

ROYAUME DE BELGIQUE

KONINKRIJK BELGIË

Avis 32.008/2

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

ADVIES 32.008/2

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Ministre de la Justice, le 18 juillet 2001, d'une demande d'avis, dans un délai ne dépassant pas un mois, sur un avant-projet de loi "ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil", a donné le 12 novembre 2001 l'avis suivant :

De RAADVAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 18 juli 2001 door de Minister van Justitie verzocht hem, binnen een termijn van ten hoogste een maand, van advies te dienen over een voorontwerp van wet "tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht en tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek", heeft op 12 november 2001 het volgende advies gegeven :

Observations générales

1. Le projet examiné se fonde sur l'idée que la situation actuelle qui interdit le mariage entre personnes de même sexe est discriminatoire.

L'exposé des motifs indique clairement à ce sujet :

"Le principal argument en faveur de l'ouverture du mariage est cependant, avec le principe de non-discrimination comme toile de fond qu'il n'y a désormais pas de fondement objectif à l'existence de la prohibition entre personnes du même sexe. Le point de départ du présent projet est donc l'égalité de traitement, sur le plan du mariage, des couples homosexuels et hétérosexuels. Le présent projet de loi supprime par conséquent une discrimination reprise dans notre législation en raison d'un contexte historique."

Le point de départ du raisonnement des auteurs du projet est erroné.

Les règles constitutionnelles de l'égalité des Belges et de la non-discrimination consacrées par les articles 10 et 11 de la Constitution n'excluent pas qu'une différence de traitement soit établie entre certaines catégories de personnes pour autant que le critère de différenciation soit susceptible de justification objective et raisonnable. L'existence d'une telle justification doit s'apprécier en tenant compte du but et des effets de la mesure critiquée ainsi que de la nature des principes en cause; le principe de l'égalité est violé lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé.

Au regard du but d'intérêt général que poursuit la législation civile, la situation d'un couple homosexuel n'est pas la même que celle d'un couple hétérosexuel.

Critiquant le refus de la Cour de cassation française de reconnaître le concubinage homosexuel, B. Beignier écrit ⁽¹⁾ :

"Il importe de ne pas perdre de vue que certains droits sociaux sont accordés aux couples, mariés ou non, hétérosexuels parce que ce sont des couples qui supportent la charge des enfants. Dès lors se trouve parfaitement justifiée, au nom même de la justice distributive, qu'il puisse y avoir une différence de droits entre le couple homosexuel et le couple hétérosexuel. Il est inique de refuser tout droit au concubinage homosexuel mais il serait absurde de lui donner les mêmes droits qu'à un couple hétérosexuel (...). Un couple homosexuel n'a pas vocation à fonder une famille, c'est ce qui le distingue profondément du couple hétérosexuel. Ce qui justifie tout aussi nettement la distinction que tant le législateur que le juge doivent faire dans l'attribution des droits. C'est précisément parce que le concubinage n'est pas un mariage en second qu'il ne faut pas lui donner les mêmes effets que celui-ci et c'est parce que le concubinage homosexuel est, à son tour, distinct du concubinage hétérosexuel qu'il convient encore d'opérer une différenciation. Distinction mais non négation."

Un couple homosexuel et un couple hétérosexuel présentent des différences objectives liées à la nature des choses. En effet, seules les unions hétérosexuelles sont de nature à donner naissance à des enfants. Elles ont davantage besoin de stabilité et ont une utilité sociale différente des unions homosexuelles.

La différence entre unions hétérosexuelles et homosexuelles est d'ailleurs reconnue par le projet de loi lui-même; celui-ci prévoit, en effet, que le mariage de personnes de même sexe n'entraînera aucun effet sur la filiation et ne permettra pas aux personnes homosexuelles d'adopter des enfants. Cette différence compréhensible justifie une différenciation de traitement qui permet à la loi de réserver le mariage aux personnes de sexe différent, et ce, d'autant plus que la loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale, donne la possibilité de faire une déclaration de cohabitation légale, y compris avec une personne de même sexe, au moyen d'un écrit remis contre récépissé à l'officier de l'état civil du domicile commun.

Contrairement à ce qu'affirme l'exposé des motifs, il n'y a donc pas de discrimination à réserver le mariage aux unions hétérosexuelles. Dès lors que contrairement à ce que pensent les auteurs du projet, la discrimination invoquée se révèle inexistante, le projet perd sa raison d'être.

⁽¹⁾ A propos du concubinage homosexuel, D., 1998, pp. 215 et suiv.

2.1. Plusieurs articles du Code civil impliquent nécessairement que la différence des sexes soit une condition du mariage.

Selon la doctrine, il s'agit d'une évidence : il va de soi que le mariage ne peut être que l'union d'un homme et d'une femme. Ainsi, le Traité élémentaire de droit civil belge d'Henri De Page, réécrit par Jean-Pol Masson, s'exprime comme suit :

"[la différence des sexes] s'impose d'elle-même. Aussi la loi n'en parle-t-elle pas. Il faut évidemment suppléer à ce silence, et décider qu'un mariage conclu entre personnes de même sexe est radicalement nul.".⁽²⁾

Cette évidence tient au fait qu'il y a un lien étroit de causalité entre l'institution du mariage, avec ses caractéristiques essentielles, et la nécessité d'assurer la stabilité de l'union entre un homme et une femme afin de permettre l'éducation des enfants qui peuvent en résulter⁽³⁾. Cela explique que la nubilité est une condition du mariage et que la loi prévoit des empêchements fondés sur la parenté ou l'alliance afin d'éviter la consanguinité et les désordres au sein des familles. Les travaux préparatoires du Code civil indiquent :

"Le principal effet de l'union conjugale est de donner la vie à des enfants, c'est-à-dire à des êtres environnés de mille besoins.

⁽²⁾ H. De Page, Traité élémentaire de droit civil belge, éd. 4 par J.-P. Masson, Bruxelles, Bruylant, 1990, t. II, vol. I, n°502, p. 526. Voir également, à titre d'exemple, H. Fulchiron, "Le mariage homosexuel et le droit français (à propos des lois hollandaises du 21 décembre 2000)", D., 2001, pp. 1629 et 1630, qui souligne que le mariage entre personnes du même sexe met en cause l'essence, la nature, même du mariage et que, dès lors, une loi qui permet un tel mariage est contraire à l'ordre public international français.

⁽³⁾ Le mot latin "matrimonium" (mariage) signifie "régime de maternité" : historiquement, le mariage garantit à la mère qui portera et mettra au monde les enfants, la protection du père et sa collaboration pour leur éducation.

L'obligation naturelle de pourvoir à ces besoins est imposée à ceux de qui ils tiennent le jour; et c'est afin qu'elle fût plus sûrement remplie qu'a été institué le mariage." ⁽⁴⁾.

Dans le même sens, Jean-Pol Masson écrit :

"L'importance du mariage dans la vie sociale est obvie, et des considérations d'ordre religieux ne sont nullement nécessaires pour le rendre sensible. Le mariage crée et garantit en tout premier ordre la coopération stable et nécessaire de l'homme et de la femme dans l'éducation des enfants. Si la procréation n'est pas un élément essentiel du mariage, elle en constitue presque toujours la suite normale, et pour l'éducation des enfants, l'institution du mariage constitue le cadre le plus ferme et le plus adéquat ⁽⁵⁾ (...). Aussi n'est-il nullement nécessaire de voir dans le mariage un sacrement pour justifier le rôle insigne qu'il est appelé à remplir dans la société." ⁽⁶⁾.

2.2. Le projet examiné tend à substituer à cette conception classique une nouvelle conception sommairement esquissée dans l'exposé des motifs :

"Dans notre société contemporaine, le mariage est vécu et ressenti comme une relation (formelle) entre deux personnes, ayant comme but principal la création d'une communauté de vie durable. Le mariage offre aux deux partenaires la

⁽⁴⁾ Rapport fait au tribunat au nom de la section de législation, par M. Gillet (de Seine-et-Oise), dans la séance du 23 ventôse an XI (14 mars 1803), Locré, éd. belge 1836, t. II, n° 15, p. 403. Voir également la définition de Portalis :

"Qu'est-ce donc que le mariage en lui-même, et indépendamment de toutes les lois civiles et religieuses ? C'est la société de l'homme et de la femme, qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider, par des secours mutuels, à porter le poids de la vie, et pour partager leur commune destinée" (Exposé des motifs de Portalis, orateur du Gouvernement, dans la séance du Corps législatif du 16 ventôse an XI, Locré, op. cit. n° 4, p. 379).

⁽⁵⁾ Les travaux préparatoires du Code civil sont formels à ce sujet. Voir notamment le rapport du tribun Gillet, séance du 23 ventôse an XI, Locré, édition belge, t. II, p. 403, n° 15.

⁽⁶⁾ H. De Page, op. cit, n° 485, p. 510. Dans le même sens, D. Sterckx écrit, "... la stabilité de la «société conjugale» a toujours été envisagée par les moralistes et les sociologues classiques comme un fondement de l'organisation sociale. Pour l'opinion dominante, elle l'est encore dans une large mesure aujourd'hui. Cette opinion se fonde, en dehors de toute raison d'ordre confessionnel, sur une conception de l'intérêt des enfants, dont l'éducation et la formation trouveraient dans le milieu familial les meilleures conditions de développement et de succès. On conçoit dès lors que le droit la sanctionne.". ("Le mariage en droit civil", in Répertoire notarial, Larcier 1992, n° 22, p. 56).

possibilité d'affirmer au grand jour leur relation et les sentiments qu'ils ont l'un pour l'autre.

Les mentalités ayant évolué - aujourd'hui, le mariage sert essentiellement à extérioriser et à affirmer une relation intime de deux personnes et perd son caractère procréatif - il n'y a plus aucune raison de ne pas ouvrir le mariage aux personnes de même sexe."

2.3. Il appartient au législateur de tenir compte de ce que la figure juridique du mariage est définie comme étant l'union entre un homme et une femme. Cette définition est, en effet, consacrée par différentes conventions internationales : l'article 23, paragraphe 2, du pacte international relatif aux droits civils et politiques ainsi que l'article 12 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 16, paragraphe 1^{er}, de la déclaration universelle des droits de l'homme disposent qu'à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille ⁽⁷⁾.

La question qui se pose dès lors est de savoir s'il est admissible que le législateur adopte la figure juridique du mariage pour y faire entrer une conception nouvelle qui en diffère fondamentalement et de grouper dans un même concept juridique deux conceptions radicalement différentes de l'institution.

Il n'est pas de bonne législation d'utiliser des figures juridiques existantes lorsqu'on ne peut le faire qu'en y apportant des déformations touchant à l'essentiel qui finalement dénaturent les figures en question ⁽⁸⁾. Tel est bien le cas du projet à l'examen. Une telle méthode est préjudiciable à l'homogénéité du système juridique dont il est bon que le législateur garde le souci. Il faut se souvenir que le système juridique belge reste

⁽⁷⁾ Voir également l'article 21, alinéa 2, de la Constitution qui prescrit que le mariage civil devra toujours précéder la bénédiction nuptiale, laquelle implique l'union entre un homme et une femme.

⁽⁸⁾ Voir l'avis 23.680/2 du 28 septembre 1994 sur un projet de loi "portant des dispositions fiscales et financières", pp. 2 et 3; avis 26.793/2 du 1^{er} décembre 1997 sur un projet de loi "relative à l'organisation du notariat", pp. 8 et 9; avis 26.773/2 et 26.774/2 du 24 septembre 1997 sur un projet de loi "portant création de l'organisme «Coopération technique belge»" et un projet de loi "relative à la création de l'organisme «Coopération technique belge»", p. 6; avis 27.532/4 et 27.533/4 du 18 mars 1998 sur un projet de loi "portant création de loi «Coopération technique belge» sous la forme d'une société de droit public" et sur "un projet de loi relatif à la création de la «Coopération technique belge» sous la forme d'une société de droit public, pp. 4 et 5; avis 29.028/2 du 31 mars 1999 sur une proposition de loi "relative aux institutions culturelles fédérales", p. 8.

un système qui n'est pas clos et qu'il y a donc place pour des constructions nouvelles ⁽⁹⁾. Mieux vaut se donner la peine, certes parfois un peu rude, de les entreprendre plutôt que de voir le but anéanti parce que l'on aura cru qu'une figure ancienne peut être indéfiniment dénaturée pour répondre à l'intention de l'auteur du projet.

3. A cette contradiction juridique d'ordre interne vient s'ajouter une insécurité juridique de droit international privé. En ce qui concerne ce dernier, les unions homosexuelles ne seront possibles que si le statut personnel des deux époux le permet, ce qui n'est le cas que des Pays-Bas.

Par ailleurs, de telles unions ne seront, le plus souvent, pas reconnues dans d'autres pays pour inexistence du mariage ou, à tout le moins, contrariété à l'ordre public international de ces pays ⁽¹⁰⁾. L'exposé des motifs attire à juste titre l'attention sur le caractère boiteux de telles unions.

C'est notamment en raison des difficultés que la nouvelle figure juridique - inexistante dans les autres pays - ne manquera pas de susciter sur le plan international que le Conseil d'Etat des Pays-Bas a donné un avis négatif sur le projet devenu la loi permettant le mariage entre personnes de même sexe ⁽¹¹⁾.

4. En conclusion, le projet doit être abandonné.

⁽⁹⁾ Voir notamment la loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale.

⁽¹⁰⁾ Sur les questions de droit international privé, voir D. Fulchiron, op. cit.

⁽¹¹⁾ Tweede kamer, vergaderjaar 1998-1999, 26.672/2/V, B, pp. 1 à 4.

Algemene opmerkingen

1. Het onderzochte ontwerp gaat uit van de stelling dat de huidige situatie, waarbij het huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht verboden is, aanleiding geeft tot discriminatie.

In de memorie van toelichting staat daaromtrent duidelijk het volgende te lezen :

"Het belangrijkste argument voor de openstelling van het huwelijk is echter dat er, tegen de achtergrond van het niet-discriminatiebeginsel, geen objectieve grond is voor het nu nog bestaand huwelijksverbod voor personen van gelijk geslacht. Het uitgangspunt van dit ontwerp is dan ook de gelijke behandeling van homoseksuele en heteroseksuele paren bij het huwelijk. Dit wetsontwerp maakt bijgevolg een discriminatie ongedaan, die vanuit historische context in onze wetgeving is opgenomen".

Het uitgangspunt van de redenering die de stellers van het ontwerp aanhouden, is verkeerd.

De grondwettelijke regels inzake de gelijkheid van de Belgen en inzake niet-discriminatie, vastgelegd in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, sluiten niet uit dat voorzien wordt in een verschillende behandeling van bepaalde categorieën van personen, voorzover het criterium van onderscheid objectief en redelijkerwijs kan worden verantwoord. Het bestaan van een zodanige verantwoording moet worden nagegaan rekening houdend met de strekking en de gevolgen van de betwiste maatregel, alsook met de aard van de beginselen waarvan sprake is; het gelijkheidsbeginsel wordt geschonden indien vaststaat dat er geen redelijk proportionaliteitsverband bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel.

In het licht van het algemeen belang dat de wetgeving in burgerlijke zaken voorstaat, is de situatie van een homoseksueel paar niet dezelfde als die van een heteroseksueel paar.

In zijn kritiek op de weigering van het Hof van Cassatie van Frankrijk om het concubinaat van homoseksuelen te erkennen, schrijft B. Beignier het volgende ⁽¹⁾ :

"Il importe de ne pas perdre de vue que certains droits sociaux sont accordés aux couples, mariés ou non, hétérosexuels parce que ce sont des couples qui supportent la charge des enfants. Dès lors se trouve parfaitement justifiée, au nom même de la justice distributive, qu'il puisse y avoir une différence de droits entre le couple homosexuel et le couple hétérosexuel. Il est inique de refuser tout droit au concubinage homosexuel mais il serait absurde de lui donner les mêmes droits qu'à un couple hétérosexuel (...). Un couple homosexuel n'a pas vocation à fonder une famille, c'est ce qui le distingue profondément du couple hétérosexuel. Ce qui justifie tout aussi nettement la distinction que tant le législateur que le juge doivent faire dans l'attribution des droits. C'est précisément parce que le concubinage n'est pas un mariage en second qu'il ne faut pas lui donner les mêmes effets que celui-ci et c'est parce que le concubinage homosexuel est, à son tour, distinct du concubinage hétérosexuel qu'il convient encore d'opérer une différenciation. Distinction mais non négation."

Tussen een homoseksueel paar en een heteroseksueel paar bestaan objectieve verschillen die verband houden met de aard der dingen. Alleen uit een heteroseksuele echtverbintenis kunnen immers kinderen geboren worden. Een zodanige echtverbintenis vereist een grotere stabiliteit en het sociale nut ervan is verschillend van dat van een homoseksuele echtverbintenis.

Het onderscheid tussen een heteroseksuele echtverbintenis en een homoseksuele echtverbintenis wordt overigens erkend in het wetsontwerp zelf; het ontwerp bepaalt immers dat het huwelijk van personen van hetzelfde geslacht geen gevolgen zal hebben op het gebied van de afstamming en dat het homoseksuele personen niet toelaat een kind te adopteren. Dit aannemelijk onderscheid wettigt een verschillende behandeling, waarbij het huwelijk bij wet kan worden voorbehouden voor personen met een verschillend geslacht, temeer daar de wet van 23 november 1998 tot invoering van de wettelijke samenwoning voorziet in de mogelijkheid om een verklaring van wettelijke samenwoning af te leggen, ook met een persoon van hetzelfde geslacht, door middel van een geschrift dat tegen ontvangstbewijs wordt overhandigd aan de ambtenaar van de burgerlijke stand van de gemeenschappelijke woonplaats.

In tegenstelling tot wat te lezen staat in de memorie van toelichting, is het dus niet discriminerend het huwelijk voor het behouden voor de heteroseksuele

⁽¹⁾ A propos du concubinage homosexuel, D., 1998, blz. 215 e.v.

echtverbintenis. Aangezien de aangevoerde discriminatie niet blijkt te bestaan, in tegenstelling tot wat de stellers van het ontwerp beweren, heeft het ontwerp geen bestaansreden meer.

2.1. Verscheidene artikelen van het Burgerlijk Wetboek houden noodzakelijkerwijs in dat de omstandigheid dat de partners van een ander geslacht zijn een voorwaarde voor het huwelijk is.

Volgens de rechtsleer is dit vanzelfsprekend : het spreekt voor zich dat het huwelijk alleen een echtverbintenis tussen een man en een vrouw kan zijn. Zo staat in de *Traité élémentaire de droit civil belge* van Henri De Page, herwerkt door Jean-Pol Masson, het volgende te lezen :

"[la différence des sexes] s'impose d'elle-même. Aussi la loi n'en parle-t-elle pas. Il faut évidemment suppléer à ce silence, et décider qu'un mariage conclu entre personnes de même sexe est radicalement nul." ⁽²⁾.

Die vanzelfsprekendheid houdt verband met het feit dat er een nauw causaliteitsverband bestaat tussen de instelling van het huwelijk, met zijn essentiële kenmerken, en de noodzaak om de stabiliteit van de echtverbintenis tussen een man en een vrouw te garanderen met het oog op de opvoeding van de kinderen die eruit kunnen ontstaan ⁽³⁾. Zulks verklaart dat de huwbaarheid een voorwaarde voor het huwelijk is en dat de wet voorziet in verhinderings gebaseerd op het verwantschap of de afstamming teneinde bloedverwantschap en onregelmatigheden binnen het gezin te voorkomen. In de parlementaire voorbereiding van het Burgerlijk Wetboek staat te lezen :

⁽²⁾ H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 4e uitgave door J.-P. Masson, Brussel, Bruylant, 1990, deel II, vol. I, nr. 502, blz. 526. Zie ook, bij wijze van voorbeeld, H. Fulchiron, "Le mariage homosexuel et le droit français (à propos des lois hollandaises du 21 décembre 2000)", D., 2001, blz. 1629 en 1630, die beklemtoont dat het huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht afbreuk doet aan de essentie, aan de aard zelf van het huwelijk en dat derhalve een wet die een zodanig huwelijk toestaat, strijdig is met de Franse internationaalrechtelijke openbare orde.

⁽³⁾ Het Latijnse woord "matrimonium" (huwelijk) betekent immers "moederschapstelsel" : historisch gezien waarborgt het huwelijk aan de moeder die de kinderen draagt en ter wereld brengt, de bescherming van de vader en zijn deelneming aan de opvoeding ervan.

"Le principal effet de l'union conjugale est de donner la vie à des enfants, c'est-à-dire à des êtres environnés de mille besoins.

L'obligation naturelle de pourvoir à ces besoins est imposée à ceux de qui ils tiennent le jour; et c'est afin qu'elle fût plus sûrement remplie qu'a été institué le mariage." ⁽⁴⁾.

In dezelfde zin schrijft Jean-Pol Masson :

"L'importance du mariage dans la vie sociale est obvie, et des considérations d'ordre religieux ne sont nullement nécessaires pour le rendre sensible. Le mariage crée et garantit en tout premier ordre la coopération stable et nécessaire de l'homme et de la femme dans l'éducation des enfants. Si la procréation n'est pas un élément essentiel du mariage, elle en constitue presque toujours la suite normale, et pour l'éducation des enfants, l'institution du mariage constitue le cadre le plus ferme et le plus adéquat ⁽⁵⁾ (...). Aussi n'est-il nullement nécessaire de voir dans le mariage un sacrement pour justifier le rôle insigne qu'il est appelé à remplir dans la société." ⁽⁶⁾.

2.2. Het onderzochte ontwerp beoogt dat klassieke concept te vervangen door een nieuw, dat in de memorie van toelichting bondig wordt beschreven :

"In onze hedendaagse samenleving wordt het huwelijk beleefd en aangevoeld als een (vormgebonden) verbintenis tussen twee personen, met als voornaamste doel het creëren van een duurzame samenlevingsband. Het huwelijk biedt beide partners de mogelijkheid om hun band en de gevoelens die ze voor elkaar hebben tegenover de buitenwereld te bevestigen.

Gelet op de veranderde tijdsgeest - het huwelijk dient thans voornamelijk om de innige band tussen twee personen te veruiterlijken en te bevestigen en verliest zijn procreatief karakter - is er geen enkele reden meer om het huwelijk niet open te stellen voor personen van hetzelfde geslacht."

⁽⁴⁾ Verslag ingediend bij het tribunaat namens de afdeling wetgeving, uitgebracht door de heer Gillet (Seine-et-Oise), op de vergadering van 23 ventôse jaar XI (14 maart 1803), Locré, Belg. uitg. 1836, deel II, nr. 15, blz. 403. Zie eveneens de definitie van Portalis :

"Qu'est-ce donc ... destinée" (Memorie van toelichting van Portalis, sprekend namens de Regering, tijdens de zitting van het Wetgevend Lichaam van 16 ventôse jaar XI, Locré, op. cit. nr. 4, blz. 379).

⁽⁵⁾ De parlementaire voorbereiding van het Burgerlijk Wetboek is formeel op dat punt. Zie inzonderheid het verslag van tribuun Gillet, zitting van 23 ventôse jaar XI, Locré, Belg. uitg., deel II, blz. 403, nr. 15.

⁽⁶⁾ H. De Page, op. cit., nr. 485, blz. 510. In dezelfde zin schrijft D. Sterckx : "... la stabilité ...sanctionne." ("Le mariage en droit civil", in Répertoire notarial, Larcier, nr. 22, blz. 56).

2.3. De wetgever dient rekening te houden met de omstandigheid dat de rechtsfiguur van het huwelijk gedefinieerd wordt als de echtverbintenis tussen een man en een vrouw. Die definitie wordt immers gehuldigd door verscheidene internationale overeenkomsten : artikel 23, lid 2, van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, alsook artikel 12 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en artikel 16, lid 1, van de Universele verklaring van de rechten van de mens bepalen dat op huwbare leeftijd man en vrouw het recht hebben te huwen en een gezin te stichten ⁽⁷⁾.

Derhalve rijst de vraag of het aanvaardbaar is dat de wetgever de rechtsfiguur van het huwelijk aanwendt om er een nieuw concept in te voeren dat er fundamenteel van verschilt en in eenzelfde figuur twee concepten samen te brengen die radicaal verschillend zijn.

Het getuigt niet van behoorlijke regelgeving om bestaande rechtsfiguren aan te wenden indien daarbij onvermijdelijk afbreuk wordt gedaan aan de essentie ervan, waardoor de betrokken rechtsfiguren uiteindelijk worden uitgehold ⁽⁸⁾. Dit is wel degelijk het geval met het onderzochte ontwerp. Een zodanige werkwijze doet afbreuk aan de homogeniteit van het rechtsstelsel, dat door de wetgever gewaarborgd dient te worden. Men herinnere eraan dat het Belgische rechtsstelsel een bestel is dat niet gesloten is, en dat

⁽⁷⁾ Zie eveneens artikel 21, tweede lid, van de Grondwet, naar luid waarvan het burgerlijk huwelijk altijd aan de huwelijksinzegening moet voorafgaan, wat inhoudt dat de echtverbintenis tussen een man en een vrouw moet plaatshebben.

⁽⁸⁾ Zie advies 23.680/2 van 28 september 1994 over een ontwerp van wet "houdende fiscale en financiële bepalingen", blz. 70 en 71; advies 26.793/2 van 1 december 1997 over een ontwerp van wet "betreffende de organisatie van het notariaat", blz. 50 en 51; adviezen 26.773/2 en 26.774/2 van 24 september 1997 over een ontwerp van wet "tot oprichting van een instelling "Belgische Technische Coöperatie"" en over een ontwerp van wet "betreffende de oprichting van de instelling "Belgische Technische Coöperatie"", blz. 13; adviezen 27.532/4 en 27.533/4 van 18 maart 1998 over een ontwerp van wet "tot oprichting van de "Belgische Technische Coöperatie" in de vorm van een vennootschap van publiek recht" en over een ontwerp van wet "betreffende de oprichting van de "Belgische Technische Coöperatie" in de vorm van een vennootschap van publiek recht", blz. 9 en 10; advies 29.028/2 van 31 maart 1999 over een voorstel van wet "betreffende de federale culturele instellingen", blz. 17.

er dus ruimte is voor nieuwe rechtsfiguren ⁽⁹⁾. Daarom ook is het verkieslijk zich de moeite te getroosten, wat voorzeker soms enigszins zwaar uitvalt, om nieuwe rechtsfiguren op te zetten, veeleer dan dat aan het beoogde doel wordt voorbijgegaan omdat men geoordeeld heeft dat de eigenheid van een bestaande rechtsfiguur onbeperkt kan worden uitgehold ten einde te bantwoorden aan de bedoeling van de steller van het ontwerp.

3. Naast die juridische contradictie van interne aard rijst er bovendien een juridische onzekerheid op het gebied van het internationaal privaatrecht. Een homoseksuele echtverbintenis is slechts mogelijk indien het personeel statuut van de twee echtgenoten zulks toelaat, wat alleen het geval is in Nederland.

Bovendien zal een zodanige echtverbintenis meestal niet erkend worden in andere landen op de grond dat het geen huwelijk betreft of, op zijn minst, op de grond dat ze strijdig is met de internationale openbare orde van die landen ⁽¹⁰⁾. In de memorie van toelichting wordt terecht gewezen op het feit dat zulke verbintenissen "hinkend" zijn.

Inzonderheid wegens de moeilijkheden die de nieuwe rechtsfiguur, die in de overige landen niet bestaat, ongetwijfeld zal doen rijzen op internationaal gebied, heeft de Nederlandse Raad van State een ongunstig advies gegeven omtrent het ontwerp dat de Wet Openstelling Huwelijk is geworden ⁽¹¹⁾.

4. De conclusie is dan ook dat van het ontwerp moet worden afgezien.

⁽⁹⁾ Zie inzonderheid de wet van 23 november 1998 tot invoering van de wettelijke samenwoning.

⁽¹⁰⁾ Omtrent de problemen van internationaal privaatrecht, zie D. Fulchiron, op. cit.

⁽¹¹⁾ Tweede Kamer, vergaderjaar 1998-1999, 26.672/2/V, B, blz. 1 tot 4.

La chambre était composée de

Messieurs
de Heren

Y. KREINS,

P. LIÉNARDY,
J. JAUMOTTE,

F. DELPÉRÉE,
J. van COMPERNOLLE,

Madame
Mevrouw

B. VIGNERON,

De kamer was samengesteld uit

président de chambre,
kamervoorzitter,

conseillers d'Etat,
staatsraden,

assesseurs de la section de législation,
assessoren van de afdeling wetgeving,

greffier,
griffier.

Le rapport a été présenté par M. A. LEFEBVRE, auditeur. La note du Bureau de coordination a été rédigée et exposée par Mme G. MARTOU, référendaire adjoint.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de M. P. LIÉNARDY.

Het verslag werd uitgebracht door de H. A. LEFEBVRE, auditeur. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld en toegelicht door Mevr. G. MARTOU, adjunct-referendaris.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. P. LIÉNARDY.

LE GREFFIER - LE GRIFFIER,

LE PRÉSIDENT - DE VOORZITTER,

B. VIGNERON

Y. KREINS