht van de afstammelingen van het kind ruimer te zijn, aangezien zij eveneens de door het kind ingestelde vordering kunnen hervatten tenzij het kind van het geding afstand heeft gedaan.

b) De erkenning

66. Uit de teksten die het ontwerp voorstelt, blijkt dat er inzake erkenning door de vader een zeer ruime vrijheid wordt gehuldigd.

In artikel 321 wordt immers bepaald dat de vader, zelfs wanneer hij minderjarig is, het kind kan erkennen bij authentieke akte, wanneer hij het niet in de akte van geboorte heeft gedaan. Deze erkenning kan geschieden ten gunste van een verwekt kind of na de dood van het kind.

De vrijwillige erkenning is, aldus het ontwerp, «fundamenteel dezelfde als die van het huidig recht, met dien verstande dat ook alle in overspel en in bloedschande verwekte kinderen kunnen worden erkend» (blz. 13).

Een eerste vraag kan worden gesteld met betrekking tot de vormvereisten. Hierin brengt het ontwerp strikt genomen geen wijziging aan. De auteurs hebben zich laten inspireren door het bestaande artikel 334 B.W. De authentieke akte is en «blijft een eenzijdige rechtshandeling, die alleen een beslissing van de erkennner vereist» (blz. 13). Er werd immers uitgegaan van de overtuiging dat de erkenning bij notariële akte in sommige gevallen «een nuttige discretie veroorlooft» (blz. 14).

Voor de auteurs van het ontwerp is dit een duidelijke keuze geweest aangezien zij in elk geval aandacht hebben besteed aan de vraag of aan de moeder van het kind in geval van vaderlijke erkenning niet een toestemmings- of vetorecht moest worden bezorgd.

Deze idee werd afgewezen, «omdat ze de juridische bekrachtiging van de waarheid eerder in de weg zal staan dan dienen, en de moeder, die in sommige gevallen tegenover de vader negatieve gevoelens zal koesteren, wapens in de hand geven zou om haar belangen veeleer dan die van haar kind te dienen. Men gaat er van uit dat het ouderschap een feit is, dat niet 'in het belang van het kind' moet worden verdoezeld».

Bovendien wordt herinnerd aan het feit dat de rechter in het belang van het kind de uitoefening van het ouderlijk gezag door de erkennner kan beperken en dat de erkennner slechts dit gezag kan uitoefenen indien het kind bij hem leeft (blz. 13).

67. Het is de grote verdienste van het ontwerp te hebben geopteerd voor een duidelijke oplossing. Zulks moet evenwel niet verhinderen dat men zich kan afvragen of deze oplossing altijd het belang van het kind dient, een principe dat duidelijk werd vooropgesteld.

Het voorgestelde vormvereiste stuit immers op de nadelen die verbonden zijn aan het occulte karakter van de authentieke akte.

Dit gevaar komt reeds tot uiting in de voorgestelde tekst; wanneer een kind wordt erkend bij authentieke akte door meer dan één man, heeft alleen de eerste erkenning gevolg zolang zij niet is nietig verklaard.

Aangezien een authentieke akte voldoende is opdat de erkenning ten volle uitwerking heeft, is het duidelijk dat deze oplossing aanleiding kan geven tot moeilijkheden. Voornoemde bepaling komt immers hierop neer dat de erkenning waaraan ruchtbaarheid werd gegeven als de eerste zou worden beschouwd.

Uit het vormvereiste door het ontwerp voorgeschreven, vloeit logischerwijze voort dat een erkenning geldig kan geschieden in een authentiek testament.

Wanneer geen enkele bijkomende verplichting wordt opgelegd tenzij de authentieke akte, en deze erkenning te allen tijde kan geschieden, is het niet uitgesloten dat deze plaatsheeft op een ogenblik dat alleen redenen van zuiver patrimoniale aard daartoe aanleiding hebben gegeven. Zulks betekent dat de belangen van het kind die ter zake een doorslaggevende betekenis zouden moeten hebben, totaal worden genegeerd.

Zijn de belangen van het kind immers gediend wanneer aan de moeder een vader wordt opgedrongen, die zij als dusdanig, om gegronde redenen, niet wenst te aanvaarden? Deze vraag behoudt haar volle betekenis, ook wanneer het vaderschap zou overeenstemmen met de biologische waarheid. Zulks wordt des te belangrijker wanneer het kind verwekt is ten gevolge van een verkrachting.

Bovendien kan de niet aan te prijzen toestand ontstaan dat een erkenning door een eenzijdig optreden van de zogenaamde vader plaatsheeft, nadat de moeder gedurende jaren alleen heeft moeten zorgen voor de opvoeding van het kind. Zal het scheppen van deze mogelijkheid niet de gelegenheid zijn om een erkenning met zuiver patrimoniale motieven aan te moedigen?

Al deze redenen pleiten ervoor de te ruime vrijheid van erkenning ter discussie te stellen en te onderzoeken of daaraan geen ernstige beperking moet worden opgelegd; aldus zou meteen een correctie worden aangebracht aan het occulte karakter van de authentieke akte.

68. In deze gedachtengang kan de vraag worden gesteld of op zijn minst aan de moeder niet een recht van medezeggenschap of toestemming zou moeten worden geboden, gepaard gaande met een vorm van recht van toezicht door de rechtbank, dit laatste om te vermijden dat zuiver patrimoniale motieven van de moeder een rol zouden spelen.

Een zelfde oplossing zou kunnen worden ingebouwd om te voorkomen dat zonder enige beperking, een erkenning zou kunnen plaatsvinden waardoor de geboorte uit bloedschande openbaar zou worden gemaakt. Een toezicht waaraan een dergelijke erkenning eventueel zou worden onderworpen, zou tot doel kunnen hebben te onderzoeken of het belang van het kind met deze erkenning wel wordt gediend.

Het zou ten slotte logisch zijn dat bij de beoordeling over een weigering door de moeder en bij de uitoefening van het toezichtsrecht — dat uiteraard aan de rechtbank zou worden toegekend — het al dan niet bestaan van het bezit van staat t.a.v. degene die de erkenning heeft vericht, een belangrijke rol zou spelen.

c) Onderzoek naar het vaderschap

69. «Bij gebreke van vermoeden van vaderschap of van erkenning kan de afstamming van vaderszijde gerechtelijk worden vastgesteld» (art. 324 van het ontwerp).

Dit principe is, naast het vermoeden van artikel 315 van het ontwerp en de erkenning hetzij in de akte van geboorte of bij authentieke akte, het derde middel om het recht van het kind op vaderschap te realiseren.

De belangrijkste innovaties worden ingevoerd in het domein van het bewijs en het tegenbewijs. De wijze waarop de bewijsvoering door het ontwerp wordt georganiseerd, toont aan dat er een algemene verruiming, gepaard gaande met een bijzondere regeling, wordt ingebouwd.

Als principe wordt vooropgesteld dat de afstamming van vaderszijde door alle wettelijke middelen wordt bewezen.

De auteur van het ontwerp heeft de bedoeling gehad de thans in artikel 340 B.W. bestaande beperkingen bij het onderzoek naar het vaderschap op te heffen omdat deze als onrechtvaardig worden beschouwd «niet alleen t.a.v. het kind maar ook van zijn moeder, in een stelsel waarin de afstamming van moederszijde vaststaat van bij de geboorte» (blz. 14). Volgens de memorie van toelichting zijn de belangrijkste innovaties de opheffing van de voorwaarden tot ontvankelijkheid van de vordering en de vrijheid om door alle middelen het vaderschap te bewijzen (blz. 14).

Zoals er bovenaan werd herinnerd, wordt in een regeling voorzien wat betreft één enkele bewijsvoering. «Behalve wanneer er ernstige twijfel over bestaat, wordt het vaderschap vermoed wanneer is komen vast te staan dat de verweerder gedurende het wettelijk tijdperk van de verwekking gemeenschap heeft gehad met de moeder» (art. 325, § 1, tweede lid).

De bewijsvoering door alle wettelijke middelen enerzijds en het vermoeden gebaseerd op gemeenschap met de moeder anderzijds, doen evenwel vragen rijzen.

Daar het bewijs door alle wettelijke middelen geen nadere precisering vermeldt, lijkt het evident te zijn dat het bloedonderzoek hierbij ten volle zijn plaats inneemt, zoals is mogelijk gemaakt door artikel 333, c.

70. Met betrekking tot het vermoeden van vaderschap, rijst de vraag of niet moet worden vereist dat er samenleven is geweest en niet enkel het eenvoudige feit van «gemeenschap te hebben gehad met de moeder» en dat het samenleven zich over een bepaalde periode uitstrekt, meer bepaald over een periode binnen welke het wettelijk tijdperk van de verwekking begrepen ligt. Dient er onder het begrip van «alle wettelijke middelen» die de afstamming van vaderszijde vaststellen, al dan niet rekening te worden gehouden met het bestaan van het bezit van staat dat het kind kan inroepen, inzonderheid wanneer men er niet in slaagt te bewijzen dat er gemeenschap is geweest met de moeder?

Het vermoeden van vaderschap verbonden aan gemeenschap met de moeder binnen de wettelijke periode van de verwekking, is klaarblijkelijk een vermoeden iuris tantum aangezien het alleen geldt «behalve wanneer er ernstige twijfel over bestaat». Meteen wordt de vraag opgeworpen naar de inhoud van de twijfel en de draagwijdte van het tegenbewijs.

De twijfel heeft betrekking met het vaderschap. Ter zake is de Franse tekst duidelijker: «sauf s'il existe des doutes sérieux sur la paternité».

In werkelijkheid blijkt het er hierop neer te komen dat de gemeenschap met de moeder tijdens het wettelijk tijdperk van de verwekking wel bewezen is, doch dat niet vaststaat dat deze gemeenschap aanleiding heeft gegeven tot de geboorte van het kind voor wie het onderzoek naar het vaderschap is ingesteld.

Ten slotte komt het al dan niet tenietdoen van het vermoeden neer op de bewijskracht die men aan het tegenbewijs hechten kan. Op die manier valt men terug op de vraag of een eenmalige gemeenschap tot het vermoeden kan doen besluiten en of het bewijs van de exceptio plurium volstaat om het vermoeden teniet te doen?

71. Het resultaat van de bewijsvoering en het tegenbewijs is bovendien nog van belang om een andere reden zoals blijkt uit artikel 325, § 2, van het ontwerp. Dit artikel luidt als volgt: «Behalve indien is komen vast te staan dat de verweerder niet de vader is, kan de rechter, op een zelfs bij conclusie ingestelde vordering, aan het kind een uitkering voor zijn onderhoud en zijn opvoeding toekennen in de voorwaarden bepaald in de artikelen 336 en volgende, met uitzondering van artikel 341, a».

Wanneer uit de bewijsvoering blijkt dat er wel gemeenschap met de moeder heeft plaatsgehad tijdens het wettelijk tijdperk van de verwekking doch dat er geen zekerheid bestaat dat deze gemeenschap aanleiding heeft gegeven tot de geboorte van het kind, kan deze uitkering worden toegekend. De vordering tot uitkering moet evenwel worden verworpen wanneer uit de bewijsvoering is komen vast te staan dat de verweerder niet de vader is.

Op het terrein van de uitkering van onderhoud, zonder aanwijzing van afstamming, zijn eveneens enkele innovaties ingevoerd.

Uitgegaan werd van de idee van de aansprakelijkheid van de verweerder, wegens zijn gemeenschap met de moeder tijdens de wettelijke verwekkingsperiode en met de waarschijnlijke verwantschap tussen verweerder en kind. De vordering tot terugbetaling van de kraamkosten en onderhoudskosten voor de eerste vier weken na de bevalling werd niet gehandhaafd, doch de moeder behoudt nog het recht, op grond van artikel 1382 B.W. vergoeding te vragen van de morele en materiële schade die zij ten gevolge van haar moederschap zou hebben geleden (blz. 18). Als belangrijkste innovaties worden vermeld: het verdwijnen van de bewijsrestricties, de rol van de sociale status van de schuldenaar, het weglaten van de exceptio plurium en het feit dat verschillende mannen gezamenlijk tot onderhoud kunnen worden veroordeeld.

In verband met de uitkering tot onderhoud wordt aan de rechter slechts een facultatief toekenningsrecht gegeven. Daar hierbij geen enkel criterium wordt aangeduid, is het evident dat dit uitsluitend zal afhangen van de waarde die aan bewijs en tegenbewijs wordt gehecht.

Gevolgen van de afstamming

72. Het ontwerp wijdt twee artikelen aan de gevolgen van de afstamming.

Artikel 334 vestigt een alomvattend principe terwijl artikel 335 een oplossing voorschrijft voor het meer specifiek probleem van de naam van het kind.

In één enkele tekst trekt artikel 334 de gelijkheid consequent door: «Ongeacht de wijze waarop de afstamming is vastgesteld hebben kinderen en hun afstammelingen dezelfde rechten en dezelfde verplichtingen ten opzichte van de ouders en hun bloed- en aanverwanten en hebben ouders en hun bloed- en aanverwanten dezelfde rechten en dezelfde verplichtingen ten opzichte van de kinderen en hun afstammelingen.»

Deze bepaling is een logisch gevolg van de opties door het ontwerp voorgesteld met betrekking tot de afstammingsregeling.

De rechten en de verplichtingen tussen ouders en kinderen zijn bijgevolg dezelfde ongeacht of de afstamming is vastgesteld volgens de regel «mater semper certa est», het vermoeden van afstamming van vaderszijde, de erkenning of door middel van gerechtelijke tussenkomst.

In de meer specifieke regeling inzake de naam van het kind wordt een driedubbel onderscheid gemaakt.

Wanneer de afstamming van vaderszijde en van moederszijde tegelijkertijd is vastgesteld, draagt het kind de naam van de vader. Staat alleen de afstamming van moederszijde vast, dan draagt het kind de naam van de moeder. Het kind behoudt de naam van de moeder wanneer de afstamming van vaderszijde komt vast te staan na de afstamming van moederszijde.

Aan deze laatste hypothese kan evenwel een belangrijke correctie worden aangebracht.

De ouders samen, of één van hen indien de andere

overleden is, kunnen in een door de ambtenaar van de burgerlijke stand opgemaakte akte verklaren dat het kind de naam van zijn vader zal dragen. Die verklaring moet worden gedaan binnen een jaar te rekenen van de dag waarop de personen die de verklaring doen, de vaststelling van de afstamming hebben vernomen en vóór de meerderjarigheid of de ontvoogding van het kind. Van de verklaring wordt melding gemaakt op de kant van de akte van geboorte en van de andere akten betreffende het kind.

Het principiële behoud van de naam van de moeder werd geïnspireerd door de overweging dat een wijziging van de naam van het kind wiens afstamming van vaderszijde na die van moederszijde wordt vastgesteld, niet altijd zijn belangen dient (blz. 18 van de memorie van toelichting). Dit verklaart dan ook dat het akkoord van beide ouders wordt vereist en één enkele slechts kan optreden wanneer de andere is overleden.

Wel moet hieraan worden toegevoegd dat een van de ouders of het meerderjarig geworden of ontvoogde kind zelf nog steeds gebruik kan maken van de wet van 11-21 germinal jaar XI, betreffende de voornamen en de verandering van de naam.

73. Tot slot zij de aandacht gevestigd op de wijzigingen die worden voorgesteld aan titel I van boek III B.W., betreffende de erfenissen. Het is immers de bedoeling de nagestreefde gelijkheid eveneens op dit gebied door te trekken, nl. aan de buiten het huwelijk geboren kinderen dezelfde erfrechten toe te kennen als die welke de in het huwelijk geboren kinderen thans bezitten.

Deze gelijkstelling komt inzonderheid tot uiting in de voorgestelde wijzigingen aan de artikelen 723, 724 B.W. en 745 B.W.

G. TRAEST

BEDENKINGEN OVER ENKELE MISDRIJVEN TEGEN DE ORDE DER FAMILIE

Wat komt het strafrecht doen in een congres rond het thema «Gezin en recht»?

Filosofen, sociologen en psychologen hebben zich gebogen over de omvorming en zelfs de desintegratie van de familie onder invloed van nieuwe levensopvattingen. De groeiende idee van gelijkheid, de strijd tegen bepaalde vormen van dwang, de eerbiediging van een ieders persoonlijkheid hebben het einde van de breed vertakte familiestructuur ingeluid. De opvatting van een permissieve maatschappij doet zich vooral voelen op het vlak van levensverhoudingen die vroeger gekenmerkt werden door de verticale gebondenheid van de familieleden en de primauteit van de man.

Tegenover die evolutie staat het strafrecht, gekenmerkt door twee begrippen: normen en sancties. Het bestaan van strafrechtelijke normen houdt verband met het belang van de te beschutten waarden. Er wordt tevens gewezen op het publiekrechtelijk karakter van het strafrecht. Aldus rijst de vraag of de overheid zich mag inlaten met toestanden die hoofdzakelijk een privé karakter vertonen. Naast de norm staat de sanctie. Deze betekent een bewuste toevoeging van leed t.o.v. degenen die een inbreuk op de strafrechtelijke normen plegen. Zodoende ontstaat de bemerking of de strafrechtelijke tussenkomst m.b.t. de naleving van familiale verplichtingen niet meer nadelen dan voordelen biedt. Wordt een harmonisch familiaal leven gebouwd op strafbaarstellingen en strafrechtelijke sancties?

Het lijkt nochtans niet zonder enig belang het strafrecht bij het thema «Gezin en recht» te betrekken, omdat het strafrecht het handhavingsinstrument van de maatschappelijke normatiek is. Wanneer de strafwet verandert, dan is de evolutie in de samenleving voorgoed bevestigd. Daaruit vloeit voort dat de strafwet vaak achteruit loopt op de grondige mutaties van de gemeenschap. De strafwet heeft niet noodzakelijkerwijze rekening te houden met alle tijdelijke en oppervlakkige slingerbewegingen die zich in de maatschappij voordoen. Doch ze mag evenmin een vesting worden, waartegen de storm woedt op gevaar af dat de overheid belachelijk wordt door strafrechtelijke normen en sancties in stand te houden¹.

De vraag naar de daadwerkelijke toepassing van de strafrechtelijke normen en sancties m.b.t. het gezin zou ook kunnen rijzen naast het probleem van hun bestaan. De wijze waarop misdrijven in de praktijk opgespoord, vervolgd en gestraft worden is ongetwijfeld van groot nut voor de keuze en de hiërarchie van de incriminaties, doch wordt als zodanig hier slechts terloops aangestipt.

Voorals zullen de problemen van decriminalisering en depenalisering behandeld worden van een reeks misdrijven die thans gerangschikt worden in titel VII van het

boek II van het Strafwetboek: «Misdaden en wanbedrijven tegen de orde der familie en tegen de openbare zedelijkheid», met name de verlating van kinderen, het dwarsbomen van de maatregelen van bewaring van minderjarigen, het overspel, het dubbel huwelijk en de verlating van familie. Tevens zullen enkele misdrijven die bestaan of bestonden in vreemde wetgevingen aan bod komen: de kunstmatige bevruchting, de bloedschande en de verspilling van familiegoederen.

De wetgever van 1867 legde het verband tussen de misdaden tegen de orde der familie en tegen de openbare zedelijkheid: «Les attentats à la pudeur, la corruption de la jeunesse, les outrages aux mœurs et autres infractions contre la moralité publique portent en même temps une atteinte grave aux droits et intérêts les plus sacrés de la famille qui est le fondement de la société»². Dit verband betreft vooral de rond de zedenmisdrijven te voeren criminele politiek. Aangestipt moet worden dat deze relatie thans algemeen wordt verworpen. Bij de afkondiging van het Strafwetboek was dit verband nog te verdedigen, omdat de toen bestaande misdrijven tegen de orde der familie ook de seksuele sfeer betroffen. Doch die relatie heeft meer en meer aan belang ingeboet door de invoering van nieuwe misdrijven m.b.t. familiale verplichtingen, zoals verlating van familie en van kinderen³.

De vraag rijst welke strafrechtelijke inhoud thans moet worden gegeven aan dit begrip «orde der familie», waarop een gave maatschappij stevig geworteld moest zijn volgens de heersende zienswijze uit de XIXe eeuw.

Overspel

De echtgenoten zijn elkaar getrouwheid verschuldigd (artikel 212 B.W.)⁴.

De plicht tot getrouwheid is voor de man dezelfde als voor de vrouw. De sancties verschillen niet meer sedert de wet van 28 oktober 1974, die de artikelen 387, 388 en 389 van het Strafwetboek heeft gewijzigd en de discriminatie tussen de echtgenoten wat betreft de omschrijving van het misdrijf en de strafmaat heeft opgeheven.

De vraag rijst of de wetgever in 1974 niet beter had gedaan de bestraffing van het overspel eenvoudiger op te heffen. Het Strafwetboek van 1791 en de wet van 3 brumaire jaar IV hadden het overspel niet strafbaar gesteld⁵.

² Verslag van J.J. HAUS en J.S.G. NIPELS, *Législation criminelle de Belgique*, III, blz. 7.

³ J. CONSTANT, *La protection pénale de la famille en droit belge*, preadvies voor het VIIe Internationaal congres van rechtsvergelijking te Uppsala van 6 tot 13 augustus 1966, blz. 481-509.

⁴ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3e uitg., 1962, I, nr. 703, blz. 837-838; R. DEKKERS, *Handboek burgerlijk recht*, 2e uitg., 1972, I, nr. 242; W. DELVA, *Personen- en familierecht*, II, A, blz. 103-104.

⁵ C. HAJDYANNAKIS, *Les tendances contemporaines de la répression de l'adultère*, blz. 19.

¹ G. LEVASSEUR, «Les transformations du droit pénal concernant la vie familiale», in *Réformes du droit de la famille*, Archives de philosophie du droit, XX, 1975, blz. 57-70.

De Luxemburgse wet van 11 november 1974 heeft de strafbaarstelling van overspel opgeheven.

Vijf argumenten werden hierbij aangehaald⁶:

1) «Le mariage ne doit pas entraîner une mise en esclavage et (...) ne saurait enlever aux époux le droit fondamental de disposer librement de leurs corps. La violation de la foi conjugale, comme toute autre violation contractuelle, ne saurait avoir que des sanctions civiles (...). Le respect des droits fondamentaux de l'homme, qui comprennent le droit à son intimité et le droit de disposer de son corps, doit condamner toute immixtion de la justice pénale dans sa vie privée.»

Deze redenering kan bezwaarlijk volledig gevolgd worden. Het huwelijk legt een plicht tot getrouwheid op. De echtgenoten beschikken niet meer vrij over hun lichaam. Doch de vraag blijft of die plicht strafrechtelijk moet worden bestraft.

2) «La répression de l'adultère ne constitue qu'une manifestation de la vengeance privée à laquelle l'Etat ne fait que prêter son bras.»

Dit argument is meer overtuigend.

Weliswaar wordt ertegen aangevoerd dat overspel niet enkel een sanctie van plichten uit het burgerlijk recht is, doch vooral gekenmerkt is door de belediging die de handeling inhoudt⁷ en dat aanrandingen van de eer misdrijven opleveren.

Doch voor de strafbaarheid van de dader van overspel wordt niet vereist dat de echtbreuk beledigend is voor de klager⁸. Het wangedrag van de klachtindienende echtgenoot heeft in de regel geen invloed op de ontvankelijkheid van de klacht⁹. Zelfs wanneer de rechter, gezien de omstandigheden, het overspel niet als beledigend beschouwt, kan hij oordelen dat, door het moreel belang van iedere echtgenoot bij de plicht tot getrouwheid, het wanbedrijf een zeker en actueel nadeel heeft berokkend¹⁰.

3) «La répression de l'adultère essentiellement destinée à maintenir la cohésion des familles et à éviter le dérèglement des mœurs est, en tout cas actuellement, largement détournée de son but. En dehors des cas où la poursuite est déclenchée dans l'intention de chicaner un conjoint qui a cessé toute vie commune et d'assouvir la rancune d'un conjoint délaissé, elle est essentiellement mise en oeuvre à l'occasion d'une procédure en divorce ou en séparation de corps pour se ménager une preuve facile.»

Dit argument is steekhoudend.

Op 10 maart 1951 besprak de Belgisch-Luxemburgse Unie voor Strafrecht een opmerkelijk verslag van advocaat Jean Van Parijs, «Convient-il de maintenir les

sanctions du délit d'adultère et d'entretien de concubine dans notre droit pénal?»¹¹. De vergadering volgde de besluiten van de preadviseur niet, die de afschaffing van de strafbaarstelling voorstelde. Morele gronden werden hiertegen aangevoerd. De opheffing van het misdrijf werd van de hand gewezen om de familiale cel te verdedigen.

Tijdens de voorbereidende besprekingen van de wet van 28 oktober 1974 daarentegen werden niet zozeer morele gronden aangevoerd, maar werd vooral gewezen op het praktisch belang van het behoud van de strafbaarstelling met het oog op het bewijs van het overspel in een echtscheidingsgeding¹².

De klacht wegens overspel wordt meestal gebruikt om langs penale weg een titel voor de echtscheiding te verkrijgen. Nog erger wordt het wanneer de klacht ingetrokken wordt en de publieke vordering aldus vervalt. Het proces-verbaal van de strafrechtelijke vaststelling op heterdaad wordt dan alleen maar aangewend voor de burgerlijke rechtbank.

Deze toestand steekt schril af tegen de tendens om strafprocedures te vermijden, die niet het algemeen, maar louter individueel belang nastreven.

Het bewijs van overspel dienstig voor een echtscheidingsprocedure zou bv. via een vaststelling door gerechtsdeurwaarder kunnen worden verkregen, zonder het strafrecht daarbij te betrekken.

4) «La sanction pénale n'est pas une mesure pouvant ramener la cohésion du ménage. Au contraire, elle doit nécessairement consommer la détérioration complète de la situation et rendre impossible toute velléité de réconciliation.»

De stelling dat de instandhouding van het huwelijk door het Belgische systeem van de bestraffing vóór de ontbinding van het huwelijk zou worden bevorderd is erg betwistbaar. Volgens de oorspronkelijke opvatting van de Code Napoléon werd het overspel eerst na de ontbinding van het huwelijk bestraft. In Nederland (artikel 241) en in West-Duitsland (artikel 172) golden dezelfde regels tot de opheffing van de strafbaarstelling bij de respectieve wetten van 6 mei 1971 en 4 juli 1969. Door het vereiste van de voorafgaande ontbinding van het huwelijk behoudt het strafvonnis zijn karakter van bestraffing van de overtreding van de huwelijks trouw, terwijl het privé aspect van de inbreuk door de echtscheiding beteugeld wordt¹³.

Doch zelfs na verandering van het huidig stelsel blijft de vraag of de strafbaarstelling het aantal gevallen van overspel wel doet verminderen en de samenhang in het gezin bevordert.

5) «Quelque regrettable que soit l'adultère sur le plan moral, il n'attente pas aux impératifs de la vie en communauté. L'Etat ne saurait mettre son appareil répressif au service d'une certaine conception morale.»

Weinigen zullen nog de vroegere rechtspraak onderschrijven die oordeelde dat overspel tot doel heeft de heiligheid van het huwelijk te waarborgen¹⁴.

De vraag moet geformuleerd worden of een gedraging als misdrijf mag worden beschouwd wanneer zij, bepaald

⁶ Doc. parl., Chambre des Députés, 1973-74, nr. 1809, blz. 1-3.

⁷ J. SPREUTELS, «Les récentes modifications législatives en matière d'adultère en Belgique et au Grand-Duché de Luxembourg», *R.Dr.Pén.*, 1974-75, 793-803.

⁸ L. DE WILDE, *Overspel en onderhoud van bijzit*, A.P.R., nr. 104.

⁹ M. RIGAUX en P.E. TROUSSE, *Les crimes et les délits du code pénal*, V, blz. 472, J.M. POUPART, «Crimes et délits contre l'ordre des familles et contre la moralité publique», in *Les Nouvelles, Droit pénal*, III, nr. 6468; Cass., 25 november 1975, *Pas.*, 1976, I, 385, R.W., 1975-76, 2170.

¹⁰ Cass., 8 december 1958, *Pas.*, 1959, I, 354, *Arr. Cass.*, 1958, 302.

¹¹ *R.Dr.Pén.*, 1950-51, 505-512.

¹² *Parl. St., Senaat*, 1974, nr. 241/2, verslag van de h. LEPAFFE, blz. 3, 6 en 7.

¹³ L. DE WILDE, *op. cit.*, A.P.R., nr. 117.

¹⁴ *Corr. Brussel*, 12 juni 1953, *R.Dr.Pén.*, 1953-54, 69.

door een morele visie, voor een deel van de bevolking niet meer het kenmerk van een misdrijf vertoont.

Reeds op het XIe internationaal congres voor strafrecht te Den Haag in 1964 werd een motie aangenomen om het overspel niet meer strafbaar te stellen¹⁵.

Vóór de wetwijziging van 28 oktober 1974 werden wetsvoorstellen in dezelfde zin ingediend¹⁶. Tijdens de bespreking van de nieuwe wet werd ook gesteld dat de echtscheiding of andere burgerlijke sancties voldoende zijn zonder dat vereist is de parketten en de correctionele rechtbanken met een misdrijf te blijven belasten¹⁷. Met uitzondering van P.E. Trousse, die de huidige bestraffing wenst te doen handhaven om zedenverwildering te vermijden¹⁸, hebben de meeste auteurs gepleit voor de afschaffing van de strafbaarstelling van overspel¹⁹.

Benevens de Westduitse wet van 4 juli 1969 en de Nederlandse wet van 6 mei 1971, heeft ook de Franse wet van 11 juli 1975 de strafbepalingen inzake overspel (oude artikelen 336-339 Fr. Sw.) opgeheven. De commissie van experts belast met de herziening van de misdrijven tegen het leven en de fysieke integriteit, tegen de zeden en de familie uit het Zwitsers Strafwetboek stelde ook de schrapping van de strafbaarstelling van overspel voor²⁰. Daarentegen behoudt het recent Strafwetboek van Oostenrijk de strafbaarheid van overspel onder omschrijving van verschillende gronden van niet-ontvankelijkheid van de klacht van de benadeelde echtgenoot (artikel 194).

Dubbel huwelijk

Men mag geen tweede huwelijk aangaan vóór de ontbinding van het eerste (artikel 147 B.W.).

De meeste moderne strafwetboeken (artikel 171 Strafgesetzbuch en artikel 192 Oostenrijks Strafwetboek) stellen strafbaar de partijen bij een huwelijk waardoor een harer, degene die reeds gehuwd was, een dubbel huwelijk aangaat. De voorontwerpen tot herziening van het Franse²¹ en het Zwitsers Strafwetboek²² stellen het behoud van de incriminatie voor omdat het dubbel huwelijk een

grondbeginsel van het familierecht aantast: het monogame huwelijk.

De rechtsleer is voorstander van de handhaving van de strafbaarstelling²³.

Bigamie brengt de volstreekte nietigheid van het huwelijk mee, die steeds kan worden aangevraagd. Het gaat om een volkomen afdoend beletsel. De burgerlijke sanctie wordt echter onvoldoende geacht omdat de schending van de stabiliteit van de familie en van de eerbied verschuldigd aan de echtelijke trouw aanleiding geeft in zulk een geval tot wanorde en verwarring²⁴.

De Franse penalist Georges Levasseur pleit daarentegen voor de decriminalisering van het dubbel huwelijk: «Il faut être bien pervers et bien habile pour devenir bigame alors qu'il est si facile de divorcer et que le fonctionnement normal de l'état civil a toutes les chances de révéler votre précédente union avant que vous n'en contractiez une nouvelle. Voilà donc un bel exemple de décriminalisation à opérer sans inconvénient; (...) le mariage du bigame sera nul de toute façon, et personne ne s'en portera plus mal»²⁵.

De vraag rijst waarom de inbreuk op de regel van artikel 147 B.W. een misdrijf, ja zelfs een misdaad is, terwijl andere huwelijksbeletfels, die eveneens volkomen afdoend zijn tot nietigverklaring van het huwelijk, niet strafrechtelijk gestraft worden²⁶.

De betwistingen omtrent het vereiste zedelijk bestanddeel, met name het bewustzijn van het voortbestaan van de banden van het eerste huwelijk, bewustzijn dat de dader noodzakelijk heeft zolang het eerste huwelijk niet wettig ontbonden werd, brengen de noodzaak van de strafbepaling in twijfel²⁷.

Het lijkt enigszins tegenstrijdig te stellen dat het doel van de strafwet is, boven de privé-belangen, het openbaar schandaal voortvloeiende uit de schending van de orde der familie te bestraffen, terwijl het dubbel huwelijk een ogenblikkelijk misdrijf is. Aldus is hij die een dubbel huwelijk aangaat in een toestand van onoverwinnelijke dwaling niet strafbaar, al blijft hij samenwonen met zijn tweede partner, nadat hij ontdekt heeft dat het eerste huwelijk niet

¹⁵ *Rev.sc.crim.*, 1965, 195-197, *Rev. int. dr. pén.*, 1964, 1127-1128.

¹⁶ *Parl. St., Senaat*, 1968-69, nr. 178, voorstel van de hr. BASCOUR.

¹⁷ *Parl. Hand., Senaat*, B.Z. 1974, zitting van 17 oktober 1974, blz. 82.

¹⁸ P.E. TROUSSE, «Les sanctions pénales du droit de la famille», in *Famille, droit et changement social dans les sociétés contemporaines*, VIIIe Journées d'études juridiques Jean DABIN, gehouden op 25 en 26 maart 1976, blz. 642 en 643.

¹⁹ J.P. MASSON en F. ALEN, «Lien familial, droit pénal et procédure pénale», *Rev. trim. dr. fam.*, 1979, 142-143; F. RIGAUX, *Les personnes, Relations familiales*, I, 1971, nrs. 791-792; R. SCREVEN, «Les frontières de la répression en matière de mœurs», *R.Dr.Pén.*, 1972-73, 184; J. VAN PARIJS, *loc. cit.*, *R.Dr.Pén.*, 1950-51, 505-512; S.C. VERSELE, «Quelques observations sur la protection pénale de la famille et de la moralité sexuelle», *Tijdschr. Str.*, 1964, 234-237; F. VILAIN, «Vers une dépenalisation de l'adultère?», *R.Dr.Pén.*, 1974-75, 390-401.

²⁰ Rapport explicatif relatif aux avants-projets de la commission d'experts pour la révision du code pénal, blz. 69.

²¹ Commission de révision du code pénal. Avant projet de code pénal. Titres I et II. Partie spéciale. Juillet 1980. Article 1411.

²² Verslag vermeld in voetnoot 20, artikel 215.

²³ P.E. TROUSSE, *op. cit.* in noot 18, blz. 643-644; S.C. VERSELE, *loc. cit.*, *Tijdschr. Str.*, 1964, 237-238.

²⁴ J. M. POUPART, *loc. cit.*, in *Les Nouvelles, Droit pénal*, III, nr. 6522.

²⁵ G. LEVASSEUR, *loc. cit.*, *Archives de philosophie du droit*, XX, 1975, blz. 62.

²⁶ Weliswaar bevatten het Nederlandse (artikel 238) en het Oostenrijks Strafwetboek (artikel 193) bepalingen die strafbaar stellen de ongehuwde die een huwelijk aangaat, opzettelijk voor de wederpartij verzwijgende dat daartegen enig wettig beletsel bestaat, indien op grond van dat beletsel de nietigheid van het huwelijk is uitgesproken. In het Burgerlijk Wetboek (artikelen 68 en 192) dreigen ook straffen wanneer het ongeldig huwelijk niet mag worden vernietigd (artikel 193) en de correctionele rechtbank is bevoegd om deze straffen op te leggen (Cass., 19 februari 1872, *Pas.*, 1872, I, 131). Daarenboven is de ambtenaar van de burgerlijke stand in een reeks gevallen strafbaar (artikelen 264 en 265 Sw.). Doch bij de strafrechtshervorming werd de bepaling van artikel 172 van het Strafgesetzbuch geschrapt en noch het Frans noch het Zwitsers Strafwetboek bevatten een misdrijf van de aard bepaald in Nederland en Oostenrijk.

²⁷ M. RIGAUX en P.E. TROUSSE, *op. cit.*, V, blz. 499-500; J.M. POUPART, *loc. cit.*, in *Les Nouvelles, Droit pénal*, III, nr. 6532.

ontbonden was. De wettelijke bestanddelen moeten op het ogenblik van het huwelijk beoordeeld worden²⁸. Weliswaar staat tegen die persoon het wanbedrijf van overspel vast²⁹. Er is ook geen misdrijf van dubbel huwelijk wanneer twee vreemdelingen een tweede huwelijk in het buitenland aangegaan hebben en ze zich in België vestigen, omdat de samenwoning het misdrijf niet verlenet³⁰.

Tevens rijst de vraag of in een wereld met sterk toegenomen mobiliteit van de bevolkingen, die m.b.t. het huwelijk aan uiteenlopende rechtsstelsels onderworpen zijn, de naleving van het beginsel van het monogame huwelijk blijvend strafrechtelijk afgedwongen moet worden, niettegenstaande dit principe behoort tot de Belgisch internationaal openbare orde.

Kunstmatige bevruchting

Tijdens de werkzaamheden van het XIe Internationaal congres voor strafrecht te Den Haag in 1964 werd het probleem van de kunstmatige bevruchting behandeld. Aangenomen werd dat de strafwet deze handeling niet zou verbieden, behalve wanneer de bevruchting geschiedt zonder toestemming van de vrouw en van haar echtgenoot. De goedkeuring van deze motie werd onmiddellijk in strijd geacht met de besluiten strekkende tot de opheffing van het misdrijf van overspel, aangenomen op hetzelfde congres³¹.

Ook gedurende de besprekingen van de herziening van het Strafwetboek in West-Duitsland werd de opportuniteit van een strafbaarstelling overwogen³². Hierbij werd voorgesteld de heterologe kunstmatige inseminatie strafbaar te stellen wegens de gevaren dat vreemde kinderen in het gezin komen. Ook werd gesteld dat deze praktijk een aanslag op het huwelijk zou vormen. De strafbaarstelling werd echter tenslotte niet ingevoerd.

Thans is naar Belgisch recht de kunstmatige inseminatie geen vorm van overspel omdat geslachtsbetrekkingen vereist zijn als constitutief bestanddeel van dit misdrijf³³. De kunstmatige bevruchting onder dwang op een vrouw toegepast kan evenmin als verkrachting aangemerkt worden, om de goede reden dat ze bezwaarlijk kan worden beschouwd als de handeling die het stoffelijk bestanddeel van de verkrachting uitmaakt, d.i. de normaal voltooide geslachtsbetrekkingen³⁴.

²⁸ M. GARÇON, *Code pénal annoté*, 2e uitg., 1956, art. 340, nr. 42; R. GARRAUD, *Traité de droit pénal français*, V, 1924, nr. 2180 b.

²⁹ Hof Brussel, 10 april 1979, *J.T.*, 1979, 612, met noot J. MESSINE.

³⁰ M. RIGAUX en P.E. TROUSSE, *op. cit.*, V, blz. 496-497.

³¹ *Rev.sc.crim.*, 1965, 196-197, *Rev.int.dr.pén.*, 1964, 1131-1132.

³² G. BLAU, «Les infractions contre la famille et les mœurs en droit allemand», *Rev.int.dr.pén.*, 1964, 433; R. STURM, «Les infractions contre la famille et les mœurs en droit allemand», *Rev.int.dr.pén.*, 1964, 465-466.

³³ L. DE WILDE, *op. cit.*, A.P.R., nr. 52; J.M. POUPART, *loc. cit.*, in *Les Nouvelles, Droit pénal*, III, nr. 6463; M. RIGAUX en P.E. TROUSSE, *op. cit.*, V, blz. 481; TH. COLLIGNON, «Le problème moral, juridique et social de l'insémination artificielle», *J.T.*, 1952, 65.

³⁴ J. DELVA, *Aanranding van de eerbaarheid en verkrachting*, A.P.R., nr. 232.

In de Raad van Europa werd onlangs een ontwerp-aanbeveling betreffende de kunstmatige bevruchting opgesteld. Daarin werd geen enkele bepaling van bijzonder strafrecht ingelast. De nationale wetgever blijft vrij de inbreuken op de regels die hij wenst te doen toepassen strafrechtelijk te bestraffen³⁵.

De vraag is meer en meer twijfelachtig of de strafwetgever op dit gebied moet optreden terwijl in het burgerlijk recht steeds meer de overtuiging veld wint dat het sociale vaderschap geenszins achterstaat bij het biologisch vaderschap. Een man is niet zozeer de vader van een kind omdat hij de genitor is geweest, maar omdat hij het door zijn affectieve en educatieve verzorging aan zich gebonden heeft. Het sociaal ouderschap past meer en meer in ons burgerlijk recht³⁶. De opportuniteit van de tussenkomst van de strafwet is daarom zeer twijfelachtig, vooral wanneer geoordeeld wordt dat overspel niet meer strafrechtelijk moet worden bestraft.

Bloedschande

In ettelijke landen is bloedschande als afzonderlijk misdrijf in het strafwetboek opgenomen.

Sommige wetgevers bestraffen enkel de bloedschande tussen bloedverwanten in opgaande en neerdalende lijn en tussen broers en zusters (artikel 173 Strafbgesetzbuch en 213 Zwisers Strafwetboek). In andere strafstelsels wordt de bloedschande zowel tussen verwanten als tussen aanverwanten bestraft (artikel 211 Oostenrijks Strafwetboek).

Naar Belgisch recht, bedoelt artikel 372, tweede lid, Sw. evenzeer de bescherming van de jeugd tegen de immoraliteit der ouders als de beteugeling van de bloedschendige betrekkingen op zichzelf. Indien de ascendent verrassing, geweld, bedreigingen of list aanwendt om zijn doel te bereiken, is niet langer artikel 372, tweede lid, toepasselijk, wel de artikelen 373 of 375 en 377 Sw³⁷. Doch artikel 372, tweede lid, betreft niet de bestraffing van bloedschande als dusdanig. Anders zou de wetgever de telastlegging niet beperkt hebben tot het geval dat de bloedverwant in neerdalende lijn minderjarig is. Daarenboven zou hij hem niet als slachtoffer beschouwd hebben³⁸.

Wij zijn overigens niet de enige staat van West-Europa die de bloedschande niet afzonderlijk bestraft. Ook het Franse en het Nederlandse Strafwetboek kennen dit delict niet³⁹.

Opgemerkt moet worden dat incest in het Westduitse Strafwetboek opgenomen is bij de strafbare feiten tegen de familie, terwijl het in Oostenrijk gerangschikt is onder de seksuele delicten. De commissie belast met de herziening

³⁵ A.M. DE COOMAN-VAN KAN, «L'insémination artificielle. Recommandation du Conseil de l'Europe et perspectives de réglementation belge», *J.T.*, 1981, 369-381.

³⁶ E. GULDIX, «Artificiële afstamming of het recht in gebreke», *Vl. Tijdschr. Gez.*, 1981, 2-32; LUKACS, «Enkele kanttekeningen bij de ontwerp-aanbeveling van de Raad van Europa betreffende de kunstmatige bevruchting», *Familie en Jeugdrecht*, 1979, 198-200.

³⁷ J. DELVA, *op. cit.*, A.P.R., nrs. 154-155.

³⁸ M. RIGAUX en P.E. TROUSSE, *op. cit.*, d. V, blz. 306.

³⁹ T.J. NOYON en G.E. LANGEMEYER, *Het wetboek van strafrecht*, VIIe druk, bijgewerkt door J. REMMELINK, artikel 225, nr. 3.

van de misdrijven tegen het leven en de fysieke integriteit, tegen de zeden en tegen de familie uit het Zwitsers Strafwetboek stelde de overheveling voor van het misdrijf van de groep delicten tegen de familie naar de seksuele delicten⁴⁰.

Deze verschillen in de wetgevende techniek wijzen op de bijzondere vorm van bloedschande⁴¹. Het principe van de strafbaarstelling doet geen betwistingen rijzen, want men kan moeilijk volhouden dat hier de schadelijkheid ontbreekt⁴². Doch criminologische problemen doen zich voor. Voor het slachtoffer is het zedenmisdrijf door een ouder of grootouder op zijn afstammeling gepleegd soms bijzonder dramatisch. Dergelijke handelingen richten bij de psychisch onvolwassen persoonlijkheid van het kind, dat ten opzichte van de dader in een verhouding van bijzondere verkleefdheid en afhankelijkheid staat, een schade aan die des te minder herstelbaar voorkomt, naarmate het kind jeugdiger en onschuldiger is. Vaak zal het slachtoffer, hoewel reeds diep geschokt door het gebeurde, tot overmaat van ramp uit het gezinsverband worden verwijderd, wanneer de dader zijn straf zal uitboeten, zulks ten einde gelijkaardige vergripen in de toekomst te voorkomen. Hoe heilzaam en sociaal onafwendbaar het middel ook moge zijn, het maakt de toestand van het getraumatiseerd kind bijna hopeloos⁴³.

De strafwet zou dan ook de aanbevelingen van gezaghebbende auteurs m.b.t. de ondervraging van het slachtoffer, het psycho-sociaal onderzoek van het milieu van de dader en het slachtoffer en het arsenaal van de mogelijke sancties voor de dader moeten volgen. Het verdient aanbeveling, naar het voorbeeld van het artikel 213 van het Zwitsers Strafwetboek, een korte termijn van verjaring van de strafvordering te bepalen. Meermaals worden de feiten aan de overheid bekendgemaakt na verloop van enige tijd, terwijl de toestand zich intussen gestabiliseerd heeft. Niet uitzonderlijk gaat dan nog de aangifte uit van bloedverwanten die de feiten gedoogd of zelf ertoe bijgedragen hebben.

Bescherming van de familiegoederen

Het thans opgeheven artikel 170, a, van het Strafgesetzbuch had tot doel het economisch vermogen van het gezin te beschermen. De echtgenoot die met bedrieglijk opzet of met het oogmerk om te schaden, goederen van het gezin vervreemdt, vernielt of verbergt en aldus een nadeel berokkent aan zijn echtgenoot of aan een bloedverwant in neerdalende lijn, die krachtens de wet een recht op onderhoud heeft, was strafbaar. Deze bestraffing werd bij de hervorming van het Westduitse Strafwetboek opgeheven omdat enerzijds het begrip «familiegoederen» moeilijk te omschrijven valt en anderzijds deze feiten onder de lastleggingen van diefstal of misbruik van vertrouwen kunnen vallen⁴⁴.

In het Belgisch recht geldt daarentegen een strafuitsluitende verschoning ten aanzien van bepaalde misdrijven tegen de eigendom, zoals diefstal en misbruik van vertrouwen, wanneer deze misdrijven plaatshebben tussen bepaalde familieleden. Er wordt vooropgesteld dat de maatschappij geen nut heeft bij de vervolging daar precies door deze vervolging en bestraffing de familiale conflicten erger zouden worden. Het is dus een reden van criminele politiek. Daarnaast dient ook voor ogen gehouden te worden dat hier een zekere bescherming van de familiale eenheid beoogd wordt door het verhinderen van een inmening van de overheid. In zekere zin houdt dan ook deze strafuitsluitende verschoning verband met de bescherming van het ancestraal gezag⁴⁵.

Deze argumenten wegen thans niet meer op. Men geeft tegenwoordig toe dat het begrip «familie» niet meer alle elementen van de gemeenschappelijke eigendom van het Romeins recht bevat. Ook ter gelegenheid van vervolgingen van andere misdrijven gepleegd in familieverband, zoals valsheid in geschriften, slagen of bedreigingen, bestaat het gevaar dat familiegeheimen openbaar worden gemaakt. Toch geldt voor dergelijke feiten geen strafuitsluitende grond van verschoning. Voorzeker is het gepast dat de overheid niet optreedt bij pietluttige eigendomsbetwistingen tussen naaste bloedverwanten en echtgenoten, doch de verschoning bepaald in artikel 462 Sw. kan ook ingeroepen worden voor de diefstal met verzwarende omstandigheden, zoals roofmoord, zelfs ten aanzien van verre bloedverwanten. Weliswaar is wanneer die verzwarende omstandigheid op zichzelf een misdrijf uitmaakt, dat afzonderlijk misdrijf strafbaar. Het is enkel de ontvreemding die verschoond wordt. Doch in bepaalde gevallen staat de bestraffing van die misdrijven in totale wanverhouding met de zwaarwichtigheid van het misdrijf en de gevaarlijkheid van de dader. Daarenboven leidt deze toestand soms tot onbillijkheid in vergelijking met de mededader, die geen verschoning geniet, ook omdat de kwalificatie van diefstal met de objectieve verzwarende omstandigheden eraan verbonden voor hem geldt⁴⁶, zelfs als de rechtstreekse en persoonlijke deelneming aan de verzwarende omstandigheid niet is bewezen.

In het voorontwerp van Frans Strafwetboek wordt de thans geldende afdoende grond van verschoning bepaald bij artikel 380 Fr. Sw. behouden tussen echtgenoten, die niet van tafel en bed gescheiden zijn of die gemachtigd zijn afzonderlijk te verblijven. Voorgesteld wordt dat de diefstal gepleegd ten nadele van een bloedverwant in opgaande of neerdalende lijn vervolgd kan worden, zij het dan op klacht van de benadeelde⁴⁷. Het voorgesteld sys-

⁴⁵ H. BEKAERT, *Algemene theorie van de verschoning in het strafrecht*, 1958, nr. 27; J. CONSTANT, *Traité élémentaire de droit pénal*, 1965, I, nr. 525; P.E. TROUSSE, «Principes généraux de droit pénal positif belge», in *Les Nouvelles, Droit pénal*, I, 1, nr. 2932; C.J. VANHOUDT en W. CALEWAERT, *Belgisch strafrecht*, 2e uitg., II, nr. 910.

⁴⁶ J.P. MASSON en F. ALEN, *loc. cit.*, *Rev.trim.dr.fam.*, 1979, 127-129 en 144-146.

⁴⁷ Voorontwerp vermeld in voetnoot 21, blz. 62. Een beperking van de grond van verschoning lijkt in overweging te moeten worden genomen, rekening houdend met de bewijsproblemen van de eigendom tussen echtgenoten en naaste bloedverwanten, vooral m.b.t. roerende goederen. Zie W. JEANDIDIER, «Vol entre époux et parents», *J.Cl.Pén.*, article 380, nr. 4.

⁴⁰ Verslag vermeld in voetnoot 20, blz. 38-41.

⁴¹ S.C. VERSEELE, *loc. cit.*, *Tijdschr. Str.*, 1964, 239-241.

⁴² *Rev. sc. crim.*, 1965, 196, *Rev. int. dr. pen.*, 1964, 1128-1129.

⁴³ A. RACINE, «L'enfant victime d'actes contraires aux mœurs commis sur sa personne par un ascendant», *Rev.dr.pén.*, 1958-59, 635 e.v.

⁴⁴ R. STURM, *loc. cit.*, *Rev.int.dr.pén.*, 1964, 449 en 457.

teem komt overeen met het thans geldend stelsel van het artikel 316 N. Sw. In Nederland is de strafvervolgung uitgesloten wanneer de dader of medeplichtige een niet van tafel en bed of van goederen gescheiden echtgenoot is van hem tegen wie het misdrijf is gepleegd. Wanneer hij zijn van tafel en bed of van goederen gescheiden echtgenoot is of zijn bloed- of aanverwant, hetzij in de rechte linie, hetzij in de tweede graad der zijlinie, heeft de vervolging alleen plaats op een tegen hem gerichte klacht. In West-Duitsland (artikel 247) en Zwitserland (artikelen 137, 140 en 148) geldt thans geen verschoningsgrond. De vermogensdelicten ten nadele van familieleden zijn er klachtmisdrijven. In Oostenrijk geldt ook het klachtvereiste, samen met een strafverminderende verschoningsgrond, die echter niet toepasselijk is bij gewapende diefstal en diefstal met geweld of bedreiging (artikel 166).

Een bres werd reeds geslagen in de niet-bestrafing van misdrijven tegen de eigendom tussen familieleden. Wanneer de vrederechter dringende en voorlopige maatregelen uitgevaardigd heeft betreffende de goederen van de echtgenoten en van de kinderen, is de echtgenoot of hij die in zijn belang roerende goederen ten aanzien waarvan deze maatregel is genomen, vernietigt, beschadigt of wegmaakt, strafbaar (artikel 507, tweede lid, Sw.). Weliswaar lijkt deze bepaling meer op een bestraffing van de niet-naleving van een rechterlijke beslissing⁴⁸ en werd het, zoals artikel 369bis Sw., ontworpen om burgerlijke beslissingen doeltreffend te maken. Artikel 507 Sw. is nochtans weinig verenigbaar met het begrip van gemeenschappelijke eigendom van de familie, waarop artikel 462 Sw. steunt. Onlangs werd voorgesteld de niet-naleving van de maatregelen die de voorzitter, rechtsprekend in kort geding, neemt in het kader van de procedure van echtscheiding, ook onder toepassing van de strafwet te doen vallen⁴⁹.

Het dwarsbomen van de maatregelen over de bewaring van de minderjarige

Artikel 369bis Sw. bestraft de vader of de moeder die het minderjarig kind onttrekken of pogen te onttrekken aan de bewaring van de personen aan wie de rechterlijke overheid het heeft toevertrouwd of die het niet afgeven aan de personen die het recht hebben het op te eisen.

We staan hier voor hetgeen in de Franse rechtsleer «un délit de mépris de la décision de justice» wordt genoemd⁵⁰. Zo worden door artikel 369bis Sw. gewaarborgd de uitvoering van een gerechtelijke of administratieve maatregel genomen uit kracht van de wet betreffende de jeugdbescherming en van een gerechtelijke beslissing die uitspraak doet over de bewaring van een minderjarige. In dergelijke gevallen wordt een beroep gedaan op een straf-

bepaling om burgerlijke beslissingen doeltreffend te maken⁵¹. Het misdrijf bepaald bij artikel 369bis Sw. vertoont dus bepaalde kenmerken van het in artikel 507bis Sw. bedoelde misdrijf.

In Zwitserland kunnen thans de ouders in tegenstelling met het Belgisch recht vervolgd worden wegens ontvoering van minderjarigen. De commissie van experts belast met de herziening van de misdrijven tegen het leven en de fysieke integriteit, tegen de zeden en tegen de familie heeft echter in dit land de schrapping van de incriminatie voor de ouders voorgesteld om te vermijden dat de strafbaarstelling zou worden gebruikt als een strijdmiddel in een echtscheidingsgeding na de beëindiging van het gemeenschappelijk leven. Ook werd voorgesteld te eisen dat de ontvoering een zekere tijd zou duren om te voorkomen dat betwistingen over het bezoekrecht na echtscheiding geregeld worden via een strafprocedure⁵². In Nederland behoort diegene der ouders, die niet het ouderlijk gezag uitoefent en aan wie het kind niet is toegewezen, ook tot de personen die het misdrijf van ontvoering van een minderjarige kunnen plegen. De bepaling van artikel 279 N. Sw. vindt toepassing wanneer een beschikking gedurende een echtscheidingsprocedure de verblijftoewijzing van een kind regelt⁵³. Opmerkelijk is dat deze bepaling gerangschikt is onder de titel van de misdrijven tegen de persoonlijke vrijheid. Heel duidelijk domineert weliswaar dat rechtsgoed bij andere misdrijven van dezelfde titel, zoals bij slavenhandel en vrijheidsberoving. Minder duidelijk echter bij ontvoering, die niet zelden met de instemming van de minderjarige zal plaatsvinden. Ook bij artikel 235 van het Strafgesetzbuch denkt men eerder aan de aantasting van de persoonlijke vrijheid dan aan de orde der familie. De Franse wet van 5 december 1901 stelde vóór de Belgische wet van 15 mei 1912 op de kinderbewaking het dwarsbomen van de maatregelen over de bewaring van een minderjarige door de vader of de moeder strafbaar. Het toepassingsgebied van het artikel 357 Fr. Sw. werd sedertdien meermaals uitgebreid. Onlangs nog werd het aangevuld door de invoering van artikel 356 Fr. Sw. Aldus wordt strafbaar gesteld elke persoon die, na echtscheiding, scheiding van tafel en bed of vernietiging van het huwelijk, zijn woonplaats naar een andere plaats overbrengt, terwijl de bewaring van zijn kinderen hem is toevertrouwd, zonder de wijziging van zijn woonplaats of van de verblijfplaats van de kinderen te betekenen aan de personen die een bezoekrecht kunnen uitoefenen krachtens een vonnis of een door het gerecht bekrachtigde overeenkomst⁵⁴. Het voorontwerp van nieuw strafwetboek wijzigd deze incriminaties niet fundamenteel⁵⁵.

De handhaving van de strafbaarstelling roept gevallen uit de praktijk in herinnering, waarbij kinderen als speelballen in een lugubere strijd tussen hun ouders worden gebruikt. Het uitoefenen van het bezoekrecht geeft soms aanleiding tot optreden van deurwaarders en politie. Dat vervolgingen soms ongepast zijn, blijkt uit de rechtspraak

⁴⁸ *Parl. St., Senaat*, 1956-57, nr. 69, advies van de Raad van State, blz. 44.

⁴⁹ *Parl. St., Senaat*, 1980-81, nr. 721, wetsvoorstel van de hh. EGELMEERS en SEEUWS; Ch. L. CLOSSET en Ch. VERHEYDEN, «La sanction pénale des mesures judiciaires relatives au mobilier des époux», *J.T.*, 1977, 475.

⁵⁰ G. LEVASSEUR, «Chronique de jurisprudence», *Rev. sc.crim.*, 1968, 634 en 857.

⁵¹ M. RIGAUX en P.E. TROUSSE, *op. cit.*, V, blz. 260.

⁵² Verslag vermeld in voetnoot 20, blz. 68 en 69.

⁵³ T.J. NOYON en G.E. LANGEMEYER, *op. cit.*, artikel 279, nr. 3.

⁵⁴ A. VITU, «Enlèvement de mineurs», *J.Cl.Pén.*, artikelen 354-357, nrs. 2, 5, 11, 71 en 72.

⁵⁵ Voorontwerp vermeld in voetnoot 21, blz. 57-58.

die een beroep doet op het belang van het kind om de verdachte aan een veroordeling te doen ontsnappen. De weerstand van de minderjarige maakt op zichzelf echter geen grond van rechtvaardiging uit. De vrije wil van de verdachte moet uitgeschakeld worden of voor hem moet tegenover een ernstig en dreigend gevaar geen andere uitweg openstaan ter beveiliging van de belangen die hij met voorrang boven alle andere, verplicht en gerechtigd was te beveiligen, opdat artikel 71 Sw. van toepassing zou zijn en hij aldus zich niet schuldig zou maken aan overtreding van artikel 369bis Sw.⁵⁶. De recente rechtspraak is weliswaar geneigd deze grond van rechtvaardiging op billijke wijze toe te passen om het belang van het kind te stellen boven een blinde en automatische inachtneming van de maatregel over de bewaring. De strafrechter mag de aangevoerde rechtsgrond niet afwijzen op grond dat ten einde de dwingende aard van het rechterlijk gezag te handhaven, de morele overmacht niet kan worden aangenomen⁵⁷. Niettemin is de rechtspraak gehouden tot bepaalde grenzen⁵⁸.

De vraag rijst of de bestaande problemen te wijten zijn aan de strafbaarstelling. Deurwaarders en politie kunnen er ook bij gesleurd worden wanneer de ene ouder bij de meest onbenullige aantasting van de bevolen maatregel bewijsmiddelen wil doen vergaren bv. om een wijziging of zelfs een afschaffing van het bezoekrecht te verkrijgen. De spanningen en de onrust bij het kind in dergelijke toestanden kunnen het best verholpen worden door het durven doorbreken van onze starre niet-humane vanzelfsprekendheden omtrent gezinsfunctioneren en kinderen⁵⁹.

Op 12 maart 1981 keurde de Kamer een westvoorstel goed, waarbij de minnelijke schikking betreffende de bewaring van het kind getroffen door de echtgenoten in het kader van een echtscheiding door onderlinge toestemming, vanaf de datum van de overschrijving van de echtscheiding, binnen de toepassingsfeer van artikel 369bis Sw. zou vallen⁶⁰. De huidige rechtspraak oordeelt immers dat artikel 369bis Sw. niet van toepassing is wanneer een door onderlinge toestemming uit de echt gescheiden echtgenoot zijn minderjarig kind onttrekt aan de bewaring van zijn gewezen echtgenoot of van de persoon aan wie het is toevertrouwd ingevolge de overeenkomst die de ouders gesloten hebben⁶¹.

Er rijst ook de vraag betreffende afwezigheid van elke strafbepaling, wanneer er geen beslissing omtrent de bewaring van het kind is gewezen. In een dergelijk geval overtreedt de vader of de moeder die zijn minderjarig kind niet afgeeft aan degenen die het recht hebben het op te eisen, artikel 369bis Sw. niet⁶². De bepalingen inzake ont-

voering zijn evenmin van toepassing op dit geval, daar de ouders er niet door bedoeld worden⁶³. De uitbreiding van de bestaande strafbaarstelling tot dit geval zou voorzeker de grond zelf aantasten van artikel 369bis Sw., die bestaat in een «contempt of court»⁶⁴.

Verlating van familie en verlating van kinderen

Met de strafbaarstelling van de verlating van familie heeft de Belgische wetgever slechts een van de vele verplichtingen uit het domein van het familierecht strafrechtelijk willen handhaven. Het misdrijf wordt gekenmerkt door de weigering te voldoen aan een rechterlijk bekrachtigde onderhoudsplicht van financiële aard. De verlating van familie kan naar Belgisch recht getypeerd worden als een geldelijke verlating. Dit misdrijf moet dan ook duidelijk onderscheiden worden van de misdrijven die andere dan louter financiële tekortkomingen aan familiale verplichtingen omschrijven. Zo wordt het onthouden van voedsel of verzorging aan een kind beneden de leeftijd van zestien jaar of aan een persoon die uit hoofde van zijn lichaams- of geestestoestand niet bij machte is om in zijn onderhoud te voorzien, gestraft overeenkomstig de artikelen 401bis en 420bis Sw. Het achterlaten van een kind in een behoeftige toestand of het weigeren zijn kind bij zich te nemen, wordt gestraft overeenkomstig artikel 360bis Sw.⁶⁵. Al kan dit laatste misdrijf eveneens bestaan in een tekortkoming aan een familiale verplichting van geldelijke aard, met name de weigering het onderhoud te betalen van kinderen, blijft er een fundamenteel verschil met het misdrijf van familieverlating: er is geen voorafgaande rechterlijke beslissing vereist en er hoeft zelfs geen eis tot betaling van onderhoudsgeld ingesteld te zijn⁶⁶.

In Nederland is verlating van familie, gekend onder de naam van verlating van hulpbehoevenden, reeds strafbaar in de vorm van materiële verlating, dus zelfs in de gevallen waarin het onderhoudsgeld niet vastgelegd is door een rechterlijke beslissing. Artikel 255 N. Sw. verschaft strafrechtelijke bescherming aan hen die aanspraak kunnen maken op onderhoud, verpleging of verzorging tegen de meest ernstige gevolgen van plichtsverzaking van diegene tegen wie de aanspraak geldend gemaakt kan worden. De aanspraak kan zowel berusten op de wet als op een overeenkomst. Doch het niet-nakomen van een louter zedelijke verplichting is niet strafbaar. Artikel 253 N. Sw. bepaalt de misdrijven van afstaan en overlaten van een kind beneden de leeftijd van twaalf jaren door degene die het onder zijn wettig gezag heeft, mits de dader de wetenschap heeft dat het kind tot of bij het uitoefenen van bedelarij, gevaarlijke kunstverrichtingen of gevaarlijke of ongezonde arbeid zal worden gebruikt. Ten slotte bestraft artikel 258 N. Sw. de vader of de moeder die zijn kind beneden de volle leeftijd van zeven jaren te vondeling legt of met het oogmerk om zich ervan te ontdoen, verlaat.

⁶³ M. RIGAUX en P.E. TROUSSE, *op. cit.*, V, blz. 252-253.

⁶⁴ A. KEBERS, *loc. cit.*, in *Les Nouvelles, Droit pénal*, III, nr. 6094.

⁶⁵ L. DUPONT, *Verlating van familie*, A.P.R., nrs. 2 en 3.

⁶⁶ Cass., 26 november 1974, *Pas.*, 1975, I, 331, *Arr. Cass.*, 1975, 359.

⁵⁶ Cass., 10 mei 1977, *R.W.*, 1978-79, 459 met noot A. WILMANTS.

⁵⁷ Cass., 4 januari 1965, *Pas.*, 1965, I, 431, *R.W.*, 1965-66, 531.

⁵⁸ M. RIGAUX en P.E. TROUSSE, *op. cit.*, V, blz. 266-267; A. KEBERS, «Crimes et délits contre l'ordre des familles et contre la moralité publique», in *Les Nouvelles, Droit pénal*, III, nrs. 6117-6120.

⁵⁹ P. ARTEEL, E. VERHELLEN en J. VERMASSEN «Kinderrechter en echtscheiding. On-recht als hoogste belang van het kind?», *Pan.*, 1980, 45-56.

⁶⁰ *Parl. St., Senaat*, 1980-81, nr. 606/1.

⁶¹ Cass., 9 maart 1970, *Pas.*, 1970, I, 593, *Arr. Cass.*, 1970, 634 met noot A.C., *R.W.*, 1969-70, 1931, met noot J. VANHALEWIJN.

⁶² Cass., 1 oktober 1973, *Pas.*, 1974, I, 98, *Arr. Cass.*, 1974, 109.

In West-Duitsland moet rekening worden gehouden met drie mogelijke telastleggingen. Artikel 170b stelt net als artikel 255 N. Sw. de materiële verlating van familie strafbaar. Dus zelfs in de gevallen waarin de onderhoudsverplichting niet vastgesteld wordt door een vonnis, is de tekortkoming strafbaar wanneer de bestaansmiddelen van de onderhoudsgerechtigde in het gedrang worden gebracht of zouden worden zonder andermans tussenkomst, op voorwaarde dat het gaat om een wettelijke onderhoudsverplichting. Artikel 170d StGb stelt strafbaar degene die grovelijk te kort komt aan een verplichting tot bijstand en opvoeding ten aanzien van een kind beneden de leeftijd van zestien jaar en aldus het kind dat onder zijn bescherming staat blootstelt aan het gevaar dat zijn fysieke of morele ontwikkeling een zwaar nadeel oploopt, dat het een misdadig gedrag zou aannemen of dat het zich aan de prostitutie zou overleveren. Ten slotte voorziet artikel 221 StGb in een ruim verlatingsdelict, dat niet onder de misdrijven tegen de familie, doch onder de misdrijven tegen het leven ressorteert.

Ook in het Franse Strafwetboek werd zoals in de andere landen de strafbaarstelling inzake verlating van familie en van kinderen ingevoerd en uitgebreid. De weigering te voldoen aan een rechterlijk bekrachtigde onderhoudsplicht van financiële aard werd eerst strafbaar gesteld. Het desbetreffende verzuim wordt geacht opzettelijk gepleegd te zijn (artikel 357.2). Doch het begrip verlating van familie is ruimer dan het Belgische. Een strafbaar feit wordt ook gepleegd door de ouder die zonder gewichtige redenen zijn of haar gezin verlaat gedurende meer dan twee maanden, en die zich daardoor onttrekt aan de verplichtingen van morele of materiële aard die uit de ouderlijke macht voortvloeien (artikel 357.1, 1°, Fr. Sw.). Dit heeft tot doel de tekortkoming van de plicht van de echtgenoten tot samenwoning en aan de plichten t.o.v. de kinderen te bestraffen. Artikel 357.1, 2°, bedreigt met straffen de echtgenoot die, wetende dat zijn vrouw zwanger is, haar voor meer dan twee maanden zonder gewichtige reden verlaat. Artikel 357.1, 3°, Fr. Sw. behandelt de morele verlating van kinderen. Het bestraft de gedragingen van de ouders die door slechte behandeling, geregelde dronkenschap, openlijk wangedrag of gemis aan zorgen de gezondheid, de veiligheid of de zedelijkheid van een of meer van hun kinderen in gevaar brengen. Dit artikel laat gemakkelijk een vergelijking toe met artikel 360bis Sw. Ten slotte is ook strafbaar de alimentatieschuldige die niet aan zijn verplichting voldoet terwijl hij nagelaten heeft aan de onderhoudsgerechtigde de wijziging van zijn woonplaats te betekenen⁶⁷. Geen enkele wijziging van deze bepalingen wordt voorgesteld in het voorontwerp tot herziening van het Franse Strafwetboek⁶⁸.

De telasteleggingen in het Oostenrijkse Strafwetboek zijn ruimer. Artikel 197 betreft de verlating van minderjarige, terwijl artikel 198 de schending van de verplichting tot onderhoud strafbaar stelt mits daaruit een gevaar ontstaat of kan ontstaan. Uitdrukkelijk wordt in de wettekst bepaald dat strafbaar is de schuldenaar die zich onthouden

heeft een winstgevend beroep uit te oefenen, waardoor hij zijn onderhoudsplicht zou kunnen nakomen. Er is strafverzwaring naar gelang van de gevolgen van de daad van de onderhoudsgerechtigde. Ten slotte bestraft art. 199 hem die de bij een wet opgelegde verplichting van verzorging, opvoeding of toezicht van een minderjarige op grove wijze verwaarloost.

In het Zwitserse Strafwetboek bestraft artikel 217 de persoon die ten gevolge van kwade wil, luiheid of wangedrag niet voldoet aan zijn onderhoudsverplichting uit het familierecht of zijn geldelijke verplichtingen niet nakomt tegenover de vrouw die hij buiten het huwelijk zwanger heeft gemaakt, of tegenover een kind buiten het huwelijk verwekt. Het gaat om een klachtmisdrijf. In het voorontwerp van de commissie van experts belast met de herziening van deze bepalingen, wordt voorgesteld uitdrukkelijk te bepalen dat ook strafbaar is hij die zich opzettelijk ontdaan heeft van de mogelijkheid tot inkomstenverwerving. Artikel 218 bestraft de verlating van de niet-gehuwde zwangere vrouw. Voornoemd voorontwerp stelt echter in navolging van het nieuwe StraGesetzbuch (zie oud artikel 170) voor deze incriminatie op te heffen, gezien de verbetering van haar statuut in het burgerlijk recht⁶⁹. Ten slotte stelt artikel 219 de ouders strafbaar die hun plicht tot opvoeding van hun kinderen niet nakomen. In het voorontwerp tot herziening van het Zwitserse Strafwetboek werd die bepaling uitgebreid tot alle personen die tegenover een minderjarige een verplichting tot bijstand of opvoeding hebben. Het niet-voldoen aan deze verplichting is ook strafbaar gesteld in geval van nalatigheid. Er wordt echter vereist dat de minderjarige een lichamelijk of psychisch gevaar oploopt. Het preventief doel van die strafbepaling wordt verduidelijkt door de verplichting van de gerechtelijke autoriteiten de bevoegde diensten voor bijstand en bescherming van de jeugd in te lichten en door de ontheffing van het beroepsgeheim in geval van mededeling van tekortkomingen aan de verplichtingen van bijstand of opvoeding aan voornoemde diensten⁷⁰.

Het strafbaar stellen van verlating van familie en van verlating van kinderen doet talrijke problemen rijzen.

Het vraagpunt van de omschrijving van de strafrechtelijke beschermde onderhoudsgerechtigden wordt hier buiten beschouwing gelaten.

In talrijke gevallen beperken zich de strafbaarstellingen tot het zich onttrekken aan een civielrechtelijke plicht. De wetgever is met het misdrijf van verlating van familie van oordeel geweest dat burgerlijke sancties niet langer volstonden om de op het gezinsrecht gegronde onderhoudsverplichtingen te doen naleven⁷¹. Is het strafrechtelijk sanctioneren van een burgerlijke verplichting geen achteruitgang in een periode waarin de lijfdwang afgeschaft werd? Het valt duidelijk op dat de wetgever recent de niet-naleving van andere burgerlijke verplichtingen als misdrijf in het Strafwetboek heeft opgenomen (artikelen 490bis, 508bis en 508ter). Is het niet logisch na de voorgestelde opheffing van overspel, die een andere burgerlijke verplichting — de getrouwheidsplicht tussen echtgenoten

⁶⁷ R. LINDON, «La nouvelle législation sur le divorce et le recouvrement public des pensions alimentaires. Analyse et commentaire», *J.Cl.P.*, 1975, I, nr. 2728, nrs. 299-304.

⁶⁸ Voorontwerp vermeld in voetnoot 21, blz. 55.

⁶⁹ Verslag vermeld in voetnoot 20, blz. 65-66 en 70.

⁷⁰ Verslag vermeld in voetnoot 20, blz. 66-68.

⁷¹ M. RIGAUX en P.E. TROUSSE, *op.cit.*, V, blz. 515.

— sanctioneert, ook de afschaffing van deze geïncrimineerde feiten te verdedigen? Door de strafrechtelijke sanctionering van een burgerlijke verbintenis als de onderhoudsplicht, was het doel van de wetgever niet zozeer de wanbetaling van een burgerlijke schuld te straffen. De onderhoudsverplichting is voor de wetgever slechts het corollarium en het geldelijk aspect van zware morele verplichtingen, waarvan de opzettelijke miskenning een voldoende wanorde teweegbrengt om penale sancties uit te lokken⁷².

M.b.t. verlating van familie heeft men opgemerkt dat een strafrechtelijke tussenkomst dikwijls noch bevredigend noch doelmatig werkt. De gevangenisstraf berooft de veroordeelde van zijn werk en inkomen en de geldboete maakt de toekomstige uitvoering van de onderhoudsplicht voor bepaalde veroordeelden nog moeilijker⁷³. M.b.t. verlating van kinderen wijst men erop dat het werkelijk slachtoffer het kind wordt, dat de nadelige gevolgen van de strafrechtelijke interventie het meest ervaart, en dat de desintegratie van de familie nog zal toenemen⁷⁴. De bekommernis om het lot van de onderhoudsgerechtigde bij verlating van familie heeft er vele rechtbanken toe aangezet de aanhangig gemaakte zaak niet op een enkele zitting te behandelen, maar ze diverse malen uit te stellen om de schuldenaar de kans te geven (of hem te dwingen) om alsnog het verschuldigde te betalen. Dit procédé, dat ook toegepast wordt door de parketten, heeft zijn waarde bewezen⁷⁵. Ook inzake verlating van kinderen bestaat er geen twijfel over het afschrikwekkend karakter van de bestraffing, dank zij het seponeringsrecht van het openbaar ministerie, dat voorwaarden kan stellen om van vervolgingen af te zien, en dank zij de steeds breder wordende waaier van sancties die de strafrechter kan uitspreken⁷⁶.

Ten slotte pleit in het voordeel van het behoud van de telastleggingen dat vele problemen m.b.t. het gedrag van jeugdigen verband houden met tekortkomingen aan familiale verplichtingen, die o.m. bij de artikelen 360bis en 391bis Sw. worden bestraft⁷⁷. Deze strafbaarstellingen steunen dus tegelijk op de gezinsbelangen en op het belang van de gemeenschap bij een passende naleving van de familiale plichten.

Bij het doorbreken van de vraag of aan de strafrechtelijke aanpak niet meer nadelen dan voordelen verbonden

zijn, is de vraag naar andere oplossingen bijzonder zinvol. Er werden wetsvoorstellen betreffende de rechtstreekse betaling van de uitkering tot levensonderhoud⁷⁸ en de oprichting van een rijksbureau voor alimentatievergoedingen⁷⁹ ingediend. Hoewel in de toelichting van deze parlementaire initiatieven de nadruk wordt gelegd op de negatieve aspecten van de strafwet, is het opmerkelijk dat ze de schrapping van artikel 391bis Sw. niet inhouden. Het tweede voornoemd wetsvoorstel voorziet zelfs in een uitbreiding van de toepassing van de artikelen 391bis en 391ter Sw. op degene die meer dan twee maanden nagelaten heeft zijn verplichtingen tegenover het rijksbureau na te komen. Aldus wordt de verlating van familie werkelijk een gevangenzetting voor schulden in de mate dat het alleen gaat om de goede werking van een rijksdienst te waarborgen, die het bedrag van de uitbetaalde alimentatie verhaalt op de onderhoudsplichtige. De gedetailleerde studie van deze wetsvoorstellen is voorzeker interessant, doch valt buiten het onderwerp van dit preadvies⁸⁰. Die voorstellen doen de vraag rijzen of met een niet-penale maatregel niet een strafrechtelijke duivel door zeven maatregelrechtelijke duivels vervangen wordt⁸¹.

Het XIe Internationaal congres voor strafrecht te Den Haag in 1964 nam bij gebrek aan tijd geen beslissing inzake het strafbaar houden van de verlating van familie en van kinderen⁸².

Wanneer het principe van het behoud van de strafbaarstelling is aangenomen, rijst de vraag welke burgerlijke verplichtingen gesanctioneerd moeten worden. Artikel 360bis Sw. heeft tot doel door strafsancities de naleving van de plichten van de ouders tegenover hun kinderen te verstevigen⁸³. De omvang van de verplichtingen van de ouders (artikel 203 B.W.) is meer uitgebreid dan de gemeenrechtelijke alimentatieplicht⁸⁴. M.b.t. artikel 391bis Sw. heeft het overzicht van enkele buitenlandse wetgevingen aangetoond dat het strafrecht soms ingrijpt zelfs in gevallen waarin de alimentatieplicht niet door een gerechtelijke beslissing is vastgesteld, maar voortvloeit uit de wet of zelfs uit een contract. Naast de geldelijke verlating bestaat aldus het ruimer begrip van de materiële verlating. Verder reikt nog de morele verlating, die zeer moeilijk verenigbaar is met het legaliteitsbeginsel. J.M. Michiels stelde voor de thans bestaande geldelijke verlating van artikel 391bis Sw. uit te breiden tot een materiële verlating tegenover echtgenoten en naaste bloedverwanten en de geldelijke verlating te handhaven tegenover meer verwijderde verwanten⁸⁵.

⁷² L. DUPONT, *Verlating van familie*, A.P.R., nr. 6; A. KEBERS, *loc. cit.*, in *Les Nouvelles, Droit pénal*, III, nr. 6600; J. LECLERCQ, «Variations sur le thème pénalisation-dépénalisation», *R.Dr.Pén.*, 1978, 807-860, i.h.b. 817; J.M. MICHIELS, *De verlating van familie in het Belgisch en Frans recht*, blz. 28-30; R. STURM, *loc. cit.*, *Rev.int.dr.pén.*, 1964, 445-473, i.h.b. 462.

⁷³ A. BERISTAIN, «Protection pénale de la famille», *R.Dr.Pén.*, 1966-67, 755-778; R. DECLERCQ, «L'abandon de famille en droit pénal belge», *R.Dr.Pén.*, 1953-54, 536-568, i.h.b. 563-567.

⁷⁴ W. CALEWAERT, «Zoeklichten op het strafrecht» in *Opstellen aangeboden aan prof. mr. ridder R. Victor*, I, blz. 77-83, i.h.b., 81; R. GAILLY, «De la protection de l'enfant abandonné en droit pénal», *R.Dr.Pén.*, 1956-57, 550-558, i.h.b. 553.

⁷⁵ L. DUPONT, *op.cit.*, A.P.R., nrs. 7 en 8; J.P. MASSON en F. ALEN, *loc. cit.*, *Rev.trim.dr.fam.*, 1979, 113-154; P.E. TROUSSE, *loc. cit.*, in voetnoot 18, blz. 651-652.

⁷⁶ A. KEBERS, *loc. cit.*, in *Les Nouvelles, Droit pénal*, III, nr. 5943.

⁷⁷ J.M. MICHIELS, *op. cit.*, nr. 104; G. BLAU, *loc. cit.*, *Rev.int.dr.pén.*, 1964, 417-443, i.h.b. 438-439.

⁷⁸ *Parl.St.*, Senaat, 1972-73, nr. 310 wetsvoorstel van mevr. GODINACHE-LAMBERT.

⁷⁹ *Parl. St.*, Senaat, 1974-75, nr. 433, wetsvoorstel van mej. HANQUET.

⁸⁰ P.E. TROUSSE, *loc. cit.*, in voetnoot 18, blz. 654-657; J.P. MASSON en F. ALEN, *loc. cit.*, *Rev.trim.dr.fam.*, 1979, 149-151.

⁸¹ W.H.A. JONKERS, *Het onvermijdelijk kwaad van het strafrecht*, rede uitgesproken bij het aanvaarden van het ambt van gewoon hoogleraar aan de Katholieke Universiteit te Nijmegen, op 28 mei 1971, blz. 6.

⁸² *Rev.sc.crim.*, 1965, 197-198, *Rev.int.dr.pén.*, 1964, 1133-1134.

⁸³ M. RIGAUX en P.E. TROUSSE, *op. cit.*, V, blz. 188.

⁸⁴ H. DE PAGE, *op. cit.*, I, nr. 548bis, blz. 688-689.

⁸⁵ J.M. MICHIELS, *op. cit.*, blz. 31-35 en 216.

De toepassing van het artikel 360bis Sw. is niet afhankelijk van een veroordeling tot uitkering van onderhoud, zoals bepaald door artikel 391bis Sw. Enkel is vereist het achterlaten in een behoeftige toestand⁸⁶. Aldus wordt de vraag geformuleerd van het materieel of formeel delict. Wanneer de tekortkoming strafbaar wordt gesteld nadat een gerechtelijke beslissing over de verplichting uitspraak heeft gedaan, staat men voor een formeel misdrijf. Het strafbaar feit is een materieel delict, wanneer gewezen wordt op de gevaren die de hulpbehoevenden als gevolg van de geïncrimineerde gedraging te wachten staat (artikelen 170b en 170d StGb). Tevens bestaat nog de mogelijkheid onder de materiële delicten een onderverdeling door te voeren, naargelang vereist wordt dat er een reële mogelijkheid van gevaar voor de hulpbehoevende geweest is of een abstract gevaar volstaat. Bij artikel 360bis Sw. is alleen maar vereist dat de ouders te kort gekomen zijn aan hun plichten tegenover hun kinderen en is het zonder belang dat het kind bestaansmiddelen had⁸⁷.

Ten slotte rijst de vraag of er inzake het moreel bestanddeel van het misdrijf mee kan worden volstaan te eisen dat de dader opzettelijk handelt. Bijzonder opzet kan vereist worden opdat niet het zuiver zich onttrekken aan een civielrechtelijke beslissing strafbaar gesteld zou zijn. Dit vereiste werd geformuleerd tijdens de werkzaamheden van de hervorming van het Strafwetboek in West-Duitsland maar werd niet weerhouden omdat anders de strafbepaling haar doel zou missen, nl. de bestrijding van de onwil van de onderhoudsschuldige, ondanks de vrij verspreide welvaart⁸⁸. In België kwamen er wetsvoorstellen in de andere zin tot stand ten einde het door artikel 391bis S.W. bestrafte verzuim te voldoen aan de verplichtingen te beschouwen als opzettelijk gepleegd⁸⁹. Aangevoerd werd dat aldus veilig gesteld wordt de uitbetaling van de uitkering tot onderhoud die aan echtgenoten, ascendenten en descendenten is toegekend bij een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke beslissing. Het gaat hier om een omkering van het bewijs. Het is aan de schuldenaar te bewijzen dat het verzuim onopzettelijk is. Gelet op de bezwaren die werden aangevoerd tegen deze voorstellen, stelde de initiatiefneemster voor het in artikel 391bis Sw. bedoelde misdrijf aan te vullen met een telastlegging van nalatigheid⁹⁰. Het lijkt echter gevaarlijk de debiteur te veroordelen, wanneer hij in de onmogelijkheid verkeert zijn verplichtingen te voldoende ten gevolge van een onopzettelijk en volledig onvermogen.

Opgemerkt dient te worden dat de meeste onderhoudsverplichtingen die strafrechtelijk gesanctioneerd zijn door artikel 391bis Sw., hun oorsprong vinden in de bloedverwantschap, de aanverwantschap of de adoptie.

Ze zijn gefundeerd op de solidariteit die de leden van een zelfde familie onderling bindt. Doch de artikelen 340b en 340c B.W., waarvan de niet-naleving ook een misdrijf uitmaakt, vormen hierop een uitzondering. De op grond van die bepalingen ingestelde vorderingen hebben een louter vermogensrechtelijk karakter⁹¹.

Besluit

Het huwelijk en het gezin vormen de basis van de samenleving. Als rechtsgoederen moeten ze dan ook strafrechtelijk beschermd worden. Artikel 12 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden bepaalt dat mannen en vrouwen van huwbare leeftijd het recht hebben te huwen en een gezin te stichten. Een tweede huwelijk aangaan vóór de ontbinding van het eerste huwelijk is een misdrijf (artikel 391 Sw.). Geslachtsverkeer met een andere persoon dan de echtgenoot is voor een gehuwde overspel (artikel 387 Sw.). De strafwet dwingt de oplegging af van de plichten van de ouders tegenover hun kinderen (artikel 360bis Sw.). Wie tot het nakomen van een steunplicht is veroordeeld en die beslissing niet naleeft, is strafbaar (artikel 391bis Sw.).

Opmerkelijk is dat zowel in het Belgische als in het buitenlandse bijzonder strafrecht de meeste strafbaarstellingen met betrekking tot de familie van recente datum zijn. Hoe is die algemene tendens te verklaren?

De grotere overheidsbemoeienis in de sfeer van de familie is ogenschijnlijk toe te schrijven aan de samenwerking van de staat en van het gezin in de uitvoering van taken die vroeger uitsluitend door het gezin werden waargenomen, zoals bv. de opvoeding van de kinderen. Logischerwijze kent zich de overheid dan ook meer dan voorheen een recht van toezicht toe op de toestand in het gezin⁹². Het misdrijf van achterlaten van kinderen in een behoeftige toestand werd aldus in het Strafwetboek ingevoerd bij de wet van 15 mei 1912. Dezelfde wet heeft artikel 369bis Sw. in het leven geroepen, dat oorspronkelijk slechts betrekking had op maatregelen van bewaring genomen uit kracht van de wet op de kindbescherming⁹³. Die wetsbepaling breekt met de opvatting van de ouderlijke macht ervaren als een discretionaire bevoegdheid van de verwekkers op de persoon van hun kind, waarmee de overheid zich niet mag inlaten⁹⁴. Wanneer aan de staat de bevoegdheid wordt toegekend zich met een bepaald probleem in te laten, komen onvermijdelijk rechtsregels tot stand, zelfs wanneer aan de overheid slechts op bijkomende wijze taken zijn opgedragen. Het misdrijf van verlaten van familie is enigszins ook om die reden een schepping van het modern recht. De onwil van de verwante onderhoudsplichtigen heeft tot gevolg dat personen die wegens hun leeftijd of hun gezondheidstoestand niet in

⁸⁶ A. KEBERS, *loc. cit.*, in *Les Nouvelles, Droit pénal*, III, nr. 5908 en 5916.

⁸⁷ A. KEBERS, *loc. cit.*, in *Les Nouvelles, Droit pénal*, III, nr. 5917; M. RIGAUX en P.E. TROUSSE, *op. cit.*, V, blz. 189; S.C. VERSEELE, *loc. cit.*, *Tijdschr. Str.*, 1964, 232-233.

⁸⁸ R. STURM, *loc. cit.*, *Rev.int.dr.pén.*, 1964, 445-473; i.h.b. 461-462; G. BLAU, *loc. cit.*, *Rev. int. dr. pén.*, 1964, 417-443, i.h.b. 441.

⁸⁹ *Parl. St., Senaat*, 1978-79, nr. 468/1, wetsvoorstel van mevr. RIJCKMANS-CORIJN en mej. HANQUET; 1980-81, nr. 517/1, wetsvoorstel van mevr. RIJCKMANS-CORIJN.

⁹⁰ *Parl. St., Senaat*, 1980-81, nr. 517/2.

⁹¹ L. DUPONT, *op. cit.*, A.P.R., nr. 50.

⁹² G. BLAU, *loc. cit.*, *Rev. int. dr. pén.*, 1964, 417-443, i.h.b. 420.

⁹³ Cass., 16 maart 1914, *Pas.*, 1914, I, 144 en 145; K.I. Brussel, 19 januari 1921, *R.Dr.Pén.*, 1921, 401, met vordering L. CORNIL.

⁹⁴ A. KEBERS, *loc. cit.*, in *Les Nouvelles, Droit pénal*, III, nr. 6092.

staat zijn in hun onderhoud te voorzien, van bestaansmiddelen worden beroofd en dat de samenleving verplicht is ze ten laste te nemen⁹⁵. De XIXe eeuw kende die toestanden minder. Wanneer een verwant gebrek leed, steunde hem vooral zijn familie. In deze kring stonden de vermogens vast omdat de moraal meer dan nu op het sparen gericht was. De huidige levenswijze heeft zowel de geldelijke noden doen toenemen als de familievermogens aan het wankelen gebracht. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de strafbaarstelling van verlating van kinderen niet vreemd is aan de gedachte dat men door zich aan de onderhoudsplicht te onttrekken, de lasten van verzorging op een ander, met name de gemeenschap afwentelt⁹⁶.

De juridisering is zeker niet vreemd aan de evolutie van de stevig gewortelde en breed vertakte familiestructuur naar de gebonden leefgemeenschap van gelijke partners. Oudere bepalingen uit het Strafwetboek, zoals artikel 462 Sw., huldigen de idee van een ruim opgevatte familie grond op het aneestraal gezag. De evolutie die zich voltrokken heeft in het gezin, heeft wetsbepalingen in het leven doen roepen waardoor ieder van de echtgenoten tegen de willekeur van de medeëchtgenoot wordt beschermd. De recente rechtspraak heeft in bepaalde domeinen, die hier buiten beschouwing werden gelaten, zoals de verkrachting⁹⁷ en de huisvredebreuk⁹⁸, met die evolutie rekening gehouden. De geleidelijke uitbreiding van de strafbaarstelling van verlating van familie is niet vreemd aan de veranderingen in het gezinsrecht. De onderhoudsverplichtingen tegenover de uit de echt gescheiden huwelijkspartners en de natuurlijke kinderen werden door de wet van 30 mei 1931 ook gerekend bij de strafrechtelijk beschermde plichtsverhoudingen. Later werden de inkomstenmachtingen en de onderhoudsverplichtingen uit de adoptie bij de wet van 17 januari 1939 ook beschermd. De wet van 5 juli 1963 stelde met verlating van familie gelijk de niet-nakoming van het betalen van onderhoudsgeld door een van de echtgenoten aan de andere en aan diegene die de kinderen onderhoudt in geval van echtscheiding door onderlinge toestemming⁹⁹. De evolutie van het burgerlijk recht heeft het strafrecht beïnvloed. De rol van feministische ideeën mag ook niet ontkend worden. De verruiming van het begrip van de geldelijke verlating naar materiële en zelfs morele verlating in buitenlandse wetgevingen, houdt verband met een nieuwe opvatting van het gezin meer gericht op zijn sociologische rol¹⁰⁰. Het misdrijf bepaald bij artikel 369bis Sw. is ook niet vreemd aan de versoepeling van de bepalingen van het burgerlijk recht inzake echtscheiding en aan de maatregelen die de rechter staande het huwelijk kan nemen. De veranderingen zijn niet alleen vast te stellen in de verhoudingen tussen de echtgenoten, maar ook in de relaties tussen de ouders en de kinderen. De rechtstreekse

sanctie van het hoederecht van de ouders was het recht tot (zelfs lichamelijke) bestraffing. Dit recht is heden sterk verminderd. Het misbruik kan ontaarden in de misdrijven omschreven bij de artikelen 401bis en 410, tweede lid, Sw., die bij de wet op de kindbescherming in het Strafwetboek zijn ingevoegd¹⁰¹.

Al heeft de overheid bepaalde taken van de familie overgenomen en al is het begrip familie veranderd, toch heeft de wetgever herhaalde malen het belang van het gezin benadrukt. Er werd nog gedurende de totstandkoming van de wet op de jeugdbescherming op gewezen dat de opvoeding in de gunstigste omstandigheden kan worden gegeven in het familiaal milieu¹⁰². Daaraan is de idee verbonden dat de ouders ook de verplichting hebben de kinderen aan wie zij het leven hebben gegeven, op te voeden. Verplichtingen als die van de ouders kunnen moeilijk afdwongen worden zonder strafsancities. De wet van 15 mei 1912 op de kindbescherming creëerde dan ook nieuwe misdrijven tegenover kinderen, zoals de artikelen 360bis, 369bis en 401bis Sw.

Wanneer de bevoegdheid van de overheid wordt aangevaard om zich op een bepaald gebied met de wenselijkheid of onwenselijkheid van een bepaald gedrag in te laten, grijpt de wetgever naar het strafrecht om het recht te handhaven. Men kan de wetgever enigszins begrijpen; het strafrecht is nu eenmaal een discipline die geheel op rechtshandhaving is ingesteld¹⁰³. Maar deze strekking is tegelijk kenschetsend voor de bestuurlijke onmacht. In de overgang van de liberale naar de sociale verzorgingsstaat denkt men vooral aan de talrijke bijzondere wetten, waarin een groot aantal strafrechtelijk gesanctioneerde normen vastgesteld zijn: het verkeersstrafrecht, het sociaal-economisch strafrecht, het fiscaal strafrecht, het strafrecht toegepast op het gebied van de volksgezondheid. Bepaalde auteurs, zoals H. Bekaert, hebben in deze sterke criminaliseringstendens de misdrijven m.b.t. de familie niet vergeten: «Notre époque est nettement caractérisée par l'extension démesurée des entreprises du pouvoir régulateur dans le domaine abandonné à la liberté. Elles s'y manifestent par l'accroissement du nombre et de l'intensité de ses interventions. Le nombre s'établira en fonction de la diversité des activités régies actuellement par la loi, et où, au siècle dernier, il n'était pas concevable qu'il y eut matière à réglementation: organisation du travail, de l'économie, de l'industrie, des loisirs et congés, de la sécurité sociale, de la protection familiale etc.»¹⁰⁴. In vele gevallen gaat de wetgevende inflatie gepaard met een morele verzwakking van de mens. Deze morele verzwakking maakt dat de mens zelfs bij de uitvoering van gezinsverplichtingen een beroep moet doen op de strafwetgeving¹⁰⁵. De wetgever is met de misdrijven bepaald bij de artikelen 369bis, 391bis en 507bis Sw. telkens van oordeel

¹⁰¹ R. DEKKERS, *op. cit.*, I, nr. 352; W. DELVA, *op. cit.*, II, B, blz. 289.

¹⁰² *Parl. Hand.*, Kamer, 1964-65, vergadering van 18 november 1964, blz. 4, verslag van mevr. DE RIEMAECKER-LEGOT.

¹⁰³ J. D'HAENENS, «Honderd jaar strafrecht. Een blik in het verleden en in de toekomst», *Tijdschr. Soc. Wet.*, 1974, 243-270, i.h.b. 258.

¹⁰⁴ H. BEKAERT, *Introduction à l'étude du droit*, 1973, 4e uitg., nr. 96, blz. 106.

¹⁰⁵ G. BLAU, *loc. cit.*, *Rev.int.dr.pén.*, 1964, 417-443, i.h.b. 422-423.

⁹⁵ *Parl. St.*, Senaat, 1978-79, nr. 468/1, wetsvoorstel van mevr. RIJCKMANS-CORIJN en mej. HANQUET.

⁹⁶ M. CL. FAYARD, «Abandon de famille», *J.Cl.pén.*, nr. 3.

⁹⁷ Hof Brussel, 21 juni 1979, *R.Dr.Pén.*, 1980, 272, met noot A. MARCHAL.

⁹⁸ Hof Antwerpen, 31 december 1975, *R.W.*, 1975-76, 2171.

⁹⁹ L. DUPONT, *op. cit.*, A.P.R., nrs. 9-30.

¹⁰⁰ M. CL. FAYARD, «Abandon de famille», *J. Cl. Pén.*, nr. 1; S.C. VERSEELE, *loc. cit.*, *Tijdschr. Str.*, 1964, 232-233.

geweest dat met burgerlijke sancties niet langer kan worden volstaan om de op het gezinsrecht gegronde verplichtingen te doen naleven. In al deze gevallen werd een beroep gedaan op strafbepalingen om burgerlijke beslissingen doeltreffend te maken. De niet-naleving van rechterlijke beslissingen wordt strafbaar gesteld.

Al behoort strafrecht altijd ethisch te zijn, daar het de organisatie en de bescherming van maatschappelijke waarden beoogt, toch evolueert de inhoud van die waarden. R. Legros schetste de evolutie van het bijzonder strafrecht als volgt: «Le droit pénal d'il y a cent ans et plus ne sanctionnait pratiquement que les atteintes à la morale de l'époque ... Mais ce qu'il faut souligner précisément, c'est que la morale a évolué. Elle est devenue plus sociale»¹⁰⁶. De leer van het sociaal verweer in het strafrecht aanvaardt het begrip van sociale moraal en benadrukt het bestaan van plichten tegenover anderen. De socio-ethische basis van het strafrecht werd gewijzigd. Het bewustzijn van een sociale aansprakelijkheid tegenover de andere werd beïnvloed door de geest van de christelijk-humanistische broederlijkheid en van de solidariteit van de sociale welzijnsstaat. Het strafrecht heeft niet alleen tot doel de goederen te beschermen, maar tevens de naleving van plichten tegenover anderen af te dwingen. Deze evolutie is niet vreemd aan bepaalde ideeën over de opvoedende waarde van de strafwet¹⁰⁷. Het strafrecht is geen daad- of daderstrafrecht meer. Het gaat niet om het aan de kaak stellen van een bepaalde daad, niet om het verbeteren of aanpassen van een bepaalde dader, maar om het bereiken van een wenselijke toestand¹⁰⁸. De socio-ethico-pedagogische rol die de wetgever aan de strafwet toekent, is merkbaar in het domein van het gezin. Procureur-generaal J. Leclercq schrijft in dit verband: «La carapace d'indifférence dans laquelle se calfeutraient nombre de nos contemporains s'était épaissie à ce point qu'ils côtoyaient sans s'émouvoir, fût-ce au mépris (...) des devoirs d'état, des obligations de parenté ou d'alliance, la détresse de l'homme et même de l'enfant en grave péril, négligeant de prêter un secours qu'ils eussent cependant pu accorder sans danger»¹⁰⁹. De invoering en, sedert het bestaan, de evolutie van de strafbaarstelling van verlating van familie en van kinderen in België en in de bestudeerde landen is in dit opzicht kenschetsend. Niet alleen het formeel in gebreke blijven van een rechterlijk vastgestelde onderhoudsverplichting wordt strafbaar gesteld, ook de materiële of zelfs de zedelijke verlating wordt bestraft.

Ten slotte moet benadrukt worden dat de techniek van de strafbaarstelling een grondige wijziging heeft ondergaan. Het klassieke strafrecht steunde op de aard van de veroorzaakte schade. De school van sociaal verweer wil de strafbare daad vervangen door het subjectief symptoom der anti-socialiteit. Aldus ontstaat de tendens om te gaan criminaliseren gedragingen of toestanden die een gevaar scheppen, ook al verwekken ze nog geen schade. Men

heeft dit verschijnsel genoemd «l'incrimination de la mise en danger»¹¹⁰. Pompe citeert uitdrukkelijk het Nederlands delict van verlating van hulpbehoevenden onder de groep van strafbare feiten, waarbij niet in elk afzonderlijk geval gevaar of mogelijkheid van gevaar aanwezig behoeft te zijn, maar toch in het algemeen de gehele groep der gevallen, die onder de omschrijving van het betrokken feit horen, samen genomen, gevaar voor min of meer bepaalde rechtsbelangen oplevert¹¹¹. De strafbaarstelling van de misdrijven omschreven bij de artikelen 360bis, 369bis, 401bis en 420bis Sw. haakt aan bij deze tendens om door het strafbaar stellen van gedragingen, die een toestand van gevaar in het leven roepen te trachten de schade die uit die toestand zou kunnen voortspruiten, te voorkomen¹¹².

Het systematisch onderzoek van de verschillende strafbaarstellingen m.b.t. het gezin en de desbetreffende besluiten staan ver verwijderd van de opvatting van Hulsman, die negatieve criteria ontwikkelde m.b.t. strafbaarstelling (en het strafbaar houden). Hij onderscheidt absolute negatieve criteria (dit zijn criteria op grond waarvan strafbaarstelling per se achterwege moet blijven) en relatieve negatieve criteria (dit zijn criteria die aanduiden wanneer aan strafbaarstelling extra nadelen verbonden zijn en die een rol van gevaartekens vervullen). Onder de eerste groep vallen de gevallen waarin de strafbaarstelling slechts tot doel heeft een bepaalde morele opvatting m.b.t. een bepaald gedrag aan de bevolking op te leggen of uitsluitend een schijnoplossing voor het probleem is. In de tweede groep vallen de gedragingen die vooral in psychische of sociale noodtoestanden bestaan of die in de persoonlijke levenssfeer voorkomen¹¹³. Overspel, verlating van familie en van kinderen, dubbel huwelijk en het dwarsbomen van de maatregelen van bewaring over een minderjarige kunnen gemakkelijk onder deze criteria gebracht worden.

De systematische studie van de bestaande telastleggingen aan de hand van de evolutie van de levens- en rechtsopvattingen over het gezin, leidt niet tot radicale besluiten met het oog op de afschaffing van deze misdrijven. Een volledige omkering van de wetgevende tendens zou onvermijdelijk het belang van het kind over het hoofd zien. De rechtsleer en de rechtspraak hebben zeer terecht de nadruk erop gelegd dat de grondslag van de verplichting tot kost, onderhoud en opvoeding niet gelegen is in de ouderlijke macht, maar in de afstamming¹¹⁴. Hoewel de tekst van artikel 203 B.W. die plichten met het huwelijk verbindt, bestaan ze ook buiten het huwelijk, tegenover onwettige kinderen. Nieuwe levensopvattingen i.v.m. het gezin, die tot uitdrukking komen in het burgerlijk recht, brengen zodoende niet mee dat de artikelen

¹⁰⁶ R. LEGROS, «Le droit pénal dans l'entreprise», *J.T.T.*, 1977, 169-178.

¹⁰⁷ G. BLAU, *loc. cit.*, *Rev.int.dr.pén.*, 1964, 417-443, i.h.b. 423-424.

¹⁰⁸ L. DUPONT, *Beginnelsen van behoorlijke strafrechtsbedeling*, 1979, blz. 185.

¹⁰⁹ J. LECLERCQ, *loc. cit.*, *R.Dr.Pén.*, 1978, 807-860, i.h.b. 817.

¹¹⁰ J. D'HAENENS, *loc. cit.*, *Tijdschr.Soc.Wet.*, 1974, 243-270, i.h.b. 255.

¹¹¹ W.P.J. POMPE, *Handboek van het Nederlandse strafrecht*, 4e druk, 1953, blz. 46.

¹¹² S.C. VERSELE, «L'incrimination de la mise en danger», *R.Dr.Pén.*, 1967-68, 429-455, i.h.b. 437-438.

¹¹³ L.H.C. HULSMAN, «Défense sociale nouvelle et critères de décriminalisation», in *Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'études en hommage de Marc Ancel*, 1975, II, blz. 19-33.

¹¹⁴ H. DE PAGE, *op. cit.*, I, nr. 766, blz. 892; Hof Brussel, 30 maart 1971, *J.T.*, 1972, 572.

360bis, 369bis en 391bis Sw. enkel de bescherming van voorbijgestreefde maatschappelijke waarden beogen en derhalve zonder meer moeten worden opgeheven. Er valt een onderscheid te maken tussen de telastleggingen die vooral de verhoudingen tussen de echtgenoten (overspel en dubbel huwelijk) en de strafbaarstellingen die in de eerste plaats de relaties tussen de ouders en hun kinderen (verlating van kinderen en van familie en dwarsbomen van maatregelen van bewaring van minderjarigen) betreffen¹¹⁵. Aldus zouden de misdrijven die zijdelings de seksuele sfeer betreffen uit de delicten tegen de familie verwijderd worden en zodoende alleen telastleggingen overblijven

waarvoor er geen reden meer bestaat om een verband met de misdrijven tegen de openbare zedelijkheid te behouden.

Deze systematische studie mondt dan ook slechts uit op de wenselijkheid van een minieme verandering van de huidige strafbaarstellingen. Dit besluit houdt verband met de gematigdheid die de Belgische wetgever in vergelijking met sommige buitenlandse wetgevers op dit gebied heeft getoond en met het groeiend besef dat strafrecht automatisch geen strafrechtelijke reacties moet teweegbrengen. De misdrijven m.b.t. de gezinssfeer zijn een voorbeeld dat weinig eigenlijke strafrechtelijke kwesties bestaan, maar dat het strafrecht zich bezig houdt met fricties die strafrechtelijk gejuridiseerd werden.

¹¹⁵ G. LEVASSEUR, *loc. cit.*, Archives de philosophie du droit, XX, 1975, blz. 63-70.

Alain DE NAUW
Docent V.U.B.

GEZINSFISCALITEIT

I. Twee voorafgaande vragen

1. Bij de uitwerking van een stelsel van gezinsfiscaliteit zowel wat betreft het onderkennen van de fundamentele doelstellingen als wat betreft het ontwerpen van de technische regels, rijst een voorafgaande moeilijkheid die eerst uit de weg moet worden geruimd. Het betreft de vraag of voor de belastingheffing alleen primair inkomen dan wel ook afgeleid inkomen in aanmerking moet worden genomen. Deze vraag overstijgt de dimensie van de gezinsfiscaliteit en moet daarom vooraf beantwoord worden.

2. Traditioneel heeft ook in België de inkomstenbelasting, bij het vaststellen van de belastbare grondslag en het belastingtarief, slechts oog gehad voor de primaire inkomensverdeling, d.w.z. de inkomens zoals zij ontstaan uit de ruilverhoudingen op de markt van arbeid en kapitaal (lonen, salarissen, bedrijfswinsten, dividenden, inkomsten en andere inkomsten uit vermogen). De hele belastingtechniek werd afgestemd op het vatten van dit soort primaire inkomens.

3. Het is evenwel algemeen bekend dat na de primaire inkomensverdeling een secundaire inkomensverdeling tot stand wordt gebracht door ingrepen van de overheid, door belastingheffing aan de ene kant en door subsidiëring aan de andere kant. Het betreft hier allerlei vormen van gesubsidieerd inkomen, die voornamelijk hun ontstaan vinden in de sociale zekerheid en die de laatste jaren gewoonlijk vervangingsinkomens worden genoemd.

Deze vervangingsinkomens zijn afgeleide inkomens, zoals pensioenen, werkloosheidsuitkeringen, ziektevergoedingen en andere sociale uitkeringen die niet hun oorsprong vinden in de werking van het marktmechanisme.

4. Minder bekend, maar niettemin zeer reëel, is het bestaan van een tertiaire inkomensverdeling binnen particuliere huishoudingen. Het gaat hier eveneens om afgeleide inkomsten die niet hun oorsprong vinden in de ruilverhoudingen op de markt, noch in algemene sociale voorzieningen, maar wel in het familierecht. Het betreft vergoedingen en alimentatiegelden in geval van echtscheiding of steun, onderhoud en opvoeding verleend aan familieleden.

5. De voorafgaande vraag is of deze secundaire en tertiaire inkomens in de belastingheffing moeten worden betrokken. Deze vraag is traditioneel, behoudens een enkele uitzondering, meestal ontkennend beantwoord in de Belgische wetgeving. De laatste jaren is er evenwel onmiskenbaar een stroming ontstaan naar het principieel belastbaar stellen van deze afgeleide inkomens, met name voor de vervangingsinkomens uit sociale zekerheid¹ en betalingen van onderhoudsgeld gesanctioneerd door het burgerlijk recht².

6. De toestand in de huidige Belgische wetgeving is dan ook vrij verward. Sommige afgeleide inkomens zoals kin-

derbijslagen, wetenschappelijke subsidies en prijzen, en toeslagen aan minder-validen worden helemaal niet belast, andere zoals ziektevergoedingen en gewone pensioenen worden gedeeltelijk belast, terwijl nog andere zoals werkloosheidsuitkeringen en brugpensioenen ruime belastingvrijstellingen genieten die ertoe leiden dat zij nagenoeg volledig zijn vrijgesteld.

7. Het antwoord op deze voorafgaande vraag moet getoetst worden aan twee criteria die algemeen worden aanvaard als doelstellingen van de belastingwet: de doeltreffendheid en de billijkheid. Het criterium van de doeltreffendheid hanteert de optimale allocatie van de produktiefactoren als norm van de belastingregels. Het criterium van de billijkheid toetst de belastingregel aan de opvattingen over sociale rechtvaardigheid.

8. De optimale allocatie van produktiefactoren eist ongetwijfeld dat vervangingsinkomens worden belast daar waar zij de rechtstreekse compensatie vormen voor het verlies van arbeidsinkomens.

Het niet belasten van vervangingsinkomens werpt immers afgezien van de krappe vraag naar arbeid ook nog bijkomende financiële hinderpalen op voor de toegang tot de arbeidsmarkt.

9. Vanuit het standpunt van de sociale rechtvaardigheid ligt het antwoord op deze voorafgaande vraag in de betekenis van het begrip draagkracht waarop de inkomstenbelasting gegrondvest is. T.a.v. de draagkracht nu is de aard van het inkomen irrelevant. Zodra er inkomen is, of dit zijn oorsprong vindt in beleggingen, in arbeid of in subsidies, is er draagkracht aanwezig. Het blote feit dat een inkomen de vorm aanneemt van een pensioen, een werkloosheidsuitkering of een alimentatie, ontnemt aan dit inkomen niet zijn capaciteit om belasting te betalen.

Er is geen enkele reden waarom alleen inkomen uit arbeid of beleggingen belasting zou kunnen dragen. Niet de aard, maar wel het lage bedrag van het inkomen wettigt een eventuele belastingvrijstelling, in een stelsel van belastingheffing naar draagkracht. Principieel moet men stellen dat ook afgeleide inkomens de draagkracht verhogen van degenen die deze inkomens ontvangen en dat zij bijgevolg in de belastingheffing moeten betrokken worden en er geen reden is om ze vrij te stellen.

10. Het bovenstaande toont meteen de nauwe band aan die bestaat tussen fiscaliteit aan de ene kant en sociale zekerheid en het burgerlijk recht aan de andere kant. Belangrijke categorieën van afgeleid inkomen vinden hun oorsprong in de sociale zekerheid (ziektevergoedingen, pensioenen, werkloosheidsuitkeringen, kinderbijslag). Andere categorieën van afgeleid inkomen vinden we in het burgerlijk recht, vnl. in de familiale sfeer, onderhoudsgelden en alimentatiegelden en de rechten die kinderen kunnen doen gelden t.a.v. hun ouders met betrekking tot hun onderhoud en opvoeding, of de rechten en verplichtingen tussen huwelijkspartners. Iedere maatregel die wordt voorgesteld ter zake van fiscaliteit, dient bijgevolg te worden ingepast in een samenhangend geheel, waarbij zowel sociale zekerheid en burgerlijk recht als belastingrecht dezelfde, of tenminste niet tegenstrijdige, doelstellingen nastreven, zoniet ontstaan er scheefftrekkingen, waarbij de

¹ J. AUTENNE, *Analyse des modifications apportées au C.I.R., par la loi du 5 janvier 1976*, Brussel, Larcier, 1976, p. 18 e.v.

² J. AUTENNE, *Analyse de la loi du 3 novembre 1976 dite de «société budgétaire»*, Brussel, Larcier, 1978, p. 53 e.v.

rechten en plichten als huwelijkspartner en als lid van een gezin enerzijds en als staatsburger anderzijds als ongelijk verdeeld worden ervaren.

Is de juridische samenlevingsvorm relevant?

11. Sommige economen verdedigen het standpunt dat met het oog op een doeltreffende allocatie van productiefactoren de huwelijkspartners volledig vrij zonder enige belemmering met inbegrip van een fiscale belemmering in en uit het huwelijk moeten kunnen treden.

12. Daaruit leiden zij af dat de juridische samenlevingsvorm irrelevant is t.a.v. de belastingheffing en dat het belastingrecht geen rekening dient te houden met het al dan niet gehuwd zijn van personen³. Deze conclusie is alleen correct in het geval van een huwelijk dat kinderloos blijft of geen andere personen ten laste heeft en waarin beide partners deelnemen aan het markteconomische proces en dus inkomen verwerven uit arbeid en/of vermogen.

13. Zodra, binnen het huwelijk, een van de partners zelf geen inkomen verwerft in het markteconomische proces, maar voor zijn onderhoud of inkomen aangewezen is op de andere partner, is het van belang hoe dit afgeleid inkomen fiscaal behandeld wordt. Indien het huwelijk als irrelevant wordt beschouwd, m.a.w. indien geen rekening gehouden wordt met het inkomen afgeleid uit het huwelijk, is het duidelijk dat de allocatie van de factor arbeid mede beïnvloed wordt door het huwelijk precies omdat het huwelijk als irrelevant wordt beschouwd t.a.v. de belastingwet.

De verdeling van markteconomische en niet-markteconomische arbeid tussen beide huwelijkspartners, en bijgevolg de allocatie van de factor arbeid, zal worden bepaald door het fiscaal al dan niet in aanmerking nemen van de gevolgen van het huwelijk.

Bijgevolg is een juridische samenlevingsvorm als het huwelijk wel relevant t.a.v. de belastingwet. De vraag is alleen hoe de gevolgen van een wettig huwelijk in de belastingwet worden opgevangen: in ieder geval niet door het wettig huwelijk te negeren.

14. Vanuit het standpunt van de sociale rechtvaardigheid is het nog duidelijker dat de juridische samenlevingsvorm belang heeft voor de belastingheffing. De huwelijkspartners en de kinderen en eventuele andere personen ten laste ontfangen krachtens het burgerlijk recht hetzij uit huwelijk, hetzij uit afstamming die volgt uit een wettig huwelijk, bepaalde inkomens- en vermogensrechten die rechtstreeks de draagkracht beïnvloeden. Een belastingstelsel dat in zijn progressieve tariefstructuur essentieel gebaseerd is op de draagkrachtidee, kan zijn ogen niet sluiten voor de afgeleide inkomens die binnen het huwelijk ontstaan, en moet op gronden van sociale rechtvaardigheid hiermee rekening houden.

II. Doelstellingen van een systeem van gezinsfiscaliteit

15. Het grondvereiste voor het uitwerken van een stelsel van gezinsfiscaliteit is het bereiken van overeenstem-

ming over de doelstellingen die men wenst na te streven met de belastingregeling. Dit is een moeilijk en delicaat proces, waarbij de fiscaliteit moet pogen voorzichtig langs stroom en tegenstroom te laveren. In het soms gepassioneerde debat dat zich zowel binnen als buiten onze grenzen afspeelt, is het niet gemakkelijk de grondlijnen voor een fiscaal bestel te onderkennen.

16. Hierbij moeten twee problemen duidelijk gescheiden worden met inachtneming van de twee relaties die aanwezig kunnen zijn in een gezin: de verhouding tussen beide partners in het huwelijk en de verhouding tussen ouders en kinderen of andere personen die van de huwelijkspartners afhangen. Hoewel het niet altijd mogelijk is, moeten deze problemen op fiscaal vlak zoveel mogelijk duidelijk gescheiden worden. Hun vermenging maakt de discussie verward.

1. Doelstellingen tussen de huwelijkspartners

17. Als algemene doelstelling kan worden vooropgesteld dat de belastingheffing neutraal dient te staan t.a.v. de gevolgen van het huwelijk. Meer uitgewerkt betekent dit:

18.a. Het belastingstelsel moet *neutraal* zijn t.a.v. de beslissing al of niet te huwen, d.w.z. dat er voor het bepalen van hun fiscale positie in principe geen onderscheid mag worden gemaakt tussen gehuwden aan de ene kant en ongehuwden of ongehuwd samenwonenden aan de andere kant. Daar waar deze neutraliteit om andere redenen niet altijd strikt valt te handhaven, moet de twijfel spelen in het voordeel van de gehuwden (in dubio pro nuptiis).

19.b. Het belastingstelsel moet neutraal staan t.a.v. de patronen van arbeidsverdeling tussen partners binnen het huwelijk en buiten het huwelijk op de arbeidsmarkt. Dit betekent dat principieel het belastingstelsel voor éénin-komenshuwelijken hetzelfde moet zijn als voor twee-in-komenshuwelijken, met dien verstande dat zulk een stelsel rekening moet houden met de specifieke bijkomende uitgaven die het gevolg zijn van het verwerven van een tweede onderscheiden beroepsinkomen door een van de huwelijkspartners⁴.

20. Een belangrijk punt in deze doelstellingen is dat voor het bepalen van de belastbare grondslag geen rekening wordt gehouden met zgn. geïmputeerd inkomen. Het geïmputeerd inkomen is een inkomen dat aan de belastingplichtige wordt aangerekend ook al heeft hij effectief geen inkomen ontvangen. Een voorbeeld hiervan is het kadastraal inkomen dat wordt toegekend aan iemand die zijn eigen huis bewoont.

21. Sommigen verdedigen de stelling dat de belastingheffing rekening moet houden met een geïmputeerd

³ E. BRAZER HARVEY, «Income tax Treatment of the Family», in *Economics of Taxation* o.l.v. Boskin M. & Aaron H., Brookings Institution 1980, p. 224.

⁴ Deze doelstellingen steunen in grote lijnen op wat werd voor-gelegd in het zogenaamde Meade Report, *The Structure and reform of direct Taxation*, o.l.v. J.E. Meade, 1978, Allen & Unwin, London, p. 377; in een volledige andere richting en voor een zgn. «emancipatoire belastingheffing», zie in Nederland de zgn. Nota op Weg, Nota inzake gelijke behandeling van loon- en inkomstenbelasting van de (werkende) gehuwde vrouw en haar man, en van deelgenoten aan vormen van samenleven en samenwonen (Tweede Kamer 1979-1980, nr. 15.835), Advies Belastingen van De Emancipatoire commissies, Rijswijk, 1981, 109 pp..

inkomen dat geacht wordt verworven te zijn uit vrije tijd of zelfwerkzaamheid. Meer bepaald zou in het geval dat een van de partners geen eigen beroepsinkomen verwerft, rekening moeten worden gehouden met het inkomen dat hij of zij geacht wordt te genieten uit vrije tijd of uit de geraamde opbrengst van huishoudactiviteiten. Dit inkomen zou in hoofde van die partners moeten worden belast⁵. Concreet betekent dit dat de vrouw, wanneer zij geen eigen beroepsinkomen verwerft door arbeid die economisch wordt vergoed, geacht moet worden een belastbaar inkomen te hebben uit een surplus aan vrije tijd of uit de opbrengst van haar huishoudelijke activiteiten.

22. De doelstellingen, zoals zij hierboven werden geformuleerd, houden geen rekening met zulk een geïmputeerd inkomen.

De berekening hiervan binnen het huwelijk roept immers een meer algemene vraag op waarover in de belastingtheorie op zijn zachtst gezegd geen eensgezindheid bestaat⁶, nl. het belasten van vrije tijd of van opbrengsten van zelfwerkzaamheid. Het is een verre van uitgemaakte zaak of een bediende die 35 uren per week werkt, op zijn overschot aan vrije tijd belast moet worden in vergelijking met een handelaar die 60 uren per week werkt.

Het is evenmin duidelijk of iemand die zelf zijn groenten kweekt op de opbrengst hiervan moet worden belast t.a.v. iemand die ze gaat kopen in de winkel. De belasting maakt geen onderscheid naar gelang van het aantal uren of de zwaarte van de persoonlijke inspanning die vereist is om het belastbare inkomen tot stand te brengen. Het doet dit niet voor enkelingen, noch voor gehuwden, noch voor ongetrouwd samenwonenden.

2. Doelstellingen voor familiale lasten in het gezin

23. Het vooropstellen van algemeen aanvaarde fiscale doelstellingen t.a.v. de familiale lasten te dragen in gezinsverband levert meer moeilijkheden op omdat de voorziening voor familiale gezinslasten voor het grootste deel buiten het belastingrecht liggen en omdat er zeer uiteenlopende opvattingen bestaan over de vraag of het al dan niet gewenst is in de fiscaliteit rekening te houden met deze familiale lasten. Sommigen beschouwen met name de uitgaven voor het onderhoud en de opvoeding van kinderen als discretionaire consumptieuitgaven waartoe de huwelijkspartners vrijwillig beslissen op hetzelfde niveau als de aanschaffing van een koelkast of een verchroomde keuken⁷. T.a.v. de belastingheffing moet met zulke dis-

cretionaire uitgaven hoegenaamd geen rekening worden gehouden.

24. Men kan evenwel niet voorbijgaan aan drie vaststellingen:

a. dat in de meeste geïndustrialiseerde landen, ongeacht de niet-fiscale tegemoetkomingen, het belastingrecht op specifieke wijze rekening houdt met bijkomende lasten die voortspruiten uit onderhoud en opvoeding van kinderen en andere personen, en

b. dat het burgerlijk recht aan de kinderen bepaalde vorderingen tot onderhoud en opvoeding verleent, die zich in inkomensrechten vertalen en die desnoods met strafvervolg kunnen worden afgedwongen en

c. dat precies het opvoeden van kinderen of het verzorgen van andere personen binnen het gezin, een zeer belangrijke factor is in de arbeidsverdeling.

Wanneer de fiscaliteit met die factor geen rekening zou houden zou zij indirect niet meer neutraal staan t.a.v. die arbeidsverdeling.

25. Net zoals t.a.v. het huwelijk zou men dan als algemene regel eveneens kunnen stellen dat de belastingheffing neutraal dient te staan t.a.v. de opvoeding en het onderhoud van kinderen en andere personen in het gezin. Deze neutraliteit vertoont drie aspecten.

26. T.a.v. de inkomstenverwerving van kinderen of andere personen die deel uitmaken van het gezin moet, net zoals voor de partners in het huwelijk, gesteld worden dat de belastingwet geen onderscheid mag maken tussen personen die binnen het gezin en personen die buiten het gezin deze inkomsten verwerven.

27. T.a.v. de uitgaven van onderhoud en opvoeding zou eveneens principieel moeten worden gesteld dat de belastingwet geen onderscheid mag maken al naar gelang dit onderhoud binnen of buiten het gezin wordt verschaft⁸. Aangezien onderhoud en opvoeding meestal binnen het gezin worden verschaft, betekent dit dat bij de belastingheffing rekening moet worden gehouden met de verminderde draagkracht die voor de belastingplichtige voortvloeit uit de bijkomende uitgaven voor kinderen of andere personen ten laste van zijn gezin.

28. Ten slotte kan als doelstelling gesteld worden dat de twee bovenstaande principes gelden zowel voor volledige gezinnen die steunen op een wettig huwelijk als op onvolledige gezinnen (die dan niet steunen op een wettig huwelijk) voor zover er tussen de ouders en kinderen of andere personen ten laste vorderingsrechten op inkomen of vermogen bestaan in het burgerlijk recht.

3. Conclusie: neutraliteit van het belastingrecht

29. De bovenstaande doelstellingen kunnen worden samengevat in de neutraliteit van het belastingrecht zowel t.a.v. de juridische vorm van samenleving (al dan niet wettelijk huwelijk) als t.a.v. de juridische gevolgen van de samenleving tussen ouders en kinderen of andere personen ten laste (opvoeding binnen of buiten het wettelijk gezin).

⁸ De huidige wetgeving doet dat wel, door het onderhoudsgeld dat op regelmatige wijze wordt betaald aan kinderen die afzonderlijk wonen, voor 80% aftrekbaar te maken voor degene die de rente betaalt. Dit heeft met name bij studerende kinderen geleid tot tal van gevallen waarin het onderhoud van kinderen althans t.a.v. de fiscus niet meer binnen het gezin plaats vindt.

⁵ N.E. KERTZMAN, *Belastingheffing van gehuwden en ongehuwden*, Deventer, Kluwer, 1979, p. 141. Zie eveneens de discussie in *Belastingheffing van de gehuwde vrouw*, Geschriften van de vereniging voor belastingwetenschap, nr. 138, Deventer, Kluwer, 1975.

⁶ Zie hierover M. MC INTYRE en O. OLDMAN, «Taxation of the family in a comprehensive and simplified income tax», *Harvard Law Review*, nr. 90, 1977, p. 1614.

⁷ V. HALBERSTADT en F. KAM, «Tax expenditures as an instrument for Achievement of Government Goals», *Cahiers de Droit Fiscal International*, Vol. LXI a, Deventer, Kluwer, 1976, p. 467; — idem, «Over Belastinguitgaven», *Weekblad voor Fiscaal Recht*, nr. 5280, 1976, p. 641, 645; M. GIELE en N. DE VRIES, «Belastinguitgaven», *Weekblad voor Fiscaal Recht*, nr. 5288, 1976, p. 885, 891.

III. Het huidige Belgische belastingstelsel en de doelstellingen van de gezinsfiscaliteit

1. Huidige belastingstelsel t.a.v. het huwelijk

30. T.a.v. gehuwden wordt het huidige belastingstelsel gekenmerkt door enkele fundamentele regels:

— De tariefstructuur is progressief en gaat van 24,10% voor inkomens beneden 152.000fr. tot 72% voor inkomens boven 4.000.000fr.

— Alle inkomsten van de huwelijkspartners worden gecumuleerd ongeacht hun aard en hun oorsprong.

— Beneden een bepaald plafond (750.000fr.) wordt het beroepsinkomen van de huwelijkspartners ofwel gedecumuleerd wanneer zij afzonderlijke beroepsinkomen hebben, ofwel gesplitst in een verhouding 74 - 26% wanneer slechts één van de huwelijkspartners een beroepsinkomen heeft.

— Het gedecumuleerde inkomen wordt belast volgens het eigen progressieve tarief dat op zulk een inkomen van toepassing is zoals bij ongehuwde alleenstaanden.

— Het gesplitste inkomen wordt belast volgens het gemiddelde tarief volgens hetwelk de gezamenlijke inkomsten bij de andere partner worden belast.

— Onkosten voor het verwerven van een tweede beroepsinkomen worden alleen bij cumulatie van bedrijfsinkomen op een forfaitaire wijze in rekening gebracht.

— Vermindering en vrijstellingen van vervangingsinkomen (werkloosheidsuitkeringen, ziektevergoedingen, brug- en andere pensioenen) worden proportioneel opgedeeld over de beroepsinkomen van de huwelijkspartners, m.a.w. zij kunnen samen nooit meer dan één volledige aftrek toepassen.

2. Kritiek op de belastingheffing t.a.v. huwelijkspartners

31. a. *Kritiek op de cumulatie.* T.a.v. de verhouding tussen de huwelijkspartners is de algemeen gehoorde klacht dat het stelsel van de cumulatie van de inkomsten «huwelijksonvriendelijk» is omdat het wettig gehuwden benadeelt t.a.v. ongehuwd samenwonenden.

Bijkomend wordt gesteld dat de cumulatie van de inkomsten, gekoppeld aan het progressieve tarief van de personenbelasting, de gehuwde vrouw remt in het verwerven van een eigen beroepsinkomen. Haar beroepsinkomen wordt meestal beschouwd als het tweede inkomen, dat getroffen wordt door het volledige gewicht van het progressieve tarief. Zij voelt zich gepenaliseerd voor haar deelname aan het arbeidsproces.

32. Deze fiscale benadeling kan als volgt worden geïllustreerd:

In de veronderstelling dat de man en de vrouw respectievelijk 700.000fr. en 500.000fr. belastbaar beroepsinkomen verwerven (vóór aftrek van 56.000 fr.) betalen zij naargelang zij al dan niet gehuwd zijn de volgende belasting (a.j. 1982):

gehuwden:	442.232fr.
ongehuwde man:	229.549fr.
ongehuwde vrouw:	137.941fr.
ongehuwd samenwonen:	367.490fr.

De jaarlijkse fiscale kostprijs van het huwelijk uitgedrukt in de belastingvermeerdering, bedraagt bij een ge-

zamenlijk belastbaar inkomen van 1.200.000fr. dus 74.742fr. of 6.229fr. per maand.

33. Het stelsel van de cumulatie van inkomsten houdt eveneens geen rekening met de draagkrachtvermindering die uit het huwelijk voortvloeit t.a.v. alleenstaande ongehuwden. Het cumulatiestelsel houdt in genendele rekening met de inkomensoverdrachten die tussen de partners binnen het huwelijk gebeuren op grond van de wederzijdse verplichting tot steun en onderhoud. Dit geldt zowel voor huwelijken waarin beide partners een eigen inkomen hebben, als voor huwelijken waarin slechts een van hen een eigen inkomen heeft. De benadeling is evenwel het meest frappant in dit laatste geval.

34. Wanneer aldus in een wettig huwelijk de man een inkomen heeft en de vrouw geen inkomen heeft wordt een uniforme tegemoetkoming verleend in de vorm van een belastingvermindering van 7.618fr.⁹ per jaar indien het inkomen van de man gelijk is aan of kleiner dan 1.000.000fr. en van 4.618fr. wanneer het inkomen groter is dan 1.000.000fr. M.a.w. de verplichtingen die de gehuwde man in dit geval heeft t.a.v. zijn partner worden fiscaal vertaald in een tegemoetkoming die naargelang zijn inkomen 635fr. of 385fr. per maand bedraagt. Hetzelfde geldt wanneer binnen het huwelijk de vrouw het enige inkomen verwerft.

35. Uit de bovenstaande analyse volgt dat een stelsel van cumulatie van inkomsten economisch ondoeltreffend is en sociaal onrechtvaardig.

Het is economisch ondoeltreffend omdat het niet neutraal staat t.a.v. de taakverdeling binnen het huwelijk en het verwerven van een tweede beroepsinkomen.

Het is sociaal onrechtvaardig omdat het in feite een gelijke deelname van mannen en vrouwen aan het arbeidsproces in de weg staat en omdat het in genendele rekening houdt met het draagkrachtverlies dat voortspruit uit de wederzijdse onderhoudsverplichtingen die voortvloeien uit het huwelijk vooral wanneer slechts één van de partners een inkomen heeft.

36.b. *Kritiek op de decumulatie.* Als oplossing voor de moeilijkheden die voortspruiten uit het stelsel van de cumulatie van inkomsten, wordt zeer vaak de decumulatie van inkomsten tussen huwelijkspartners voorgesteld. De Belgische wetgeving is sinds de wet van 5 januari 1976 eveneens deze weg opgegaan met dien verstande dat de decumulatie beperkt blijft tot het beroepsinkomen beneden een bepaald bedrag (750.000fr. a.j. 1982).

37. De decumulatie biedt een oplossing voor het werken van de discriminatie tussen gehuwden en ongehuwd samenwonenden wanneer beide partners een eigen beroepsinkomen verwerven, of wanneer zij eigen vermogensinkomen hebben. De decumulatie neutraliseert in feite de gevolgen van het huwelijk door het huwelijk als irrelevant te beschouwen voor de belastingheffing.

38. Twee andere problemen worden evenwel niet door het stelsel van decumulatie weggewerkt. Het eerste betreft de neutraliteit t.a.v. de taakverdeling tussen de partners in het huwelijk, en het tweede, daarmee samenhangend, betreft het draagkrachtverlies dat volgt uit de wederzijdse

⁹ In het geval dat de vrouw een bedrijfsinkomen heeft dat kleiner is dan of gelijk aan 60.000fr.

verplichting tot steun en onderhoud die voortvloeit uit het huwelijk.

39. In een stelsel van decumulatie wordt het beroepsinkomen lager belast wanneer het voorkomt uit de beroepsactiviteit van de andere partner, in vergelijking met een supplementair inkomen verworven door de enige partner die een beroepsactiviteit uitoefent. Hierdoor blijft in de meeste gevallen de keuze voor de vrouw tussen beroepsactiviteit die economisch wordt vergoed en thuisactiviteit die economisch niet wordt vergoed, niet meer neutraal. Afgezien van andere beweegredenen die haar beslissing kunnen beïnvloeden, wordt zij op zuiver fiscaal vlak door de decumulatie ertoe aangezet zelf een beroepsinkomen te verwerven dat lager wordt getaxeerd dan het afgeleid inkomen dat zij op grond van het huwelijksrecht verwerft uit de beroepsinkomsten van haar man. Omgekeerd zal in de meeste gevallen de man ertoe worden aangezet om de groei van zijn beroepsinkomen af te remmen ten voordele van een zelfstandig beroepsinkomen van zijn vrouw. Dit beantwoordt niet aan de neutrale werking van het belastingrecht t.a.v. de taakverdeling die de huwelijkspartners voor zichzelf beslissen. Hetzelfde geldt t.a.v. minder voorkomende gevallen waarbij de beroepsactiviteit van de gehuwde vrouw belangrijker is dan die van de man.

40. De decumulatie biedt voor huwelijkspartners met één inkomen ook geen oplossing voor het draagkrachtverlies dat volgt uit het onderhouden van twee personen uit één inkomen, in vergelijking met de alleenstaande die voor één persoon over een zelfde inkomen beschikt. Wanneer beide partners eigen inkomsten hebben, wordt dit draagkrachtverlies meteen mee opgevangen door de afzonderlijke belastingheffing. Wanneer slechts een van de huwelijkspartners een inkomen heeft, blijft het draagkrachtprobleem bestaan. T.a.v. de ongehuwde alleenstaande telt de huwelijkspartner naar gelang van het inkomen slechts mee ten belope van 7.618fr. of 4.618fr. per jaar, zoals hierboven reeds werd gesteld (zie nr. 34).

41. De concrete uitwerking van het systeem van de decumulatie in de Belgische wetgeving is nog moeilijker te aanvaarden om reden van twee bijkomende gebreken: 1. de decumulatie is beperkt tot het beroepsinkomen en 2. zij wordt beperkt tot een bepaald plafond, dat ondanks de recente verhogingen nog vrij laag is te noemen.

42. Inkomsten uit vermogen (onroerende en roerende inkomsten) zijn van het stelsel van de decumulatie uitgesloten. Dit houdt in dat, hoe gering de vermogensinkomsten van gehuwde partners ook mogen wezen, deze inkomsten altijd worden gecumuleerd. Hiertoe kan op principieel vlak geen enkele rechtvaardiging worden ingeroepen. Er is geen enkele reden waarom gehuwde personen, wanneer zij vermogensinkomsten hebben, zwaarder belast moeten worden dan ongehuwd samenwonenden, of dan gehuwden met een beroepsinkomen (o.m. pensioen) die de decumulatie wel genieten. In het huidige stelsel wordt een huwelijk van twee kleine renteniers met een gezamenlijk inkomen van 600.000fr. even zwaar belast als gehuwden die in gelijke mate samen 750.000fr. beroepsinkomen hebben, namelijk ongeveer 180.000fr. Het resultaat is dat de discrepantie tussen de netto-inkomsten relatief groter wordt ten voordele van de hogere inkomsten: 420.000fr. tegenover 570.000fr. Men kan dit natuurlijk afdoen met het argument dat 90% van de roerende inkomsten toch niet worden aangegeven, maar

dit geldt niet voor de onroerende inkomsten. Bovendien kan een onrecht op een bepaald vlak geen reden zijn om een onrecht op een ander vlak te rechtvaardigen. Het recht is niet opgebouwd uit de evenwichtige compensatie van ongerechtvaardigde toestanden.

43. Het plafond dat thans is ingebouwd in het stelsel van de decumulatie, leidt tot een volledige scheeftrekking van de progressieve tariefstructuur. In plaats van regelmatig door te lopen van een tarief van 47,5% voor het marginale inkomen onmiddellijk boven 750.000fr. tot 72% voor het inkomen boven 4.000.000fr., ontstaat er een «tariefbult», waarbij de inkomens onmiddellijk boven de 750.000fr. aan even hoge marginale aanslagvoeten onderworpen worden als de inkomens boven 4.000.000fr. Deze tariefbult kan geïllustreerd worden aan de hand van het volgende voorbeeld:

Een netto-belastbaar beroepsinkomen van 750.000fr. ten belope van 500.000fr. verworven door de man en ten belope van 250.000fr. door de vrouw levert 180.014fr. belasting op. Een netto-belastbaar beroepsinkomen van 1.250.000fr. vóór aftrek van 56.000fr. dat ten belope van 700.000fr. wordt verworven door de man en 500.000fr. door de vrouw, levert 468.482fr. belasting op. Dit betekent dat van de inkomensaanwas van 450.000fr. tussen 750.000fr. en 1.200.000fr. er in geval van huwelijk 288.468fr. opgaat in belastingen of een gemiddeld tarief van 64,10%, dit is hetzelfde als het marginale tarief van inkomsten van meer dan 2.000.000fr., en nagenoeg het gemiddelde tarief van inkomsten van meer dan 14.194.400fr.

44. Ten slotte moet erop gewezen worden dat in het decumulatiestelsel zoals het in België wordt toegepast, helemaal geen rekening wordt gehouden met de specifieke uitgaven verbonden aan het verwerven van een tweede beroepsinkomen door de huwelijkspartner. De bijzondere aftrek van 56.000fr. wordt immers niet toegepast op de gedecumuleerde beroepsinkomsten. Hierdoor wordt deze aftrek gedegenereerd van een forfaitair vastgestelde raming voor deze specifieke verwervingskosten, tot een tegemoetkoming voor de gecumuleerde bedrijfsinkomsten om de overmatige belastingdruk van het progressieve tarief tegen te gaan. Men ziet niet in waarom alleen huwelijkspartners met een inkomen van meer dan 750.000fr. deze specifieke verwervingskosten zouden hebben.

45. Als besluit kan gesteld worden dat het decumulatiestelsel in het algemeen en zoals het in België toegepast wordt in het bijzonder niet leidt tot het neutraliseren van de fiscale gevolgen van het huwelijk. Met name de huwelijken waar de partners slechts over één inkomen beschikken, worden benadeeld zowel t.a.v. ongehuwde alleenstaanden, als t.a.v. gehuwden waar ieder van de partners over een inkomen beschikt. Decumulatie houdt geen rekening met het draagkrachtverlies dat uit het huwelijk voortvloeit wanneer de huwelijkspartners slechts over één inkomen beschikken.

46.c. *Kritiek op het stelsel van de inkomensplitsing.* Ten einde de onvolkomenheden van het decumulatiestelsel op te vangen wordt het stelsel van de inkomensplitsing tussen huwelijkspartners voorgesteld. In zijn eenvoudigste vorm wordt het samengevoegde inkomen van de partners in een bepaalde verhouding gesplitst en t.a.v. iedere partner afzonderlijk belast, ongeacht de ver-

houding waarin de inkomsten door die partners zijn verworven.

Dit stelsel kan zowel op huwelijken met één inkomen als op huwelijken met twee inkomens worden toegepast.

47. Het opsplitsingsstelsel lost het probleem van het draagkrachtverlies van huwelijkspartners met één inkomen t.a.v. ongehuwd alleenstaanden op; het is bovendien neutraal t.a.v. de taakverdeling tussen man en vrouw met betrekking tot economisch wel en economisch niet gehonoreerde arbeid. T.a.v. gehuwden met twee inkomens in vergelijking met ongehuwd samenwonenden is het splitsingsstelsel niet volledig neutraal. Naargelang van de verdeling van het inkomen tussen beide huwelijkspartners kan het splitsingsstelsel nu eens voordeliger uitvallen dan de gewone decumulatie dan weer nadeliger.

48. Wanneer de inkomens gesplitst worden in een verhouding 50 - 50, worden de gehuwden met twee inkomens altijd voordeliger behandeld dan ongehuwd samenwonenden. Het belastingvoordeel neemt toe naarmate de inkomensverwerving tussen de huwelijkspartners ongelijker wordt, en wordt maximaal voor huwelijkspartners met één inkomen. Indien dit huwelijksvoordeel te gunstig wordt geacht kan men het voordeel verkleinen door de splitsingsverhouding schever te trekken.

49. Het splitsingsstelsel werd door de wet van 8 augustus 1980 ingevoerd met de volgende bijzonderheden: de splitsing wordt alleen toegepast beneden een bepaald plafond (750.000), zij geldt enkel voor beroepsinkomsten van de huwelijkspartners, niet voor vermogensinkomsten, de inkomens worden vrij ongelijk gesplitst, 74% - 26%, en het opgesplitste inkomen wordt niet volgens het eigen progressieve tarief belast, maar wel volgens het gemiddelde tarief volgens hetwelk het inkomen van de andere partner wordt belast.

50. Zoals het in België werd ingevoerd vertoont het splitsingsstelsel dezelfde nadelen als het decumulatiestelsel: 1) de inkomsten uit vermogen worden niet gesplitst, hoewel er principieel, uit hoofde van draagkracht, geen enkele reden is t.a.v. deze inkomsten gehuwden te benadeln tegenover ongehuwd alleenstaanden en 2) het invoeren van een plafond zorgt voor dezelfde «tariefbult» als bij de decumulatie.

51. Bovendien hebben de vrij scheve verhouding waarin het inkomen wordt verdeeld, en de belasting volgens het gemiddelde tarief van de andere partner tot gevolg dat in vergelijking met ongehuwd alleenstaanden onvoldoende rekening wordt gehouden met het draagkrachtverlies dat voortvloeit uit het huwelijk.

52. Dit kan geïllustreerd worden als volgt. Bij een belastbaar inkomen van 600.000fr. bedraagt de belasting voor een ongehuwd alleenstaande 183.741fr. Voor gehuwden valt dit belastbaar inkomen uiteen in twee delen van respectievelijk 444.000fr. en 156.000fr. met als gezamenlijke belasting 155.001fr. = 114.70 + 40.300.

Fiscaal wordt de huwelijkspartner die geen inkomen heeft, geacht beslag te leggen op 28.740fr. (183.741 - 155.001) van de inkomsten van zijn partner die wel een inkomen heeft, of 6,47% van diens netto inkomen (28.740 x 100 / 444.000).

Het is duidelijk dat de onderhouds- en steunverplichtingen die voortvloeien uit het huwelijk, beslag leggen op een veel groter deel van het inkomen dan volgens het huidige splitsingsstelsel wordt toegestaan.

53. Als besluit kan gesteld worden dat het splitsingsstelsel principieel wellicht een oplossing kan bieden om de fiscale neutraliteit t.a.v. huwelijk en taakverdeling binnen het huwelijk maximaal te bewerkstelligen. Het stelsel zoals het in België wordt toegepast vertoont een aantal fundamentele onvolmaaktheden die met enige aanpassingen kunnen worden weggewerkt.

3. Kritiek t.a.v. de fiscale regeling voor personen ten laste

54. De hierboven uiteengezette belastingstelsels, voor zover zij uitsluitend worden toegepast tussen huwelijkspartners, houden geen enkele specifieke maatregel in t.a.v. de fiscale regeling voor kinderen of andere personen ten laste. Het Belgische belastingrecht kent ten aanzien van de inkomensverwerving door kinderen twee onderscheiden stelsels naargelang het gaat om vermogensinkomsten dan wel beroepsinkomsten. Voor de inkomsten uit vermogen geldt de algehele cumulatie van de inkomsten van de kinderen zolang de ouders het wettelijk vruchtgenot hebben, d.w.z. tot achttien jaar of tot de ontvoogding wanneer deze vroeger plaatsheeft. Voor de beroepsinkomsten geldt de volledige decumulatie (zonder plafond), ongeacht de leeftijd van de kinderen en ongeacht het bedrag van de inkomsten van de kinderen. Voor personen die inwonen, andere dan kinderen of afstammelingen, geldt het stelsel van de volledige decumulatie zowel van vermogens- als van beroepsinkomsten.

55. T.a.v. de draagkrachtvermindering die voortvloeit uit het onderhoud en de opvoeding van kinderen, kent het Belgische belastingrecht fundamenteel volgende regels:

— Wanneer voor de kinderen alimentatie wordt betaald voor hun onderhoud en opvoeding buiten het gezin, is die alimentatie ten belope van 80% aftrekbaar wanneer deze rente gevestigd is overeenstemmig met de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek en van het Gerechtelijk Wetboek.

— Wanneer de netto-bestaansmiddelen van een kind of ander persoon ten laste meer dan 30.000fr. per jaar bedragen, wordt dit kind of die persoon fiscaal niet meer als ten laste beschouwd. Studiebeurzen, wettelijke gezinstoelagen en premies van voorhuwelijks sparen komen niet in aanmerking als bestaansmiddelen.

— Wettelijke gezinstoelagen (kinderbijslagen, wezen-geld, kraamgeld) worden niet belast.

— Voor kinderen of andere personen ten laste wordt een vermindering van het bedrag van de belasting toegestaan dat varieert tussen minimum 2.809fr. (1 kind) en 76.894fr. (6 kinderen) en maximum 5.118fr. (1 kind) en 147.788fr. (6 kinderen).

Voor de gezinnen met meer dan zes kinderen wordt een belastingvermindering toegestaan in vaste bedragen die gelijk zijn voor iedereen ongeacht het inkomen. Gehandicapte kinderen (met een handicap van 66% of meer) worden als twee kinderen ten laste gesteld.

56. De kritiek die t.a.v. deze regeling meestal wordt gehoord, betreft vooral het feit dat de belastingvermindering toeneemt naarmate het inkomen toeneemt en dat bijgevolg vooral gezinnen met hogere inkomens uit deze vermindering voordeel halen¹⁰. De voorstellen tot her-

¹⁰ M. FRANK, «Sécurité sociale et droit fiscal, l'option de l'économiste», in *Raakvlakken tussen Sociale Zekerheid en Fis-*

vorming gaan dan ook in de richting van een belastingvermindering uitgedrukt in vaste bedragen, zodat iedere belastingplichtige een zelfde belastingvermindering krijgt in verhouding tot het aantal kinderen of andere personen ten laste, ongeacht het inkomen dat hij verwerft of het bedrag van de belasting die hij betaalt. De belastingvermindering kan natuurlijk nooit meer bedragen dan 100 procent van het bedrag van de verschuldigde belasting.

57. Met de belastinghervorming van 8 augustus 1980 is de Belgische wetgever al een heel eind aan deze kritiek tegemoetgekomen. Vanaf zeven kinderen ten laste wordt een belastingvermindering toegestaan in vaste bedragen per kind ten laste. Tot en met zes kinderen ten laste worden procentuele verminderingen toegestaan (5% - 90%) op het bedrag van de belasting binnen zekere minima en maxima bepaald volgens het aantal kinderen ten laste. De spanning van deze minima en maxima verhoudt zich ongeveer van 1 tot 2 en is dus veel kleiner dan de inkomenspanning.

58. Niettegenstaande deze aanpassing vertoont de fiscale regeling voor personen ten laste een fundamentele fout die ligt in de wijze waarop de progressieve tariefstructuur wordt toegepast.

Deze fout kan als volgt worden geïllustreerd.

— Voor een alleenstaande bedraagt het belastingvrije minimum 100.000fr. en wordt het inkomen onmiddellijk boven deze schijf (van 100.000fr. tot 152.000fr.) belast tegen 24,10%. Dit betekent dat in de ogen van de belastingwetgever de eerste 100.000fr. inkomen een levensminimum uitmaken dat geen belastingheffing verdraagt en dat het inkomen onmiddellijk boven het vitale minimum tegen 24,10% wordt belast.

— Voor een gehuwd paar met vier kinderen bedraagt het feitelijke belastingvrije inkomen, rekening houdend met de belastingvermindering (in de hypothese van een ééninkomensgezin) 268.919fr. Het inkomen onmiddellijk boven deze belastingvrije schijf (van 268.919 fr. tot 281.000fr.) wordt evenwel niet tegen 24,10% belast maar wel tegen 34,75% of een tarief dat 44,2% hoger ligt.

— Voor een gehuwd paar met acht kinderen bedraagt het feitelijke belastingvrije inkomen (rekening houdend met de belastingvermindering en in de hypothese van een ééninkomensgezin) 748.000fr. Het inkomen onmiddellijk boven deze belastingvrije tariefschijf (van 750.000fr. tot 1.000.000fr.) wordt evenwel niet tegen 24,10% belast, maar wel tegen 47,5% of een tarief dat 97% hoger ligt, nagenoeg het dubbele.

59. Bij deze voorbeelden kunnen de volgende kritische bedenkingen worden gemaakt.

Het fiscale levensminimum wordt niet eenvormig berekend per bijkomende persoon ten laste. Terwijl de alleenstaande kan rekenen op een vrijstelling van 100.000fr., moeten de vijf volgende personen in zijn gezin (vrouw en kinderen) samen genoeg nemen met een bijkomende vrijstelling van 168.919fr. of gemiddeld amper 33.784fr. per persoon. Wanneer zijn gezin verder aangroeit met vier

eenheden, kunnen deze volgende vier samen evenwel rekenen op een fiscale vrijstelling van ongeveer 472.081fr. of 119.770fr. per bijkomende persoon, wat per persoon meer is dan het fiscale levensminimum voor een alleenstaande.

60. Het is begrijpelijk dat het levensminimum dat van belasting wordt vrijgesteld, niet voor iedere opeenvolgende persoon in een gezin hetzelfde bedraagt. Er doen zich immers besparingen voor die volgen uit de schaalvergroting van de gezinsconsumptie wanneer het aantal personen in een gezin toeneemt. De modulatie die het Belgische belastingstelsel vertoont gaat evenwel in tegen algemeen aanvaarde modulaties van consumptiepatronen bij een toenemend aantal personen in een gezin. Voor de huwelijkspartners zonder inkomen bedraagt het vrijgestelde fiscale levensminimum naar gelang van het geval 18.000fr. per jaar of 30.500fr. per jaar of respectievelijk 1500fr. en 2542fr. per maand. Voor het eerste kind bedraagt de vrijstelling van het inkomen, berekend op het fiscale levensminimum, minimum 10.135fr. per jaar of 845fr. per maand.

Deze bedragen spreken voor zichzelf en beantwoorden op verre na niet aan enig begrip van socio-vitaal minimum.

61. De bovenstaande voorbeelden brengen eveneens een fundamentele fout aan het licht inzake de toepassing van de progressieve tariefstructuren op inkomens besteed in gezinsverband. De inkomensschijven die gelegen zijn onmiddellijk boven het fiscale levensminimum hebben uiteraard een draagkracht die vrij beperkt is. Dit wordt erkend in het tarief t.a.v. de alleenstaanden die zulk een inkomen belasten volgens het matige tarief van 24,10%. De huidige belastingwetgeving belast evenwel de inkomensschijven die onmiddellijk boven het fiscale levensminimum liggen voor belastingplichtigen met personen ten laste volgens veel hogere tarieven dan voor alleenstaanden, ook al hebben deze inkomsten dezelfde beperkte draagkracht. M.a.w. de huidige tariefstructuur gaat uit van de verkeerde veronderstelling dat de draagkracht van het inkomen boven het belastingvrije minimum toeneemt met het aantal personen ten laste. Er is evenwel geen enkele reden om aan te nemen dat de draagkracht van het inkomen boven het belastingvrije minimum toeneemt alleen maar omdat het aantal personen ten laste toeneemt.

Het grensnut van het inkomen dat boven het belastingvrije minimum uitkomt is even groot voor een alleenstaande als voor een gezin met vier kinderen. Er is dan ook geen enkele reden om dit inkomen bij een gezin met vier kinderen te belasten volgens een tarief dat veel hoger ligt dan voor de alleenstaande alleen omdat de persoon die het inkomen voor het hele gezin verdient op zichzelf noodzakelijkerwijze een hoger inkomen heeft dan de alleenstaande. De bovenstaande kritiek geldt natuurlijk ook voor kinderen en andere personen ten laste van ongehuwden en ongehuwd samenwonenden.

4. Kritiek inzake procedure

62. De regels van belastingprocedure laten eveneens te wensen over t.a.v. de huwelijkspartners. Het is met name niet duidelijk wat de positie is van de gehuwde vrouw in de administratieve fase van de belastingprocedure bij aangifte, bericht van wijziging en bezwaar. Voor het beroep en de voorziening in cassatie heeft de jurisprudentie aan de gehuwde vrouw het recht verleend om op te treden. Evenwel gaat de procedureregeling in haar geheel nog te

caal Recht, Brussel, Larcier, 1979, p. 106; M. FRANK, en D. MEULDERS, «Dépenses fiscales relatives à l'impôt des personnes physiques et solutions alternatives», in *Cahiers Economiques de Bruxelles*, nr. 83, 1979, p. 326; M. NEELS, «De reële impact van de belastingvermindering voor personen ten laste», *E.S.T.*, 1980, p. 573.

veel uit van de veronderstelling dat de man fiscaal gezins-hoofd is, zoals overigens tot voor kort nog in de belastingwet stond.

IV. Proeve van oplossing

63. Zoals de kritiek heeft de proeve van oplossing betrekking op drie punten: de verhouding tussen de huwelijkspartners, de verhouding tussen ouders en kinderen of andere personen ten laste en ten slotte de belastingprocedure t.a.v. de huwelijkspartners.

1. Een fiscaal neutraal stelsel t.a.v. huwelijkspartners

64. Zoals de kritiek op de verschillende fiscale stelsels heeft aangetoond, worden de ongelijkheden in de fiscale behandeling ten gevolge van het huwelijk het beste weg-gewerkt door een variante van het stelsel van de splitsing van inkomsten. Dit stelsel heeft het voordeel dat de belastingheffing in huwelijken met een of twee inkomens principieel dezelfde blijft¹¹. Het heeft het nadeel dat ongehuwd samenwonenden in zekere mate worden benadeeld. Dit nadeel is evenwel te verkiezen boven een ongelijke behandeling tussen wettelijke huwelijken onderling naargelang ze over een of twee inkomens beschikken (In dubio pro nuptiis). Bovendien kan dit nadeel desgewenst opgeheven worden door aan de ongehuwd samenwonenden de optie te verlenen om als gehuwden belast te worden. Hierdoor bereikt men een volledig uniforme belastingheffing tussen gehuwden en ongehuwd samenwonenden en dit ongeacht de taakverdeling tussen man en vrouw.

65. Ten einde volledig correct te worden toegepast zou zulk een splitsingsstelsel nog de volgende bijkomende kenmerken dienen te vertonen:

a) De splitsing moet worden toegepast ongeacht de aard van de inkomsten (onroerend, roerend, bedrijfsinkomsten en eventueel gezamenlijke diverse inkomsten).

b) Het huidige plafond van 750.000fr. dient te worden opgetrokken ten einde de penaliserende te vermijden van gehuwden die met het inkomen boven de mediaan liggen, zonder nochtans over een topinkomen te kunnen spreken. Als doel zou vooropgesteld kunnen worden de «tariefbult» die zich thans in de onderste helft van de belastingschaal bevindt (belastbaar inkomen tussen 750.000fr. en 1.200.000fr.) te laten aansluiten bij het toptarief in de bovenste helft van de belastingschaal. Dit impliceert dat het plafond zou stijgen tot ongeveer 1.500.000fr. overstap-regeling niet inbegrepen.

c) De huidige splitsingsverhouding dient meer in evenwicht te worden gebracht in verhouding tot de werkelijke

inkomensrechten die de huwelijkspartners in feite op elkaars inkomen doen gelden. Dit betekent in de praktijk een verhouding van ongeveer 60 - 40. Dit houdt in dat het globale inkomen van de huwelijkspartner(s) gedeeld wordt door een coëfficiënt 1,66. Zulk een splitsing is voordeliger dan de gewone decumulatie voor huwelijkspartners met twee inkomens waarvan de verdeling ongelijker is dan de 60 - 40 verhouding. Ten einde huwelijkspartners die een meer gelijke inkomstenverdeling hebben (bv. 55 - 45) niet te benadelen zou men hun een optie kunnen toestaan om de volledige decumulatie te vragen volgens de werkelijke verwerving van hun eigen inkomsten.

Een dergelijke decumulatie gaat evenwel in tegen de gedachte van de solidariteit en wederzijdse steun die ten grondslag ligt aan de burgerrechtelijke opvatting van het huwelijk.

d) Het afgesplitste inkomen dient belast te worden volgens het eigen progressieve tarief en niet volgens het gemiddelde tarief van de andere partner, dit ten einde rekening te houden met de juiste draagkracht van het inkomen binnen het huwelijk.

e) Ten slotte dient rekening gehouden te worden met de specifieke kosten die eigen zijn aan het verwerven van een tweede beroepsinkomen binnen het huwelijk. Om redenen van administratieve doeltreffendheid verdient het de voorkeur deze kosten procentueel of forfaitair te ramen. Zulk een forfait kan worden opgesteld aan de hand van een studie van werkelijke uitgaven. Twee factoren spelen hierbij een belangrijke rol: de tijd die beide partners aan hun beroep besteden (minder dan half-time — full-time) en de aanwezigheid van kinderen of andere afhankelijke personen in het gezin.

2. Een fiscaal neutraal stelsel t.a.v. gezinslasten

66. De ingreep die nodig is om tot een fiscaal neutraal stelsel te komen t.a.v. gezinslasten betreft de toepassing van het progressieve tarief¹². De essentie van een hervormingsvoorstel moet erin bestaan (a) van de bedragen van het fiscale levensminimum zodanig te herschikken dat het de weerspiegeling is van de werkelijke vitale behoeften van de opeenvolgende kinderen of andere personen ten laste en (b) in de opbouw van het progressieve tarief, het inkomen met gelijke draagkracht ook aan hetzelfde tarief te onderwerpen.

67. De bepaling van het belastingvrije minimum kan geschieden hetzij in vaste bedragen die aangepast zijn aan de opeenvolgende kinderen of andere personen ten laste, hetzij in functie van een vast bedrag voor mannelijke en (of) vrouwelijke volwassenen die dan door vermenigvuldiging met coëfficiënten aangepast worden aan de werkelijke bestedingsbehoeften van opeenvolgende personen ten laste.

¹¹ L. STEVENS, *Belasting naar Draagkracht*, Deventer, Alphen a/d Rijn, Kluwer - Samsom, 1980, p. 277; idem, «Inkomensbeleid en samenlevingsvorm», *Economisch Statistische Berichten*, 1980, p. 1318 en 1319; M. Mc INTYRE, «Individual filing in the personal income tax: prolegomena to future discussion», *North Carolina Law Review*, nr. 58, 1980, p. 469; in dezelfde zin het afsplitsen van een inkomen voor de thuiswerkende vrouw, BARRNA, «The Taxation of married women's incomes», *British Tax Review*, nr. 5, 1980, p. 407 e.v.

¹² Voor de argumentatie voor een belastingstelsel dat neutraal werkt voor personen ten laste en rekening houdt met draagkrachtvermindering, zie M. Mc INTYRE, en O. OLDMAN, o.c., *Harvard Law Review*, nr. 90, 1977, p. 1062 e.v.

Voorbeeld

	1e partner	2e partner	1e kind	2e kind	3e kind	4e kind
individueel levens-minimum	100.000	60.000	40.000	30.000	50.000	50.000
collectief levens-minimum	100.000	160.000	200.000	230.000	280.000	330.000

Voorbeeld

	1e partner	2e partner	1e kind	2e kind	3e kind	4e kind
individueel levens-minimum	100.000	x 0,6	x 0,4	x 0,3	x 0,5	x 0,5
collectief levens-minimum	100.000	x 1,6	x 2	x 2,3	x 2,8	x 3,3

68. Wanneer aldus het bedrag van het socio-vitale minimum wordt vastgesteld aan de hand van werkelijke behoeften en niet aan de hand van een geatrofieerd fiscaal levensminimum, wordt principieel de weg geopend om alle vervangingsinkomens (pensioenen, werkloosheidsuitkeringen, bruggpensioenen, ziektevergoedingen, kinderbijslagen) in de belastbare grondslag op te nemen. Zij zouden immers in eerste instantie kunnen toegerekend worden op dit belastingvrije werkelijke socio-vitale minimum. In de mate dat zij dit werkelijke socio-vitale minimum zouden overschrijden, zouden de vervangingsinkomens zoals de arbeidsinkomens werkelijke draagkracht vertegenwoordigen en terecht belast worden.

69. Het tweede deel van de hervorming zou erin bestaan bij de toepassing van de progressiviteit van de tariefschaal rekening te houden met het feit dat bij een inkomen dat boven het socio-vitale minimum uitstijgt, de verhouding waarin de draagkracht van de opeenvolgende personen in het gezin staat, grosso modo dezelfde is als bij het socio-vitale minimum. Concreet betekent dit dat de tariefschalen boven het werkelijke socio-vitale minimum naar gelang van het aantal personen ten laste moeten worden verminderd door vermenigvuldiging met dezelfde coëfficiënten als deze die gelden voor het socio-vitale minimum.

Bv. wanneer de belastingwet het inkomen boven 400.000fr., van een alleenstaande belast volgens een marginaal tarief dat begint met 41,50%, mag dit tarief slechts van toepassing zijn:

- bij huwelijk vanaf $400.000 \times 1,6 = 640.000\text{fr.}$
- voor 1e kind vanaf $400.000 \times 2 = 850.000\text{fr.}$
- voor 2e kind vanaf $400.000 \times 2,3 = 920.000\text{fr.}$
- voor 3e kind vanaf $400.000 \times 2,8 = 1.120.000\text{fr.}$
- voor 4e kind vanaf $400.000 \times 3,3 = 1.320.000\text{fr.}$

Het is zonder meer duidelijk dat de draagkracht van het marginale inkomen juist boven de 1.320.000fr. voor een gehuwd persoon met vier kinderen, precies dezelfde is als

voor de alleenstaanden op voorwaarde dat de coëfficiënte de juiste weergave zijn van de inkomenstransfers binnen het gezin. Bijgevolg dient dit marginale inkomen tevens belast te worden volgens het tarief van 41,50%. Het huidige belastingtarief onderwerpt dit gezinsinkomen zonder meer aan hetzelfde tarief als dat wat geldt voor de alleenstaande en taxeert het marginale inkomen boven 1.320.000fr. tegen 52,5% ongeacht de gezinslasten.

70. De twee delen van een dergelijke belastinghervorming zijn nauw aan elkaar gekoppeld, het ene kan niet zonder het andere omdat zij uitgaan van dezelfde opvatting door bij de toepassing van de progressieve tariefschaal op een correcte manier rekening te houden met de draagkrachtverminderingen die voortvloeien uit het onderhouden van opeenvolgende kinderen en andere personen ten laste.

Het hoeft geen betoog dat zulk een hervorming een vrij omvangrijke tariefaanpassing zou vergen die, precies omdat ze nieuw is en niet vertrouwd, in heel wat milieus die voordeel halen uit de thans bestaande toestand op boegeroep zal worden onthaald.

Er dient nochtans op te worden gewezen dat dit voorstel niets anders is dan het doortrekken tot de kinderen en andere personen ten laste van de beginselen van inkomensplitsing die voor de gehuwden wel geredelijk worden aanvaard. Het is de regeling die principieel de juiste weergave is van de inkomensoverdrachten die zich voordoen tussen ouders en kinderen of andere personen ten laste, op grond van de onderhoudsverplichtingen van het burgerlijk recht.

3. Een minivoorstel halfweg

71. In afwachting van een fundamentele hervorming van het belastingstelsel kan men zich tevreden stellen met een eerste stap. Deze zou erin bestaan de huidige belastingstructuur t.a.v. gezinslasten te behouden, maar de verhoudingen ervan lichtjes te wijzigen.

72. De belastingvrijstelling die thans geldt voor de kinderbijslagen, dient hierbij behouden te blijven omdat algemeen wordt aangenomen dat deze kinderbijslagen het socio-vitale minimum van ieder kind op verre na niet dekken. De kinderbijslagen worden aldus beschouwd als een inkomen eigen aan het kind, dat voor zijn persoonlijke levensbehoeften wordt gebruikt en dat op verre na het minimum van deze levensbehoeften niet dekt. De vrijstelling dient ook te worden behouden voor de zogenaamde hogere inkomens, precies omdat zoals hierboven werd aangetoond het gedeelte van het hogere inkomen van de ouders dat besteed wordt aan het socio-vitale minimum van het kind reeds onmiddellijk door vrij hoge belastingtarieven wordt getroffen, terwijl iedereen aanneemt dat zulk een socio-vitaal minimum voor een alleenstaande wordt vrijgesteld van belasting.

73. De structuur van de belastingverminderingen die thans worden toegestaan aan kinderen en andere personen ten laste, zou eveneens blijven bestaan. Deze belastingverminderingen zijn thans een onvoldoende aanpassing van de gebrekkige werking van de progressiviteit in gezinsverband. Voornamelijk t.a.v. de eerste kinderen in de openvolging van personen ten laste.

De thans bestaande verminderingspercentages (1-5%, 2-15%, 3-25%, 4-45%, 5-65%, 6-90%, 7-100%), zouden vervangen worden door de volgende reeks: 1-10%, 2-20%, 3-40%, 4-55%, 5-70%, 6-85%, 7-100%.

Deze verminderingcurve brengt de kosten van de eerste twee kinderen ten laste beter in rekening, evenals de verzwarende van kosten en verkleining van bijkomende inkomensmogelijkheden die zich veelal voordoen vanaf het derde kind. Vanaf het zevende kind zou de toestand ongewijzigd blijven t.a.v. het huidige systeem. De thans bestaande belastingvermindering van 48.000fr. per bijkomend kind gecombineerd met de belastingvrijstelling van kinderbijslagen lijkt voldoende om de werkelijke kosten van opvoeding met uitzondering van de hogere studies te dekken.

74 Tegelijkertijd met de aanpassing van de verminderingspercentages, zouden de thans bestaande minima en maxima moeten worden verhoogd. Hierbij zouden vooral de minima moeten worden aangepast. Dit kan door de minima te verhogen tot op het bedrag van de huidige maxima (verhogen tot 100%) en de maxima te verhogen met 50%. Indien zulk een aanpassing niet ineens kan gebeuren, dienen in eerste instantie de minima van de belastingvermindering met 50% te worden verhoogd.

4. Aanpassing inzake procedure

75. Inzake procedure dient de positie van de gehuwde vrouw verduidelijkt te worden. Met betrekking tot de in-

komsten die haar eigen zijn, dient zij als belastingplichtige te worden beschouwd, die in geval van huwelijk gemakshalve een gezamenlijke aangifte met haar man indient.

Voor de vermogensinkomsten van de gemeenschap dienen zowel de man als de vrouw het recht te verwerven de aangifte in te dienen.

Wanneer de toestand van man en vrouw verschillend is (bv. de ene rijksinwoner en de andere niet verblijfhouder) moeten de huwelijkspartners een afzonderlijke aangifte kunnen indienen. Dezelfde regeling dient te worden ingevoerd voor bezwaar, hoger beroep en cassatieberoep, waarbij de vrouw de bevoegdheid verwerft om de aanslag ten minste op haar eigen inkomsten en die van de gemeenschap te betwisten.

Eventueel kan voor de inkomsten van de andere huwelijkspartner de regeling ingevoerd worden die geldt voor advocaten. De advocaat, houder van de stukken, wordt geacht volmacht te hebben om voor zijn cliënt op te treden. De huwelijkspartner, houder van de stukken, wordt dan geacht gevolmachtigd te zijn om bezwaar in te dienen tegen de volledige aanslag met inbegrip van het gedeelte dat de inkomsten van de andere huwelijkspartner betreft.

V. Besluit

76. Het formaat van een preadvies voor de Vlaamse Juristenvereniging is wat beperkt om een zo complex probleem als de gezinsfiscaliteit te behandelen. Daarom werd de uiteenzetting geconcentreerd op de personenbelasting en werden bepaalde andere belastingen (vennootschapsbelasting, registratierechten en successierechten) buiten beschouwing gelaten. Bovendien werden enkel de grondlijnen geschetst en werden veel detailproblemen die nochtans zeer storend kunnen werken op het rechtvaardigheidsgevoel, niet behandeld.

De grond van de boodschap is deze: ten einde de progressieve personenbelasting op een rechtvaardige wijze te kunnen toepassen op huwelijk en gezin is het onontbeerlijk dat zij rekening houdt met de inkomstransfers die plaatsvinden tussen de huwelijkspartners enerzijds en ouders en kinderen of andere personen ten laste anderzijds. Ieder belastingstelsel met hoge tarieven als het onze, dat zijn ogen sluit voor deze inkomensstromen wordt op de duur ongeloofwaardig en is maatschappelijk veroordeeld.

Prof. Fr. VANISTENDAEL

