

Artikelen

Ouderlijk gezag moet op maat van het gezin georganiseerd kunnen worden

Tim Wuyts

Doctor, academisch consulent UGent

ABSTRACTS

De samenleving is sinds de invoering van het Burgerlijk Wetboek in de 19^{de} eeuw grondig gewijzigd. Het huwelijk is niet langer de hoeksteen van de samenleving en de ontwikkelingen in de medische wetenschap openen heel wat nieuwe mogelijkheden om tegemoet te komen aan een kinderwens. In deze bijdrage wordt onderzocht in welke mate het Belgisch recht inzake de vestiging van ouderlijk gezag nog aangepast is aan deze nieuwe maatschappelijke realiteit. Vastgesteld wordt dat het Belgisch recht in onvoldoende mate rekening houdt met de geschetste ontwikkelingen. Dit heeft tot gevolg dat het op sommige punten strijdig is met de mensenrechten. Gelet op de diversiteit aan gezinssituaties moet met de concrete omstandigheden steeds meer rekening kunnen worden gehouden bij de vaststelling van de afstamming en de organisatie van het ouderlijk gezag. Dit vereist tevens een zorgvuldig besluitvormingsproces met gepaste aandacht voor de mening van het minderjarige kind. Afstamming blijft bij voorkeur het aanknopingspunt voor ouderlijk gezag, maar op het niveau van de uitoefening moet op soepele en evenredige wijze erkenning kunnen worden gegeven aan de rol die derden in het leven van een minderjarige spelen. Kinderen geboren uit een gelijkslachtige relatie moeten bovendien op gelijkwaardige wijze kunnen genieten van deze rechtsbescherming.

Afstamming – Adoptie – Ouderlijk gezag

The society has changed profoundly since the implementation of the Code Civil in the 19th century. Marriage is no longer the basic rule of society and developments in the medical science has opened a lot of new possibilities to meet the desires for a child. In this article will be examined if the Belgium law concerning the attachment of parental authority is adapted to this new social reality. The article proofs that Belgium law does insufficiently takes into account the described developments. This has as consequence that it violates the human rights. Due to the diversity of family situations one should take, by the establishment of filiation and the organization of parental authority, still more the specific circumstances into account. This requires also a careful decision making process that pays due attention to the views of the child. Filiation stays by preference the point of attach for parental authority, but at the level of its exercise, it should be able to give on an easy and proportional way recognition to the role third people plays in the life of a minor. Children born out same-sex relationships should furthermore be given legal protection in an equal way.

Filiation – Adoption – Parental Authority

Depuis l'introduction du code civil dans le 19^e siècle, la société est profondément changée. Le mariage n'est plus le principe de base de la société et les développements dans la science médicale ouvre beaucoup des nouveaux possibilités pour satisfaire les désirs d'un enfant. Dans cet article l'adaptabilité de droit belge à cette nouvelle réalité sociale est examiné. On constate que le droit belge tient insuffisant compte des développements décrit. Par conséquent, il est en violence avec les droits de l'homme. Vue les diversités des situations familiales, on doit tenir compte avec les situations concrète pour l'établissement d'un lien de filiation et de l'organisation de l'autorité parentale. Cela requise également une procédure de décision approprié avec une attention convenable pour l'opinion du mineur. La filiation reste par préférence le point d'attachement pour l'autorité parentale, mais une reconnaissance à une façon souple et proportionnelle sur le niveau de l'exercice pourrait être donné a le rôle que les tiers jouent dans la vie du mineur. Les enfants nés dans une relation de même sexe doivent en surplus être jouir d'une protection judiciaire à une façon équivalent.

Filiation – Adoption – Autorité parentale

INLEIDING

1. Onze samenleving is sinds de invoering van het Burgerlijk Wetboek in 1804 grondig gewijzigd. De vooruitgang in de medische wetenschap heeft ervoor gezorgd dat het krijgen van een kind een wilsbepaald gegeven is geworden dat past binnen het kader van een gezinsplanning (Coene en Raes, 2002: 126-129). Het genetisch, bio-fysiologisch en wensouderschap vallen vandaag niet noodzakelijk meer samen (Heyvaert, 1987-88: 228). Een kind kan een feitelijke band hebben met meer dan twee personen. De mogelijkheden zijn de volgende: langs moederszijde een bio-fysiologische moeder, een genetische moeder en een sociale moeder; langs vaderszijde een genetische vader en een sociale vader. Een andere vaststelling is dat het huwelijk niet langer de hoeksteen van de samenleving is. Tot begin de jaren '70 werd geslachtsgemeenschap buiten het huwelijk als onrechtmatig beschouwd (zie Heyvaert, 2005: 1194; zie voor de ontwikkelingen in de gezinsvormen: Pasteels, Lodewijckx *et al.*, 2013: 47-82). Er heeft zich ook een ontwikkeling voorgedaan op het vlak van de juridische en maatschappelijke erkenning van samenlevingsvormen en de binding met procreatie waardoor kinderen niet meer binnen het huwelijk geboren *moeten* worden. De realiteit is dat vandaag bijna de helft van alle kinderen wordt geboren buiten het huwelijk¹. In 1969 was dit slechts 2,7% (FOD Economie. Algemene Directie Statistiek en Economische Informatie – Thematische Directie Samenleving). Steeds minder kinderen groeien op in een traditioneel gezin (Lodewijckx, 2004; Lodewijckx, 2010)².

Deze ontwikkelingen plaatsen het Belgisch recht voor nieuwe uitdagingen zoals het Grondwettelijk Hof reeds in een arrest van 8 oktober 2003 (nr. 134/2003)³ aan-

¹ In 2009 werden er 69.055 kinderen geboren binnen het huwelijk en 58.143 buiten het huwelijk: FOD Economie. Algemene Directie Statistiek en Economische Informatie – Thematische Directie Samenleving, *Levendgeborenen per geslacht, volgens burgerlijke staat, geboortjaar en leeftijd van de moeder, België*, 2009, www.statbel.fgov.be.

² Zie ook uitgebreid: Kind en Gezin, "Het kind in Vlaanderen 2012", www.kindengezin.be/img/Het_kind_in_Vlaanderen_2012.pdf, 58-76.

³ Arbitragehof 8 oktober 2003, nr. 134/2003, *EJ* 2003, 134, noot P. SENAËVE; *BS* 19 januari 2004; *RW* 2003-04, 1016, noot T. ROBERT en noot V. VERLINDEN, *TJK* 2004, 39, noot T. ROBERT en *RTDF* 2004, noot J.-L. RENÇON. In dit arrest oordeelde het Hof omtrent de situatie waarin een kind slechts een enkele ouder heeft ten aanzien van wie de afstamming uitwerking heeft, maar op duurzame wijze heeft geleefd binnen een gezin dat uit die ouder en een derde wordt gevormd die beiden instaan voor het onderhoud van het kind ("*... dat die categorie van kinderen zonder toelaatbare verantwoording verschillend wordt behandeld*").

toonde. De vraag rijst dan ook wie ouderlijk gezag moet kunnen verkrijgen over een minderjarig kind.

Onder ouderlijk gezag wordt in deze bijdrage een geheel van bevoegdheden en verplichtingen van ouders ten opzichte van de persoon en het vermogen van hun minderjarig kind begrepen (De Page en Masson, 1990: 947; Verschelden, 2010: 303). Het is een doelgebonden (Senaeve, 2011: nr. 923; Swennen, 2010: nr. 529; Verschelden, 2010: nr. 708; Put, 2010: nr. 947) bevoegdheid die haar bestaansreden dankt aan de noodzaak om personen die de leeftijd van 18 jaar⁴ nog niet bereikt hebben en bijzonder kwetsbaar zijn een gepaste ondersteuning te bieden. Vanuit die wetenschap moet het rechtssysteem aanduiden wie geschikt of bekwaam is om dit geheel van functionele bevoegdheden en verplichtingen uit te oefenen.

2. Deze bijdrage vormt een samenvatting van de belangrijkste onderzoeksresultaten uit een doctoraal onderzoek dat werd uitgevoerd aan de K.U. Leuven (Wuyts, 2013). In een eerste onderdeel wordt het Belgisch recht besproken en getoetst aan de nieuwe maatschappelijke realiteit. Dit levert een aantal vraagstukken en uitdagingen op. Vervolgens worden in een tweede onderdeel in het licht van deze vraagstukken en uitdagingen de grondwettelijke en mensenrechtelijke beginselen geanalyseerd die bij de uitwerking van de vestiging van gezag over minderjarigen gerespecteerd moeten worden. Het Belgisch recht wordt daaraan getoetst. In een derde onderdeel wordt gezocht naar oplossingen voor de aangehaalde knelpunten aan de hand van de methode van de functionele rechtsvergelijking. Het Belgisch recht wordt vergeleken met het Duits, Frans, Engels en Nederlands recht. In een laatste onderdeel worden de besluiten samengebracht.

1. DE VESTIGING VAN OUDERLIJK GEZAG NAAR BELGISCH RECHT

3. Ouderlijk gezag wordt naar Belgisch recht gevestigd op basis van een afstammingsband (Senaeve, 2011: nr. 929; Verschelden, 2006: 151; Leleu, 2010: 693; Massager, 2007: 81; Casman, 2008: 121; Massager, 2009: 461; Verschelden, 2010: nr. 520) die tot stand komt overeenkomstig de gewone regels inzake afstamming (art. 312 e.v. BW) of door middel van een adoptie (art. 343 e.v. BW). Doordat het ouderschap en het ouderlijk gezag samenvallen, hanteert het Belgisch recht een *zui-ver monistisch* model. Enkel de ouders zijn titularis van het ouderlijk gezag en oefenen dat in beginsel ook uit (art. 373-374 BW).

4. In het Belgisch recht vervullen de *gewone regels* inzake afstamming aldus de functie van familierechtelijk aanknopingspunt (vgl. Swennen, 2010: 222). De afstammingsregels duiden aan wie ‘vader’ en ‘moeder’ is voor het bepalen van het ouderlijk gezag. Dit is echter niet de enige functie die de afstamming vandaag vervult. De afstamming werkt thans ook identificerend (Verschelden, 2005, 48; Veys, 2006, 410; Van Broeck, 2003: 416; Swennen, 2010: 238; Massager, 2009: 378; de auteur

⁴ Een kind staat onder het gezag van zijn ouders of een voogd tot aan zijn meerderjarigheid of ontvoogding (art. 372 BW). De meerderjarigheid wordt bereikt op de leeftijd van 18 jaar (art. 388 BW). Door ontvoogding wordt het minderjarige kind evenwel meester over zichzelf. Dit heeft tot gevolg dat er geen gezag meer wordt uitgeoefend over het minderjarige kind (zie WUYTS (2006)).

wijst op “le rapport de famille”). Het individu leert erdoor op wie hij uiterlijk (biologisch) of karakterieel (sociaal) lijkt (Verschelden, 2005: 48). Het is deze functie die de wetgever er tot op heden van weerhield om de gewone regels inzake afstamming geslachtsneutraal te maken⁵.

Deze functies durven wel eens te *botsen* met elkaar. De reden daartoe is dat in het afstammingsrecht gezocht wordt naar een evenwicht tussen de biologische en de sociale realiteit (Demaret, 2006: 309; Sosson, 2007: 365; Mathieu, 2007: 334-335; Casman, 2008: 120; zie ook Verschelden, 2007-08: 358; Massager, 2009: 383-385 en 390-391) met het oogmerk dat de vastgestelde afstammingsbanden ook daadwerkelijk socio-affectief beleefd worden en de rechten en plichten die eruit voortvloeien de facto worden nageleefd en dit in het belang van het kind⁶.

Dit evenwicht wordt in het Belgisch afstammingsrecht evenwel in vele gevallen op een *abstracte wijze* bepaald, d.w.z. dat er nooit rekening wordt gehouden met de aard en de ernst van de belangen van de betrokken personen (zo bepaalt de wet bv. dat eens deugdelijk bezit van staat tot stand is gekomen, de afstammingsband nooit meer betwist kan worden), hetgeen leidt tot situaties van absoluut verboden of gedwongen ouderschap die niet noodzakelijk stroken met de werkelijkheid. Er rijst alsdan een discrepantie tussen feit en recht.

De *adoptie* van een minderjarig kind is daarentegen enerzijds een bijzondere maatregel van jeugdbescherming⁷ (Castelein, 2006: 6-7; Swennen, 2007: 73) en anderzijds een middel om sociaal ouderschap (bv. de stiefouder- en partneradopties – De partner van gelijk geslacht kan actueel enkel door middel van een stiefouder- of partneradoptie een afstammingsband vestigen met het kind) juridisch te erkennen. Wat deze laatste functie betreft, is het adoptierecht echter niet steeds het geschikte middel omdat het niet in alle gevallen tegemoetkomt aan een sociale realiteit. Ofwel genereert de adoptie te verregaande rechtsgevolgen ofwel is de procedure tot adoptie niet aangepast aan de situatie doordat er geen nood is aan de toets van de te verwachten opvoedingsinspanningen van de oorspronkelijke familie (bv. het kind geboren uit een gelijkslachtige relatie).

5. Een andere vaststelling is dat buiten de ouders of de voogd er niemand gezag kan uitoefenen krachtens het Belgisch recht. Er bestaan wel enkele rechtsfiguren (bv. de pleegvoogdij, het recht op persoonlijk contact en het blokkaderecht) die dit beginsel temperen en ingegeven zijn door het belang van het kind. Ook deze rechtsfiguren blijken echter niet of althans onvoldoende aangepast te zijn aan de maatschappelijke realiteit.

⁵ Zie in het kader van de openstelling van het huwelijk voor paren van gelijk geslacht: wetsontwerp tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht en tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek, MvT, *Parl.St.* Kamer 2001-02, nr. 50K1692/1, 6.

⁶ Verslag namens de subcommissie Familierecht, *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 51K597/24, 5-8, 11, 12, 16, 26, 42, 43, 48, 49, 55-57, 62 en 68; verslag namens de commissie Justitie inzake wetsontwerp tot wijziging van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het vaststellen van de afstamming en de gevolgen ervan, *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 51K597/32, 5, 24-28, 42 en 45; verslag namens de commissie Justitie inzake wetsontwerp tot wijziging van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het vaststellen van de afstamming en de gevolgen ervan, *Parl.St.* Senaat 2005-06, nr. 3-1402/7, 3, 9, 12, 13, 15-18, 25, 41, 42, 47, 48 en 58.

⁷ Verslag namens de commissie Justitie, *Parl.St.* Kamer 2002-03, nr. 50K1366/11, 8, 11 en 15.

De *pleegvoogdij* (art. 475bis e.v. BW) is een gezagsinstelling waarbij op contractuele basis de belangrijkste verplichtingen van ouderlijk gezag en meteen ook sommige prerogatieven van het ouderlijk gezag worden overgedragen (Senaeve, 2006: nr. 1306; Adriaenssens, 1991: nr. 1; Verschelden, 2010: nr. 850). Deze rechtsfiguur is verouderd en wordt nog weinig toegepast⁸. De reden is de invulling van de pleegvoogdij: niet op maat van de situatie⁹ en niet zozeer rechten maar vooral plichten¹⁰ worden overgedragen.

Daarnaast bestaan twee rechtsfiguren die een rechterlijke controle op de uitoefening van het ouderlijk gezag door de ouders mogelijk maken, nl. het *recht op persoonlijk contact* (art. 375bis BW) en de door de rechtspraak ontwikkelde figuur van het *blokkaderecht*¹¹. Beide rechtsfiguren dragen geen ouderlijk gezag over, maar overrullen de beslissing van de ouders. Als een ouder bij de uitoefening van het ouderlijk gezag weigert om persoonlijk contact tussen een derde en zijn kind toe te staan of als de ouder de afgifte van het kind dat reeds enige tijd door een derde wordt opgevoegd, eist en de derde weigert de afgifte, kunnen deze beslissingen van de ouder door de rechter getoetst worden aan het belang van het kind. Vastgesteld kan worden dat het recht op persoonlijk contact steeds meer aangewend wordt om onbillijke situaties en leemten in het Belgisch recht op te vangen¹². Het blokkaderecht is daarentegen niet door de wet omkaderd¹³. De toepassingsvoorwaarden en de rechtsgevolgen zijn onduidelijk. In de rechtsleer wordt aangegeven dat er een categorie van kinderen wordt gecreëerd over wie niemand ouderlijk gezag uitoefent (Rigaux, 1977: 207-209; Aps, 1997: 7; Sosson, 1987: 32)¹⁴.

6. De toetsing van de mogelijkheden tot verkrijging van ouderlijk gezag aan de diverse opgroeisituaties leidt aldus tot de vaststelling dat de bestaande aanknopingspunten van gezag over minderjarigen onvoldoende rekening houden met de geschetste ontwikkelingen. Een *vijftal vraagstukken* kan worden weerhouden:

- Wat moet de verhouding zijn tussen biologisch ouderschap en sociaal ouderschap?

⁸ In 2012 waren er slechts 26 nieuwe verzoeken tot bekrachtiging van een overeenkomst inzake pleegvoogdij. Het aantal gevonniste zaken bedroeg in dat jaar slechts 17, zie FOD Justitie, *De jaarlijkse statistieken van de hoven en de rechtbanken. Gegevens 2012. Rechtbanken van eerste aanleg – Jeugdgriffie Burgerlijk zaken*, http://justitie.belgium.be/nl/binaries/PUB%20REA%20J_2012_NL_tcm265-227327.pdf.

⁹ De wet bepaalt dit in alle gevallen, zie art. 475quater BW.

¹⁰ De pleegvoogd beheert de goederen van zijn pleegkind, zonder het genot ervan te hebben en zonder de uitgaven voor onderhoud en opvoeding te mogen toerekenen op de inkomsten van de minderjarige (art. 475quater, eerste lid BW). De pleegvoogd verbindt zich ertoe om een niet-ontvoogd minderjarig kind te onderhouden, op te voeden en in staat te stellen de kost te verdienen (art. 475bis, eerste lid BW).

¹¹ Cass. 19 december 1975, *Arr. Cass.* 1976, 492 en *RCJB* 1977, 193, noot F. RIGAUX.

¹² Zie bv. Cass. 16 januari 2009, *T.Fam.* 2009, 91, noot R. VASSEUR. Het Hof oordeelde dat de band niet wederkerig noch actueel hoeft te zijn, het belang van het kind staat centraal; GOEGBUER en DE WOLF (2011): nrs. 10 en 11 en de aldaar aangehaalde uitspraken. Ten slotte is er ook rechtspraak die van oordeel is dat de kennisname van de sociale dan wel biologische ontstaansgeschiedenis in het belang van het kind is en om die reden een omgangsrecht kan rechtvaardigen, zie bv. Brussel (Jk.) 25 maart 2009, *RW* 2009-10, 1692, noot L. STEVENS wat de sociale wordingsgeschiedenis betreft en voorts STEVENS, 2009-10: 1699.

¹³ Volgens de Raad van State volgt uit het algemeen rechtsbeginsel van het rechterlijke toezicht op het ouderlijk gezag dat de rechter in het belang van het kind nadere regels kan bepalen voor de uitoefening van het ouderlijk gezag door derden hetgeen zelfs kan leiden tot het toevertrouwen van de belangrijkste huisvesting of de uitoefening van bepaalde prerogatieven inzake de opvoeding door derden: wetsvoorstel tot aanvulling van het Burgerlijk Wetboek, met bepalingen inzake het zorgouderschap, RvS nrs. 38.817/AV, 38.818/AV, 38.841/AV en 38.906/AV, *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 51K393/2, nr. 33, 45-46 met verwijzing naar RENCHON, 2004: 193-195.

¹⁴ Vgl. Brussel (Jk.) 2 maart 2009, nr. 2008/JR/158, onuitg.

- Wat moet de verhouding zijn tussen de feitelijke opvoeder en de juridische opvoeder?
- Mag een verwerpelijke relatie tussen de ouders leiden tot verboden ouderschap?
- Wat is de impact van medisch begeleide voortplanting op de vestiging van ouderlijk gezag?
- Welke juridische rol kan aan de stiefouder toebedeeld worden?

2. GRONDWETTELIJKE EN MENSENRECHTELIJKE GRONDSLAGEN EN BEGINSELEN

7. In het licht van voornoemde vraagstukken werden in het tweede deel van het onderzoek de grondwettelijke en mensenrechtelijke beginselen geanalyseerd die bij de uitwerking van de vestiging van gezag over minderjarigen gerespecteerd moeten worden. Het Belgisch recht werd daar vervolgens aan getoetst. Dit leverde een aantal pijnpunten en meteen ook de contouren voor een oplossing op.

8. De belangrijkste bevindingen van dit onderzoek kunnen als volgt samengevat worden.

Ten eerste rust op de Staat de positieve verplichting om *banden van gezins- en familielevens* (zie uitgebreid, Wuyts, 2013: nrs. 647 e.v.) zo snel als mogelijk¹⁵ juridisch te verankeren¹⁶, tenzij het belang van het kind, beoordeeld in concreto, een afwijking kan rechtvaardigen¹⁷. Het ouderlijk gezag behoort tot de fundamentele elementen van het gezins- en familielevens (Mosselmans, 1997: 546-547)¹⁸. Aangezien een band van gezins- en familielevens niet noodzakelijk samenvalt met de grondslagen die het Belgisch afstammingsrecht hanteert, kunnen er situaties bestaan waarin dit beginsel niet geëerbiedigd wordt. De aard en intensiteit van deze banden kunnen ook verschillen¹⁹, maar ook in dat geval moet een gepaste juridische omkadering in het belang van het kind mogelijk zijn. Belangrijk om te vermelden is dat ook een kind geboren uit een gelijkslachtige relatie een band van gezins- en familielevens kan hebben met zowel de moeder als de gelijkslachtige partner²⁰, maar de rechtsgevolgen die aan deze laatste band gekoppeld worden, vallen alsnog binnen de beoordelingsmarge van de lidstaten²¹. Door de openstelling van het huwelijk en de adoptie voor paren van gelijk geslacht heeft België dit beschermingsniveau opgetrokken (art. 53 EVRM).

Ten tweede mogen geen absolute vormen van *gedwongen* (bv. een onbetwistbare afstammingsband) of *verboden* (bv. het incestverbod) *ouderschap* bestaan, tenzij daar-

¹⁵ EHRM 27 oktober 1994, nr. 18535/91, *Kroon e.a. v. Nederland*, *Publ.Hof*, Serie A, nr. 297-C, § 32.

¹⁶ EHRM 13 juni 1979, nr. 6833/74, *Marcx v. België*, *Publ.Hof*, Serie A, Vol. 31, § 31.

¹⁷ EHRM 5 november 2002, nr. 33711/96, *Yousef v. Nederland*.

¹⁸ EHRM 8 juli 1987, *W., B., O., H. v. Verenigd Koninkrijk*, Serie A, Vol. 120-121, 117, *NJ* 1988, nr. 828; EHRM 28 november 1988, nr. 10929/84, *Nielsen v. Denemarken*, Serie A, Vol. 144; Het recht op gezins- en familielevens omvat tevens het recht van een gescheiden ouder die niet het recht op materiële bewaring heeft om zijn kind te bezoeken of er contacten mee te hebben, zie: EHRM 28 juni 2005, nr. 60145/00, *Fourchon v. Frankrijk*; EHRM 30 juni 2005, nr. 30595/02, *Bove v. Italië* en EHRM 29 juni 2004, nr. 63627/00, *Volesky v. République Tchèque*.

¹⁹ Zie bv. de band tussen een grootouder en zijn kleinkind: Commissie Mensenrechten nr. 12763/87, beslissing 14 juli 1988, *Lawlor v. V.K.*, § 2; Zie ook: EHRM (plenair) 8 juli 1987, nr. 9749/82, *W. v. V.K.*, § 59.

²⁰ EHRM 15 maart 2012, nr. 25951/07, *Gas et Dubois v. Frankrijk*, § 37. De situatie van de verzoekers maakte 'gezinslevens' uit in de zin van art. 8 EVRM. Daarenboven viel de seksuele geaardheid onder de persoonlijke levenssfeer, beschermd door art. 8 EVRM.

²¹ EHRM 24 juni 2010, nr. 30141/04, *Schalk en Kopf v. Oostenrijk*, § 108.

mee de bescherming van een bestaande band van gezins- en familielevens wordt beoogd. Laatstgenoemde afweging valt binnen de beoordelingsmarge van de lidstaten²². In de andere gevallen kan enkel na een beoordeling en een belangenafweging in concreto de vestiging of de betwisting van een afstammingsband worden geweigerd. De weigering moet proportioneel zijn. Absolute vormen van verboden en gedwongen ouderschap kunnen in een bepaalde situatie immers leiden tot onevenredige gevolgen voor de ouders of het kind. Die maatregel vormt niet noodzakelijk een billijk evenwicht van de belangen in het geding²³. Een voorbeeld waar het Belgisch recht strijdig werd bevonden met de mensenrechten is het absolute verbod om een afstammingsband vast te stellen ingeval daaruit zou blijken dat het kind verwekt werd in een incestueuze relatie²⁴ of de onmogelijkheid om een afstammingsband te betwisten in geval van deugdelijk bezit van staat²⁵.

Aangezien situaties steeds meer in concreto beoordeeld moeten worden, neemt *ten derde* het belang van de kwaliteiten van een *eerlijk besluitvormingsproces* toe. Uit het besluitvormingsproces moet blijken dat de rechter alle belangen in het geding tegenover elkaar heeft afgewogen. Het EHRM legt daar steeds meer de klemtoon op (zie Wuyts, 2013: nr. 747 e.v.)²⁶. Daarbij dient in het bijzonder aandacht te worden geschonken aan de betrokkenheid van het minderjarige kind (Van Leuven, 2004-05: 357)²⁷. Het kind dient zijn mening te kunnen uiten en aan die mening moet passend²⁸ (vgl. Van Grunderbeeck, 2003: 37) belang gehecht worden (art. 12 IVRK²⁹) (zie Berro-Lefevre, 2008: 12)³⁰. Op dat punt schiet het Belgisch recht o.a. tekort

²² EHRM 22 maart 2012, nr. 45071/09, *Ahrens v. Duitsland*, § 75; EHRM 22 maart 2012, nr. 23338/09, *Kautzor v. Duitsland*, § 78; EHRM nr. 11858/10, beslissing van 11 december 2012, *Mark Koppikar v. Duitsland*. Dit is niet het geval indien een biologische vader verzoekt om een omgangsrecht. De rechter moet dan het belang van het kind bij een omgangsrecht met de biologische vader in concreto onderzoeken: EHRM 21 december 2010, nr. 20578/07, *Anayo v. Duitsland*, § 71-72 en EHRM 15 september 2011, nr. 17080/07, *Schneider v. Duitsland*, § 96.

²³ Zie wat de betwisting van een afstammingsband betreft: EHRM 24 november 2005, nr. 74826/01, *Shofman v. Rusland*, TJK 2006, 150, noot VERSCHELDEN, § 45; EHRM 12 januari 2006, nr. 26111/02, *Mizzi v. Malta*, § 114; EHRM 10 oktober 2006, nr. 10699/05, *Paulik v. Slovaakse Republiek*, § 47; EHRM 9 november 2006, nr. 11449/02, *Tavli v. Turkije*, § 36. Zie wat de vaststelling van een afstammingsband betreft: EHRM 20 december 2007, nr. 23890/02, *Phinikaridou v. Cyprus*; EHRM 6 juli 2010, nr. 36498/05, *Backlund v. Finland*; EHRM 6 juli 2010, nr. 17038/04, *Grönmark v. Finland*.

²⁴ GwH 9 augustus 2012, *T.Fam.* 2012, nr. 103/2012, 219, noot T. WUYTS, *Act.dr.fam.* 2012, 150, noot A. VAN GYSEL, *JDJ* 2012, afl. 319, 35, noot G. MATHIEU en A. RASSON, *JLMB* 2012, 1281, noot P. MARTENS en *RTDF* 2013, 204, noot LELEU en SAUVEUR.

²⁵ GwH 3 februari 2011, nr. 96/2011, *T.Fam.* 2011, 61, noot T. WUYTS; GwH 7 juli 2011, nr. 122/2011, *T.Fam.* 2011, 152, noot A. QUIRYNEN; GwH 7 maart 2013, nr. 29/2013, GwH 9 juli 2013, nr. 96/2013 en GwH 9 juli 2013, nr. 105/2013, *T.Fam.* 2013, 216, 218 en 220, noot T. WUYTS; GwH 7 november 2013, nr. 147/2013. Zie voorts uitgebreid: WUYTS, 2011: 64-74.

²⁶ EHRM 21 december 2010, nr. 20578/07, *Anayo v. Duitsland*, § 71-73; EHRM 22 maart 2012, nr. 45071/09, *Ahrens v. Duitsland*, § 76; EHRM 22 maart 2012, nr. 23338/09, *Kautzor v. Duitsland*, § 80; EHRM 12 februari 2013, nr. 48494/06, *Krisztián Barnabás Tóth v. Hongarije*, § 32.

²⁷ Dit hangt af van de maturiteit van het kind. Volgens het Hof moet bv. een kind van vijf jaar niet gehoord worden en kan de rechtbank zijn oordeel baseren op het verslag van een deskundige: EHRM (Grote Kamer) 8 juli 2003, nr. 30943/96, *Sahin v. Duitsland*, § 74-75, zie verder ook § 73: "It would be going too far to say that domestic courts are always required to hear a child in court on the issue of access to a parent not having custody, but this issue depends on the specific circumstances of each case, having due regard to the age and maturity of the child concerned."

²⁸ Er moet immers rekening worden gehouden met de mogelijke beïnvloeding van het kind door één van de ouders of een derde die het kind feitelijk opvoedt: EHRM 9 mei 2006, nr. 18249/02, *C. v. Finland*, § 58.

²⁹ Zie in het algemeen: General Comment n° 12 (2009), "The right of the Child to be heard", Fifty-first session, Geneva, 25 May-12 June 2009, CRC/C/GC/12, 1 juli 2009. Zie bv.: Concluding observations United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, (UN Doc. CRC/C/15/Add.188, 2002), § 30.

³⁰ Een minderjarig kind dat voldoende maturiteit heeft, kan zelf oordelen over zijn belangen: EHRM 23 september 1994, nr. 19823/92, *Hokkanen v. Finland*, § 61-62; EHRM 9 juni 1998, nr. 40/1997/824/1030, *Bronda v. Italië*, § 62; EHRM 22 juni 2004, nrs. 78028/01 en 78030/01, *Pini e.a. v. Roemenië*, § 164-165; EHRM 20 januari 2011, nr. 22266/04, *Rytchenko v. Rusland*, § 43.

omdat de betrokkenheid van het kind (alsnog³¹) niet uniform geregeld is³².

Overeenkomstig het IVRK berust *ten vierde* de *primaire verantwoordelijkheid* om een kind op te voeden bij de beide ouders (art. 7, 18 en 27.2 IVRK). Als een kind niet door zijn ouders opgevoed kan worden, dan wordt het bij voorkeur opgevangen in een gezinsvervangende situatie³³. Luidens vaste rechtspraak van het Hof rust er op de Staat de positieve verplichting om daar waar er banden van gezins- en familielevens bestaan, te handelen op een manier die er toe leidt dat deze banden kunnen worden *ontplooid* en aldus maatregelen te treffen met het oogmerk om ouder(s) en kind te *herenigen*³⁴. Het wederkerige genot tussen een ouder en een kind van elkaars gezelschap vormt immers een fundamenteel element van het gezins- en familielevens³⁵, zelfs indien de relatie tussen de ouders verbroken is³⁶. Elke nationale maatregel die dit verhindert, vormt een inmenging in het gezins- en familielevens³⁷. De verplichting tot hereniging is niet absoluut. Een uitzondering op de plicht tot hereniging kan gerechtvaardigd zijn in het licht van het belang van het kind³⁸. Daarenboven moet rekening worden gehouden met het gegeven dat de hereniging van biologische ouders met kinderen die enige tijd in een *pleeggezin* hebben geleefd, voorbereiding nodig heeft. De aard en de omvang van dergelijke voorbereiding kunnen weliswaar afhangen van de omstandigheden van iedere zaak afzonderlijk, maar het vergt altijd de actieve en bereidwillige samenwerking van alle betrokkenen³⁹. Een pleegouder kan bovendien zelf ook een band van gezins- en familielevens ontwikkelen met

³¹ De wet van 30 juli 2013 betreffende de invoering van een familie- en jeugdrechtsbank (BS 27 september 2013) zet alvast een stap vooruit door alle familierechtelijke procedures te groeperen bij de familierechtsbank waarop de nieuwe artikelen 1004/1 en 1004/2 Ger.W. m.b.t. het hoorrecht van minderjarigen van toepassing zullen zijn. Deze wet treedt uiterlijk op 1 september 2014 in werking.

³² Concluding observations: Belgium, CRC Committee, 18 juni 2010, CRC/C/BEL/CO/3-4, § 38, zie ook de vingeringwijzing in § 8. Actueel wordt enkel in het adoptierecht uitdrukkelijk bepaald dat met de mening van het kind behoorlijk rekening gehouden wordt, zijn leeftijd en maturiteit in acht genomen (art. 1231-11, tweede lid Ger.W.).

³³ Day of general discussion 2005, working Group 1: States' Role in Preventing and Regulating Separation, Report on recommendations, in Report on the fortieth session (Geneva, 12 to 30 September 2005), CRC/C/153, 17 maart 2006, § 656.

³⁴ EHRM 25 februari 1992, nr. 12963/87, *Margareta en Roger Andersson v. Zweden*, § 91; EHRM 27 november 1992, nr. 74/1991/326/398, *Olsson v. Zweden*, § 90; EHRM 25 januari 2000, nr. 31679/96, *Ignaccolo v. Roemenië*, § 94; EHRM 26 februari 2002, nr. 46544/99, *Kutzner v. Duitsland*, § 61 en de aldaar aangehaalde rechtspraak; EHRM 23 september 2003 nr. 36141/97, *Sophia Gudrún Hansen v. Turkije*, § 97; EHRM 26 februari 2004, nr. 74969/01, *Görgülü v. Duitsland*, § 45; EHRM 22 juni 2004, nrs. 78028/01 en 78030/01, *Pini e.a. v. Roemenië*, § 150; EHRM 12 januari 2006, nr. 35978/02, *Mihalova v. Bulgarije*, § 81; EHRM 17 juli 2008 nrs. 58081/00 en 58411/00, *Leschiutta en Fraccaro v. België*, § 16; EHRM 10 november 2009, nr. 1188/05, *R.R. v. Roemenië*, § 145; EHRM 2 september 2010, nr. 21558/03, *Mincheva v. Bulgarije*, § 83.

³⁵ EHRM 22 juni 1989, nr. 11373/85, *Eriksson v. Zweden*, § 58; EHRM 25 februari 1992, nr. 61/1990/252/323, *Margareta en Roger Andersson v. Zweden*, § 72: ook telefoongesprekken tussen familieleden vallen onder 'family life' in de zin van art. 8 EVRM; EHRM 26 februari 2002, nr. 46544/99, *Kutzner v. Duitsland*, § 61 en de aldaar aangehaalde rechtspraak; EHRM 16 juli 2002, nr. 56547/00, *P., C. en S. v. V.K.*, § 113; EHRM 27 juli 2006, nr. 7198/04, *Iosub Caras v. Roemenië*, § 29; EHRM 26 november 2009, nr. 28499/05, *Vautier v. Frankrijk*, § 72. Dit geldt ook tussen een grootouder en een kleinkind: EHRM 27 april 2000, nr. 25651/94, *L. v. Finland*, § 101.

³⁶ EHRM 13 juli 2000, nr. 25735/94, *Elsholz v. Duitsland*, § 43.

³⁷ EHRM 22 juni 1989, nr. 11373/85, *Eriksson v. Zweden*, § 58; EHRM 24 februari 1995, nr. 16424/90, *McMichael v. V.K.*, § 86; EHRM 13 juli 2000, nr. 25735/94, *Elsholz v. Duitsland*, § 43; EHRM (Grote Kamer) 12 juli 2001, nr. 25702/94, *K. en T. v. Finland*, § 151; EHRM 27 juli 2006, nr. 7198/04, *Iosub Caras v. Roemenië*, § 29. Zie uitvoerig de ter zake geldende beginselen: EHRM 6 november 2008, nr. 49492/06, *Carlson v. Zwitserland*, § 69. Zie ook: W. VANDENHOLE, "Kinderrechten in universele en Europese mensenrechtenverdragen" in W. VANDENHOLE (ed.), *Kinderrechten in België*, Antwerpen, Intersentia, 2008, (3) 13-14.

³⁸ EHRM 16 juli 2002, nr. 56547/00, *P., C. en S. v. V.K.*, § 117 en de aldaar aangehaalde referenties.

³⁹ EHRM 27 november 1992, nr. 74/1991/326/398, *Olsson v. Zweden*, § 90; EHRM 23 september 1994, nr. 19823/92, *Hokkanen v. Finland*, § 58. Vgl. met kinderen die enige tijd bij één van de ouders verblijven: EHRM 25 januari 2000, nr. 31679/96, *Ignaccolo v. Roemenië*, § 94; EHRM 23 september 2003, nr. 36141/97, *Sophia Gudrún Hansen v. Turkije*, § 98; EHRM 12 januari 2006, nr. 35978/02, *Mihalova v. Bulgarije*, § 82.

een kind⁴⁰. Het Belgisch recht schiet in het licht van artikel 20 IVRK tekort in zijn verplichting om alternatieve zorginstellingen juridisch te *omkaderen*. In die zin is het onduidelijk wat de rechten en plichten zijn van pleegouders (vgl. Gerlo, 1998: 28). Het Comité voor de Rechten van het Kind hekelt in het algemeen het gebrek aan omkadering van alternatieve vormen van zorg⁴¹.

In mensenrechtenverdragen⁴² (zie Ziemele, 2007: 26 en de verwijzingen aldaar; Kinderrechtencommissariaat, 2008-2009/02: 2 en de aldaar aangehaalde referentie; Blauwhoff, 2009: 47-48; zie over de nauwe verbondenheid tussen art. 7 en 8 IVRK: Detrick, 1999: 153) wordt *ten vijfde* een *recht op identiteit* erkend. Dit wil zeggen dat een persoon toegang moet kunnen krijgen tot gegevens over zijn ontstaansgeschiedenis waaronder de identiteit van de biologische ouders valt. Dit recht is niet absoluut en mag door een onafhankelijke instantie afgewogen worden tegen andere tegenovergestelde belangen. In het Belgisch recht wordt hier, behoudens bij adoptie (art. 368-6 BW), alsnog weinig aandacht aan geschonken⁴³.

3. EEN COHERENTE REGELING GEÏNSPIREERD DOOR RECHTSVERGELIJKEND ONDERZOEK

9. Aan de hand van de methode van de functionele rechtsvergelijking werd op zoek gegaan naar oplossingen voor de vastgestelde knelpunten. Het Belgisch recht werd vergeleken met het Duits, Nederlands, Frans en Engels recht. Hierna worden de belangrijkste bevindingen van deze rechtsvergelijking samengevat.

10. Een *eerste vaststelling* is dat wat de *verhouding tussen ouderschap en ouderlijk gezag* betreft het Belgisch recht een unieke positie inneemt. In alle bestudeerde rechtsstelsels bestaan mechanismen die toelaten dat derden ouderlijk gezag verkrijgen of (ten dele) kunnen uitoefenen⁴⁴. Het Belgisch recht kent daarentegen een veel sterkere rechtspositie toe aan de buitenhuwelijkse vader. Die verkrijgt in het Belgisch recht automatisch ouderlijk gezag, terwijl in de andere rechtsstelsels de moeder daarmee

⁴⁰ EHRM 27 april 2010, nr. 16318/07, *Moretti en Benedetti v. Italië*. In dezelfde zin: EHRM 17 januari 2012, nr. 1598/06, *Kopfen Liberda v. Oostenrijk*, § 36-37.

⁴¹ Zie bv. de rechtsfiguur Kafalah: Concluding observations Algeria, in *Report on the fortieth session (Geneva, 12 to 30 September 2005)*, CRC/C/153, 17 maart 2006, § 152-154.

⁴² Art. 7-8 IVRK; Concluding observations Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland, (UN Doc. CRC/C/15/Add. 188, 2002); art. 8 EVRM: EHRM (Grote Kamer) 13 februari 2003, nr. 42326/98, *Odièvre v. Frankrijk*, *NJCM-Bulletin* 2003, 774, noot C. FORDER. Zie later ook: EHRM 30 mei 2006, nr. 60176/00, *Ebrü en Tayfun Engin Çolak v. Turkije*, § 83; EHRM 13 juli 2006, nr. 58757/00, *Jaggi v. Zwitserland*, § 25; EHRM 20 december 2007, nr. 23890/02, *Phinikaridou v. Cyprus*, § 45. Nog een stap verder ging het EHRM in het arrest *Pascaud*: het betreft niet enkel kennen, maar ook laten erkennen (EHRM 16 juni 2011, nr. 19535/08, *Pascaud v. Frankrijk*, § 59).

⁴³ In het kader van medisch begeleide voortplanting geldt naar Belgisch recht overigens nog steeds het beginsel van de anonimiteit van de donor (zie art. 36 en 65 MBV-Wet).

⁴⁴ **Duits recht:** het Duits recht kent in bepaalde gevallen van rechtswege bepaalde bevoegdheden van ouderlijk gezag toe aan een pleegouder (§ 1688 (1) BGB) en stiefouder (§ 1687b BGB). In sommige gevallen kan het ouderlijk gezag worden overgedragen aan derden (§ 1630 BGB); **Frans recht:** naar Frans recht kan een stiefouder, onder bepaalde omstandigheden en mits een rechterlijke beslissing gezamenlijk het ouderlijk gezag met een ouder uitoefenen (art. 377-1 C.civ.). Het ouderlijk gezag kan ook vrijwillig (art. 377, eerste lid C.civ.) dan wel gedwongen (art. 377, tweede lid C.civ.) overgedragen (*délégation*) worden op een derde; **Engels recht:** de stiefouder kan bv. ouderlijke verantwoordelijkheden verkrijgen bij overeenkomst of rechterlijke beslissing (Sec. 4A Children Act 1989) of een persoon die mee instaat voor de opvoeding kan, onder voorwaarden, verzoeken om een verblijfsbevel (*enhanced residence order*) (Sec. 8 (1) Children Act 1989); **Nederland recht:** een niet-ouder kan, in bepaalde gevallen, van rechtswege (art. 1:253a BW) dan wel krachtens een rechterlijke beslissing (art. 1:253t BW) gezamenlijk met een ouder het ouderlijk gezag uitoefenen.

akkoord⁴⁵ moet gaan of de rechter dit bevelen moet hebben⁴⁶. De andere rechtsstelsels evolueren wel in de zin van het Belgisch recht teneinde de buitenhuwelijkse vader aan te zetten verantwoordelijkheden op te nemen (vgl. met de bevindingen van een ruimer rechtsvergelijkend onderzoek: Schwenzer, 2007: 12-13).

Een *tweede vaststelling* is dat hoewel alle bestudeerde rechtsstelsels de biologische werkelijkheid als de grondslag of een grondslag tot de vestiging van afstammingsbanden aanwijzen, er in deze rechtsstelsels niettemin mechanismen bestaan om juridisch ouderschap dat strijdig is met de biologische werkelijkheid te beschermen⁴⁷. Er is wel een internationale tendens merkbaar om deze bescherming af te zwakken (Schwenzer, 2007: 6-7). Tevens bestaan er in al de bestudeerde rechtsstelsels mechanismen om de vaststelling van een afstammingsband te beletten zelfs indien deze strookt met de biologische werkelijkheid⁴⁸. Die mechanismen kunnen de situatie in abstracto of in concreto vastleggen.

Ten derde kan worden vastgesteld dat de rechtsfiguur van de adoptie in alle bestudeerde rechtsstelsels aan kritiek onderhevig is en steeds meer wordt gewezen op het bestaan van minder ingrijpende alternatieven die nochtans eenzelfde doel, nl. rechtszekerheid en stabiliteit brengen in de bestaande familiale betrekkingen, beogen te bereiken. In rechtsstelsels waar enkel de volle adoptie bestaat, wordt gepleit voor de invoering van een zwakke vorm van adoptie⁴⁹ of alternatieve instellingen. Deze ontwikkeling wordt gestimuleerd door de idee dat het kind belang heeft bij het onderhouden van banden met zijn oorspronkelijke familie in het licht van zijn persoonlijkheidsontwikkeling en de opname in het nieuwe gezin niet noodzakelijk bemoeilijkt wordt ingeval het kind nog banden onderhoudt met zijn oorspronkelijke familie⁵⁰.

11. Aangaande de mogelijkheden van een *gelijkslachtig paar* om ouderlijke verantwoordelijkheden te verkrijgen, kunnen de bestudeerde rechtsstelsels in drie grote categorieën worden opgedeeld. De meest verregaande erkenning is de (gedeelte-

⁴⁵ **Duits recht:** "Sorgeerklärung" (§ 1626a (1) 1 BGB); **Nederlands recht:** art. 1:252 BW. Dit verzoek kan echter niet gedaan worden ten aanzien van kinderen over wie zij het gezag gezamenlijk hebben uitgeoefend (art. 1:252, eerste lid BW). Het wordt opgetekend in het gezagsregister (art. 1:244 BW); **Frans recht:** enkel ingeval de erkenning meer dan één jaar na de geboorte plaatsvond en het ouderschap langs moederszijde reeds was vastgesteld (art. 372, tweede lid C.civ.); **Engels recht:** *Parental responsibility agreement* (Sec. 4 (2) Children Act 1989).

⁴⁶ **Duits recht:** BVerfG 21 juli 2010, 1 BvR 420/09, *FamRZ* 2010, 1403 ff., § 46; **Nederlands recht:** art. 1:253c en 1:253e BW; **Engels recht:** Sec. 4 (2) Children Act 1989; **Frans recht:** art. 372, tweede lid C.civ.

⁴⁷ In sommige rechtsstelsels levert het bezit van staat (**Frans recht:** art. 313, tweede lid en art. 314 C.civ.; **Nederlands recht:** art. 1:209 BW) of een *sozial-familiäre Beziehung* (**Duits recht:** (§ 1600 BGB)), al dan niet in samenhang met het verstrijken van een termijn of andere gronden, een absolute hinderpaal op voor de betwisting van een afstammingsband.

⁴⁸ Bijvoorbeeld kennen het **Frans** (art. 310-2 C.civ.) en **Nederlands** (art. 1:204, eerste lid en 1:207, tweede lid BW) recht het incestverbod. In het **Nederlands recht** kan de man die beweert de vader van het kind te zijn geen afstammingsvordering inleiden. In het **Engels recht** kan de rechtbank weigeren om het verzoek tot vaststelling van vaderschap (*declaration of parentage*) t.a.v. een minderjarig kind te behandelen, ingeval de rechtbank oordeelt dat de beoordeling van het verzoek niet in het belang van het kind is (Sec. 55A (5) Family Law Act 1986).

⁴⁹ **Nederlands recht:** M. VONK, 2007: 305.

⁵⁰ **Duits recht:** LUDERITZ en DETHLOFF, 2007: 399 en de daaraan aangehaalde referenties; **Nederlands recht:** *Kamerstukken II 1995/96, 23 714, 9, nr. 6*, om die reden is o.a. het gezag van een ouder met een niet-ouder ingevoerd; **Engels recht:** in de jaren '70 werd de *clean-break philosophy* verdedigd. De band behouden met de andere ouder – meestal de vader – werd als potentieel destabiliserend aangezien. Echter toen reeds waren rechtbanken van oordeel dat dit soort geschillen beter opgelost werden door middel van *residence* en *contact orders* (HARRIS-SHORT en MILES, 2011: 942). Als volwaardig alternatief voor een adoptie werd ook de *special guardianship order* ingevoerd (Sec. 14A e.v. Children Act 1989, zie FREEMAN, 2007: 250).

lijke) openstelling van de gewone regels inzake afstamming voor paren van gelijk geslacht (Forder en Saarloos, 2007/1: 17; Saarloos, 2007: 147-148)⁵¹. De minst verregaande erkenning is dat de gelijkslachtige partner van een (adoptieve) ouder (enkele) bevoegdheden van ouderlijk gezag kan verkrijgen⁵². Het Belgisch recht behoort tot een middencategorie die de adoptie voor paren van gelijk geslacht heeft opengesteld (Wuyts, 2013: 73-179)⁵³. Opvallend is de tendens in alle bestudeerde rechtsstelsels naar meer juridische erkenning van gelijkslachtige relaties waarbinnen kinderen worden geboren of geadopteerd⁵⁴.

12. In het Nederlands⁵⁵, Engels⁵⁶ en Duits recht⁵⁷ wordt het *recht op identiteit*, zijnde het recht om te weten met wie men biologisch verwant is, uitdrukkelijk erkend. In die rechtsstelsels bestaat de mogelijkheid om een afzonderlijke vordering in te stellen tot vaststelling van het biologisch (niet-)ouderschap of tot kennisname van informatie⁵⁸ (Schwenzer, 2007: 10). daarover. Het betreft evenwel geen absoluut recht. De rechtbank weegt de belangen van de partijen bij onenigheid tegenover elkaar af⁵⁹. Naar Belgisch en Frans recht wordt dergelijke afzonderlijke rechtsvordering niet erkend.

⁵¹ Zie bv. **Zweden**: art. 1:9 Föräldrabalk ingevoerd bij wet SFS 2005: 434 die in werking trad op 1 juli 2005; **Canada**: zie art. 538-539 C.civ. Québecois en verder PRATTE, 2007: 103. De vrijwillige erkenning is in deze situatie evenwel uitgesloten. Een variant hierop is het **Engels recht** waar bij de toepassing van medisch begeleide voortplanting de gelijkslachtige partner bij de geboorte tijdens een geregistreerd partnerschap, onder voorwaarden, automatisch ouder kan worden (art. 42 HFEA 2008).

⁵² Dit was het geval in het **Frans recht** bij toepassing van de rechtsfiguur van de *délégation*: Cass. 24 februari 2006, *RTD civ.* 2006, 297. Zie ook EHRM 15 maart 2012, nr. 25951/07, *Gas en Dubois v. Frankrijk*, § 21-22 en § 29. Inmiddels is de adoptie voor paren van gelijk geslacht ook mogelijk in het Frans recht (zie *infra*).

⁵³ Wet 18 mei 2006 tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek, teneinde de adoptie door personen van hetzelfde geslacht mogelijk te maken, *BS* 20 juni 2006.

⁵⁴ In het **Frans recht** werd recent de adoptie voor paren van gelijk geslacht mogelijk gemaakt: Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (1), *JORF* n° 0114, 8253. In het **Nederlandse** Parlement werd een wetsvoorstel goedgekeurd dat beoogt het afstammingsrecht (ten dele) geslachtsneutraal te maken: wijziging van boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het juridisch ouderschap van de vrouwelijke partner van de moeder anders dan door adoptie, *Kamerstukken II* 33 032. In het **Engels recht** werd een verruiming van de mogelijkheden tot vestiging van ouderschap na medisch begeleide voortplanting door een gelijkslachtig paar bepleit en uiteindelijk ook doorgevoerd (*Human Fertilisation and Embryology Act 2008*). In het **Duits recht** wordt gepleit om de gezamenlijke adoptie door geregistreerde partners mogelijk te maken (LUDERITZ en DETHLOFF, 2007: 400 en de aldaar aangehaalde referenties). Zie ook het recht van **Québec**: art. 538-539 C.civ.

⁵⁵ Als persoonlijkheidsrecht: HR 15 april 1994, *NJ* 1994, 608, met noot WH-S, *NJCM-Bulletin* 1994, 652, met noot LFMV, *RN* 1994, 430, met noot NH.

⁵⁶ Als gevolg van de incorporatie van het EVRM in het Engels recht door de Human Rights Act 1998: *Re T (A Child) (DNA Tests: Paternity)* [2001] 2 *FLR* 1190, at 1197; zie ook: *Re H and A (Paternity: Blood Tests)* [2002] 1 *FLR*, 1145. Dit recht werd voor het eerst erkend zonder verwijzing naar het EVRM in de zaak-*Re H (a minor) (blood tests: parental rights)* [1997] *Fam.* 89, 107.

⁵⁷ Als persoonlijkheidsrecht: BVerfG 31 januari 1989, BVerfGE 79, 256 en *FamRZ* 1989, 255. Daarmee doorbrak het Hof de traditie die gebaseerd was op de gelijkheidsnotie vervat in art. 6 V GG (R.J. BLAUWHOFF, 2009: 111). Zie ook § 1598a BGB (*Abstammungsklärung*).

⁵⁸ Zie bv. bij MBV: **Nederlands recht**: Wet Donorgegevens en Kunstmatige Bevruchting; **Engels recht**: Sec. 31ZA Human Fertilisation and Embryology Act 1990.

⁵⁹ Zie bv. **Duits recht**: de bescherming van het gevestigde socio-legaale vaderschap kan ertoe leiden dat de (vermoedelijke) biologische vader het recht wordt ontzegd op afstammingskennis (BVerfG 13 oktober 2008, 1 BvR 1548/03; BVerfGK 14, 322 en *FamRZ* 2008, 2257), zie ook § 1598a (3) BGB; **Nederlands recht**: HR 15 april 1994, *NJ* 1994, 608, met noot WH-S, *NJCM-Bulletin* 1994, 652, met noot LFMV, *RN* 1994, 430, met noot NH, r.o. 3.3. e.v. In casu woog de Hoge Raad, in tegenstelling tot het hof van beroep, enkel de belangen van de moeder tegen die van het meerderjarige kind af en kwam het tot de bevinding dat die van het kind zwaarder wogen.

13. In vrijwel alle bestudeerde rechtsstelsels wordt een bijzondere rechtspositie toegekend aan *pleegouders en stiefouders*⁶⁰. Het Belgisch recht vormt daar een uitzondering op. Kenmerkend voor deze regelingen is dat zij in meer of mindere mate een organisatie van het ouderlijk gezag op maat mogelijk maken.

4. BESLUITEN

14. Het onderzoek toonde aan dat ouderlijk gezag behoort tot de fundamentele elementen van het gezins- en familieleven. Het ouderlijk gezag bestaat om het *belang van het kind* te dienen. Het is een *functionele* bevoegdheid. Het ouderlijk gezag dankt zijn bestaansreden aan de noodzaak om personen die de leeftijd van 18 jaar nog niet hebben bereikt en bijzonder kwetsbaar zijn een gepaste ondersteuning te bieden. Die ondersteuning gaat van een leiding over de persoon naar een begeleiding van de persoon (art. 5 IVRK). Vanuit die wetenschap moet het rechtssysteem aangeven hoe dit geheel van functionele bevoegdheden uitoefent.

15. Welke verhouding moet er dan bestaan tussen afstamming en ouderlijk gezag? In het ideale model valt m.i. de weergave van de identiteit samen met de volwaardige verankering van banden van gezins- en familieleven.

Het onderzoek toont echter aan dat een zuiver monistisch model op zich niet houdbaar is omdat het geen oplossing biedt voor beschermwaardige relaties tussen personen die niet verantwoordelijk zijn voor de verwekking van het kind en dat kind⁶¹. Ik pleit daarom, en gelet op de primaire opvoedingsverantwoordelijkheid (art. 18 IVRK), voor een model waarbij iedere ouder steeds ouderlijk gezag verkrijgt, maar dit op het niveau van de uitoefening beperkt en overgedragen of gedeeld kan worden met een niet-ouder. Ouderlijk gezag moet op maat van het gezin georganiseerd kunnen worden.

16. Welke grondslag moet dan voor het afstammingsrecht gekozen worden? De grondslag moet gezins- en familieleven zijn, wil het als aanknopingspunt voor ouderlijk gezag fungeren. In die gevallen waar er geen gezins- en familieleven bestaat, kan de biologische band als aanvullende grondslag aangewezen worden.

Vastgesteld kan worden dat biologisch ouderschap een goede garantie vormt voor de totstandkoming van banden van gezins- en familieleven. Het beklemtoont ook de primaire opvoedingsverantwoordelijkheid van de verwekkers. Ten slotte raakt de vaststelling van het biologisch ouderschap ook het privéleven van het kind en diens biologische ouder.

⁶⁰ Aan de stief- en pleegouders komt in sommige rechtsstelsels een blokkaderecht toe (verhindert dat het kind plots terugkeert naar de ouders), zie bv. het **Duits recht** (§ 1632 en 1682 BGB), het **Frans recht** (art. 373-3, derde lid C.civ.) en het **Nederlands recht**: art. 1:253s, eerste lid BW). Daarnaast kunnen ook bevoegdheden van ouderlijk gezag of het ouderlijk gezag zelf toegekend worden hetzij van rechtswege (**Nederlands recht**: art. 1:253sa BW; **Duits recht**: § 1687b en 1688 BGB; **Engels recht**: Sec. 3 (5) Children Act), hetzij bij wijze van geregistreerde overeenkomst (**Engels recht**: Sec. 4A (2) Children Act 1989), hetzij bij rechterlijke beslissing (**Duits recht**: § 1630 BGB; **Frans recht**: art. 377 en 377-1 C.civ.; **Nederlands recht**: art. 1.253t BW; **Engels recht**: Sec. 4A (1), 8 en 14A Children Act).

⁶¹ Te denken valt aan stief- en pleegouders. Zie ook beginsel 3:2(2) wat het titularisschap betreft en beginsel 3:17 wat de uitoefening betreft van de EU-beginselen (BOELE-WOELKI, FERRAND *et al.*, 2007). Zie voorts beginsel 20 en beginsel 23.3 van de beginselen ontwikkeld door de Raad van Europa (White paper 2006, CJ-FA (2006) 4 e, Straatsburg 23 oktober 2006).

Het belang van het kind is er in gelegen dat het *zo snel mogelijk* een afstammingsband heeft. Om die reden geniet de vestiging van rechtswege op het tijdstip van geboorte de voorkeur en moet het toepassingsgebied van de vaderschapsregel uitgebreid worden tot wettelijke samenwonenden en zelfs feitelijk samenwonenden die aan de eisen voldoen om een kind te adopteren.

Er mogen geen gronden zijn die op absolute wijze de vestiging van een afstammingsband verhinderen. Enkel het belang van het kind in concreto kan dit verhinderen waarbij rekening moet worden gehouden met de proportionaliteit van de maatregel en de kwaliteit van het besluitvormingsproces. In het licht van de proportionaliteit van de maatregel moet het mogelijk zijn dat de rechter in het kader van een afstammingsgeding meteen ook uitspraak doet over de uitoefening van (bepaalde componenten van) ouderlijk gezag.

17. De bescherming van het bestaande gezins- en familieleven, het belang van het kind bij de stabiliteit in de familierechtelijke betrekkingen en de rechtszekerheid kunnen verhinderen dat een *afstammingsband betwist* wordt. Met uitzondering van de bescherming van het bestaande gezins- en familieleven, is de essentie dat ook deze gronden niet absoluut mogen zijn en in het licht van de concrete omstandigheden van de zaak een belangenafweging moeten toelaten.

18. Kinderen geboren uit een *gelijkslachtige relatie* moeten op gelijkwaardige wijze kunnen genieten van het recht op eerbiediging van het privé-, gezins- en familieleven. Ingeval het kind geboren werd bij toepassing van medisch begeleide voortplanting binnen een door de wet georganiseerd kader waarbij het wensouderschap vaststaat, kan een model naar Engels en Zweeds recht bepleit worden waarbij de regels van het afstammingsrecht naar analogie van toepassing zijn. Daarbuiten vereist de eerbiediging van de rechten van de genetische vader een toets aan het belang van het kind bij het behoud van een afstammingsband met zijn genetische vader en een beoordeling in concreto. In die situaties lijkt de (stiefouder)adoptie de meest geschikte maatregel te zijn.

19. Het *recht op identiteit* kan worden gewaarborgd door een afzonderlijk registratiesysteem (MBV en adoptie) waarvan de toegang wettelijk geregeld is. Ingeval niet alle betrokkenen akkoord gaan met de kennisname van de identiteit van de genetische ouder, moet er een belangenafweging mogelijk zijn door een onafhankelijke en onpartijdige instantie. Dit kan gebeuren door ofwel een rechtsvordering tot betwisting en vaststelling van een afstammingsband ofwel door een rechtsvordering tot vaststelling van louter het biologische ouderschap. Opnieuw kan een belangenafweging er toe leiden dat de identiteit van de biologische ouder niet wordt vrijgegeven of een DNA-onderzoek niet wordt toegelaten, althans op dat tijdstip.

20. Er moet ten slotte ook rechtsbescherming verleend kunnen worden aan de persoonlijke nauwe banden die een kind ontwikkelt met derden en die verschillen met die van de ouders qua aard en intensiteit en dit in het belang van het kind. De aard en intensiteit van het gezins- en familieleven moeten in concreto bepaald kunnen worden. Telkens moet ook rekening gehouden worden met de rechten en belangen

van de oorspronkelijke ouders. Een rechtsfiguur die op soepele en evenredige wijze kan ingrijpen op de uitoefening van het ouderlijk gezag en die erkenning geeft aan de feitelijke rol die de derde speelt in het leven van het minderjarige kind, lijkt m.i. meer aangewezen zoals ook blijkt uit de rechtsvergelijking. Bij dit alles moet zowel de kwaliteit van het besluitvormingsproces alsook de rechtszekerheid gegarandeerd worden. Voor het rechtsverkeer moet duidelijk zijn welke bevoegdheden toekomen aan de ouders en derden. Het systeem van de organisatie van het ouderlijk gezag moet transparant blijven. In het belang van de kwaliteit van het besluitvormingsproces kan er een welzijnschecklist (voor de concrete inhoud: Wuyts, 2013: 926) in de wet ingeschreven worden naar Frans en Engels voorbeeld waarbij de rechter systematisch moet onderzoeken wat de wensen en gevoelens van het kind in het licht van diens leeftijd en maturiteit zijn, de fysieke, emotionele en opvoedkundige behoeften van het kind, de gevolgen van eender welke beslissing voor het kind op korte en lange termijn, enz.

REFERENTIES

- Adriaenssens, K., “Art. 475bis BW” in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, losbl., (1991).
- Aps, F., “‘Partnergezag’ na echtscheiding. Enkele beschouwingen omtrent de juridische mogelijkheid voor de nieuwe partner om enig gezag uit te oefenen t.a.v. het kind van zijn (overleden) uit de echt gescheiden partner-ouder”, *Not.Fisc.M.* 1997, 1-11.
- Berro-Lefevre, I., “L'accès des enfants à la Cour européenne des droits de l'Homme”, *JDJ* 2008, afl. 272, 11-14.
- Blauwhoff, R.J., “Foundational Facts, Relative Truths. A comparative law study on children's right to know their genetic origins” in *European Family Law Series*, nr. 25, Antwerpen, Intersentia, 2009, 461 p.
- Boele-Woelki, K., Ferrand, F., Gonzalez Beilfuss, C., Jantera-Jareborg, M., Lowe, N., Martiny, D. en Pintens, W., *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 331 p.
- Casman, H., “Actueel Belgisch afstammingsrecht in vogelvlucht”, *Not.Fisc.M.* 2008, 119-130.
- Castelein, C., “Grondvoorwaarden voor adoptie” in P. Senaev en F. Swennen (eds.), *De hervorming van de interne en de internationale adoptie*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 3-119.
- Coene, G. en Raes, K., “Een vreemde eend in de buik. Draagmoeders of baarvrouwen? De ethiek van het gewilde, niet-uterine ouderschap” in W. Debeuckelaere, J. Meeusen en H. Willekens (eds.), *Met rede ontleed, de rede ontkleed. Opstellen aangeboden aan Fons Heyvaert ter gelegenheid van zijn vijftenzestigste verjaardag*, Gent, Mys & Breesch, 2002, 125-156.
- Demaret, M., “La réforme du droit de la filiation” in Y.-H. Leleu (ed.), *Chronique notariales. Faculté de droit de l'Université de Liège*, vol. nr. 44, Brussel, Larcier, 2006, 304-336.
- De Page, H. en Masson, J.-P., *Traité élémentaire de droit civil belge, II, Les personnes*, Brussel, Bruylant, vol. II, 1990, 1619 p.
- Detrick, S., *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Den Haag, Kluwer, 1999, 813 p.
- Forder, C. en Saarloos, K., “The establishment of parenthood. A story of successful convergence?” in *Maastricht Faculty of Law Working Paper 2007/1*, www.unimaas.nl/maastrichtworkingpapers, 76 p.
- Freeman, M., *Understanding Family Law*, 1^e ed., Londen, Sweet & Maxwell, 2007, 578 p.

- Gerlo, J., “Het Verdrag inzake de Rechten van het Kind en het Belgische personen- en familie-recht”, *KIDS* 1998, deel 1.2.
- Goegebuer, M. en De Wolf, A., “Art. 375bis BW” in *Comm.Pers.*, Mechelen, Kluwer, losbl., (2011).
- Harris-Short, S. en Miles, J., *Family law. Text, cases, and materials*, Oxford, Oxford University Press, 2011, ed. 2, 1040 p.
- Heyvaert, A., “De nieuwe procreatietechnieken en de afstammingswet van 31 maart 1987”, *VI.T.Gez.* 1987-88, 227-246.
- Heyvaert, A., “De evolutie naar de seks(e)neutraliteit van het gezinsrecht. Een (poging tot) verklaring”, *NJW* 2005, 1190-1202.
- Kind en Gezin, *Het kind in Vlaanderen 2012*, www.kindengezin.be/img/Het_kind_in_Vlaanderen_2012.pdf, 219 p.
- Kinderrechtencommissariaat, *Advies Discreet bevallen van 16 februari 2009*, 2008-09/02, www.kinderrechten.be, 6 p.
- Leleu, Y.-H., “Droit des personnes et des familles” in *Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, Brussel, Larcier, 2010, 838 p.
- Lodewijckx, E., *Kinderen, ouders en stiefouders op 1/1/2003*, www.cbgs.be, Bijdragen Onderzoek, 24 september 2004.
- Lodewijckx, E. (2010), *Kinderen en de gezinsvorm waarin ze opgroeien: een schets van de veranderingen tussen 1990 en 2008*, SVR-Webartikel 2010/14, Studiedienst van de Vlaamse Regering, D/2010/3241/326.
- Luderitz, H.C.A. en Dethloff, N., *Juristische Kurz-Lehrbücher. Familienrecht*, München, Verlag C.H. Beck, 2007, 489 p.
- Massager, N., “Le nouveau droit de la filiation: questions choisies”, *Div.Act.* 2007, 81-92.
- Massager, N., “La filiation” in A.-C. Van Gysel (ed.), *Précis de droit de la famille*, Brussel, Bruylant, 2009, 378-461.
- Mathieu, G., “La réforme du droit de la filiation: une refonte en profondeur”, *RTDF* 2007, 333-369.
- Mosselmans, S., “Een evolutie op het terrein van het ouderlijk gezag, het omgangsrecht, het hoorrecht van minderjarigen en het recht op informatie van ouders en hun minderjarige kinderen: Het E.V.R.M., ‘The recommendation on parental responsibilities’ en het I.V.R.K. als leidraad?”, *TPR* 1997, 543-646.
- Pasteels, I, Lodewijckx, E. en Mortelmans, D., “Gezinstransities in de levensloop van mannen en vrouwen” in M. Corijn en C. Van Peer (eds.), *Gezinstransities in Vlaanderen*, Brussel, SVR, 2013, 47-82, te verschijnen.
- Pratte, M., “La tension entre la filiation légale, biologique et sociale dans le droit québécois de la filiation” in I. Schwenzer (ed.), *Tensions between Legal, Biological and Social Conceptions of Parentage*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 91-122.
- Put, J., *Handboek Jeugdbeschermingsrecht*, Brugge, die Keure, 2010, 592 p.
- Renchon, J.-L., “Vers l’octroi de l’autorité parentale à des beaux-parents?” (noot onder Arbitragehof 8 oktober 2003), *RTDF* 2004, 190-201.
- Rigaux, F., “La délégation de l’autorité parentale, création jurisprudentielle?” (noot onder Cass. 19 december 1975), *RCJB* 1977, 196-211.
- Saarloos, K., “Duo-moederschap: op de grens van afstamming en adoptie”, *FJR* 2007, 142-148.
- Senaeve, P., *Compendium van het personen- en familierecht*, ed. 9, 2006, 242 p.

- Senaeve, P., *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2011, ed. 13, 700 p.
- Sosson, J., “L’attribution de la garde matérielle d’un enfant mineur à ses grands-parents”, *TBBR* 1987, 31-40.
- Sosson, J., “Le droit de la filiation nouveau est arrivé! Première partie”, *JT* 2007, 365-371.
- Stevens, L., “Het recht op persoonlijk contact van de lesbische meemoeder: een recht voor het kind?” (noot onder Brussel (Jk.) 25 maart 2009), *RW* 2009-10, 1696-1701.
- Swennen, F., *Het personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 505 p.
- Swennen, F., “Familierecht in kort bestek” in *Recht in kort bestek* nr. 4, Antwerpen, Intersentia, 2007, ed. 2, 291 p.
- Schwenzer, I., “Tensions between Legal, Biological and Social Conceptions of Parentage” in I. Schwenzer (ed.), *Tensions between Legal, Biological and Social Conceptions of Parentage*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 1-26.
- Van Broeck, J., “Het recht van een geadopteerde om zijn geboorteparenten te kennen. Het bloed kruipt waar het niet gaan kan...” (noot onder EHRM 13 februari 2003), *TBBR* 2003, 407-423.
- Vandenhole, W., “Kinderrechten in universele en Europese mensenrechtenverdragen” in W. Vandenhole (ed.), *Kinderrechten in België*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 3-15.
- Van Grunderbeeck, D., “Grondbeginselen van een Europees personen- en familierecht geformuleerd vanuit het perspectief van de mensenrechten” in P. Senaeve en P. Lemmens (eds.), *De betekenis van de mensenrechten voor het personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 3-45.
- Van Leuven, N., “Europese rechtspraak in kort bestek. EHRM 8 juli 2003”, *RW* 2004-05, 356-358.
- Verschelden, G., *Origineel ouderschap herdacht*, Brugge, die Keure, 2005, 422 p.
- Verschelden, G., “La tension entre filiation légale, biologique et sociale dans le droit de la filiation” in E. Dirix en Y.-H. Leleu (eds.), *De Belgische rapporten voor de “Académie internationale de droit comparé” te Utrecht*, Brussel, Bruylant, 2006, 133-174.
- Verschelden, G., “Het hervormde afstammingsrecht: een nieuw compromis tussen biologisch en sociaal ouderschap”, *RW* 2007-08, 338-358.
- Verschelden, G., *Handboek Belgisch Familierecht*, Brugge, die Keure, 2010, 840 p.
- Veys, M.-N., “Afstamming na medisch begeleide voortplanting en draagmoederschap”, *TBBR* 2006, 402-415.
- Vonk, M., “Parent-Child Relationships in Dutch Family Law” in I. Schwenzer (ed.), *Tensions between Legal, Biological and Social Conceptions of Parentage*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 279-307.
- Wuyts, T., “Art. 481 BW” in P. Senaeve, F. Swennen en G. Verschelden (eds.), *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaren (Comm.Pers.)*, Mechelen, Kluwer, losbl., (2006).
- Wuyts, T., “De rechtspositie van meemoeders en hun kinderen” in P. Senaeve, F. Swennen en G. Verschelden (eds.), *Ouders en kinderen*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 73-179.
- Wuyts, T., *Ouderlijk gezag. Een coherente gezagsregeling voor minderjarigen*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 990 p.
- Ziemele, I., “Article 7. The Right to Birth Registration, Name and Nationality, and the Right to Know and Be Cared for by Parents” in A. Alen, J. Vande Lanotte, E. Verhellen, F. Ang, E. Berghmans en M. Verheyde (eds.), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, 29 p.