

De gerechtelijke vaststelling van het vaderschap getoetst aan de Grondwet

Ingrid BOONE

Hoofddocent KU Leuven

Na de gedeeltelijke reparatie door de wet van 21 december 2018, heeft het Grondwettelijk Hof in 2019 het afstammingsrecht opnieuw op een aantal punten ongrondwettig bevonden. De nieuw vastgestelde ongrondwettigheden hebben betrekking op verschillende belangrijke aspecten van de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap. Het Grondwettelijk Hof heeft zich bovendien uitgesproken over de gevolgen van de (al eerder vastgestelde) ongrondwettigheid van de termijn voor de vordering van het kind tot betwisting van het vaderschap. Deze bijdrage bespreekt deze rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en de vragen die zij oproept.¹

Inleiding

1. In afwachting van een grondige hervorming van het afstammingsrecht, voerde de wet van 21 december 2018 houdende diverse bepalingen betreffende justitie verschillende aanpassingen door in het afstammingsrecht.² Met beperkte ingrepen zorgde deze ‘noodwet’ voor een gedeeltelijke reparatie van het afstammingsrecht in het licht van de arresten van het Grondwettelijk Hof.³ Meer bepaald werd het absolute verbod tot vestiging van een incestueuze afstammingsband afgeschaft, het vertrekpunt van de vervaltermijn voor bepaalde betwistingsvorderingen aangepast en de rechterlijke beoordeling van het belang van het kind uitgebreid van een marginale naar een volwaardige toetsing.⁴ Lang niet alle ongrondwettigheden werden echter weggewerkt. Zo werd niet geraakt aan het bezit van staat als grond van niet-

¹ Deze bijdrage bouwt voort op een deel van een eerdere publicatie: I. BOONE, “Recente ontwikkelingen in het afstammingsrecht en het naamrecht (2017-2019)” in I. BOONE en C. DECLERCK (eds.), *Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2020, (1) 19-30.

² Art. 99-113 wet 21 december 2018 houdende diverse bepalingen betreffende justitie, *BS* 31 december 2018; hierna: wet 21 december 2018. Deze bepalingen zijn in werking getreden op 10 januari 2019.

³ In de doctrine werd een dergelijke noodwet bepleit: zie P. SENAËVE, “Pleidooi voor een noodwet inzake afstamming”, *T.Fam.* 2017, 62-63. Minister van Justitie Koen Geens beschouwde deze gedeeltelijke reparatie als een eerste fase in de hervorming van het afstammingsrecht. Een werkgroep van professoren familierecht aan verschillende Belgische universiteiten werd opgedragen in een tweede fase een grondige hervorming van het afstammingsrecht voor te bereiden. Het eindverslag van deze werkgroep, die vergaderde onder het voorzitterschap van emeritus professor Patrick Senaëve, werd aan de minister van Justitie en aan de leden van de Kamercommissie voor de Justitie voorgelegd (zie *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3303/8, 12-13 en 23).

⁴ Zie hierover I. BOONE, “Wijzigingen van het familierecht door de wet van 21 december 2018”, *RW* 2018-19, (1362) 1362-1366; J. SOSSON, “Les actions judiciaires relatives à la filiation: tableaux synthétiques. Mise à jour et commentaire de la réforme partielle opérée par la loi du 21 décembre 2018”, *RTDF* 2019, 9-45; G. VERSCHULDEN, “Partiële reparatie van het afstammings- en het naamrecht. Commentaar bij de titels 3 en 4 van de wet van 21 december 2018”, *T.Fam.* 2019, 61-76.

ontvankelijkheid voor betwistingsvorderingen, noch aan de vervaltermijn voor betwistingsvorderingen ingesteld door het meerderjarige kind.⁵

2. Na deze partiële reparatie heeft het Grondwettelijk Hof in 2019 bij drie prejudiciële arresten opnieuw ongrondwettigheden in het afstammingsrecht vastgesteld. Deze ongrondwettigheden hebben betrekking op de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap ten aanzien van een kind verwekt met behulp van medisch begeleide voortplanting met gedoneerde gameten (arrest van 7 februari 2019, nr. 19/2019), de verjaringstermijn voor de vordering van het kind tot vaststelling van het vaderschap (arrest van 17 oktober 2019, nr. 142/2019) en de toets aan het belang van het kind wanneer de moeder de vaststelling van het vaderschap van de biologische vader vordert (arrest van 28 november 2019, nr. 190/2019). In het arrest van 17 oktober 2019 heeft het Grondwettelijk Hof zich bovendien uitgesproken over de gevolgen van de (al eerder vastgestelde) ongrondwettigheid van de vervaltermijn voor de vordering van het meerderjarige kind tot betwisting van het vaderschap. Dit laatste aspect komt in deze bijdrage eerst aan bod. Daarna wordt ingegaan op de verschillende ongrondwettigheidsoordelen met betrekking tot de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap. Volledigheidshalve kan vermeld worden dat het Grondwettelijk Hof in 2019 in één prejudicieel arrest inzake afstammingsrecht oordeelde dat er geen schending voorlag (arrest van 7 februari 2019, nr. 20/2019). Dit oordeel betrof de onmogelijkheid voor de grootouders om een vordering in te stellen tot betwisting van de erkenning van het vaderschap door hun zoon ten aanzien van een kind dat wettelijk als hun kleinkind wordt beschouwd (art. 330 BW).⁶ Daarop gaat deze bijdrage niet verder in.

I. Vervaltermijn vordering van het kind tot betwisting van het vaderschap

3. Naast het bezit van staat als grond van niet-ontvankelijkheid van vorderingen tot betwisting van het vaderschap⁷, heeft het Grondwettelijk Hof al meermaals de vervaltermijn voor de vordering van het kind tot betwisting van het vaderschap ongrondwettig bevonden. Zo oordeelde het Hof in het arrest nr. 18/2016 van 3 februari 2016 dat artikel 318, § 2 BW artikel 22 van de Grondwet in samenhang gelezen met artikel 8 EVRM schendt, in zoverre daarin aan het kind ouder dan 22 jaar een termijn wordt opgelegd van één jaar vanaf de ontdekking van het feit dat de echtgenoot van

⁵ *Infra* nr. 3.

⁶ Zie ook GwH 19 januari 2020, nr. 2/2020.

⁷ M.b.t. art. 318, § 1 BW: GwH 3 februari 2011, nr. 20/2011; GwH 9 juli 2013, nr. 105/2013; GwH 7 november 2013, nr. 147/2003; GwH 3 februari 2016, nr. 18/2016. M.b.t. art. 330, § 1 BW: GwH 7 maart 2013, nr. 29/2013; GwH 9 juli 2013, nr. 96/2013; GwH 19 september 2014, nr. 127/2014; GwH 25 september 2014, nr. 139/2014; GwH 12 maart 2015, nr. 35/2015; GwH 26 november 2015, nr. 168/2015.

zijn moeder niet zijn vader is om een vordering tot betwisting van het vaderschap in te stellen.⁸ Die korte termijn zou aan het kind de mogelijkheid kunnen ontzeggen om zich tot een rechter te wenden die rekening kan houden met de vaststaande feiten, alsook met het belang van alle betrokken partijen. Het Hof overwoog bovendien dat in een gerechtelijke procedure tot vaststelling van de afstamming het recht van eenieder op vaststelling van zijn afstamming in beginsel de overhand dient te krijgen op het belang van de rust der families en de rechtszekerheid van de familiale banden.⁹ Met verwijzing naar het arrest nr. 18/2016, oordeelde het Grondwettelijk Hof ook met betrekking tot de vordering tot betwisting van de vaderlijke erkenning, dat de termijn van één jaar (vanaf de ontdekking van het feit dat de erkenner niet de vader is) die artikel 330, § 1, vierde lid BW oplegt aan het kind ouder dan 22 jaar, de artikelen 10, 11 en 22 van de Grondwet in samenhang gelezen met de artikelen 8 en 14 EVRM schendt.¹⁰

4. Over de gevolgen van deze arresten lopen de meningen uiteen.¹¹ Volgens bepaalde rechtsleer heeft de ongrondwettigheid van de eenjarige vervaltermijn tot gevolg dat de verjaringstermijn van dertig jaar, die geschorst is tijdens de minderjarigheid (art. 331*ter* BW), van toepassing is op de betwisting van het vaderschap door het kind.¹² Volgens andere rechtsleer blijft de eenjarige vervaltermijn van toepassing op deze vordering, maar moet de rechter een uitzondering kunnen maken op de niet-ontvankelijkheid van de te laat ingestelde vordering, met inachtneming van alle belangen in het geding.¹³ Anders dan over de gevolgen van de ongrondwettigheid van het bezit van staat als grond van niet-ontvankelijkheid¹⁴, heeft het Hof van Cassatie hierover nog geen uitspraak gedaan.

5. In een prejudicieel arrest van 17 oktober 2019 (nr. 142/2019) is het Grondwettelijk Hof zelf ingegaan op de gevolgen van zijn rechtspraak met betrekking tot de vervaltermijn voor de betwistingsvordering van het kind.¹⁵ De verwijzende rechter leidde uit het arrest nr. 18/2016 af dat de vordering tot betwisting van het vaderschap, ten aanzien van het kind, niet langer aan verjaring onderworpen is. Uitgaande van die visie, stelde hij een vraag over de grondwettigheid

⁸ GwH 3 februari 2016, nr. 18/2016. Zie ook GwH 31 mei 2011, nr. 96/2011.

⁹ GwH 3 februari 2016, nr. 18/2016, overw. B.15.

¹⁰ GwH 25 mei 2016, nr. 77/2016; GwH 14 december 2016, nr. 161/2016.

¹¹ Zie F. SWENNEN, "Wat is ouderschap?", *TPR* 2016, (11) 56-57.

¹² P. SENAËVE en C. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2020, 257-258.

¹³ F. SWENNEN, G. VERSCHULDEN en T. WUYTS, "Afstammingsvorderingen van het kind: nihil obstat?" (noot onder GwH 3 februari 2016), *T.Fam.* 2016, (84) 89.

¹⁴ Cass. 7 april 2017, *RTDF* 2018, 558, noot G.M. en *RW* 2017-2018, 940, noot L. SALOMEZ.

¹⁵ GwH 17 oktober 2019, nr. 142/2019. Zie over dit arrest: *infra* nrs. 17-19.

van de dertigjarige verjaringstermijn voor de vordering tot onderzoek naar het vaderschap (art. 331^{ter} BW). Het Grondwettelijk Hof volgt de visie van de verwijzende rechter niet. Het Hof stelt dat, rekening houdend met het arrest nr. 18/2016, de vordering tot betwisting van het vaderschap niet langer aan de in artikel 318, § 2 BW bedoelde termijn onderworpen is. Deze vordering is wel in beginsel onderworpen aan de gemeenrechtelijke termijn bedoeld in artikel 331^{ter} BW.¹⁶

6. Dit standpunt van het Grondwettelijk Hof houdt in dat de vordering van het kind tot betwisting van het vaderschap onderworpen is aan verjaringstermijn van dertig jaar, te rekenen vanaf de dag waarop het bezit van staat geëindigd is, of bij gebrek van bezit van staat, vanaf de geboorte. Deze termijn is geschorst tijdens de minderjarigheid en begint dus pas te lopen op het ogenblik dat het kind meerderjarig is geworden, of op het ogenblik waarop het bezit van staat geëindigd is, indien dit is gebeurd na het ogenblik waarop het kind meerderjarig is geworden. Het kind zou bijgevolg minstens tot zijn 48^{ste} verjaardag een vordering tot betwisting van het vaderschap kunnen instellen, ongeacht hoe lang dit kind al kennis heeft van het feit dat de juridische vader niet zijn biologische vader is. Indien het kind pas na zijn 48^{ste} verjaardag ontdekt dat de man van wie het vaderschap vaststaat niet zijn biologische vader is, moet het kind ook daarna nog een vordering kunnen instellen. Dat blijkt eveneens uit het arrest van het Grondwettelijk Hof van 17 oktober 2019.¹⁷

7. Terecht merkt VERSCHULDEN op dat het vreemd is dat het Grondwettelijk Hof, in een betwistingscontentieux dat beheerst wordt door korte vervaltermijnen, het vorderingsrecht van het meerderjarige kind aan een lange verjaringstermijn koppelt.¹⁸ Binnen het huidige wettelijke kader zou het naar mijn mening meer coherent zijn om de visie van het Hof van Cassatie op de gevolgen van de ongrondwettigheid van het bezit van staat als absolute grond van niet-ontvankelijkheid van de betwistingsvordering¹⁹ door te trekken naar de vervaltermijn. De vordering tot betwisting van het vaderschap is dan nog steeds onderworpen aan de eenjarige

¹⁶ Overw. B.7.3.

¹⁷ *Infra* nrs. 17-19.

¹⁸ G. VERSCHULDEN, "Onderzoek naar vaderschap wordt mogelijk na 48^{ste} verjaardag", *Juristenkrant* 6 november 2019, nr. 397, 2-3. Anders dan een verjaringstermijn, is een vervaltermijn niet vatbaar voor schorsing of stuiting. Een vervaltermijn kan wel worden verlengd wanneer overmacht zich heeft voorgedaan in de loop van de termijn. De vervaltermijn wordt dan verlengd met de tijd die nodig is om te handelen (Cass. 24 september 2012, *RW* 2014-15, 417, noot).

¹⁹ Cass. 7 april 2017, *RTDF* 2018, 558, noot G.M. en *RW* 2017-2018, 940, noot L. SALOMEZ. Het Hof van Cassatie oordeelde in dit arrest dat uit een grondwetsconforme lezing van artikel 318, § 1 BW, zoals opgevat door het Grondwettelijk Hof, volgt dat de daarin bepaalde grond van niet-ontvankelijkheid wegens het bezit van staat geen absoluut karakter heeft. De rechter kan hierop een uitzondering maken, rekening houdend met de belangen van alle betrokken partijen, in het bijzonder met die van het kind.

vervaltermijn, maar de rechter moet daarop een uitzondering kunnen maken, op basis van een belangenafweging *in concreto*.²⁰ Bij die belangenafweging beschikt de rechter slechts over een beperkte beoordelingsmarge. Het Grondwettelijk Hof overwoog immers in het arrest van 3 februari 2016 en herhaalt in het arrest van 17 oktober 2019, dat het recht van eenieder op vaststelling van zijn afstamming²¹ in beginsel de overhand dient te krijgen op het belang van de rust der families en de rechtszekerheid van de familiale banden.²² Bij een toekomstige, grondige hervorming van het afstammingsrecht zal de vraag rijzen of het nog wenselijk is om de vordering tot betwisting van de afstamming (al dan niet met het oog op de daarop volgende vestiging van de afstamming ten aanzien van een andere persoon) uitgaande van het kind te onderwerpen aan een termijn, en zo ja, in welke mate de rechter de mogelijkheid moet krijgen om daarvan af te wijken.

II. Gerechtelijke vaststelling van het vaderschap na medisch begeleide voortplanting met gedoneerde gameten

8. Wanneer het vaderschap niet vaststaat op grond van de vaderschapsregel, noch op grond van erkenning, en wanneer het meemoederschap evenmin vaststaat, dan kan het bij vonnis, uitgesproken door de familierechtbank, worden vastgesteld onder de bij artikel 332*quinquies* bepaalde voorwaarden (art. 322, eerste lid BW). In een prejudicieel arrest van 7 februari 2019 heeft het Grondwettelijk Hof geoordeeld dat artikel 332*quinquies*, § 3 BW de artikelen 10, 11 en 22 van de Grondwet schendt in zoverre het de gerechtelijke vaststelling verhindert van het vaderschap van de man die de medewensouder is en wiens wensouderschap heeft geleid tot de geboorte van een kind met behulp van een techniek van exogene medisch begeleide voortplanting²³, dit wil zeggen medische begeleide voortplanting met gedoneerde gameten.

A. De zaak voor de verwijzende rechter en de prejudiciële vragen

²⁰ Zie ook G. VERSCHULDEN, "Afstamming en Adoptie" in G. VERSCHULDEN, I. BOONE, S. BROUWERS, L. DE SCHRIJVER en A. VAN THIENEN, "Overzicht van rechtspraak. Familierecht (2012-2016)", *TPR* 2017, (655) 688-689.

²¹ In de doctrine werd er al op gewezen dat het Grondwettelijk Hof het begrip *ascendance* uit de Europese rechtspraak ('voorgeslacht', of afstamming in feitelijke zin), verkeerdelijk vertaalt als *afstamming* (in juridische zin) (o.a. F. SWENNEN, G. VERSCHULDEN en T. WUYTS, "Afstammingsvorderingen van het kind: nihil obstat?" (noot onder GwH 3 februari 2016), *T.Fam.* 2016, (84) 88).

²² GwH 3 februari 2016, nr. 18/2016 (overw. B.15); GwH 17 oktober 2019, nr. 142/2019 (overw. B.8).

²³ GwH 7 februari 2019, nr. 19/2019. Zie hierover: E. DECORTE, "Afstamming langs vaderszijde: over de (on)mogelijkheden na medisch begeleide voortplanting met donorzaad" (noot onder GwH 7 februari 2019), *TJK* 2019, 266-275; P. SENAËVE, "Medisch begeleide voortplanting met donorsperma en onderzoek naar het vaderschap" (noot onder GwH 7 februari 2019), *T.Fam.* 2019, 138-142; G. WILLEMS, "La filiation après PMA à l'épreuve du contrôle de constitutionnalité: vers une consécration législative de la parenté intentionnelle?" (noot onder GwH 7 februari 2019), *JT* 2019, 455-459.

9. De rechtbank die de prejudiciële vragen stelde²⁴, moest zich uitspreken over een vordering tot onderzoek naar het vaderschap, ingesteld door de moeder van een kind verwekt door middel van heterologe IVF. De vordering strekte ertoe het vaderschap van de partner van de moeder, die enkele maanden voor de geboorte van het kind was overleden, bij vonnis te laten vaststellen (art. 322 BW). Het kind was geboren als gevolg van een embryo-implantatie waarin de partner van de moeder had toegestemd in het kader van hun gezamenlijke wens om een gezin te stichten. Op grond van een letterlijke toepassing van artikel 332*quinquies*, § 3 BW was de rechtbank van oordeel dat een gerechtelijke vaststelling van het vaderschap niet mogelijk was, bij gebrek aan een biologische band tussen de man en het kind. De rechtbank verwierp daarbij het argument van de moeder dat de artikelen 27 en 56 wet medisch begeleide voortplanting²⁵ afwijken van het gemene afstammingsrecht, en met name van artikel 332*quinquies*, § 3 BW.

10. Op verzoek van de voogd *ad hoc* die voor het kind was aangesteld, stelde de rechtbank aan het Grondwettelijk Hof drie prejudiciële vragen over de gevolgen van artikel 332*quinquies*, § 3 BW. Twee vragen betroffen de eventuele discriminatoire verschillen in behandeling voor kinderen, wat betreft de vestiging van een tweede afstammingsband, naargelang zij al dan niet zijn verwekt met behulp van gedoneerde gameten en naargelang zij worden geboren in het kader van een wensouderschap van een heteropaar dan wel van een paar bestaande uit twee vrouwen.²⁶ De derde vraag betrof de verenigbaarheid met het recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven (art. 22 Gw.) van de uit artikel 332*quinquies*, § 3 BW volgende belemmering voor de vaststelling van de afstamming van vaderszijde van een kind geboren na medisch begeleide voortplanting met gedoneerde gameten.

B. Het oordeel van het Grondwettelijk Hof

11. Bij het onderzoek van de drie vragen samen, stelt het Grondwettelijk Hof vast dat uit de parlementaire voorbereiding met betrekking tot artikel 332*quinquies*, § 3 BW duidelijk blijkt dat de wetgever niet de hypothese heeft beoogd van de vordering tot onderzoek naar het vaderschap die is ingesteld in de omstandigheden zoals die in de procedure hangende voor het verwijzende rechtcollege.²⁷ Voorts leidt het Grondwettelijk Hof uit de artikelen 27 en 56 wet medisch begeleide voortplanting af dat de wetgever de wensafstamming heeft willen doen primeren op de

²⁴ Dit was de familierechtbank van Henegouwen, afdeling Bergen.

²⁵ Wet 6 juli 2007 betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de overtallige embryo's en de gameten, BS 17 juli 2007; hierna: wet medisch begeleide voortplanting.

²⁶ Krachtens art. 325/8 BW is art. 332*quinquies*, § 3 BW niet van toepassing op de vordering tot onderzoek naar het meemoederschap.

²⁷ Overw. B.6.1.

biologische afstamming, wanneer de verwekking van het kind voortvloeit uit de toepassing van een techniek van medisch begeleide voortplanting.²⁸ In dat geval wil de wetgever de vaststelling en het behoud van de afstammingsband ten aanzien van de wensouders mogelijk maken, niettegenstaande er geen biologische band bestaat. In dat opzicht is het volgens het Grondwettelijk Hof niet relevant om een onderscheid te maken steunend op de omstandigheden van de geboorte van het kind of op het geslacht en seksuele geaardheid van de wensouders.²⁹

12. Bovendien heeft artikel 332*quinquies*, § 3 BW tot gevolg dat het kind dat is geboren in het kader van een wensouderschap binnen een paar bestaande uit een man en een vrouw die gebruik hebben gemaakt van medisch begeleide voortplanting met gedoneerde gameten, de mogelijkheid wordt ontzegd zijn afstamming ten aanzien van zijn wensvader te laten vaststellen indien die laatste niet gehuwd was met zijn moeder en het kind niet had erkend.³⁰ Dit terwijl de vaststelling van een dubbele afstammingsband ten aanzien van ouders wier wensouderschap heeft geleid tot de geboorte van het kind, niet alleen het recht van het kind op bescherming en op welzijn verankert, maar ook voor dat kind onbetwistbaar een belangrijk element van zijn identiteit kan vormen. De vaststelling van die tweede afstammingsband moet daarom, behoudens uitzonderlijke omstandigheden, worden geacht overeen te stemmen met het hoger belang van het kind.³¹ Door de gerechtelijke vaststelling te verhinderen van het vaderschap van de mee-ouder wiens wensouderschap, na gebruik te hebben gemaakt van een techniek van exogene medisch begeleide voortplanting, heeft geleid tot de geboorte van het kind, doet artikel 332*quinquies*, § 3 BW op onevenredige wijze afbreuk aan het recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven van het betrokken kind, alsook aan zijn recht dat rekening wordt gehouden met zijn hoger belang.³² Het Grondwettelijk Hof besluit dan ook dat artikel 332*quinquies*, § 3 BW niet verantwoord is wanneer deze bepaling wordt toegepast in de context van een vordering tot onderzoek naar het vaderschap betreffende het kind dat is geboren met behulp van een techniek van exogene medisch begeleide voortplanting.³³ Het arrest heeft tot gevolg dat artikel 332*quinquies*, § 3 BW in die context buiten toepassing moet worden gelaten.

C. De verhouding tussen de afstammingsregels van het Burgerlijk Wetboek en de artikelen 27 en 56 wet medisch begeleide voortplanting

²⁸ Overw. B.7.3.

²⁹ Overw. B.9.1-B.9.2.

³⁰ Overw. B.10.1.

³¹ Overw. B.11.1.

³² Overw. B.11.2.

³³ Overw. B.12.

13. De ongrondwettigheid vastgesteld in dit arrest houdt verband met het feit dat de wetgever de afstamming na medisch begeleide voortplanting niet omvattend heeft geregeld in het Burgerlijk Wetboek.³⁴ In de wet medisch begeleide voortplanting bepalen de artikelen 27 en 56 dat vanaf het moment van de implantatie van de gedoneerde embryo's of van de inseminatie van de gedoneerde gameten, de afstammingsregels zoals bepaald in het Burgerlijk Wetboek in het voordeel spelen van de wensouder(s) die de embryo's of gameten hebben ontvangen. Zij bepalen tevens dat er geen vorderingen inzake afstamming of de daaruit voortvloeiende vermogensrechtelijke gevolgen kunnen worden ingesteld door of tegen de donor.³⁵ In de rechtsleer bestaat geen eensgezindheid over de verhouding tussen de afstammingsregels van het Burgerlijk Wetboek enerzijds en de artikelen 27 en 56 wet medisch begeleide voortplanting anderzijds.³⁶ Volgens sommige rechtsleer komt aan de artikelen 27 en 56 wet medisch begeleide voortplanting slechts een beperkte draagwijdte toe. Deze bepalingen zouden enkel tot doel hebben om de verhouding tussen de ontvangers van de embryo's of gameten en de donoren te regelen, door hen wederzijds tegen vorderingen te beschermen. Zij zouden niet kunnen worden beschouwd als regels die afwijken van het gemene afstammingsrecht. Volgens deze rechtsleer laat de wet medisch begeleide voortplanting dan ook niet toe om de afstammingsregels van het Burgerlijk Wetboek, die van openbare orde zijn, buiten spel te zetten.³⁷ Een ander deel van de rechtsleer kent aan de artikelen 27 en 56 wet medisch begeleide voortplanting een ruimere draagwijdte toe. Volgens deze rechtsleer zorgen deze artikelen ervoor dat indien een kind verwekt werd na medisch begeleide voortplanting met donormateriaal, de biologisch-genetische band als grondslag van afstamming geacht wordt vervangen te zijn door het wensouderschap.³⁸

³⁴ Sommige afstammingsregels in het BW verwijzen wel expliciet of impliciet naar medisch begeleide voortplanting (o.a. artt. 318, §§ 2, 4 en 6, 330, §§ 1 en 4, 325/3, 325/4, 325/7, 325/9 BW).

³⁵ Art. 27 wet medisch begeleide voortplanting is van toepassing in geval van donatie van overtallige embryo's; art. 56 wet medisch begeleide voortplanting is van toepassing in geval van donatie van gameten.

³⁶ Zie V. VANDERHULST, "Medische begeleide voortplanting en draagmoederschap" in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek Gezondheidsrecht. Volume II. Rechten van patiënten: van embryo tot lijk*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (31) 104-106 en 109-112.

³⁷ M.-N. DERESE en J. WILLEMS, "La loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes", *RTDF* 2008, (349) 354-355; J. SOSSON, "Procréations médicalement assistées avec donneur et action en recherche de paternité: quelle interprétation donner aux articles 27 et 56 de la loi du 6 juillet 2007?" (noot onder Rb. Dinant 5 maart 2009), *RTDF* 2010, 1102-1111. Zie ook N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Brussel, Larcier, 2009, 350-351.

³⁸ T. WUYTS, "De afstamming na medische begeleide voortplanting" in P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (eds.), *De hervorming van het afstammingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, (287) 329-331. Zie ook E. DECORTE, "Afstamming langs vaderszijde: over de (on)mogelijkheden na medisch begeleide voortplanting met donorzaad" (noot onder GwH 7 februari 2019), *TJK* 2019, (266) 271-272; P. SENAËVE, "Medisch begeleide voortplanting met donorsperma en onderzoek naar het vaderschap" (noot onder GwH 7 februari 2019), *T.Fam.* 2019, (138) 140-142; P. SENAËVE en C. DECLERCK, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2020, 286-288; G. VERSCHULDEN, "Overzicht van rechtspraak inzake MBV (exclusief draagmoederschap)" in S. TACK

14. In de zaak die tot het prejudicieel arrest van 7 februari 2019 leidde, volgde de verwijzende rechtbank het eerste standpunt. De prejudiciële vragen gingen er dan ook van uit dat artikel 332*quinquies*, § 3 BW de vaststelling van het vaderschap van de wensvader, die niet de biologische vader is, verhindert. Weinig verrassend, oordeelt het Grondwettelijk Hof dat artikel 332*quinquies*, § 3 BW daardoor de Grondwet schendt. Het Hof spreekt zich hierbij niet uit over de verhouding tussen de afstammingsregels van het Burgerlijk Wetboek enerzijds en de artikelen 27 en 56 wet medisch begeleide voortplanting anderzijds. Het overweegt immers dat *“zonder dat moet worden bepaald of de voormelde artikelen 27 en 56 van de wet van 6 juli 2007 een regel vormen die afwijkt van het gemeen recht van de afstamming en bijgevolg zouden toelaten dat artikel 332quinquies, § 3 BW buiten toepassing wordt gelaten, het volstaat vast te stellen dat de wetgever de wensafstamming heeft willen doen primeren op de biologische afstamming, wanneer de verwekking van het kind voortvloeit uit de toepassing van een techniek van medisch begeleide voortplanting”*.³⁹

15. Het door de verwijzende rechter gevolgde standpunt dat de wet medisch begeleide voortplanting niet toelaat om af te wijken van de afstammingsregels uit het Burgerlijk Wetboek leidt niet alleen tot een ongrondwettigheid in het kader van de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap. Ook in het kader van de erkenning van het vaderschap is dit standpunt problematisch. Wanneer de wensvader het kind dat met zijn instemming is verwekt via medisch begeleide voortplanting wil erkennen, maar de moeder stemt daarin niet toe, dan zou de rechtbank het verzoek tot erkenning moeten verwerpen als vaststaat dat de verzoeker niet de biologische vader is (art. 329*bis*, § 2, vierde lid BW).⁴⁰ Bij medisch begeleide voortplanting met gedoneerd materiaal zou de moeder bijgevolg over een vetorecht tegen erkenning door de wensvader beschikken. Wellicht is dit eveneens strijdig met de artikelen 10, 11 en 22 van de Grondwet.

16. De restrictieve interpretatie die sommige rechtsleer aan de artikelen 27 en 56 wet medisch begeleide voortplanting geeft, leidt dus tot nieuwe ongrondwettigheden in het afstammingsrecht. Die interpretatie is bovendien niet helemaal overtuigend. De regel dat de afstammingsregels zoals bepaald in het Burgerlijk Wetboek in het voordeel spelen van de wensouders is weliswaar ongelukkig geformuleerd, maar haar ratio is niettemin duidelijk: bij medisch begeleide voortplanting met gedoneerde gameten of gedoneerde overtallige embryo's wil de wetgever de

en G. VERSCHULDEN (eds.), *Medisch begeleide voortplanting in juridisch en ethisch perspectief*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (23) 46.

³⁹ Overw. B.7.3.

⁴⁰ Zie de rechtsleer aangehaald in voetnoot 38.

wensafstamming laten primeren op de biologische afstamming. Het Grondwettelijk Hof erkent in het arrest van 7 februari 2019 dat dit de doelstelling is van deze regel.⁴¹ Dat de afstammingsregels uit het Burgerlijk Wetboek de openbare orde raken, belet niet dat de wetgever daarvan kan afwijken. Overigens zijn afstammingsregels van openbare orde omdat zij de afstamming en dus de staat van een persoon in de familie regelen. Het openbare orde-karakter is dus eigen aan elke afstammingswetgeving⁴², ongeacht of die in het Burgerlijk Wetboek is opgenomen of in een specifieke wet zoals de wet medisch begeleide voortplanting.⁴³ Gelet op de doelstelling van de wetgever om bij medisch begeleide voortplanting het wensouderschap te laten primeren op de biologische afstamming, kunnen de artikelen 27 en 56 wet medisch begeleide voortplanting worden beschouwd als een *lex specialis* ten aanzien van de gemene afstammingsregels uit het Burgerlijk Wetboek. Uit die zienswijze volgt dat het biologisch vaderschap in de artikelen 329*bis* en 332*quinquies* BW op basis van de wet medisch begeleide voortplanting geacht moet worden te zijn vervangen door het wensvaderschap, zodat het vaderschap van de wensvader, niettegenstaande het ontbreken van een biologische band met het kind, kan worden gevestigd.⁴⁴ Deze interpretatie vermijdt dat nog meer ongrondwettigheden in het afstammingsrecht worden vastgesteld bij medisch begeleide voortplanting met donormateriaal.

III. Verjaringstermijn vordering van het kind tot vaststelling van het vaderschap

17. Bij prejudicieel arrest van 17 oktober 2019 heeft het Grondwettelijk Hof de verjaringstermijn van dertig jaar voor de vordering tot onderzoek naar het vaderschap ongrondwettig bevonden, in zoverre aan de persoon die de identiteit van zijn vermeende vader na het verstrijken van de verjaringstermijn verneemt, een vordering tot onderzoek naar het vaderschap wordt ontzegd.⁴⁵

Artikel 331*ter* BW bepaalt dat, wanneer de wet geen kortere termijn stelt, vorderingen betreffende de afstamming verjaren door verloop van dertig jaar te rekenen vanaf de geboorte, bij gebrek aan bezit van staat ten aanzien van de vermeende ouder. Artikel 2252 BW blijft

⁴¹ Overw. B.7.3.

⁴² G. VERSCHULDEN, *Handboek Belgisch Personen- en familierecht*, Brugge, die Keure, 2016, 6-7.

⁴³ In de parlementaire voorbereiding van de wet medisch begeleide voortplanting, vermeldt de toelichting bij art. 27 wet medisch begeleide voortplanting, waarnaar de toelichting bij art. 56 verwijst, dat dit artikel *de afstammingsregels* vastlegt in geval van donatie van overtallige embryo's (*Parl.St.* Senaat 2005-06, nr. 3-144/01, 12).

⁴⁴ In de rechtspraak werd deze zienswijze toegepast door het hof van beroep te Brussel m.b.t. een verzoek tot erkenning door de wensvader (Brussel 29 mei 2012, *T.Fam.* 2013, 201, noot U. CERULUS en *RTDF* 2014, 212) en door de rechtbank van eerste aanleg te Dinant m.b.t. een vordering tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap van een man die overleed enkele dagen na de geboorte van een tweeling, geboren uit een kunstmatige inseminatie die met zijn instemming bij zijn partner was verricht (Rb. Dinant 5 maart 2009, *RTDF* 2010, 1095, noot J. SOSSON).

⁴⁵ GWH 17 oktober 2019, nr. 142/2019. Zie hierover G. VERSCHULDEN, "Onderzoek naar vaderschap wordt mogelijk na 48^{ste} verjaardag", *Juristenkrant* 6 november 2019, nr. 397, 2-3.

onverkort van toepassing. Ten aanzien van het kind zelf wordt de dertigjarige termijn dus geschorst tijdens zijn minderjarigheid. Dit betekent dat het kind tot zijn 48^{ste} verjaardag tijdig een vordering tot onderzoek naar het vaderschap kan instellen. Voor de familierechtbank van Henegouwen, afdeling Doornik, stelde een vrouw een vordering in tot onderzoek naar het vaderschap, nadat de verjaringstermijn was verstreken. De rechtbank legde aan het Grondwettelijk Hof een vraag voor over de bestaanbaarheid van artikel 331^{ter} BW met het recht op eerbiediging van het privéleven (art. 22 Grondwet en art. 8 EVRM), in zoverre die bepaling het meerderjarige kind zou verbieden zijn oorsprong te kennen en zijn afstamming langs vaderszijde vastgesteld te zien, zodra de verjaringstermijn is verstreken. Uit het verwijzingsvonnis bleek niet waarom de vrouw in kwestie de vordering niet binnen de termijn had ingesteld.⁴⁶

18. Zoals in het arrest nr. 18/2016 van 3 februari 2016, overweegt het Grondwettelijk Hof dat in een gerechtelijke procedure tot vaststelling van de afstamming het recht van eenieder op vaststelling van zijn afstamming in beginsel de overhand dient te krijgen op het belang van de rust der families en de rechtszekerheid van de familiale banden. Het voegt eraan toe dat dit de wetgever echter niet belet een verjaringstermijn vast te stellen voor een vordering tot onderzoek naar het vaderschap, teneinde de rust der families en de rechtszekerheid van de familiale banden te bevorderen.⁴⁷ Ook al heeft de wetgever in een zeer lange verjaringstermijn voorzien, toch heeft de keuze van het aanvangspunt ervan op het ogenblik dat het kind de meerderjarigheid bereikt, tot gevolg dat aan diegene die de identiteit van zijn vermeende vader na het verstrijken van de termijn verneemt, een vordering tot onderzoek naar het vaderschap wordt ontzegd. In die mate is artikel 331^{ter} BW niet bestaanbaar met artikel 22 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 8 EVRM.⁴⁸ Na de (korte) vervaltermijn voor de vordering van het kind tot betwisting van het vaderschap, die al meermaals ongrondwettig werd bevonden,⁴⁹ komt nu dus ook de (lange) verjaringstermijn voor de vordering van het kind tot onderzoek naar het vaderschap op losse schroeven te staan. Bepaalde rechtsleer had er al op gewezen dat deze verjaringstermijn problematisch is, doordat er geen uitzondering kan worden op toegestaan indien de vorderingsgerechtigde geen realistische kans heeft op vestiging van de afstamming, bijvoorbeeld indien het kind de identiteit van de vermeende vader pas na het verstrijken van de termijn achterhaalt.⁵⁰

⁴⁶ Overw. B.2.1.

⁴⁷ Overw. B.8.

⁴⁸ Overw. B.9.

⁴⁹ *Supra* nr. 3.

⁵⁰ F. SWENNEN, "Wat is ouderschap?", *TPR* 2016, (11) 40.

19. Dit arrest heeft tot gevolg dat de vordering van een meerderjarig kind dat pas na zijn 48^{ste} verjaardag de identiteit van zijn vermeende vader verneemt, niet onontvankelijk mag worden verklaard wegens verjaring. De vaststelling van het ogenblik waarop iemand “de identiteit van zijn vermeende vader verneemt” is een feitenkwesitie. Het is niet zo dat een kind alleen op basis van de uitkomst van een DNA-onderzoek de identiteit van zijn vermeende vader kan vernemen. Dat kan bijvoorbeeld ook gebeuren door de mededeling van een moeder aan haar kind dat een bepaalde man de verwekker is.⁵¹ Absolute zekerheid over het biologisch vaderschap is immers niet vereist om de vordering te kunnen instellen.⁵² In het licht van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens waarnaar het Grondwettelijk Hof verwijst⁵³, kan aangenomen worden dat een onderscheid is te maken tussen enerzijds, gevallen waarin het meerderjarige kind voor het verstrijken van de termijn geen mogelijkheid had om te weten wie zijn vader was, en anderzijds, gevallen waarin het meerderjarige kind met zekerheid wist of redenen had om aan te nemen wie zijn vader was, maar geen enkele maatregel heeft genomen om de vordering binnen de wettelijke termijn in te stellen.⁵⁴ Een correctie op de verjaringstermijn is alleszins nodig in die eerste gevallen. Maar wat dan met de gevallen waarin het kind al voor zijn 48^{ste} verjaardag wist (of redenen had om aan te nemen) wie zijn vader was, maar de vordering niet tijdig heeft ingesteld? Het ongrondwettigheidsoordeel in het arrest van 17 oktober 2019 strekt zich niet uit tot die gevallen. Toch kan de vraag worden gesteld of het niet strijdig is met het recht op eerbieding van het privéleven dat de wet het kind, dat al voor zijn 48^{ste} verjaardag de identiteit van de vermeende vader achterhaalde, niet langer de mogelijkheid biedt om nog een vordering tot onderzoek naar het vaderschap in te stellen van zodra dit kind 48 jaar is geworden. Zou ook hier geen mogelijkheid tot *in concreto*-belangenafweging moeten bestaan?⁵⁵ Bij een toekomstige, grondige hervorming van het afstammingsrecht zal de wetgever moeten beslissen of het nog

⁵¹ F. SWENNEN, “Wat is ouderschap?”, *TPR* 2016, (11) 52.

⁵² Zie G. VERSCHULDEN, “Afstamming en adoptie” in G. VERSCHULDEN, I. BOONE, S. BROUWERS, L. DE SCHRIJVER EN A. VAN THIENEN, “Overzicht van rechtspraak. Familierecht (2012-2016)”, *TPR* 2017, (655) 682-683.

⁵³ Overw. B.6.5.

⁵⁴ EHRM 20 december 2007, nr. 23890/02, *Phinikaridou/Cyprus*, § 63: “*In the Court’s view, a distinction should be made between cases in which an applicant has no opportunity to obtain knowledge of the facts and cases where an applicant knows with certainty or has grounds for assuming who his or her father is but for reasons unconnected with the law takes no steps to institute proceedings within the statutory time-limit*”.

⁵⁵ Naar analogie met de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof over de ongrondwettigheid van de vervaltermijn voor het kind om het vaderschap te betwisten (*supra* nr. 3), zou aangevoerd kunnen worden dat de verjaringstermijn die aan het kind vanaf zijn 48^{ste} verjaardag de mogelijkheid ontzegt om zich tot een rechter te wenden die rekening kan houden met de vaststaande feiten en met het belang van alle betrokken partijen, op onevenredige wijze afbreuk doet aan het recht op eerbieding van het privéleven van het kind. Gelet op de lange duur van de verjaringstermijn bepaald in art. 331^{ter} BW, zou de mogelijkheid tot *in concreto*-belangenafweging weliswaar tot zeer uitzonderlijke gevallen beperkt kunnen worden (zie F. SWENNEN, “Wat is ouderschap?”, *TPR* 2016, (11) 40).

wenselijk is om de vordering van het kind tot vaststelling van de afstamming te onderwerpen aan een termijn,⁵⁶ en zo ja, in welke mate de rechter de mogelijkheid moet krijgen om daarvan af te wijken.

IV. Toets aan het belang van het kind bij een door de moeder ingestelde vordering tot vaststelling van het vaderschap

A. Verzet en daaropvolgende toets aan het belang van het kind

20. Bij arrest van 28 november 2019 heeft het Grondwettelijk Hof een prejudiciële vraag beantwoord over de toets aan het belang van het kind, in het kader van een vordering tot onderzoek naar het vaderschap ingesteld door de moeder.⁵⁷

Krachtens artikel 332*quinquies*, § 2 BW moet de rechtbank de vordering tot onderzoek naar het vaderschap afwijzen indien de vaststelling van de afstamming strijdig is met de belangen van het kind. De rechterlijke toets aan het belang van het kind moet worden geactiveerd door verzet te doen tegen de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap. Het verzet kan enkel uitgaan van het kind zelf dat de volle leeftijd van twaalf jaar heeft bereikt en niet ontvoegd is, van de moeder of van het openbaar ministerie (art. 332*quinquies*, § 2, eerste lid BW).⁵⁸ Door het verzetsrecht toe te kennen aan de moeder en het kind, beoogde de wetgever de parallellie met de erkenning (art. 329*bis*, § 2 BW) te bewaren.⁵⁹

21. De man tegen wie de vordering tot onderzoek van het vaderschap wordt ingesteld, is geen titularis van het verzetsrecht en kan dus de toets aan het belang van het kind niet uitlokken. De rechtbank kan ook de toets niet ambtshalve doorvoeren.⁶⁰ Wel moet de rechtbank de vordering hoe dan ook afwijzen indien het bewijs wordt geleverd dat de man tegen wie de vordering is

⁵⁶ Op basis van een vergelijkend onderzoek heeft het EHRM vastgesteld dat in een belangrijk aantal Staten de vordering van het kind om het vaderschap te doen vaststellen niet aan een termijn is geboden (EHRM 20 december 2007, nr. 23890/02, Phinikaridou/Cyprus, § 58; EHRM 3 april 2014, nr. 58809/09, Konstantinidis/Griekenland, § 44).

⁵⁷ GwH 28 november 2019, nr. 190/2019.

⁵⁸ De mogelijkheid voor het openbaar ministerie om zich te verzetten tegen de vaststelling van het vaderschap werd ingevoerd door de wet van 19 september 2017 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek, het Gerechtelijk Wetboek, de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en het Consulair Wetboek met het oog op de strijd tegen de frauduleuze erkenning en houdende diverse bepalingen inzake het onderzoek naar het vaderschap, moederschap en meemoederschap, alsook inzake het schijnhuwelijk en de schijnwettelijke samenwoning, *BS* 4 oktober 2017. Zo zal het openbaar ministerie zich verzetten tegen de vaststelling van het vaderschap indien de vordering kennelijk enkel gericht is op het verkrijgen van een verblijfsrechtelijk voordeel.

⁵⁹ F. SWENNEN, "Commentaar bij artikel 332*quinquies* BW" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, 2016, 6, nr. 6.

⁶⁰ F. SWENNEN, "Commentaar bij artikel 332*quinquies* BW" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, 2016, 5, nr. 4 en 6, nr. 6; G. VERSCHULDEN, "Afstamming en adoptie" in G. VERSCHULDEN, I. BOONE, S. BROUWERS, L. DE SCHRIJVER en A. VAN THIENEN, "Overzicht van rechtspraak. Familierecht (2012-2016)", *TPR* 2017, (655) 730-731.

ingesteld, niet de biologische vader van het kind is (art. 332*quinquies*, § 3 BW). Wanneer de moeder tegen de man die de biologische vader van het kind is een vordering instelt tot gerechtelijke vaststelling van zijn vaderschap, en er geen verzet van het kind zelf of van het openbaar ministerie is, dan moet de rechtbank de vordering inwilligen.

B. De zaak voor de verwijzende rechter en de prejudiciële vraag

22. De familierechtbank van Namen stelde hierover een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof. In de zaak die daartoe aanleiding gaf, werd het kind erkend door een man die dacht dat hij de vader was. Naarmate het kind opgroeide, kreeg de moeder het vermoeden dat de vader van het kind in werkelijkheid een andere man is, met wie zij eenmalig seksueel contact had tijdens de periode van verwekking. De moeder stelde een vordering in tot betwisting van het vaderschap van de erkenner, en een tweede vordering tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap van de vermeende vader. Nadat een DNA-onderzoek had uitgewezen dat die laatste de biologische vader van het kind is, willigde de familierechtbank de vordering tot betwisting van het vaderschap van de erkenner in. Wat de tweede vordering betreft, stelde de rechtbank vast dat, volgens het positief recht, het belang van het kind niet in aanmerking wordt genomen indien de moeder een vordering instelt tegen de biologische vader, zodat de afstammingsband aan die laatste kan worden opgelegd, zonder andere toetsing dan die van de biologische werkelijkheid. Daarentegen wordt het belang van het kind wel in aanmerking genomen indien de biologische vader een vordering tot vaststelling van de afstamming instelt en de moeder en/of het kind zich daartegen verzetten.

23. De rechtbank legde aan het Grondwettelijk Hof de vraag voor of artikel 332*quinquies* BW de artikelen 10, 11, 22 en 22*bis* van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 8 EVRM schendt, *“in zoverre het niet bepaalt dat het belang van het kind in aanmerking wordt genomen en gecontroleerd door de rechter wanneer de moeder een vordering instelt tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap tegen de biologische vader, in een feitelijke context waarin een eenmalig seksueel contact heeft plaatsgevonden tussen de ouders van het kind, zonder enige bedoeling, van hunnentwege, om zich voort te planten, maar ook, daarmee samenhangend, zonder contraceptivum”*. De vraag raakt dus aan de problematiek van het opgelegd vaderschap: een man wordt geconfronteerd met een vordering tot vaststelling van zijn vaderschap ingesteld door een vrouw met wie hij seksueel contact had, terwijl hij niet de bedoeling had om een kind te

krijgen.⁶¹ In de rechtsleer werd al de vraag gesteld of het niet discriminatoir is dat de man tegen wie de vordering tot onderzoek naar het vaderschap wordt ingesteld, de toets aan het belang niet kan uitlokken.⁶²

C. Het oordeel van het Grondwettelijk Hof

24. In zijn antwoord op de prejudiciële vraag wijst het Grondwettelijk Hof erop dat artikel 22*bis* van de Grondwet de verplichting oplegt het belang van het kind in aanmerking te nemen in de procedures die op het kind betrekking hebben.⁶³ Het Hof stelt vast dat artikel 332*quinquies* BW de rechtbank bij een vordering tot gerechtelijke vaststelling van vaderschap ingesteld door de moeder van het kind tegen de biologische vader, noch machtigt, noch verplicht om het belang van het kind in aanmerking te nemen, bij ontstentenis van verzet vanwege het kind dat de volle leeftijd van twaalf jaar heeft bereikt of vanwege het openbaar ministerie. De rechtbank is er dan toe gehouden om de vordering van de moeder in te willigen. In die hypothese veronderstelt de wetgever dat het kind noodzakelijkerwijze erbij belang heeft dat zijn dubbele afstamming wordt vastgesteld, en dat op onweerlegbare wijze.⁶⁴ Het Hof overweegt, zoals het eerder al deed,⁶⁵ dat er gevallen kunnen bestaan waarin het gerechtelijk vaststellen van de afstamming van een kind van vaderszijde voor dat kind nadelig is. Ook al kan men doorgaans ervan uitgaan dat het in het belang van een kind is dat zijn afstamming van beide zijden wordt vastgesteld, toch kan men niet onomstotelijk volhouden dat dit altijd het geval is.⁶⁶

25. Het Hof vervolgt dat het niet redelijk verantwoord is ervan uit te gaan dat het in elk geval in het belang van het kind is om zijn dubbele afstamming vast te stellen, bij een vordering tot vaststelling van vaderschap die door de moeder van het kind is ingesteld tegen de biologische vader, in geval van verzet van die laatste, noch dat het belang van de moeder en dat van het kind in alle omstandigheden samenvallen. Het besluit daaruit dat, in de interpretatie dat artikel 332*quinquies* BW de rechter niet toestaat het belang van het kind in aanmerking te nemen wanneer de moeder van het kind een vordering heeft ingesteld tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap tegen de biologische vader, in geval van verzet van die laatste, die bepaling niet

⁶¹ Zie daarover E. DELVOSAL, "La paternité imposée: une problématique soluble en droit belge et au regard des thèses féministes?", *Revue de droit et de criminologie de l'ULB*, 2018, 1-36; H. FULCHIRON, "Les paternités forcées: projet parental versus géniteur payeur", *Dr.Fam.* 2017, repère 1.

⁶² F. SWENNEN, "Commentaar bij artikel 332*quinquies* BW" in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, 2016, 6, nr. 6.

⁶³ Overw. B.5.

⁶⁴ Overw. B.6.

⁶⁵ GwH 14 mei 2013, nr. 66/2003 (overw. B.5); GwH 7 maart 2007, nr. 35/2007 (overw. B.5.3); GwH 16 december 2010, nr. 144/2010 (overw. B.5); GwH 3 mei 2012, nr. 61/2012 (overw. B.6).

⁶⁶ Overw. B.7.

bestaanbaar is met artikel 22*bis* van de Grondwet. Volgens het Hof kan artikel 332*quinqües* BW evenwel ook in die zin worden geïnterpreteerd dat die bepaling de rechter wél toestaat om het belang van het kind in aanmerking te nemen wanneer de moeder van het kind een vordering heeft ingesteld tot gerechtelijke vaststelling van het vaderschap tegen de biologische vader, in geval van verzet van die laatste. In die interpretatie is artikel 332*quinqües* BW wel bestaanbaar met artikel 22*bis* van de Grondwet.⁶⁷ Het arrest kent dan ook een dubbel dispositief: schending (van de art. 10, 11, 22, 22*bis* Grondwet, in samenhang gelezen met art. 8 EVRM) in die zin geïnterpreteerd dat artikel 332*quinqües* BW de rechter niet toestaat het belang van het kind in aanmerking te nemen wanneer de moeder van het kind een vordering heeft ingesteld tot gerechtelijke vaststelling van vaderschap tegen de biologische vader, in geval van verzet van die laatste; geen schending, in die zin geïnterpreteerd dat artikel 332*quinqües* BW de rechter toestaat het belang van het kind in aanmerking te nemen wanneer de moeder van het kind een vordering heeft ingesteld tot gerechtelijke vaststelling van vaderschap tegen de biologische vader, in geval van verzet van die laatste.

26. Het is niet duidelijk waarop deze grondwetsconforme interpretatie is gebaseerd. Zowel in de B-overwegingen als in het dispositief van het arrest spreekt het Grondwettelijk Hof van het “verzet” van de biologische vader.⁶⁸ Het Hof schijnt ervan uit te gaan dat artikel 332*quinqües* BW bij een vordering tot vaststelling van het vaderschap een verzetsrecht toekent aan de vermeende vader en dat dit verzet de rechterlijke toets aan het belang van het kind activeert. Dat is onjuist. Krachtens artikel 332*quinqües* BW komt het verzetsrecht toe aan “degene van de ouders van het kind ten aanzien van wie de afstamming vaststaat”, dit is dus aan de moeder, bij een vordering tot vaststelling van het vaderschap, maar niet aan de vermeende vader tegen wie de vordering wordt ingesteld.⁶⁹ Bij een vordering ingesteld door de moeder tegen de biologische vader, voorziet artikel 332*quinqües* BW enkel in een toets aan het belang van het kind indien het niet-ontvoogde minderjarige kind dat de leeftijd van twaalf jaar heeft bereikt of het openbaar ministerie zich verzet tegen de vaststelling van het vaderschap. Buiten die hypothese laat artikel 332*quinqües* BW de rechter geen mogelijkheid om *in concreto* te beoordelen of de vaststelling van het vaderschap strijdig zou zijn met het belang van het kind. Een wetgevende hervorming is nodig om

⁶⁷ Overw. B.9.2.

⁶⁸ Zie overw. B.2 (het Hof herhaalt in deze overweging de vraag van de verwijzende rechter, maar terwijl de verwijzende rechter niet sprak van “verzet uitgaande van de biologische vader”, doet het Hof dat wel), B.6, B.8, B.9.1 en B.9.2.

⁶⁹ *Supra* nrs. 20-21.

de rechter die mogelijkheid te geven en zodoende artikel 332^{quinquies} BW in overeenstemming te brengen met de Grondwet.

27. Tot slot rijst de vraag in welke gevallen de rechter zal oordelen dat de vaststelling van het vaderschap van de biologische vader, gevorderd door de moeder en waartegen er geen verzet is van het kind of van het openbaar ministerie, strijdig is met het belang van het kind. Behoudens uitzonderlijke omstandigheden, moet de vaststelling van een tweede afstammingsband geacht worden overeen te stemmen met het hoger belang van het kind.⁷⁰ Het enkele feit dat de biologische vader het ouderschap niet wenst, wil nog niet zeggen dat de vestiging van de afstammingsband in strijd zou zijn met het belang van het kind.

Besluit

28. Nog geen jaar nadat de wetgever gedeeltelijk is tegemoet gekomen aan de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, heeft dit Hof opnieuw een aantal ongrondwettigheden vastgesteld met betrekking tot belangrijke aspecten van het afstammingsrecht. De nood aan een globale, fundamentele hervorming neemt alleen maar toe.⁷¹ Daarbij zal de wetgever (opnieuw) keuzes moeten maken over onder meer de rol van het bezit van staat en van het belang van het kind, de termijnen voor afstammingsvorderingen en de rechterlijke appreciatiemarge. De contouren tekenen zich stilaan af. In afstammingsprocedures moet de rechter altijd de mogelijkheid hebben om het belang van het minderjarige kind in aanmerking te nemen.⁷² Bij de beoordeling van de gegrondheid van vorderingen tot betwisting van de afstamming is niet alleen de biologische realiteit van tel; de rechter moet ook rekening kunnen houden met het bezit van staat en de belangen van alle betrokkenen.⁷³ Een termijn moet de titularis van de vordering een reële kans laten om de afstamming te laten vestigen of te betwisten. De afstamming na medisch begeleide voortplanting, waarvoor het wensouderschap de grondslag vormt, zou geïncorporeerd moeten worden in de afstammingsregels van het Burgerlijk Wetboek.

⁷⁰ Zie GwH 7 februari 2019, nr. 19/2019 (overweging B.11.1).

⁷¹ Zie reeds F. SWENNEN, "Wat is ouderschap?", *TPR* 2016, (11) 59-73; G. VERSCHULDEN, "Pleidooi voor een wetgevende hervorming van het Belgische afstammingsrecht", *T.Fam.* 2015, 53-59.

⁷² In de rechtsleer is zelfs een afzwakking bepleit van de automatische vestiging van het moederschap (art. 312 BW) en van het vaderschap van de echtgenoot (art. 315 BW), onder meer omdat die regels niet toelaten om de vestiging van de afstamming te verhinderen op grond van het belang van het kind (F. SWENNEN, "Wat is ouderschap?", *TPR* 2016, (11) 69-73).

⁷³ Zie F. SWENNEN, "Wat is ouderschap?", *TPR* 2016, (11) 48-49; G. VERSCHULDEN, "Afstamming en adoptie" in G. VERSCHULDEN, I. BOONE, S. BROUWERS, L. DE SCHRIJVER en A. VAN THIENEN, "Overzicht van rechtspraak. Familierecht (2012-2016)", *TPR* 2017, (655) 676-677. Vgl. Y-H. LELEU, "Filiation 2017: l'intérêt bien pondéré", *RTDF* 2017 (9) 20.