

HET NIEUWE ECHTSCHIEDINGSRECHT: VOLGZAAM EN TOCH VOORUITSTREVENDE

Prof. dr. Yves-Henri LELEU
Gewoon hoogleraar ULG
Deeltijds hoogleraar ULB
Advocaat (Greenille-Brussel)

1. Deze bijdrage is de uitgebreide versie van de lezing die deze *XXXVIste Postuniversitaire cyclus Willy Delva* afsluit, waarbij het nieuwe echtscheidingsrecht gesitueerd wordt in het kader van de recente hervormingen in het personen- en gezinnenrecht en geëvalueerd wordt tegen de achtergrond van mijn persoonlijke ideeën over deze wetgevende evoluties. Het onderwerp echtscheiding leent zich bijzonder tot reflectie over de verhouding wet-waarden-wereld als componenten van het normatief gebeuren.

De wet van 27 april 2007 houdende hervorming van het echtscheidingsrecht is fundamenteel nieuw en vooruitstrevend, en ik heb de indruk dat de omwenteling van perspectief meer ophef en protesten heeft uitgelokt aan Franstalige dan aan Nederlandstalige zijde.

Besepte men in 2005 of 2006 wel dat in het nieuwe echtscheidingsrecht een gehuwde vrouw die een avond ontrouw is geweest, nadat haar huwelijk al jarenlang ontwricht was, toch nog een billijke en passende onderhoudsuitkering zou kunnen eisen als ze daar behoefte aan heeft, bijvoorbeeld als de echtgenoten samen hebben beslist, toen hun wederzijdse liefde nog groot was, dat zij haar beroeps carrière zou onderbreken of deze minstens niet verder zou ontplooiën om zich meer dan haar echtgenoot aan de verzorging en opvoeding van de kinderen te wijden, of zelfs om de boekhouding van haar echtgenoot te verzorgen? Dankzij de nieuwe wet moet de bedrogen echtgenoot nu betalen. Bovendien kan de ontbinding van het huwelijk in dergelijke omstandigheden theoretisch gebeuren na een procedure die ongeveer een jaar duurt, op eenzijdig verzoek, zonder gerechtelijk debat over het privéleven van de betrokken echtgenoten.

‘Schokkend’ zoals een aantal juristen het stelden. ‘Anders!’ en ‘Moderner!’ naar mijn mening. ‘Post-modern!!’ antwoordden sommigen, vooral en bijna uitsluitend aan Franstalige zijde, met een argumentarium waarin termen zoals *‘hyperindividualisme’*, *‘hypertrophie du Moi’*, *‘individu tout puissant’*, *‘perte de repères’*, *‘libéralisme exacerbé’*, *‘déclin de société’*, *‘refus de l’altérité’* steeds terugkomen.

Vandaar de hoofdvragen van mijn bijdrage en boodschap: hoe positioneer ik mij tegenover dat aan Vlaamse zijde niet-gehoorde en niet schriftelijk geuite hevige betoog tegen de nieuwe echtscheidingswet? Kan een jurist zich nog academisch positioneren wanneer het argumentarium niet louter juridisch wordt? Is het uiteindelijk en per slot van rekening voorspelbaar dat de wet van 27 april 2007 onze maatschappij in gevaar zal brengen?

Om op die vragen te antwoorden, zal ik het nieuwe echtscheidingsrecht situeren binnen de evolutie die het familierecht de laatste jaren heeft gekenmerkt. Naar mijn mening ligt deze laatste hervorming van het familierecht niet alleen in het verlengde van de vorige hervormingen verwezenlijkt tijdens de laatste vijftien jaar, maar is ze ook en vooral in overeenstemming met de noden van de maatschappij, en met de behoeften en wensen van de individuen. Dit wordt tegengesproken door bepaalde van mijn Waalse collega’s, waarvan sommigen het

voortouw nemen van een sterke *pro family*-beweging als reactie tegen diezelfde hervormingen.

2. De technische analyse van het huidige recht laat ik op het einde van deze cyclus uiteraard terzijde. Ik haal in wat volgt enkel een aantal voorbeelden aan uit het positief recht (AFDELING 2), die ik kader binnen mijn theoretisch denkpatroon over het personen- en gezinnenrecht (AFDELING 1), om dan al dan niet te besluiten dat het nieuwe echtscheidingsrecht aan dit laatste congruent is, dan wel hiervan enigszins afwijkt. Ik sluit deze bijdrage ten slotte af met een antwoord op de vraag of deze hervorming niet een aanzet kan zijn tot het uitbouwen van een nieuw scheidingsrecht voor alle koppels, een (echt) scheidingsrecht (AFDELING 3), losgemaakt van het huwelijk, maar gefixeerd op het economische gehalte van de affectieve tweerelatie.

AFDELING 1. THEORETISCH KADER

§ 1. *Hypothese: ethische onderbouw, doelstellingen en methode*

3. In mijn recent juridisch onderzoek ben ik tot de vaststelling gekomen dat het familierecht, het zogenaamde ‘*droit de LA famille*’ rechtstechnisch gewijzigd is, in die zin dat het zich nu voornamelijk bezighoudt met de juridische behoeften van individuen in een familie, en dat het niet langer via de rechtsregels waarden, statuten en structuren wenst te promoten. Vandaar ook mijn oproep: laten we het niet langer hebben over ‘gezinsrecht’, maar eerder over ‘*le droit des familles*’, het recht van alle gezinnen.

Methodologisch, als jurist, waak ik er steeds over om niet zelf ideoloog te worden van het open personen- en gezinnenrecht. Er werd mij onlangs verweten in een vragenronde na een lezing dat mijn betoog ethische onderbouw miste. Dat verwijt was niet terecht: ik sluit me aan bij een transpersonalistische stroming, meer bepaald een a-politiek liberalisme, door sommige rechtstheoretici ook wel ‘juridisch multiculturalisme’ genoemd.¹ Het huldigt niet de zuiver liberale filosofie, maar stelt, zoals het liberalisme als denkstroom, het volgende voorop: de mens eerder dan de mensheid is de focus; de gedragingen eigen aan mensen of aan groepen van mensen verdienen de aandacht meer dan de beschaving *in globo*; particuliere keuzes en fenomenen moeten geëerbiedigd worden; normering of regulering is toegelaten waar nodig, wanneer spontane keuzes niet meer

1. P. MARTENS, *Théories du droit et pensée juridique contemporaine*, Brussel, Larcier, 2003, p. 288 *et seq.* Voor meer details: A. SEMPRINI, *Le multiculturalisme*, Parijs, P.U.F., 1997; Ch. TAYLOR, *Multiculturalisme, différence et démocratie*, Parijs, Flammarion, 1994.

volstaan dan wel hinderlijk zijn voor het individu zelf, de maatschappij of de anderen, – in het bijzonder in mijn materie – de kinderen.²

Ik meen inderdaad dat het recht, op het vlak van zijn *doelstellingen*, tot taak heeft de personen en gezinnen te begeleiden, en een zo vaak als mogelijk positief antwoord te geven op hun vraag om te komen tot een juridische regeling in domeinen waarin de afwezigheid van normen bepaalde fundamentele rechten aantast.

Op het vlak van de te volgen *methode* meen ik dat het recht zich moet richten op de middelen en wegen om die doelstellingen te bereiken en dat het zijn traditionele discours over de waarden moet verlaten. Die benaderingswijze verbiedt in beginsel elk waarde-oordeel over de maatschappelijke fenomenen die vandaag als problematisch voorkomen. Die maatschappelijke fenomenen dringen zich op in een rechtvacuüm, of ze druisen in tegen de verbiedende rechtsnormen, maar ze worden telkens voortgebracht door vrouwen, mannen en kinderen die op zoek zijn naar hun geluk. Vandaar dat het volgens mij beter zou zijn dat het recht die individuele zoektochten juridisch omkadert en er vorm aan geeft, in de plaats van tevergeefs te proberen die zoektochten bij te sturen in naam van een ideaal dat niet door iedereen wordt gedeeld.

4. De laatste decennia zijn we getuige geweest van de desinstitutionalisering van het gezinsleven, van zijn privatisering en van de promotie van de mensenrechten. Onderwerpen die vroeger taboe waren, zijn het voorwerp geworden van politieke debatten en hebben tot wetswijzigingen geleid, zoals bijvoorbeeld de incestproblematiek en de versoepeling in 2007 van de huwelijksbeletselen tussen aanverwanten. Het personen- en gezinnenrecht is in het algemeen democratischer geworden.³

Daarbij is het zeer duidelijk de *persoon* die de centrale plaats inneemt in de debatten. De menselijke persoon wordt in de eerste plaats bekeken in zijn individualiteit en pas in tweede instantie in zijn sociale dimensie. Hij is *a priori* vrij wat betreft zijn levenskeuzes in een meer verdraagzame samenleving, die minder toegevingen of verzakingen oplegt. Het individu ziet een steeds toenevende wens tot meesterschap over zijn lichaam en zijn leven in vervulling gaan, hierbij aangemoedigd enerzijds door de vooruitgang van de (biomedische) wetenschap⁴ en anderzijds – en dit is te betreuren – door een kunstmatig gemanipuleerde creatie van behoeften.

2. Vgl. J. FIERENS, 'Photo de famille. L'image de la famille à travers les mutations récentes du droit civil belge', *JDJ* 2008, nr. 278, p. 31.

3. D. VAN GRUNDERBEECK, *Grondbeginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, Antwerpen, Intersentia, 2001, p. 178-179.

4. Hiervan getuigt de totstandkoming van de wet inzake medisch begeleide voortplanting (2007), de wet inzake onderzoek op embryo's (2003) en de wet inzake het verkrijgen en het gebruik van menselijk lichaamsmateriaal (2008).

De *families* zijn gebieden van persoonlijke zelfontplooiing van het individu geworden, door het kader dat zij bieden voor de gevoelsmatige rijping van het individu. Tegen die achtergrond heeft het traditionele en als uniek vooropgestelde model – het gehuwde en vruchtbare koppel – plaatsgemaakt voor een veelheid van configuraties die alsmaar complexer worden en die, wanneer zij in de maatschappij ontstaan, zich vaak in de schaduw van het recht moeten ontwikkelen. We kunnen in dit verband de eenoudergezinnen aanhalen, met hun juridische maar ook economische kwetsbaarheid en onzekerheid, de wedersamengestelde gezinnen die nog steeds blijven wensen dat een vorm van sociaal ouderschap wordt georganiseerd, en tenslotte ook de gezinnen met ouders van hetzelfde geslacht die sinds de openstelling van het huwelijk (2003) en de adoptie (2006) een betere bescherming genieten. In de meerderheid van deze gevallen heeft het gezinnenrecht zich aangepast aan de feiten, en hebben de feitelijke situaties nieuwe familie- of gezinsmodellen doen ontstaan die erkend worden door het recht.

Aan de behoefte tot reglementering in die materies moet mijns inziens tegemoet gekomen worden, omdat het recht weliswaar het individuele geluk niet kan waarborgen, maar hiertoe wel bijdraagt door de verbetering van het kader van de zelfontplooiing door de openstelling van het juridisch statuut van individuen die reeds over dit kader beschikken, en die door anderen benijd worden omwille van hun grotere schijnbare gemak om op die manier dat geluk te bereiken. Bepaalde auteurs stellen aldus bijvoorbeeld dat de relatieve kwetsbaarheid van de wedersamengestelde gezinnen niet te wijten is aan de complexiteit van deze nieuwe familiestructuren, maar wel aan de afwezigheid van enige institutionele ondersteuning die hen kan helpen om nieuwe moeilijkheden op te lossen.⁵ Ook de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens illustreert dat er een nood aan normen bestaat wanneer het juridisch vacuüm de fundamentele rechten van het individu raakt en dat dit nog meer het geval is wanneer deze mensenrechten werden erkend door daartoe bevoegde overheden, kortom, wanneer de Staat zijn (positieve) verplichtingen niet nakomt om instituten te creëren.⁶

Mijn hypothese is bijgevolg dat het personen- en gezinnenrecht thans niet langer hoofdzakelijk een structurerende rol mag spelen ten opzichte van de maatschappij, de families en de individuen, maar vooral een *'begeleidende'* opdracht moet vervullen, die erin bestaat de middelen tot stand te brengen om te voldoen aan de behoeften aan normen of aan een statuut, behoeften die ontstaan zijn uit de doorleefde ervaring van personen en families, en dit zelfs

-
5. A. CHERLIN, *Le remariage comme institution incomplète*, *Dialogue*, 1987, 50, aangehaald door M.-Th. MEULDERS-KLEIN, 'Les dilemmes du droit face aux recompositions familiales' in *La personne, la famille et le droit*, p. 404 et p. 406, voor een kritiek op dat voorstel.
 6. Voor een grondige en globaal convergente ontleding: F. TULKENS, 'Le droit au respect de la vie familiale. Egalité et non-discrimination', *Rev.trim.dr.fam.* 2008, 3.

als deze behoeften maar een beperkt aantal gevallen of hypothesen betreffen, op voorwaarde dat de fundamentele rechten van de betrokkenen op het spel staan.

Dit noopt noodzakelijkerwijze tot een recht dat openstaat voor het verschil, voor de individuele keuzes en een recht dat deze keuzes slechts in de marge kan omkaderen, met andere woorden een ethisch liberaal en multicultureel recht dat de individuen verantwoordelijk laat zijn voor de door hen gemaakte keuzes, en dat slechts normeert wanneer dit noodzakelijk blijkt te zijn in het belang van de maatschappij.

§ 2. Een controversiële stelling

5. Vele auteurs betwisten deze stelling, en dit gebeurt meer aan Franstalige dan aan Vlaamse zijde. Het familierecht mag en moet volgens hen de maatschappij blijven structureren, en modellen promoten of beperkingen in het algemeen belang vooropstellen. Hieronder haal ik een aantal argumenten aan die hetzij mijn werkhypothese staven, hetzij de bezwaren ertegen helpen te weerleggen.

6. Een eerste reden om aan het moderne personen- en gezinnenrecht géén overwegend structurerende rol meer toe te schrijven, is dat het recht al in die opdracht grondig mislukt is, zelfs in de weinig democratische maatschappij waarin het personen- en familierecht zich dit prerogatief toeëigende als politieke reactie op het postrevolutionaire liberalisme.

Onder de impuls van de Napoleontische wetgever werd de familie geconcipeerd als een microstructuur binnen de macrostructuur, met dezelfde interne heteronome organisatie, zonder enige ruimte voor autonomie, behalve voor diegene die aan het hoofd stond van die structuur. Net zoals er in de maatschappij, de macrostructuur, een sterk gehiërarchiseerde indeling moest bestaan om de revolutionaire beweging in te dijken ten voordele van de Napoleontische politieke machtsstructuren, zo ook moest er in de familie slechts één leider zijn – de *pater familias* – die de individuen hielp te doen inzien dat ze geen meesterschap over zichzelf hadden, maar als het ware ‘toebehoorden’ aan een ander, die zelf geen enkele autonomie kon claimen omwille van de piramidale hiërarchie van de maatschappij en de niet-democratische staatsstructuur.⁷

Daaruit moge blijken dat het familiemodel van het Burgerlijk Wetboek niet gepromoot werd ten dienste van het geluk en van de ontplooiing van mensen binnen de families, maar eerder ten dienste van de handhaving van het voorgestane politieke model. Het heeft slechts kunnen functioneren – doch veel te lang – dankzij contextuele factoren, bijvoorbeeld omdat individuen toen nog

7. ‘*Les codificateurs ont toujours (tenu) en ligne de mire la dimension politique du droit privé, qu’il s’agit de rendre conforme au droit public napoléonien*’ (J.-F. NIORT, ‘Droit, idéologie et politique dans le Code civil français de 1804’, *RIEJ* 1992, p. 85).

niet geëmancipeerd waren, of intellectueel nog onder de invloed stonden van tal van dogma's. De godsdienst was, in tegenstelling tot een gangbare mening, niet de beslissende factor bij het implementeren van het traditionele familiemodel. Het dogma, o.a. de onverbreekbaarheid van het huwelijk, is wel een middel geweest om deze politieke ordening van de maatschappij rond hiërarchie en controle op de individuen uit te leggen, dan wel aanvaardbaar te maken, om het de mensen, vooral vrouwen en kinderen, minder zuur te maken, door minder zelfbewuste breinen a.h.w. te 'wassen' met de gedachte dat het zo hoorde.⁸

De maatschappij van BALZAC en MAURIAC heeft aldus op die manier het huwelijkse familiemodel willen opdringen zonder er echter in te slagen echtscheiding, huwelijkse ontrouw en voortplanting in overspel te bannen⁹, en zonder afbreuk te doen aan de steeds groeiende afwijking van dat model door autonome en bewust kiezende personen en families. François OST stigmatiseert de heteronome, ongelijke en patriarchale ideologie die schuilgaat achter de promotie van het huwelijk.¹⁰ Vrouwen en kinderen werden het eerst (op)geofferd op het altaar van de vaderlijke machthebber. En het bestraffen van anderen dan de *pater familias* die het uitgestippelde pad niet volgde, dat is de inherente afgeleide van een discriminerend recht, een hypocriet onrecht dat terecht op de vingers werd getikt door de arresten *Marckx* en *Mazurek* van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.¹¹ Het discriminerende Burgerlijk Wetboek heeft dus geen andere keuze gehad dan plaats te ruimen voor de opkomst van een buiten huwelijkse familie waarvan de kinderen evenveel respect en liefde verdienen.

Een ander voorbeeld van waardengebonden structurering van gedragingen door het recht, die recent op niets is uitgelopen, is de ontrading van incestueuze relaties tussen niet-bloedverwanten door verbodsbepalingen, waardoor uiteindelijk meer aan de kinderen dan aan de volwassenen fundamentele rechten werden ontzegd (bv. hun recht op een dubbelzijdige afstamming).¹² Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft in een arrest van 2005 het Verenigd Koninkrijk veroordeeld en het huwelijksverbod tussen een vrouw en haar ex-schoonvader strijdig bevonden met artikel 12 EVRM. Het Hof preciseerde dat een huwelijksverbod zonder strafsancities niet verhindert dat incestueuze relaties worden aangeknoopt en dat het gevreesde risico voor het kind – een vermeende verwarring of emotionele onzekerheid – zich eventueel voordoet.¹³ Men kan

8. Dat 'instrumentaliseren' van de godsdienst om hiërarchische verhoudingen in stand te houden binnen de privésfeer bestaat nu nog: de *charia* maakt het voor sommige vrouwen aanvaardbaar te vinden dat ze hun mannen moeten delen met andere vrouwen of dat ze alleen hun ogen mogen tonen aan de rest van de wereld.

9. In Frankrijk werden in 1998 meer dan een derde van de kinderen buiten het huwelijk geboren.

10. F. OST, *Le temps du droit*, Parijs, Odile Jacob, 1999, p. 300-301.

11. Y.-H. LELEU, 'Erfrechtelijke discriminatie van buitenhuwelijkse kinderen. *Quousque tandem gallia abutere patientia nostra*', *TPR* 2001, 1353.

12. Arbitragehof 17 december 2003, *NJW* 2004, 409, noot GV en *Rev.trim.dr.fam.* 2004, 349, noot E. VAN LANGENAKEN.

13. EHRM 13 september 2005, *B. en L. t. Verenigd Koninkrijk*, *Rev.trim.dr.fam.* 2008, noot M. DEMARET, in het bijzonder § 39 van het arrest.

hierin lezen dat, in plaats van een theoretisch ideaal na te streven, namelijk het uitroeien van incestueuze relaties ook vanuit een moreel perspectief, het beter is de juridische integratie te verzekeren van de kinderen die in deze families leven, zelfs al moet men daarvoor de relatie tussen hun ouders officialiseren. De Belgische wetgever heeft in 2007 terecht positief gereageerd op dit arrest. Voortaan kunnen aanverwanten met elkaar huwen, mits koninklijke ontheffing van het huwelijksverbod om gewichtige redenen, maar zonder dat dit ontheffingsrecht op willekeurige wijze uitgeoefend mag worden.¹⁴

7. Een tweede reden voor de evolutie van het personen- en gezinnenrecht, naast het falen van de missie van het oude recht, is de deconfessionalisering van de maatschappij. De mythe van de onverbreekbaarheid van het huwelijk is sinds lang verlaten; deze kan geen enkele wet met betrekking tot het huwelijk onderbouwen. Er is voldoende aangetoond, vooral door A. HEYVAERT, dat het onverbreekelijke huwelijk voornamelijk een politieke en economische keuze was in een maatschappij zonder sociale zekerheid.¹⁵

8. Vervolgens is er de economische, wetenschappelijke vooruitgang en de emancipatiegedachte. Het leven van de gehuwde vrouw is anders dan dat van haar grootmoeder, o.a. door het meesterschap over haar vruchtbaarheid.

Laat ons ook niet de ontwikkeling van de mensenrechten vergeten en hun bijzonder sterke verankering in het Belgische recht i.t.t. bijvoorbeeld het Franse recht, mede dankzij Nederlandstalige juristen, o.a. Moni VAN LOOK, de advocate van Paula MARCKX, en dankzij P. SENAËVE, die tot de implementatie van het Marckx-arrest bijdroeg tegen restrictievere Franstalige ideeën in. Een soortgelijk debat duikt zeer eigenaardig en *mutatis mutandis* met dezelfde tegenstellingen opnieuw op over het overgangsrecht van de nieuwe echtscheidingswet (*infra*).

Recent werd in het debat rond de evoluties van het personen- en gezinnenrecht de opkomst van een markteconomie aangehaald, die volgens J.-L. RENCHON het individu meer afhankelijk maakt voor onmiddellijk bezit, daar waar vroeger materiële goederen schaarser waren en als het ware als een genade werden ervaren voor hun eigenaar.¹⁶ Dit zou zich weerspiegelen in relatie-shopping en revindicaties van mensen die zich als het ware beroofd voelen van rechtsbescherming.

9. Wat de recente hervormingen in het personen- en gezinnenrecht betreft, moet uiteraard gewezen worden op het belang van de zgn. 'Paarse coalitie', die voor het eerst sinds meer dan 30 jaar geen confessionele politieke partijen

14. *Ibid.*

15. A. HEYVAERT, *Het personen- en gezinsrecht ont(k)leed*, Gent, Mys & Breesch, 2002, p. 268-269 en *passim*.

16. J.-L. RENCHON, 'Indisponibilité, ordre public et autonomie de la volonté dans le droit des personnes et de la famille' in *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen*, A. WIJFFELS (uitg.), Bruylant, 2005, p. 285.

verenigde. Het parlement heeft democratisch gereageerd op een naar mijn mening ondemocratische uitspraak waarin werd gesteld dat het ethische terrein ‘onbespreekbaar’ was. Deze retorische inbreuk van een partijtopy op de prerogatieven van het parlement is voor mij het symbool voor de zwanenzang van het waarden-geörienteerd personen- en familierecht.

Het nieuwe echtscheidingsrecht *d.d.* 2007 was meteen ook het laatste familie-rechtelijke opus van de paarse wetgever, vandaar misschien ook dat het tot zoveel ergernis heeft geleid, althans aan Waalse zijde: een trappelende minderheid zag groen toen de parlementaire voorbereiding in versneld tempo vooruitging.

10. Een laatste reden om te betwijfelen dat de structurerende kracht van het familierecht efficiënt of opportuun zou zijn, meen ik ten slotte te kunnen vinden in de retoriek van de auteurs die deze doelstelling meer genegen zijn dan ik.

Al te vaak worden bij juristen argumenten gelezen die ofwel gehaald werden uit andere wetenschappen, ofwel predictief en *ad futurum* zijn, ofwel in een stijl weergegeven zijn die graag blijk geeft van afschrikking. Wanneer van de(ze) retoriek disproportioneel veel gebruik wordt gemaakt in een wetenschappelijke argumentatie, spits ik mijn aandacht echter nog meer dan anders toe op de inhoudelijke argumenten van de auteur.

Zo sprak men over het huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht in termen van ‘*différence ontologique*’, over euthanasie haalde men ‘*eugenisme*’ aan, over echtscheiding ‘*répudiation*’. Deze retoriek is al lang bekend en bijzonder weinig efficiënt gebleken, althans in België, en ook in Nederland.

Heel de geschiedenis van het personen- en familierecht is inderdaad doordrongen van de vrees dat de zelfs gedeeltelijke opheffing van bepaalde verboden de maatschappij naar de afgrond zou leiden, en haar berooft van ‘bakens’, haar ‘repères’. De inhoud van dit niet-juridische concept wordt niet altijd concreet ingevuld door de jurist die het nodig acht het begrip aan te halen.¹⁷ In ‘repère’ ziet P. MARTENS een eufemisme voor ‘dogma’, hetgeen minder politiek correct is in een gelaïciseerde maatschappij.¹⁸

Er is meer. Niet-juridische concepten zoals ‘*invariants anthropologiques*’, ‘*hypertrophie du Moi*’, ‘*déclin de société*’, ‘*refus de l’altérité*’ zouden kunnen kaderen in een al dan niet bewuste poging om bij de gesprekspartner of de lezer de indruk te wekken een wetenschap te hebben van wat is, wat zal zijn, of wat altijd geweest

17. Bv. M.-Th. MEULDERS-KLEIN, ‘Internationalisation des droits de l’homme et évolution du droit de la famille: un voyage sans destination’ in *La personne, la famille et le droit*, p. 520; J.-L. RENCHON, ‘Parenté sociale et adoption homosexuelle. Quel choix politique?’, *JT* 2005, p. 132, nr. 31 (‘repérer’).

18. P. MARTENS, ‘Egalité et transcendance. Quand la broyeuse égalitaire se heurte au rempart du sacré’ (noot onder EHRM 26 februari 2002), *JLMB* 2002, p. 785. Deze auteur drukt zich in dezelfde zin uit over ‘nouveaux magistrères qui prétendent dicter autoritairement au droit ce que la religion ne lui suggère désormais que discrètement’: P. MARTENS, ‘La conclusion d’un juriste’ in V. MARTENS (ed.), *Citoyenneté, discrimination et préférence sexuelle*, Brussel, F.U.S.L., 2004, p. 128.

is. Hoe meer voorspellend, algemeen en a-juridisch het karakter van dit argumentarium is, des te moeilijker het tegengesproken kan worden in rechte, en des te groter de kans is dat de contradictie ontbreekt.¹⁹ Die retoriek werd gebruikt in *pro-life* gelobbyde materies²⁰, maar ook vóór de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht²¹, en vroeger zelfs vóór de openstelling van het algemeen kiesrecht voor vrouwen en hun toegang tot de juridische beroepen.

Zeër recent duiken ook allusies op het totalitarisme en nazisme op in het *pro classic families*-betoog, met naar mijn mening dezelfde bewuste of onbewuste bijbedoeling. Bij P. LEGENDRE, één van de inspiratiebronnen van de aanhangers van het structurerend personen- en familierecht²², vinden we ‘*La logique hitlérienne a installé la logique hédoniste*’, ‘*qui refuse la dimension sacrificielle de la vie*’; J.-L. RENCHON heeft het verlaten van het heteronoom maatschappelijk organisatiebeginsel historisch gekaderd in de reactie tegen het nazi-totalitarisme, maar stelt dat het nazisme ‘*beaucoup plus proche [is] de la société individualiste que des sociétés holistes traditionnelles*’.²³ J. FIERENS doet er voorzichtiger aan mee, nazi’s zoals revolutionaire Franssen zouden dezelfde drang vertonen om het familierecht te willen veranderen en hij ziet in het huidige activisme in het familierecht ‘*le signe d’une volonté de changer la société*’.²⁴ Ik kan niet ingaan op deze niet-juridische argumenten zonder er zelf retorisch aan te zondigen: wanneer een *Reductio ad Hitlerum*²⁵ opduikt in een debat, een sinds 1950 ontdekt retorisch argument, treedt een soortgelijk mechanisme in gang als datgene dat hierboven werd beschreven en dat het inhoudelijke debat op het achterplan dringt.

Proberend de hogervermelde stellingen te bekritisieren zonder hierbij zelf te vervallen in wat hen wordt verweten, wens ik de aandacht te vestigen op een ander gebrek van dit soort betoog. Elke argumentatie die gebaseerd is op een voorspelling valt in duigen als deze prognose zich niet voordoet, of als men deze niet met zekerheid kan nagaan, en dat risico is groter wanneer de voorspelling niet zozeer slaat op een meetbaar feit, maar wel op een maatschappelijke toestand (*société à la dérive, individu sans repères, perte de structures*).

19. D. DE BECHILLON, ‘Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales’, *Rev.trim.dr.civ.* 2002, p. 60. Meer details hierover: Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2de uitg., Brussel, Larcier, 2010, nr. 6.

20. Over de zaak *Perruche* in Frankrijk (*wrongful life*): D. DE BECHILLON, *o.c.*

21. ‘Mais ils ne sont pas les “mômes”’ (over openstelling van het huwelijk): J.-L. RENCHON, ‘Mariage et homosexualité’, *JT* 2002, p. 514.

22. Over deze ‘fascinatie’ voor de geschriften van Pierre LEGENDRE bij de juristen, omdat hij de invloed van de rechtsleer hoog (en over-)schat: D. DE BECHILLON, *o.c.*, p. 62-63.

23. J.-L. RENCHON, ‘Indisponibilité, ordre public et autonomie de la volonté dans le droit des personnes et de la famille’, *o.c.*, p. 290, noot 24.

24. J. FIERENS, ‘Photo de famille. L’image de la famille à travers les mutations récentes du droit civil belge’, *o.c.*, p. 26.

25. L. STRAUSS, *Droit naturel et histoire*, Parijs, Flammarion, 1986, p. 51. Er wordt gesteld dat een ‘*reduction ad Hitlerum*’ proportioneel meer kans maakt op te duiken in debatten met hoog ideologisch gehalte waar de standpunten persoonlijk ingegeven zijn en/of onverzoenbaar zijn (zgn. ‘wet van Godwin’).

Is het bewezen of bewijsbaar dat de Belgische maar ook de Nederlandse maatschappij geen deel meer uitmaken van de gemeenschap van ‘waardige staten’ *omwille van* een voorspelde toename van het aantal ‘eugenetische’ euthanasiegevallen? Is het bewezen of bewijsbaar dat heterokoppels tastbaar nadeel hebben ondervonden *omwille van* het voorspelde desymboliseren van het traditionele huwelijk na zijn openstelling voor alle koppels? Laten we enkel constateren wat in onze hedendaagse maatschappij aanwijsbaar is, namelijk feiten of rechten die eerder wijzen op een vooruitgang in termen van gelijkheid, zelfstandigheid en bescherming van het privé- en gezinsleven. Zo staat het volgens mij vast dat vandaag vrouwen, mannen en kinderen titularissen zijn van een groter aantal individuele rechten ten aanzien van hun persoon en hun familie. Zij oefenen die rechten uit om waardiger te leven dan voorheen, weze het om een beetje sneller te sterven en daarbij veel minder te lijden. Met O. DE SCHUTTER meen ik dat in een maatschappij waar het niet langer de gemeenschappelijke waarden zijn die in de eerste plaats het gedrag leiden, maar de private belangen, het recht de plaats inneemt van de niet langer bestaande gedeelde waarden en het gebrek aan gezag van de traditie compenseert.²⁶

11. Mijn betoog wil nochtans niet meer beeldenstormerig dan noodzakelijk zijn om de nieuwe doelstelling te bereiken. De symbolische waarde van het recht blijft belangrijk en het personen- en gezinnenrecht zal het niet laten om beproefde modellen voor te stellen als vectoren van maatschappelijke cohesie en van individuele ontplooiing (bv. niet-commercieel zeggenschap over het eigen lichaam, een stabiele en gereguleerde partnerrelatie, een dubbelzijdige afstammingsband, ...).²⁷

De vraag is evenwel of deze symbolische waarde van het recht een voldoende rechtvaardiging vormt voor het stroomlijnen van het menselijke gedrag tot in zijn meest intieme sfeer, om verder te gaan dan hetgeen vereist is voor de ordening van de maatschappelijke verhoudingen tussen vrouwen, mannen en kinderen die steeds meer geëmancipeerd zijn en zich steeds meer bewust zijn van hun rechten.

Naar mijn mening is in onze materie van het burgerlijk recht – anders dan in bijvoorbeeld het strafrecht²⁸ – het recht niet het best gewapend om gedragingen te structureren. Andere factoren, die veel krachtiger zijn dan het Burgerlijk Wetboek of om het even welke wet, houden zich daarmee bezig, te weten de cultuur, de diversiteit in levenswijzen en ook – en meer en meer – de gods-

26. O. DE SCHUTTER, ‘Homosexualité. Discours. Droit’, *RIEJ* 1993, 95.

27. Het recht mag ideologieën overbrengen om het gedrag van de mensen te beïnvloeden (F. SWENNEN, *Het huwelijk afschaffen?*, Antwerpen, Intersentia, 2004, p. 4).

28. Zie daarover de interessante overwegingen van het Europees Hof van de Rechten van de Mens betreffende de inefficiëntie van het verbod van een incestueus huwelijk in het kader van de voorkoming van incestueuze relaties *indien dit verbod niet wordt versterkt door het strafrecht* (EHRM 13 september 2005, *B. en L. t. Verenigd Koninkrijk, o.c.*, noot 14, § 39).

dienst.²⁹ De jurist moet hiervan nederig akte nemen en vaststellen dat de hedendaagse geschiedenis van de familie de onmacht van de juridische norm bewijst, en dan vooral van de verbiedende norm, om maatschappelijke fenomenen tot stand te brengen (bv. gezinsstabiliteit) dan wel weg te bannen (bv. zelfontplooiingswens binnen de familie).³⁰ Als een structurerende functie aan het familierecht moet worden toegekend, zal zij mijns inziens ontologisch zijn, en zou zij moeten strekken tot de verbetering van eenieders kwaliteit van vrij individu en volwaardig rechtssubject.³¹ Bij een dergelijke onderneming lijkt het humanistische ideaal van de fundamentele rechten een goede gids.

§ 3. *Het begeleidende personen- en gezinnenrecht*

12. Om het hogerbedoelde positief uit te drukken: onze hypothese bouwt voort op de ontwikkeling van de begeleidende functie van het familierecht. Enige verduidelijking is hier op zijn plaats, want precies dit is vernieuwend.

13. Volgens het taalgebruik van de ondernemingswereld zou de methodologie die hier wordt voorgesteld om familierecht te creëren, van het ‘*bottom up*’-type zijn; de menselijke noden doen de nood aan recht ontstaan.³² Het familierecht moet niet langer het heiligdom van een waardengebonden ideaal zijn, maar een ‘*lieu d’édification des valeurs à venir*’.³³

Zo moet men zich bij problematieken zoals het meesterschap over het eigen lichaam of de voortplanting, het sociaal ouderschap of het gelijkslachtig ouderschap, eerst bekommeren om de personen – het individu, het koppel en het kind – en pas daarna om de maatschappij en zijn waarden. En wanneer men het heeft over het kind, dat een bijzondere bescherming geniet, dan moet het gaan om elk kind dat concreet verward is in een proces van sociaal ouderschap of gelijkslachtig ouderschap, en niet over ‘het kind’ als abstract concept waarvan het belang op algemene en dogmatische wijze zou worden gedefinieerd.

29. Voor zover uiteraard de godsdienst geen predictieve normen oplegt die indruisen tegen de fundamentele rechten. Voor J. CARBONNIER (*Essais sur les lois*, 2^{ème} éd., 1995, 119) zijn de godsdienst, de ethiek en de zeden evenveel normatieve systemen die het recht kunnen steunen in zijn maatschappelijke structurering.

30. Hoewel de rechtsregel niet kan berusten op het zuivere feit, wordt deze toch ondersteund door zichtbare en standvastige tekens in een maatschappij (M.-C. RIVIER, ‘L’introuvable statut du beau-parent’ in *L’autorité parentale en question*, Villeneuve, Septentrion, 2003, 178). In die zin I. THERY, ‘Les constellations familiales recomposées et le rapport au temps: une question de culture et de société’ in *Quels repères pour les familles recomposées*, p. 34. Vgl. EHRM 13 september 2005, *B. en L. t. Verenigd Koninkrijk, o.c.*, noot 14, § 39.

31. Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 2de uitg., Brussel, Larcier, 2010, nr. 6.

32. Zoals hoger reeds gesteld (*supra* nr. 3), zijn die juridische behoeften tastbaar, want ze werden in gerechtelijke procedures geweigerd, en bepaalde procedures, bv. voor het Arbitragehof, liepen uit op een vaststelling van een schending van bepaalde grondrechten.

33. P. MARTENS, ‘Egalité et transcendance. Quand la broyeuse égalitaire se heurte au rempart du sacré’ (noot onder EHRM 26 februari 2002), *JLMB* 2002, p. 789.

Een begeleidend familierecht helpt mensen in hun vraag om recht(sbescher-
ming) en verzoent de betrokken individuele belangen zonder hierin enige hiër-
archie te bepalen. Het ethisch liberalisme is geen ‘*laisser faire*’, het omkadert en
reguleert waar en indien nodig.

Deze methode van ‘concrete belangenafweging’ wordt in het bijzonder be-
oefend door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Wanneer deze
methode aan de wetgever wordt voorgesteld bij het creëren van regels met
algemene draagwijdte, zou deze methode hem moeten aansporen om, in de mate
van het mogelijke, in de plaats van normen die abstracte verplichtingen of
verboden inhouden, normen te verkiezen die aan de autoriteiten die gevat
worden door individuele gevallen – hoofdzakelijk de rechters – de structuren
en de mogelijkheden bieden om de in het geding zijnde individuele belangen
tegenover elkaar af te wegen. Wettelijke verplichtingen en wettelijke verboden
zullen mogelijk blijven, maar een uitzonderlijk karakter vertonen, dat van het
onbetwistbaar voorgeschrevene of verbodene.

Men kan niet ontkennen dat het familierecht altijd al de aanwezige belangen
heeft afgewogen bij de totstandkoming en de toepassing van zijn normen, maar
het is niet in voldoende mate afgestapt van zijn structurerende neigingen: ofwel
heeft het familierecht de privébelangen gehiërarchiseerd in plaats van deze met
elkaar te verzoenen, ofwel heeft het familierecht het belang van de maatschappij
laten doorwegen in deze verzoeningsoefening. In beide gevallen is het van de
stelling uitgegaan dat het belang van de maatschappij erin bestond om een model
te verspreiden, en dat dit model goed was.

14. Laten we om dit conceptuele gedeelte af te sluiten, en na deze voorstelling
van wat ik denk dat het familierecht geworden is – ethisch liberaal en multi-
cultureel – , even op bondige wijze het nieuwe echtscheidingsrecht van naderbij
bekijken, en vooral nagaan of dit gekaderd kan worden in deze nieuwe trend,
namelijk of het gehoor geeft aan families en personen die om bescherming
vragen.

AFDELING 2. HET NIEUWE ECHTSCHEIDINGS- RECHT GESITUEERD

§ 1. *De grond tot echtscheiding*

15. De belangrijkste vernieuwing van de nieuwe echtscheidingswet is het ver-
laten van de fout als grond tot echtscheiding ten voordele van het begrip
‘onherstelbare ontwrichting’ (art. 229 BW).

De wet streeft twee doelstellingen na: een zogenaamd recht op echtscheiding invoeren en de rol van de rechter bij zijn beoordeling over de echtscheidingsgrond beperken. Dit alles lijkt me nodig en verantwoord om snel het debat te kunnen openen en voeren over de gevolgen van de echtscheiding, en om de procedures te vereenvoudigen. Dit alles speelt zich af in het kader van een enkele procedure voor alle judiciële echtscheidingen, terwijl de echtscheiding door onderlinge toestemming niet werd afgeschaft, zoals dit oorspronkelijk was voorzien, maar als tweede echtscheidingsvorm werd behouden, hetgeen een goede zaak is (zie daarover meer *infra*, nr. 17).

De debatten over het verlaten van de fout als grond tot echtscheiding zijn talrijk en fel geweest, vooral aan Franstalige zijde. Ook al is het zo dat de ‘onherstelbare ontwrichting’ de enige echtscheidingsgrond geworden is, toch is er nog een beperkte plaats aan de schuld toegemeten.³⁴

16. Ik keur deze evolutie uiteraard goed, nu zij beantwoordt aan een onbetwistbaar aanwezige, dubbele maatschappelijke nood.

Vooreerst een vraag naar kortere debatten over de ontbinding van het huwelijk. De evolutie gaat onomkeerbaar in die richting en wie zich daarbij uitdrukt met het woord ‘verstoting’, verliest uit het oog dat de maximale procesduur van ongeveer een jaar om de echtscheiding te bekomen slechts de helft is van de vroegere termijn van echtscheiding op grond van feitelijke scheiding. Iets minder destructief, maar toch nog vrij agressief, is het betoog van J. FIERENS, die de mogelijkheid om op gezamenlijk verzoek na een procedure van 3 maanden gescheiden te zijn, bekritiseert, alsof die het huwelijk tot een ‘open instelling’ maakt, een ‘saloon-deur’ die even gemakkelijk openklapt als dichtklapt, en die vaststelt dat Lucky Luke misschien nooit getrouwd is geweest omdat hij niet sneller kon scheiden dan zijn schaduw.³⁵ Deze evolutie lijkt me eerder een democratisch antwoord te zijn op een breed verspreide verwachting.

Vervolgens een vraag naar terugtrekking van het gezinnenrecht uit de privésfeer, ook in huwelijksaangelegenheden. De echtscheiding op grond van een positief bewijs van onherstelbare ontwrichting is de uitzondering op de regel, nl. de objectief door verlopen termijnen van feitelijke scheiding vastgestelde onherstelbare ontwrichting.³⁶ Ik koester de hoop dat de relatief korte termijnen van de andere vaststellingsmogelijkheden deze ‘sub-grond’ tot echtscheiding op termijn nutteloos zullen maken. Toch blijven er ernstige gevallen die een echtscheiding zonder verwijl vereisen en ook op deze maatschappelijk behoefte moet het recht

34. F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, nr. 773, p. 457 en nr. 780, p. 560.

35. J. FIERENS, ‘Le nouveau droit du divorce ou le syndrome Lucky Luke’ in *Droit de la famille*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2007, p. 3 *et seq.*

36. F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, nr. 779, p. 459.

een antwoord geven. De bewijsvoering is vrij, procedure van vaststelling van overspel inbegrepen, en dit laatste ten koste van de eerbiediging van de *privacy*. Omwille van deze kier blijft een debat over de fout nog mogelijk als de rechters te snel omspringen met overspel als bewijs van de onherstelbare ontwrichting. In de rechtspraak vindt men tot nu toe, op enkele uitzonderingen na, geen spoor van deze houding.

17. Wat de echtscheiding door onderlinge toestemming betreft, lijkt het zo dat deze vorm van echtscheiding het – zij het tijdelijk – zwaar te verduren heeft sinds de inwerkingtreding van het nieuwe echtscheidingsrecht.³⁷

Ik betreur dat, want ik vind persoonlijk dat de echtscheiding door onderlinge toestemming nog steeds de beste manier is om uit de echt te scheiden, ook al zal dit oordeel aan enige relativering toe kunnen zijn na de analyse *de lege lata* van de ‘relitigatie’ na echtscheiding door onderlinge toestemming door G. VERSCHELDEN. Het onderwerp van die bijdrage moet nader bestudeerd worden, zoals de auteur dat voorstelt, om de oorzaken van dit fenomeen beter te begrijpen.³⁸

J. FIERENS heeft de stelling verdedigd dat het naar zijn oordeel liberale familierecht tekortschiet in het beantwoorden van de noden van de zwakkeren, en dat ‘*On sait aussi depuis des années déjà que le divorce par consentement mutuel se fait plus rare lorsque l’on descend l’échelle sociale*’.³⁹ Deze analyse kan slechts correct worden genoemd indien zij ondersteund wordt door resultaten van wetenschappelijk onderzoek die in dezelfde richting wijzen. Bovendien ondermijnt haar premisse m.i. haar wetenschappelijk gehalte: volgens deze auteur, is het zo dat het nieuwe familierecht ‘*reflète d’abord les rapports familiaux qu’entretiennent ceux qui font la loi, ou ceux qui s’occupent de droit familial, ou ceux qui font la doctrine de droit familial*’. Zonder de lezer tot introspectie te willen aanzetten, wil ik met dit voorbeeld aantonen hoe een wetenschappelijk debat over het nieuwe echtscheidingsrecht *ad hominem* of *ad politicam* a.h.w. kan ontaarden. Dit lijkt me totnogtoe niet het geval te zijn aan Vlaamse zijde, misschien omdat aldaar het waardengebonden recht al lang en zonder ideologische strijd in vraag gesteld wordt, en de aanpak terecht meer pragmatisch is, ter wille en ten dienste van de mens.

37. Zie de bijdrage in deze cyclus van T. WUYTS, ‘Ontwikkelingen inzake echtscheiding op wetgevend vlak’, nr. 5 en *passim*.

38. Zie de bijdrage in deze cyclus van G. VERSCHELDEN, ‘Relitigatie na echtscheiding door onderlinge toestemming’ en van R. HEMELSOEN en K. SCHOORS, ‘Inhoudelijke analyse van overeenkomsten voorafgaand aan echtscheiding door onderlinge toestemming. Een preliminair statistisch portret’.

39. J. FIERENS, ‘Photo de famille. L’image de la famille à travers les mutations récentes du droit civil belge’, *o.c.*, p. 30.

§ 2. De alimentatie na echtscheiding

18. Mij beperkend tot de alimentaire gevolgen van de echtscheiding tussen echtgenoten, stel ik vast dat de uitdaging bij elke hervorming van het echtscheidingsrecht erin bestaat om tegelijk de gronden en de gevolgen van de echtscheiding te objectiveren. De rechtsvergelijking, maar ook de *CEFL-principles* van de *Commission on European Family Law* leren ons echter dat dit onmogelijk is, ongetwijfeld omdat het menselijk niet gepast is.

19. Een kritiek die werd geopperd over het nieuwe echtscheidingsrecht is dat de fout *as such* is blijven bestaan in artikel 301, § 2, tweede lid BW, zonder dat deze bepaling de juridische kenmerken vertoont van een zogenaamde ‘hardheidsclausule’. Deze techniek wordt echter gebruikt in de meerderheid van de objectieve echtscheidingssystemen en dwingt de rechter tot een grotere terughoudendheid, daar hij slechts rekening mag houden met zeer ernstige gedragingen. Ik koester de hoop dat de Belgische rechter die weg zal bewandelen.⁴⁰

20. De interne logica van het nieuwe alimentatierecht na echtscheiding is de volgende: principieel recht op echtscheiding en principiële financiële autonomie. Het huwelijk creëert nog een economische solidariteit over de scheiding heen, maar niet meer op grond van de persoonlijke en affectieve gedragingen verbonden aan het huwelijk of aan de reden voor de ontbinding ervan, doch wel op grond van economische en organisatorische gedragingen van de echtgenoten gedurende het samenleven.

Men leest veel kritiek over de formulering van artikel 301 BW, en vooral over de invoering in het echtscheidingsrecht van het begrip ‘staat van behoefte’. Sinds de hervorming wordt herhaaldelijk betoogd dat alle onderhoudsuitkeringen verlaagd zullen worden tot het bedrag van het leefloon, hetgeen volkomen *contra legem is* (ten minste de staat van behoefte – art. 301, § 3). Het arrest van 12 oktober 2009 van het Hof van Cassatie bewijst ook het tegendeel⁴¹: rekening houdend met de middelen van de schuldenaar, kan in het nieuwe recht nog steeds een onderhoudsuitkering toegekend worden boven dat minimum (wellicht niet, zoals het Hof het ten onrechte beslist, om naar een gelijkschakeling van de levensstandaarden der ex-echtgenoten te streven – *infra*).

Met de naar mijn mening duidelijkere wettelijke richtlijnen dan vroeger, werd de opdracht van de alimentatierechter vergemakkelijkt en geobjectiveerd. Ook dat kadert in een modern familierecht. De recente wijziging van artikel 203 BW door de wet van 19 maart 2010 wil ook meer systematiek in de alimentatiebegro-

40. Zie de bijdrage in deze cyclus van F. SWENNEN en B. WEYTS, ‘Fouten tussen echtgenoten, een tocht doorheen het echtscheidings- en aansprakelijkheidsrecht’, nr. 46.

41. Cass. 12 oktober 2009, *T.Fam.* 2010, 71, noot C. VAN ROY en *Act.dr.fam.* 2009, 199, noot A.-Ch. VAN GYSEL.

ting opleggen, zonder echter de beoordelingsbevoegdheid van de rechter aan baremische banden te willen leggen.

21. Krachtens artikel 301 BW moet de rechter er eerst en vooral voor zorgen dat de uitkering ‘ten minste’ de staat van behoefte dekt en daarbij moet hij rekening houden met, zoals vroeger, de inkomsten en mogelijkheden van de echtgenoten, en nu ook met de ‘aanzienlijke terugval van de economische situatie van de uitkeringsgerechtigde’. Dat laatste wordt dan beoordeeld aan de hand van de volgende wettelijke criteria:

- de duur van het huwelijk;
- de leeftijd van de partijen;
- het ten laste nemen van de kinderen tijdens het samenleven en nadien; en
- het gedrag van de echtgenoten tijdens het huwelijk inzake de organisatie van hun noden.

Ik beperk me tot een controverse die onmiddellijk gerezen is, namelijk met betrekking tot de vraag of de rechter de situatie van de schuldeiser moet vergelijken met die van vóór het *huwelijk* (verlies van economisch potentieel door de samenleving) of met die van vóór de *echtscheiding* (verlies van lotsverbondenheid door het huwelijk).

Volgens mij (en het overwegend deel van de Nederlandstalige rechtspraak en rechtsleer) is het eerste alternatief juridisch correct en in overeenstemming met de geest van de wet: er moet rekening worden gehouden met de aanzienlijke terugval t.o.v. de situatie *alsof er geen huwelijk was geweest*, om op die manier de ‘relatievermogensschade’ te compenseren. Het Hof van Cassatie (en het overwegend deel van de Franstalige rechtspraak en rechtsleer) lijkt echter een andere mening te zijn toegedaan in zijn aangehaalde arrest van 12 oktober 2009, dat terecht wordt bekritiseerd door A.-C. VAN GYSEL.⁴²

Een argument voor de eerste vergelijking (economische terugval door het huwelijk) haal ik o.a. uit het wettelijke criterium *hun gedrag tijdens het huwelijk inzake de organisatie van hun noden*.

In dit criterium lees ik voor het eerst in het gezinnenrecht de erkenning van de stelling dat niet zozeer het huwelijk maar wel het samenleven een ‘lotsverbondenheid’ creëert. En deze lotsverbondenheid veroorzaakt desgevallend een plicht tot hulp door alimentatie. Dus *exit* statuut en fout, plaats voor de feiten. Het recht beantwoordt aan de economische nood aan alimentatie als die nood er is, en *in concreto*, zoals ik hierboven reeds bepleitte. Het recht verlaat de gedachte dat het huwelijk gevolgen moet hebben na de scheiding, maar het introduceert de gedachte dat de samenleving vermogensrechtelijke schade kan toebrengen. Op deze manier worden de noden beantwoord van juridische bescherming van de partner die schade ondervindt door de keuzes die ooit samen werden gemaakt in

42. A.-Ch. VAN GYSEL, aangehaalde noot, p. 206. In dezelfde zin C. VAN ROY, aangehaalde noot, p. 77.

het kader van het gemeenschappelijke leven. Het Hof van Cassatie kiest er in voormeld arrest echter voor om de hulpplicht tussen echtgenoten te verlengen.

Ik sta – zoals zal blijken uit het laatste deel van deze bijdrage – zeer gunstig tegenover deze reële bewustwording door de wetgever van de economische impact van het leven van een koppel. Naar mijn aanvoelen kan op deze basis een nieuw ‘scheidingsrecht’, en later een ‘relatievermogensrecht’, worden uitgebouwd. Met vele auteurs ben ik ervan overtuigd dat de vermogensrechtelijke relaties binnen koppels hun oorsprong vinden in gedragingen, beslissingen en keuzes die een economische impact hebben gehad, in opties die negatief kunnen uitvallen voor één van beide partners of zelfs voor beide partners wanneer het paar niet meer bestaat.

22. Ik laat even terzijde de (in België) baanbrekende wettelijke tijdsbeperking van de onderhoudsuitkering tussen echtgenoten na echtscheiding, die ik nogmaals kader binnen de stelling dat meer dan het huwelijk, de beslissingen genomen tijdens het samenleven een economische impact hebben, en dat het recht hiermede rekening dient te houden.

Dit element heeft volgens mij de meeste ophef veroorzaakt bij de aanhangers van de oude ‘vechtscheiding’, die hun kritiek juridisch ingebed hebben onder het concept van ‘aantasting van de redelijke verwachtingen’ van de schuldeisers van alimentatie in het (constitutioneel) debat over het overgangsrecht.

Ik vrees echter, maar de tijd zal dit moeten uitwijzen, dat de uitzonderlijke verlenging van de duurtijd van de onderhoudsuitkering in geval van buitengewone omstandigheden eigen aan elke feitelijke situatie (art. 301, § 4, tweede lid), te laks zal worden geïnterpreteerd.⁴³ Dergelijke houding zou deze vernieuwing kelderden, terwijl deze laatste juist overeenstemt met de financiële emancipatiegedachte.

23. Ook bekritiseerbaar vanuit een gelijkheids- en zuiver economisch perspectief is de nieuwe regel volgens dewelke de onderhoudsuitkering van rechtswege niet meer verschuldigd is in geval van een nieuw huwelijk of een wettelijke samenwoning van de uitkeringsgerechtigde, maar slechts na beslissing van de rechter wanneer de uitkeringsgerechtigde samenleeft met een andere persoon ‘als waren zij gehuwd’ (art. 301, § 10, derde lid).

Het hertrouwen mag geen oorzaak van een automatische en definitieve afschaffing van de onderhoudsuitkering zijn, omdat de nieuwe grondslag van de onderhoudsuitkering volgens de nieuwe wet niet meer het huwelijk is, maar wel de samenleving van de echtgenoten, de door hen *in tempore non suspecto* gemaakte keuzes en de economische impact daarvan. Hoewel het huwelijk stilaan

43. Vgl. Cass. 12 oktober 2009, *o.c.*, waarin o.i. een voortzetting van de hulpverplichting na echtscheiding wordt ingevoerd.

een affectieve relatie ‘*no strings attached*’ wordt, kan het samenleven dat echter nooit zijn als het nadeel heeft berokkend. Het creëert dan financiële banden, ‘*money binding strings*’.

Logischer en eenvoudiger was het geweest als de wetgever de rechter de bevoegdheid had verleend om de onderhoudsuitkering af te schaffen in geval van een nieuwe, affectieve relatie van de uitkeringsgerechtigde met een derde persoon, affectieve relatie waaraan economische gevolgen zijn gekoppeld.

§ 3. *Het overgangsrecht*

24. De hevigheid van het debat over het overgangsrecht aan de Franstalige zijde staat in schril vormelijk en inhoudelijk contrast met de technische behandeling ervan aan de Vlaamse zijde.⁴⁴ Het debat neemt er, al dan niet bewust, de vorm aan van een achterhoedegevecht tegen de hervorming zelf, ten koste of ten dienste, naargelang de persoonlijke opvattingen, van de echtgescheiden of in een echtscheidingsprocedure verwikkelde koppels.

Centraal staat de § 2 van artikel 42, die bedoeld was om de onmiddellijke werking van de nieuwe echtscheidingswet te temperen. Terwijl P. SENAËVE de mening toegedaan is dat de gerechtshoven de ware draagwijdte van het beruchte amendement over het hoofd zouden hebben kunnen zien⁴⁵, halen andere auteurs deze beperking van de onmiddellijke werking van de nieuwe echtscheidingswet aan ter ondersteuning van een betoog dat uiteindelijk uitmondt in de stelling dat minstens de oude regeling van de gevolgen van de echtscheiding van toepassing moet blijven ten ‘voordele’ van alle vóór 2007 *gehuwde* koppels.⁴⁶

25. Ik beperk me tot een algemene bedenking: in de ‘oriëntatienota’ over het overgangsrecht⁴⁷ gaf ik de wetgever het advies een overgangsrecht uit te werken dat, om een ruime draagwijdte te geven aan de hervorming, zo min mogelijk afweek van het gemeenrechtelijk beginsel van de onmiddellijke werking zonder terugwerkende kracht, rekening houdend met de beoordelingsbevoegdheden van de rechter inzake de verlenging van de alimentatie-uitkering. Dit alles zou m.i. coherent geweest zijn met de hierboven uiteengezette opvattingen over het moderne gezinnenrecht, en in die zin ethisch-liberaal.

44. Zie de bijdrage in deze cyclus van P. SENAËVE, ‘Het overgangsrecht van de wet van 27 april 2007. *A never ending story*’.

45. *Ibid.* nr. 14 *et seq.*

46. J.-L. RENÇON, ‘La réforme du divorce soumise à la censure de la Cour constitutionnelle’, *Rev.trim.dr.fam.* 2009, p. 1008 *et seq.*, nr. 45 *et seq.*

47. *Parl.St.* Kamer 2006-07, nr. 51-2341/018, p. 90 *et seq.*

AFDELING 3. DE TOEKOMST: EEN (ECHT) SCHEIDINGSRECHT

26. Nu de wetgever eindelijk gestopt is met de opbouw van het luchtkasteel dat het onverbreekelijke huwelijk moest worden, cultiveert het huidige familierecht een ander humanisme, namelijk een humanisme dat mensen juridisch steunt in hun keuze voor een kader van ontplooiing dat hen het beste bevat op een welbepaald ogenblik in hun leven. Daarop voortbouwend kunnen de wijzen van ontbinding van alle soorten partnerrelaties nader tot elkaar worden gebracht. Daarvoor is het echter noodzakelijk dat de regeling van de gevolgen van de scheiding voor de verdeling van de goederen van het koppel geüniformiseerd wordt. Dit wordt volgens mij het logische gevolg van de hervorming van het echtscheidingsrecht.

27. In de eerste plaats is het zo dat binnen elk koppel de vermogens in de regel voortkomen uit het samenbrengen van de inkomsten en van het niet-financieel potentieel van beide partners die zowel op economisch als op affectief vlak met elkaar verenigd zijn, en soms via de inbreng van goederen die men al bezat voor de relatie of die men tijdens de relatie om niet verwierf.

Binnen elk koppel is het daarnaast ook zo dat het economische evenwicht tussen beide partners kan fluctueren in de loop van hun relatie en zelfs kan omkeren in functie van de levenskeuzes die gemaakt zijn in het belang van het gezin. Dit kan aan één van de partners, de economisch zwakste, een nadeel berokkenen dat verbonden is aan het samenleven en geenszins aan het juridisch statuut van de relatie.

28. Thans blijkt dat het huwelijksvermogensstelsel met een gemeenschappelijk vermogen het enige is dat wettelijk de verdeling voorschrijft van het aanwinstenvermogen, terwijl de eigen vermogens buiten verrekening blijven.

Dit huwelijksvermogensstelsel is doordrongen van de – redelijke en billijke – gedachte dat het aanwinstenvermogen aan beide echtgenoten toebehoort omdat dit vermogen het resultaat is van hun economische samenwerking, die verondersteld wordt gelijk te zijn, wat ook de modaliteiten ervan zijn geweest. Die regeling zou pas onbillijk of onredelijk zijn wanneer ze de echtgenoten zou doen delen in de eigen vermogens, voornamelijk familiegoederen. Ze zou ook onevenredig zijn als ze de verdeling niet zou beperken tot de aanwinsten die verworven zijn tijdens het samenleven van de echtgenoten.

29. Binnen enkele jaren zal het huwelijk onder een gemeenschapsstelsel niet langer een statuut zijn dat een voldoende betekenisvol aantal koppels zal beheersen opdat het objectief te rechtvaardigen zou blijven dat deze vermogens-

rechtelijke bescherming voorbehouden wordt voor een minderheid van koppels. Het werd als wettelijk stelsel gekozen dertig jaar geleden, toen die voorspelling redelijkerwijze nog niet kon worden gemaakt.

De zuivere scheiding van goederen, de wettelijke samenwoning en het feitelijk samenleven maken het natuurlijk wel mogelijk dat echtgenoten op vrijwillige en consensuele basis een verdeling tot stand brengen van de aanwinsten, maar dit stelsel of gebrek aan stelsel laat ook de economisch sterke of sterk geworden echtgeno(o)t(e) alle ruimte voor een ongelijke of onevenredige verdeling, hetgeen vaak blijkt uit de rechtspraak.

30. Past zo'n situatie wel in het kader van een recht dat gehoor geeft aan de noden van alle individuen en gezinnen, met respect voor hun individuele en familiale keuzes, daarin inbegrepen ook de keuze om hun relatie al dan niet te institutionaliseren?

Ik denk van niet.

Een oplossing en passend antwoord *de lege ferenda* bestaat in de toekenning aan elke partner van een dwingend recht op verrekening van de helft van het verschil tussen de netto-aangroei van beide aanwinstenvermogens, onder marginale controle van de rechter wat dat percentage van het aandeel betreft.

Dat een dergelijk verrekeningsrecht dwingend zou moeten zijn, is evident, aangezien een affectieve partner zich niet mag verrijken op kosten van de andere. Dat het getemperd zou worden door een marginale rechterlijke controle is logisch, zodat met bepaalde bijzonderheden of individuele keuzes die strijdig zijn met de belangen van de economische vereniging, rekening zou kunnen worden gehouden. Dat het een recht in waarde zou zijn en uitgesteld, naar het model van het stelsel van scheiding van goederen met deelneming in de aanwinsten, maakt er een interne zaak tussen de echtgenoten van, niet-tegenwerpe-lijk aan derden tijdens de relatie.

31. Het bezwaar van de inbreuk op de individuele vrijheid, de beruchte 'keuze om het zonder de wet te stellen' werd onderzocht en weerlegd⁴⁸: het verwerpen van een economisch participatief relatievermogensstelsel ten tijde van de liefde komt slechts zeer zelden voor met kennis van de vermogensrechtelijke risico's die ermee gepaard kunnen gaan of, zelfs in tijden van liefde, in volledig onderling akkoord. En zelfs al zou die keuze vrij en op verstandige wijze gemaakt zijn, dan nog zou de bescherming van de belangen van de partner die ten gevolge van het samenleven economisch het zwakst is geworden een beperking van de wilsautonomie rechtvaardigen.

48. C. FORDER en A. VERBEKE, 'Geen woorden maar daden. Algemene rechtsvergelijkende conclusies en aanbevelingen' in C. FORDER en A. VERBEKE (eds.), *Gehuwd of niet: maakt het iets uit?*, Antwerpen, Intersentia, 2005, p. 497, nr. 15, p. 500, nr. 18 et p. 550, nr. 88.

Het bezwaar dat andermaal het huwelijk schade zou ondergaan als instituut of symbool moet zelfs niet worden onderzocht. Het huwelijk heeft immers al genoeg meegemaakt door het loutere verloop der jaren en het vergaan van dogmatische idealen. Als het beste van het huwelijks(vermogens)recht, met name naar mijn mening het gemeenschapsstelsel beperkt tot de aanwinsten, zich verspreidt over alle koppels, dan zou het vermogensrechtelijk familierecht zich opnieuw structureren, en wel volgens het model van het huwelijk, zij het niet langer zoals vroeger bij wijze van ‘uitsluiting en sanctie’, maar wel bij wijze van ‘bescherming en aanpassing’, conform de hedendaagse functie van het familierecht.