AW

ROYAUME DE BELGIQUE

– – – – – – – – – –

AVIS 39.474/AG
39.475/AG
39.476/AG
39.477/AG
39.478/AG
39.525/AG

DE LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ÉTAT

– – – – – – – – – – – –

Le CONSEIL D'ÉTAT, assemblée générale de la section de législation, saisi par la Présidente du Sénat, le 25 novembre 2005 et le 12 décembre 2005, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours prorogé jusqu'au 31 janvier 2006 (*), sur :

1° une proposition de loi "relative aux mères porteuses" (Doc. parl., Sénat, session 2003-2004, n° 3-417/1) (39.474/AG);

2° une proposition de loi "réglementant la maternité de substitution" (Doc. parl., Sénat, session 2004-2005, n° 3-1230/1) (39.475/AG);

3° une proposition de loi "relative aux mères porteuses" (Doc. parl., Sénat, session 2004-2005, n° 3-1271/1) (39.476/AG);

4° une proposition de loi "complétant le Code pénal par des dispositions relatives à la commercialisation de la maternité de substitution et à la médiation aux fins de celle-ci" (Doc. parl., Sénat, session 2004-2005, n° 3-1319/1) (39.477/AG);

5° une proposition de loi "interdisant la maternité de substitution et le recours aux mères porteuses" (Doc. parl., Sénat, session 2005-2006, n° 3-1399/1) (39.478/AG);

6° une proposition de loi "relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes" (Doc. parl., Sénat, session 2005-2006, n° 3-1440/1) (39.525/AV),

après avoir examiné les affaires en ses séances des 17 et 24 janvier 2006, a donné à cette dernière date l'avis suivant :

(*) Par une lettre de la Présidente du Sénat du 14 décembre 2005.

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique et l'accomplissement des formalités prescrites.

2. Le présent avis comporte également un certain nombre d'observations sur d'autres points, notamment sur certains aspects de la cohérence interne des propositions et de leur articulation avec le droit en vigueur.

Il ne peut toutefois s'en déduire que, dans le bref délai qui lui a été imparti, la section de législation a pu procéder à un examen exhaustif des propositions et des amendements. Le silence du présent avis sur certaines questions ne peut signifier que le texte n'appellerait pas des observations. Un examen complet aurait nécessité un délai plus long, eu égard spécialement aux questions qui peuvent se poser quant à la compatibilité des textes envisagés avec des normes supérieures et quant à leur insertion dans le droit existant, notamment en droit international privé.

Pour le même motif, il ne pourra, sauf exception, être tenu compte du projet de loi modifiant des dispositions du Code civil relatives à l'établissement de la filiation et aux effets de celle-ci, adopté par la Chambre des représentants le 20 octobre 2005 (1) et évoqué par le Sénat le 9 novembre 2005 (2). Il appartient au législateur, le cas échéant, de vérifier l'articulation entre les dispositions des propositions à l'examen qu'il adopterait et le droit de la filiation qui résulterait de l'adoption du projet de loi examiné par les Chambres législatives.

---

(1) *Doc. parl.*, Chambre, 2005-2006, n° 51-597/34; *C.R.I.*, 20 octobre 2005.

(2) *Doc. parl.*, Sénat, 2005-2006, n° 3-1402/1.

Plan de l'avis

	Nos
INTRODUCTION	1 et 2
I. LA PORTÉE DES PROPOSITIONS	3 à 16
A. La proposition de loi n° 417/1	6
B. La proposition de loi n° 1230/1	7
C. La proposition de loi n° 1271/1	8
D. La proposition de loi n° 1319/1	9
E. La proposition de loi n° 1399/1	10
F. La proposition de loi n° 1440/1	11 à 16
II. LA COMPÉTENCE DU LÉGISLATEUR FÉDÉRAL	17 à 22
A. Considérations générales	17 et 18
B. La proposition n° 1230	19 et 20
C. La proposition n° 1440	21 et 22
III. LA COMPATIBILITÉ DES PROPOSITIONS AVEC LES NORMES SUPÉRIEURES	23 à 104
A. Considérations générales	23 à 33
1°) L'objet des propositions à l'examen et les situations de fait susceptibles d'être rencontrées	23 à 25
2°) Le contexte général des propositions à l'examen et la compétence de la section de législation du Conseil d'État	26 à 30
3°) Les règles supérieures de droit pertinentes - la Constitution et le droit international	31 à 32
4°) Le droit international privé, la Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale	33

B. Les droits fondamentaux principalement en cause 34 à 65

1°) Les principes d'égalité et de non-discrimination 34 à 36

2°) Le droit à la dignité humaine et l'interdiction des traitements inhumains et dégradants 37

3°) Le droit au respect de la vie familiale 38 à 48

4°) L'obligation de prendre en considération l'intérêt de l'enfant - Le droit de l'enfant de connaître ses parents et d'être élevé par eux 49 à 55

5°) Le droit au respect de la vie privée 56 à 62

6°) La Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine 63 à 65

C. L'application aux propositions relatives à la gestation pour autrui et à la procréation médicalement assistée des règles supérieures examinées 66 à 104

1°) Introduction 66 à 68

2°) L'admissibilité de l'interdiction de la gestation pour autrui 69 à 72

3°) L'admissibilité de la gestation pour autrui et de la procréation médicalement assistée - Considérations générales 73 à 82

4°) L'admissibilité de la gestation pour autrui et de la procréation médicalement assistée - Questions spécifiques en rapport avec les droits fondamentaux 83 à 104

a) La rupture entre la mère porteuse et l'enfant porté - Le refus des commanditaires d'accueillir l'enfant 83 à 92

b) L'anonymat de la mère porteuse et des donneurs de gamètes ou d'embryons 93 à 95

c) L'établissement de relations personnelles entre les parents génétiques et l'enfant 96

d) L'ouverture du droit à la procréation médicalement assistée et du recours à la gestation pour autrui à des personnes seules 97 et 98

e) L'exigence de stabilité du couple commanditaire ou de celui faisant appel à la procréation médicalement assistée 99

f) L'ouverture du droit à la procréation médicalement assistée et du recours à la gestation pour autrui à des couples homosexuels ou à des homosexuels vivant seuls 100 à 102

g) La comparaison avec les règles relatives à l'adoption 103

h) La prise en compte des intérêts légitimes de la personne qui partage la vie de l'adulte concerné 104

IV. OBSERVATIONS PARTICULIÈRES 105 à 189

Introduction et observations communes aux propositions n[os] 417, 1230 et 1271 105 à 107

A. La proposition n° 417 108 à 118

B. La proposition n° 1230 119 à 132

C. La proposition n° 1271 133 à 145

D. La proposition n° 1319 146 à 148

E. La proposition n° 1399 149 à 151

F. La proposition n° 1440 152 à 189

1°) Observations générales 152 à 160

a) La compatibilité avec la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine 152 et 153

b) La relation entre le régime proposé et la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient 154

c) La relation entre le régime proposé et la loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons *in vitro* 155 à 158

d) La relation entre le régime proposé et la loi du 7 mai 2004 relative aux expérimentations sur la personne humaine 159

e) La relation entre le régime proposé et la réglementation sur les centres de fécondation 160

2°) Observations particulières 161 à 189

* * *

I. LA PORTÉE DES PROPOSITIONS

3. La section de législation du Conseil d'État est saisie de six propositions de loi portant d'une part, pour cinq d'entre elles, sur la gestation pour autrui, et, d'autre part, pour l'une d'entre elles, sur la procréation médicalement assistée.

4. Il est utile de préciser, dès à présent, quelques conventions de vocabulaire pour la suite de l'avis.

La notion de "gestation pour autrui" concerne toute situation dans laquelle une femme, appelée la "mère porteuse", accepte de mener une grossesse pour une ou plusieurs personnes et accepte de se détacher de l'enfant à la naissance au profit de ces dernières, qui seront qualifiées de "parents commanditaires".

Lorsque la mère porteuse est également la mère génétique de celui-ci, elle sera qualifiée de "mère porteuse génétique". Lorsque l'ovule fécondé n'est pas le sien, elle sera appelée la "mère porteuse non génétique".

Les personnes ayant fourni leurs gamètes, leurs embryons, leurs gonades ou leurs fragments de gonades [(3)] seront désignées comme les "parents génétiques" ("mère génétique" ou "père génétique"). Lorsque ces personnes sont en outre commanditaires, au sens mentionné ci-avant, elles seront qualifiées de "parents commanditaires génétiques" ("mère commanditaire génétique" ou "père commanditaire génétique").

Afin de pouvoir comparer les propositions, cette terminologie sera utilisée pour toutes les propositions, même si elles en utilisent une autre. Lorsque ce sont les termes des propositions qui sont utilisées dans le présent avis, cela résultera du texte, soit en raison d'une précision expresse, soit en raison du contexte.

---

(3) Dans la suite de l'avis, il ne sera plus question, sauf pour les dispositions qui les concernent plus spécifiquement, des gonades ou des fragments de gonades. Lorsqu'il sera question de gamètes, on visera en principe également les gonades et les fragments de gonades, l'article 39 de la proposition n° 1440 disposant que "l'ensemble des dispositions du titre IV [("Les gamètes")] s'applique aux gonades et fragments de gonades".

5. Pour l'essentiel, la portée des propositions à l'examen peut être résumée comme suit.

Cette présentation n'est pas exhaustive. Certains aspects plus particuliers peuvent être mentionnés dans la partie IV de l'avis qui comprend des observations particulières sur chaque proposition examinée séparément.

La description de la portée des propositions est basée sur le dispositif des propositions elles-mêmes et ne tient pas compte d'éléments distincts éventuels qui seraient relatés dans les développements.

Un tableau comparatif des cinq propositions relatives à la gestation pour autrui, comprenant une synthèse plus complète, figure aux pages 44 à 86 du rapport fait au nom du groupe de travail "bioéthique" du Sénat sur la proposition de loi n° 417 [(4)].

A. La proposition de loi n° 417/1 relative aux mères porteuses, déposée par Mme Ch. Defraigne (*Doc. parl.*, Sénat, 2003-2004, n° 3-417/1) [(5)]

6. Selon la proposition n° 417, toute convention ayant pour but ou effet indirect de réaliser une gestation pour autrui (dans la proposition "une gestation pour le compte d'autrui") est nulle (article 3). Par dérogation à ce principe, un couple stérile (composé "[d]'un homme et [d]'une femme concubins ou mariés et non séparés de fait, [et] qui ne sont pas aptes à la génération") peut avoir recours à la gestation pour autrui dans les conditions fixées par la proposition (article 5, § 1er).

Une des conditions consiste en la constatation écrite par un gynécologue de l'impossibilité physiologique pour la mère commanditaire d'être enceinte du père commanditaire ou du très grand risque d'une grossesse pour sa santé ou pour celle de l'enfant; d'autres conditions concernent l'état civil et l'âge de la mère porteuse et le lien éventuel de parenté avec les parents commanditaires, l'obligation pour la mère porteuse d'avoir un entretien avec un

(4) *Doc. parl.*, Sénat, 2004-2005, n° 3-417/2.

(5) Cette proposition est inscrite sous le numéro 39.474/AG du rôle de la section de législation du Conseil d'État. Elle sera qualifiée comme suit dans la suite de l'avis : "proposition n° 417".

psychiatre, l'information par un gynécologue et un certificat d'absence de risques prévisibles (article 5, §§ 1er et 2).

Préalablement à la mise en oeuvre du processus de fécondation *in vitro* ou d'insémination artificielle, les parents commanditaires et la mère porteuse concluent une convention constatée par un notaire dans un acte authentique, qui doit être remise au centre de médecine de la reproduction [(6)] (article 5, § 3). Le non-respect des obligations découlant de la convention est sanctionné par le paiement (éventuel) de dommages et intérêts (article 5, § 3, alinéa 4). Les frais afférents à la grossesse et aux examens médicaux imposés par la proposition sont à charge des parents commanditaires (article 5, § 4).

En ce qui concerne l'origine des gamètes à partir desquels l'enfant est conçu, la proposition est ambiguë. D'une part, il est dit que la convention prévoit que l'enfant sera conçu à partir des gamètes des parents commanditaires (article 5, § 3, alinéa 2), mais d'autre part, il est question tant d'une mère porteuse génétique que d'une mère porteuse non génétique (dans la proposition : "mère porteuse traditionnelle", qui est une mère porteuse inséminée artificiellement avec le sperme du père commanditaire ou d'un donneur, ou "mère porteuse gestationnelle", qui est une mère porteuse d'un enfant conçu par fécondation *in vitro* à partir des gamètes des parents commanditaires) (article 6 et les définitions de l'article 2).

La proposition règle également les effets d'une gestation pour autrui régulière sur la déclaration et l'acte de naissance (ce sont les parents commanditaires qui sont mentionnés dans l'acte comme étant les père et mère, du moins selon l'article 6 de la proposition; l'article 8 donne plutôt le sentiment que tant les parents commanditaires que la mère porteuse sont mentionnés) et détermine dès lors également les effets de la filiation juridique (articles 6 à 8) ainsi que les possibilités de contestation de la maternité et de la paternité (articles 9 et 10).

Le recours à la gestation pour autrui dans des circonstances ne répondant pas aux conditions fixées n'est ni expressément interdit, ni érigé en infraction pénale. En revanche, l'interdiction de rétribuer une personne de sexe féminin pour qu'elle agisse à titre de mère porteuse est prévue, de même que celle de l'offre de verser une telle rétribution ou de faire de la publicité pour une telle rétribution, ainsi que celle de l'intervention en qualité d'intermédiaire

---

(6) Visé par l'arrêté royal du 15 février 1999 fixant les critères de programmation applicables au programme de soins "médecine de la reproduction" (article 5, § 3, alinéa 3, de la proposition).

ou du fait de faire appel à un intermédiaire en vue de la conclusion d'une convention visée à l'article 3 de la proposition (article 4). Sauf si les conditions prévues à l'article 5 sont remplies, inciter une mère porteuse à abandonner son enfant à naître, soit dans un but lucratif, soit par don, promesse, menace ou abus d'autorité, et le fait de s'entremettre dans un but lucratif entre des parents commanditaires et une mère porteuse sont érigés en infraction pénale (article 11).

B. La proposition de loi n° 1230/1 réglementant la maternité de substitution, déposée par M. P. Vankrunkelsven (*Doc. parl.*, Sénat, 2004-2005, n° 3-1230/1) [7]

7. La proposition n° 1230 prévoit également que toute convention relative à la gestation pour autrui ("convention ayant pour but ou effet direct ou indirect de réaliser une grossesse pour le compte d'autrui") est nulle (article 3 de la proposition), mais "une femme stérile" peut recourir à une mère porteuse moyennant le respect d'un certain nombre de conditions (article 4).

Une déclaration écrite par un gynécologue de l'impossibilité physiologique de la grossesse de la femme ou du danger de celle-ci pour la vie de la femme ou de l'enfant est requise. La proposition distingue les cas de recours à une mère porteuse génétique (appelée la "maternité de substitution de basse technologie" dans la proposition) de ceux où il est recouru à une mère porteuse non génétique ("maternité de substitution de haute technologie"). D'autres conditions ont trait à l'âge de la mère porteuse et de la mère commanditaire, au fait que la mère porteuse doit avoir donné naissance à au moins un enfant vivant et à l'absence de risque accru de complications lors de la grossesse. La mère commanditaire et la mère porteuse doivent s'adresser à un "centre de la maternité de substitution" (voir ci-après) chargé d'un accompagnement médical, psychologique, social et juridique, et les "deux parties" doivent être disposées "à se soumettre [...] à un accompagnement approprié durant la période précédant la réalisation de la grossesse, au cours de la grossesse et pendant la première année qui suit la naissance de l'enfant". Les parents commanditaires et les "parents porteurs" sont de nationalité belge ou ont une résidence fixe en Belgique (article 4, §§ 1er à 3).

(7) Cette proposition est inscrite sous le numéro 39.475/AG du rôle de la section de législation du Conseil d'État. Elle sera qualifiée comme suit dans la suite de l'avis : "proposition n° 1230".

Le(s) parent(s) commanditaire(s) et la mère porteuse concluent une convention constatée par un "acte notarié authentique". La proposition détermine les éléments que doit au minimum contenir la convention et charge le Roi d'en fixer le contenu. Si une partie ne respecte pas la convention, elle s'expose à devoir payer des dommages et intérêts. Le(s) parent(s) commanditaires supportent tous les frais liés à la grossesse et aux examens médicaux imposés par la loi proposée (article 4, §§ 4 et 5).

L'article 6 de la proposition charge le Roi de créer un centre pluraliste francophone et un centre pluraliste néerlandophone de la maternité de substitution, liés à un ou plusieurs hôpitaux universitaires. Ces centres doivent publier tous les deux ans un rapport relatif à la pratique de la gestation pour autrui et faire une étude de suivi à long terme "d'un maximum d'enfants nés dans le cadre d'une maternité de substitution.

La proposition règle le droit à l'intervention de l'assurance maladie (article 7).

La proposition modifie la législation en matière d'adoption contenue dans le Code civil et dans le Code judiciaire en ce sens que la convention vaut "déclaration d'adoption préalable", que le consentement à l'adoption peut être donné dès la naissance et que la procédure judiciaire en matière d'adoption est adaptée (articles 8 à 12). La proposition règle aussi les conséquences de la gestation pour autrui en ce qui concerne la recevabilité des actions en contestation de maternité et de paternité (articles 13 à 15).

Il est interdit de rétribuer une personne pour qu'elle agisse à titre de mère porteuse, de faire une proposition ou de la publicité pour une telle rétribution, de servir d'intermédiaire ou de faire appel à un intermédiaire en vue de la conclusion d'une convention (article 5). Prêter son concours à la réalisation d'une gestation pour autrui sans respecter les conditions fixées est érigé en infraction pénale. Il en va de même pour le fait d'inciter une mère porteuse à abandonner son enfant à naître, dans un but lucratif, par don, promesse, menace ou abus d'autorité, sauf s'il est satisfait aux conditions fixées, ainsi que pour le fait de s'entremettre dans un but lucratif entre des parents commanditaires et une mère porteuse (article 16).

C. La proposition de loi n° 1271/1 relative aux mères porteuses, déposée par Mmes Myriam Vanlerberghe et Jacinta De Roeck (*Doc. parl.*, Sénat, 2004-2005, n° 3-1271/1) [8]

8. Comme les propositions n^os^ 417 et 1230, la proposition n° 1271 prévoit que toute convention qui a pour objet une gestation ou un accouchement pour le compte d'autrui est nulle (article 3). Par dérogation à ce principe, un parent commanditaire ("[un] homme, [une] femme ou [un] couple pour qui la mère porteuse conçoit l'enfant et qui assume l'autorité parentale sur l'enfant et son éducation") peut recourir à une mère porteuse selon les modalités définies par la proposition (article 4, § 1er).

Les conditions sont, outre la constatation écrite par un médecin de l'impossibilité physiologique "du parent commanditaire" de procréer ou du trop grand risque d'une grossesse pour la santé de la femme ou de l'enfant, l'existence d'un lien de parenté génétique entre l'enfant et au moins un parent commanditaire (article 4, §§ 1er et 2) et le fait que les gamètes ne peuvent être ceux du partenaire de la mère porteuse (article 7), l'obligation de résidence en Belgique du parent commanditaire et de la mère porteuse, des conditions d'âge, l'obligation pour la mère porteuse d'avoir déjà donné naissance à un enfant sans complication, le test "MST" négatif de la mère porteuse, de son partenaire et du (des) parent(s) commanditaire(s) dont les gamètes sont utilisés et l'obligation imposée à la mère porteuse et aux parents commanditaires d'avoir eu au moins deux entretiens avec un psychiatre ou avec un psychologue (attaché à un centre de fertilité en ce qui concerne la mère porteuse) (articles 5 et 6).

Le parent commanditaire et la mère porteuse concluent "un accord" constaté dans un acte authentique; une copie en est envoyée au centre de médecine reproductive concerné (article 4, § 3). La proposition n'envisage pas les conséquences du non-respect de la convention. Les frais sont à la charge du parent commanditaire (article 8).

L'acte de naissance mentionne le nom du parent commanditaire. Les effets en matière de recevabilité des demandes "de contestation de la filiation maternelle ou paternelle" sont sommairement traités (article 9).

---

[8] Cette proposition est inscrite sous le numéro 39.476/AG du rôle de la section de législation du Conseil d'État. Elle sera qualifiée comme suit dans la suite de l'avis : "proposition n° 1271".

Enfin, la proposition érige en infraction pénale l'exercice de toute forme de contrainte sur une personne en vue de l'obliger à devenir mère porteuse (article 10), la rétribution d'une (candidate) mère porteuse, la proposition d'une telle rétribution ou la publicité pour celle-ci ou encore la proposition de biens ou de services en échange de l'acceptation de devenir mère porteuse (article 11). La proposition interdit et sanctionne le fait d'intervenir en tant qu'intermédiaire ou de recourir à un intermédiaire, le fait de mettre sur pied une organisation incitant les femmes à la gestation pour autrui, la publicité pour la gestation pour autrui et le fait de faire connaître son désir de devenir parent commanditaire par la voie d'annonces ou d'autres médias (article 12).

D. La proposition de loi n° 1319/1 complétant le Code pénal par des dispositions relatives à la commercialisation de la maternité de substitution et à la médiation aux fins de celle-ci, déposée par Mme M. De Schamphelaere et consorts (*Doc. parl.*, Sénat, 2004-2005, n° 3-1319/1) [9]

9. La proposition n° 1319 introduit un chapitre relatif à la gestation pour autrui dans le titre VII du livre II du Code pénal. Sont interdits et punis, lorsqu'ils sont commis "dans le but d'obtenir les droits parentaux sur un enfant", la rétribution d'une personne pour qu'elle agisse à titre de mère porteuse, l'offre de verser une telle rétribution ou le fait de faire, de charger de faire, d'éditer, de distribuer ou de diffuser de la publicité pour une telle rétribution (article 3), le fait de se faire connaître publiquement ou de se proposer comme mère porteuse et de se faire rétribuer pour cette gestation pour autrui (article 4), le fait de servir d'intermédiaire en vue de la conclusion d'une convention et le fait de s'entremettre entre un (des) parent(s) commanditaire(s) et une mère porteuse (article 5) et le fait d'inciter une femme, soit dans un but lucratif, soit par don, promesse, menace ou abus d'autorité, à abandonner son enfant à naître (article 6).

[9] Cette proposition est inscrite sous le numéro 39.477/AG du rôle de la section de législation du Conseil d'État. Elle sera qualifiée comme suit dans la suite de l'avis : "proposition n° 1319".

E. La proposition de loi n° 1399/1 interdisant la maternité de substitution et le recours aux mères porteuses, déposée par Mme C. Nyssens (*Doc. parl.*, Sénat, 2004-2005, n° 3-1399/1) (10)

10. La proposition n° 1399 qui, dès lors que ses dispositions ne sont pas inscrites dans le Code pénal, conduirait à une loi pénale spéciale, contient les dispositions répressives : "prohibition formelle" de recourir à une mère porteuse, qu'elle soit une mère porteuse génétique ou une mère porteuse non génétique, "pour quelque cause que ce soit" (article 3), interdiction de servir d'intermédiaire, de faire appel à un intermédiaire ou de rétribuer sous quelque forme que ce soit une personne en vue de conclure une convention relative à la gestation pour autrui (article 4, alinéa 2), interdiction de la publicité sous quelque forme que ce soit aux fins de conclure une convention relative à la gestation pour autrui ou incitant les femmes à servir de mère porteuse (article 5), interdiction de rétribuer une femme, de quelque manière que ce soit pour qu'elle serve de mère porteuse (article 6). Outre une peine de prison ou une amende, une condamnation peut également entraîner l'interdiction d'exercer toute activité médicale et de recherche pendant cinq ans (articles 7 et 8).

La proposition prévoit en outre que toute convention ayant pour but ou pour effet direct ou indirect de réaliser une gestation pour autrui est nulle (article 4, alinéa 1er).

F. La proposition de loi n° 1440/1 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, déposée par Mme Ch. Defraigne, M. P. Vankrunkelsven, Mme J. De Roeck, M. Ph. Mahoux et Mme I. Durant (*Doc. parl.*, Sénat, 2004-2005, n° 3-1440/1) (11)

11. La proposition n° 1440 entend fixer les conditions dans lesquelles il peut être fait usage de techniques médicales de procréation médicalement assistée, soit par insémination artificielle, soit par fécondation *in vitro* (FIV) (articles 3 à 9). Elle réglemente également les cas

(10) Cette proposition est inscrite sous le numéro 39.478/AG du rôle de la section de législation du Conseil d'État. Elle sera qualifiée comme suit dans la suite de l'avis : "proposition n° 1399".

(11) Cette proposition est inscrite sous le numéro 39.525/AG du rôle de la section de législation du Conseil d'État. Elle sera qualifiée comme suit dans la suite de l'avis : "proposition n° 1440".

dans lesquels le diagnostic génétique pré-implantatoire est permis (articles 66 à 72). La proposition vise aussi à réglementer le don et la conservation des embryons et gamètes surnuméraires de même que l'utilisation de gamètes à des fins de recherche scientifique (articles 10 à 65).

12. En ce qui concerne la procréation médicalement assistée (PMA), la proposition de loi prévoit que seuls les centres de fécondation sont autorisés à pratiquer la fécondation *in vitro* et la cryoconservation (de gamètes, embryons surnuméraires, gonades et fragments de gonades). Le Roi est habilité à fixer des conditions de qualité et de sécurité relatives à une série d'actes portant sur les gamètes, les embryons surnuméraires, les gonades et fragments de gonades (article 3).

Les centres de fécondation peuvent établir eux-mêmes les modalités de la procédure suivie dans le cadre de leur mission (article 4). Pour certains actes relatifs à la procréation médicalement assistée, des conditions d'âge minimal et maximal sont fixées (article 5). Moyennant certaines conditions, les centres de fécondation peuvent refuser d'accéder à la demande du (des) parent(s) commanditaire(s) (article 6).

Le centre de fécondation a certaines obligations de vérification et d'information à l'égard des parents commanditaires (article 7). Une convention est conclue avec les parents commanditaires (article 8) qui, à certaines conditions, peut être modifiée par la suite (article 9).

13. Les embryons surnuméraires qui résultent d'une fécondation *in vitro* peuvent être cryoconservés, détruits, utilisés à des fins de recherche scientifique ou être donnés (article 10). Aussi longtemps que les parents commanditaires disposent d'embryons cryoconservés sains, il ne peut être constitué de nouveaux embryons (article 11).

Les centres de fécondation doivent informer les parents commanditaires au sujet de la cryoconservation (article 13) et conclure avec eux une convention portant sur la destination des embryons cryoconservés (article 14). Dans l'intervalle, il ne peut être disposé des embryons déjà cryoconservés (article 12). Sous certaines conditions, la convention peut être modifiée par la suite (article 15).

La proposition règle les conditions dans lesquelles les embryons cryoconservés peuvent être implantés postérieurement au décès d'un parent commanditaire (articles 16 et 17). Elle règle également le délai de conservation des embryons cryoconservés et les conditions de prolongation de ce délai (articles 18 et 19).

En ce qui concerne l'utilisation à titre gratuit des embryons surnuméraires à des fins de recherche médicale, la proposition fixe un certain nombre de conditions complétant sur ce point la loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons *in vitro* (articles 20 à 22).

Le don anonyme et gratuit d'embryons surnuméraires est autorisé, sauf dans un certain nombre de cas (articles 23 à 26). La proposition règle la filiation (article 27) et garantit l'anonymat des donneurs (article 28). Certaines données relatives aux donneurs sont cependant mises à la disposition de la Commission de la protection de la vie privée (article 35) et peuvent être communiquées moyennant certaines conditions (article 36). Les centres de fécondation doivent informer les donneurs d'embryons (article 29) et conclure avec eux une convention concernant le don (article 30). La procédure suivie doit également être portée à la connaissance des receveurs (article 31) avec qui il y a également lieu de conclure une convention (article 33) après qu'ils ont introduit une demande écrite (article 32). Le centre de fécondation fixe le délai de conservation des embryons éventuellement cryoconservés qui sont destinés à être donnés (article 34).

14. La proposition contient un certain nombre de dispositions relatives au prélèvement, à l'utilisation et à la conservation des gamètes. Elles s'appliquent également aux fragments de gonades (article 39).

Les gamètes ne peuvent être prélevés qu'en vue d'un projet parental, d'une recherche scientifique ou d'un don (article 37). Leur usage requiert l'autorisation des personnes concernées (article 38).

Lorsque les gamètes ne sont pas utilisés immédiatement, ils peuvent être cryoconservés en vue d'une utilisation pour un projet parental futur, d'une recherche scientifique ou d'un don (article 40).

Les centres de fécondation doivent informer les parents commanditaires sur le prélèvement, la conservation et l'utilisation des gamètes (article 41) et conclure avec eux une convention relative à la conservation et la destination future des gamètes (article 42). Sous certaines conditions, la convention peut être modifiée par la suite (article 43).

La proposition règle les conditions dans lesquelles l'insémination de gamètes après le décès d'un parent commanditaire est permise (articles 44 et 45). Elle règle également le délai de cryoconservation et les conditions de prolongation de celui-ci (articles 46 et 47).

Les gamètes peuvent être utilisés gratuitement pour la recherche scientifique (article 48). Les centres de fécondation ont certaines obligations d'information à l'égard des personnes chez qui les gamètes ont été prélevés (article 49) et concluent avec elles une convention (article 50). Le centre de fécondation fixe le délai de conservation de ces gamètes (article 51).

Le don anonyme et gratuit d'embryons surnuméraires est autorisé, sauf dans certains cas (articles 52 à 55). La proposition règle la filiation (article 56) et garantit l'anonymat des donneurs (article 57). Certaines données relatives aux donneurs sont cependant mises à la disposition de la Commission de la protection de la vie privée (article 64) en peuvent, sous certaines conditions, être communiquées (article 65). Les centres de fécondation doivent informer les donneurs de gamètes (article 58) et concluent avec eux une convention concernant le don (article 59). Les receveurs doivent également être informés de la procédure suivie (article 60) et une convention doit également être conclue avec eux (article 62) après l'introduction d'une demande écrite (article 61). Le centre de fécondation fixe le délai de conservation des gamètes éventuellement cryoconservés, destinés à être donnés (article 63).

15. Le diagnostic génétique préimplantatoire est interdit, sauf dans certains cas (articles 67 et 68). Les centres de fécondation doivent informer les parents commanditaires (article 66) et conclure avec eux une convention (article 69). La proposition garantit le droit à la protection de la vie privée des parents commanditaires (article 70).

Un diagnostic génétique préimplantatoire ne peut être opéré qu'en collaboration exclusive avec un centre de génétique humaine (articles 71 en 72).

16. Les transgressions des interdictions sont érigées en infractions pénales (article 73) et peuvent donner lieu à une interdiction d'exercer toute activité médicale ou de recherche pendant cinq ans (article 74).

II. LA COMPÉTENCE DU LÉGISLATEUR FÉDÉRAL

A. Considérations générales

17. D'une manière générale, les propositions à l'examen se situent dans le cadre des compétences fédérales.

18. Sur quelques points, certaines des propositions empiètent toutefois sur les compétences des communautés ou des régions, comme il est exposé ci-après, sous les n^{os} 19 à 22.

B. La proposition n° 1230

19. L'article 6 de la proposition n° 1230 charge le Roi de créer un centre pluraliste francophone et un centre pluraliste néerlandophone de la maternité de substitution liés à un ou plusieurs hôpitaux universitaires. La mission de ces centres consiste à assurer

> "l'accompagnement médical, psychique, social et juridique du (des) parent(s) demandeur(s) et de la mère porteuse".

Ils doivent, en outre, publier tous les deux ans un rapport relatif à la pratique de la gestation pour autrui et faire une étude de suivi à long terme

> "d'un maximum d'enfants nés dans le cadre d'une maternité de substitution".

Une des conditions de régularité d'une gestation pour autrui est que la mère commanditaire et la mère porteuse s'adressent à un de ces centres [(12)]. Les "deux parties" doivent également être disposées à

> "se soumettre [...] à un accompagnement approfondi durant la période précédant la réalisation de la grossesse, au cours de la grossesse et pendant la première année qui suit la naissance de l'enfant" [(13)].

À propos de ces dispositions et par analogie avec la répartition des compétences en matière d'interruption de grossesse [(14)] et en matière d'adoption [(15)], on peut soutenir que l'autorité fédérale est compétente pour fixer les conditions (civiles et pénales) d'une gestation pour autrui régulière mais que l'aide, l'accompagnement et l'assistance aux (candidates) mères porteuses et aux (candidats) parents commanditaires relèvent des communautés en vertu de leur

---

(12) Article 4, § 2, C, premier tiret, de la proposition.

(13) Article 4, § 2, C, quatrième tiret de la proposition

(14) Voir l'avis 18.016/VR du 20 mai 1987 (*Doc. parl.*, Sénat, 1985-1986, n° 189/2) et l'avis 19.558/AG du 8 janvier 1990 (*Doc. parl.*, Chambre, 1989-1990, n° 950/5) sur les propositions devenues la loi du 3 avril 1990 relative a l'interruption de grossesse, modifiant les articles 348, 350, 351 et 352 du Code pénal et abrogeant l'article 353 du même Code.

(15) Voir l'avis 30.036/2 du 29 mai 2000 sur un avant-projet de loi devenu la loi du 13 mars 2003 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne l'adoption et la loi du 24 avril 2003 réformant l'adoption; voir aussi, notamment, l'avis 38.623/VR/V du 19 juillet 2005 sur le projet de loi portant assentiment à l'Accord de coopération du 6 juin 2005 entre l'État fédéral, la Communauté Germanophone, la Communauté Française, la Communauté Flamande, la Commission communautaire commune, la Commission communautaire française et la Région wallonne relatif à la mise en oeuvre de la loi du 24 avril 2003 réformant l'adoption (*Doc. parl.*, Chambre, 2005-2006, n° 51-2157/1).

compétence en matière de santé [16] [17] et en matière d'aide aux personnes, en particulier en ce qui concerne de la politique familiale [18] et la protection de la jeunesse [19].

L'autorité fédérale peut ainsi faire du recours à un centre dispensant un accompagnement médical, psychologique, social et juridique, une condition de régularité de la gestation pour autrui.

Les communautés sont, en revanche, compétentes pour établir des règles relatives à ces centres, ainsi que pour leur constitution et leur agrément. Si l'autorité fédérale souhaite toutefois être certaine que des centres soient créés ou agréés, mieux vaudrait qu'elle s'attache à tenter de conclure un accord de coopération à ce sujet avec les communautés.

20. En ce qui concerne la mission des centres en matière de rapport et d'étude de suivi à long terme [20], le Conseil d'État est d'avis que celle-ci peut assurément être confiée à un service à établir et à réglementer par l'autorité fédérale, dans la mesure où l'intention est de collecter l'information et de faire réaliser des études sur l'application de la loi fédérale proposée relative à la gestation pour autrui qui découlerait de la proposition [21].

---

(16) Article 5, § 1er, I, 1°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

(17) L'accompagnement médical tel qu'il est conçu dans la proposition ne semble pas être en relation avec les compétences attribuées à l'autorité fédérale à titre d'exception à la compétence des communautés en matière de dispensation des soins dans et en dehors des institutions de soins. Les dispositions de la proposition ne sont, en tout cas, pas formulées en termes de législation organique, de normes d'agrément, etc. Voir l'avis n° 32.299/3 du 4 décembre 2001 sur le projet devenu la loi du 22 août 2003 relative aux droits des patients, en ce qui concerne la répartition des pouvoirs entre les communautés et l'autorité fédérale pour la réglementation des institutions de soins (*Doc. parl.*, Chambre, 2001-2002, n° 50-1642/1).

(18) Article 5, § 1er, II, 1°, de la loi spéciale précitée du 8 août 1980.

(19) Article 5, § 1er, II, 6°, de la loi spéciale précitée du 8 août 1980.

(20) Article 6 de la proposition.

(21) Voir l'avis 19.826/10 du 18 avril 1990 sur la proposition de loi devenue la loi du 13 août 1990 visant à créer une commission d'évaluation de la loi du 3 avril 1990 relative à l'interruption de grossesse, modifiant les articles 348, 350, 351 et 352 du Code pénal et abrogeant l'article 353 du même Code (*Doc. parl.*, Chambre, 1989-1990, n° 1150/2).

C. La proposition n° 1440

21. Dans la mesure où la proposition n° 1440 concerne la recherche scientifique sur les gamètes et les embryons surnuméraires, le Conseil d'État doit émettre une réserve.

Dans les avis 28.369/3 du 5 janvier 1999 et 33.641/3 du 18 septembre 2002 (22) portant respectivement sur un projet de loi et sur une proposition de loi devenus la loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons, le Conseil d'État fait observer ce qui suit :

> "Le régime proposé contient des dispositions relatives à la recherche scientifique. Une première question qui se pose en l'occurrence est de savoir si l'autorité fédérale est compétente pour légiférer dans ce domaine.
>
> À défaut d'une attribution de compétence en matière de protection des embryons aux communautés ou aux régions, c'est en principe l'autorité fédérale qui est compétente pour réglementer la recherche scientifique dans ce domaine (voir, a contrario, l'article 6*bis*, § 1er, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles).
>
> Dans l'exercice de cette compétence, l'autorité fédérale doit veiller à ne pas rendre impossible ou exagérément difficile l'exercice des compétences des communautés et des régions (23). En l'espèce, il s'agit notamment de la compétence des communautés en matière d'enseignement, dès lors que la recherche visée dans la proposition est effectuée, pour une large part, dans des établissements universitaires. Il est à noter à ce sujet que les dispositions proposées ne concernent qu'un type précis de recherche scientifique, que la proposition n'interdit pas complètement cette recherche et qu'elle associe des représentants des centres de recherche universitaires au travail de la Commission. Il peut dès lors en être conclu que, par la proposition de loi, l'autorité fédérale respecte le principe de proportionnalité et reste par conséquent dans les limites de ses compétences."

(22) *Doc. parl.*, Sénat, 2001-2002, n° 695/16.

(23) *Note 1 dans l'avis 28.369/10 et note 10 dans l'avis 33.641/3* : voir notamment Cour d'arbitrage, 2 février 1995, n° 4/95, B.5.6.

La question se pose cependant de savoir si l'arrêt n° 164/2005 de la Cour d'arbitrage du 16 novembre 2005 n'apporte pas un éclairage nouveau sur cette analyse des compétences. Dans cet arrêt la Cour a estimé que l'autorité fédérale était en partie incompétente pour légiférer en matière d'expérimentation humaine en se fondant sur les considérations suivantes :

"B.4.2. Le législateur fédéral est compétent pour la réglementation en matière de médicaments (*Doc. parl.*, Sénat, 1979-1980, 434-1, p. 7, *Doc. parl.*, Sénat, 1979-1980, 434-2, p. 125, et *Doc. parl.*, Chambre, 1979-1980, 627/10, p. 52). Sur la base de cette compétence, il peut édicter une réglementation pour des essais sur la personne humaine, réalisés dans le cadre de la recherche scientifique biomédicale portant sur les médicaments, visée à l'article 2, 7°, de la loi entreprise, et il ne viole pas les règles qui déterminent les compétences respectives de l'État, des communautés et des régions en matière de recherche scientifique.

B.4.3. Comme le fait apparaître l'article 2, 11°, de la loi attaquée, la réglementation critiquée ne s'applique cependant pas uniquement aux expérimentations à l'aide de médicaments mais également de manière générale à d'autres études ou investigations sur la personne humaine en vue du développement des connaissances biologiques ou médicales, qui sont effectuées par un médecin ou une autre personne visée à l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'exercice des professions des soins de santé.

B.4.4. Certaines matières sur lesquelles peut porter cette recherche scientifique sont incontestablement de la compétence du législateur fédéral. C'est ainsi, entre autres, que les thérapies expérimentales propres à l'exercice de l'art de guérir visé à l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 relèvent de la compétence du législateur fédéral.

B.4.5. En raison de la manière fort large dont la loi définit son champ d'application à l'article 2, 11°, elle peut toutefois également s'appliquer dans des matières qui relèvent de la compétence des communautés et des régions. Ainsi, il ressort des pièces déposées par le Gouvernement flamand que la loi est censée s'appliquer, entre autres, soit à des études et investigations menées dans le cadre des soins de santé préventifs ou de la pratique sportive dans le respect des impératifs de santé, lesquelles relèvent, en vertu des articles 5, § 1er, I, 2°, et 4, 9°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, de la compétence des communautés, soit à des études et investigations réalisées dans le cadre de la protection de l'environnement, ce qui constitue une compétence régionale en vertu de l'article 6, § 1er, II, 1°, de cette même loi spéciale.

De surcroît, il ne saurait être exclu que la loi puisse s'appliquer dans d'autres domaines relevant de la compétence des communautés ou des régions.

B.5.1. Sans doute l'article 6*bis*, § 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles permet-il au législateur fédéral, à certaines conditions, de prendre des initiatives, de créer des structures ou de prévoir des moyens financiers en vue de la recherche scientifique dans les matières qui relèvent de la compétence des communautés ou des régions.

B.5.2. Indépendamment du fait que, dans un tel cas, l'autorité fédérale doit, préalablement à sa décision, soumettre une proposition de coopération aux communautés et aux régions, ce qui n'a pas eu lieu en l'occurrence, il n'est pas satisfait aux exigences posées par le législateur spécial en ce qui concerne les expérimentations menées sur la personne humaine.

B.6. Il découle de ce qui précède que le législateur fédéral a excédé sa compétence en édictant une réglementation relative à des expérimentations sur la personne humaine qui va au-delà des essais cliniques visés à l'article 2, 7° et 11°, de la loi attaquée."

Sur la base des considérations précitées, la Cour d'arbitrage a dès lors annulé, à l'article 2, 11°, de la loi du 7 mai 2004 relative aux expérimentations sur la personne humaine, les termes "étude ou investigation". Par cette disposition, l'autorité fédérale excédait ses compétences en matière de politique de santé et de recherche scientifique dès lors que cette disposition était formulée en des termes trop larges et n'était pas circonscrite aux compétences fédérales en matière de politique de santé. Ainsi, selon la Cour d'arbitrage, la loi était également applicable aux matières qui relèvent de la compétence des communautés et des régions, par exemple en matière de médecine préventive.

Il peut se déduire de l'arrêt qu'une réglementation concernant la recherche scientifique, visant le développement des connaissances biologiques ou médicales, doit être spécifiquement axée sur les compétences fédérales en matière de soins de santé, telles que l'exercice de la médecine, pour pouvoir relever complètement de la compétence de l'autorité fédérale.

C'est pourquoi l'article 117 de la loi du 27 décembre 2005 portant des dispositions diverses a adapté comme suit la définition de l'expérimentation que donne l'article 2, 11°, de la loi du 7 mai 2004 relative aux expérimentations sur la personne humaine :

"11° Expérimentation : essai, étude ou investigation menée sur la personne humaine qui a pour objectif le développement des connaissances propres à l'exercice des professions de soins de santé tel que visé à l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'exercice des professions de soins de santé".

Dans son avis 39.466/3 du 29 novembre 2005 sur l'amendement qui a donné lieu à cette disposition légale, le Conseil d'État a formulé l'observation suivante concernant un texte légèrement différent proposé initialement :

> "Sur la base du texte proposé par l'amendement, la loi du 7 mai 2004 s'appliquerait aux essais menés sur la personne humaine, aux études ou investigations qui ont pour objectif 'le développement des connaissances propres à l'exercice des professions de soins de santé tel que visé à l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'exercice des professions de soins de santé'.
>
> L'intention des auteurs du projet d'adapter la définition figurant à l'article 2, 11° de la loi du 7 mai 2004, compte tenu de l'arrêt n° 164/2005 de la Cour d'arbitrage, serait mieux exprimée dans le texte néerlandais de cette disposition [(24)] en écrivant, sur l'exemple du texte français, 'met het oog op de ontwikkeling van kennis gericht op de in het koninklijk besluit nr. 78 ... (date et intitulé) bedoelde uitoefening van de gezondheidszorgberoepen'. Ainsi, il ne fera pas de doute que la loi du 7 mai 2004 n'est pas applicable aux expérimentations qui relèvent de la compétence des communautés ou des régions, comme par exemple en ce qui concerne la pratique du sport dans le respect des impératifs de santé ou la protection de l'environnement."

22. La réserve de compétence que la Cour d'arbitrage a formulée dans son arrêt n° 164/2005 à l'égard du régime légal en matière d'expérimentation sur la personne humaine a également des conséquences pour la compétence en matière de recherche scientifique sur les embryons et les gamètes. Il est concevable en effet que cette recherche sur les embryons ou sur les gamètes porte sur des matières qui relèvent, en tout ou en partie, des compétences matérielles des communautés ou des régions. Citons par exemple la recherche relative à l'influence de la pollution environnementale sur la qualité des spermatozoïdes.

Force est de constater, toutefois, que la proposition n° 1440 ne règle que fort succinctement sur le fond la recherche scientifique en tant que telle. En fait, la proposition se borne à régler la provenance du matériau (gamètes et embryons), le principe de l'affectation gratuite, la fourniture de l'information et la convention entre les donneurs et le centre de fécondation.

---

(24) *Note 3 de l'avis cité :* Ce texte est ambigu dès lors qu'il peut être interprété en ce sens que les mots "zoals bedoeld in [het] koninklijk besluit [nr.] 78 van 10 november 1967 betreffende de uitoefening van de gezondheidsberoepen" se rapportent uniquement aux mots "de gezondheidszorgberoepen".

Il paraît pourtant souhaitable, comme cela a été le cas en ce qui concerne la législation relative aux expérimentations sur la personne humaine, d'insérer une réserve de compétence expresse dans le régime proposé. À cet effet, on pourrait s'inspirer de l'article 2, 11°, de la loi du 7 mai 2004 relative aux expérimentations sur la personne humaine [(25)] qui vient d'être modifié.

III. LA COMPATIBILITÉ DES PROPOSITIONS AVEC LES NORMES SUPÉRIEURES

A. Considérations générales

1°) L'objet des propositions à l'examen et les situations de fait susceptibles d'être rencontrées

23. La gestation pour autrui est susceptible de se pratiquer dans un nombre assez important d'hypothèses, que l'on peut présenter comme suit, étant entendu que cette classification n'est pas exhaustive, compte tenu des évolutions en la matière, notamment sur le plan technique, et sous la réserve d'un examen plus approfondi résultant d'une meilleure connaissance des réalités sociales en ces matières, au sujet desquelles le Conseil d'État ne dispose pas d'informations suffisantes.

Ces distinctions sont faites principalement :

a) selon que la mère porteuse est génétique ou non;

b) selon l'identité du ou des commanditaires;

c) en fonction de la question de savoir si le commanditaire peut agir seul ou doit le faire en couple;

d) en fonction de l'origine des gamètes utilisées.

---

(25) Il est d'ailleurs recommandé d'insérer également dans la loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons in vitro, une disposition similaire qui exprime cette réserve de compétence.

24. Les commanditaires peuvent former un couple hétérosexuel ou homosexuel.

Il peut s'agir d'un homme seul ou une d'une femme seule.

Ensuite, si la mère porteuse est la mère génétique, les gamètes femelles proviennent de la mère porteuse mais les gamètes mâles ne doivent pas nécessairement provenir du commanditaire; ils peuvent provenir d'un tiers donneur. L'embryon qui sera implanté dans l'utérus de la mère porteuse peut avoir été conçu soit avec les gamètes du couple commanditaire soit avec des gamètes provenant pour partie du commanditaire et pour partie d'un tiers, soit avec des gamètes provenant uniquement de tiers.

Enfin, les donneurs peuvent être anonymes ou non et apparentés ou non aux commanditaires. La mère porteuse peut, elle aussi, éventuellement, être apparentée aux commanditaires et aux donneurs et, partant, à l'enfant.

Lorsque les gamètes proviennent de tiers, l'enfant pourrait avoir un père et une mère génétiques (ceux qui ont fourni les gamètes), un père et une mère sociaux (les commanditaires) et une mère gestatrice (la mère porteuse, qui en outre peut être mariée). De plus, le père ou la mère génétiques de l'enfant ainsi que la mère porteuse pourraient en même temps être son oncle, sa tante, ses grand-parents, ou avoir encore un autre lien familial.

Peut également être considérée comme gestation pour autrui l'hypothèse où une femme et un homme s'engageraient à faire un enfant de manière tout à fait naturelle en vue de le confier aux commanditaires.

25. D'autres distinctions doivent être envisagées, par exemple selon que la mère porteuse ou le ou les commanditaires vivent en couple ou non, que ce couple dispose d'un statut issu du mariage, de la cohabitation légale ou d'une simple cohabitation de fait, ou selon le degré de stabilité de cette cohabitation de fait.

D'autres différences peuvent provenir de ce que la mère porteuse a déjà d'autres enfants ou non, du nombre de ces enfants antérieurs, de leur âge, etc.

2°) Le contexte général des propositions à l'examen et la compétence de la section de législation du Conseil d'État

26. Les propositions de loi à l'examen soulèvent des questions d'ordre éthique, anthropologique, symbolique, philosophique, sociologique, psychologique et autres, difficiles et fondamentales, qui en outre invitent le législateur, comme il sera exposé plus bas (26), à mettre en balance la protection d'intérêts légitimes, voire de droits fondamentaux parfois difficilement conciliables.

Dans son avis portant les n^os^ 38.817/AG et suivants, donné sur des propositions de loi et des amendements relatifs à l'adoption monosexuée et la beau-parenté, le Conseil d'État a fait observer ce qui suit :

> "51. Certaines des pratiques évoquées ci-avant, au n° 49, soulèvent des questions éthiques, mais aussi juridiques importantes.
>
> Plus particulièrement, le recours à la maternité de substitution ou maternité 'd'emprunt' appelle de sérieuses objections quant au principe de l'indisponibilité du corps humain, de la dignité de la femme 'porteuse' et du respect des principes résultant de la Convention relative aux droits de l'enfant quant à la continuité entre la parentalité, en ce compris la maternité, et la responsabilité des parents à l'égard de l'enfant." (27)

En ce qui concerne le principe de l'indisponibilité du corps humain et la dignité de la femme porteuse, ces considérations se fondaient sur l'état du droit positif actuellement en vigueur, tel qu'il résulte en effet des articles 6, 1128, 1131 et 1133 du Code civil et des principes généraux du Code civil.

Selon les articles 6, 1131 et 1133 du Code civil, sont nulles les conventions qui dérogent aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs, les obligations fondées sur une cause illicite, c'est-à-dire contraire aux bonnes moeurs ou à l'ordre public, ne pouvant avoir aucun effet.

---

(26) N^os^ 38 à 62.

(27) Avis du 3 octobre 2005, *Doc. parl.*, Chambre, 2003-2004, not. n° 51-393/2.

L'article 1128 du Code civil est une disposition législative intéressant l'ordre public et les bonnes moeurs, qui dispose :

> "Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet de conventions."

Selon l'assemblée plénière de la Cour de cassation de France, statuant le 31 mai 1991 sur l'application des articles 6 et 1128 du Code civil, dont le texte est identique à ceux en vigueur en Belgique,

> "la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes" (28).

Cette jurisprudence se situe dans la continuité de celle qui se déduisait d'un arrêt du 13 décembre 1989 (29); elle a été confirmée récemment par un arrêt du 9 décembre 2003 qui, indépendamment même de la disposition particulière qui, dans le Code civil français, règle la question (30), considère que

> "le caractère illicite [de la maternité pour autrui] se déduit des principes généraux du Code civil" (31).

Ces solutions peuvent être transposées en droit belge actuel, comme le confirme la doctrine (32).

---

(28) Cass. fr., ass. plén., 31 mai 1991, *La Semaine juridique*, 1991, Ed. G., n° 45, pp. 377 à 385, et les conclusions de M. H. Dontenwille, Premier avocat général, les obs. de F. Terré, spéc. p. 381; *J.T.*, 1991, p. 767, et les obs. de X. Dijon et J.-P. Masson, pp. 768 à 771.

(29) Cass. fr., 13 décembre 1989, *La Semaine juridique*, 1990, Ed. G., n° 26, n° 21526, et les obs. d'A. Sériaux.

(30) Plus spécialement, l'article 16-7 du Code civil français dispose : "Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle".

(31) Cass. fr., 9 décembre 2003, *Rec. Dalloz*, 2004, n° 28, pp. 1998 à 2002, et la note d'E. Poisson-Drocourt.

(32) Notamment P. Senaeve, "Juridische implicaties van nieuwe ontstaanvormen van menselijk leven", *R.W.*, 1985-1986, col. 626 à 652, spéc. col. 637; M.-Th. Meulders-Klein, "Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées", *Rev. trim. dr. civ.*, 1988, pp. 645 et s., spéc. pp. 657 et s.; H. De Page

.../...

Il est vrai que deux jugements de tribunaux de la jeunesse ont accepté, dans l'intérêt de l'enfant, d'homologuer des adoptions faisant suite à des gestations pour autrui (33).

Leur portée doit toutefois être fortement relativisée.

Le premier ne se place que du point de vue de l'intérêt de l'enfant, sans se prononcer sur la validité de la convention ayant précédé la gestation et la naissance.

Quant au second, s'il considère en effet que

> "[h]et draagmoederschap, dat een uiting is van de vrije wil en tot de verantwoordelijkheid behoort van degene die er zich zonder winstbejag toe leent, is niet strijdig met de openbare orde" ("la gestation pour autrui, qui est une expression du consentement libre et qui relève de la responsabilité de la personne qui s'y prête sans être motivée par l'appât du gain, n'est pas contraire à l'ordre public" - traduction libre),

et s'il se réfère à un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 15 juin 1990 se prononçant dans le même sens (34), force est de constater que ce dernier arrêt a été cassé par l'arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation de France du 31 mai 1991, dont il a été question ci-avant.

Ce jugement peut aussi être compris comme ne se prononçant pas sur la licéité de la convention portant sur la gestation pour autrui mais comme ayant décidé que cette gestation n'est pas contraire à l'ordre public et, implicitement, que la licéité ou l'illicéité de la convention

---

et J.-P. Masson, *Traité élémentaire de droit civil belge*, T. I, volume II, éd. 4, Bruxelles, 1990, n° 967, p. 933; n° 971, p. 935; X. Dijon et J.-P. Masson, *loc. cit.*; A.-Ch. Van Gysel et N. Massager, "Les limites de l'autonomie de la volonté en droit des personnes" in *L'ordre public - Limites et applications*, Bruxelles, 1995, p. 210; A. Rouvroy, "Quelques questions relatives aux procréations médicalement assistées", *J.T.*, 1997, p. 774; N. Massager, *Les droits de l'enfant à naître*, Bruxelles, 1997, n^os^ 385 et s.; E. Montero, "L'adoption consécutive à un contrat de mère porteuse", note sous Trib. Jeun. Bruxelles, 4 juin 1996, *Rev. dr. santé*, 1997-1998, pp. 124 à 128; A. De Wolf, "Draagmoederschap in België en Frankrijk : een stand van zaken", in K. Boele-Woelki et M. Oderkerk (réd.), *(On)geoorloofheid van het draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Antwerpen-Groningen, 1999, p. 89; P. Senaeve, *Compendium van het Personen- en familierecht*, Leuven, 2004, n° 491, p. 22; N. Massager, in A.-Ch. Van Gysel (dir.), *Précis du droit de la famille*, Bruxelles, 2004, p. 446. Voir toutefois G. Verschelden, *Afstamming*, A.P.R., Malines, 2004, n^os^ 1273 à 1275, pp. 700 à 702; H. Nys, *Geneeskunde - Recht en medisch handelen*, A.P.R., Malines, 2005, n° 483, pp. 221 et 222.

(33) Trib. Jeun. Bruxelles, 4 juin 1996, *Rev. dr. santé*, 1997-1998, pp. 124 à 128, et les obs. E. Montero; Trib. Jeun. Turnhout, 4 octobre 2000, *R.W.*, 2001-2002, pp. 206 et 207, et la note F. Swennen.

(34) *J.T.*, 1991, p. 767.

n'a pas d'incidence sur la possibilité d'homologuer l'adoption en cause par les parents commanditaires, rejoignant ainsi la première décision.

Ceci étant, quelle que soit l'importance des règles et des principes actuels du droit civil belge en la matière, ils résultent de dispositions législatives et il relève de la responsabilité du législateur de les modifier ou de les aménager s'il l'estime opportun, pour autant bien entendu qu'aucune règle supérieure de droit ne s'y oppose.

Or, ainsi qu'on l'observera, sur le principe en tout cas du recours aux procédés de gestation pour autrui, aucune règle supérieure ne fait obstacle à l'adoption des propositions.

Quant aux règles relatives à la continuité de la parentalité, dont il a également été fait état dans l'avis précité du Conseil d'État, qui se déduisent de la Convention relative aux droits de l'enfant, il est renvoyé à l'exposé qui leur est consacré, lequel tend à montrer qu'elles doivent être appréhendées de manière nuancée et comme ne s'opposant pas de manière absolue à toute prise en compte législative de la gestation pour autrui [(35)].

C'est en définitive la dimension éthique du débat qui doit guider principalement le législateur, et le conduire à se déterminer en fonction de la conception qu'il dégagera de l'ordre public et des bonnes moeurs.

Or, il est incontestable que la société belge n'est plus homogène sur ces questions et que le débat éthique fait apparaître des conceptions divergentes [(36)], ainsi qu'en témoigne spécialement l'avis n° 30, du 30 juillet 2004, du Comité consultatif de bioéthique.

---

(35) N° 54, plus bas.

(36) Voir, plus bas, le n° 37.

Cet avis procède du principe commun que

> "la solidarité avec les personnes qui sont atteintes dans leur désir d'enfant est un bien"

et que

> "la gestation pour autrui est éthiquement acceptable en principe",

encore qu'il

> "[faille] faire montre [...] d'une particulière prudence afin d'éviter, dans la mesure du possible, tous les problèmes prévisibles".

Par ailleurs, il semble, du point de vue de l'éthique, exister des visions différentes sur les conditions et les effets de la conclusion de conventions relatives à la gestation pour autrui. Il appartient au législateur de faire les choix éthiques dans le contexte juridique exposé dans le présent avis sur la base des conventions internationales en matière de droits de l'homme et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

27. Sur la question de la responsabilité du législateur pour faire les choix d'ordre éthique, on peut se référer à l'attitude de la Commission européenne des droits de l'homme dans une affaire concernant la législation norvégienne sur l'avortement, dans laquelle elle s'est ralliée aux considérations suivantes de la Cour suprême norvégienne :

> "Il n'appartient pas aux tribunaux de décider si la solution à un problème législatif difficile, et que le législateur a choisie lorsqu'il a adopté la loi de 1978 sur l'interruption de grossesse, est ou non la meilleure. Sur ce point les juges, tout comme d'autres membres de notre société, auront des opinions divergentes. La conciliation d'intérêts opposés que nécessitent les lois sur l'avortement est une tâche qui incombe au législateur et qui relève de sa responsabilité. [...] Il est clair que les tribunaux doivent respecter la solution retenue par le législateur." (37)

(37) Comm. eur. dr. h., 19 mai 1982, H./Norvège, 17.004/90, *D.R.*, vol. 73, (155), pp. 181-182, § 1er.

Quant à l'examen de la conformité de la loi norvégienne à l'article 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [(38)], la conclusion de la Commission européenne fut, en l'espèce, la suivante :

> "[À] supposer que la Convention puisse être considérée comme ayant quelque influence à cet égard, la Commission estime que, dans un domaine aussi délicat, les États contractants doivent jouir d'un certain pouvoir discrétionnaire" [(39)].

L'appréciation du caractère légitime ou non des propositions à l'examen requiert également de partir du principe que c'est au législateur qu'il appartient de concilier des conceptions éthiques opposées. Le juge doit à cet égard respecter le pouvoir d'appréciation du législateur et ne peut se substituer à lui. Il va sans dire que c'est en tenant compte de ces considérations que le présent avis a été conçu.

Le Conseil d'État estime néanmoins qu'il appartient en premier lieu au législateur de considérer, au regard du principe de précaution, s'il dispose de suffisamment d'éléments pour apprécier d'une manière suffisante les conséquences de la gestation pour autrui à l'égard de l'enfant à naître et de toutes les autres personnes concernées, ce qui s'impose afin d'élaborer un régime équilibré qui tient compte de l'ensemble des droits et intérêts en cause.

28. Avant d'examiner les propositions de loi à la lumière des normes juridiques supérieures, il conviendra de s'attarder sur le statut de l'enfant à naître, tel qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne et de la Commission européenne des droits de l'homme ainsi que de la législation belge.

Il est renvoyé sur ce point à l'arrêt Vo, du 8 juillet 2004, de la Cour européenne des droits de l'homme, qui, après un examen de la jurisprudence antérieure de la Commission européenne des droits de l'homme et de la Cour elle-même, de la pratique des États et de textes internationaux comme la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, le Protocole

---

(38) Dans la suite de l'avis : "la Convention européenne des droits de l'homme".

(39) *Ibid.*, p. 182, § 1er.

additionnel prohibant le clonage humain ou le projet de Protocole relatif à la recherche biomédicale, conclut à "l'absence de statut juridique clair de l'enfant à naître" (40). La Cour se dit

> "convaincue qu'il n'est ni souhaitable ni même possible actuellement de répondre dans l'abstrait à la question de savoir si l'enfant à naître est une 'personne' au sens de l'article 2 de la Convention" (41).

Dans une affaire mettant en cause une décision juridictionnelle nationale limitant le recours à l'interruption volontaire de grossesse, la Commission européenne des droits de l'homme a certes qualifié la femme qui s'en plaignait de "victime" au regard de l'article 8 de la Convention, garantissant le droit au respect de la vie privée, mais elle a précisé

> "que l'on ne saurait dire que la grossesse relève uniquement de la vie privée [et que,] lorsqu'une femme est enceinte, sa vie privée devient étroitement associée au foetus qui se développe".

Elle a ajouté qu'il n'est pas

> "nécessaire d'examiner, à ce propos, si l'enfant à naître doit être considéré comme une 'vie' au sens de l'article 2 de la Convention, ou s'il doit être considéré comme une entité qui puisse, sur le plan de l'article 8, par. 2, justifier une ingérence pour la protection d'autrui".

Elle a considéré aussi que

> "toute réglementation de l'interruption des grossesses non désirées ne constitue pas une ingérence dans le droit au respect de la vie privée de la mère",

tout en soulignant que

> "rien ne prouve que les Parties à la Convention entendaient s'engager pour telle ou telle solution" (42).

---

(40) Cour eur. dr. h., Vo, précité, § 86.

(41) *Ibid.*, § 85. L'article 2 concerne le droit à la vie.

(42) Comm. eur. dr. h., Brüggemann et Scheuten , n° 6959/75, rapport, 12 juillet 1977, *DR.*, 10, p. 123, §§ 59, 60, 61 et 64 (passages cités dans l'arrêt Vo, du 8 juillet 2004, précité).

Il résulte de ce qui précède qu'aucune conclusion juridique ne peut être tirée de la jurisprudence de la Cour et de la Commission européenne des droits de l'homme quant au statut de l'enfant à naître. En conséquence, le Conseil d'État estime qu'il n'y a pas lieu d'examiner les propositions sous cet angle.

29. On peut relever d'ailleurs que le législateur a déjà tranché un certain nombre de questions en rapport avec cette problématique, ainsi qu'il résulte de la loi du 3 avril 1990 relative à l'interruption de grossesse, modifiant les articles 348, 350, 351 et 352 du Code pénal et abrogeant l'article 353 du même Code, de la loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons *in vitro* et de l'article 318, § 4, du Code civil, y inséré par la loi du 31 mars 1987.

Selon cette dernière disposition,

> "[l]a demande [de contestation de la paternité de l'enfant résultant de la présomption légale de paternité d'un homme marié avec la mère de l'enfant] n'est pas recevable si le mari a consenti à l'insémination artificielle ou à un autre acte ayant la procréation pour but, sauf si la conception de l'enfant ne peut en être la conséquence".

30. En conséquence, le droit n'impose pas une solution sur ce point. Il renvoie donc aux conclusions auxquelles aboutissent les appréciations éthiques.

Celles-ci doivent être menées en tenant compte des incidences des procédés autorisés sur les personnes concernées, spécialement l'enfant, la femme qui le porte, l'homme ou la femme qui partage sa vie et les commanditaires ou ceux qui ont fourni les gamètes ou l'embryon ayant permis de recourir à la procréation médicalement assistée.

C'est aux limites éventuelles au pouvoir d'appréciation du législateur, qui résulteraient d'un certain nombre de droits fondamentaux, qu'est consacré l'exposé qui suit.

Comme les données juridiques disponibles ne concernent pas directement la problématique de la gestation pour autrui, il sera fait état des textes pertinents et de la jurisprudence qui les interprète, principalement l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, tant au point de vue de la vie privée que du point de vue de la vie familiale, en ayant en vue la transposabilité éventuelle par analogie de ces textes et de cette jurisprudence à ladite problématique. S'agissant de la procréation médicalement assistée, il existe un instrument juridique plus spécifique, qui est la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine; il

en sera fait état plus bas [43] mais elle ne couvre pas, loin s'en faut, toutes les questions dans lesquelles les règles et les principes déduits de la jurisprudence générale relative à l'article 8 précité pourraient s'appliquer par analogie ou servir de cadre de réflexion aux problématiques juridiques pertinentes en l'espèce.

3°) Les règles supérieures de droit pertinentes - la Constitution et le droit international

31. Compte tenu de l'objet des propositions, les règles supérieures de droit pertinentes résultent principalement de la Constitution belge, de la Convention européenne des droits de l'homme [44] et de la Convention relative aux droits de l'enfant.

La Constitution belge et la Convention européenne des droits de l'homme doivent être lues de manière conjointe en ce qui concerne les droits et les libertés qu'elle consacrent. En effet, sous la réserve de l'application de l'article 53 de la Convention [45], la portée des dispositions de droit interne qui les concernent est appréciée selon les mêmes critères que ceux qui sont fixés par la Convention, telle qu'elle est interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme [46].

---

(43) Voir, plus bas, les n[os] 63, 152 et 153.

(44) Par souci de simplification, l'on ne se réfèrera pas aux dispositions correspondantes du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

(45) L'article 53 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose :

"Aucune des dispositions de la présente Convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute Partie contractante ou à toute autre Convention à laquelle cette Partie contractante est partie".

(46) Voir par exemple, la lecture globale faite par la Cour d'arbitrage, d'une part, des articles 19 et 25 de la Constitution et, d'autre part, de l'article 10 de la Convention, en se fondant plus particulièrement sur l'interprétation résultant de la jurisprudence de la Cour européenne (C.A., n° 45/96, 12 juillet 1996, B.7.5 et B.7.6; n° 102/99, 30 septembre 1999, B.24.2, B.24.4 et B.24.5; n° 10/2001, 7 février 2001, B.4.8.1; n° 136/2003, 22 octobre 2003, B.6; n° 157/2004, 6 octobre 2004, B.41 à B.45).

La Cour d'arbitrage s'est exprimée comme suit à ce sujet :

> "Lorsqu'une disposition conventionnelle liant la Belgique a une portée analogue à une ou plusieurs [...] dispositions constitutionnelles [...], les garanties consacrées par cette disposition conventionnelle constituent un ensemble indissociable avec les garanties inscrites dans les dispositions constitutionnelles en cause. Par ailleurs, la violation d'un droit fondamental constitue ipso facto une violation du principe d'égalité et de non-discrimination.
>
> Il s'ensuit que, lorsqu'est alléguée la violation d'une disposition du titre II ou des articles 170, 172 ou 191 de la Constitution, la Cour tient compte, dans son examen, des dispositions de droit international qui garantissent des droits ou libertés analogues" (47).

Par ailleurs, il ressort des travaux préparatoires de l'article 22 de la Constitution, relatif notamment au droit au respect de la vie privée et familiale (48), que le Constituant a entendu chercher

> "à mettre le plus possible la proposition [tendant à insérer cette disposition constitutionnelle] en concordance avec l'article 8 de la Convention européenne [...], afin d'éviter toute contestation sur le contenu respectif de l'article de la Constitution et de l'article 8 de la (Convention)" (49).

Les considérations qui précèdent, relatives au lien interprétatif qui unit la Constitution belge et le droit international, peuvent être transposées en principe aux dispositions de la Convention relative aux droits de l'enfant.

32. Compte tenu de l'objet des propositions, les développements qui suivent portent essentiellement sur le droit au respect de la vie privée et familiale et sur les principes d'égalité et de non-discrimination, tels qu'ils sont inscrits aux articles 8 et 14 de la Convention

---

(47) C.A., n° 158/2004, 20 octobre 2004, B.5.2; n° 162/2004, 20 octobre 2004, B.2.3 et B.2.4; n° 202/2004, 21 décembre 2004, B.2.2 et B.2.3; n° 16/2005, 19 janvier 2005, B.2.3 et B.2.4. Ces trois derniers arrêts portent sur la lecture conjointe des articles 22 de la Constitution et 8 de la Convention européenne, outre d'ailleurs l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

(48) L'article 22 de la Constitution dispose :

> « Chacun a droit au respect de sa vie privée et familiale, sauf dans les cas et conditions fixés par la loi.
>
> La loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent la protection de ce droit. »

(49) *Doc. parl.*, Chambre, 1993-1994, n° 997/5, p. 2; voir C.A., n° 16/2005, 19 janvier 2005, B.2.4; n° 50/2003, 1er mars 2005, B.8.

européenne des droits de l'homme, et sur les droits de l'enfant. On verra toutefois qu'incidemment d'autres dispositions de la Convention européenne peuvent trouver à s'appliquer.

Pour les motifs qui viennent d'être exposés, sous le n° 31, l'interprétation de ces règles internationales qui est exposée ci-après peut valoir pour les dispositions correspondantes de la Constitution belge, soit principalement les articles 10, 11 [(50)], 22 [(51)] et 22*bis* [(52)] de la Constitution.

Cet exposé ne tentera de cerner la portée de ces règles internationales qu'en tant qu'elles sont pertinentes, eu égard à l'objet des textes à l'examen.

4°) Le droit international privé, la Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale

33. Il a été précisé, dans l'introduction du présent avis, au n° 2, que le délai imparti au Conseil d'État ne lui permettait pas d'examiner les questions de droit international privé suscitées par les propositions à l'examen. À ces questions sont liées celles qui peuvent surgir quant à l'incidence de la Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, signée à La Haye le 29 mai 1993, sur l'admissibilité du recours à la gestation pour autrui dans le cadre d'une opération pouvant recevoir la qualification autonome d'adoption au sens de cette Convention [(53)]. Indépendamment même de cette qualification internationale, on verra plus loin que l'opération par laquelle des commanditaires confient à une femme, avec son accord, la gestation d'un enfant à leur profit peut s'apparenter à certains égards,

---

(50) Les articles 10 et 11 de la Constitution garantissent l'égalité et la non-discrimination.

(51) Voir le texte de cette disposition à la note 48.

(52) L'article 22*bis* de la Constitution dispose :

"Chaque enfant a droit au respect de son intégrité morale, physique, psychique et sexuelle.

La loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent la protection de ce droit."

(53) Voir spécialement l'article 2 de cette Convention.

malgré des différences, à une adoption, même au sens du droit interne [54]; deux des trois propositions autorisant conditionnellement la gestation pour autrui s'alignent d'ailleurs sur cette qualification, la proposition n° 1230 [55] plus clairement que la proposition n° 1271 [56].

Pour le même motif que celui exposé sous le n° 2, il n'a pas été possible au Conseil d'État d'examiner l'incidence de cette Convention.

On se limitera, pour illustrer la pertinence de la réserve qui vient d'être formulée, à rappeler le texte des articles 1er et 2 de cette Convention :

"*Article 1*. La présente Convention a pour objet :

a. d'établir des garanties pour que les adoptions internationales aient lieu dans l'intérêt supérieur de l'enfant et dans le respect des droits fondamentaux qui lui sont reconnus en droit international;

b. d'instaurer un système de coopération entre les États contractants pour assurer le respect de ces garanties et prévenir ainsi l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants;

c. d'assurer la reconnaissance dans les États contractants des adoptions réalisées selon la Convention.

Art. 2. 1. La Convention s'applique lorsqu'un enfant résidant habituellement dans un État contractant ('l'État d'origine') a été, est ou doit être déplacé vers un autre État contractant ('l'État d'accueil'), soit après son adoption dans l'État d'origine par des époux ou une personne résidant habituellement dans l'État d'accueil, soit en vue d'une telle adoption dans l'État d'accueil ou dans l'État d'origine.

2. La Convention ne vise que les adoptions établissant un lien de filiation."

---

[54] Voir notamment les nos 76 et 103.

[55] Voir l'article 8 de cette proposition.

[56] Voir, plus bas, les nos 119, 120, 127, 131 et 143.

B. Les droits fondamentaux principalement en cause

1°) Les principes d'égalité et de non-discrimination

34. Les règles supérieures de droit garantissant des droits fondamentaux doivent se lire en combinaison avec celles qui consacrent les principes d'égalité et de non-discrimination, qui constituent également des droits fondamentaux.

L'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose :

"La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation".

Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme,

- "dans la jouissance des droits et libertés reconnus par la Convention, l'article 14 interdit de traiter de manière différenciée, sauf justification objective et raisonnable, des personnes placées dans des situations comparables" (57);

- "une distinction se révèle discriminatoire si elle 'manque de justification objective et raisonnable', c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un 'but légitime' ou si fait défaut un 'rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé'" (58);

- "[l]e droit de jouir des droits garantis par la Convention sans être soumis à discrimination est également transgressé lorsque, sans justification objective et raisonnable, les États n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes" (59).

---

(57) Cour eur. dr. h., not. Sunday Times, 26 novembre 1991, § 58; Hoffmann, 23 mars 1993, § 31; Salgueiro da Silva Mouta, 21 décembre 1999, § 26.

(58) Cour eur. dr. h., Marckx, 13 juin 1979, § 33 (jurisprudence constante; voir, aussi, notamment, l'affaire 'linguistique belge', 23 juillet 1968, § 10; Schmidt, 18 juillet 1994, § 24; Van Raalte, 21 février 1997, § 39; Salgueiro da Silva Mouta, 21 décembre 1999, § 29; Petrovic, 27 mars 1998, § 30; Fretté, 26 février 2002, § 34; Karner, 24 juillet 2003, § 37).

(59) Cour eur. dr. h., Thlimmenos, 6 avril 2000, § 44; Fretté, 26 février 2002, § 39.

La Cour européenne des droits de l'homme développe comme suit les implications de l'article 14 de la Convention :

> "[B]ien que l'article 14 n'ait pas d'existence indépendante il peut jouer un important rôle autonome en complétant les autres clauses normatives de la Convention et des Protocoles : dans la jouissance des droits et libertés qu'elles reconnaissent, il protège contre toute discrimination les individus placés dans des situations analogues. Enfreint donc l'article 14, combiné avec l'article de la Convention ou des Protocoles consacrant tel droit ou liberté, une mesure conforme en elle-même aux exigences du second mais revêtant un caractère discriminatoire incompatible avec le premier. Tout se passe comme si l'article 14 faisait partie intégrante de chacune des dispositions garantissant des droits et libertés" (60).

Pour apprécier le rôle autonome du principe de non-discrimination inscrit à l'article 14 de la Convention par rapport aux droits et aux libertés reconnus par ce texte et ses protocoles, il faut tenir compte de l'évolution jurisprudentielle selon laquelle il suffit que les mesures se rattachent à l'exercice d'un droit garanti (61) ou "se situent dans le domaine de ce droit" (62), ou encore que les faits du litige "se situent sous l'emprise de l'une au moins des dispositions de la Convention" (63), ou que "la matière du litige n'échappe pas entièrement à l'empire du texte qui se combine avec l'article 14" (64), le lien opéré avec les droits substantiels étant, au gré de l'évolution jurisprudentielle, de plus en plus ténu (65).

En tout état de cause, compte tenu de ce lien, même limité, l'examen, ci-après, de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme intégrera les exigences résultant des principes d'égalité et de non-discrimination.

---

(60) Voir, notamment, Cour eur. dr. h., Marckx ,13 juin 1979, § 31.

(61) Cour eur. dr. h., Schmidt et Dahlström, 6 février 1976, § 39.

(62) Cour eur. dr. h., Abdulaziz e.a., 28 mai 1985, § 71.

(63) Cour eur. dr. h.,Van Raalte, 21 février 1997, § 33; Petrovic, 27 mars 1998, § 22; Fretté, 26 février 2002, § 27.

(64) Cour eur. dr. h., Van der Mussele, 23 novembre 1983, § 43; Inze, 28 octobre 1997, § 36; Petrovic, 27 mars 1998, § 22; Thlimmenos, 6 avril 2000, § 40; Fretté, 26 février 2002, § 31; Karner, 24 juillet 2003, § 32.

(65) Cour eur. dr. h., Gaygusuz, 16 septembre 1996, §§ 36 à 41; P. Lambert, "Vers une évolution de l'interprétation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme ?", *Rev. trim. dr. h.*, 1998, pp. 497 à 505, spéc. pp. 501 à 503; S.-J. Priso Essawe, "Les droits sociaux et l'égalité de traitement dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", *Rev. trim. dr. h.*, 1998, pp. 721 et s.

35. On sait que c'est en se fondant notamment sur la jurisprudence de la Convention européenne des droits de l'homme en la matière que la Cour d'arbitrage a interprété les articles 10 et 11 de la Constitution belge, qui garantissent également ces principes [(66)]. Selon la jurisprudence constante de la Cour d'arbitrage,

> - "Les règles constitutionnelles de l'égalité et de la non-discrimination n'excluent pas qu'une différence de traitement soit établie entre des catégories de personnes, pour autant qu'elle repose sur un critère objectif et qu'elle soit raisonnablement justifiée.
>
> 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 d'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" [(67)].
>
> - "Les mêmes règles s'opposent, par ailleurs, à ce que soient traitées de manière identique, sans qu'apparaisse une justification raisonnable, des catégories de personnes se trouvant dans des situations qui, au regard de la mesure considérée, sont essentiellement différentes.
>
> 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 d'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" [(68)].

Pour que soit mis en oeuvre le contrôle des principes constitutionnels d'égalité et de non-discrimination, il suffit que deux catégories se trouvant dans des situations comparables soient traitées différemment ou que deux catégories de personnes se trouvant dans des situations différentes soient traitées de manière comparable, sans qu'il soit nécessaire qu'un droit soit en cause; contrairement à ce que l'on vient de voir en ce qui concerne l'article 14 de la Convention

---

(66) X. Delgrange, "Quand la Cour d'arbitrage s'inspire de la Cour de Strasbourg", note sous C.A., 13 octobre 1989, *Rev. rég. dr.*, 1989, pp. 619 et s.; J. Velaers, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Anvers - Apeldoorn, 1990, n° 205, p. 176; L.-P. Suetens, "Gelijkheid en non-discriminatie in de rechtspraak van het Arbitragehof", *in Gelijkheid en non-discriminatie* (A. Alen et P. Lemmens, éds.), Anvers, 1991, pp. 100 et 101; M. Verdussen, "La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel", in J. Velu e.a., *La mise en oeuvre interne de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1994, pp. 17 à 62, spéc. p. 54; R. Ergec, "La Cour d'arbitrage et le juge international et européen", in F. Delpérée, A. Rasson-Roland et M. Verdussen (dir.), *Regards croisés sur la Cour d'arbitrage*, Bruxelles, 1995, pp. 205 à 227, spéc. n° 7, p. 209; J.-C. Scholsem, "La Cour d'arbitrage", *Rev. dr. U.L.B.*, 1999, pp. 205 à 237, spéc. p. 215.

(67) Par exemple, C.A., n° 85/2003, 11 juin 2003, B.4.

(68) Par exemple, C.A., n° 63/2003, 11 juin 2003, B.5; voir aussi C.A., n° 159/2004, 20 octobre 2004, B.4.3.

européenne des droits de l'homme, il n'est donc pas nécessaire, lorsque les articles 10 et 11 de la Constitution peuvent être invoqués, d'examiner si les différences portent sur la jouissance d'un droit fondamental.

36. Comme les dispositions constitutionnelles précitées, l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques garantit, lui aussi, le respect du principe d'égalité de manière autonome par rapport aux droits et aux libertés proclamés dans cet instrument :

> "Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. A cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation".

2°) Le droit à la dignité humaine et l'interdiction des traitements inhumains et dégradants

37. L'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose :

> "Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants."

Aux termes de l'article 23, alinéa 1er, de la Constitution,

> "Chacun a le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine."

Le procédé de la gestation pour autrui en tant que tel ne peut être regardé comme constituant un traitement inhumain ou dégradant, à l'égard ni de l'enfant à naître, ni de la mère porteuse et des parents commanditaires.

En effet, ce procédé vise non seulement à réaliser le projet parental des parents commanditaires concernés, mais il s'agit souvent également de l'expression d'un sentiment de solidarité de la mère porteuse qui offre temporairement ses services pour la réalisation de ce

projet parental [(69)]. C'est d'ailleurs en partant de la constatation qu'il existe des offres émanant de personnes animées en principe d'un tel sentiment de solidarité que les propositions autorisant la gestation pour autrui et celle qui autorise le don de gamètes ou d'embryons sont conçues. La valorisation de ce sentiment fait partie des éléments que le législateur peut promouvoir.

Le législateur peut, dans l'exercice de son pouvoir, estimer, en fonction des considérations qu'il juge pertinentes, que des procédés de gestation pour autrui et de procréation médicalement assistée peuvent être autorisés, mais à la condition qu'ils le soient dans des circonstances compatibles avec la dignité humaine. C'est à cette condition qu'il ne pourra pas non plus être estimé que les mesures envisagées enfreignent l'interdiction de traitement inhumain ou dégradant prévue notamment par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Toutefois, lorsque la gestation pour autrui revêt essentiellement un caractère commercial, résultant de ce que le transfert de l'enfant et des droits parentaux qui le concernent est le résultat d'une convention passée par la mère porteuse dans un but lucratif, il pourrait être question d'un traitement inhumain et dégradant à l'égard de l'enfant. En effet, en reconnaissant la validité de conventions de l'espèce, fût-ce tacitement, le législateur permettrait que, dès avant sa naissance, un enfant fasse l'objet d'une convention commerciale, dans un but lucratif, qui dont l'exécution - forcée ou non - se fera au moment où l'enfant est déjà né. Un tel traitement de la part de l'État peut être considéré comme contraire à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. À cet égard, on peut également faire référence à l'article 21, d), de la Convention relative aux droits de l'enfant qui dispose que les États doivent prendre

> "toutes les mesures pour veiller à ce que, en cas d'adoption à l'étranger, le placement de l'enfant ne se traduise pas par un profit matériel indu pour les personnes qui en sont responsables".

On peut également faire référence à l'article 21 de la Convention européenne sur les droits de l'homme et la biomédecine qui dispose que le corps humain et ses parties ne doivent pas être, en tant que tels, source de profit [(70)]. Même si cette Convention ne lie pas la

---

(69) Voir le n° 26, plus haut.

(70) Voir, plus bas, les nos 63 à 65.

Belgique [71], elle peut constituer un important élément d'interprétation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. La même observation, en ce qui concerne l'article 21 de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine en tout cas, vaut pour le don de gamètes ou d'embryons à caractère commercial.

3°) Le droit au respect de la vie familiale

38. L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose :

> "1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.
>
> 2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention desinfractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui".

39. La portée de cette disposition est examinée ci-après en tant qu'elle concerne le droit au respect de la vie familiale, eu égard aux questions qui sont susceptibles de se poser au sujet des propositions de loi à l'examen [72].

D'une manière générale, comme l'expose la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme,

> "en garantissant le droit au respect de la vie familiale, l'article 8 [de la Convention] présuppose l'existence d'une famille" [73].

---

(71) *Ibid.*

(72) En ce qui concerne le droit au respect de la vie privée, protégé également par l'article 8 de la Convention, voir plus bas, les n°s 52 à 62.

(73) Cour eur. dr. h., Marckx, 13 juin 1979, § 31; Johnston e.a., 18 décembre 1996, § 55; voir aussi l'arrêt Fretté, du 26 février 2002, § 32, et les références citées.

Comme l'a exposé notamment l'arrêt Fretté, du 26 février 2002, de la Cour européenne des droits de l'homme,

> "la Convention ne garantit pas, en tant que tel, un droit d'adopter (Di Lazzaro, décision de la Commission précitée [(74)]; X. c. Belgique et Pays-Bas, n° 6482/74, décision de la Commission du 10 juillet 1975, DR 7, p. 75). Par ailleurs, le droit au respect d'une vie familiale présuppose l'existence d'une famille et ne protège pas le simple désir de fonder une famille (arrêts Marckx [...], 13 juin 1979, [...], § 31, et Abdulaziz, Cabales et Balkandali [...], 28 mai 1985, [...], § 62)" [(75)].

Dans cet arrêt, la Cour considère également que

> "l'adoption est 'donner une famille à un enfant' et non donner un enfant à une famille"' [(76)].

40. Il n'y a pas lieu de distinguer entre la famille "légitime" et la famille "naturelle" [(77)], et

> "le concept de 'vie familiale' [...] ne se borne pas aux seules familles fondées sur le mariage mais peut englober d'autres relations de facto" [(78)].

La relation entre un enfant adultérin et son géniteur est également protégée.

---

(74) Il s'agit de la décision dans l'affaire Di Lazzaro de la Commission européenne des droits de l'homme du 10 juillet 1997, n° 31924/96, *D.R.*, 90-A, p. 134.

(75) Cour eur. dr. h., Fretté, 26 février 2002, § 32.

(76) *Ibid.*, § 42.

(77) Cour eur. dr. h., Marckx, 13 juin 1979, § 31; Johnston e.a., 18 décembre 1996, § 55.

(78) Cour eur. dr. h., Keegan, 26 mai 1994, § 44; Kroon e.a., 27 octobre 1994, § 30; X., Y. et Z. c. Royaume-Uni, 22 avril 1997, § 36; Nylund, 29 juin 1999; Mikulic, 7 février 2002, § 51; en ce sens aussi : Cour eur. dr. h., Marckx, 13 juin 1979, § 31.

Ainsi, dans son arrêt Johnston du 18 décembre 1986, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que

> "l'absence d'un régime juridique approprié reflétant les liens familiaux naturels de [l'enfant] constitue un manque de respect pour la vie familiale de l'intéressée" (79).

Ainsi encore, dans l'affaire Kroon e.a., une femme avait eu un enfant avec un autre homme que son mari et la législation nationale ne permettait pas que la paternité du père légal puisse être contestée et remplacée par la paternité du père génétique qui était également le "père social" puisque, bien que ne vivant pas avec la mère, il s'occupait régulièrement de l'enfant et avait eu avec la mère trois autres enfants après la naissance de l'enfant adultérin. Selon la Cour,

> "le 'respect' de la 'vie familiale' exige que la réalité biologique et sociale prévale sur une présomption légale heurtant de front tant les faits établis que les voeux des personnes concernées, sans réellement profiter à personne" (80).

Cet attachement à la réalité génétique et biologique implique toutefois, comme les mots "réalité biologique *et* sociale" et "sans réellement profiter à personne" (81) le confirment au demeurant dans l'arrêt qui vient d'être cité, que la relation entre un enfant et un adulte ne jouira de la protection accordée à la vie familiale que si elle s'extériorise, sinon par une cohabitation (82), au moins par une "relation [qui] a suffisamment de constance" (83).

Ainsi, dans son arrêt X., Y. et Z. c. Royaume-Uni, du 22 avril 1997, la Cour met l'accent sur la considération suivante :

> "Pour déterminer si une relation s'analyse en une 'vie familiale', il peut se révéler utile de tenir compte d'un certain nombre d'éléments, comme le fait de savoir si les membres du couple vivent ensemble et depuis combien de temps, et s'ils ont eu des

---

(79) § 75.

(80) Cour eur. dr. h., Kroon e.a., 27 octobre 1994, § 40.

(81) Les italiques ne figurent pas dans le texte.

(82) Cour eur. dr. h., Nylund, 29 juin 1999.

(83) Cour eur. dr. h., Keegan, 26 mai 1994, § 44; Kroon e.a., 27 octobre 1994, § 30; Mikulic, 7 février 2002, § 51.

enfants ensemble, de manière naturelle ou autre, preuve de leur engagement l'un envers l'autre" (84).

De même, dans sa décision Nylund, la Cour déclare irrecevable une requête introduite par un homme se déclarant le père génétique d'un enfant à la suite de relations sexuelles qu'il avait eues avec la mère de cet enfant, qui s'était mariée entre-temps avec un autre homme se prétendant lui aussi être le père génétique et bénéficiant en outre de la présomption légale de paternité, le requérant s'étant vu refuser à établir sa paternité. Alors même que le requérant et la mère avaient été fiancés et avaient vécu ensemble, la Cour se base sur l'absence de lien affectif entre le requérant et l'enfant pour conclure à l'absence de vie familiale (85).

41. L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme prescrit "des obligations positives [aux États] inhérentes à un 'respect' effectif de la vie familiale" (86).

En conséquence, l'État doit prendre, à l'égard des familles, telles qu'elles sont qualifiées en fonction de la jurisprudence de la Cour, les mesures aptes à permettre "aux intéressés de mener une vie familiale normale", ce qui implique en particulier une "protection juridique rendant possible dès la naissance, l'intégration de l'enfant dans sa famille" (87).

Toujours au sens de l'article 8 de la Convention,

"la 'vie familiale' [...] englobe pour le moins les rapports entre proches parents, lesquels peuvent y jouer un rôle considérable, par exemple entre grands-parents et petits-enfants. Le 'respect' de la vie familiale ainsi entendue implique, pour l'État, l'obligation d'agir de manière à permettre le développement normal de ces rapports" (88).

---

(84) § 36.

(85) Cour eur. dr. h., Nylund, 29 juin 1999. Voir aussi, plus bas, sous le n° 61 les considérations similaires qui conduisent la Cour à admettre qu'en l'espèce il existait des justifications à limiter le droit à la vie privée du requérant qui se déduisait de ce que la détermination du régime juridique d'un homme avec son enfant putatif concerne la vie privée.

(86) Voir, notamment, Cour eur. dr. h., Marckx, 13 juin 1979, § 31; Kroon, 27 octobre 1994, § 36; Johnston e.a., 18 décembre 1996, § 55.

(87) Cour eur. dr. h., Marckx, 13 juin 1979, § 31; Johnston e.a., 18 décembre 1996, § 72.

(88) Cour eur. dr. h., Marckx, 13 juin 1979, § 45.

42. Compte tenu de ce que les procédés de gestation pour autrui et de procréation médicalement assistée peuvent conduire à des relations entre l'enfant, d'une part, et les parents génétiques, la mère biologique (résultant de ce qu'elle a porté l'enfant) ou les parents légaux, d'autre part, la question se pose de savoir quelles sont les relations qui, dans ce contexte, tombent sous le champ d'application de l'article 8 de la Convention au titre de la vie familiale, étant entendu que, comme le paragraphe 2 de cette disposition le montre, le droit au respect de la vie familiale peut faire l'objet de restrictions à la condition qu'elles soient prévues par la loi, qu'elles poursuivent un but légitime et qu'elles respectent le principe de proportionnalité [(89)].

La jurisprudence ne nous présente aucun cas portant spécifiquement sur l'applicabilité de l'article 8 de la Convention à des situations telles que celles qui sont réglées par les propositions, sauf une décision de la Commission européenne des droits de l'homme sur les effets d'une procréation médicalement assistée [(90)] [(91)]. Toutefois, deux affaires sont actuellement pendantes devant la Cour européenne des droits de l'homme, qui pourraient conduire à des clarifications sur la portée de la Convention dans des situations telles que celles visées par les propositions à l'examen. Dans l'affaire Evans, il s'agit de l'impossibilité pour une femme vivant seule de se faire implanter des embryons faits de ses ovules et du sperme d'un homme qui avait été son fiancé, mais avec qui le lien avait entretemps été rompu [(92)]. Dans l'affaire Haller, il s'agit

---

(89) En vertu de l'article 22, *in fine*, de la Constitution, la notion de "loi" susceptible d'intervenir doit être comprise comme ne pouvant viser un simple arrêté réglementaire mais comme visant nécessairement un acte du pouvoir législatif fédéral (voir notamment les arrêts suivants de la Cour d'arbitrage : n° 50/2003, 30 avril 2003, B.8.10; n° 51/2003, 30 avril 2003, B.4.12; n° 162/2004, 20 octobre 2004, B.5.2; n° 16/2005, 19 janvier 2005, B.5.2), même si le législateur peut déléguer certaines compétences au Roi. Cette question ne demande pas plus de développements dans le cadre du présent avis, aucune difficulté particulière ne paraissant se présenter, sous la réserve de l'exposé fait plus haut, sous les n[os] 19 à 22, quant aux aspects de certaines propositions relevant de la compétence en principe communautaire.

(90) Voir le n° 45, plus bas.

(91) Voir en général, au sujet de la filiation en cas de procréation médicalement assistée et en cas de gestation pour autrui, D. Van Grunderbeeck, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, Anvers, 2003, n[os] 651 à 666, pp. 474 à 486.

(92) Affaire Evans c. Royaume-Uni, n° 6339/05. La requérante invoque une violation de ses propres droits sur base des articles 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) et 14 (interdiction de la discrimination) de la Convention; elle invoque également une violation des droits des embryons découlant de l'article 2 (droit à la vie). L'affaire a été plaidée sur la recevabilité et le fond le 27 septembre 2005 (voir communiqué n° 494 du Greffier de la Cour de la même date); au moment où le présent avis est donné, il n'y a pas encore de décision ou d'arrêt de la Cour.

de l'interdiction pour un couple d'avoir recours à certaines techniques de procréation médicalement assistée [93].

Dans la discussion qui suit, portant sur des exemples tirés de la jurisprudence, il s'agit donc nécessairement de cas ne présentant qu'une analogie plus ou moins directe avec les cas qui constituent l'objet spécifique des propositions à l'examen. Les solutions jurisprudentielles ne sauraient dès lors être transposées qu'avec prudence.

43. Il convient d'observer en premier lieu que même des liens fort ténus peuvent convaincre de l'existence d'une "vie familiale".

Ainsi, dans son arrêt Keegan, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que, puisqu'il y avait eu une vie familiale entre la mère et le père de l'enfant,

> "[ce dernier] issu d'une telle relation s'insère de plein droit dans cette cellule 'familiale' dès sa naissance et par le fait même de celle-ci. Il existe donc entre l'enfant et ses parents un lien constitutif d'une vie familiale même si à l'époque de sa naissance, les parents ne vivaient plus ensemble ou si leurs relations avaient alors pris fin" [94].

La simple intention d'établir une famille dans le futur peut être suffisante pour faire entrer la situation dans la notion de vie familiale.

L'arrêt Pini et csts du 22 juin 2004 de la Cour européenne des droits de l'homme contient à cet égard les considérations suivantes :

> "Certes, en garantissant le droit au respect de la vie familiale, l'article 8 présuppose l'existence d'une famille (Marckx c. Belgique, arrêt du 13 juin 1979, [...] § 31; Johnson c. Royaume Uni, arrêt du 24 octobre 1997, [...] § 62), condition qui ne semble pas remplie en l'espèce, en l'absence de cohabitation ou de liens *de facto* suffisamment étroits entre les requérants et leurs filles adoptives respectives, avant ou après les décisions d'adoption. Il n'en résulte pas pour autant, de l'avis de la Cour, que toute vie familiale projetée sorte entièrement du cadre de l'article 8. En ce sens, la Cour a déjà considéré que cette disposition pouvait aussi s'étendre à la relation potentielle qui aurait pu se développer, par exemple, entre un père naturel et un enfant né hors mariage (Nylund c. Finlande (déc.), n° 27110/95, CEDH 1999-VI), ou à la relation née d'un

---

(93) Affaire Haller c. Autriche, n° 57813/00. L'affaire a été communiquée au gouvernement, pour observations (note d'information du greffe de la Cour européenne des droits de l'homme, n° 79, octobre 2005).

(94) Cour eur. dr. h., Keegan, 19 avril 1994, § 44.

mariage non fictif, même si une vie familiale ne se trouvait pas encore pleinement établie (Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume Uni, arrêt du 28 mai 1985, [...] § 62)" (95).

Dans cette affaire, la Cour a admis l'existence d'une vie familiale entre des parents adoptifs et les enfants adoptés qu'ils n'avaient cependant vus que sur des photographies et auxquels ils avaient fait parvenir des lettres.

Dans sa décision Nylund du 29 juin 1999, la Cour a estimé que :

"l'article 8 ne saurait être interprété comme protégeant uniquement une 'vie familiale' déjà établie, mais qu'il doit s'étendre, quand les circonstances le commandent, à la relation qui pourrait se développer entre un enfant né hors mariage et son père naturel. À cet égard, les facteurs à prendre en compte comprennent la nature de la relation entre les parents naturels, ainsi que l'intérêt et l'attachement manifesté par le père naturel pour l'enfant avant et après la naissance" (96).

On rappelle toutefois, comme exposé au n° 40 que, dans cette affaire Nylund, compte tenu des circonstances, l'absence de lien affectif entre l'enfant et le père se prétendant tel a conduit la Cour à décider que le requérant ne pouvait se prétendre atteint dans sa "vie familiale", et que la Cour a déclaré en conséquence la requête irrecevable.

44. La décision X. c. Royaume-Uni du 11 juillet 1977 de la Commission européenne des droits de l'homme concerne une situation qui présente de fortes analogies avec celles qui se présentent en cas de gestation pour autrui. On en retiendra spécialement la considération suivante :

"En l'espèce, il est vrai, la requérante a confié son enfant, dès sa naissance, en vue de son adoption par des tiers. Elle ne l'a pas revu depuis. De par son fait, il n'y a pas eu entre elle et son fils, dans les premiers mois, une vie de famille. Toutefois, alors qu'elle avait manifesté le désir de reprendre son enfant, ou de s'en réserver la possibilité, la requérante s'est trouvée privée pour l'avenir, par décision judiciaire, de toute possibilité d'établir avec lui des relations familiales" (97).

---

(95) Cour eur. dr. h., Pini et csts, 22 juin 2004, § 143. En l'espèce, l'enfant était né alors que la mère avait épousé un autre homme que le père biologique prétendu.

(96) Cour eur. dr. h., Nylund, 29 juin 1999.

(97) Cour eur. dr.h., X c. Royaume-Uni, n° 7626/76, déc. 11 juillet 1977, *D.R.*, 19, (160), p. 162, § 2.

Dans cette affaire, qui concernait une mère s'étant séparée volontairement de son enfant à la naissance en vue d'une adoption et qui, s'étant ravisée, ne pouvait plus ultérieurement s'y opposer, la Commission a déclaré la requête manifestement mal fondée, principalement sur la base des deux considérations suivantes : une nouvelle vie familiale avait été créée autour de l'enfant dans un autre environnement et des psychiatres avaient conclu au danger de répercussions négatives sur le développement de la personnalité de l'enfant. Les "intérêts primordiaux de l'enfant" justifiaient au regard de l'article 8, paragraphe 2, de la Convention en l'espèce que la mère ne puisse intervenir dans la procédure d'adoption et ne puisse plus entretenir de relations avec son enfant.

45. S'agissant des techniques de procréation médicalement assistée, une seule décision semble avoir été rendue, par la Commission. Le requérant avait donné son sperme à un couple de lesbiennes et avait eu des contacts hebdomadaires avec l'enfant pendant huit mois avant que le couple de lesbiennes ne mette fin à ces contacts. Selon la Commission,

> "les contacts du requérant avec l'enfant, considérés en eux-même et en liaison avec le fait qu'il a donné son sperme, ne constituent pas une base suffisante pour conclure qu'ils ont mené à des rapports personnels tellement étroits qu'ils relèveraient de la notion de 'vie familiale' visée à l'article 8 de la Convention" [(98)].

46. Lorsqu'une situation familiale vient à être modifiée en manière telle que l'enfant né ne puisse plus vivre en permanence avec ses deux parents, plus particulièrement par l'effet de la séparation de ces derniers, la Cour européenne des droits de l'homme se montre attentive au maintien des relations entre l'enfant concerné et chacun des parents séparés, par exemple lorsque le père séparé a fondé un autre ménage, homosexuel [(99)].

Dans une affaire concernant la situation d'une personne vivant avec une femme ayant eu un enfant par insémination artificielle par donneur, cette personne n'ayant donc ni lien biologique ni lien génétique avec l'enfant mais ayant soutenu la mère pendant la période de l'insémination et s'étant comportée comme le père depuis la naissance de l'enfant, la Cour

---

(98) Comm. eur. dr. h., M. c. Pays-Bas, n° 16944/90, 8 février 1993, *D.R.*, 74, (120), p. 128.

(99) Comm. eur. dr. h., Irlen, n° 12246/86, 13 juillet 1987, *D.R.*, 53, p. 225; Cour eur. dr. h., Hoffmann, 23 juin 1993, § 29; Salgueiro da Silva Mouta, 21 décembre 1999, § 22.

constate "que des liens familiaux de facto unissent les trois requérants", en ce compris l'enfant et le "père", et que "l'article 8 [de la Convention] trouve à s'appliquer" (100).

C'est dans le même sens que s'est prononcée la Cour d'arbitrage dans son arrêt n° 134/2003 du 8 octobre 2003, qui concernait également le maintien refusé par la loi des liens entre une belle-mère et l'enfant de la personne avec laquelle elle partageait la vie; l'hypothèse était celle

> "où un enfant n'a qu'un seul parent à l'égard duquel la filiation est établie mais a vécu de manière durable au sein du ménage formé par ce parent et par un tiers qui assument tous deux la charge de l'entretien de l'enfant" (101).

La Cour a considéré, sur la base de la notion juridique de l'intérêt de l'enfant, qu'il n'était pas admissible qu'un tel enfant ne

> "puisse voir consacrer juridiquement son droit à la protection et au bien-être, alors même que les personnes qui l'éduquent s'engageraient à les lui fournir durablement" (102),

et qu'

> "[i]l s'ensuit que cette catégorie d'enfants fait l'objet d'un traitement différent sans justification admissible. Mais c'est au législateur qu'il appartient de préciser sous quelle forme, à quelles conditions et selon quelle procédure l'autorité parentale pourrait, dans l'intérêt de l'enfant, être étendue à d'autres personnes qui n'ont pas un lien de filiation avec lui" (103).

Cet arrêt rappelle notamment que,

> "depuis la loi du 31 mars 1987, l'autorité parentale n'est plus attachée à la situation matrimoniale des parents".

---

(100) Cour eur. dr. h., X., Y. et Z. c. Royaume-Uni, 22 avril 1997, § 44.

(101) C.A., n° 134/2003, 8 octobre 2003, B.1.

(102) *Ibid.*, B.6.

(103) *Ibid.*, B.7.

La motivation de l'arrêt n'est pas affectée par le fait qu'il concerne une affaire dans laquelle la personne qui partageait la vie de la mère était une femme ayant entretenu des relations homosexuelles avec elle.

Ceci étant, le droit au respect de la vie familiale dans des situations telles que celles qui viennent d'être abordées, n'est pas absolu. Ainsi, dans l'arrêt X., Y. et Z. c. Royaume-Uni, présenté ci-avant, de la Cour européenne des droits de l'homme, compte tenu des circonstances de l'espèce, le "père" en question étant un transsexuel, la Cour a considéré que

> "les questions soulevées en l'espèce touchent à des domaines où il n'y a guère de communauté de vues entre les États membres du Conseil de l'Europe et où, de manière générale, le droit paraît traverser une phase de transition, il y a lieu d'accorder à l'État défendeur une large marge d'appréciation (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt Rees [, 27 septembre 1990] [...], par. 37, et l'arrêt Cossey [, 27 septembre 1990] [...], par. 40)" [(104)].

Dans la même affaire, elle a déclaré ce qui suit :

> "[É]tant donné que le transsexualisme soulève des questions complexes de nature scientifique, juridique, morale et sociale, ne faisant pas l'objet d'une approche généralement suivie dans les États contractants, la Cour estime que l'article 8 [de la Convention] ne saurait passer pour impliquer que l'État défendeur est dans l'obligation de reconnaître officiellement comme le père de l'enfant une personne qui n'en est pas le père biologique. Dans ces conditions, le fait que le droit britannique ne permette pas une reconnaissance juridique spéciale de la relation unissant X et Z [, soit l'enfant et son beau-père,] ne constitue pas un manque de respect de la vie familiale au sens de cette disposition" [(105)].

47. La Cour européenne des droits de l'homme est attentive à la stabilité des décisions prises quant au statut d'un enfant par rapport aux personnes qui se sont vues confier une responsabilité à son égard.

---

(104) Cour eur. dr. h., X., Y. et Z. c. Royaume-Uni, 22 avril 1997, § 44.

(105) *Ibid.*, § 52.

Ainsi, nonobstant ce qui a été exposé plus haut au sujet de la qualification attachée par la Cour au lien génétique entre un enfant et ses géniteurs, au moins lorsqu'ils ont été prolongés par une relation affective ou sociale suffisamment durable (106), la Cour veille-t-elle, lorsque les intérêts de ces géniteurs sont susceptibles d'entrer en conflit avec ceux qui se déduisent d'une situation familiale présentant certains caractères de stabilité, à ne pas troubler celle-ci. Il est renvoyé sur ce point au n° 61, spécialement à la décision Nylund de la Cour européenne des droits de l'homme qui y est présentée (107).

Dans son arrêt Keegan du 19 avril 1994, par lequel l'État mis en cause a été condamné pour violation du droit à la vie familiale en raison de l'impossibilité qui avait été faite à un père d'entretenir des relations avec son enfant, la Cour montre bien l'enjeu qui résulte de ce que d'autres relations de type familial peuvent se créer, qu'il pourrait être adéquat de préserver également :

> "La Cour note que le droit irlandais offrait au requérant la possibilité de réclamer la tutelle et la garde de sa fille et que, en appréciant le bien-être de celle-ci, la High Court a pesé équitablement les intérêts du père. Le problème essentiel en l'espèce ne réside toutefois pas dans cette appréciation, mais plutôt dans le fait que la législation irlandaise autorisait à placer l'enfant en vue de son adoption peu après sa naissance à l'insu et sans le consentement de son père. La Cour l'a relevé dans un contexte analogue : un enfant confié à d'autres personnes que ses parents peut nouer avec elles, au fil du temps, de nouveaux liens qu'il pourrait ne pas être dans son intérêt de perturber ou de rompre en revenant sur une décision antérieure relative à la garde (voir, entre autres, l'arrêt W. c. Royaume-Uni du 8 juillet 1987, [...], par. 62). Cet état de choses a non seulement nui au bon développement des liens de M. Keegan avec sa fille, mais a mis en branle un processus risquant de devenir irréversible, désavantageant ainsi sensiblement le requérant dans sa lutte avec les candidats à l'adoption pour la garde de l'enfant" (108).

Il faut aussi retenir de cet arrêt que les décisions relatives au sort d'un enfant, portant notamment sur le fait de le faire adopter, intéressent également la personne qui partage la vie de la mère de cet enfant, et pas exclusivement celle-ci.

---

(106) Voir plus haut, n^os^ 40, 43 et 44.

(107) Voir aussi la décision du 11 juillet 1977 de la Commission européenne des droits de l'homme, X c. Royaume-Uni, mentionnée au n° 44.

(108) Cour eur. dr. h., Keegan, 19 avril 1994, § 55.

48. En conclusion, la notion de vie familiale est appréhendée très largement par la jurisprudence européenne, incluant les relations qui naissent de situations de fait, voire celles qui résultent d'un simple lien biologique ou génétique.

Elle peut même s'appliquer à des projets d'adoption à l'égard d'un enfant déjà né.

Pour la mère séparée volontairement de son enfant à la naissance, le droit à la vie familiale s'applique aussi, même si les causes de restrictions prévues à l'article 8, paragraphe 2, paraissent pouvoir être retenues de manière assez large.

Toutefois, il y a un point commun entre les arrêts examinés, qui doit être souligné : ils concernent des situations dans lesquelles l'enfant était déjà né et à l'égard duquel les personnes concernées avaient eu un comportement, en raison de leur mariage, de leur vie commune, de leur projet d'adoption, voire d'une relation non durable devant conduire normalement, que chacun l'ait voulu ou non, à l'établissement d'une relation de type familial avec l'enfant.

La situation se présente de manière différente lorsque la relation est purement potentielle.

Ainsi, lorsque le lien n'est que de nature génétique, comme dans le cas d'un don de sperme, il ne fait pas naître une vie familiale [(109)]; il en va de même lorsque le parent et l'enfant ne se sont jamais vus et n'ont établi aucun lien affectif [(110)].

Ceci étant, il faut rappeler que, même lorsqu'une situation tombe sous l'empire du droit au respect de la vie familiale, ce droit n'est pas absolu et qu'il peut être limité dans les conditions de l'article 8, paragraphe 2, de la Convention européenne des droits de l'homme.

---

(109) Comm. eur. dr. h., M. c. Pays-Bas, 8 février 1993, cité plus haut, au n° 45.

(110) Cour eur. dr. h., Nylund, 29 juin 1999. Voir toutefois l'arrêt Keegan du 27 octobre 1994 de la Cour européenne des droits de l'homme.

4°) L'obligation de prendre en considération l'intérêt de l'enfant - Le droit de l'enfant de connaître ses parents et d'être élevé par eux

49. Il résulte aussi de l'examen qui précède que la notion de vie familiale ne peut être détachée de la place toute particulière que joue l'intérêt de l'enfant dans l'admissibilité de restrictions au droit au respect de la vie familiale.

Cette notion, si elle résulte de la jurisprudence européenne, n'est pas consacrée comme telle dans le texte de la Convention européenne des droits de l'homme.

Elle est en revanche clairement consacrée dans la Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée à New York le 20 novembre 1989.

50. La Convention précitée comporte les dispositions suivantes qui présentent quelque pertinence pour apprécier le cadre dans lequel l'environnement d'ordre familial d'un enfant peut être configuré sur le plan juridique.

La disposition fondamentale et générale quant à la portée des droits de l'enfant est l'article 3, paragraphe 1er, de la Convention, aux termes duquel,

> "[d]ans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale".

Le paragraphe 2 de la même disposition énonce :

> "Les États parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, compte tenu des droits et des devoirs de ses parents, de ses tuteurs ou des autres personnes légalement responsables de lui, et ils prennent à cette fin toutes les mesures législatives et administratives appropriées".

51. D'une manière générale, la Convention appréhende l'intérêt de l'enfant dans le cadre de son milieu familial, conçu autour de la cellule constituée par ses parents. En témoignent notamment les dispositions suivantes de la Convention précitée, pertinentes pour l'examen des propositions :

Art. 7, § 1er : "L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux".

Art. 8, § 1er : "Les États parties s'engagent à respecter le droit de l'enfant de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales, tels qu'il sont reconnus par loi, sans ingérence illégale".

Art. 9, §§ 1er, 2 et 3 : "1. Les États parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Une décision en ce sens peut être nécessaire dans certains cas particuliers, par exemple lorsque les parents maltraitent ou négligent l'enfant, ou lorsqu'ils vivent séparément et qu'une décision doit être prise au sujet du lieu de résidence de l'enfant.

2. Dans tous les cas prévus au paragraphe 1er du présent article, toutes les parties intéressées doivent avoir la possibilité de participer aux délibérations et de faire connaître leurs vues.

3. Les États parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant".

Art. 18, § 1er : "Les États parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement. La responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents ou, le cas échéant, à ses représentants légaux. Ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant".

Art. 27, § 2 : "C'est aux parents ou autres personnes ayant la charge de l'enfant qu'incombe au premier chef la responsabilité d'assurer, dans les limites de leurs possibilités et de leurs moyens financiers, les conditions de vie nécessaires au développement de l'enfant" (111).

(111) Le paragraphe 1er de cette disposition porte sur le développement physique, mental, spirituel, moral et social de l'enfant.

D'autres dispositions que celles citées appliquent également ce principe, comme par exemple l'article 10 sur l'éloignement des enfants par rapport à leurs parents et le regroupement familial, l'article 14 sur le rôle des parents ou des représentants légaux en matière de liberté de pensée, de conscience et de religion, et l'article 24 sur le rôle des parents en ce qui concerne la santé des enfants.

Les dispositions citées ci-avant font de la prise en charge de l'enfant par ses parents le principe de base à prendre en considération, mais sans avoir un caractère absolu puisque la Convention prend en compte par ailleurs les situations dans lesquelles l'enfant est séparé de ses parents. Il importe de souligner toutefois que, selon la Convention, ces situations doivent rester exceptionnelles et que c'est à nouveau le critère de l'intérêt de l'enfant qui doit guider l'attitude à adopter [(112)].

Lorsque les parents sont séparés ou que l'enfant est séparé de ses parents, le droit est proclamé

> "d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant" [(113)].

52. La Convention n'écarte pas le recours à l'adoption mais, dans ce cas de figure, c'est à nouveau l'intérêt de l'enfant qui apparaît comme central, comme le montrent ses articles 20 et 21, ainsi rédigés :

> *Art. 20 :* "1. Tout enfant qui est temporairement ou définitivement privé de son milieu familial, ou qui dans son propre intérêt ne peut être laissé dans ce milieu, a droit à une protection et une aide spéciale de l'État.
>
> 2. Les États parties prévoient pour cet enfant une protection de remplacement conforme à leur législation nationale.
>
> 3. Cette protection de remplacement peut notamment avoir la forme du placement dans une famille, de la kafalah de droit islamique, de l'adoption ou, en cas de nécessité, du placement dans un établissement pour enfants approprié. Dans le choix entre ces solutions, il est dûment tenu compte de la nécessité d'une certaine continuité dans l'éducation de l'enfant, ainsi que de son origine ethnique, religieuse, culturelle et linguistique."

---

(112) Article 9, § 1er, de la Convention.

(113) Article 9, § 3, de la Convention.

Art. 21 : "Les États parties qui admettent et/ou autorisent l'adoption s'assurent que l'intérêt supérieur de l'enfant est la considération primordiale en la matière, et :

a) veillent à ce que l'adoption d'un enfant ne soit autorisée que par les autorités compétentes, qui vérifient conformément à la loi et aux procédures applicables et sur la base de tous les renseignements fiables relatifs au cas considéré, que l'adoption peut avoir lieu eu égard à la situation de l'enfant par rapport à ses père et mère, parents et représentants légaux et que, le cas échéant, les personnes intéressées ont donné leur consentement à l'adoption en connaissance de cause, après s'être entourées des avis nécessaires;

b) reconnaissent que l'adoption à l'étranger peut être envisagée comme un autre moyen d'assurer les soins nécessaires à l'enfant, si celui-ci ne peut, dans son pays d'origine, être placé dans une famille nourricière ou adoptive ou être convenablement élevé;

c) veillent, en cas d'adoption à l'étranger, à ce que l'enfant ait le bénéfice de garanties et de normes équivalent à celles existant en cas d'adoption nationale;

d) prennent toutes les mesures appropriées pour veiller à ce que, en cas d'adoption à l'étranger, le placement de l'enfant ne se traduise pas par un profit matériel indu pour les personnes qui en sont responsables;

e) poursuivent les objectifs du présent article en concluant des arrangements ou des accords bilatéraux ou multilatéraux, selon les cas, et s'efforcent dans ce cadre de veiller à ce que les placements d'enfants à l'étranger soient effectués par des autorités ou des organes compétents".

53. Si, comme il a été vu plus haut, le droit au respect de la vie familiale, qui présuppose l'existence d'une famille et ne protège pas le simple désir d'en fonder une, peut inclure certaines situations dans lesquelles il n'y a pas de lien génétique entre un enfant et une personne mais bien un lien de nature sociale [(114)], il n'empêche, que, toujours en vertu de ce droit, la protection de la vie familiale a pour principale portée, en ce qui concerne les enfants, de consacrer les droits de ces derniers de voir leur filiation établie dès la naissance, de mener une vie familiale normale et d'être élevés par leurs parents d'origine [(115)]. Sauf circonstances particulières liées à l'intérêt de l'enfant, telles qu'elles sont traduites en droit belge, dans les conditions limitatives de leur mise en oeuvre, par exemple par les institutions de l'adoption ou de la tutelle officieuse, ce droit

---

[(114)] Voir, plus haut les n[os] 39, 40, 43, 46 et 47.

[(115)] Cour eur. dr. h., Marckx et Johnston, précités (voir le n° 41); articles 7 et 9 de la Convention relative aux droits de l'enfant (voir le n° 51, ci-avant).

pourrait faire obstacle à la reconnaissance d'un lien familial entre un enfant et d'autres personnes que ses parents.

54. Ceci étant, comme pour l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, il convient d'être prudent dans la lecture des dispositions précitées de la Convention relative aux droits de l'enfant au regard des situations visées par les propositions à l'examen. Ceci vaut spécialement pour son article 7, qui garantit le droit pour un enfant de connaître ses parents et d'être élevé par eux.

Cette dernière disposition pourrait être interprétée comme interdisant les procédés par lesquels des enfants peuvent être conçus et naître dans des conditions qui ne leur permettent pas de connaître leurs deux parents et d'être élevés par eux, sous la réserve des protections de remplacement envisagées par les articles 20 et 21 de la Convention.

Telle n'est toutefois pas la lecture que fait le Conseil d'État de ces dispositions, au regard de la gestation pour autrui.

Les articles 7 et 20 de la Convention garantissent à chaque enfant, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux [(116)] ou, si nécessaire, le droit à une protection de remplacement [(117)]. Toutefois, ces dispositions n'excluent pas que des enfants soient conçus dans des circonstances où les deux parents sont inconnus, par exemple en cas de fertilisation *in vitro* ou d'accouchement dans l'anonymat. Dans le même sens, ces dispositions n'excluent pas non plus que des enfants soient conçus et naissent dans le cadre d'une gestation pour autrui. En revanche, les dispositions précitées garantissent que tous les enfants, quelle que soit la manière dont ils ont été conçus ou dont ils naissent, bénéficient de certains droits.

On aura observé d'ailleurs que c'est "dans la mesure du possible" que le texte garantit ce droit. Si cette formule ne peut évidemment être interprétée comme permettant aux États de se délier des obligations prévues par cette disposition, elle leur permet de tenir compte de situations dans lesquelles il est impossible d'y satisfaire; ces situations doivent être objectivement et raisonnablement identifiées, compte tenu notamment de l'intérêt de l'enfant.

---

(116) Article 7, paragraphe 1.

(117) Article 20, paragraphe 1.

Sans doute les États signataires de la Convention ont-ils pris en compte, en inscrivant à l'article 7 le droit qu'a chaque enfant de connaître ses parents et, dans la mesure du possible, le droit d'être élevé par eux, la situation qui prévalait lors de l'adoption de la Convention, à savoir que les "parents" sont également toujours tous deux les parents génétiques. La Convention n'a pas pris en compte la situation où il serait convenu que, dès la naissance, l'enfant serait confié à d'autres parents qui ne seraient pas les parents résultant de la relation biologique entre la mère et l'enfant qu'elle porte, ainsi que de celle qui existe entre la mère et la personne qui partage sa vie; l'environnement créé par les autres parents qui sont les seuls à avoir conçu un véritable projet parental pourrait être qualifié comme étant de nature familiale et comme constituant même la famille d'origine de l'enfant. Dans cette hypothèse, il n'apparaît pas du tout clairement si, au sens de l'article 7 de la Convention, les "parents" sont les "parents biologiques", c'est-à-dire la mère porteuse et éventuellement la personne qui partage sa vie, ou les parents commanditaires.

55. En tout état de cause, le critère central qui doit être pris en compte par le législateur lorsqu'il organise certains aspects de la vie familiale qu'il lui appartient de respecter et de protéger est celui de l'intérêt supérieur de l'enfant. L'adjectif "supérieur", qui se lit dans plusieurs dispositions de la Convention relative aux droits de l'enfant, confirme qu'en cas de conflit avec d'autres intérêts en cause, c'est celui de l'enfant qui doit primer.

Cette considération s'applique au regard des autres droits fondamentaux en présence, comme par exemple le droit au respect de la vie privée. Il échet d'examiner de plus près les implications de ce dernier droit.

5°) Le droit au respect de la vie privée

56. L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, dont le texte figure ci-avant, sous le n° 38, protège également le droit au respect de la vie privée. Cette disposition impose également des obligations positives à l'État [(118)].

[(118)] Voir, notamment, Cour eur. dr. h., Nylund, 29 juin 1999.

La vie privée couvre non seulement la sphère intime des relations personnelles mais aussi "le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables" (119) et inclut le droit à l'identité (120), ainsi que le droit au développement personnel (121).

Le souhait d'avoir des enfants et de réaliser ce voeu par le recours, le cas échéant, à des techniques comme celle de la procréation médicalement assistée ou de la gestation pour autrui peuvent être considérées comme tombant sous le champ d'application de l'article 8 au titre du droit à la vie privée, ce droit pouvant - il convient de le rappeler - être limité sur la base du paragraphe 2 de cette disposition.

57. On a vu plus haut (122) que la notion de vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention impliquait qu'un lien familial avait été établi en fait entre un enfant et une personne.

En l'absence d'une vie familiale, lorsque le seul lien éventuel est celui qui résulte de la génétique, l'article 8 peut trouver toutefois à s'appliquer, mais au titre du droit au respect de la vie privée.

Dans l'affaire Mikulic, dans laquelle une personne se plaignait d'avoir eu des difficultés à faire établir judiciairement, sur la base notamment de tests génétiques, qu'elle était la fille d'un homme ayant eu des relations sexuelles avec la mère de cette fille, et affirmait en conséquence

> "que son droit au respect de sa vie privée et familiale a[vait] été violé du fait que les tribunaux internes [s'étaient] montrés incapables de statuer sur son action en recherche de paternité et l'[avaient] donc laissée dans l'incertitude quant à son identité personnelle" (123),

la Cour commence par constater que, même si, comme on l'a exposé plus haut, des liens familiaux *de facto* pouvaient tomber sous le champ d'application du droit à la vie familiale, tel

---

(119) Cour eur. dr. h., Niemietz, 16 décembre 1992, § 29.

(120) Cour eur. dr. h., Burghartz, 22 février 1994, § 24.

(121) Cour eur. dr. h., Bensaïd, 6 février 2001, § 47.

(122) Aux n^{os} 39 à 48.

(123) Cour eur. dr. h., Mikulic, 7 février 2002, § 47.

n'était pas le cas en l'espèce, "dans la mesure où aucun lien familial n'a été établi entre la requérante et son père prétendu" [(124)].

Elle ajoute toutefois les importantes considérations qui suivent :

"52. [...] La Cour rappelle toutefois que l'article 8, pour sa part, protège non seulement la vie 'familiale' mais aussi la vie 'privée'.

53. La Cour estime que la vie privée inclut l'intégrité physique et psychologique d'une personne et englobe quelquefois des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu. Le respect de la 'vie privée' doit aussi comprendre, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer des relations avec ses semblables (voir, mutatis mutandis, Niemietz c. Allemagne, arrêt du 16 décembre 1992, [...], § 29).

Il paraît d'ailleurs n'y avoir aucune raison de principe de considérer la notion de 'vie privée' comme excluant l'établissement d'un lien juridique entre un enfant né hors mariage et son géniteur.

54. La Cour a déjà déclaré que le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain et que le droit d'un individu à de telles informations est essentiel du fait de leurs incidences sur la formation de la personnalité (Gaskin c. Royaume-Uni, arrêt du 7 juillet 1989, [...], § 39).

55. En l'espèce, la requérante est une enfant née hors mariage qui cherche, par la voie judiciaire, à établir qui est son géniteur. En quête de la vérité biologique, son action en recherche de paternité vise à déterminer ses liens juridiques avec H.P. [, le père supposé]. En conséquence, il existe une relation directe entre l'établissement de la filiation et la vie privée de la requérante.

Il s'ensuit que les faits de la cause tombent sous l'empire de l'article 8 de la Convention".

Sur le fond, la Cour a jugé ce qui suit :

"Selon la Cour, les personnes qui se trouvent dans la situation de la requérante ont un intérêt vital, défendu par la Convention, à obtenir les informations qui leur sont indispensables pour découvrir la vérité sur un aspect important de leur identité personnelle. D'un autre côté, il faut garder à l'esprit que la nécessité de protéger les tiers

---

(124) La Cour se prononce exactement comme suit :

"Le cas d'espèce se distingue des autres affaires de paternité susmentionnées, dans la mesure où aucun lien familial n'a été établi entre la requérante et son père prétendu" (§ 52).

Les "affaires susmentionnées" sont celles dans lesquelles la Cour avait admis, compte tenu de ce dernier élément, qu'il y avait eu une vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention.

peut exclure la possibilité de les contraindre à se soumettre à quelque analyse médicale que ce soit, notamment à des tests ADN.

Les États parties à la Convention ont retenu des solutions différentes face au problème qui se pose lorsqu'un père présumé refuse d'obtempérer à la décision d'un tribunal lui enjoignant de subir les tests voulus pour établir les faits. Dans certains États, les tribunaux peuvent condamner l'intéressé à une amende ou à une peine d'emprisonnement. Dans d'autres pays, la résistance à une telle injonction peut faire naître une présomption de paternité ou constituer une atteinte à l'autorité de la justice passible de poursuites pénales.

Un système tel que celui de la Croatie, qui ne prévoit pas de moyens de contraindre le père prétendu à se conformer à un ordre du tribunal lui enjoignant de se soumettre à des tests ADN, peut en principe être jugé compatible avec les obligations découlant de l'article 8, eu égard à la marge d'appréciation de l'État. La Cour estime toutefois que, dans le cadre d'un tel système, les intérêts de la personne qui cherche à déterminer sa filiation doivent être défendus lorsque la paternité ne peut être établie au moyen de tests ADN. L'absence de toute mesure procédurale de nature à contraindre le père prétendu à se plier à l'injonction d'un tribunal n'est conforme au principe de proportionnalité que si le système en question offre d'autres moyens grâce auxquels une autorité indépendante peut statuer rapidement sur l'action en recherche de paternité. Or aucune procédure de ce type n'était prévue en l'espèce (voir, *mutatis mutandis*, Gaskin précité, p. 20, § 49).

65. En outre, pour trancher une action tendant à faire établir la paternité, les tribunaux doivent tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant. La Cour estime que la procédure existante ne ménage pas un juste équilibre entre le droit de la requérante de voir dissiper sans retard inutile son incertitude quant à son identité personnelle et le droit de son père présumé de ne pas subir de tests ADN; elle considère que la protection des intérêts en jeu n'est pas proportionnée.

66. En conséquence, l'inefficacité des tribunaux a maintenu la requérante dans un état d'incertitude prolongée quant à son identité personnelle. Les autorités croates ont donc failli à garantir à l'intéressée le 'respect' de sa vie privée auquel elle a droit en vertu de la Convention.

Il s'ensuit qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention."

Cet arrêt montre l'importance toute particulière pour une personne de connaître ses parents génétiques, comme touchant à la détermination de son "identité personnelle".

Ce droit n'apparaît toutefois pas comme absolu. La condamnation de l'État mis en cause en raison de l'impossibilité pour un enfant de faire établir la paternité qui le concerne tient compte du droit reconnu au père supposé, sur la base, lui aussi, de l'article 8 de la Convention, de ne pas subir de test ADN forcé. Comme les paragraphes 65 et 66 de l'arrêt le laissent

apparaître [125], le droit de l'enfant pourrait être mis en oeuvre par le recours à une "autorité indépendante" ménageant, dans une certaine mesure, le droit mentionné ci-avant, reconnu au père supposé.

58. L'arrêt Mikulic poursuit l'enseignement de l'arrêt Gaskin de la Cour européenne, mais dans un contexte axé davantage sur la relation familiale directe que l'enfant voulait faire constater entre elle et l'un de ses parents génétiques. Dans l'affaire Gaskin, il s'agissait également de la recherche d'informations concernant le passé personnel d'un enfant, devenu majeur, mais dans ce cas ces informations étaient détenues par les services sociaux municipaux auxquels l'intéressé avait été confié pendant son enfance. Face au refus de lever la confidentialité qui entourait les dossiers contenant les informations en cause, la Cour a jugé ce qui suit, en substance :

> "[L]es personnes se trouvant dans la situation du requérant ont un intérêt primordial, protégé par la Convention, à recevoir les renseignements qu'il leur faut pour connaître et comprendre leur enfance et leurs années de formation. Cependant, on doit aussi considérer que le caractère confidentiel des dossiers officiels revêt de l'importance si l'on souhaite recueillir des informations objectives et dignes de foi; en outre, il peut être nécessaire pour préserver des tiers. Sous ce dernier aspect, un système qui subordonne l'accès aux dossiers à l'acceptation des informateurs, comme au Royaume-Uni, peut en principe être tenu pour compatible avec l'article 8, eu égard à la marge d'appréciation de l'État. Il doit toutefois sauvegarder, quand un informateur n'est pas disponible ou refuse abusivement son accord, les intérêts de quiconque cherche à consulter des pièces relatives à sa vie privée et familiale; il ne cadre avec le principe de proportionnalité que s'il charge un organe indépendant, au cas où un informateur ne répond pas ou ne donne pas son consentement, de prendre la décision finale sur l'accès. Or il n'en allait pas ainsi en l'espèce.
>
> Partant, les procédures suivies n'ont pas assuré à la vie privée et familiale de M. Gaskin le respect voulu par l'article 8, lequel a donc été enfreint" [126].

Dans cet arrêt, c'est l'absence de procédure permettant à un organe indépendant de trancher le conflit d'intérêts qui est au coeur de la critique de la Cour. En même temps, la Cour souligne l'importance de l'intérêt, qualifié de "primordial" et "protégé par la Convention", pour une personne de recevoir les renseignements qu'il lui faut pour connaître et comprendre son enfance.

---

[125] Voir également l'arrêt Gaskin, examiné au n° 58. Dans son arrêt Mikulic, la Cour européenne se réfère d'ailleurs à ce dernier arrêt (§ 65).

[126] Cour eur. dr. h., Gaskin, 7 juillet 1989, § 49.

59. L'arrêt Odièvre, du 13 février 2003, de la Cour européenne des droits de l'homme procède également à la pesée des intérêts en présence en validant, au regard de l'article 8 de la Convention, l'anonymat de l'accouchement qui peut se pratiquer en France, dit l'"accouchement sous X".

La Cour y rappelle qu'à ses yeux,

> "les personnes 'ont un intérêt primordial protégé par la Convention à recevoir des renseignements qu'il leur faut connaître, à comprendre leur enfance et leurs années de formation'" (127).

La Cour poursuit, en mentionnant les différences entre les affaires Mikulic et Gaskin, dont il vient d'être question, et l'espèce jugée, touchant essentiellement au fait que, dans celle-ci, la recherche de l'enfant concernait une

> "mère [...] biologique qui [...] a abandonné [l'enfant] dès sa naissance et qui a expressément demandé le secret de celle-ci" (128),

et en observant que l'anonymat de la naissance rencontrait des intérêts légitimes de la mère (129), ainsi que "l'intérêt général" résultant du

> "souci de protéger la santé de la mère et de l'enfant lors de la grossesse et de l'accouchement, et d'éviter des avortements, en particulier des avortements clandestins, ou des abandons 'sauvages'" (130).

---

(127) Cour eur. dr. h., Odièvre, 13 février 2003, § 42. La Cour y renvoie à ses arrêts Mikulic et Gaskin précités.

(128) *Ibid.*, § 43.

(129) *Ibid.*, § 44.

(130) *Ibid.*, § 45.

Compte tenu notamment de la marge d'appréciation des États en la matière [(131)], la Cour conclut comme suit :

> "48. En l'espèce, la Cour observe que la requérante a eu accès à des informations non identifiantes sur sa mère et sa famille biologique lui permettant d'établir quelques racines de son histoire dans le respect de la préservation des intérêts des tiers.
>
> 49. Par ailleurs, le système mis en place par la France récemment, s'il conserve le principe de l'admission de l'accouchement sous X, renforce la possibilité de lever le secret de l'identité qui existait au demeurant à tout moment avant l'adoption de la loi du 22 janvier 2002. La nouvelle loi facilitera la recherche des origines biologiques grâce à la mise en place d'un Conseil national pour l'accès aux origines personnelles, organe indépendant, composé de magistrats, de représentants d'associations concernées par l'objet de la loi et de professionnels ayant une bonne connaissance pratique des enjeux de la question. D'application immédiate, elle peut désormais permettre à la requérante de solliciter la réversibilité du secret de l'identité de sa mère sous réserve de l'accord de celle-ci de manière à assurer équitablement la conciliation entre la protection de cette dernière et la demande légitime de l'intéressée, et il n'est même pas exclu, encore que cela soit peu probable, que, grâce au nouveau conseil institué par le législateur, la requérante puisse obtenir ce qu'elle recherche.
>
> La législation française tente ainsi d'atteindre un équilibre et une proportionnalité suffisante entre les intérêts en cause. La Cour observe à cet égard que les États doivent pouvoir choisir les moyens qu'ils estiment les plus adaptés au but de la conciliation ainsi recherchée. Au total, la Cour estime que la France n'a pas excédé la marge d'appréciation qui doit lui être reconnue en raison du caractère complexe et délicat de la question que soulève le secret des origines au regard du droit de chacun à son histoire, du choix des parents biologiques, du lien familial existant et des parents adoptifs.
>
> Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention".

Dans cet arrêt, la Cour confirme la très haute importance, en principe, de la connaissance, par une personne de son histoire personnelle, en ce compris les aspects de celle-ci touchant à ses origines, mais elle admet qu'il peut y avoir des motifs justifiant qu'il n'y ait pas une transparence totale sur ces derniers éléments. Le Conseil d'État estime toutefois qu'il ne peut être tenu compte de cet arrêt, quant à l'importante question de l'anonymat de la mère ayant porté l'enfant, qu'en ayant égard aux particularités de cette affaire et aux motifs tirés de l'intérêt général dont il est fait état dans l'arrêt.

[(131)] *Ibid.*, §§ 46 et 47.

60. Il résulte de la jurisprudence des arrêts Gaskin, Mikulic et Odièvre, recensée ci-avant, sous les n^os^ 57 à 59, qu'un enfant puise dans son droit à la vie privée un intérêt devant être protégé par l'État tendant à ce que son histoire personnelle et notamment ses liens génétiques puissent être établis et que le droit qui en découle ne peut être limité que sur la base d'un test de proportionnalité particulièrement rigoureux, même lorsqu'il entre en conflit avec un droit d'une importance telle que le droit à l'intégrité physique. Ce test peut également mettre en balance des intérêts généraux de la société.

Face aux conflits d'intérêt qui surgissent, la Cour montre l'importance qu'il y a à organiser des procédures permettant la prise en compte de ces derniers par un organe indépendant, notamment lorsque l'anonymat de la mère a été organisé par la loi pour des motifs admissibles.

La Cour valide toutefois le maintien de cet anonymat, moyennant la procédure qui doit permettre en tout cas qu'une demande de levée de l'anonymat puisse être introduite auprès de la mère d'origine.

61. Dans la situation inverse, s'agissant de l'intérêt de l'adulte à l'égard d'un enfant avec lequel il n'a pas encore entamé une relation familiale au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour européenne, rappelant son arrêt Rasmussen du 28 novembre 1984, a jugé que

> "la détermination du régime juridique des relations du requérant avec sa fille putative concernait sans nul doute sa vie privée" [(132)].

Dans son arrêt Odièvre, précité, la Cour relève, en ce sens, que

> "[l]a naissance, et singulièrement les circonstances de celle-ci, relève de la vie privée de l'enfant, *puis de l'adulte*, garantie par l'article 8 de la Convention" [(133)].

[(132)] Cour eur. dr. h., Nylund, 29 juin 1999.

[(133)] Cour eur. dr. h., Odièvre, 13 février 2003, § 28, *in fine* (les italiques ne figurent pas dans le texte).

Toutefois, dans la décision Nylund, qui concernait le refus fait à un homme d'établir sa paternité à l'égard d'un enfant qu'il disait avoir conçu avec une femme avec laquelle il avait cohabité avant leur séparation et un mariage subséquent de cette femme avec un autre homme, père légal de l'enfant, la Cour déclare la requête irrecevable. Après avoir considéré que la relation avec l'enfant ne tombait pas sous la qualification de "vie familiale", en raison de l'absence de liens affectifs entre les deux êtres [(134)], elle admet que le droit à la vie privée pouvait être limité en l'espèce. Elle motive sa décision en ayant égard aux "raisons tenant à la sécurité des rapports juridiques et familiaux" et à la considération selon laquelle

> "[i]l se justifie que les tribunaux internes donnent plus de poids aux intérêts de l'enfant et de la famille dans laquelle il vit qu'à ceux d'un demandeur cherchant à faire établir un fait biologique" [(135)].

Cette décision, qui concernait pourtant un homme qui s'était fiancé avec la mère avant leur séparation et avait vécu avec elle, mais sans avoir vécu avec l'enfant, explique sa différence d'approche par rapport avec celle de l'arrêt Kroon e.a., précité [(136)], par la circonstance

> "que contrairement à l'affaire Kroon et autres, dans laquelle l'obstacle à l'action en contestation de paternité contrecarrait les désirs des intéressés, il va en l'espèce dans le sens des souhaits du couple marié pendant le mariage duquel l'enfant est né. En fait, l'obstacle résulte de leur opposition. En outre, dans l'affaire Kroon et autres, la Cour a constaté que la présomption légale de paternité ne profitait en fait à personne (arrêt Kroon et autres précité, [...], § 40) " [(137)].

Cette décision est d'autant plus remarquable que le requérant, dans cette affaire, ne souhaitait pas établir une filiation juridique avec l'enfant concerné mais simplement établir officiellement sa paternité, en invoquant d'ailleurs l'intérêt de l'enfant sur ce point.

---

(134) Voir, plus haut, le n° 43.

(135) Cour eur. dr. h., Nylund, 29 juin 1999.

(136) Cour eur. dr. h., Kroon e.a., 27 octobre 1994; voir plus haut le n° 40.

(137) Cour eur. dr. h., Nylund, 29 juin 1999.

La Cour s'appuie aussi sur la limite de cette demande pour dénier un véritable intérêt du requérant puisque

> "l'établissement de la paternité biologique n'aurait créé en soi aucun droit ou devoir pour les intéressés" [(138)].

Par ailleurs, la Cour confirme sa préoccupation relative à l'intérêt qu'a l'enfant de déterminer qui est son père génétique. Si elle écarte l'argumentation du requérant sur ce point, elle ajoute néanmoins ceci :

> "[L]a Cour constate qu'en vertu du droit interne, l'enfant pourra, lorsqu'elle aura atteint l'âge de quinze ans, décider elle-même s'il est ou non dans son intérêt d'engager une procédure en recherche de paternité. Néanmoins, cette possibilité ne permet pas de conclure qu'il convient d'autoriser une personne extérieure à la famille à saisir les tribunaux, surtout lorsqu'une telle conclusion, dans les faits, empêcherait l'enfant de prendre ultérieurement une décision elle-même" [(139)].

62. Ces arrêts montrent à nouveau, comme il a été exposé en conclusion de l'examen de jurisprudence sur le droit à la vie familiale [(140)], que, même si des liens très ténus entre un enfant et son parent génétique ou biologique peuvent fonder, au titre du droit à la vie privée, le maintien ou le rétablissement de certaines relations juridiquement protégées, il n'en demeure pas moins que les espèces ayant donné lieu à ces arrêts concernent, elles aussi, des situations dans lesquelles la relation de départ entre l'enfant et l'adulte résultait d'actes devant avoir normalement pour conséquence l'établissement d'un lien durable, même si celui-ci a été rompu rapidement. Lorsque la relation familiale est rompue rapidement et définitivement, des restrictions au droit à connaître ses origines sont admises en fonction des objectifs poursuivis, la jurisprudence tenant compte aussi de la nécessité d'une procédure devant une instance indépendante prenant en considération les intérêts des personnes concernées.

[(138)] *Ibid.*

[(139)] *Ibid.*

[(140)] Au n° 48, plus haut.

Par ailleurs, c'est assez largement qu'est accueillie la restriction faite à l'intérêt du parent putatif d'établir qu'il est le père d'un enfant, lorsque, comme dans l'affaire Nylund, la demande vient troubler une relation familiale au bénéfice d'une simple prétention fondée sur un lien génétique, sans prolongement social.

On peut aussi déduire de cet examen de jurisprudence que la Cour européenne des droits de l'homme attache plus d'importance à la nécessité d'établir l'existence d'une relation génétique ou maternelle lorsqu'elle bénéficie à l'enfant que lorsqu'elle profite au parent supposé.

6°) La Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine (141)

63. La Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine n'a pas encore été signée par la Belgique mais, lorsque la loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons *in vitro* a été adoptée, l'intention avait été exprimée de procéder à cette signature et à la ratification, moyennant éventuellement l'émission de réserves par rapport à certaines dispositions de la Convention, notamment à ses articles 13 et 18 (142).

Il est donc opportun de faire état des principales règles pertinentes de cette Convention pour les propositions à l'examen, spécialement pour la proposition n° 1440.

64. Les articles 1er, 2, 12 à 14, 16, 18, 21 et 22 méritent particulièrement d'être cités :

"*Article 1 – Objet et finalité*

Les Parties à la présente Convention protègent l'être humain dans sa dignité et son identité et garantissent à toute personne, sans discrimination, le respect de son intégrité et de ses autres droits et libertés fondamentales à l'égard des applications de la biologie et de la médecine.

Chaque Partie prend dans son droit interne les mesures nécessaires pour donner effet aux dispositions de la présente Convention.

---

(141) L'intitulé exact de cette Convention est le suivant : "Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine", en abrégé "Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine". Elle a été signée à Oviedo le 4 avril 1997.

(142) Voir l'avis 33.641/3 du 18 septembre 2002 sur la proposition devenue la loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons *in vitro*, spécialement le n° 7 de cet avis et les références qu'il mentionne (*Doc. parl.*, Sénat, 2001-2002, n° 2-695/16, p. 6).

Article 2 – Primauté de l'être humain

L'intérêt et le bien de l'être humain doivent prévaloir sur le seul intérêt de la société ou de la science.

Article 12 - Tests génétiques prédictifs

Il ne pourra être procédé à des tests prédictifs de maladies génétiques ou permettant soit d'identifier le sujet comme porteur d'un gène responsable d'une maladie soit de détecter une prédisposition ou une susceptibilité génétique à une maladie qu'à des fins médicales ou de recherche médicale, et sous réserve d'un conseil génétique approprié.

Article 13 - Interventions sur le génome humain

Une intervention ayant pour objet de modifier le génome humain ne peut être entreprise que pour des raisons préventives, diagnostiques ou thérapeutiques et seulement si elle n'a pas pour but d'introduire une modification dans le génome de la descendance.

Article 14 - Non-sélection du sexe

L'utilisation des techniques d'assistance médicale à la procréation n'est pas admise pour choisir le sexe de l'enfant à naître, sauf en vue d'éviter une maladie héréditaire grave liée au sexe.

Article 16 - Protection des personnes se prêtant à une recherche

Aucune recherche ne peut être entreprise sur une personne à moins que les conditions suivantes ne soient réunies :

i. il n'existe pas de méthode alternative à la recherche sur des êtres humains, d'efficacité comparable;

ii. les risques qui peuvent être encourus par la personne ne sont pas disproportionnés par rapport aux bénéfices potentiels de la recherche;

iii. le projet de recherche a été approuvé par l'instance compétente, après avoir fait l'objet d'un examen indépendant sur le plan de sa pertinence scientifique, y compris une évaluation de l'importance de l'objectif de la recherche, ainsi que d'un examen pluridisciplinaire de son acceptabilité sur le plan éthique;

iv. la personne se prêtant à une recherche est informée de ses droits et des garanties prévues par la loi pour sa protection;

v. le consentement visé à l'article 5 a été donné expressément, spécifiquement et est consigné par écrit. Ce consentement peut, à tout moment, être librement retiré.

Article 18 - Recherche sur les embryons in vitro

1. Lorsque la recherche sur les embryons in vitro est admise par la loi, celle-ci assure une protection adéquate de l'embryon.

2. La constitution d'embryons humains aux fins de recherche est interdite.

Article 21 - Interdiction du profit

Le corps humain et ses parties ne doivent pas être, en tant que tels, source de profit.

Article 22 - Utilisation d'une partie du corps humain prélevée

Lorsqu'une partie du corps humain a été prélevée au cours d'une intervention, elle ne peut être conservée et utilisée dans un but autre que celui pour lequel elle a été prélevée que conformément aux procédures d'information et de consentement appropriées."

65. Dans son avis 33.641/3 donné le 18 septembre 2002 sur la proposition devenue la loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons *in vitro*, la section de législation du Conseil d'État a fait observer ce qui suit :

"5. La proposition à l'examen se limite à régler la recherche scientifique sur les embryons. Elle ne contient pas, par exemple, de dispositions concernant le droit de disposer des gamètes, la conservation des gamètes et embryons ou les interventions sur des embryons in utero. Ces matières ne sont pas non plus réglementées par d'autres textes.

Il appartient au législateur de s'interroger sur la nécessité d'également légiférer dans ces matières. S'il est vrai qu'après la ratification par la Belgique de la Convention européenne sur les droits de l'homme et la biomédecine, citée ci-après, un nombre de normes seront applicables [(143)], il n'en demeure pas moins que quantité d'aspects ne seront toujours pas réglés.

[(143)] *Note 3 de l'avis :* Voir les dispositions de la convention concernant le génome humain, notamment les articles 12 et 13.

6. Vu l'origine humaine de l'embryon et sa capacité à se développer en un être humain, il est permis d'attendre de l'autorité qu'elle accorde à l'embryon une certaine protection, laquelle s'accroît en fonction du degré de développement de l'embryon.

En principe, il appartient au législateur de déterminer l'étendue de cette protection. Il peut considérer que la recherche scientifique et d'autres pratiques sur les embryons sont légitimes, même si celles-ci peuvent en définitive conduire à la destruction des embryons ou si ces derniers ne peuvent pas, pour quelque autre motif, donner naissance à un être humain. Cependant, il y a des motifs valables pour considérer que les pratiques en matière d'embryons ne sont pas toutes légitimes. C'est donc à juste titre que la proposition fixe des limites.

Le fait que le législateur prévoit une protection des embryons, ne signifie pas en soi qu'il doit concrétiser cette protection pour tous les aspects sous forme de dispositions pénales, comme c'est par exemple le cas pour l'euthanasie et l'interruption de grossesse. Au contraire, le législateur dispose en principe d'une marge d'appréciation pour décider si des actes posés en violation des conditions prescrites par la loi, doivent ou non être soumis à l'application du droit pénal. En l'occurrence, l'article 25 de la Convention européenne sur les droits de l'homme et la biomédecine dispose que des 'sanctions appropriées' doivent être prévues dans les cas de manquement aux dispositions de la convention.

À la lumière de cette dernière disposition, les articles 3 et 8 de la proposition nécessitent un examen plus détaillé.

L'article 3 fixe les conditions auxquelles doit satisfaire la recherche sur les embryons in vitro. L'article 8 contient des dispositions relatives au consentement qui doit être donné par une personne pour que ses gamètes ou ses embryons puissent être utilisés in vitro à des fins de recherche.

La proposition ne prévoit pas de pénalisation générale des actes contraires aux articles 3 et 8. Les amendements visant à sanctionner toute violation des dispositions de ces articles, ont d'ailleurs été expressément rejetés en première lecture par la Commission spéciale [(144)]. Selon l'article 13 de la proposition, seule une infraction à l'article 3, 5° (interdiction d'exécuter une recherche sur un embryon ayant plus de 14 jours, période de congélation non incluse) est punissable.

Manifestement, la Commission spéciale choisit de confier, pour l'essentiel, l'exercice du contrôle du respect des dispositions des articles 3 et 8 à d'autres autorités que les autorités judiciaires, en particulier aux comités locaux d'éthique et à la Commission fédérale. La sanction qui peut résulter de ce contrôle, est l'arrêt de la recherche si la Commission constate qu'elle est menée en violation des dispositions de la loi proposée (article 10, § 2, alinéa 3).

---

(144) *Note 4 de l'avis :* Rapport fait au nom de la Commission spéciale, version provisoire, pp. 211-214 (amendements à l'article 13).

Cette mesure peut être considérée comme étant une 'sanction appropriée' [145]" [146].

C. L'application aux propositions relatives à la gestation pour autrui et à la procréation médicalement assistée des règles supérieures examinées

1°) Introduction

66. L'exposé qui suit, après avoir examiné l'admissibilité de l'interdiction de la gestation pour autrui (2° - n^os^ 69 à 72), portera sur le pouvoir d'appréciation du législateur dans les matières concernées et les conditions générales auxquelles son intervention est subordonnée (3° - n^os^ 73 à 82), avant d'aborder des questions plus spécifiques qui se posent au sujet des propositions de loi, de nature à éclairer le législateur quant aux arbitrages qu'il sera appelé à effectuer (4° - n^os^ 83 à 104).

Ce sont les questions touchant aux droits fondamentaux qui sont ici discutées. Les observations plus particulières concernant chaque proposition de loi font l'objet de la partie IV de l'avis. Les questions portant sur la compatibilité de la proposition n° 1440 avec la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine seront toutefois également abordées dans cette partie IV, sous les n^os^ 152 et 153, et ce en raison des liens existant entre ces questions et celles qui surgissent quant à l'articulation de la loi proposée avec la loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons *in vitro*.

67. Les propositions à l'examen n'autorisant pas le clonage reproductif d'embryons ou d'autres recherches dérogatoires à celles autorisées dans le cadre de la loi précitée du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons *in vitro*, les questions qui portent sur l'admissibilité de ces techniques ne sont pas pertinentes en l'espèce et ne seront donc pas abordées dans le présent avis.

---

[145] *Note 5 de l'avis :* Au sein de la Commission spéciale, il a été observé "que la sanction la plus grave pour un chercheur est l'arrêt de sa recherche" (rapport fait au nom de la Commission spéciale, version provisoire, p. 211, lors de l'examen des amendements n^os^ 99, 139, 140 et 141 sur l'article 13).

[146] Avis 33.641/3, précité, pp. 4 à 6.

68. De même, la question de l'admissibilité éventuelle d'une interdiction générale de la procréation médicalement assistée ne se posant pas en l'espèce, elle ne sera pas davantage examinée.

2°) L'admissibilité de l'interdiction de la gestation pour autrui

69. Aucune règle supérieure de droit ne fait obstacle à l'adoption d'une mesure générale d'interdiction de la gestation pour autrui.

Le souhait d'avoir des enfants et de le voir réaliser par le recours à la gestation pour autrui tombe sous le champ d'application de l'article 8, paragraphe 1er, de la Convention européenne des droits de l'homme au titre du droit au respect de la vie privée (147). Toutefois, compte tenu spécialement des questions sérieuses qui se posent sur le plan éthique (148), du large pouvoir d'appréciation des États en la matière et de ce que certains de ces États au sein même du Conseil de l'Europe, disposent d'une législation interdisant de manière absolue le recours à ce procédé, pareille interdiction est admissible sur la base de la disposition par laquelle l'article 8, paragraphe 2, de la Convention autorise des ingérences de l'autorité publique dans l'exercice du droit précité, en tant que ces ingérences

> "[constituent] une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à [...] la protection de [...] la morale".

Il n'est pas nécessaire, de vérifier si d'autres objectifs légitimes mentionnés à l'article 8, paragraphe 2, ne pourraient également justifier l'interdiction absolue de la gestation pour autrui.

Le législateur dispose donc de la faculté, en vertu de son pouvoir d'appréciation non limité sur ce point, d'interdire la gestation pour autrui.

---

(147) On a rappelé plus haut, sous le n° 39, que, selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le droit au respect de la vie familiale ne protège pas le simple désir de fonder une famille.

(148) Les développements mêmes des propositions de loi, en ce compris de celles qui autorisent de manière conditionnelle la gestation pour autrui, comprennent des considérations qui en fournissent l'illustration.

70. *A fortiori* en va-t-il ainsi en ce qui concerne l'interdiction des différents aspects de la commercialisation de ces procédés, comme leur rétribution, leur publicité et l'intermédiation en la matière.

71. La proposition n° 1399 ne soulève donc aucune objection sur ce point. Elle peut renforcer l'interdiction actuelle, résultant des principes généraux aujourd'hui en vigueur du Code civil et des articles 6, 1128, 1131 et 1133 du même Code [(149)], par un dispositif exprès et plus précis en ce sens, complété par des dispositions pénales.

72. Il en va de même à l'égard de la proposition n° 1319 pour ce qui concerne la commercialisation de la gestation pour autrui, qu'elle tend à incriminer pénalement.

Toutefois, si les développements de cette proposition confirment l'illicéité de la gestation pour autrui en droit civil actuel, le dispositif n'en contient pas la confirmation expresse, ses auteurs considérant sans doute que pareille disposition serait inutile. La matière étant toutefois en pleine évolution et sujette à controverses [(150)], il serait préférable que le législateur apprécie s'il souhaite consacrer l'interdit civil, s'il demeure dans cette conviction, voire le renforcer par une incrimination pénale.

Il y a lieu toutefois de faire observer que l'illicéité actuelle des conventions ayant pour objet la gestation pour autrui, telle qu'elle serait maintenue par la proposition n° 1319, n'implique pas nécessairement qu'une demande d'adoption émanant des parents commanditaires

---

(149) *Ibid.*

(150) Il a été fait mention au n° 26, plus haut, d'une décision publiée d'un tribunal de la jeunesse qui peut être interprétée comme ayant décidé qu'une convention de gestation pour autrui n'était pas contraire à l'ordre public : il s'agit du jugement du 4 octobre 2000 du Tribunal de la jeunesse de Turnhout. Même si ce jugement se réfère, pour asseoir sa conclusion, à un arrêt de la Cour d'appel de Paris cassé ultérieurement par l'assemblée plénière de la Cour de cassation de France et que la doctrine se prononce de manière très générale dans le sens de l'illicéité du recours à pareils procédés (*ibid.*), il n'est pas impossible que d'autres décisions judiciaires puissent se prononcer, en l'absence de texte exprès, dans le même sens.

doit être refusé [151]. Sur ce point aussi, le législateur pourrait prendre clairement position [152].

3°) L'admissibilité de la gestation pour autrui et de la procréation médicalement assistée - Considérations générales

73. Trois propositions admettent de manière conditionnelle la gestation pour autrui et règlent un certain nombre d'aspects concernant la conclusion de la convention en la matière.

74. Il a déjà été observé précédemment dans le présent avis qu'autoriser la gestation pour autrui n'est pas contraire en soi à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme qui porte sur l'interdiction des traitements inhumains et dégradants [153], mais que le règlement de ses conséquences doit respecter les droits fondamentaux en matière de protection de la vie privée et familiale des intéressés.

Le Conseil d'État examinera dès lors les propositions de loi à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, concernant l'article 8 de la Convention, qui a été analysée plus haut.

75. En outre, le Conseil d'État garde très présent à l'esprit qu'à ce jour la Cour n'a pas encore été amenée à se prononcer formellement sur la gestation pour autrui et que, dès lors, la prudence s'impose pour tirer des enseignements de la jurisprudence de la Cour. Bien que les cas traités par la Cour présentent une certaine analogie avec la situation de la gestation pour autrui, il existe quand même des différences par rapport aux situations dans lesquelles des enfants sont privés des contacts avec leurs parents et pour lesquels la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme conclut à la violation du droit au respect de la vie familiale ou de la vie privée : dans ces affaires, il s'agit souvent de situations de conflit familial ou de ruptures non

---

(151) On a vu plus haut, toujours au n° 26, que c'est indépendamment de toute appréciation sur la validité juridique de pareille convention que, par un jugement du 4 juin 1996, le Tribunal de la jeunesse de Bruxelles avait homologué une adoption conclue dans de telles conditions. Le jugement du Tribunal de la jeunesse de Turnhout du 4 octobre 2000, également cité sous le n° 26, peut d'ailleurs être interprété en ce sens, comme il y a été exposé.

(152) N'étant pas saisie d'un texte en ce sens, la section de législation du Conseil d'État ne se prononce toutefois pas sur les limites de l'admissibilité de pareille législation, compte tenu des intérêts de l'enfant concerné, cette question devant faire l'objet d'un examen approfondi.

(153) Voir le n° 37.

souhaitables dans le lien unissant un adulte et l'enfant qu'il a élevé, voire conçu dans une perspective apparaissant normalement comme familiale, ce qui n'est pas le cas d'une gestation pour autrui ou d'un don de gamètes ou d'embryons en ce qui concerne la mère porteuse, la personne qui partage sa vie et les donateurs de gamètes ou d'embryons [(154)].

76. La même prudence s'impose d'ailleurs par rapport aux règles déduites de la Convention relative aux droits de l'enfant, malgré la priorité nette que cette Convention confère à la continuité entre le milieu familial d'origine de l'enfant et celle de sa croissance et de son développement, spécialement par rapport à l'adoption et aux autres situations dans lesquelles un enfant est séparé de sa famille d'origine.

77. L'examen de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, de la jurisprudence qui tend à l'interpréter, ainsi que de la Convention relative aux droits de l'enfant, spécialement de ses articles 7 et 20, conduit à la constatation que, en ce qui concerne la gestation pour autrui et la procréation médicalement assistée, plusieurs intérêts légitimes sont susceptibles d'entrer potentiellement en conflit : principalement ceux de l'enfant né de la mère porteuse et ceux des commanditaires, sans oublier ceux des personnes partageant la vie des personnes concernées.

Les textes examinés ne conduisent à aucune conclusion claire, en droit, quant aux intérêts devant nécessairement prévaloir.

L'analyse de l'article 8 a montré qu'une vie familiale est créée dès qu'une relation est née entre un enfant et les personnes ayant pris soin de lui, même sans lien génétique [(155)]. Inversément, l'existence d'un lien génétique a conduit la Cour européenne des droits de l'homme et la Commission européenne des droits de l'homme à admettre en principe l'existence d'une vie

---

(154) Voir, plus haut, les n[os] 48 et 62.

(155) Voir, plus haut, les n[os] 39 à 41, et la jurisprudence citée.

familiale [156]. Le simple don de sperme [157] ou l'existence d'une relation antérieure entre la mère et un homme non accompagnée d'une relation affective entre cet homme et l'enfant [158] ne suffisent toutefois pas. En revanche, un projet d'adoption avec un enfant né établit la "vie familiale", même sans contacts directs entre les demandeurs et l'enfant concerné [159].

Au titre du droit au respect de la vie privée, l'article 8 tend par ailleurs à protéger la mère gestatrice et le foetus qui se développe en elle [160].

Le droit au respect de la vie privée tend à permettre à un enfant de savoir qui sont ses parents biologiques et génétiques [161]. Quant à l'intérêt pour des parents génétiques d'établir cette réalité, s'il tombe bien sous l'empire du droit au respect de la vie privée, il nécessite, pour être protégé au point de troubler une relation familiale établie par ailleurs, qu'il ait existé une relation affective entre l'enfant et le parent se prétendant tel [162].

En cas de rupture familiale, par l'effet par exemple de la séparation des personnes s'étant occupées de l'enfant, le droit au maintien des relations familiales doit être assuré, même en l'absence de lien biologique ou génétique avec l'enfant [163].

---

[156] Voir, plus haut, les n[os] 43 et 44, et les arrêts et décisions cités : l'arrêt Keegan, du 19 avril 1994, et la décision Nylund du 29 juin 1999, de la Cour européenne des droits de l'homme, et la décision X. c. Royaume-Uni, du 11 juillet 1977, de la Commission européenne des droits de l'homme.

[157] Voir, plus haut, le n° 45 et la décision M. c. Pays-Bas citée du 8 février 1993 de la Commission européenne des droits de l'homme.

[158] Voir, plus haut, le n° 40 et la décision Nylund, du 29 juin 1999. Voir toutefois l'arrêt Keegan, du 19 avril 1994.

[159] Voir, plus haut, le n° 43 et l'arrêt Pini et csts de la Cour européenne des droits de l'homme.

[160] Cour eur. dr. h., Vo, 8 juillet 2004 (voir le n° 28).

[161] Voir, plus haut, les n[os] 57 à 59, et les arrêts Gaskin, du 7 juillet 1989, Mikulic, du 7 février 2002, et Odièvre, du 13 février 2003, de la Cour européenne des droits de l'homme. Voir aussi le n° 61 et la décision Nylund, du 29 juin 1999, de la Cour.

[162] Voir, plus haut, le n° 61, et la décision Nylund, du 29 juin 1999, de la Cour européenne des droits de l'homme.

[163] Voir, plus haut, le n° 46 et l'arrêt n° 134/2003, du 8 octobre 2003, de la Cour d'arbitrage; voir aussi, plus haut, le n° 47.

La synthèse sommaire qui précède tend simplement à rappeler qu'à divers titres, le droit au respect de la vie privée ou familiale a vocation à s'appliquer. Ceci n'empêche évidemment pas que les situations concernées peuvent donner lieu à des limitations conformément au paragraphe 2 de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, allant parfois jusqu'à des restrictions quasi absolues que peuvent établir les États par la loi [(164)].

Pour les hypothèses concernées par les propositions, les indications fournies par les textes internationaux et la jurisprudence ne permettent aucune conclusion définitive.

78. Il importe toutefois que, lorsque le législateur intervient, il le fasse d'une manière telle que puissent être tranchées les questions importantes qui se posent quant aux conflits d'intérêt susceptibles d'apparaître, en ayant pour principale préoccupation l'intérêt de l'enfant concerné, qui prime celui qui pourrait résulter, en ce qui concerne les commanditaires ou les personnes recourant à la procréation médicalement assistée, de leur désir légitime d'enfant.

Ces questions importantes sont tout cas celles qui concernent en :

a) en ce qui concerne la procréation médicalement assistée : la qualité des personnes habilitées à y recourir et de celles qui peuvent offrir leurs gamètes ou leurs gonades, spécialement au regard de l'état de santé des personnes concernées ainsi que de la situation familiale de ces bénéficiaires et de ces donneurs, en ce qui concerne la nécessité ou non pour les bénéficiaires de former un couple, la stabilité présumée de celui-ci et son orientation sexuelle;

b) en ce qui concerne la gestation pour autrui : la qualité des commanditaires et des femmes offrant leurs services de gestatrice, spécialement au regard de l'état de santé des personnes concernées ainsi que de la situation familiale de ces commanditaires et de ces femmes, en ce qui concerne la nécessité ou non de former un couple, la stabilité présumée de celui-ci et son orientation sexuelle;

c) le caractère obligatoire de la convention tendant à la gestation pour autrui et de l'engagement qu'il contiendrait de remettre l'enfant au moment de la naissance;

[(164)] Voir, plus haut, le n° 59 et l'arrêt Odièvre, du 13 février 2003, de la Cour européenne des droits de l'homme.

d) pour la procréation médicalement assistée et pour la gestation pour autrui :

- l'anonymat des personnes concernées, cette question pouvant être réglée différemment selon les personnes à l'égard desquelles l'anonymat serait requis;

- les effets de la naissance de l'enfant concerné sur sa filiation et sur d'autres aspects de la relation familiale que l'enfant et les personnes concernées seraient habilitées à maintenir, moyennant éventuellement un statut particulier, différent de celui de la filiation;

- le règlement des conflits entre les personnes concernées, par exemple, s'il est requis que les commanditaires forment un couple, les effets de leur séparation quant au sort de l'enfant porté par la gestatrice.

79. Il appartient au législateur de trancher lui-même, dans la loi, ces questions importantes.

On a vu toutefois que, dans certaines hypothèses mettant en jeu des conflits d'intérêts particulièrement difficiles à trancher, comme ceux qui sont liés à la confidentialité de certaines données, la Cour européenne des droits de l'homme s'est montrée attentive à la possibilité qu'offrirait la loi de déroger, moyennant les procédures appropriées, aux principes qu'elle énonce [(165)].

Aussi, il peut être souhaitable que la loi envisagée, sur des questions limitées pour lesquelles aucune solution claire ne se dégage, comme celle qui vient d'être évoquée de l'anonymat ou celle du maintien de certaines relations familiales entre l'enfant concerné et la mère porteuse, organise pareilles procédures faisant appel à des instances, judiciaires ou non, bénéficiant de l'indépendance et de l'expertise nécessaires à apprécier l'intérêt de l'enfant dans ces circonstances, et aptes à déroger, dans des circonstances appropriées, aux règles de principe établies par la loi. Il va de soi que, s'il devait être fait appel à un organe non judiciaire, des voies de recours judiciaires devraient être ménagées [(166)].

[(165)] Voir les arrêts Gaskin et Odièvre de la Cour européenne des droits de l'homme (n[os] 58 et 59, plus haut).

[(166)] Si tel n'était pas le cas, ce serait le droit commun en matière judiciaire qui s'appliquerait.

Ces procédures ne pourraient toutefois porter sur les questions fondamentales, telles celles qui sont mentionnées aux litteras a) et b) du n° 78, ci-avant, ni sur les questions liées à la filiation.

Sur le problème du caractère obligatoire de la convention (littera c), ci-avant, sous le n° 78), il est renvoyé aux observations faites plus bas, sous les nos 83 à 92.

Il est en tout cas exclu que le législateur laisse aux parties à la convention le soin de régler les questions essentielles mentionnées ci-avant, sous le n° 78.

80. Sur les questions en rapport avec l'aménagement du droit de la filiation et des autres aspects de l'encadrement juridique de la relation entre les enfants concernés et les personnes ayant participé, à un titre ou à un autre, à la procréation, il se recommande que les modifications de la loi figurent dans le Code civil lui-même (167) plutôt que dans des dispositions autonomes de la loi proposée. Elles gagneraient à se présenter comme clairement dérogatoires aux textes concernés, de préférence au sein même (168) ou à proximité de ceux-ci (169).

Dans deux des trois propositions qui autorisent la gestation pour autrui sous certaines conditions, il est question de l'adoption. Ainsi, l'article 8 de la proposition n° 1230 fait expressément mention d'une déclaration d'adoption préalable et l'article 9 modifie l'article 348-4 du Code civil en ce qui concerne le consentement à l'adoption. La proposition n° 1271 conçoit également la convention de gestation pour autrui comme une forme d'adoption d'un enfant avant sa conception (170), à cette différence que les parties sont liées par le contrat. Dans la mesure où les auteurs entendent que les droits parentaux se constituent par l'adoption, les dispositions concernées devront être inscrites dans le titre VIII du Code civil qui porte sur l'adoption.

---

(167) Voir l'avis n° 27 du Comité consultatif de bioéthique, p. 45.

(168) Par exemple par des modifications apportées au texte d'un article ou l'insertion d'alinéas ou de paragraphes particuliers.

(169) Par exemple par l'insertion d'articles *bis*, *ter*, etc.

(170) Voir le commentaire de l'article 9, page 7 de la proposition.

81. Il appartiendra au législateur, lorsqu'il réglera certaines situations, de prendre en considération également celles qui leur sont comparables, conformément aux exigences résultant des principes d'égalité et de non-discrimination (171) (172).

Il va de soi que, conformément aux règles jurisprudentielles en la matière, il appartiendra au législateur d'identifier d'abord les situations comparables (173); dans la mesure où il entend maintenir ou introduire des différences de traitement entre celles-ci, il devra être en mesure de les justifier raisonnablement, le cas échéant dans les travaux préparatoires.

Ainsi, le législateur pourrait aménager des situations voisines pour tenir compte des particularités qui les caractérisent, en prévoyant des modalités de mise en oeuvre ou des procédures qui pourraient être propres à chaque situation. Il pourrait aussi considérer que certaines situations, en raison des particularités qu'elles présentent, ne doivent pas être favorisées ni bénéficier de la protection de la loi.

82. Les propositions à l'examen qui autorisent la gestation pour autrui et la procréation médicalement assistée seront revues à la lumière de ces recommandations, examinées elles-mêmes à la lumière de la jurisprudence de la Cour et de la Commission européenne des droits de l'homme exposée plus haut, sous les n^{os} 38 à 62.

Compte tenu du pouvoir d'appréciation du législateur en la matière, l'exposé qui suit ne vise pas à envisager chacune des hypothèses susceptibles de subir le test de compatibilité aux principes d'égalité et de non-discrimination, mais se bornera à faire état de quelques situations qui sont de nature à susciter des questions et pouvant être éclairées sur le plan juridique.

---

(171) Voir plus haut, les n^{os} 34 et 35, sur la portée des principes d'égalité et de non-discrimination et sur les critères admissibles de différenciation éventuelle.

(172) Il est renvoyé aux n^{os} 23 à 25 pour un exposé sommaire des situations susceptibles de se présenter. Il va de soi que toutes ces situations ne peuvent être considérées comme comparables; elles ne sont pas nécessairement toutes visées par l'observation qui est ici formulée.

(173) Cette identification, comme les autres éléments de la justification qu'il y aurait lieu d'apporter au regard des principes d'égalité et de non-discrimination, se fait bien entendu sous l'éventuel contrôle de la Cour d'arbitrage pour le cas où elle devait être saisie.

4°) L'admissibilité de la gestation pour autrui et de la procréation médicalement assistée - Questions spécifiques en rapport avec les droits fondamentaux

a) La rupture entre la mère porteuse et l'enfant porté - Le refus des commanditaires d'accueillir l'enfant

83. La question se pose tout d'abord de savoir quelle règle appliquer, à la lumière de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, lorsque la mère porteuse s'oppose, après la naissance, à ce que l'enfant soit remis aux parents commanditaires.

Il résulte de l'article 8 de la Convention que la vie familiale naît dès la naissance d'un enfant "et par le fait même de celle-ci" (174). Compte tenu des spécificités de la gestation pour autrui par rapport aux espèces jugées par la Cour européenne des droits de l'homme relatives à cette disposition, on ne saurait en déduire que, selon la jurisprudence, la mère porteuse devrait être autorisée à garder l'enfant. Comme cependant, durant les neuf mois de la grossesse, des liens plus importants ont été noués entre la mère porteuse et l'enfant qu'entre les commanditaires et celui-ci, il appartient au législateur d'apprécier s'il n'y a pas lieu d'empêcher l'exécution de la convention contre le gré de la mère porteuse.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme attache une importance particulière au maintien de la relation entre l'enfant et ses parents lorsqu'il existe un lien génétique entre eux, sans - il est vrai - en faire une exigence absolue, notamment en l'absence de lien affectif entre les parents génétiques et l'enfant (175). Les liens de la mère porteuse avec son enfant sont plus forts que ceux des parents commanditaires avec l'enfant. Il ressort des éléments de la jurisprudence de la Cour que, lorsque la mère porteuse est également la mère génétique, il est très probable que ces liens seraient considérés par la Cour comme constitutifs d'une "vie familiale" au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Dès lors, l'appréciation du législateur doit tenir compte de manière spécifique de l'hypothèse dans laquelle la mère porteuse est également la mère génétique de l'enfant, qui ne peut être assimilée à celle où l'ovule a été fourni par une autre femme; la différence entre les situations est encore plus grande lorsque l'ovule provient de la mère commanditaire elle-même. Il faudrait

(174) Voir, notamment, Cour eur. dr. h., Keegan, 19 avril 1994, § 44.

(175) Voir le relevé de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme fait sous les n[os] 40 à 48, plus haut.

une justification particulièrement rigoureuse pour que soit admise, au titre de l'article 8, paragraphe 2, de la Convention européenne des droits de l'homme, la possibilité d'exécution forcée d'une convention entre des parents commanditaires et une mère porteuse génétique [(176)].

84. Les observations qui suivent se placent dans l'hypothèse où, malgré les considérations émises ci-avant, le législateur opte pour la possibilité d'une exécution forcée de la convention, ce qui cadrerait avec le système même de la gestation pour autrui, dès lors qu'il est admis en soi et qu'il se fonde sur un accord donné librement par chaque partie.

Dans cette logique, il y aurait lieu de partir du principe selon lequel l'engagement pris par la mère porteuse de céder l'enfant après la fin de la grossesse doit prévaloir, le recours aux voies d'exécution forcée ne pouvant bien entendu résulter que d'un titre exécutoire procuré par une décision judiciaire.

85. Le système de la gestation pour autrui suppose évidemment que l'engagement des parties ait été donné, conformément d'ailleurs aux principes qui gouvernent le droit médical et le droit à la libre disposition de son corps, de manière libre et éclairée. Les propositions n'appellent aucune critique sur ce point, chacune prévoyant même l'intervention de médecins ou de psychologues avant la conclusion de l'accord et celle d'un notaire pour l'instrumenter.

---

(176) On peut rappeler d'ailleurs que le Comité *ad hoc* d'experts du Conseil de l'Europe sur les progrès de la science biomédicale (CAHBI), après avoir recommandé :

"2. Aucun contrat ou accord entre une mère de substitution et la personne ou le couple pour le compte de laquelle ou duquel un enfant est porté ne pourra être invoqué en droit",

a estimé :

"4. Toutefois, les États peuvent, dans des cas exceptionnels, fixés par leur droit national, prévoir sans faire exception au paragraphe 2 du présent principe qu'un médecin ou un établissement pourra procéder à la fécondation d'une mère de substitution en utilisant des techniques de procréation artificielle, à condition : [...]

b. que la mère de substitution puisse à la naissance choisir de garder l'enfant" (voir le rapport, rédigé entre 1985 et 1987, sur la procréation artificielle humaine du CAHBI, principe 15, paragraphes 2 et 4, cité et pris à son compte par le Livre Blanc du 15 janvier 2002 sur les principes relatifs à l'établissement et aux conséquences juridiques du lien de filiation, rédigé par le Comité d'experts sur le droit de la famille (CJ-FA) du Conseil de l'Europe, n° 13).

Ce texte n'a cependant aucune valeur juridique et a été établi dans une perspective de départ, rappelée ci-avant, qui, au contraire de trois des propositions à l'examen, écarte toute validation juridique d'un contrat ayant pour objet la gestation pour autrui.

La proposition n° 417 ne prévoit toutefois pas d'intervention médicale sur le principe même du recours à la gestation pour autrui en ce qui concerne le couple commanditaire : selon son article 5, § 1er, le médecin, qui doit être un gynécologue, se limite à constater chez la femme "l'impossibilité physiologique d'être enceinte du mari non séparé de fait ou du concubin" ou "le très grand risque qu'une grossesse ferait courir à sa propre santé ou à celle de l'enfant". Même si cette consultation médicale pourra également donner l'occasion au médecin d'entourer la démarche projetée de ses conseils, le législateur appréciera s'il ne faudrait pas prévoir plus spécifiquement que ces conseils doivent porter sur le recours à une gestation pour autrui.

86. Si le législateur opte pour la possibilité d'une exécution forcée de la convention, il y aurait lieu, en cas de refus de la part de la mère porteuse, d'organiser un recours permettant d'obtenir à très bref délai une décision judiciaire autorisant l'exécution forcée. À défaut d'une telle procédure rapide, des liens plus intenses pourraient s'installer entre la mère biologique et l'enfant en manière telle que l'intérêt de ce dernier ne pourrait plus conduire à une autre solution que le maintien dans la famille de celle-ci.

87. Si les commanditaires refusent d'accueillir l'enfant et qu'il en va de même pour la mère porteuse, la loi doit exposer les conditions requises pour que ce refus soit certain.

Elle doit aussi déterminer quel sera alors le sort de l'enfant. On peut supposer que ce seront les règles relatives à l'adoption qui s'appliqueront. Il y aura lieu d'articuler les règles à prendre avec ces dernières. Ainsi par exemple, se pose la question de savoir s'il est adéquat de maintenir, dans l'hypothèse ici examinée dans laquelle l'accord donné à la gestation pour autrui impliquait dès l'origine l'intention d'abandonner l'enfant, le délai de deux mois pendant lequel les parents de l'enfant ne peuvent consentir à l'adoption, tel qu'il est prévu par l'article 348-4 du Code civil, de même que les autres garde-fou prévus par cette disposition [(177)].

88. Compte tenu de ce que le législateur ne peut prévoir l'ensemble des hypothèses que la diversité des situations peut susciter, il pourrait se recommander que les solutions légales soient considérées comme supplétives de celles qui, dans l'intérêt de l'enfant, seraient confiées à un juge en cas de litige. La procédure devrait alors en être organisée.

---

(177) Voir, plus bas, un exposé plus général, au n° 107, sur les difficultés qui se posent lorsque l'une des parties à la convention tendant à la gestation pour autrui souhaite y mettre fin.

89. Enfin, lorsque la décision judiciaire constitue le titre permettant l'exécution forcée, il sera également nécessaire, toujours afin de sauvegarder, autant que faire se peut, l'intérêt de l'enfant, de l'organiser en manière telle que ne se crée pas une situation irréversible au sein de la famille de la mère porteuse et que les modalités de l'exécution forcée ménagent les considérations d'humanité aptes à ne pas traumatiser l'enfant.

90. Ceci étant, rien n'interdit au législateur de prévoir un régime par lequel l'intérêt de l'enfant pourrait donner lieu à une nouvelle prise en considération, en principe judiciaire à défaut d'accord des parties, au moment de la naissance. Aucune des propositions à l'examen ne l'envisage; il n'est donc pas nécessaire d'examiner plus complètement cette option, dès lors qu'elle ne s'impose en vertu d'aucune règle supérieure de droit.

On relèvera toutefois que la solution suggérée ci-dessus, sous le n° 88, par laquelle la loi consacrerait le caractère obligatoire de la convention d'origine sous la réserve d'un recours judiciaire rapide, pourrait constituer une formule alliant de manière équilibrée la nécessité d'une force obligatoire de cette convention et les impératifs déduits de l'intérêt de l'enfant [(178)].

91. Dans les procédures qui seraient prévues sur la base des observations qui précèdent, il y aura lieu de tenir compte également des personnes partageant la vie des personnes concernées, dont l'intérêt doit également être pris en considération [(179)].

92. Il conviendra enfin d'articuler les dispositions qui seront adoptées à la lumière des observations qui précèdent aux règles relatives à la filiation, voire à l'adoption, lesquelles pourraient devoir être adaptées en conséquence.

[(178)] Voir toutefois, sur ces questions, l'incidence éventuelle de l'article 387*bis* du Code civil.

[(179)] Voir le n° 104, plus bas.

b) L'anonymat de la mère porteuse et des donneurs de gamètes ou d'embryons

93. On a vu plus haut combien la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme attachait de l'importance à la possibilité pour une personne de connaître son histoire personnelle, en ce compris quant à ses origines biologiques ou génétiques [(180)].

C'est donc avec beaucoup de réticence que l'on peut admettre l'anonymat des personnes qui, en leur qualité de donneurs de gamètes ou d'embryons ou en celle de mère porteuse, ont établi un lien biologique ou génétique avec l'enfant. Même si elle concerne des situations qui ne sont pas les mêmes que celles visées par les propositions à l'examen, la jurisprudence montre que l'anonymat doit être dûment justifié, le contrôle sur ce point se montrant particulièrement strict [(181)].

Cette réticence ne peut conduire à condamner entièrement l'anonymat, mais il faut alors que de justes motifs soient avancés.

94. Il faut noter, en outre, que, dans son arrêt Odièvre, du 13 février 2003, la Cour tient compte de ce que l'enfant concerné

> "a eu accès à des informations non identifiantes sur sa mère et sa famille biologique lui permettant d'établir quelques racines de son histoire dans le respect de la préservation des intérêts des tiers",

et de l'existence de procédures qui, si elles maintiennent le principe de l'anonymat, rendent possible d'au moins demander son renversement ainsi que l'accès à des données liées à l'histoire personnelle de l'intéressé [(182)]. Sur ce dernier point, c'est en ce sens aussi que s'est prononcé l'arrêt Gaskin, du 7 juillet 1989 [(183)].

---

(180) N^os^ 57 à 60.

(181) *Ibid.*

(182) Voir les n^os^ 59 et 60, plus haut. Voir aussi, plus haut, sous le n° 57, l'arrêt Mikulic de la Cour.

(183) Voir, plus haut, le n° 58.

95. Il faut conclure de ceci que, si, après avoir pesé les arguments d'ordre anthropologique et psychologique en considération de l'enfant, le législateur opte, malgré tout, pour l'anonymat, il doit le justifier et il ne peut donner en tout cas à ce système un caractère absolu. Il doit au moins permettre à l'intéressé, toujours dans le respect de principe de cet anonymat et par le recours à une instance indépendante, de solliciter sa levée. Compte tenu en outre de l'importance de certaines données génétiques, notamment pour la santé de l'intéressé, l'accès à ces données non identifiantes doit également être rendu toujours possible.

c) L'établissement de relations personnelles entre les parents génétiques et l'enfant

96. Du point de vue des parents génétiques, lorsqu'aucune relation affective n'a été établie en fait entre un enfant et ses parents génétiques, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme se montre nettement moins exigeante quant à la nécessité de tenir compte de l'intérêt de ces derniers d'établir un lien après la naissance, même sans prétention à l'établissement de la filiation au sens juridique du terme [(184)]. Il semble donc que, dans l'hypothèse où des personnes ont donné leurs gamètes ou leurs embryons pour procréation médicalement assistée par donneur ou pour une gestation pour autrui, il soit admissible de maintenir à leur égard l'anonymat de l'enfant.

d) L'ouverture du droit à la procréation médicalement assistée et du recours à la gestation pour autrui à des personnes seules

97. La proposition n° 1230 semble requérir, dans une première interprétation, que la mère commanditaire, appelée "mère demandeuse" à l'article 2, 2°, de la proposition, vive en couple [(185)] puisqu'aux termes de son article 2, 3°, "le partenaire" de cette femme "fournit son sperme pour féconder l'ovule de sa partenaire ou de la mère porteuse". Par ailleurs, que la mère porteuse soit ou non la mère génétique de l'enfant, seule une femme peut agir comme commanditaire [(186)], par dérogation à l'interdit mentionné à l'article 3.

---

(184) Voir plus haut, le n° 61.

(185) C'est ce que laisse entendre également le commentaire de l'article 4 de la proposition.

(186) Article 4, § 1er, de la proposition.

En ce qui concerne le recours à une mère porteuse génétique, appelée par la proposition la "maternité de substitution de basse technologie", il se vérifie que la commanditaire doit vivre en couple puisque le sperme doit nécessairement être fourni par le "partenaire" de la commanditaire [(187)], lequel sera donc considéré également comme commanditaire (le "père demandeur" selon l'article 2, 3°, de la proposition).

En revanche, pour le recours au procédé de la mère porteuse non génétique, appelée par la proposition la"maternité de substitution de haute technologie", la proposition ne requiert pas que la demande émane de deux personnes. Selon l'article 2, 5°, il est possible que l'ovule seul émane "d'un parent demandeur" [(188)] et dans la suite de la proposition, le mot "commanditaire" est mentionné au singulier comme au pluriel, par l'usage de la formule "demandeur(s)" [(189)]. Il semble donc que le membre de phrase "fournit son sperme pour féconder l'ovule de sa partenaire ou de la mère porteuse" à l'article 2, 3°, vise, non pas à faire de cet apport de sperme par le "partenaire" une condition mise au recours à la gestation pour autrui dans l'hypothèse du recours à la mère porteuse non génétique, mais signifie simplement que, lorsqu'il y a pareil apport par un homme, celui-ci doit également être considéré comme commanditaire ("demandeur"). Ces questions devraient en toute hypothèse être clarifiées dans le texte de la loi proposée.

La proposition n° 1271 ne semble pas limiter l'accès à la gestation pour autrui aux couples [(190)], rendant donc possible qu'une femme seule ou un homme seul fasse appel à la gestation pour autrui. Toutefois, l'article 4 de cette proposition visant à plusieurs reprises les "parents demandeurs" et les développements évoquant le "couple" et "les parents demandeurs", le texte devrait également être clarifié.

---

(187) Article 2, 3° et 4°, de la proposition.

(188) Il est fait écho à ce texte à l'article 2, 6°, de la proposition. Ces deux dispositions textes prévoient que le sperme seul peut émaner d'un parent demandeur mais cela ne signifie pas, compte tenu de l'article 4, § 1er, de la proposition, qu'un homme seul puisse demander à une femme de porter un enfant pour lui. Pour le recours à une mère porteuse non génétique ("maternité de substitution de haute technologie" selon l'article 2, 5°, de la proposition), la mention selon laquelle le sperme seul peut émaner d'un parent demandeur signifie que l'ovule est dans ce cas fourni par une femme tierce, qui n'est ni la commanditaire visée à l'article 4, § 1er, ni la mère porteuse.

(189) Articles 2, 7°, 4, § 4, alinéa 1er, premier et troisième tirets, § 5, et 6 de la proposition.

(190) Article 2, deuxième tiret.

Les observations qui suivent se fondent, en ce qui concerne ces deux propositions, sur l'interprétation selon laquelle certaines demandes de gestation pour autrui peuvent émaner d'une femme seule, voire, en ce qui concerne la proposition n° 1271, également d'un homme seul; leur pertinence devrait être adaptée en fonction des précisions qui seraient apportées au texte.

Dans la proposition n° 1440, le projet parental conçu par procréation médicalement assistée ne suppose pas qu'il émane d'un couple [(191)].

98. Le Code civil admet qu'un homme ou une femme ne vivant pas en couple peut adopter un enfant [(192)]. Une femme seule peut avoir un enfant par les voies naturelles sans vivre en couple. Il appartient au législateur d'apprécier si les similitudes et les différences entre l'adoption et la gestation pour autrui et les similitudes et les différences entre la conception naturelle et la procréation médicalement assistée recommandent de confirmer les solutions ainsi proposées ou au contraire commandent, comme dans la proposition n° 417, que la gestation pour autrui soit réservée à des couples.

Si, après justification, il est choisi de permettre à des femmes seules d'accéder à la parentalité avec l'aide d'une mère porteuse ou par le recours à la procréation médicalement assistée, il appartiendra en toute hypothèse au législateur d'apprécier si cette possibilité ne devrait pas être offerte également à un homme vivant seul, comme en matière d'adoption.

Pour chacune des options ainsi prises, une justification devra être fournie, à la lumière des principes d'égalité et de non-discrimination.

e) L'exigence de stabilité du couple commanditaire ou de celui faisant appel à la procréation médicalement assistée

99. Lorsque les propositions n[os] 417, 1271 et 1230 se réfèrent à l'existence d'un couple, elles ne précisent pas le degré de stabilité exigé de ce couple, tel qu'il pourrait résulter par

(191) Article 8 de la proposition, spécialement son alinéa 4; voir aussi l'article 14, alinéa 4, de la proposition.

(192) Article 313, § 1[er], a), du Code civil.

exemple du mariage ou de la durée d'une cohabitation, qu'il s'agisse de la cohabitation légale au sens des articles 1475 à 1479 du Code civil ou d'une cohabitation de fait.

La proposition n° 417, qui n'ouvre le recours à la gestation pour autrui qu'aux "couples", vise - il est vrai - expressément les couples "mariés non séparés de fait" et les "concubins" [193], sans autre précision, semblant ainsi avoir oublié les couples vivant maritalement sous le statut de la cohabitation légale.

Un pareil dispositif paraît peu admissible, dès lors qu'outre les couples mariés, les cohabitants ne peuvent adopter que s'ils ont

> "fait une déclaration de cohabitation légale"

ou s'ils

> "vivent ensemble de manière permanente et affective depuis au moins trois ans au moment de l'introduction de la demande en adoption, pour autant qu'elles ne soient pas unies par un lien de parenté ou d'alliance entraînant une prohibition de mariage dont elles ne peuvent être dispensées par le Roi" [194].

Les différences entre l'adoption et la convention de gestation pour autrui ne semblent pas pertinentes pour justifier raisonnablement cette différence.

Les mêmes observations s'appliquent au recours à la procréation médicalement assistée lorsqu'il est constaté que la demande émane d'un couple.

f) L'ouverture du droit à la procréation médicalement assistée et du recours à la gestation pour autrui à des couples homosexuels ou à des homosexuels vivant seuls

100. Il résulte de l'analyse faite de la proposition n° 1230, ci-avant, sous le n° 97, qu'elle semble permettre à une femme seule mais pas à un homme seul de demander à une femme de

---

[193] Article 2, premier et deuxième tirets, de la proposition.

[194] Article 343, § 1er, b), du Code civil.

porter un enfant pour elle lorsqu'il s'agit de recourir à une mère porteuse non génétique, selon une interprétation du texte. Ainsi lue, la circonstance que cette femme soit homosexuelle ne fait pas l'objet d'une restriction dans le dispositif envisagé. Cette proposition ne semble pas exclure non plus l'hypothèse où un couple de lesbiennes est commanditaire [(195)].

Quant à la proposition n° 1271, ainsi que ses développements l'explicitent [(196)], elle est rédigée en manière telle que des homosexuels, féminins comme masculins, vivant seuls ou non, puissent recourir à la gestation pour autrui, sauf si sa rédaction devait être revue à la suite de l'exposé fait plus haut, au n° 97, sur les difficultés d'interprétation de ce texte [(197)].

101. Sur la question de l'admissibilité des homosexuels à la parenté, il est renvoyé à l'avis portant les n[os] 38.817/AG et suivants, donné le 20 septembre 2005 sur des propositions de loi et des amendements relatifs à l'adoption monosexuée et la beau-parenté, spécialement aux considérations suivantes qu'il contient :

> "53. [...] Si le législateur choisit de permettre l'adoption aux couples homosexuels, il doit alors, toujours conformément aux critères généraux d'appréciation de la compatibilité des règles de droit avec les principes d'égalité et de non-discrimination, être en mesure de justifier que l'identité de traitement applicable à des situations différentes est raisonnablement justifiée, dans le respect du principe de proportionnalité [...], en ayant égard tout spécialement à l'intérêt de l'enfant [...]. En effet, en élargissant la possibilité d'adopter aux couples homosexuels, la proposition n° 664 place sous une figure juridique identique, l'adoption, des situations de fait comportant des différences essentielles : celles dans lesquelles les adoptants sont de sexe différent et celles dans lesquelles ils sont de même sexe, alors spécialement que les enfants sont nécessairement et naturellement issus de gamètes mixtes et que l'adoption réduit, dans le cas de l'adoption simple [(198)], ou annihile de manière presque complète, dans le cas de l'adoption plénière [(199)], la relation juridique établie au départ entre l'enfant

---

(195) Voir toutefois l'observation faite sous le n° 120.

(196) Page 4 des développements de la proposition.

(197) Voir toutefois l'observation faite sous le n° 134, à lire en combinaison avec celle faite sous le n° 120.

(198) *Note n° 297 de l'avis :* Voir les articles 353-14, alinéa 3, et 353-15, première phrase, portant respectivement sur les obligations alimentaires entre l'adopté et ses parents d'origine et sur les droits héréditaires de l'adopté et de ses descendants dans leur famille d'origine.

(199) *Note n° 298 de l'avis :* Article 356-1, alinéa 2, du Code civil (« [...] [L]'enfant qui fait l'objet d'une adoption plénière cesse d'appartenir à sa famille d'origine »), sous la réserve du maintien des empêchements à mariage (même disposition) et de l'hypothèse où l'enfant est adopté par le conjoint ou le cohabitant de son parent ou de son parent adoptif (article 356-1, alinéa 3, du Code civil).

et ses parents; dans les deux cas, l'adoption a au minimum pour effet de conférer l'autorité parentale aux adoptants [200] et instaure les obligations prévues par l'article 203 du Code civil et des obligations alimentaires entre les adoptants et l'adopté, ces dernières étant réciproques [201]. La proposition a donc pour effet de réunir sous une même institution les situations dans lesquelles les enfants concernés disposent d'une référence de type parental bisexuée, issue de l'adoption, prolongeant celle résultant de leur conception, et celles dans lesquelles les enfants concernés voient cette référence fondamentalement modifiée.

54. En soi, l'identité de traitement de ces situations différentes qui vient d'être caractérisée demande à être justifiée au regard des critères précités de compatibilité avec les principes d'égalité et de non-discrimination. Comme la différence de situation porte sur une donnée importante de la nature même de la conception de la vie et de l'histoire de la société humaine, soit l'origine bisexuée d'un enfant et son appartenance de principe à un ménage de même nature, elle doit faire l'objet d'une justification particulièrement exigeante" [202].

Toutefois, si la proposition n° 51-664/1 modifiant le Code civil afin d'autoriser l'adoption par les couples homosexuels, votée après amendements par la Chambre des représentants et devenue un projet de loi évoqué par le Sénat [203], est adoptée par le pouvoir législatif, une situation juridique nouvelle sera créée. Dès lors que le Code civil aurait été ainsi modifié, il appartiendrait au législateur d'apprécier si les similitudes et les différences entre l'adoption et le recours à la gestation pour autrui recommandent de suivre l'option qui aurait été prise en matière d'adoption monosexuée ou au contraire commandent, comme dans la proposition n° 417 que la gestation pour autrui soit réservée à des couples hétérosexuels; il devrait aussi être en mesure de justifier l'option prise.

102. Si les couples de lesbiennes se voient reconnaître le droit de recourir aux techniques envisagées par les propositions, il appartiendra au législateur d'apprécier si la gestation pour autrui ne devrait pas être également accessible aux homosexuels masculins, vivant seuls ou en couple; ici aussi, il devra être en mesure de justifier l'option prise.

---

[200] *Note n° 299 de l'avis :* Articles 353-8, 353-9 et 356-1, alinéa 1er, du Code civil.

[201] *Note n° 300 de l'avis :* Articles 353-14 et 356-1, alinéa 1er, du Code civil.

[202] Avis 38.817/AG du 20 septembre 2005, *Doc. parl.*, Chambre, 2004-2005, n° 51-393/2, pp. 67 à 68.

[203] *Doc. parl.*, Sénat, 2005-2006, n° 1460/1.

g) La comparaison avec les règles relatives à l'adoption

103. Il a été fait état ci-avant, sous les n[os] 83 à 102, de la comparaison entre certaines règles actuellement en vigueur ou qui pourraient l'être prochainement en matière d'adoption et celles qui résulteraient des propositions à l'examen, et des questions juridiques que cette comparaison appelle. Il est renvoyé aux observations formulées à cet égard.

Une question supplémentaire doit être soulevée.

Dès lors que les personnes recourant à la gestation pour autrui et à la procréation médicalement assistée se verraient conférer les pleines attributions résultant de la qualité de père ou de mère de l'enfant concerné, attachées à leur autorité parentale et aux obligations d'hébergement, d'entretien, de surveillance, d'éducation et de formation de l'enfant qui en découlent, les exigences prévues par le Code civil et le Code judiciaire en matière d'adoption pour garantir la qualification et l'aptitude de l'adulte concerné à la prise en charge d'un enfant [(204)] paraissent, pour les mêmes motifs que ceux qui ont commandé le vote de ces dispositions, devoir être transposées aux situations ici envisagées.

À tout le moins, l'absence de ces exigences ou leur atténuation doit pouvoir faire l'objet d'une justification particulièrement approfondie, compte tenu de ce que ces exigences trouvent fondamentalement leur source dans l'obligation de faire prévaloir l'intérêt de l'enfant et qu'au demeurant elles visent à prévenir également, dans l'intérêt des adoptants eux-mêmes, d'éventuelles difficultés entre ceux-ci et les enfants concernés [(205)].

h) La prise en compte des intérêts légitimes de la personne qui partage la vie de l'adulte concerné

104. La décision de concevoir un enfant, de commencer une grossesse, de la mener à son terme, de garder l'enfant né, de le céder à d'autres personnes anticipativement à la naissance, et, de manière générale, de participer à toutes les décisions envisageables dans le cadre de la

---

[(204)] Voir notamment les articles 346-1 et 346-2 du Code civil.

[(205)] En ce sens également, l'avis précité portant les n[os] 38.817/AG et suivants, donné sur des propositions de loi et des amendements relatifs à l'adoption monosexuée et la beau-parenté n° 64.

procréation médicalement assistée et de la gestation pour autrui, intéressent au premier chef la femme appelée à mener la grossesse, mais elle concerne aussi la personne qui partage la vie du commanditaire ou de la mère porteuse.

Tel est plus particulièrement le cas lorsque cette personne est aussi le donateur de la gamète ayant contribué à former l'embryon.

Il n'appartient pas au Conseil d'État, mais bien au législateur, d'examiner toutes les situations envisageables.

Au regard du droit à la vie familiale, il se conçoit difficilement que, lorsqu'une personne concernée vit en couple, elle puisse, sans impliquer, d'une manière ou d'une autre, la personne qui partage sa vie, décider de proposer ses services comme mère porteuse ou faire appel à la procréation médicalement assistée ou à la gestation pour autrui pour avoir un enfant [(206)].

Il revient au législateur de déterminer jusqu'à quel point doit aller l'implication de la personne partageant la vie des intéressés et selon quelle modalité procédurale elle sera mise en oeuvre.

IV. OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

Introduction et observations communes aux propositions n[os] 417, 1230 et 1271

105. Les questions paraissant les plus importantes, au regard des droits fondamentaux et des principes d'égalité et de non-discrimination, ont été traitées ci-avant, dans la partie III de l'avis.

---

(206) En ce sens notamment, l'arrêt Keegan du 26 mai 1994, § 55 (voir le n° 47, *in fine*).

Les observations qui suivent, sans être exhaustives, tendent à les compléter, essentiellement sur des questions de clarté du texte, de sécurité juridique, de cohérence interne ou d'articulation avec d'autres législations en vigueur [(207)].

106. Préalablement, il convient de faire état de questions non réglées par les propositions n[os] 417, 1230 et 1271, qui autorisent le recours conditionnel à la gestation pour autrui.

107. La question se pose ainsi de savoir ce qu'il adviendra si l'une des parties à la convention portant sur la gestation pour autrui souhaite y mettre fin [(208)].

Les cas de figure suivants peuvent être notamment envisagés :

a) Si la mère porteuse met fin au contrat avant son insémination artificielle ou avant l'implantation de l'embryon dans son utérus, le commanditaire ne pourra réclamer l'exécution forcée en nature en vertu du principe "*nemo potest cogi ad factum*". On voit mal comment le législateur pourrait déroger à ce principe en l'espèce. Le commanditaire ne pourra donc réclamer que des dommages-intérêts.

b) Si les commanditaires ou le donneur mettent fin à la convention avant d'avoir donné leurs gamètes ou l'embryon, la mère porteuse ne pourra demander l'exécution forcée en nature en vertu du même adage. Elle pourra cependant demander des dommages-intérêts couvrant, par exemple, les dépenses qu'elle aurait déjà exposées en vue de sa gestation future.

c) Une fois la mère porteuse inséminée ou l'embryon implanté dans son utérus, le commanditaire ne peut plus rompre le contrat : sa filiation envers l'enfant qui naîtra sera automatique, à tout le moins dans le cadre des propositions n[os] 417 et 1319, sous la réserve de ce qui est exposé plus haut, sous les n[os] 83 à 92. En effet, l'interdiction absolue de porter atteinte à la dignité de la mère porteuse, à son intégrité physique, à sa liberté de conscience et de religion ainsi que le principe "*nemo potest cogi ad factum*" interdisent bien évidemment de la contraindre à avorter. Par ailleurs, si les commanditaires pouvaient refuser de voir leur filiation établie à l'égard de l'enfant, cela aurait pour conséquence que la mère porteuse, même si elle

---

[(207)] Voir les considérations introductives au présent avis, sous le n° 2.

[(208)] Voir aussi, plus haut, sous le n° 87.

n'en est pas la mère génétique, serait en conséquence sa mère légale, ce qu'elle n'a, en principe, pas voulu. Une telle conséquence serait inacceptable, non seulement pour la mère porteuse mais également pour l'enfant qui aurait pour mère une femme qui n'en a pas voulu. À partir du moment où le contrat est signé, rien ne peut plus faire obstacle à la paternité des commanditaires à l'égard de l'enfant à venir, même contre la volonté de ces derniers, sauf le recours à l'adoption au profit de tiers [(209)].

d) Une fois la mère porteuse inséminée ou l'embryon implanté dans son utérus, celle-ci peut-elle rompre le contrat, en recourant à l'avortement ?

Au point de vue pénal, il n'y a pas d'infraction en cas d'interruption de grossesse pratiquée sur une "femme enceinte" dans les conditions prévues par l'article 350 du Code pénal. Le droit pénal étant d'interprétation restrictive, la "femme enceinte" est, dans tous les cas, la porteuse et non la mère commanditaire. C'est à la femme enceinte seule à décider, l'article 350 précité ne prévoyant pas le consentement du père de l'enfant [(210)].

Mais qu'en sera-t-il au point de vue civil, dès lors que l'enfant que la mère porte est celui des commanditaires soit au point de vue légal soit au point de vue légal et génétique ? Il semble que seule la possibilité pour les commanditaires de demander des dommages-intérêts à la mère porteuse soit ouverte.

A. La proposition n° 417

108. À l'article 2, les définitions appellent les observations suivantes :

a) Les définitions du "couple stérile" et des "père et mère" précisent que, s'il s'agit de personnes mariées, elles doivent être "non séparées de fait". On suppose que la notion de séparation de fait doit s'entendre de la même manière qu'en matière de divorce : il s'agirait non seulement de la séparation de fait mais aussi de la séparation de droit, c'est-à-dire une séparation

---

(209) *Ibid.*

(210) Cette exclusion du père ne viole pas, selon la Cour d'arbitrage, les articles 10 et 11 de la Constitution (C.A., n° 39/91, 19 décembre 1991).

faisant suite à une décision judiciaire ou une séparation de corps. On suppose également que le recours à la gestation pour autrui ne sera pas possible lorsque les époux, bien que non encore séparés, sont engagés dans une instance en divorce ou en séparation de corps.

Tous ces éléments devraient être précisés.

La même observation vaut pour l'article 5, § 1er.

b) La définition de la "mère porteuse", au troisième tiret, manque de clarté, notamment en ce qu'elle vise la femme qui porte l'enfant conçu à partir des gamètes "d'un donneur ou de ses propres gamètes". Elle est également incomplète dès lors qu'elle a pour objet de décrire tous les cas de mère porteuse, même ceux qui sont interdits. En effet, une mère porteuse peut porter un enfant conçu :

- à partir des gamètes du couple stérile;

- à partir de ses propres gamètes et de celles de l'homme du couple stérile;

- à partir de ses propres gamètes et de celles d'un tiers donneur masculin, qui pourrait être son mari;

- à partir des gamètes de l'homme du couple stérile et de celles d'une tierce donneuse;

- à partir des gamètes d'un tiers donneur et d'une tierce donneuse.

Par ailleurs, pour qu'il y ait une "mère porteuse", il n'est pas nécessaire que le contrat soit conclu avec un couple stérile. Il n'est nullement à exclure qu'un couple fécond recoure à une mère porteuse dans le seul but de s'éviter les inconvénients d'une maternité.

Il semble que tous ces cas pourraient êtres subsumés sous l'hypothèse générale d'une femme qui porte un enfant avec l'intention de le remettre à un ou à des tiers après la naissance.

c) Dans la définition de la "mère porteuse traditionnelle" (la "mère de substitution" au sens du présent avis), il n'y a pas lieu de viser uniquement l'insémination "artificielle". En effet, la situation serait identique en cas d'insémination naturelle, résultant de rapports sexuels.

La suite de la proposition, notamment l'article 5, § 3, sera revue en conséquence.

d) S'il est recouru à la gestation pour autrui par un couple non marié, on suppose qu'aucun des membres du couple ne peut être encore engagé dans un mariage ou une cohabitation légale non dissoute.

Il y a lieu de le préciser.

109. L'article 5, § 1er, de la proposition dispose :

> "[...] un couple stérile peut recourir à une mère porteuse si un médecin gynécologue constate par écrit que la femme de ce couple est dans l'impossibilité physiologique d'être enceinte du mari non séparé de fait ou du concubin, ou qu'elle se trouve confrontée au très grand risque qu'une grossesse ferait courir à sa propre santé ou à celle de l'enfant".

Les développements précisent que l'impossibilité physique d'être enceinte résulte du fait que la femme a subi une hystérectomie ou est atteinte d'une anomalie de l'utérus.

Toutefois, en ne visant que l'impossibilité physiologique d'être enceinte du mari non séparé de fait ou du concubin, elle pourrait être interprétée :

- comme visant une impossibilité physiologique qui ne serait pas due à la femme mais au mari, ce qui n'est manifestement pas l'intention de l'auteur de la proposition puisque, dans ce cas, il suffit de recourir à l'insémination artificielle;

- comme pouvant s'appliquer au couple dont la femme ne peut plus avoir d'enfant en raison de son âge, puisqu'il n'est pas précisé, dans le texte même de la proposition, quelle doit être l'origine de l'impossibilité physiologique. En mentionnant, en page 8 des développements, qu'aucune limite d'âge n'est fixée pour les membres du couple stérile, la proposition accroît l'incertitude quant à la possibilité de recourir à la gestation pour autrui lorsque la stérilité du couple provient uniquement de l'âge de la femme.

110. En vertu de l'article 5, § 2, c), la mère porteuse ne peut être apparentée au couple, sauf s'il s'agit d'une soeur ou d'une parente au quatrième degré du mari, du concubin ou de l'épouse.

Cette disposition appelle les observations suivantes :

a) Elle ne comporte pas d'équivalent aux dispositions qui, en ce qui concerne le mariage, prohibent certaines unions en vue de prévenir des consanguinités préjudiciables.

b) Le principe, à savoir que la mère porteuse ne soit pas apparentée au couple stérile, semble vidé de son contenu puisque la proposition prévoit deux importantes exceptions.

c) Si ces exceptions sont maintenues, on n'aperçoit pas pour quelle raison d'autres exceptions, telle la parenté au troisième degré, ne pourraient être admises.

111. En vertu de l'article 5, § 2, a), la mère porteuse doit être célibataire, divorcée ou veuve. Les développements de la proposition justifient cette condition par le fait que,

> "[...] si cette dernière est mariée, on se heurte de front à la loi sur la filiation. En vertu de l'article l'article 315 du Code civil, si la gestatrice est mariée, son mari sera présumé être le père de l'enfant. Ce n'est pas le but recherché puisque ce n'est pas l'homme du couple stérile. De plus, l'article 332 du Code civil n'autorise pas le père biologique à contester la paternité du mari de la gestatrice, l'action en contestation de paternité étant réservée au mari, à la mère et à l'enfant."

Ces considérations ne sont cependant pas exactes dans le cadre d'une légalisation de la gestation pour autrui telle qu'elle est conçue par la proposition à l'examen. En effet, il résulte de l'article 6 de la proposition que le nom qui sera inscrit sur l'acte de naissance ne sera pas celui de la mère porteuse mais celui de la mère commanditaire. Il n'y a donc pas de risque que la présomption de paternité de l'article 315 du Code civil joue à l'égard du mari de la mère porteuse.

112. Selon l'article 5, § 3, alinéa 2, confirmé par les développements de la proposition [(211)], l'enfant ne peut être conçu qu'avec les gamètes provenant des deux membres du couple.

---

(211) Page 5, alinéa 4.

Cependant, d'autre passages des développements et, surtout, certaines dispositions de la proposition impliquent que l'enfant pourrait être conçu à partir de gamètes étrangers au couple. Plus particulièrement :

- l'alinéa 5, troisième tiret, de la page 5 des développements mentionne "l'enfant conçu à partir des gamètes du couple ou à partir de celles d'un proche";

- l'article 5, § 3, alinéa 1er, de la proposition mentionne à la fois la fécondation *in vitro* et l'insémination artificielle, alors que, si l'embryon est formé des gamètes du couple stérile, il ne peut qu'être "implanté" dans l'utérus de la mère porteuse et non y être inséminé : une insémination artificielle concerne l'hypothèse où la mère porteuse serait également la mère génétique et serait fécondée, par insémination artificielle, avec le sperme du mari du couple stérile;

- l'article 6 de la proposition donne des effets au recours à une mère porteuse génétique, qualifiée de "mère porteuse traditionnelle" par la proposition; de surcroît, la définition de la notion de "mère porteuse traditionnelle" inclut l'hypothèse d'un donneur de gamète (212).

La proposition doit être revue afin d'en assurer la cohérence, compte tenu en outre des observations faites plus haut sur l'admissibilité du recours aux procédés en cause par les personnes seules et les homosexuels (213).

---

(212) Article 2, quatrième tiret, de la proposition.

(213) Voir les nos 97, 98 et 100 à 102. Il est renvoyé aussi aux nos 23 à 25.

113. L'article 6 dispose :

> "En cas de recours à une mère porteuse gestationnelle ou traditionnelle, le nom du père est inscrit dans l'acte de naissance et la convention décrite à l'article 5, § 3, prévoit que le nom de l'épouse ou de la concubine du père figure dans l'acte de naissance comme étant la mère".

L'article 8 de la même proposition ajoute un second alinéa [(214)] à l'article 57 du Code civil, afin de prévoir que l'acte de naissance énonce :

> "En cas de recours à une mère porteuse conformément à la loi du ... relative aux mères porteuses, l'année, le jour, le lieu de naissance, le nom, les prénoms et le domicile de la mère et du père mentionnés comme tels dans la convention passée devant notaire".

Ce mécanisme déroge au droit commun lorsque les époux ne sont pas mariés. En effet, le père d'un enfant né hors mariage doit reconnaître ce dernier, sa filiation n'étant pas établie automatiquement.

114. À l'article 5, § 3, alinéa 3, il est procédé par un renvoi à une réglementation résultant d'un arrêté royal.

Le procédé de la législation par référence n'est pas indiqué, étant de nature à susciter des difficultés en cas de modification du texte auquel il est renvoyé. Il est encore moins recommandé lorsque le renvoi se fait d'une loi à un arrêté royal.

115. La proposition opte pour l'établissement direct d'un lien de filiation, dès la naissance, entre l'enfant et les commanditaires.

Cependant, la gestation pour autrui introduit des distorsions entre la filiation paternelle et maternelle légale, la paternité génétique, la maternité génétique et la maternité "gestative". Il y a lieu de rendre, semble-t-il, la filiation légale inattaquable, sauf cas particuliers. La mère porteuse et les éventuels donneurs de gamètes devraient ne pas pouvoir contester la filiation des commanditaires et ces derniers devraient ne pas pouvoir contester leur propre paternité et

---

[(214)] Il devrait s'agir plutôt, semble-t-il, d'un 4° nouveau de l'article 57 du Code civil, sauf à revoir entièrement la rédaction de l'alinéa pour y placer un verbe principal et mieux exprimer que la disposition en projet déroge au 2° actuel de l'article 57, ce qui paraît en toute hypothèse souhaitable.

maternité. L'enfant, lui non plus, ne devrait pas pouvoir contester la paternité de ses parents commanditaires.

Un cas particulier auquel il vient d'être fait allusion ci-avant est, selon les développements de la proposition, celui où "par exemple le couple [commanditaire] se rend compte que la mère porteuse leur a remis un enfant qui n'a pas été conçu à partir de leurs gamètes", puisque, selon cette proposition, seule l'hypothèse de la femme qui porte l'enfant conçu avec les gamètes du couple est possible.

Dès lors, à l'article 9 de la proposition qui dispose que

> "[l]e père et la mère disposent de l'action en contestation de maternité en vertu de l'article 312, § 2, du [Code civil] et de l'action en contestation de paternité en vertu de l'article332 de ce même Code",

il y aurait lieu de préciser que l'action ne sera recevable que si elle invoque le fait que l'enfant n'a pas été conçu avec les gamètes provenant du couple. Autrement dit, le texte doit être rédigé en manière telle que le seul fait que la mère commanditaire n'a pas été celle qui a mis l'enfant au monde ne pourrait suffire à contester victorieusement sa maternité.

116. Même ainsi modifié, l'article 9 de la proposition appelle par ailleurs les observations suivantes :

a) Cette disposition porte sur "le père et la mère".

Or, les actions en contestation d'état ne sont pas réservées uniquement au père et à la mère. En vertu de l'article 332, la paternité établie en vertu de l'article 315 peut être contestée par le mari, par la mère et par l'enfant. En vertu de l'article 332*bis*, les autres actions en contestation d'état appartiennent à toute personne justifiant d'un intérêt qui ne soit pas purement patrimonial.

On peut supposer que l'auteur de la proposition à également entendu viser toutes les personnes qui pourraient contester la paternité ou la maternité. Il y aurait lieu de le préciser.

b) La référence à l'article 332 du Code civil semble insuffisante. En effet, cet article ne concerne que la contestation de la paternité établie en vertu de l'article 315, c'est-à-dire la paternité fondée sur le mariage. Dans le cas d'un couple commanditaire non marié, l'homme ne pourrait donc pas contester sa paternité dans le cas particulier précité, ce qui ne semble pas admissible au regard des articles 10 et 11 de la Constitution.

c) Si les actions en contestation de paternité et de maternité aboutissent, l'enfant se retrouvera sans père ni mère, à moins que, dans l'hypothèse où il serait issu du rapprochement sexuel de la mère porteuse et d'un autre homme que le commanditaire, ces derniers le reconnaissent. Qu'en sera-t-il cependant si le problème ne provient pas de la mère porteuse qui aurait eu des rapports sexuels au moment du "cycle du traitement" mais d'une erreur du laboratoire médical ?

117. L'article 10 appelle les observations suivantes :

a) Le paragraphe 5 en projet de l'article 312 du Code civil dispose que l'action en contestation n'est pas recevable si elle émane de la mère porteuse.

Cependant, dans l'hypothèse visée dans les développements de l'article 9, ne faudrait-il pas ouvrir l'action en contestation à la mère porteuse, à tout le moins tant qu'il n'y a pas possession d'état à l'égard de la mère commanditaire ? En effet cette mère porteuse serait, dans cette hypothèse, un tiers intéressé au sens de l'article 332*bis* du Code civil.

b) À l'article 312 du Code civil, proposé par l'article 10 de la proposition, l'utilité du paragraphe 4 proposé n'apparaît pas, dès lors que le paragraphe 3 actuel dispose déjà que

> "[l]'action en contestation n'est toutefois pas recevable s'il y a possession d'état conforme à l'acte de naissance",

à moins que l'auteur de la proposition n'entende distinguer la "possession d'état" et le fait "d'avoir élevé l'enfant comme le sien".

En ce cas, cette distinction devrait être explicitée dans les travaux parlementaires.

118. L'article 11, § 2, est incohérent lorsqu'à sa première phrase il fait de l'existence d'un but lucratif un élément constitutif de l'infraction et qu'à sa seconde il en fait une circonstance aggravante.

B. La proposition n° 1230

119. Il y a contradiction entre plusieurs articles de la proposition en ce qui concerne la détermination du moment où la mère porteuse renonce à sa maternité à l'égard de l'enfant qu'elle a porté.

En vertu de l'article 4, § 4, cette renonciation se fait au moment de la conclusion de la convention. En vertu de l'article 348-4, alinéa 1er, *in fine*, du Code civil proposé par l'article 9, le consentement à l'adoption peut être donné "dès la naissance". Enfin, selon l'article 8, la convention est considérée comme une déclaration d'adoption préalable "dès qu'il est constaté que la procédure de maternité de substitution a abouti à une grossesse chez la mère porteuse".

La cohérence du dispositif devrait être rétablie.

120. L'article 2, 2° et 3°, de la proposition mentionne "une femme qui, pour des raisons médicales, ne peut donner naissance à un enfant". L'article 4, § 1er, de la proposition dispose qu'

> "une femme stérile peut recourir à une mère porteuse si un médecin gynécologue constate par écrit que cette femme est dans l'impossibilité physiologique d'être enceinte en raison d'une absence congénitale ou acquise de la matrice ou d'un dysfonctionnement de celle-ci, que la grossesse met sa vie en danger et est par conséquent tout à fait contre-indiquée ou qu'une grossesse de la femme en question mettrait en danger la vie de l'enfant".

Le recours à la gestation pour autrui a donc un but "thérapeutique", non pas en ce sens qu'il vise à guérir un problème physiologique mais en ce sens qu'il vise à rendre possible ce qui aurait pu se produire naturellement si une complication physiologique, congénitale ou acquise, ne s'était présenté. Il ne peut donc être recouru à la gestation pour autrui pour des raisons esthétiques ou de convenance, par exemple pour éviter les désagréments d'une maternité et d'un accouchement ou les conséquences qu'ils entraînent au point de vue professionnel. Cette technique n'est pas davantage offerte aux femmes qui ne peuvent plus avoir d'enfant en raison

de leur âge. Il ne peut pas non plus être recouru à la gestation pour autrui par un homme seul ou par un couple homosexuel puisque, dans ces cas, ce n'est nullement en raison d'une complication physiologique qu'un enfant ne peut être conçu mais pour des raisons qui tiennent à la nature des choses.

Si l'on se place dans une optique purement thérapeutique, qui vise a rendre possible ce que seul une complication physiologique a empêché, voire des complications (au pluriel) si l'homme est lui aussi stérile, la proposition suscite la question de savoir s'il ne faudrait pas viser "un couple dont la femme au moins est stérile" et non "une femme stérile". En effet, seul un couple peut concevoir naturellement un enfant et non une personne seule.

121. En cas de recours à une mère porteuse génétique, appelée "maternité de substitution de basse technologie" dans la proposition, les gamètes proviendront nécessairement, selon celle-ci, de la mère porteuse et du "partenaire" de la femme stérile.

En cas de recours à une mère porteuse non génétique, appelée "maternité de substitution de haute technologie" dans la proposition, il se peut, en vertu de l'article 2, 5°, que seul l'ovule de la femme stérile ou seul le sperme de son "partenaire" soit utilisé pour concevoir l'embryon, l'autre élément provenant d'un donneur [(215)].

L'article 2, 6°, manque cependant de clarté à cet égard puisqu'il vise une grossesse pour laquelle il a été fait usage "du sperme ou d'un ovule d'un parent demandeur ou d'un embryon provenant de parents demandeurs". Pour mettre l'article 2, 6° en concordance avec l'article 2, 5°, il faudrait écrire, semble-t-il :

> "[...] une grossesse pour laquelle il a été fait usage du sperme du père demandeur ou d'un embryon pour la création duquel l'ovule ou le sperme ou les deux proviennent de parents demandeurs".

En tout état de cause, ces difficultés confirment que, conformément à ce qui a été exposé plus haut, sous le n° 97, la détermination des personnes pouvant faire appel à la gestation pour autrui doit être clarifiée dans le dispositif.

[(215)] Sur ces questions, voir le n° 97, plus haut.

122. La proposition ne prévoit aucun empêchement lié à la parenté ou à l'alliance entre la mère porteuse et le commanditaire. Il résulte même de l'article 4, § 2, A, premier tiret, que la mère porteuse peut être la mère d'un des parents demandeurs.

La proposition devrait être complétée afin de prévoir des dispositions analogues à celles qui, en ce qui concerne le mariage, prohibent certaines unions en vue de prévenir des consanguinités préjudiciables.

123. À l'article 4, § 2, A, deuxième tiret, il est prévu que, pour être mère porteuse, il faut

> "avoir donné naissance à au moins un enfant vivant".

On peut supposer que ce texte signifie que l'enfant doit encore être vivant au moment de la convention, et non qu'il doit avoir été vivant à sa naissance. Ceci gagnerait à être clarifié.

Il conviendrait aussi de régler l'hypothèse où l'enfant devait mourir entre la convention et le début de la grossesse concernée par celle-ci.

124. L'article 4, § 2, C, cinquième tiret, dispose :

> "Les parents demandeurs et les parents porteurs sont de nationalité belge ou ont une résidence fixe en Belgique".

Il appartient au législateur de justifier, au regard du droit européen, pour quelle raison un citoyen d'un État membre de l'Union européenne, de l'Espace économique européen ou d'un État lié avec l'Union européenne par un traité de libre circulation des personnes ne pourrait recourir à la maternité de substitution en Belgique.

125. L'article 4, § 3, fait état d'un arrêté royal du 4 juin 2003 "réglant le remboursement des frais de fécondation in vitro". Or, aucun arrêté du 4 juin 2003 ne porte cet intitulé.

En toute hypothèse, le procédé de la législation par référence n'est pas indiqué, étant de nature à susciter des difficultés en cas de modification du texte auquel il est renvoyé. Il est encore moins recommandé lorsque le renvoi se fait d'une loi à un arrêté royal. La même observation vaut pour l'article 7.

126. L'article 4, § 4, alinéa 1er, huitième tiret, dispose que

> "[c]'est la mère porteuse qui décide en dernier ressort, au cas où sa vie ou sa santé viendrait à être menacée au cours de la grossesse ou de l'accouchement".

La proposition ne précise pas quel est l'objet de la décision.

En ce qu'elle vise la "grossesse", la proposition fait allusion, semble-t-il, à l'avortement. Sur cette question, il est renvoyé au n° 107, d), plus haut.

127. L'article 4, § 4, alinéa 1er, dixième tiret, dispose que

> "[l]a question de la responsabilité est clairement réglée en cas de décès de l'un des parents demandeurs ou de divorce de ceux-ci".

L'usage du mot "responsabilité" n'est pas adéquat.

Si l'un des parents demandeurs décède, dans la logique d'un système admettant la gestation pour autrui, c'est l'autre parent qui sera le père ou la mère, en l'espèce adoptifs, de l'enfant. Il n'y a pas là matière à convention.

Quant au divorce, une convention ne peut intervenir, entre les époux, qu'au moment où ils décident d'entamer une procédure de divorce par consentement mutuel. Cette convention ne peut cependant régler l'autorité sur la personne et l'administration des biens de l'enfant puisque ce dernier, par hypothèse, n'a pas encore été adopté. Dès lors que l'on admet le principe de la gestation pour autrui, les deux commanditaires devraient, semble-t-il, respecter leurs engagements et adopter tous les deux l'enfant, nonobstant leur divorce. La situation de cet enfant ne sera pas différente de celle d'enfants conçus naturellement dont les parents divorcent avant la naissance.

128. L'article 4, § 4, alinéa 1er, dernier tiret, dispose que,

> "[d]urant le cycle de traitement, la mère porteuse prend des mesures de contraception".

Il y a lieu de prévoir que la mère porteuse prend les mesures afin de prévenir une autre grossesse que celle résultant de l'insémination artificielle. En effet, le mot "contraception", dans le texte français, pourrait laisser penser que seules des techniques artificielles peuvent être utilisées. Sous peine de violer le droit au respect de la vie privée de la mère porteuse ainsi que son droit à la liberté de conscience et de religion, il ne peut lui être imposé de telles techniques : elle doit rester libre de choisir le moyen de ne pas tomber enceinte.

129. À l'article 5, alinéa 1er, les mots "voor te stellen" et "de verser" ne correspondent pas. La version française paraît contenir une disposition redondante sur l'interdiction de la rétribution.

Le texte sera revu.

130. Aux termes de l'article 6,

> "Le Roi crée un centre pluraliste francophone et un centre pluraliste néerlandophone de la maternité de substitution, liés à un ou plusieurs hôpitaux universitaires. Ces centres ont pour mission d'assurer l'accompagnement médical, psychique, social et juridique du (des) parent(s) demandeur(s) et de la mère porteuse. Tous les deux ans, ils publient un rapport, mentionnant le nombre de demandes de maternité de substitution, les grossesses réalisées, les complications éventuelles et les motifs de refus ou de suspension d'un traitement. Ils entament également une étude de suivi à long terme d'un maximum d'enfants nés dans le cadre d'une maternité de substitution". (216)

Or, le commentaire de cette disposition précise :

> "L'existence de ces centres n'exclut pas la possibilité de pratiquer une FIV à l'extérieur d'un centre, dans le cadre de la maternité de substitution elle-même. Il est indispensable de prévoir un accompagnement aussi bien pour la maternité de substitution de haute technologie que pour la maternité de substitution de basse technologie, car les différents écueils susceptibles de faire échouer les conventions sont identiques dans les deux cas. Ce centre sera de préférence pluraliste et il travaillera en collaboration avec les centres de FIV agréés".

Le dispositif gagnerait à traduire l'idée ainsi exprimée.

---

(216) Voir aussi l'article 4, § 2, C, premier tiret, de la proposition.

131. La proposition opte pour l'adoption de l'enfant par les commanditaires et modifie, en conséquence, certains articles du Code civil et du Code judiciaire consacrés à l'adoption. Cela suppose donc que l'enfant sera déclaré, à l'officier de l'état civil, comme étant né de la mère porteuse qui sera sa mère légale. Si elle est mariée, son mari sera le père de l'enfant.

Le recours à l'adoption appelle les observations suivantes :

a) Dans l'hypothèse du recours à une mère porteuse génétique, appelée la maternité de substitution de basse technologie dans la proposition, et dans l'hypothèse du recours à la mère porteuse non génétique, appelée la maternité de substitution de haute technologie, lorsque le "partenaire" de la mère a fourni le sperme, le recours à l'adoption par le père commanditaire n'est nullement nécessaire : il suffit qu'il reconnaisse l'enfant, ce qui ne sera possible - il est vrai - que si la mère porteuse n'est pas mariée et que si elle donne son consentement. L'enfant aura donc pour mère la gestatrice et pour père le père commanditaire.

Ce n'est que dans l'hypothèse du recours à la mère porteuse non génétique, lorsque le père commanditaire n'a pas fourni son sperme, qu'une adoption sera inévitable, à défaut, pour la proposition, de prévoir un système de filiation "directe".

En ce qui concerne la mère commanditaire, le recours à l'adoption ne sera pas non plus nécessaire dans tous les cas. Si la mère commanditaire a fourni ses ovules, une action en contestation de maternité devrait être possible. Ce n'est que si la mère commanditaire n'a pas fourni ses ovules que le recours à l'adoption s'avère indispensable, à défaut toujours de prévoir un système de filiation "directe".

b) Le recours au mécanisme de l'adoption pose problème dès lors que le tribunal pourrait refuser de prononcer l'adoption. Qu'adviendra-t-il dans ce cas ?

c) L'article 13 dispose :

> "Le père et la mère disposent de l'action en contestation de maternité en vertu de l'article 312, § 2, du [Code civil] et de l'action en contestation de paternité en vertu de l'article 332 de ce même Code".

Selon les développements de la proposition,

> "[s]i le(s) parent(s) demandeur(s) constatent que la mère porteuse leur a remis un enfant qui n'a pas été conçu avec leurs gamètes, ils disposent des actions en contestation [précitées]".

L'article 13 manque de cohérence avec l'économie générale de la proposition puisque celle-ci opte pour l'adoption et non pour l'établissement "direct" d'une filiation à l'égard des parents commanditaires.

Comme exposé ci-avant, au littera a), avant l'adoption ou avant une reconnaissance, il n'y aura, par définition, pas lieu à contester une paternité ou une maternité qui n'existe pas.

Après l'adoption, c'est une procédure de révocation qu'il faudrait introduire et non une procédure de contestation de paternité ou de maternité. La révocation n'est cependant possible qu'en cas d'adoption simple et pour des motifs "très graves" [(217)].

Il n'y a donc que dans l'hypothèse d'une reconnaissance qu'une contestation de celle-ci pourrait être introduite, conformément à l'article 330 du Code civil, s'il apparaissait que le consentement du reconnaissant a été vicié, en l'espèce par l'erreur ou le dol, et qu'il n'y a pas de possession d'état. Mais, dans cette hypothèse, on ne se situe pas dans le cadre des articles 312 et 332 qui ne concernent que la mère qui a accouché et son mari éventuel.

La même observation vaut pour les articles 14 et 15 de la proposition, qui semblent impliquer que la filiation ait été établie à l'égard des parents commanditaires, ce qui n'est pas le cas [(218)].

d) L'article 1231-9*bis* du Code judiciaire proposé par l'article 11 déroge à plusieurs dispositions du même Code qui tendent à prévoir le recueil de certains avis avant que le tribunal statue sur la demande d'adoption.

---

(217) Articles 354-1 à 354-3 du Code civil.

(218) Dans ces dispositions, les expressions "mère qui a élevé l'enfant comme le sien" et "s'il a élevé l'enfant comme le sien" sont en outre ambiguës, en ce qu'elles ne permettent pas de distinguer cette situation de celle de la possession d'état.

Il est renvoyé sur ce point à l'observation faite au n° 103, plus haut.

Par ailleurs, dans cette même disposition proposée, prévoir une audience "entre le 15ème et le 45ème jour du dépôt de la requête et du rapport de l'enquête sociale" n'a pas de sens puisque le dépôt de la requête et du rapport de l'enquête sociale ne se font pas à la même date. Il y a lieu de tenir compte également du dépôt de l'avis du ministère public.

132. L'article 16, § 3, est incohérent lorsqu'à sa première phrase il fait de l'existence d'un but lucratif un élément constitutif de l'infraction et qu'à sa seconde il en fait une circonstance aggravante.

C. La proposition n° 1271

133. À l'article 2, second tiret, les mots "et qui assume l'autorité parentale sur l'enfant et son éducation" n'ont pas pour objet de définir la notion de "parent demandeur" mais de prescrire un effet du recours à la gestation pour autrui en ce qui concerne ce parent.

Pareille disposition n'a pas sa place dans un texte qui contient des définitions.

Plus fondamentalement, l'obligation prescrite par le membre de phrase examiné ne doit pas être confirmée dans le dispositif puisque l'autorité parentale et le devoir d'éducation résultent de plein droit de la qualité de parent qui sera attachée, sur la base notamment de l'article 9 de la proposition, à la qualité de parent commanditaire lors de la naissance de l'enfant [(219)]. D'autres effets sont par ailleurs attachés à la filiation qui résultera de l'exécution de la convention portant sur la gestation pour autrui, qui ne sauraient être restreints comme une lecture *a contrario* du texte pourrait le laisser entendre.

134. L'article 4, § 1er, dispose qu'

> "un parent demandeur [, c'est-à-dire, selon l'article 2, un homme, une femme ou un couple] peut recourir à une mère porteuse [...] lorsqu'un médecin constate par écrit qu'il est physiologiquement incapable de procréer ou, le cas échéant, qu'une grossesse entraîne un risque trop grand pour la santé de la femme ou de l'enfant".

---

(219) Article 203, § 1er, alinéa 1er, et titre IX du livre Ier du Code civil.

Ce texte est particulièrement flou, en ce qu'il vise une "incapacité physiologique de procréer", sans préciser ce que recouvre cette notion qui, de plus, peut s'appliquer à un homme, à une femme ou à un couple. Telle qu'elle est rédigée, elle peut être interprétée très largement, comme concernant toute incapacité de procréer, même si elle n'est pas due à des motifs médicaux.

Toutefois, la mention d'un constat médical [220] semble impliquer que seule une complication physiologique pourrait justifier le recours à la gestation pour autrui et non une impossibilité physiologique découlant de la nature des choses, comme pour une homme seul ou un couple homosexuel. On se trouverait alors dans la même hypothèse que celle de la proposition n° 1230 [221], et ce d'autant plus que les développements font référence à l'absence d'utérus ou à son mauvais fonctionnement.

D'une manière plus générale, les développements de la proposition ne permettent pas de distinguer entre l'ensemble des hypothèses où il pourrait être recouru, en fait, à la gestation pour autrui et les seules hypothèses que la proposition entend légaliser.

Le texte sera clarifié sur ces importantes questions.

135. La proposition ne prévoit aucun empêchement lié à la parenté ou à l'alliance entre la mère porteuse et le commanditaire. Il résulte même de l'article 4, § 2, A, premier tiret, que la mère porteuse peut être la mère d'un des parents demandeurs.

La proposition devrait être complétée afin de prévoir des dispositions analogues à celles qui, en ce qui concerne le mariage, prohibent certaines unions en vue de prévenir des consanguinités préjudiciables.

136. En vertu de l'article 4, § 1er, un parent commanditaire ne peut recourir à une mère porteuse que lorsqu'un médecin constate qu'"il" est physiologiquement incapable de procréer. Ce commanditaire peut, en vertu de l'article 2, être un homme, une femme ou un couple.

---

[220] Le commentaire de la disposition précise que le médecin devrait être un gynécologue, ce que le dispositif ne confirme pas.

[221] Voir le n° 120.

La combinaison de ces deux dispositions, dans le cas où c'est un couple qui agit comme parent commanditaire, pose problème. Il est inadéquat de prévoir que le couple doit être stérile. Si tel est le cas, la stérilité doit provenir de la femme : dans le cas contraire, il suffirait de procéder à une insémination artificielle avec donneur. Si la femme est stérile, la fécondité du mari est, au contraire, nécessaire puisqu'en vertu de l'article 4, § 2, le recours à une mère porteuse n'est autorisé que s'il est établi qu'il existera un lien de parenté génétique entre au moins un des parents demandeurs et l'enfant.

Le texte sera revu.

137. À l'article 4, § 3, alinéa 2, il y a lieu d'écrire :

"Outre les obligations...".

138. À l'article 4, § 4, il est procédé par un renvoi à une réglementation résultant d'un arrêté royal.

Le procédé de la législation par référence n'est pas indiqué, étant de nature à susciter des difficultés en cas de modification du texte auquel il est renvoyé. Il est encore moins recommandé lorsque le renvoi se fait d'une loi à un arrêté royal.

139. Les articles 5, quatrième tiret, et 6, dernier alinéa, utilisent l'acronyme "MST".

Mieux vaut écrire en toutes lettres : "maladies sexuellement transmissibles".

140. À l'article 6, ce n'est qu'au quatrième tiret qu'il est précisé que la condition qu'elle impose est requise "avant la signature de l'acte authentique visé à l'article 4, § 3".

Il y a lieu de clarifier le texte pour indiquer si cette exigence ne s'applique pas aussi aux autres conditions prescrites ou à certaines d'entre elles. Tel semble être le cas, en toute hypothèse, pour les trois premières conditions énoncées.

141. L'article 6, cinquième tiret, prévoit une limite d'âge pour la mère commanditaire lorsque c'est elle qui demande à une femme d'être porteuse. Elle ne fixe cette limite que dans l'hypothèse où elle donne ses ovocytes, c'est-à-dire celle de la mère porteuse non génétique.

Le dispositif n'empêche toutefois pas que, dans cette dernière hypothèse, le "partenaire" introduise la demande seul, indépendamment de l'âge de la femme qui partage sa vie [(222)].

Il résulte également du texte qu'en cas de recours à une femme porteuse génétique, l'âge de la commanditaire n'est pas limité.

142. À l'article 7, l'interdiction faite au "partenaire" de la mère porteuse de "donner des gamètes en vue de la gestation pour le compte du parent demandeur" est justifiée, dans son commentaire, par la nécessité d'"exclure toute contestation de paternité par [c]e partenaire [...]".

On suppose que le commentaire entend par là qu'il y a lieu d'éviter toute contestation sur la paternité de l'enfant découlant de son attribution aux commanditaires [(223)].

Le même objectif pourrait être atteint en complétant de manière expresse le Code civil afin d'éviter qu'en cas de recours aux gamètes du "partenaire" de la mère porteuse, celui-ci puisse se voir attribuer la paternité de l'enfant lorsqu'il est établi qu'il savait que ce don de gamète était conçu dans un contexte de convention de mère porteuse [(224)].

La notion de "partenaire" devrait en outre être précisée.

143. La proposition contient des contradictions sur la question du recours à la filiation "directe" entre les commanditaires et l'enfant né par le recours à la gestation pour autrui.

Les développements exposent, en page 4, que

> "la présente proposition opte en quelque sorte pour l'adoption d'un enfant avant sa conception et, à cette fin, pour la conclusion d'un contrat par les parents demandeurs avec la mère porteuse" [(225)].

---

(222) Voir le n° 97, plus haut.

(223) Voir l'article 9 de la proposition.

(224) Voir l'observation suivante; voir aussi, plus haut, le n° 104.

(225) Voir également, p. 7, le commentaire de l'article 9.

Les mêmes développements font un lien entre le recours à la gestation pour autrui par un couple homosexuel et la possibilité donnée à ce dernier d'adopter un enfant. Cependant, dans le texte de la proposition, il n'est nullement question d'adoption et aucun article du Code civil ou du Code judiciaire relatif à l'adoption n'est modifié pour tenir compte de la gestation pour autrui. Au contraire, l'article 9, alinéa 1er, dispose que

> "Le nom du parent demandeur est mentionné dans l'acte de naissance. À cet effet, l'acte notarié visé à l'article 4, § 3, est transmis à l'officier de l'état civil".

On suppose que, si le parent commanditaire ("parent demandeur") est marié ou vit en cohabitation, son conjoint ou son cohabitant sera obligatoirement également parent commanditaire et que, dès lors, son nom sera également mentionné dans l'acte de naissance, de la même manière que dans la proposition n° 417. Il y aurait lieu de le préciser.

144. La proposition opte pour l'établissement direct d'un lien de filiation, dès la naissance, entre l'enfant et les commanditaires.

Cependant, la gestation pour autrui introduit des distorsions entre la filiation paternelle et maternelle légale, la paternité génétique, la maternité génétique et la maternité "gestative". Il y a lieu de rendre, semble-t-il, la filiation légale inattaquable, sauf cas particuliers. La mère porteuse et les éventuels donneurs de gamètes devraient ne pas pouvoir contester la filiation des commanditaires et ces derniers devraient ne pas pouvoir contester leur propre paternité et maternité. L'enfant, lui non plus, ne devrait pas pouvoir contester la paternité de ses parents commanditaires.

Sur ces questions, la proposition appelle les observations suivantes :

a) Comme il a été mentionné ci-avant, sous le n° 143, l'article 9, alinéa 1er, première phrase, dispose que le nom du parent demandeur est mentionné dans l'acte de naissance.

Or, l'article 57, 2°, du Code civil dispose que l'acte de naissance énonce notamment

> "le nom, les prénoms et le domicile de la mère et du père, si la filiation paternelle est établie".

Par "nom de la mère", l'article 57, 2°, entend le nom de la femme qui a accouché.

La proposition ne précise pas si la mention qu'elle prévoit remplace une des mentions prévues à l'article 57 du Code civil, et, dans l'affirmative laquelle, ou si elle s'ajoute à celles-ci.

On suppose que l'intention des auteurs de la proposition est de mentionner dans l'acte de naissance le nom de la mère et du père commanditaires, à l'exclusion du nom de la mère porteuse et de son mari, de sorte qu'en vertu de l'article 312, § 1er, du Code civil, ce sera cette mère commanditaire et son mari qui seront les mère et père légaux.

Pour éviter toute interrogation à ce sujet, il y a lieu de modifier directement l'article 57 du Code civil.

b) Selon l'article 9, alinéa 1er, seconde phrase, l'acte notarié est transmis à l'officier de l'état civil.

Il y a lieu de préciser à qui l'obligation visée incombe.

c) L'article 9, alinéa 2, dispose :

> "Toute contestation de filiation maternelle ou paternelle élevée en application des articles 312 ou 332 du Code civil par le parent demandeur ou la mère porteuse et, le cas échéant, par le partenaire de la mère porteuse, est irrecevable".

Les actions en contestation de maternité ou de paternité devraient cependant être maintenues si l'enfant n'a pas été conçu avec les gamètes initialement prévus.

d) L'article 9, alinéa 2, vise "le parent demandeur ou la mère porteuse et, le cas échéant, le partenaire de la mère porteuse".

Or, les actions en contestation d'état ne sont pas réservées uniquement au père et à la mère. En vertu de l'article 332, la paternité établie en vertu de l'article 315 peut être contestée par le mari, par la mère et par l'enfant. En vertu de l'article 332*bis*, les autres actions en contestation d'état appartiennent à toute personne justifiant d'un intérêt qui ne soit pas purement patrimonial.

On suppose cependant que les auteurs de la proposition ont également entendu viser toutes les personnes qui pourraient contester la paternité ou la maternité. Il y aurait lieu de le préciser.

e) La référence à l'article 332 du Code civil semble insuffisante. En effet, cet article ne concerne que la contestation de la paternité établie en vertu de l'article 315, c'est-à-dire la paternité fondée sur le mariage. La disposition ne s'appliquerait donc pas aux cohabitants, ce qui ne semble pas admissible au regard des articles 10 et 11 de la Constitution.

f) Enfin, dès lors que la proposition semble permettre le recours à la gestation pour autrui par une personne seule et que, dès lors, la filiation de l'enfant ne sera établie qu'à l'égard de cette seule personne, il y aurait lieu, semble-t-il, de prohiber les reconnaissances ou les actions en recherche de paternité ou de maternité. L'on vise ici la mère de substitution et les donneurs de gamètes.

145. Dans le texte français de l'article 12, alinéa 1er, troisième tiret, il y a lieu de remplacer les mots "maternité de substitution" par les mots "gestation pour autrui" afin de maintenir un vocabulaire homogène dans la proposition. En outre, la maternité de substitution pourrait être considérée comme ne concernant qu'une forme de gestation pour autrui, en fonction du don ou non de l'ovule par la mère porteuse.

D. La proposition n° 1319

146. Le texte français de l'article 2 de la proposition (intitulé proposé du chapitre II du titre VII du livre II du Code pénal) vise la "maternité de substitution".

L'article 3 de la proposition (article 354 proposé du Code pénal) vise les "mères porteuses".

L'article 4 de la proposition (article 355 proposé du Code pénal) vise les "mères porteuses" ainsi que la "maternité de substitution".

L'article 5 de la proposition (article 356 proposé du Code pénal) vise la "grossesse pour compte d'autrui" ainsi que les "mères porteuses".

Or, les procédés de la mère porteuse et de la maternité de substitution peuvent être considérés comme visant des hypothèses distinctes, spécialement selon que la mère gestatrice a offert ou non son ovule [(226)].

La proposition doit dès lors être revue afin de préciser quel est exactement son champ d'application et d'uniformiser la terminologie utilisée.

Cette exigence s'impose d'autant plus que la proposition définit des infractions et qu'elle est donc soumise à l'exigence de précision en matière pénale déduite du principe de la légalité des infractions et des peines, inscrit notamment aux articles 12 et 14 de la Constitution et à l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme.

147. On n'aperçoit pas l'utilité des mots "dans le but d'obtenir les droits parentaux sur un enfant".

Ils pourraient donner à penser que la rémunération de la maternité de substitution ne serait pas sanctionnée si elle était le fait d'une personne autre que le couple commanditaire, par exemple un parent ou un ami de celui-ci ou une a.s.b.l.

Par ailleurs, on pourrait imaginer que le couple commanditaire ne veuille pas obtenir les droits parentaux sur l'enfant mais seulement s'en occuper en fait, à temps plein ou en partage avec la mère porteuse.

148. Selon les développements de la proposition, est interdite, notamment, toute

> "offre publique de médiation et la publication d'une information faisant savoir qu'une femme se propose comme mère porteuse ou que l'on recherche une mère porteuse".

Autrement dit, toute publicité en la matière serait interdite, même si la gestation pour autrui n'est pas rémunérée.

---

(226) Dans le présent avis, la notion de "mère porteuse" a été utilisée de manière à viser l'ensemble des hypothèses mais elle pourrait également l'être dans un sens restreint.

Or, l'article 354 proposé du Code pénal ne vise que la publicité "pour le versement d'une [...] telle rétribution" et l'article 355 proposé du même Code ne vise que la publicité suivie de rétribution.

Il y a lieu de clarifier le texte proposé et le commentaire de la disposition.

E. La proposition n° 1399

149. L'article 2 définit la "mère porteuse", qualifiée de "mère de substitution" dans le présent avis [(227)], comme étant

> "la femme qui porte un enfant conçu à partir de ses propres ovules et le sperme du père ou d'un donneur".

Or, le donneur de sperme sera lui aussi le père.

On suppose que la proposition entend faire la distinction selon que le sperme provient de la personne commanditaire de l'enfant ou d'un homme qui n'est pas le commanditaire de l'enfant.

La rédaction du texte devrait être clarifiée en ce sens.

150. À l'article 7, si le mot "faciliter" entend viser la complicité, il est inutile, compte tenu des articles 67 et 69 du Code pénal, qui prévoient déjà la complicité et la manière de la sanctionner.

S'il entend viser des situations autres que la complicité, il y a lieu de préciser quelles sont ces situations.

151. L'article 7 incrimine

> "quiconque aura commis ou facilité des infractions aux articles 3 à 6".

[(227)] Voir plus haut, sous le n° 4, la précision relative à la convention de vocabulaire utilisée dans le présent avis.

L'article 3 dispose que

"[l]e recours aux mères de substitution et aux mères porteuses est formellement prohibé, pour quelle que cause que ce soit"

La combinaison de ces deux dispositions ne permet pas de déterminer avec certitude qui pourra être sanctionné. Il pourra s'agir certainement des commanditaires, mais qu'en est-il de la mère porteuse elle-même ou des éventuels donneurs de gamètes ?

La disposition sera revue.

F. La proposition n° 1440

1°) Observations générales

a) La compatibilité avec la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine

152. La Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, signée à Oviedo le 4 avril 1997, comporte un certain nombre de dispositions spécifiques qui sont pertinentes pour le texte en projet [(228)]. Il s'agit d'une convention conclue dans le cadre du Conseil de l'Europe et qui peut être regardée comme une sorte de complément, spécifique à un secteur, de la Convention européenne des droits de l'homme.

Il n'est pas certain que la Belgique signera cette Convention, mais, en tout état de cause, il paraît utile de vérifier la compatibilité de la proposition avec la Convention.

Ce sont principalement les articles 12 et 14 de la Convention qui sont pertinents dès lors qu'ils limitent la recherche génétique prédictive à des fins médicales ou à la recherche scientifique menée à des fins médicales. Les dispositions de la proposition concernant le diagnostic génétique préimplantatoire (DGP) semblent effectivement satisfaire à ces dispositions de la Convention. L'article 68 de la proposition dispose en effet que le DGP est exceptionnellement autorisé dans l'intérêt thérapeutique d'un enfant déjà né du ou des parents commanditaires. En outre, l'article 67 exclut le DGP à caractère eugénique et sexuel, par

[(228)] Voir, plus haut, le n° 64.

analogie avec les dispositions de la loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons *in vitro*, auxquelles cette disposition fait référence.

La protection adéquate de l'embryon *in vitro* requise par l'article 18, § 1er, de la Convention, en cas de recherche scientifique, est essentiellement offerte par la loi du 11 mai 2003, mais la présente proposition ne porte pas atteinte à ces garanties existantes, bien au contraire.

En revanche, la règle proposée se heurte à l'article 18, § 2, de la Convention, dès lors qu'il est possible qu'un nombre relativement important d'embryons soient constitués et que l'on sait d'avance qu'il est fort probable qu'un certain nombre d'embryons surnuméraires (qui ne sont pas directement implantés) puissent être destinés à la recherche scientifique. Comme ce fut le cas pour la loi du 11 mai 2003, il paraît dès lors souhaitable que la Belgique, si elle devait signer la Convention, émette une réserve sur l'article 18, § 2, de la Convention, sauf à revoir la proposition sur ce point.

153. L'article 11 de la proposition dispose certes qu'il ne pourra être procédé à d'autres prélèvements d'ovules en vue de la constitution de nouveaux embryons tant que le ou les parents commanditaires disposent encore d'embryons cryoconservés.

Compte tenu également de l'article 18 de la Convention, la constitution d'embryons doit se limiter au nombre d'embryons nécessaire du point de vue médical pour obtenir une grossesse. C'est la seule façon d'empêcher autant que faire se peut la destruction d'embryons, soit parce que la cryoconservation n'a pas été effectuée, soit à l'expiration du délai de conservation, soit au terme d'une recherche scientifique (voir l'article 10 de la proposition, ainsi que l'article 5, 2°, de la loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons in vitro).

Pour ce motif, il y aurait lieu de préciser à l'article 11 qu'en cas de prélèvement unique d'ovules également, seuls peuvent être prélevés les ovules et constitués les embryons nécessaires à des fins médicales en vue d'une grossesse.

b) La relation entre le régime proposé et la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient

154. Selon son article 3, § 1er, la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, est applicable

"aux rapports juridiques de droit privé et de droit public dans le domaine des soins de santé dispensés par un praticien professionnel à un patient".

On peut considérer que tous les actes réglés par la proposition peuvent être regardés comme des actes de soins de santé. C'est évidemment le cas pour les actes qui visent directement le déclenchement d'une grossesse, tels que l'implantation d'un embryon surnuméraire ou l'insémination de gamètes.

Cela apparaît moins nettement pour le prélèvement de gamètes, certainement lorsque ce prélèvement ne nécessite en soi aucune technique médicale spécifique, tel que le prélèvement de spermatozoïdes. Certainement lorsque les spermatozoïdes ainsi prélevés sont utilisés à des fins de recherche scientifique, on peut s'interroger sur le point de savoir s'il s'agit d'un acte de soins de santé. On peut néanmoins considérer que dans la mesure où ils sont associés au prélèvement de gamètes, les praticiens sont également soumis, pour ces actes, à l'application de la loi du 22 août 2002.

En conclusion, la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient est applicable à tous les actes des praticiens réglés par la présente proposition.

Ceci implique que, pour les actes et techniques réglés par la présente proposition :

- le patient (et donc également les parents commanditaires) a droit, de la part du praticien professionnel, à des prestations de qualité répondant à ses besoins et ce, dans le respect de sa dignité humaine et de son autonomie et sans qu'une distinction d'aucune sorte ne soit faite [(229)];

(229) Article 5 de la loi.

- le patient a droit, en principe, au libre choix du praticien professionnel auquel il fait appel [(230)];

- le patient a droit à l'information [(231)];

- le consentement éclairé, préalable et libre du patient doit être garanti [(232)];

- un dossier de patient, que le patient peut consulter, doit être tenu à jour [(233)];

- le droit à la protection de la vie privée du patient doit être garanti [(234)];

- une représentation pour certains patients (mineurs, incapables d'exprimer leur volonté, etc.) doit être prévue [(235)].

Il est dès lors superflu d'inscrire dans la législation proposée des dispositions qui font double emploi avec le régime légal existant, à moins qu'il ne s'agisse d'élaborer davantage ce régime ou de prévoir des garanties supplémentaires pour les patients concernés.

Ainsi, les articles 7, § 3, 42, § 4 et 66, alinéa 2, de la proposition contiennent par exemple des dispositions qui, parce qu'elles font précisément référence de façon explicite à la loi du 22 août 2002, soulèvent la question de savoir si cette loi s'applique ou non aux autres parties de la réglementation proposée.

Il appartient aux auteurs de la proposition d'examiner une nouvelle fois leur texte à la lumière de ce qui précède.

---

(230) Article 6 de la loi.

(231) Article 7 de la loi.

(232) Article 8 de la loi.

(233) Article 9 de la loi.

(234) Article 10 de la loi.

(235) Articles 12 à 15 de la loi.

c) La relation entre le régime proposé et la loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons *in vitro*.

155. La loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons *in vitro* règle les essais ou expérimentations scientifiques sur des embryons *in vitro* (des embryons qui se situent hors du corps féminin). Toutefois, elle comprend aussi :

- des dispositions concernant la constitution d'embryons à des fins de recherche [(236)];

- différentes dispositions énonçant des interdictions concernant l'implantation d'embryons, l'utilisation de gamètes, d'embryons ou de cellules souches embryonnaires, certaines recherches ou certains traitements et le clonage reproductif [(237)].

L'article 4 de la loi ne fait pas double emploi avec les dispositions du texte proposé.

L'article 5 de la loi fait partiellement double emploi avec des dispositions de la présente proposition [(238)]. On peut toutefois admettre que cette disposition conserve une portée distincte parce qu'elle s'applique également de façon spécifique à des fins de recherche.

156. Il peut en outre être relevé que la loi du 11 mai 2003 concerne en fait également la recherche sur les gamètes, comme l'indique l'article 8 de la loi. Le texte proposé considère manifestement que la loi s'applique uniquement à la recherche sur des embryons dès lors que tant à l'article 2, h), que dans la suite de la proposition, il est uniquement fait référence à la loi du 11 mai 2003 dans le contexte de la recherche sur les embryons. Il semble opportun de faire également référence à la loi du 11 mai 2003 dans les dispositions de la proposition qui traitent de la recherche sur les gamètes.

157. Dès lors que la combinaison de l'article 39 et des articles 48 à 51 permet que des gonades et des fragments de gonades soient également destinés à la recherche scientifique, les auteurs de la proposition devront vérifier s'il n'est pas souhaitable de rendre également la loi du 11 mai 2003 explicitement applicable à ces formes de recherche.

---

(236) Article 4 de la loi.

(237) Articles 5 et 6 de la loi.

(238) Voir notamment les articles 20, alinéa 2, 23, alinéa 3, 24, 48 et 53.

158. Il pourrait être remédié beaucoup plus simplement aux problèmes de cohérence de la proposition et la loi du 11 mai 2003 en intégrant la loi du 11 mai 2003 dans la législation proposée.

d) La relation entre le régime proposé et la loi du 7 mai 2004 relative aux expérimentations sur la personne humaine

159. Il est possible qu'une expérimentation au sens de l'article 2, 11°, de la loi du 7 mai 2004 relative aux expérimentations sur la personne humaine concerne des gamètes ou des embryons. Dans ce cas, les dispositions de la proposition et celles de la loi du 7 mai 2004 s'appliquent de façon cumulative.

e) La relation entre le régime proposé et la réglementation sur les centres de fécondation

160. Tels qu'ils sont définis dans le texte proposé, les centres de fécondation sont en fait les programmes de soins agréés de "médecine reproductive". Pour être agréés, ces centres doivent satisfaire aux critères fixés dans l'arrêté royal du 15 février 1999 fixant les critères de programmation applicables au programme de soins "médecine de la reproduction". En outre, les centres de fécondation doivent également observer les dispositions du texte proposé. Ces dispositions ne présentent pas le caractère de critères d'agrément, de sorte que leur non-respect ne peut en soi conduire à la perte de l'agrément mais peut néanmoins donner lieu à des sanctions pénales [(239)].

2°) Observations particulières

Article 3

161. L'article 3 attribue aux centres de fécondation un monopole en ce qui concerne les techniques de fécondation *in vitro* et de cryoconservation (d'embryons et de gamètes). Selon les développements relatifs à la proposition,

> "[il n'est pas empiété] sur les activités habituelles et les compétences reconnues des gynécologues".

---

(239) Articles 73 et 74 de la proposition.

On n'aperçoit pas quels sont, parmi les aspects que la proposition règle, ceux qui ne relèvent pas du monopole des centres de fécondation. Doit-on considérer que le don et la destruction d'embryons et de gamètes, l'insémination ou l'implantation, ainsi que le prélèvement de gamètes sont uniquement possibles dans un centre de fécondation ? Tel semble bien être le cas, différentes dispositions y afférentes s'adressant tout spécialement aux centres de fécondation. En ce qui concerne le diagnostic génétique préimplantatoire, les articles 71 et 72 de la proposition disposent par contre que les centres de génétique humaine peuvent effectuer ces examens en collaboration avec un centre de fécondation.

La disposition proposée devrait en tout cas indiquer plus précisément pour quels aspects de la proposition les centres de fécondation détiennent un monopole.

Si l'intention n'est pas de concevoir le monopole des centres de fécondation d'une façon aussi générale, les auteurs de la proposition devraient vérifier, pour chacune des dispositions qui n'entrent pas dans le cadre de ce monopole et font référence aux centres de fécondation, si cette référence ne doit pas être étendue à d'autres entités de soins ou être formulée d'une manière générale.

162. Les auteurs de la proposition choisissent à bon droit de transposer, dans le cadre de la présente proposition, la directive 2004/23/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à l'établissement de normes de qualité et de sécurité pour le don, l'obtention, le contrôle, la transformation, la conservation, le stockage et la distribution des tissus et cellules humains, pour un certain nombre de cas qui ne relèvent pas de la loi du 13 juin 1986 sur le prélèvement et la transplantation d'organes. L'article 1er, § 1er, de cette loi prévoit en effet ce qui suit :

> "§ 1er. La présente loi est applicable au prélèvement d'organes, de tissus ou de cellules du corps d'une personne, appelée "donneur", en vue de la transplantation de ces organes, tissus ou cellules à des fins thérapeutiques sur le corps de la même personne ou d'une autre personne, appelée "receveur".
>
> Le transfert d'embryon, le prélèvement et la transplantation de testicules et ovaires, et l'utilisation des ovules et du sperme, ne sont pas visés par la présente loi."

Il peut toutefois être également inféré de cette disposition législative que les embryons non surnuméraires (en d'autres termes, les embryons qui, après leur constitution, sont implantés sans avoir été d'abord congelés) échappent au champ d'application de cette loi et ne figurent pas non plus dans l'habilitation au Roi proposée à l'article 3.

L'article 2, paragraphe 2, a), de la directive dispose certes que celle-ci ne s'applique pas "aux tissus et cellules utilisés pour une greffe autologue dans le cadre d'une seule et même intervention chirurgicale", mais cette exception ne semble pas s'appliquer au cas de la fécondation *in vitro* d'un ovule suivie de l'implantation de l'embryon obtenu.

Il semble dès lors opportun, soit d'étendre en ce sens l'habilitation au Roi, soit d'intégrer dans la présente proposition les mesures nécessaires à la transposition de la directive.

163. La délégation inscrite à l'article 3, alinéa 2, est formulée de façon quelque peu confuse. Plutôt que d'habiliter le Roi à "[fixer] les conditions relatives à l'établissement de normes de qualité et de sécurité [...], il est préférable d'habiliter directement le Roi à établir les normes de qualité et de sécurité.

164. Le texte néerlandais de l'alinéa 2 doit être aligné sur le texte néerlandais de la directive 2004/23/CE.

Compte tenu de l'observation faite sous le n° 163, le texte suivant est proposé :

> "Le Roi établit les normes de qualité et de sécurité pour le don, l'obtention, le contrôle, la transformation, la conservation, le stockage et la distribution des gamètes, des embryons surnuméraires, des gonades et fragments de gonades".

Article 4

165. La disposition proposée habilite les centres de fécondation *in vitro* à modaliser la procédure qu'ils souhaitent mettre en place dans le cadre de leur mission.

En premier lieu, la réserve relative au respect des dispositions du texte proposée est superflue. Il va en effet de soi que les centres doivent respecter toutes les normes juridiques pertinentes à leur égard, comme la proposition si elle devenait loi, la loi du 22 août 2002 relative

aux droits du patient, les normes d'agrément qui leur sont applicables, etc. Cette réserve doit dès lors être omise, d'autant qu'elle pourrait donner lieu à des raisonnements *a contrario* erronés.

Ensuite, l'exercice d'un pouvoir normatif ne peut être simplement conféré à des établissements privés comme les centres de fécondation *in vitro*, même s'ils sont agréés par les pouvoirs publics. Il va de soi que les centres de fécondation *in vitro* déterminent librement la manière dont ils exécutent leurs missions dans les limites des normes juridiques qui leur sont applicables. Dans la mesure où les auteurs de la proposition l'entendent ainsi lorsqu'ils font référence dans les développements à la "liberté d'action" des centres, la disposition proposée est superflue et il vaut mieux l'omettre.

Si, toutefois, l'intention est quand même d'habiliter réellement les centres à édicter des règles qui seraient par exemple obligatoires pour les parents commanditaires qui s'adressent à eux, la disposition proposée est contraire à l'article 33 de la Constitution [(240)]. Sous certaines conditions, cette objection de constitutionnalité peut être levée si une approbation par le Roi est prévue [(241)], mais ce procédé ne semble pas très opportun, notamment parce qu'il faudrait ainsi approuver les règles fixées séparément par chaque centre.

Article 5

166. Le Conseil d'État ne dispose pas de l'expertise médicale nécessaire lui permettant de se forger une opinion sur la proportionnalité des limites en termes d'âge utilisées dans la disposition proposée.

---

(240) Voir notamment l'avis 22.537/2 du 21 novembre 1994 sur un projet de loi modifiant la loi du 25 ventôse - 5 germinal an XI (16 mars 1803) contenant organisation du notariat, pp. 2-15 (F) et 95-110 (N). Cet avis n'a pas été publié dans les documents parlementaires.

(241) Voir l'avis 24.600/AV/2 - 24.601/AV/2 du 6 novembre 1995 sur 1° un projet de loi modifiant la loi du 25 Ventôse an XI contenant organisation du notariat, 2° un projet de loi accordant une compétence disciplinaire aux chambres des notaires et à la Chambre nationale des notaires, pp. 29-32 (F) et 64-68 (N). Cet avis n'a pas été publié dans les documents parlementaires.

Article 7

167. Il est évident que les parents commanditaires ont la possibilité de recourir à une consultation psychologique à tout moment de la procédure. S'il s'agit que les centres de fécondation proposent eux-mêmes cette consultation aux parents commanditaires ou mettent ces derniers, à leur demande, en contact avec un consultant psychologique, il vaudrait mieux le prévoir expressément. Dans le cas contraire, il vaudrait mieux omettre le paragraphe 2.

Article 11

168. Sans doute entend-on par "d'autres prélèvements", les nouveaux prélèvements d'ovules et de spermatozoïdes. Il vaut mieux le prévoir explicitement.

Article 13

169. Les mots "la situation visée à l'article 14, alinéa 4" font en fait référence à l'hypothèse de deux parents commanditaires. Il vaut mieux le prévoir expressément.

Article 14

170. La mention, à l'alinéa 2, de ce qu'une disposition contractuelle qui est contraire à l'article 17 sera nulle de plein droit soulève la question de savoir si elle ne heurterait pas éventuellement d'autres dispositions de la loi proposée qui, elles aussi, semblent être impératives.

171. Il se recommande de transférer la seconde phrase de l'alinéa 3 à l'article 18, alinéa 3.

Article 19

172. Dans les travaux préparatoires, par exemple dans le rapport de la commission, il serait opportun de préciser, à l'aide de quelques exemples, ce qu'est la portée des "circonstances particulières" visées au paragraphe 1er.

Article 20

173. La condition selon laquelle des embryons surnuméraires ne peuvent être affectés qu'à titre gratuit à la recherche scientifique ne figure pas dans la loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons *in vitro*. On peut se demander s'il ne serait pas préférable d'insérer cette condition dans la loi précitée au moyen d'une disposition modificative. Dans ce cas, les auteurs de la proposition devront toutefois s'interroger sur la question de savoir si cette condition doit également s'appliquer aux embryons spécialement constitués à des fins de recherche, qui échappent au champ d'application de la présente proposition mais qui entrent dans celui de la loi du 11 mai 2003 [(242)].

Article 21

174. Par souci d'exhaustivité, il serait sans doute préférable que l'alinéa 1er se réfère à la convention visée aux articles 8 et 14.

175. La disposition qui figure à l'alinéa 2 est non seulement nouvelle mais elle déroge même à la loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons *in vitro*. L'article 8, alinéa 4, de cette loi prévoit en effet la possibilité d'un refus *a posteriori* par un donneur. L'article 8, alinéa 3, dispose que les donneurs sont informés de leur droit de retirer leur consentement jusqu'au début de la recherche.

En principe, la disposition proposée et la disposition législative actuelle devraient donc être alignées l'une sur l'autre. La question est toutefois de savoir si la disposition de l'alinéa 2 est bien une mesure proportionnelle. Selon les développements, cette mesure est motivée par le souci d'assurer aux centres de fécondation une plus grande sécurité juridique, mais cela n'empêche pas qu'il faut tenir compte des parents commanditaires qui, pour des motifs déterminés, souhaiteraient encore implanter des embryons. Par ailleurs, il ne faut pas non plus perdre de vue que, par définition, des embryons destinés à la recherche scientifique doivent être détruits par la suite (ou périssent lors de cette recherche même), tandis que des embryons qui sont implantés peuvent se développer pour devenir un être vivant.

Mieux vaudrait réexaminer cette option.

[(242)] Voir l'article 4 de la loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons in vitro.

Article 22

176. Il est renvoyé à l'observation faite sous le n° 165, concernant l'article 4 de la proposition. Il peut être admis que dans des cas individuels, les centres de fécondation fixent un délai ou adoptent, à ce sujet, une stratégie générale. Si la portée est uniquement celle-là, cette disposition est superflue et elle devrait être supprimée.

Article 23

177. On n'aperçoit pas comment le don d'embryons surnuméraires peut avoir lieu d'une manière anonyme lorsqu'il est recouru à une mère porteuse non génétique et que l'embryon est issu de gamètes des parents commanditaires; en ce cas, il est implanté chez la mère porteuse mais avec comme objectif final que l'enfant soit cédé ultérieurement à ces derniers. En théorie, l'anonymat des donneurs d'embryons (les parents commanditaires) peut se concevoir à l'égard de la mère porteuse mais c'est peu probable dans la pratique.

Article 25

178. Il pourrait être envisagé d'inscrire cette interdiction sous l'article 5 du titre II. En effet, au moment du don, la manière dont s'effectuera l'implantation des embryons donnés n'est pas encore déterminée.

Article 26

179. Il est renvoyé à l'observation n° 178 faite au sujet de l'article 25. Par rapport à l'hypothèse visée à cette disposition, il est encore moins imaginable que le donneur connaisse l'étendue de la famille du récepteur.

Article 27

180. Dans l'avis n° 27 du Comité consultatif de Bioéthique relatif au don de sperme et d'ovules, il est suggéré d'adapter les dispositions du Code civil relatives à la filiation [(243)]. Ce procédé est préférable, en effet, à l'insertion d'une disposition autonome dans la présente proposition de loi [(244)].

181. La disposition proposée ne tient pas compte de l'hypothèse du don d'embryons en vue de la pratique non génétique de la mère porteuse. Dans ce cas, en effet, un embryon est implanté chez la mère porteuse, mais avec comme objectif final que l'enfant soit cédé ultérieurement aux parents commanditaires.

Naturellement, il est possible de prévoir dans un autre texte relatif aux mères porteuses que la filiation joue dans ce cas en faveur des parents commanditaires mais il faudrait alors une dérogation expresse à la présente disposition afin de ne créer aucune ambiguïté à ce propos.

182. L'alinéa 2 soulève la question de savoir si l'exclusion de l'action ne doit pas non plus être appliquée en sens inverse.

Article 56

183. Il est renvoyé aux observations n[os] 180 à 182 faites au sujet de l'article 27.

Article 72

184. On n'aperçoit pas les motifs pour lesquels les centres de fécondation et les centres de génétique humaine doivent obligatoirement collaborer sur une base d'exclusivité.

---

(243) Page 46.

(244) Voir aussi l'observation figurant sous le n° 80, plus haut.

Article 73

185. La référence à des "actes interdits" est mal choisie dès lors qu'elle donne à penser que seules les interdictions sont sanctionnées pénalement. Si tel devait être le cas, une infraction à l'article 5, alinéas 1er et 2, ne serait pas punissable alors qu'une infraction à l'article 5, alinéa 3, le serait. Telle n'est certainement pas l'intention des auteurs de la proposition.

Il est recommandé, dès lors, de prévoir que "les infractions aux articles [...] sont punies d'un emprisonnement [...]".

186. La règle proposée implique que tout acte non conforme au régime proposé est puni d'un emprisonnement d'un à cinq ans et d'une amende de 1.000 à 10.000 euros.

Conformément à la loi du 5 mars 1952 relative aux décimes additionnels sur les amendes pénales, le montant de cette amende est majoré de quarante-cinq décimes, ce qui consiste à multiplier le montant par 5,5.

Dans son avis 31.441/AG du 20 juin 2001 sur une proposition de loi relative à l'euthanasie, le Conseil d'État a formulé à propos d'une disposition comparable les observations suivantes :

> "En vertu de l'article 3 de la proposition de loi relative à l'euthanasie, le médecin qui pratique une euthanasie ne commet pas d'infraction si, d'une part, il s'est assuré qu'il a été satisfait aux conditions de fond définies au paragraphe 1er, premier à troisième tirets, de cet article et si, d'autre part, il a respecté les conditions et procédures prescrites par la proposition.
>
> Cette dernière condition a une portée générale et concerne dès lors tant les conditions et exigences de procédure qui ont pour but de garantir le respect des conditions de fond prévues à l'article 3, que les conditions et exigences de procédure qui ne sont pas de cette nature mais qui comprennent des obligations purement formelles, telles que les obligations relatives à la déclaration imposée par l'article 7 de la proposition.
>
> Le constat qui vient d'être fait implique qu'un médecin qui n'a pas respecté l'une de ces conditions ou exigences de procédure purement formelles ne peut invoquer l'article 3 et que, sauf s'il peut faire valoir la présence d'un état de nécessité, il peut dès lors être condamné en application des dispositions en vigueur du Code pénal en vertu desquelles l'euthanasie peut être punie. Ce médecin est par conséquent traité tout à fait de la même manière que le médecin qui méconnaît les conditions de fond dans

lesquelles l'euthanasie est admissible ou les exigences de procédure qui sont étroitement liées à ces conditions".

La seule méconnaissance d'une obligation purement formelle peut donc conduire à l'imposition d'une peine qui, même si l'on tient compte des peines minimales applicables et à la possibilité de retenir des circonstances atténuantes, peut difficilement être réputée se trouver dans un rapport raisonnable à l'égard de la prévention qui, dans l'hypothèse présentement examinée, revient essentiellement à avoir pratiqué l'euthanasie sans avoir respecté l'exigence purement formelle y afférente.

Afin de respecter le principe de proportionnalité, il est indiqué d'opérer une distinction entre, d'une part, les conditions essentielles qui doivent être respectées pour que l'euthanasie ne soit pas une infraction et, d'autre part, les conditions strictement formelles sans rapport avec ces conditions essentielles.

Pour assurer le respect de ces conditions strictement formelles, il conviendrait de prévoir des peines adaptées et distinctes." (245)

La loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie énonce les conditions auxquelles une euthanasie n'est pas constitutive d'une infraction; ces conditions ne peuvent être invoquées que si toutes les règles de fond et de forme sont remplies, y compris celles à caractère formel. La règle proposée se fonde sur un autre principe et sanctionne pénalement tous les actes interdits par la loi proposée. Toutefois, on y trouve également des éléments strictement formels qui sont interdits par la proposition et dont le non-respect est dès lors punissable.

Pour ces motifs, les auteurs de la proposition devraient, s'ils le jugent nécessaire, prévoir une sanction, distincte et adaptée, en ce qui concerne l'infraction aux conditions de forme.

Article 74

187. L'interdiction d'exercer durant un certain temps toute activité médicale est une mesure disciplinaire qui, selon l'arrêté royal n° 79 du 10 novembre 1967 relatif à l'Ordre des Médecins, est prononcée par les instances disciplinaires de cet Ordre. D'ailleurs, selon l'article 16, alinéa 1er, de cet arrêté, la suspension peut être prononcée pour une durée de deux ans. La seule peine plus lourde est la radiation du tableau de l'Ordre.

Il appartient au législateur de vérifier si, malgré ce qui vient d'être rappelé, il a bien l'intention de prévoir l'interdiction professionnelle comme peine accessoire.

---

(245) Avis 31.441/AG du 20 juin 2001 (*Doc. parl.*, Sénat, 1999-2000, n° 2-244/21, pp. 15-16, n° 19).

188. L'interdiction temporaire d'exercer des activités de recherche paraît difficilement définissable. Qu'est-ce qu'une activité de recherche ? Cela signifie-t-il que l'intéressé ne peut obtenir d'affectation dans un établissement scientifique et qu'il doit être mis fin à un éventuel contrat de travail ? La question se pose aussi si pareille sanction pénale, dans la mesure où elle porte sur l'affectation dans les universités, peut relever intégralement de la compétence de l'autorité fédérale.

Mieux vaudrait, dès lors, réexaminer aussi cette mesure.

189. Subsidiairement aux observations formulées ci-avant, sous les n^{os} 187 et 188, le texte doit renvoyer à l'article 73, et non à l'"article 74".

- - - - -

L'assemblée générale de la section de législation était composée de

Messieurs	R. ANDERSEN,	premier président du Conseil d'État,
	Y. KREINS,	présidents de chambre,
	P. LEMMENS,	
	D. ALBRECHT,	
	P. LIÉNARDY,	conseillers d'État,
	J. BAERT,	
	J. SMETS,	
	P. VANDERNOOT,	
	J. JAUMOTTE,	
Madame	M. BAGUET,	
Messieurs	B. SEUTIN,	
	W. VAN VAERENBERGH,	
	H. COUSY,	assesseurs de la section de législation,
	J. KIRKPATRICK,	
	A. SPRUYT,	
	J. VELAERS,	
	M. RIGAUX,	
	H. BOSLY,	
	G. VANDERSANDEN,	
	G. KEUTGEN,	
Madame	D. LANGBEEN,	greffier en chef,
Monsieur	M. FAUCONIER,	greffier assumé.

Les rapports ont été présentés par Mme R. THIELEMANS, premier auditeur et MM. A. LEFEBVRE et J. VAN NIEUWENHOVE, auditeurs.

LE GREFFIER, LE PREMIER PRÉSIDENT,

D. LANGBEEN R. ANDERSEN

KV

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 39.474/AV
39.475/AV
39.476/AV
39.477/AV
39.478/AV
39.525/AV

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, algemene vergadering van de afdeling wetgeving, op 25 november 2005 en op 12 december 2005, door de Voorzitter van de Senaat verzocht haar, binnen een termijn van dertig dagen verlengd tot 31 januari 2006 (*), van advies te dienen over :

1° een voorstel van wet "betreffende de draagmoeders" (Parl. St., Senaat, zitting 2003-2004, nr. 3-417/1) (39.474/AV);

2° een voorstel van wet "tot regeling van het draagmoederschap" (Parl. St., Senaat, zitting 2004-2005, nr. 3-1230/1) (39.475/AV);

3° een voorstel van wet "betreffende draagmoeders" (Parl. St., Senaat, zitting 2004-2005, nr. 3-1271/1) (39.476/AV);

4° een voorstel van wet "tot aanvulling van het Strafwetboek met bepalingen betreffende de commercialisering van en de bemiddeling inzake draagmoederschap" (Parl. St., Senaat, zitting 2004-2005, nr. 3-1319/1) (39.477/AV);

5° een voorstel van wet "tot het verbieden van zowel draagmoederschap waarbij de draagmoeder niet genetisch verwant is met het kind als draagmoederschap waarbij die genetische verwantschap wel bestaat" (Parl. St., Senaat, zitting 2005-2006, nr. 3-1399/1) (39.478/AV);

6° een voorstel van wet "betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de boventallige embryo's en de gameten" (Parl. St., Senaat, zitting 2005-2006, nr. 3-1440/1) (39.525/AV),

heeft, na de zaak te hebben onderzocht op de zittingen van 17 en 24 januari 2006, op laatstevermelde datum het volgende advies gegeven :

(*) Bij brief van de Voorzitter van de Senaat van 14 december 2005.

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op Raad van State heeft de afdeling Wetgeving zich in hoofdzaak beperkt tot het onderzoek van de bevoegdheid van steller van de handeling, van de rechtsgrond alsmede van de vraag of aan de voorgeschreven vormvereisten is voldaan.

2. Dit advies bevat ook een aantal opmerkingen over andere punten, inzonderheid over bepaalde aspecten van de interne samenhang van de voorstellen en van de afstemming ervan op het geldende recht.

Daaruit mag evenwel niet worden afgeleid dat de afdeling Wetgeving, binnen de korte termijn die haar is toegemeten, een exhaustief onderzoek van de voorstellen en amendementen heeft kunnen verrichten. Wanneer in het advies over bepaalde kwesties niets wordt gezegd, betekent dat niet dat de tekst geen aanleiding geeft tot opmerkingen. Voor een volledig onderzoek zou een langere termijn nodig geweest zijn, inzonderheid gelet op de vragen die kunnen rijzen in verband met het samengaan van de voorgenomen regelingen met hogere normen en in verband met de inpassing ervan in het bestaande recht, inzonderheid in het internationaal privaatrecht.

Om dezelfde reden zal slechts in uitzonderlijke gevallen rekening kunnen worden gehouden met het wetsontwerp tot wijziging van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het vaststellen van de afstamming en de gevolgen ervan, dat door de Kamer van volksvertegenwoordigers is aangenomen op 20 oktober 2005 [(1)] en door de Senaat geëvoceerd is op 9 november 2005 [(2)]. Het staat aan de wetgever om in voorkomend geval na te gaan of de bepalingen van de voorliggende voorstellen die hij zou aannemen afgestemd zijn op het afstammingsrecht dat het gevolg zou zijn van het aannemen van het wetsontwerp dat door de Wetgevende Kamers wordt onderzocht.

---

(1) *Parl. St.*, Kamer, 2005-2006, nr. 51-597/34; *integraal verslag*, 20 oktober 2005.

(2) *Parl. St.*, Senaat, 2005-2006, nr. 3-1402/1.

Indeling van het advies

		Nrs
INLEIDING		1 en 2
I. STREKKING VAN DE VOORSTELLEN		3 tot 6
A.	Wetsvoorstel nr. 417/1	6
B.	Wetsvoorstel nr. 1230/1	7
C.	Wetsvoorstel nr. 1271/1	8
D.	Wetsvoorstel nr. 1319/1	9
E.	Wetsvoorstel nr. 1399/1	10
F.	Wetsvoorstel nr. 1440/1	11 tot 16
II. BEVOEGDHEID VAN DE FEDERALE WETGEVER		17 tot 22
A.	Algemene overwegingen	17 en 18
B.	Voorstel nr. 1230	19 en 20
C.	Voorstel nr. 1440	21 en 22
III. VERENIGBAARHEID VAN DE VOORSTELLEN MET DE HOGERE NORMEN		23 tot 104
A. Algemene overwegingen		23 tot 33
1°)	Het voorwerp van de voorliggende voorstellen en de feitelijke situaties die zich kunnen voordoen	23 tot 25
2°)	De algemene context van de voorliggende voorstellen en de bevoegdheid van de afdeling Wetgeving van de Raad van State	26 tot 30
3°)	De relevante hogere rechtsregels - de Grondwet en het internationaal recht	31 tot 32
4°)	Het internationaal privaatrecht, het Verdrag inzake de internationale samenwerking en de bescherming van kinderen op het gebied van de interlandelijke adoptie	33

B. De grondrechten die voornamelijk in het geding zijn 34 tot 65

1°) De beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie 34 tot 36

2°) Het recht op de menselijke waardigheid en het verbod van onmenselijke en vernederende behandelingen 37

3°) Het recht op eerbiediging van het gezinsleven 38 tot 48

4°) Verplichting om rekening te houden met het belang van het kind - Recht van het kind om zijn ouders te kennen en door hen te worden opgevoed 49 tot 55

5°) Het recht op eerbiediging van het privé-leven 56 tot 62

6°) Verdrag inzake de rechten van de mens en de biogeneeskunde 63 tot 65

C. Toepassing van de onderzochte hogere rechtsregels op de voorstellen betreffende het draagmoederschap en de medisch begeleide voortplanting 66 tot 104

1°) Inleiding 66 tot 68

2°) Toelaatbaarheid van het verbod van draagmoederschap 69 tot 72

3°) Toelaatbaarheid van het draagmoederschap en van de medisch begeleide voortplanting - Algemene beschouwingen 73 tot 82

4°) Toelaatbaarheid van het draagmoederschap en van de medisch begeleide voortplanting - Specifieke kwesties die verband houden met grondrechten 83 tot 104

a) Scheiding tussen de draagmoeder en het door haar gedragen kind - Weigering van de wensouders om het kind aan te nemen 83 tot 92

b) Anonimiteit van de draagmoeder en van de donoren van gameten en embryo's 93 tot 95

c) Totstandkoming van persoonlijke relaties tussen de genetische ouders en het kind 96

d) Openstelling van het recht op medisch begeleide voortplanting en van het beroep op het draagmoederschap voor alleenstaanden 97 en 98

e) Het vereiste van de stabiliteit in het wenskoppel of van het koppel dat gebruik wenst te maken van medisch begeleide voortplanting 99

f) Openstelling van het recht op medisch begeleide voortplanting en van het beroep op het draagmoederschap voor homoparen of alleenwonende homoseksuelen 100 tot 102

g) Vergelijking met de regels inzake adoptie 103

h) Het in aanmerking nemen van de wettige belangen van de persoon die met de betrokken volwassene samenleeft 104

IV. BIJZONDERE OPMERKINGEN 105 tot 189

Inleiding en gemeenschappelijke opmerkingen over de voorstellen nrs. 417, 1230 en 1271 105 tot 107

A. Voorstel nr. 417 108 tot 118

B. Voorstel nr. 1230 119 tot 132

C. Voorstel nr. 1271 133 tot 145

D. Voorstel nr. 1319 146 tot 148

E. Voorstel nr. 1399 149 tot 151

F. Voorstel nr. 1440 152 tot 189

1°) Algemene opmerkingen 152 tot 160

a) Verenigbaarheid met het Verdrag inzake de rechtenvan de mens en de biogeneeskunde 152 en 153

b) Verband tussen de voorgestelde regeling en de wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt 154

c) Verband tussen de voorgestelde regeling en de wet van 11 mei 2003 betreffende het onderzoek op embryo's *in vitro* 155 tot 158

d) Verband tussen de voorgestelde regeling en de wet van 7 mei 2004 inzake experimenten op de menselijke persoon 159

e) Verband tussen de voorgestelde regeling en de wetgeving met betrekking tot de fertiliteitscentra 160

2°) Bijzondere opmerkingen 161 tot 189

***

I. STREKKING VAN DE VOORSTELLEN

3. Bij de afdeling Wetgeving van de Raad van State zijn zes wetsvoorstellen aanhangig waarvan er vijf betrekking hebben op draagmoederschap en een op medisch begeleide voortplanting.

4. Het is nuttig om van meet af aan op het stuk van de terminologie enkele afspraken te maken die voor het verdere advies gelden.

Het begrip "draagmoederschap" betreft elke situatie waarin een vrouw, die "draagmoeder" wordt genoemd, aanvaardt om voor een of meer personen een zwangerschap uit te doen en aanvaardt om bij de geboorte afstand te doen van het kind ten gunste van de laatstgenoemden, die als "wensouders" worden bestempeld.

Wanneer de draagmoeder ook de genetische moeder van het kind is, wordt ze "genetische draagmoeder" genoemd. Wanneer de bevruchte eicel niet van haar is, wordt zij "niet-genetische draagmoeder" genoemd.

De personen die hun gameten, hun embryo's, hun gonaden of fragmenten van hun gonaden leveren [(3)], worden "genetische ouders" genoemd ("genetische moeder" of "genetische vader"). Wanneer deze personen bovendien wensouders zijn, in de hiervóór aangegeven zin, worden zij "genetische wensouders" genoemd ("genetische wensmoeder" of "genetische wensvader").

Om de voorstellen te kunnen vergelijken, zal deze terminologie voor alle voorstellen worden gebezigd, ook voor die waarin een andere terminologie wordt gehanteerd. Wanneer de bewoordingen van de voorstellen in het voorliggende advies gebruikt worden, zal dit blijken uit de tekst, hetzij wegens een uitdrukkelijke precisering, hetzij wegens de context.

5. In essentie kan de reikwijdte van de voorliggende voorstellen als volgt worden samengevat.

Deze beschrijving is niet exhaustief. Bepaalde meer specifieke aspecten kunnen ter sprake komen in deel IV van het advies, dat bijzondere opmerkingen omvat betreffende elk afzonderlijk onderzocht voorstel.

De beschrijving van de strekking van de voorstellen is gebaseerd op de tekst van de voorstellen zelf en houdt geen rekening met eventuele andersluidende bedoelingen die zijn weergegeven in de toelichtingen.

---

(3) Verderop in dit advies zal niet meer over gonaden of fragmenten van gonaden worden gesproken, behalve voor de bepalingen die er meer specifiek betrekking op hebben. Wanneer er sprake is van gameten, wordt in principe eveneens verwezen naar gonaden en delen van gonaden, aangezien in artikel 39 van voorstel nr. 1440 wordt aangegeven dat "de bepalingen uit Titel IV (...) van toepassing (zullen) worden op gonaden en fragmenten van gonaden".

Een vergelijkende tabel van de vijf voorstellen betreffende het draagmoederschap, met daarin een volledigere samenvatting, staat op de bladzijden 44 tot 86 van het verslag dat namens de werkgroep bio-ethiek van de Senaat uitgebracht is over wetsvoorstel nr. 417 (4).

A. Wetsvoorstel nr. 417/1 betreffende de draagmoeders, ingediend door mevrouw Ch. Defraigne (*Parl. St.*, Senaat, 2003-2004, nr. 3-417/1) (5)

6. Volgens het voorstel nr. 417 is nietig iedere overeenkomst die draagmoederschap (in het voorstel : "de dracht ten behoeve van anderen") tot rechtstreeks of onrechtstreeks doel of gevolg heeft (artikel 3). In afwijking van dit principe kan een onvruchtbaar koppel (zijnde een man en een vrouw die samenwonen of gehuwd en niet feitelijk gescheiden zijn, en die niet in staat zijn zich voort te planten) beroep doen op draagmoederschap mits naleving van de voorwaarden die door het voorstel worden bepaald (artikel 5, § 1).

Een van de voorwaarden bestaat in de voorafgaande schriftelijke vaststelling door een gynaecoloog van de fysiologische onmogelijkheid dat de wensmoeder zwanger kan worden van de wensvader of van het zeer grote gezondheidsrisico van een zwangerschap voor de wensmoeder of het kind; andere voorwaarden betreffen de burgerlijke stand en de leeftijd van de draagmoeder en de eventuele verwantschap met de wensouders, de verplichting voor de draagmoeder om een onderhoud te hebben met een psychiater, de voorlichting door een gynaecoloog en een attest van afwezigheid van voorzienbare risico's (artikel 5, §§ 1 en 2).

Alvorens het proces van in-vitrobevruchting of kunstmatige inseminatie wordt opgestart, sluiten de wensouders en de draagmoeder een overeenkomst, die door een notaris als een authentieke akte wordt opgesteld, en die moet worden bezorgd aan het centrum voor reproductieve geneeskunde (6) (artikel 5, § 3). De sanctie voor het niet-nakomen van de verplichtingen die voortvloeien uit de overeenkomst is het (eventueel) betalen van een

---

(4) *Parl. St.*, Senaat, 2004-2005, nr. 3-417/2.

(5) Dit voorstel is onder nummer 39.474/AV ingeschreven op de rol van de afdeling Wetgeving van de Raad van State. Verderop in dit advies zal daarnaar verwezen worden met "voorstel nr. 417".

(6) Als bedoeld in het koninklijk besluit van 15 februari 1999 tot vaststelling van de programmatiecriteria die van toepassing zijn op het zorgprogramma "reproductieve geneeskunde" (artikel 5, § 3, derde lid, van het voorstel).

schadevergoeding (artikel 5, § 3, vierde lid). De kosten verbonden aan de zwangerschap en de geneeskundige onderzoeken die het voorstel oplegt, worden gedragen door de wensouders (artikel 5, § 4).

Het voorstel is dubbelzinnig wat betreft de afkomst van de gameten waarmee het kind wordt verwekt. Enerzijds wordt gesteld dat de overeenkomst bepaalt dat het kind verwekt wordt met de gameten van de wensouders (artikel 5, § 3, tweede lid), anderzijds is er sprake zowel van een genetische als van een niet genetische draagmoeder (in het voorstel: "traditionele draagmoeder", zijnde een draagmoeder die kunstmatig geïnsemineerd is met het sperma van de wensvader of een donor, respectievelijk "genetisch niet verwante draagmoeder", zijnde een draagmoeder van een kind dat via in-vitrofertilisatie is verwekt met de gameten van de wensouders), (artikel 6 en de definities in artikel 2).

Het voorstel regelt tevens de gevolgen van een wettig draagmoederschap voor de aangifte van de geboorte en de akte van geboorte (het zijn de wensouders die in de akte worden vermeld als vader en moeder, althans volgens artikel 6 van het voorstel; artikel 8 geeft eerder de indruk dat de wensouders worden vermeld naast de draagmoeder) en bepaalt hierdoor meteen de gevolgen voor de juridische afstamming (artikelen 6 tot 8) en de mogelijkheden tot betwisting van het moederschap en het vaderschap (artikelen 9 en 10).

Het beroep op draagmoederschap in omstandigheden die niet beantwoorden aan de gestelde voorwaarden, wordt niet uitdrukkelijk verboden en wordt niet strafbaar gesteld. Verboden is wel het betalen van een persoon van het vrouwelijke geslacht om als draagmoeder op te treden, het voorstellen van een dergelijke betaling of het maken van reclame voor een dergelijke betaling, en het optreden als tussenpersoon of het beroep doen op een tussenpersoon met het oog op het sluiten van een overeenkomst als bedoeld in artikel 3 van het voorstel (artikel 4). Strafbaar is het ertoe aanzetten van een draagmoeder, hetzij met winstoogmerk, hetzij door middel van giften, beloften, bedreiging of gezagsmisbruik, om het toekomstig kind af te staan, behalve indien voldaan is aan de door artikel 5 gestelde voorwaarden, en het optreden met winstoogmerk als bemiddelaar tussen wensouders en draagmoeder (artikel 11).

B. Wetsvoorstel nr. 1230/1 tot regeling van het draagmoederschap, ingediend door de heer P. Vankrunkelsven (*Parl. St.*, Senaat, 2004-2005, nr. 3-1230/1) (7)

7. Ook volgens het voorstel nr. 1230 is iedere overeenkomst m.b.t. draagmoederschap ("overeenkomst die de zwangerschap ten behoeve van anderen tot rechtstreeks of onrechtstreeks doel of gevolg heeft") nietig (artikel 3 van het voorstel), maar kan "een onvruchtbare vrouw" een beroep doen op een draagmoeder mits naleving van een aantal voorwaarden (artikel 4).

Een voorafgaande schriftelijke vaststelling door een gynaecoloog van de fysiologische onmogelijkheid van zwangerschap bij de vrouw of van het levensbedreigend karakter van een zwangerschap voor de vrouw of het kind, is vereist. Het voorstel maakt een onderscheid tussen het beroep op een genetische draagmoeder (in het voorstel "laagtechnologisch draagmoederschap" genoemd) en het beroep op een niet-genetische draagmoeder ("hoogtechnologisch draagmoederschap"). Andere voorwaarden houden verband met de leeftijd van de draagmoeder en van de wensmoeder, met het feit dat de draagmoeder minstens één levend kind moet gebaard hebben en met het ontbreken van een verhoogd risico op verwikkelingen in de zwangerschap. De wensmoeder en de draagmoeder moeten zich wenden tot een "centrum voor draagmoederschap" (zie verder) dat zorgt voor de medische, psychologische, maatschappelijke en juridische begeleiding, en "beide partijen" moeten bereid zijn "een grondige counseling te ondergaan in de periode vóór de realisatie van een zwangerschap, tijdens de zwangerschap en ook gedurende het eerste jaar na de bevalling van het kind". Wensouders en "draagouders" bezitten de Belgische nationaliteit of hebben een vaste verblijfplaats in België (artikel 4, §§ 1 tot 3).

De wensouder(s) en de draagmoeder sluiten een overeenkomst die door een notaris in een "authentieke akte" wordt vastgelegd. Het voorstel bepaalt de aspecten die minstens aan bod moeten komen in de overeenkomst en draagt aan de Koning op "de inhoud van het contract" te bepalen. Bij niet-naleving van de overeenkomst stelt een partij zich bloot aan de betaling van een schadevergoeding. De wensouder(s) dragen alle kosten verbonden aan de zwangerschap en de geneeskundige onderzoeken opgelegd door de voorgestelde wet (artikel 4, §§ 4 en 5).

---

(7) Dit voorstel is onder nummer 39.475/AV ingeschreven op de rol van de afdeling Wetgeving van de Raad van State. Verderop in dit advies zal daarnaar verwezen worden met "voorstel nr. 1230".

Luidens artikel 6 van het voorstel richt de Koning een Nederlandstalig en een Franstalig pluralistisch centrum voor draagmoederschap op, verbonden aan één of meer universitaire ziekenhuizen. Die centra moeten tweejaarlijks een verslag bekendmaken m.b.t. de praktijk van het draagmoederschap en langetermijnonderzoek doen, "waarbij zoveel mogelijk kinderen, die via draagmoederschap op de wereld kwamen, worden opgevolgd" (artikel 6).

Het voorstel regelt het recht op de tegemoetkoming door de ziekteverzekering (artikel 7).

Het voorstel wijzigt de wetgeving inzake adoptie vervat in het Burgerlijk Wetboek en het Gerechtelijk Wetboek, in de zin dat de overeenkomst geldt als "pre-adoptieverklaring", de toestemming tot adoptie vanaf de geboorte van het kind kan worden gegeven en de gerechtelijke procedure inzake adoptie wordt aangepast (artikelen 8 tot 12). Het voorstel regelt ook de gevolgen van het draagmoederschap voor de ontvankelijkheid van vorderingen tot betwisting van het moederschap en het vaderschap (artikelen 13 tot 15).

Verboden wordt het betalen van een persoon om als draagmoeder op te treden, het voorstellen van of het reclame maken voor een dergelijke betaling, het optreden als tussenpersoon of het beroep doen op een tussenpersoon met het oog op het sluiten van een overeenkomst (artikel 5). Het meewerken aan de realisatie van een draagmoederschap zonder dat voldaan is aan de gestelde voorwaarden wordt strafbaar gesteld. Hetzelfde geldt voor het ertoe aanzetten van een draagmoeder, hetzij met winstoogmerk, hetzij door middel van giften, beloften, bedreiging of gezagsmisbruik, om het toekomstig kind af te staan, behalve indien voldaan is aan de gestelde voorwaarden, en voor het optreden met winstoogmerk als bemiddelaar tussen wensouders en een draagmoeder (artikel 16).

C. Wetsvoorstel nr. 1271/1 betreffende draagmoeders, ingediend door mevrouw Myriam Vanlerberghe en mevrouw Jacintha De Roeck (*Parl. St.*, Senaat, 2004-2005, nr. 3-1271/1) [8]

8. Het voorstel nr. 1271 bepaalt, zoals de voorstellen nrs. 417 en 1230, dat iedere overeenkomst die een zwangerschap of bevalling ten behoeve van derde tot doel heeft nietig is (artikel 3). In afwijking van dit principe kan een wensouder (zijnde "[een] man, [een] vrouw of [een] paar voor wie de draagmoeder het kind baart en die het ouderlijk gezag en de opvoeding van het kind op zich neemt") een beroep doen op een draagmoeder indien de door het voorstel gestelde voorwaarden worden nageleefd (artikel 4, § 1).

Tot de voorwaarden behoren, naast de schriftelijke vaststelling door een arts van de fysiologische onmogelijkheid van "de wensouder" om zwanger te worden of het te grote risico van een zwangerschap voor de gezondheid van de vrouw of het kind, het bestaan van genetische verwantschap tussen het kind en minstens één wensouder (artikel 4, §§ 1 en 2) en het feit dat de partner van de draagmoeder geen gameten mag leveren (artikel 7), de verplichting voor de draagmoeder en de wensouder om in België te wonen, leeftijdsvoorwaarden, de verplichting voor de draagmoeder om zonder verwikkelingen reeds een eigen kind gebaard te hebben, het SOA-negatief getest zijn van de draagmoeder, haar partner en de wensouder(s) van wie gameten worden gebruikt en de verplichting voor de draagmoeder en de wensouder om minstens twee maal een onderhoud gehad te hebben met een psychiater of een psycholoog (verbonden aan een fertiliteitscentrum voor wat betreft de draagmoeder) (artikelen 5 en 6).

De wensouder en de draagmoeder sluiten bij authentieke akte een "akkoord"; een kopie ervan wordt gezonden aan het betrokken centrum reproductieve geneeskunde (artikel 4, § 3). Over de gevolgen van het niet-naleven van de overeenkomst bepaalt het voorstel niets. De kosten worden gedragen door de wensouder (artikel 8).

In de akte van geboorte wordt de naam van de wensouder vermeld. De gevolgen inzake ontvankelijkheid van vorderingen "tot ontkenning van het ouderschap" worden summier bepaald (artikel 9).

---

[8] Dit voorstel is onder nummer 39.476/AV ingeschreven op de rol van de afdeling wetgeving van de Raad van State. Verderop in dit advies zal daarnaar verwezen worden met "voorstel nr. 1271".

Het voorstel stelt ten slotte strafbaar het uitoefenen van enigerlei vorm van dwang opdat een persoon draagmoeder zou zijn (artikel 10), het betalen van een (kandidaat-)draagmoeder, het voorstellen van of het maken van reclame voor een dergelijke betaling of nog het voorstellen van goederen en diensten in ruil voor het optreden als draagmoeder (artikel 11). Het voorstel verbiedt en stelt strafbaar, het optreden als tussenpersoon of het beroep doen op een tussenpersoon, het opstarten van een organisatie die vrouwen aanzet tot draagmoederschap, het reclame maken voor draagmoederschap en het kenbaar maken van de wens om wensouder te worden via advertenties of andere media (artikel 12).

D. Wetsvoorstel nr. 1319/1 tot aanvulling van het Strafwetboek met bepalingen betreffende de commercialisering van en de bemiddeling inzake draagmoederschap, ingediend door mevrouw Mia De Schamphelaere c.s. (*Parl. St.*, Senaat, 2004-2005, nr. 3-1319/1) [(9)]

9. Het voorstel nr. 1319 voegt een hoofdstuk m.b.t. draagmoederschap in titel VII van boek II van het Strafwetboek in. Worden verboden en gestraft, "ten einde de ouderschapsrechten te verkrijgen over een kind", het betalen van een persoon om als draagmoeder op te treden, het voorstellen van een dergelijke betaling of het maken, doen maken, uitgeven, verdelen of verspreiden van reclame voor een dergelijke betaling (artikel 3), het zich openbaar bekend maken of zich aanbieden als draagmoeder en voor dat draagmoederschap een betaling ontvangen (artikel 4), het optreden als tussenpersoon met het oog op het sluiten van een overeenkomst en het optreden als bemiddelaar tussen (een) wensouder(s) en een draagmoeder (artikel 5), en het ertoe aanzetten van een vrouw, hetzij met winstoogmerk, hetzij door middel van giften, beloften, bedreiging of gezagsmisbruik, haar toekomstige kind af te staan (artikel 6).

(9) Dit voorstel is onder nummer 39.477/AV ingeschreven op de rol van de afdeling wetgeving van de Raad van State. Verderop in dit advies zal daarnaar verwezen worden met "voorstel nr. 1319".

E. Wetsvoorstel nr. 1399/1 tot het verbieden van zowel draagmoederschap waarbij de draagmoeder niet genetisch verwant is met het kind als draagmoederschap waarbij die genetische verwantschap wel bestaat, ingediend door mevrouw Clotilde Nyssens (*Parl. St.*, Senaat, 2004-2005, nr. 3-1399/1) (10)

10. Het wetsvoorstel nr.1399, dat zou leiden tot een bijzondere strafwet aangezien de bepalingen niet in het Strafwetboek worden ingeschreven, bevat volgende verbodsbepalingen : "formeel verbod" om beroep te doen op een draagmoeder, zowel een genetisch verwante als een genetisch niet-verwante draagmoeder, "om welke reden dan ook" (artikel 3), verbod om te fungeren als tussenpersoon, een beroep te doen op een tussenpersoon of een persoon in welke vorm ook te vergoeden met de bedoeling een overeenkomst over draagmoederschap te sluiten (artikel 4, tweede lid), verbod van reclame, in welke vorm ook, gericht op het sluiten van een overeenkomst m.b.t. draagmoederschap of die vrouwen ertoe aanzet draagmoeder te worden (artikel 5), verbod om een vrouw in welke vorm ook te vergoeden als draagmoeder (artikel 6). Een veroordeling kan naast gevangenisstraf of geldboete ook leiden tot een verbod om gedurende vijf jaar enige medische activiteit of onderzoeksactiviteit uit te oefenen (artikelen 7 en 8).

Het voorstel bepaalt daarnaast dat iedere overeenkomst die de dracht ten behoeve van anderen tot rechtstreeks of onrechtstreeks doel of gevolg heeft, nietig is (artikel 4, eerste lid).

F. Wetsvoorstel nr. 1440/1 betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de boventallige embryo's en de gameten, ingediend door mevrouw Ch. Defraigne, de heer P. Vankrunkelsven, mevrouw J. De Roeck, de heer Ph. Mahoux en mevrouw I. Durant (*Parl. St.*, Senaat, 2004-2005, nr. 3-1440/1) (11)

11. Het voorstel nr. 1440 strekt ertoe de voorwaarden vast te stellen waaronder gebruik kan worden gemaakt van medische technieken van begeleide voortplanting, hetzij door middel van kunstmatige inseminatie, hetzij door middel van in vitro-fertilisatie (IVF) (artikelen 3 tot 9).

---

(10) Dit voorstel is onder nummer 39.478/AV ingeschreven op de rol van de afdeling wetgeving van de Raad van State. Verderop in dit advies zal daarnaar verwezen worden met "voorstel nr. 1399".

(11) Dit voorstel is onder nummer 39.525/AV ingeschreven op de rol van de afdeling wetgeving van de Raad van State. Verderop in dit advies zal daarnaar verwezen worden met "voorstel nr. 1440".

Het regelt eveneens de gevallen waarin pre-implantatie genetische diagnostiek mogelijk is (artikelen 66 tot 72). Tevens beoogt het voorstel een regeling van de donatie en bewaring van boventallige embryo's en gameten, alsook van het gebruik van gameten voor wetenschappelijk onderzoek (artikelen 10 tot 65).

12. Inzake de medisch begeleide voortplanting (MBV) bepaalt het wetsvoorstel dat enkel fertiliteitscentra zich kunnen inlaten met in vitro-fertilisatie en met bewaring (van gameten, boventallige embryo's, gonaden en fragmenten van gonaden) door invriezing. De Koning wordt gemachtigd om de kwaliteits- en veiligheidsvoorwaarden te bepalen in verband met een reeks handelingen met betrekking tot gameten, boventallige embryo's, gonaden en fragmenten van gonaden (artikel 3).

De fertiliteitscentra kunnen zelf nadere regelen vaststellen voor de procedure die zij volgen in het kader van hun opdracht (artikel 4). Voor bepaalde handelingen in verband met de medisch begeleide voortplanting worden minimum- en maximumleeftijden vastgesteld (artikel 5). Onder bepaalde voorwaarden kunnen de fertiliteitscentra weigeren op een verzoek van de wensouder(s) in te gaan (artikel 6).

Het fertiliteitscentrum heeft ten aanzien van de wensouders bepaalde onderzoeks- en informatieverplichtingen (artikel 7). Met de wensouders wordt een overeenkomst opgesteld (artikel 8) die onder bepaalde voorwaarden later kan worden gewijzigd (artikel 9).

13. Boventallige embryo's die het resultaat zijn van in vitro-fertilisatie kunnen bewaard worden door invriezing, vernietigd, gebruikt voor wetenschappelijk onderzoek of gedoneerd (artikel 10). Zolang de wensouders over gezonde ingevroren embryo's beschikken, kunnen geen nieuwe embryo's worden aangemaakt (artikel 11).

De fertiliteitscentra moeten de wensouders informatie verstrekken over de bewaring door invriezing (artikel 13) en sluiten met hen een overeenkomst over de bestemming van ingevroren embryo's (artikel 14). In afwachting mag er niets worden ondernomen met reeds ingevroren embryo's (artikel 12). De overeenkomst kan onder bepaalde voorwaarden later worden gewijzigd (artikel 15).

Het voorstel regelt de voorwaarden waaronder ingevroren embryo's kunnen worden ingeplant na het overlijden van een wensouder (artikelen 16 en 17). Het regelt ook de termijn voor de bewaring van de ingevroren embryo's en de voorwaarden voor de verlenging van die termijn (artikelen 18 en 19).

Voor wat betreft het gratis gebruik van boventallige embryo's voor wetenschappelijk onderzoek bevat het voorstel een aantal voorwaarden die op dat punt de wet van 11 mei 2003 betreffende het onderzoek op embryo's in vitro aanvullen (artikelen 20 tot 22).

De anonieme en gratis donatie van boventallige embryo's wordt toegestaan, behalve in een aantal gevallen (artikelen 23 tot 26). Het voorstel regelt de afstamming (artikel 27) en waarborgt de anonimiteit van de donoren (artikel 28). Bepaalde gegevens met betrekking tot de donoren worden evenwel ter beschikking gesteld van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (artikel 35) en kunnen onder bepaalde voorwaarden worden meegedeeld (artikel 36). De fertiliteitscentra moeten de embryodonoren informatie verstrekken (artikel 29) en met hen een overeenkomst over de donatie sluiten (artikel 30). Ook aan de ontvangers moet informatie worden verstrekt met betrekking tot de gevolgde procedure (artikel 31) en met hen wordt eveneens een overeenkomst gesloten (artikel 33) nadat zij een schriftelijke aanvraag hebben ingediend (artikel 32). Het fertiliteitscentrum bepaalt de termijn van bewaring van eventueel ingevroren embryo's, bestemd voor donatie (artikel 34).

14. Het voorstel bevat een aantal bepalingen met betrekking tot de wegname, het gebruik en de bewaring van gameten. Deze regeling geldt ook voor gonaden en fragmenten van gonaden (artikel 39).

Gameten kunnen enkel worden weggenomen met het oog op een kinderwens, wetenschappelijk onderzoek of donatie (artikel 37). Het gebruik ervan vergt de toestemming van de betrokken personen (artikel 38).

Wanneer de gameten niet onmiddellijk worden gebruikt, kunnen ze worden bewaard door invriezing om te worden gebruikt voor een latere kinderwens, wetenschappelijk onderzoek of donatie (artikel 40).

De fertiliteitscentra moeten de wensouders informatie verstrekken omtrent de afname, de bewaring en het gebruik van de gameten (artikel 41) en met hen een overeenkomst sluiten

over de bewaring en de latere bestemming van de gameten (artikel 42). De overeenkomst kan onder bepaalde voorwaarden later worden gewijzigd (artikel 43).

Het voorstel regelt de voorwaarden waaronder inseminatie met gameten na het overlijden van een wensouder mogelijk is (artikelen 44 en 45). Het regelt ook de termijn voor de bewaring van de ingevroren gameten en de voorwaarden voor de verlenging van die termijn (artikelen 46 en 47).

Gameten kunnen gratis worden gebruikt voor wetenschappelijk onderzoek (artikel 48). De fertiliteitscentra hebben bepaalde informatieverplichtingen ten aanzien van de personen bij wie de gameten werden afgenomen (artikel 49) en sluiten met hen een overeenkomst (artikel 50). Het fertiliteitscentrum bepaalt de termijn van bewaring van deze gameten (artikel 51).

De anonieme en gratis donatie van boventallige embryo's wordt toegestaan, behalve in een aantal gevallen (artikelen 52 tot 55). Het voorstel regelt de afstamming (artikel 56) en waarborgt de anonimiteit van de donoren (artikel 57). Bepaalde gegevens met betrekking tot de donoren worden evenwel ter beschikking gesteld van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (artikel 64) en kunnen onder bepaalde voorwaarden worden meegedeeld (artikel 65). De fertiliteitscentra moeten de gametendonoren informatie verstrekken (artikel 58) en sluiten met hen een overeenkomst over de donatie (artikel 59). Ook aan de ontvangers moet informatie worden verstrekt met betrekking tot de gevolgde procedure (artikel 60) en met hen wordt eveneens een overeenkomst gesloten (artikel 62) nadat zij een schriftelijke aanvraag hebben ingediend (artikel 61). Het fertiliteitscentrum bepaalt de termijn van bewaring van eventueel ingevroren embryo's, bestemd voor donatie (artikel 63).

15. De pre-implantatie genetische diagnostiek (PGD) wordt verboden, behalve in een aantal gevallen (artikelen 67 en 68). De fertiliteitscentra moeten de wensouders informatie verstrekken (artikel 66) en met hen een overeenkomst sluiten (artikel 69). Het voorstel waarborgt het recht op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de wensouders (artikel 70).

Een pre-implantatie genetische diagnostiek kan alleen worden uitgevoerd in exclusieve samenwerking met een centrum voor menselijke erfelijkheid (artikelen 71 en 72).

16. Het voorstel bevat strafbepalingen voor overtredingen van de verbodsbepalingen (artikel 73) met de mogelijkheid van een verbod van uitoefening van enige medische activiteit of onderzoeksactiviteit gedurende vijf jaar (artikel 74).

II. BEVOEGDHEID VAN DE FEDERALE WETGEVER

A. Algemene overwegingen

17. Algemeen gesproken vallen de voorliggende voorstellen binnen het kader van de federale bevoegdheden.

18. Op enkele punten begeven sommige voorstellen zich evenwel op het bevoegdheidsdomein van de gemeenschappen of de gewesten, zoals hierna uiteengezet wordt onder de nummers 19 tot 22.

B. Voorstel nr. 1230

19. Luidens artikel 6 van het voorstel nr. 1230 richt de Koning een Nederlandstalig en een Franstalig pluralistisch centrum voor draagmoederschap op, verbonden aan één of meer universitaire ziekenhuizen. Die centra hebben als opdracht

> "de medische, psychische, maatschappelijke en juridische begeleiding van de wensouder(s) en draagmoeder".

Daarnaast moeten zij ook tweejaarlijks een verslag bekendmaken m.b.t. de praktijk van draagmoederschap en langetermijnonderzoek doen,

> "waarbij zoveel mogelijk kinderen, die via draagmoederschap op de wereld kwamen, worden opgevolgd".

Eén van de voorwaarden voor de wettigheid van een draagmoederschap is dat de wensmoeder en de draagmoeder zich tot een van die centra wenden [(12)]. Ook moeten "beide partijen" bereid zijn

---

(12) Artikel 4, § 2, C, eerste streepje, van het voorstel.

> "een grondige counseling te ondergaan in de periode vóór de realisatie van een zwangerschap, tijdens de zwangerschap en ook gedurende het eerste jaar na de bevalling van het kind" (13).

Aangaande deze bepalingen kan, naar analogie met de bevoegdheidsverdeling inzake zwangerschapsafbreking (14) en inzake adoptie (15), worden gesteld dat de federale overheid bevoegd is voor het bepalen van de (burgerrechtelijke en strafrechtelijke) voorwaarden voor wettig draagmoederschap, maar dat de hulp, de begeleiding en de bijstand aan (kandidaat-)draagmoeders en (kandidaat-)wensouders behoren tot de bevoegdheid van de gemeenschappen, op grond van hun bevoegdheid inzake gezondheidsbeleid (16) (17) en inzake bijstand aan personen, meer bepaald het gezinsbeleid (18) en de jeugdbescherming (19).

---

(13) Artikel 4, § 2, C, vierde streepje, van het voorstel.

(14) Zie advies 18.016/VR van 20 mei 1987 (*Parl. St.*, Senaat, 1985-1986, nr. 189/2) en advies 19.558/AV van 8 januari 1990 (*Parl. St.*, Kamer, 1989-1990, nr. 950/5) over de voorstellen die hebben geleid tot de wet van 3 april 1990 betreffende de zwangerschapsafbreking, tot wijziging van de artikelen 348, 350, 351 en 352 van het Strafwetboek en tot opheffing van artikel 353 van hetzelfde Wetboek.

(15) Zie advies 30.036/2 van 29 mei 2000 over een voorontwerp van wet dat heeft geleid tot de wet van 13 maart 2003 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek wat de adoptie betreft en de wet van 24 april 2003 tot hervorming van de adoptie; zie ook o.m. advies 38.623/VR/V van 19 juli 2005 over het ontwerp van wet houdende instemming met het samenwerkingsakkoord van 6 juni 2005 tussen de Federale Staat, de Duitstalige Gemeenschap, de Franse Gemeenschap, de Vlaamse Gemeenschap, de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie, de Franse Gemeenschapscommissie en het Waals Gewest inzake de tenuitvoerlegging van de wet van 24 april 2003 tot hervorming van de adoptie (*Parl. St.*, Kamer, 2005-2006, nr. 51-2157/1).

(16) Artikel 5, § 1, I, 1°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen.

(17) De medische begeleiding zoals opgevat in het voorstel lijkt geen verband te houden met de bevoegdheden die aan de federale overheid zijn toegewezen als uitzonderingen op de bevoegdheid van de gemeenschappen inzake het beleid betreffende de zorgverstrekking in en buiten de verplegingsinrichtingen. De bepalingen van het voorstel zijn alleszins niet geformuleerd in termen van organieke wetgeving, erkenningsnormen, enz. Zie advies 32.299/3 van 4 december 2001 over het ontwerp dat heeft geleid tot de wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt, m.b.t. de bevoegdheidsverdeling tussen de gemeenschappen en de federale overheid voor reglementering t.a.v. de gezondheidszorgvoorzieningen (*Parl. St.*, Kamer, 2001-2002, nr. 50-1642/1).

(18) Artikel 5, § 1, II, 1°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

(19) Artikel 5, § 1, II, 6°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

De federale overheid kan aldus van het beroep doen op een centrum dat medische, psychologische, maatschappelijke en juridische begeleiding verstrekt een voorwaarde maken voor een wettig draagmoederschap.

De gemeenschappen daarentegen zijn bevoegd om regels vast te stellen in verband met die centra, alsmede voor de oprichting en de erkenning van die centra. Indien de federale overheid zeker wil zijn dat centra worden opgericht of erkend, verdient het aanbeveling dat de federale Staat hierover een samenwerkingsakkoord met de gemeenschappen zou proberen te sluiten.

20. Wat de taak van de centra inzake verslaggeving en langetermijnonderzoek betreft [(20)], is de Raad van State van oordeel dat deze wel aan een federaal op te richten en te reglementeren dienst kan worden toevertrouwd, in de mate dat het de bedoeling is informatie te verzamelen en onderzoek te laten doen over de toepassing van de voorgestelde federale wet inzake draagmoederschap [(21)].

C. Voorstel nr. 1440

21. In de mate dat het voorstel nr. 1440 betrekking heeft op het wetenschappelijk onderzoek op gameten en boventallige embryo's, moet de Raad van State een voorbehoud maken.

In advies 28.369/3 van 5 januari 1999 en advies 33.641/3 van 18 september 2002 [(22)] over respectievelijk een wetsontwerp en een wetsvoorstel die hebben geleid tot de wet van 11 mei 2003 betreffende het onderzoek op embryo's, heeft de Raad van State opgemerkt :

---

(20) Artikel 6 van het voorstel.

(21) Zie advies 19.826/10 van 18 april 1990 over het wetsvoorstel dat heeft geleid tot de wet van 13 augustus 1990 houdende oprichting van een commissie voor de evaluatie van de wet van 3 april 1990 betreffende de zwangerschapsafbreking, tot wijziging van de artikelen 348, 350, 351 en 352 van het Strafwetboek en tot opheffing van artikel 353 van hetzelfde wetboek (*Parl. St.*, Kamer, 1989-1990, nr. 1150/2).

(22) *Parl. St.*, Senaat, 2001-2002, nr. 695/16.

"De voorgestelde regeling bevat bepalingen i.v.m. het wetenschappelijk onderzoek. Een eerste vraag die daarbij rijst is of de federale overheid bevoegd is om op dit terrein regelend op te treden.

Bij ontstentenis van een bevoegdheidstoewijzing inzake de bescherming van embryo's aan de gemeenschappen of de gewesten, is de federale overheid in beginsel bevoegd om het wetenschappelijk onderzoek op dit gebied te regelen (zie, a contrario, artikel 6*bis*, § 1, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen).

In de uitoefening van die bevoegdheid moet de federale overheid ervoor waken dat ze de uitoefening van de bevoegdheden van de gemeenschappen en de gewesten niet onmogelijk of overdreven moeilijk maakt [(23)]. Te dezen moet hierbij vooral gedacht worden aan de bevoegdheid van de gemeenschappen inzake onderwijs, nu het in het voorstel bedoelde onderzoek in ruime mate plaatsvindt in universitaire instellingen. In dit verband moet worden opgemerkt dat de voorgestelde regeling slechts betrekking heeft op een welbepaalde soort wetenschappelijk onderzoek, dat het voorstel dit onderzoek niet volledig verbiedt, en dat het vertegenwoordigers van de universitaire onderzoekscentra bij de werking van de Commissie betrekt. Derhalve kan geconcludeerd worden dat de federale overheid met de voorgestelde wet het evenredigheidsbeginsel eerbiedigt, en dus binnen de grenzen van haar bevoegdheid blijft."

De vraag rijst evenwel of het arrest nr. 164/2005 van het Arbitragehof van 16 november 2005 geen nieuw licht werpt op dat bevoegdheidsonderzoek. In dit arrest achtte het Hof de federale overheid ten dele onbevoegd voor de wettelijke regeling inzake experimenten op mensen, en dit op grond van de volgende overwegingen :

"B.4.2. De federale wetgever is bevoegd voor de geneesmiddelenreglementering (*Parl. St.*, Senaat, 1979-1980, nr. 434-1, p. 7, *Parl. St.*, Senaat, 1979-1980, nr. 434-2, p. 125, en *Parl. St.*, Kamer, 1979-1980, nr. 627/10, p. 52). Op grond van die bevoegdheid vermag hij een regeling te treffen voor proeven op de menselijke persoon opgezet in het kader van het biomedisch wetenschappelijk geneesmiddelenonderzoek, zoals bedoeld in artikel 2, 7°, van de bestreden wet, en schendt hij niet de regels die de onderscheiden bevoegdheid van de Staat, de gemeenschappen en de gewesten inzake wetenschappelijk onderzoek bepalen.

B.4.3. Zoals blijkt uit artikel 2, 11°, van de bestreden wet geldt de aangevochten regeling evenwel niet enkel ten aanzien van experimenten met geneesmiddelen, maar is ze ook op algemene wijze van toepassing ten aanzien van andere studies of onderzoek op de menselijke persoon, gericht op de ontwikkeling van de biologische of medische kennis, die worden uitgevoerd door een arts of een andere persoon bedoeld in het koninklijk besluit nr. 78 van 10 november 1967 betreffende de uitoefening van de gezondheidszorgberoepen.

---

(23) *Voetnoot 1 in advies 28.369/10 en voetnoot 10 in advies 33.641/3 :* zie, o.m., Arbitragehof, 2 februari 1995, nr. 4/95, B.5.6.

B.4.4. Sommige aangelegenheden waarop dergelijk wetenschappelijk onderzoek betrekking kan hebben, vallen ongetwijfeld binnen de bevoegdheid van de federale wetgever. Zo behoren onder meer experimentele therapieën tot de uitoefening van de geneeskunst, zoals bedoeld in het koninklijk besluit nr. 78 van 10 november 1967, en dus tot de bevoegdheid van de federale wetgever.

B.4.5. Door de zeer ruime wijze waarop de wet in artikel 2, 11°, haar toepassingsgebied omschrijft, kan zij echter ook toepassing vinden in aangelegenheden die tot de bevoegdheid van de gemeenschappen en de gewesten behoren. Zo blijkt uit de door de Vlaamse Regering neergelegde stukken dat de wet onder meer wordt geacht van toepassing te zijn op studies en onderzoek opgezet in het kader van de preventieve gezondheidszorg of de medisch verantwoorde sportbeoefening, die op grond van artikel 5, § 1, I, 2°, en artikel 4, 9°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen tot de bevoegdheid van de gemeenschappen behoren of ten aanzien van studies of onderzoek opgezet in het kader van de bescherming van het leefmilieu, wat krachtens artikel 6, § 1, II, 1°, van diezelfde bijzondere wet een gewestbevoegdheid is.

Er kan bovendien niet worden uitgesloten dat de wet van toepassing kan zijn in nog andere domeinen die tot de bevoegdheid van de gemeenschappen of de gewesten behoren.

B.5.1. Weliswaar staat artikel 6*bis*, § 3, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen de federale wetgever toe onder bepaalde voorwaarden initiatieven te nemen, structuren op te zetten of in financiële middelen te voorzien voor het wetenschappelijk onderzoek in de aangelegenheden die tot de bevoegdheid van de gemeenschappen of de gewesten behoren.

B.5.2. Afgezien van het feit dat de federale overheid in een dergelijk geval voorafgaand aan haar beslissing een voorstel tot samenwerking moet voorleggen aan de gemeenschappen en de gewesten, wat in casu niet is gebeurd, is, voor wat experimenten op de menselijke persoon betreft, niet aan de door de bijzondere wetgever gestelde vereisten voldaan.

B.6. Uit hetgeen voorafgaat blijkt dat de federale wetgever zijn bevoegdheid heeft overschreden door een regeling uit te vaardigen met betrekking tot experimenten op de menselijke persoon die verder gaat dan de klinische proeven bedoeld in artikel 2, 7° en 11°, van de bestreden wet."

Op grond van voormelde overwegingen vernietigde het Arbitragehof dan ook de woorden ", studie of onderzoek" in artikel 2, 11°, van de wet van 7 mei 2004 inzake experimenten op de menselijke persoon. Met die bepaling overschreed de federale overheid haar bevoegdheden inzake gezondheidsbeleid en wetenschappelijk onderzoek, omdat de bepaling te ruim was geformuleerd en niet beperkt was tot de federale bevoegdheden inzake het gezondheidsbeleid. Aldus was volgens het Arbitragehof de wet ook van toepassing op aangelegenheden die tot de bevoegdheid van de gemeenschappen en de gewesten behoren, bijvoorbeeld inzake preventieve gezondheidszorg.

Uit het arrest kan worden afgeleid dat een regeling met betrekking tot wetenschappelijk onderzoek, gericht op de ontwikkeling van de biologische of medische kennis, specifiek moet zijn toegespitst op federale bevoegdheden inzake gezondheidszorg, zoals de uitoefening van de geneeskunde, om volledig tot de bevoegdheid van de federale overheid te kunnen worden gerekend.

Artikel 117 van de wet van 27 december 2005 houdende diverse bepalingen heeft daarom de definitie van experiment in artikel 2, 11°, van de wet van 7 mei 2004 inzake experimenten op de menselijke persoon aangepast als volgt :

> "11° Experiment : elke op de menselijke persoon uitgevoerde proef, studie of onderzoek, met het oog op de ontwikkeling van de kennis eigen aan de uitoefening van de gezondheidszorgberoepen zoals bedoeld in koninklijk besluit n° [lees : nr.] 78 van 10 november 1967 betreffende de uitoefening van de gezondheidszorgberoepen".

In zijn advies 39.466/3 van 29 november 2005 over het amendement dat heeft geleid tot die wetsbepaling formuleerde de Raad van State de volgende opmerking bij een licht afwijkende initieel voorgestelde tekst :

> "Op grond van de bij het amendement voorgestelde tekst zou de wet van 7 mei 2004 van toepassing zijn op proeven uitgevoerd op de menselijke persoon, studies of onderzoeken met het oog op "de ontwikkeling van de kennis eigen aan de uitoefening van de gezondheidszorgberoepen zoals bedoeld in [het] koninklijk besluit n° [lees : nr.] 78 van 10 november 1967 betreffende de uitoefening van de gezondheidszorgberoepen.
>
> De bedoeling van de stellers van het ontwerp om de in artikel 2, 11°, van de wet van 7 mei 2004 voorkomende definitie aan te passen gelet op het arrest nr. 164/2005 van het Arbitragehof, zou in de Nederlandse tekst van die bepaling [(24)] beter tot uiting worden gebracht door, conform de Franse tekst, te schrijven 'met het oog op de ontwikkeling van kennis gericht op de in het koninklijk besluit nr. 78 ... (datum en opschrift) bedoelde uitoefening van de gezondheidszorgberoepen'. Aldus kan er geen twijfel over bestaan dat de wet van 7 mei 2004 niet van toepassing is op experimenten die onder de bevoegdheid van de gemeenschappen of de gewesten ressorteren, zo bijvoorbeeld inzake de medisch verantwoorde sportbeoefening of de bescherming van het leefmilieu".

---

(24) *Voetnoot 3 in het voormelde advies* : die tekst is dubbelzinnig omdat hij zo kan worden gelezen dat de woorden "zoals bedoeld in [het] koninklijk besluit [nr.] 78 van 10 november 1967 betreffende de uitoefening van de gezondheidszorgberoepen" enkel slaan op de woorden "de gezondheidszorgberoepen".

22. Het bevoegdheidsvoorbehoud dat het Arbitragehof in zijn arrest nr. 164/2005 heeft gemaakt ten aanzien van de wettelijke regeling inzake experimenten op mensen heeft ook gevolgen voor de bevoegdheid inzake wetenschappelijk onderzoek op embryo's en gameten. Het is immers denkbaar dat dit onderzoek op embryo's of gameten betrekking heeft op aangelegenheden die geheel of ten dele behoren tot de materiële bevoegdheden van de gemeenschappen of de gewesten. Zo denke men bijvoorbeeld aan het onderzoek naar de invloed van milieuvervuiling op de kwaliteit van zaadcellen.

Wel moet worden vastgesteld dat in het voorstel nr. 1440 de inhoudelijke regeling van het wetenschappelijk onderzoek als dusdanig zeer beperkt is. In feite regelt het voorstel niet meer dan de herkomst van het materiaal (gameten en embryo's), het beginsel van het gratis gebruik, de informatieverstrekking en de overeenkomst tussen de donoren en het fertiliteitscentrum.

Toch lijkt het wenselijk om, zoals dit gebeurd is voor de wettelijke regeling inzake experimenten met mensen, een uitdrukkelijk bevoegdheidsvoorbehoud in te bouwen in de voorgestelde regeling. Hiervoor zou men zich kunnen inspireren op het pas gewijzigde artikel 2, 11°, van de wet van 7 mei 2004 inzake experimenten op de menselijke persoon [(25)].

III. VERENIGBAARHEID VAN DE VOORSTELLEN MET DE HOGERE NORMEN

A. Algemene overwegingen

1°) Het voorwerp van de voorliggende voorstellen en de feitelijke situaties die zich kunnen voordoen

23. Draagmoederschap kan zich voordoen in een vrij groot aantal gevallen die als volgt kunnen worden voorgesteld, met dien verstande dat deze classificatie niet exhaustief is, gelet op de ontwikkelingen terzake, inzonderheid op technisch gebied, en onder het voorbehoud van een grondiger onderzoek op basis van een beter inzicht in de relevante sociale feiten, in verband waarmee de Raad van State niet over voldoende inlichtingen beschikt.

---

(25) Het verdient trouwens aanbeveling om ook in de wet van 11 mei 2003 betreffende het onderzoek op embryo's een gelijkaardige bepaling op te nemen die dat bevoegdheidsvoorbehoud onder woorden brengt.

Die onderscheiden worden hoofdzakelijk gemaakt :

a) naargelang de draagmoeder al dan niet ook de genetische moeder is;

b) naargelang van de identiteit van de wensouder(s);

c) naargelang van de vraag of de wensouder alleen kan handelen dan wel of hij of zij dit moet doen samen met zij of haar partner;

d) naargelang van de herkomst van de gebruikte gameten.

24. De wensouders kunnen een heteroseksueel of een homoseksueel paar zijn.

Het kan gaan om een man alleen of om een vrouw alleen.

Ingeval de draagmoeder de genetische moeder is, komen de vrouwelijke gameten dus steeds van de draagmoeder, doch de mannelijke gameten hoeven niet noodzakelijk voort te komen van de wensvader; ze kunnen komen van een derde die als donor optreedt. Het embryo dat in de baarmoeder van de draagmoeder wordt ingeplant, kan verwekt zijn, hetzij met de gameten van het wensouderpaar, hetzij met gameten die ten dele van een wensouder komen en ten dele van een derde, hetzij met gameten die uitsluitend van derden komen.

Ten slotte kunnen de donors al dan niet anoniem zijn en al dan niet verwant zijn aan de wensouders. Ook de draagmoeder zelf kan eventueel verwant zijn aan de wensouders en de donors, en bijgevolg aan het kind.

Wanneer de gameten van derden komen, zou het kind een genetische vader en een genetische moeder kunnen hebben (zij die de gameten hebben geleverd), een zorgvader en een zorgmoeder (de wensouders) en een moeder die het heeft gebaard (de draagmoeder, die bovendien gehuwd kan zijn). Daarenboven zouden de genetische vader of de genetische moeder van het kind alsook de draagmoeder tegelijk zijn oom, zijn tante, of zijn grootouders kunnen zijn, of nog een andere familieband met het kind kunnen hebben.

Als draagmoederschap kan eveneens worden beschouwd het geval waarin een man en een vrouw zich ertoe zouden verbinden om op volstrekt natuurlijke wijze een kind ter wereld te brengen met de bedoeling het aan de wensouders af te staan.

25. Daarnaast moeten nog andere onderscheiden worden gemaakt, bijvoorbeeld naargelang de draagmoeder of de wensouder of wensouders al dan niet als een koppel samenleven, naargelang dat koppel een statuut heeft dat voortvloeit uit het huwelijk, de wettelijke samenwoning of een loutere feitelijke samenwoning, of naargelang de stabiliteit van deze feitelijke samenwoning.

Andere verschillen kunnen het gevolg zijn van de omstandigheid dat de draagmoeder al dan niet reeds kinderen heeft, het aantal van die oudere kinderen, hun leeftijd, enz.

2°) De algemene context van de voorliggende voorstellen en de bevoegdheid van de afdeling Wetgeving van de Raad van State

26. De voorliggende wetsvoorstellen doen vragen rijzen van ethische, antropologische, symbolische, filosofische, sociologische, psychologische en andere aard, die fundamenteel en moeilijk op te lossen zijn, en waarbij bovendien de wetgever, zoals hierna uiteengezet zal worden [(26)], geroepen is om een afweging te maken tussen wettige belangen, of zelfs fundamentele rechten die soms moeilijk met elkaar te verzoenen zijn.

In zijn advies met de nummers 38.817/AV en volgende, gegeven over wetsvoorstellen en amendementen aangaande adoptie door paren van hetzelfde geslacht en stiefouderschap, heeft de Raad van State het volgende opgemerkt :

> "51. Sommige van de hierboven in nr. 49 genoemde praktijken, doen belangrijke ethische, maar ook belangrijke juridische vragen rijzen.
>
> Meer in het bijzonder roept de praktijk van het leenmoeder- of draagmoederschap ernstige bezwaren op wat betreft de niet-beschikbaarheid van het menselijk lichaam, de waardigheid van de draagmoeder en de eerbiediging van de beginselen die voortvloeien uit het Verdrag inzake de rechten van het kind wat betreft de continuïteit tussen het ouderschap, met inbegrip van het moederschap, en de verantwoordelijkheid van de ouders voor het kind" [(27)].

---

(26) Nrs. 38 tot 62.

(27) Advies van 3 oktober 2005, *Parl. St.*, Kamer, 2003-2004, inzonderheid nr. 51-393/2 .

Wat betreft het principe van de niet-beschikbaarheid van het menselijk lichaam en de waardigheid van de draagmoeder steunden die overwegingen op de stand van het thans geldende positieve recht, zoals dit tot uiting komt in de artikelen 6, 1128, 1131 en 1133 van het Burgerlijk Wetboek en in de algemene beginselen van het Burgerlijk Wetboek.

Volgens de artikelen 6, 1131 en 1133 van het Burgerlijk Wetboek zijn overeenkomsten die afbreuk doen aan de wetten die de openbare orde en de goede zeden betreffen, nietig, terwijl verbintenissen, aangegaan uit een ongeoorloofde oorzaak, dat wil zeggen een oorzaak die strijdig is met de goede zeden of met de openbare orde, geen gevolgen kunnen hebben.

Artikel 1128 van het Burgerlijk Wetboek is een wettelijke bepaling die verband houdt met de openbare orde en de goede zeden, die als volgt luidt :

> "Alleen zaken die in de handel zijn, kunnen het voorwerp van overeenkomsten uitmaken."

De voltallige vergadering van het Franse Hof van Cassatie heeft, toen ze op 31 mei 1991 uitspraak deed met toepassing van de artikelen 6 en 1128 van het Franse Burgerlijk Wetboek, waarvan de tekst identiek is aan die welke in België van kracht is, het volgende gesteld :

> "La convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes [(28)]."

Die rechtspraak ligt in de lijn van die welke volgde uit een arrest van 13 december 1989 [(29)]; ze is onlangs bevestigd door een arrest van 9 december 2003 waarin, zelfs los van de bijzondere bepaling die in het Franse Burgerlijk Wetboek de aangelegenheid regelt [(30)], wordt overwogen :

---

(28) Cass. (Fr.), volt. verg., 31 mei 1991, *La Semaine juridique*, 1991, Ed. G., nr. 45, pp. 377-385, met conclusie van de heer H. Dontenwille, eerste advocaat-generaal, en de noot van F. Terré, inz. p. 381; *J.T.*, 1991, p. 767, met noot van X. Dijon en J.-P. Masson, pp. 768-771.

(29) Cass. (Fr.), 13 december 1989, *La Semaine juridique*, 1990, Ed. G., nr. 26, nr. 21526, met noot van A. Sériaux.

(30) Meer in het bijzonder wordt in artikel 16-7 van het Franse Burgerlijk Wetboek het volgende bepaald : "Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle."

> "le caractère illicite [de la maternité pour autrui] se déduit des principes généraux du Code civil" (31).

Deze oplossingen kunnen worden getransponeerd naar het huidige Belgisch recht, zoals in de rechtsleer wordt bevestigd (32).

Weliswaar is in twee vonnissen van de jeugdrechtbank in het belang van het kind de homologatie van de adoptie na een draagmoederschap aanvaard is (33)..

De strekking ervan dient evenwel sterk te worden gerelativeerd.

In het eerste vonnis gaat de jeugdrechtbank louter uit van het belang van het kind, zonder zich uit te spreken over de geldigheid van de overeenkomst die aan het draagmoederschap en de geboorte is voorafgegaan.

---

(31) Cass. (Fr.), 9 december 2003, *Rec. Dalloz*, 2004, nr. 28, pp. 1998-2002, met noot van E. Poisson-Drocourt.

(32) Inzonderheid P. Senaeve, "Juridische implicaties van nieuwe ontstaansvormen van menselijk leven", *RW*, 1985-1986, kol. 626-652, inz. kol. 637; M.-Th. Meulders-Klein, "Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées", *Rev. trim. dr. civ.*, 1988, p. 645 en volgende, inz. p. 657 en volgende; H. De Page en J.-P. Masson, *Traité élémentaire de droit civil belge*, boekdeel I, volume II, 4de uitg., Brussel, 1990, nr. 967, p. 933; nr. 971, p. 935; X. Dijon en J.-P. Masson, *loc. cit.*; A.-Ch. Van Gysel en N. Massager, "Les limites de l'autonomie de la volonté en droit des personnes" in *L'ordre public-Limites et applications*, Brussel, 1995, p. 210; A. Rouvroy, "Quelques questions relatives aux procréations médicalement assistées", *J.T.*, 1997, p. 774; N. Massager, *Les droits de l'enfant à naître*, Brussel, 1997, nrs. 385 en volgende; E. Montero, "L'adoption consécutive à un contrat de mère porteuse", noot onder Jeugdrechtbank Brussel, 4 juni 1996, *T. Gez.*, 1997-1998, pp. 124-128; A. De Wolf, "Draagmoederschap in België en Frankrijk : een stand van zaken" , in K. Boele-Woelki en M. Oderkerk (red.), *(On)geoorloofheid van het draagmoederschap in rechtsvergelijkend perspectief*, Antwerpen-Groningen, 1999, p. 89; P. Senaeve, *Compendium van het Personen- en familierecht*, Leuven, 2004, nr. 491, p. 22; N. Massager, in A.-Ch. Van Gysel (dir.), *Précis du droit de la famille*, Brussel, 2004, p. 446. Zie evenwel G. Verschelden, *Afstamming*, A.P.R., Mechelen, 2004, nrs. 1273-1275, pp. 700-702; H. Nys, *Geneeskunde Recht en Medisch handelen*, A.P.R., Mechelen, 2005, nr. 483, pp. 221-222.

(33) Jgdrb. Brussel, 4 juni 1996,*T.Gez.*, 1997-1998, pp. 124-128, met noot van F. Montero; Jgdrb. Turnhout, 4 oktober 2000, *R.W.*, 2001-2002, pp. 206 en 207, met noot van F. Swennen.

Wat betreft het tweede vonnis, zo daarin wordt het volgende gesteld :

> "[h]et draagmoederschap, dat een uiting is van de vrije wil en tot de verantwoordelijkheid behoort van degene die er zich zonder winstbejag toe leent, is niet strijdig met de openbare orde",

en verwezen wordt naar een arrest van het Hof van Beroep te Parijs van 15 juni 1990 dat zich in dezelfde zin uitspreekt [(34)], dan moet toch opgemerkt worden dat dit laatste arrest nadien vernietigd is bij het arrest van de voltallige vergadering van het Hof van Cassatie van Frankrijk van 31 mei 1991, waarvan hiervóór al gewag gemaakt is.

Dit vonnis kan eveneens aldus worden uitgelegd dat het geen uitspraak doet over de wettigheid van de overeenkomst over het draagmoederschap, maar beslist dat dit draagmoederschap niet strijdig is met de openbare orde en, impliciet, dat de wettigheid of de onwettigheid van de overeenkomst geen weerslag heeft op de mogelijkheid om de betrokken adoptie te laten homologeren door de wensouders, waarbij aldus aangeknoopt wordt bij de eerste beslissing.

Wat ook het belang is van de huidige regels en principes van het Belgisch burgerlijk recht terzake, ze vloeien in elk geval voort uit wetsbepalingen, en het behoort tot de verantwoordelijkheid van de wetgever om die te wijzigen of aan te passen indien hij zulks opportuun acht, uiteraard voorzover dit niet in tegenspraak is met een hogere rechtsnorm.

Zoals zal worden opgemerkt, althans wat betreft het principe van het beroep op het draagmoederschap, is er geen hogere rechtsregels die zich verzet tegen de goedkeuring van de voorstellen.

Wat betreft de regels betreffende de continuïteit van het ouderschap, waarvan eveneens gewag is gemaakt in het voormelde advies van de Raad van State, welke regels afgeleid kunnen worden uit het Verdrag inzake de rechten van het kind, wordt verwezen naar de uiteenzetting daarover, die tracht aan te tonen dat die regels moeten worden uitgelegd op een genuanceerde

---

(34) *J.T.*, 1991, p. 767.

wijze en in die zin dat ze niet absoluut in de weg staan aan enige wettelijke erkenning van het draagmoederschap (35).

Het is uiteindelijk de ethische dimensie van het debat die de wetgever hoofdzakelijk moet leiden, en die hem ertoe moet brengen om zijn standpunt te bepalen, in het licht van de opvatting die hij zal afleiden uit de openbare orde en de goede zeden.

Het is onmiskenbaar dat de Belgische samenleving over deze vragen niet meer homogeen is en dat uit de ethische discussie blijkt dat er uiteenlopende opvattingen bestaan, zoals inzonderheid blijkt uit het advies nr. 30, van 30 juli 2004, van het Raadgevend Comité voor Bioethiek (36).

In dat advies is het gemeenschappelijk uitgangspunt dat

> "solidariteit met mensen die getroffen worden in de vervulling van een kinderwens een goed is"
>
> en dat
>
> "zwangerschap voor een ander ethisch principieel geoorloofd [is]".
>
> zij het dat
>
> "met meer dan gewone voorzichtigheid alles in het werk dient gesteld om voorspelbare probleemsituaties in de mate van het mogelijke te vermijden".

Overigens blijken er, vanuit ethisch perspectief, verschillende inzichten te bestaan over de voorwaarden en de gevolgen van het sluiten van overeenkomsten inzake draagmoederschap. Binnen de juridische context die in het voorliggende advies op grond van de internationale verdragen inzake mensenrechten en de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens wordt aangegeven, komt het aan de wetgever toe de ethische keuzes te maken.

---

(35) Hierna, nr. 54.

(36) Zie hierna, nr. 37 .

27. In verband met de verantwoordelijkheid van de wetgever om keuzes van ethische aard te maken, kan worden verwezen naar de houding van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens over een zaak die betrekking had op de Noorse abortuswetgeving, waarin zij zich bij de volgende overwegingen van het Noorse Opperste Gerechtshof aansloot :

> "Il n'appartient pas aux tribunaux de décider si la solution à un problème législatif difficile, et que le législateur a choisie lorsqu'il a adopté la loi de 1978 sur l'interruption de grossesse, est ou non la meilleure. Sur ce point les juges, tout comme d'autres membres de notre société, auront des opinions divergentes. La conciliation d'intérêts opposés que nécessitent les lois sur l'avortement est une tâche qui incombe au législateur et qui relève de sa responsabilité. [...] Il est clair que les tribunaux doivent respecter la solution retenue par le législateur." (37)

Met betrekking tot de toetsing van de Noorse wet aan artikel 2 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (38), concludeerde de Europese Commissie in de bedoelde zaak als volgt :

> "[À] supposer que la Convention puisse être considérée comme ayant quelque influence à cet égard, la Commission estime que, dans un domaine aussi délicat, les États contractants doivent jouir d'un certain pouvoir discrétionnaire." (39)

Ook bij de beoordeling van het al dan niet geoorloofd karakter van de wetsvoorstellen die voor onderzoek voorliggen, moet ervan worden uitgegaan dat het de taak is van de wetgever om de conflicterende ethische opvattingen met elkaar te verzoenen. De rechter moet in dit opzicht de beleidsvrijheid van de wetgever eerbiedigen, en zich niet in diens plaats stellen. Vanzelfsprekend is het onderhavige advies zo opgevat dat met deze overwegingen rekening is gehouden.

De Raad van State is niettemin van oordeel dat de wetgever in het licht van het voorzorgsbeginsel, eerst zou moeten nagaan of hij thans reeds over voldoende gegevens beschikt die hem toelaten een afdoende inzicht te hebben in de gevolgen van het draagmoederschap voor het kind dat zal geboren worden en voor alle andere betrokken

---

(37) ECRM, 19 mei 1982, H./Noorwegen, 17.004/90, *D.R.*, 73, (155), pp. 181-182, § 1.

(38) Verder in het advies : "het Europees Verdrag over de rechten van de mens".

(39) *Ibid.*, p. 182, § 1.

personen, wat nodig is om een evenwichtige regeling uit te werken, die rekening houdt met het geheel van de rechten en belangen die in het geding zijn.

28. Alvorens de wetsvoorstellen te onderzoeken in het licht van de hogere rechtsregels, past het nog even stil te staan bij het statuut van het ongeboren kind, zoals dat blijkt uit de rechtspraak van het Europees Hof en de Europese Commissie voor de rechten van de mens en uit de Belgische wetgeving.

Op dit punt wordt verwezen naar het arrest Vo van 8 juli 2004 van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, dat na een onderzoek van de vroegere rechtspraak van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens en van het Hof zelf, van de praktijk van de Staten en van internationale teksten zoals het Verdrag inzake de Rechten van de Mens en de Biogeneeskunde, het Aanvullende Protocol waarbij het menselijk klonen wordt verboden, of het ontwerp-protocol betreffende biomedische experimenten, concludeert dat er "geen duidelijk rechtsstatuut bestaat voor het kind dat geboren moet worden" [(40)]. Het Hof verklaart zich :

> "convaincue qu'il n'est ni souhaitable ni même possible actuellement de répondre dans l'abstrait à la question de savoir si l'enfant à naître est une "personne" au sens de l'article 2 de la Convention" [(41)].

In een zaak waarbij het ging om een nationale rechterlijke beslissing houdende het verbod op vrijwillige zwangerschapsonderbreking, heeft de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens weliswaar de vrouw die zich daarover bekloeg gekwalificeerd als "slachtoffer" ten aanzien van artikel 8 van het Verdrag, dat het recht op eerbiediging van het privé-leven waarborgt, maar heeft ze erop gewezen

> "que l'on ne saurait dire que la grossesse relève uniquement de la vie privée (et que,) lorsqu'une femme est enceinte, sa vie privée devient étroitement associée au foetus qui se développe".

Ze heeft voorts gesteld dat het niet noodzakelijk is :

---

(40) EHRM, Vo, aangehaald, § 86.

(41) *Ibid*., § 85. Artikel 2 betreft het recht op leven.

> "d'examiner, à ce propos, si l'enfant à naître doit être considéré comme une «vie» au sens de l'article 2 de la Convention, ou s'il doit être considéré comme une entité qui puisse, sur le plan de l'article 8, par. 2, justifier une ingérence pour la protection d'autrui".

Ze heeft eveneens gesteld :

> "Toute réglementation de l'interruption des grossesses non désirées ne constitue pas une ingérence dans le droit au respect de la vie privée de la mère",

daarbij evenwel benadrukkend dat

> "rien ne prouve que les Parties à la Convention entendaient s'engager pour telle ou telle solution [(42)]."

Uit wat voorafgaat volgt dat uit de rechtspraak van het Europees Hof en de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens geen enkele conclusie kan worden getrokken wat betreft de rechtspositie van het kind dat geboren moet worden. De Raad van State is dan ook van oordeel dat er geen reden is om de voorstellen vanuit dit oogpunt te onderzoeken.

29. Er kan trouwens op worden gewezen dat de wetgever reeds een aantal kwesties heeft beslecht in verband met deze problematiek, zoals blijkt uit de wet van 3 april 1990 betreffende de zwangerschapsafbreking, tot wijziging van de artikelen 348, 350, 351 en 352 van het Strafwetboek en tot opheffing van artikel 353 van hetzelfde Wetboek, uit de wet van 11 mei 2003 betreffende het onderzoek op embryo's in vitro en uit artikel 318, § 4, van het Burgerlijk Wetboek, ingevoegd bij de wet van 31 maart 1987. Volgens die laatste bepaling is

> "[d]e vordering [tot betwisting van het vaderschap van het kind als gevolg van het wettelijk vermoeden van vaderschap van een man gehuwd met de moeder van het kind] niet ontvankelijk wanneer de echtgenoot toestemming heeft gegeven tot kunstmatige inseminatie of tot een andere daad die de voortplanting tot doel had, tenzij de verwekking van het kind niet het gevolg kan zijn van die handeling".

30. Bijgevolg legt het recht op dit punt geen oplossing op. Het verwijst dus naar de conclusies waartoe de ethische beoordelingen leiden.

Bij die beoordelingen moet rekening worden gehouden met de gevolgen van de gevolgde werkwijzen voor de betrokken personen, inzonderheid het kind, de vrouw die het

---

(42) ECRM, Brüggemann en Scheuten, nr. 6959/75, verslag, 12 juli 1977, *D.R.*, 10, p. 123, §§ 59, 60, 61 en 64 (passages aangehaald in het voormelde arrest Vo van 8 juli 2004).

draagt, de man of de vrouw die ermee samenleeft en de wensouders of degenen die de gameten of het embryo hebben geleverd waardoor het mogelijk is geweest een beroep te doen op medisch begeleide voortplanting.

De uiteenzetting die volgt is gewijd aan de eventuele grenzen van de beoordelingsbevoegdheid van de wetgever, die zouden voortvloeien uit een aantal grondrechten.

Aangezien de beschikbare juridische gegevens niet rechtstreeks betrekking hebben op de problematiek van het draagmoederschap, zal verwezen worden naar de relevante teksten en naar de rechtspraak waarin deze worden geïnterpreteerd, voornamelijk artikel 8 van het Europees Verdrag over de rechten van de mens, zowel vanuit het oogpunt van het privé-leven als vanuit het oogpunt van het gezinsleven, waarbij aandacht zal worden besteed aan de eventuele mogelijkheid om die teksten en die rechtspraak bij analogie toe te passen op de genoemde problematiek. Voor de medisch begeleide voortplanting bestaat er een meer specifiek juridisch instrument, namelijk het Verdrag inzake de rechten van de mens en de biogeneeskunde; hiervan zal verder gewag worden gemaakt [(43)], maar dit verdrag dekt hoegenaamd niet alle kwesties waarin de regels en de principes die afgeleid zijn uit de algemene rechtspraak betreffende het voormelde artikel 8 bij analogie van toepassing zouden kunnen zijn of zouden kunnen dienen als reflectiekader voor de juridische problemen die in casu relevant zijn.

3°) De relevante hogere rechtsregels - de Grondwet en het internationaal recht

31. Gelet op het voorwerp van de voorstellen, volgen de relevante hogere rechtsregels in hoofdzaak uit de Belgische Grondwet, het Europees Verdrag over de rechten van de mens [(44)] en het Verdrag inzake de rechten van het kind.

De Belgische Grondwet en het Europees Verdrag over de rechten van de mens dienen in onderlinge samenhang gelezen te worden wat betreft de rechten en de vrijheden die daarin vastgelegd zijn. Onder voorbehoud van de toepassing van artikel 53 van het Europees

---

(43) Zie hierna, de nrs. 63, 152 en 153.

(44) Eenvoudigheidshalve wordt niet verwezen naar de overeenstemmende bepalingen van het Internationaal Verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten.

Verdrag [45], wordt de strekking van de bepalingen van intern recht die daarop betrekking hebben getoetst volgens dezelfde criteria als die welke bepaald worden door het Verdrag, zoals dit geïnterpreteerd wordt door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens [46].

Het Arbitragehof heeft in dat verband het volgende gesteld :

> "Wanneer (...) een verdragsbepaling die België bindt, een draagwijdte heeft die analoog is met die van een of meer (...) grondwetsbepalingen, vormen de waarborgen vervat in die verdragsbepaling een onlosmakelijk geheel met de waarborgen die in de betrokken grondwetsbepalingen zijn opgenomen. De schending van een grondrecht houdt overigens ipso facto een schending in van het gelijkheids- en niet-discriminatiebeginsel.
>
> Daaruit volgt dat, wanneer een schending wordt aangevoerd van een bepaling van titel II of van de artikelen 170, 172 of 191 van de Grondwet, het Hof, bij zijn onderzoek, rekening houdt met internationaalrechtelijke bepalingen die analoge rechten of vrijheden waarborgen." [47]

---

(45) Artikel 53 van het Europees Verdrag over de rechten van de mens luidt als volgt :

"Geen bepaling van dit Verdrag zal worden uitgelegd als beperkingen op te leggen of inbreuk te maken op de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, welke verzekerd kunnen worden ingevolge de wetten van enige Hoge Verdragsluitende Partij of ingevolge enig ander Verdrag waarbij de Hoge Verdragsluitende Partij partij is."

(46) Zie bijvoorbeeld de gezamenlijke lezing door het Arbitragehof van, enerzijds, de artikelen 19 en 25 van de Grondwet, en anderzijds, artikel 10 van het Verdrag, waarbij in het bijzonder gesteund is op de interpretatie die voortvloeit uit de rechtspraak van het Europees Hof (Arbitragehof, nr. 45/96, 12 juli 1996, B.7.5 en B.7.6; nr. 102/99, 30 september 1999, B.24.2, B.24.4 en B.24.5; nr. 10/2001, 7 februari 2001, B.4.8.1; nr. 136/2003, 22 oktober 2003, B.6; nr. 157/2004, 6 oktober 2004, B.41 tot B.45).

(47) Arbitragehof, nr. 158/2004, 20 oktober 2004, B.5.2; nr. 162/2004, 20 oktober 2004, B.2.3 en B.2.4; nr. 202/2004, 21 december 2004, B.2.2 en B.2.3; nr. 16/2005, 19 januari 2005, B.2.3 en B.2.4. Die laatste drie arresten hebben betrekking op de gezamenlijke lezing van artikel 22 van de Grondwet en artikel 8 van het Europees Verdrag, naast overigens artikel 17 van het Internationaal Verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten.

Uit de parlementaire voorbereiding van artikel 22 van de Grondwet, dat inzonderheid betrekking heeft op het recht op eerbiediging van het privé-leven en het gezinsleven [(48)], blijkt overigens dat de grondwetgever getracht heeft

> "bij het redigeren van het voorstel (dat ertoe strekt deze grondwetsbepaling in te voegen) een zo groot mogelijke concordantie (na te streven) met artikel 8 van het Europees Verdrag (...), teneinde betwistingen over de inhoud van dit Grondwetsartikel respectievelijk artikel 8 van het (Verdrag) te vermijden" [(49)].

De voorgaande overwegingen, die betrekking hebben op de band inzake interpretatie tussen de Belgische Grondwet en het internationaal recht, kunnen in principe worden toegepast op de bepalingen van het Verdrag inzake de rechten van het kind.

32. Gelet op het voorwerp van de voorstellen, hebben de uiteenzettingen die hierna volgen in hoofdzaak betrekking op het recht op eerbiediging van het privé-leven en het gezinsleven, op de beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie, zoals deze ingeschreven zijn in de artikelen 8 en 14 van het Europees Verdrag over de rechten van de mens, en op de rechten van het kind. Er zal evenwel blijken dat incidenteel andere bepalingen van het Europees Verdrag toepasselijk kunnen zijn.

---

(48) Artikel 22 van de Grondwet luidt als volgt :

> "Ieder heeft recht op eerbiediging van zijn privé-leven en zijn gezinsleven, behoudens in de gevallen en onder de voorwaarden door de wet bepaald.
>
> De wet, het decreet of de in artikel 134 bedoelde regel waarborgen de bescherming van dat recht."

(49) *Parl. St.*, Kamer, 1992-1993, nr. 997/5, p. 2; zie Arbitragehof, nr. 16/2005, 19 januari 2005, B.2.4, nr. 50/2003, 1 maart 2005, B.8.

Om de redenen die hiervóór uiteengezet zijn, onder nr. 31, kan de hierna volgende uitlegging van die internationale regels ook gelden voor de overeenkomstige bepalingen van de Belgische Grondwet, voornamelijk de artikelen 10, 11 [(50)], 22 [(51)] en 22*bis* [(52)] van de Grondwet.

In deze toelichting zal enkel getracht worden de draagwijdte van die internationale regels af te bakenen in zoverre deze relevant zijn, gelet op het voorwerp van de voorliggende teksten.

4°) Het internationaal privaatrecht, het Verdrag inzake de internationale samenwerking en de bescherming van kinderen op het gebied van de interlandelijke adoptie

33. In de inleiding van dit advies is er in nr. 2 op gewezen dat de Raad van State, gezien de termijn die hem is toebedeeld, niet in staat is de vraagstukken op het gebied van het internationaal privaatrecht te onderzoeken waartoe de voorliggende voorstellen aanleiding geven. Daarmee houden ook de kwesties verband die kunnen rijzen met betrekking tot de gevolgen van het Verdrag inzake de internationale samenwerking en de bescherming van kinderen op het gebied van de interlandelijke adoptie, ondertekend te Den Haag op 29 mei 1993, voor de aanvaardbaarheid van het beroep op het draagmoederschap in het kader van een operatie die de autonome kwalificatie van adoptie zou kunnen krijgen, in de zin van dit Verdrag [(53)]. Los zelfs van die internationale kwalificatie, zal hierna blijken dat het project waarbij wensouders een vrouw, met haar instemming, het draagmoederschap toevertrouwen van een kind voor hen, in bepaalde opzichten, ondanks de verschillen, kan neerkomen op een adoptie, zelfs in de zin

---

(50) De artikelen 10 en 11 van de Grondwet waarborgen de gelijkheid en de niet-discriminatie.

(51) Zie de tekst van deze bepaling in noot 48.

(52) Artikel 22*bis* van de Grondwet luidt als volgt :

"Elk kind heeft recht op eerbiediging van zijn morele, lichamelijke, geestelijke en seksuele integriteit.

De wet, het decreet of de in artikel 134 bedoelde regel waarborgen de bescherming van dat recht."

(53) Zie inzonderheid artikel 2 van dit Verdrag.

van het interne recht [(54)]; twee van de drie voorstellen die onder bepaalde voorwaarden het draagmoederschap toestaan, haken overigens aan bij die kwalificatie, voorstel nr. 1230 [(55)] nog meer dan voorstel nr. 1271 [(56)].

Om dezelfde reden als uiteengezet in nr. 2, heeft de Raad van State de gevolgen van dit Verdrag niet kunnen onderzoeken.

De Raad beperkt zich ertoe, om de relevantie van het zonet gemaakte voorbehoud aan te tonen, de tekst van de artikelen 1 en 2 van dit Verdrag in herinnering te brengen :

"*Artikel 1*. Dit Verdrag heeft tot doel :

a. waarborgen vast te leggen om te verzekeren dat interlandelijke adopties op zodanige wijze plaatsvinden dat het hoogste belang van het kind daarmee is gediend en de grondrechten die hem volgens het internationale recht toekomen, worden geëerbiedigd;

b. een samenwerkingsverband tussen de Verdragsluitende Staten in het leven te roepen ten einde te verzekeren dat deze waarborgen in acht worden genomen en ontvoering, verkoop van of handel in kinderen aldus worden voorkomen;

c. de erkenning van overeenkomstig het Verdrag tot stand gekomen adopties in de Verdragsluitende Staten te verzekeren.

Art. 2. 1. Dit Verdrag is van toepassing wanneer een kind dat zijn gewone verblijfplaats in een Verdragsluitende Staat (Staat van herkomst) heeft, naar een andere Verdragsluitende Staat (Staat van opvang) is, wordt of zal worden overgebracht, hetzij na zijn adoptie in de Staat van herkomst door echtgenoten of een persoon van wie de gewone verblijfplaats zich in de Staat van opvang bevindt, hetzij met het oog op een zodanige adoptie in de Staat van opvang of in de Staat van herkomst.

2. Het Verdrag heeft slechts betrekking op adopties die familierechtelijke betrekkingen tot stand brengen."

---

(54) Zie inzonderheid de nrs. 76 en 103.

(55) Zie artikel 8 van dat voorstel.

(56) Zie hierna de nrs. 119, 120, 127, 131 en 143.

B. De grondrechten die voornamelijk in het geding zijn

1°) De beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie

34. De hogere rechtsregels die grondrechten waarborgen dienen gelezen te worden in samenhang met de regels die de beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie huldigen, welke beginselen eveneens grondrechten vormen.

Artikel 14 van het Europees Verdrag over de rechten van de mens luidt als volgt :

> "Het genot van de rechten en vrijheden, welke in dit Verdrag zijn vermeld, is verzekerd zonder enig onderscheid op welke grond ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere overtuiging, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status."

Volgens de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens geldt het volgende :

> -"dans la jouissance des droits et libertés reconnus par la Convention, l'article 14 interdit de traiter de manière différenciéé, sauf justification objective et raisonnable, des personnes placées dans des situations comparables" (57);
>
> - "une distinction se révèle discriminatoire si elle 'manque de justification objective et raisonnable', c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un 'but légitime' ou si fait défaut un 'rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé'" (58);
>
> -"(l)e droit de jouir des droits garantis par la Convention sans être soumis à discrimination est également transgressé lorsque, sans justification objective et raisonnable, les Etats n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes" (59).

---

(57) EHRM, inz. Sunday Times, 26 november 1991, § 58; Hoffmann, 23 maart 1993, § 31; Salgueiro da Silva Mouta, 21 december 1999, § 26.

(58) EHRM, Marckx, 13 juni 1979, § 33 (vaste rechtspraak; zie ook, o.m., de Belgische taalzaak, 23 juli 1968, § 10; Schmidt, 18 juli 1994, § 24; Van Raalte, 21 februari 1997, § 39; Salgueiro da Silva Mouta, 21 december 1999, § 29; Petrovic, 27 maart 1998, § 30; Fretté, 26 februari 2002, § 34; Karner, 24 juli 2003, § 37).

(59) EHRM, Thlimmenos, 6 april 2000, § 44; Fretté, 26 februari 2002, § 39.

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens zet de implicaties van artikel 14 van het Verdrag als volgt uiteen :

> "[B]ien que l'article 14 n'ait pas d'existence indépendante il peut jouer un important rôle autonome en complétant les autres clauses normatives de la Convention et des Protocoles : dans la jouissance des droits et libertés qu'elles reconnaissent, il protège contre toute discrimination les individus placés dans des situations analogues. Enfreint donc l'article 14, combiné avec l'article de la Convention ou des Protocoles consacrant tel droit ou liberté, une mesure conforme en elle-même aux exigences du second mais revêtant un caractère discriminatoire incompatible avec le premier. Tout se passe comme si l'article 14 faisait partie intégrante de chacune des dispositions garantissant des droits et libertés." (60)

Om de autonome rol van het niet-discriminatiebeginsel neergelegd in artikel 14 van het Verdrag te beoordelen ten opzichte van de rechten en vrijheden die erkend worden door deze tekst en zijn protocollen, dient men rekening te houden met de ontwikkeling van de rechtspraak, volgens welke het voldoende is dat de maatregelen ofwel aansluiten bij de uitoefening van een gewaarborgd recht (61) ofwel zich bevinden in het domein van dat recht (62), of nog dat de feiten die ten grondslag liggen aan het geschil vallen onder het toepassingsgebied van ten minste een van de bepalingen van het Verdrag (63), of ook nog dat het voorwerp van het geschil niet volledig valt buiten de toepassingsfeer van de tekst die gecombineerd wordt met artikel 14 (64), vermits naarmate de rechtspraak zich ontwikkelt, de band die met de grondrechten gelegd wordt, steeds dunner wordt (65).

---

(60) EHRM, Marckx ,13 juin 1979, § 31.

(61) EHRM, Schmidt en Dahlström, 6 februari 1976, § 39.

(62) EHRM, Abdulaziz e.a., 28 mei 1985, § 71.

(63) EHRM, Van Raalte, 21 februari 1997, § 33; Petrovic, 27 maart 1998, § 22; Fretté, 26 februari 2002, § 27.

(64) EHRM, Van der Mussele, 23 november 1983, § 43; Inze, 28 oktober 1997, § 36; Petrovic, 27 maart 1998, § 22; Thlimmenos, 6 april 2000, § 40; Fretté, 26 februari 2002, § 31; Karner, 24 juli 2003, § 32.

(65) EHRM, Gaygusuz, 16 september 1996, §§ 36-41; P. Lambert, "Vers une évolution de l'interprétation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme ?", *Rev. trim. dr. h.*, 1998, pp. 497-505, in het bijzonder pp. 501-503; S.-J. Priso Essawe, "Les droits sociaux et l'égalité de traitement dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme", *Rev. trim. dr. h.*, 1998, pp. 721 e.v.

Gelet op dit, zelfs beperkte verband, zal hoe dan ook bij het hiernavolgende onderzoek van artikel 8 van het Europees Verdrag over de rechten van de mens ook aandacht worden besteed aan de vereisten die voortvloeien uit de beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie.

35. Zoals men weet, is het op grond o.m. van de rechtspraak terzake van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dat het Arbitragehof de artikelen 10 en 11 van de Belgische Grondwet geïnterpreteerd heeft, die eveneens die beginselen huldigen (66). De vaste rechtspraak van het Arbitragehof luidt als volgt :

> - "De grondwettelijke regels van de gelijkheid en de niet-discriminatie sluiten niet uit dat een verschil in behandeling tussen categorieën van personen wordt ingesteld, voor zover dat verschil op een objectief criterium berust en het redelijk verantwoord is.
>
> Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld rekening houdend met het doel en de gevolgen van de betwiste maatregel en met de aard van de terzake geldende beginselen; het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer vaststaat dat er geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel" (67).
>
> - "Dezelfde regels verzetten er zich overigens tegen dat categorieën van personen, die zich ten aanzien van de aangevochten maatregel in wezenlijk verschillende situaties bevinden, op identieke wijze worden behandeld, zonder dat daarvoor een redelijke verantwoording bestaat.
>
> Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld rekening houdend met het doel en de gevolgen van de betwiste maatregel en met de aard van de ter zake geldende beginselen; het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer vaststaat dat geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel" (68).

---

(66) X. Delgrange, "Quand la Cour d'arbitrage s'inspire de la Cour de Strasbourg", noot onder Arbitragehof, 13 oktober 1989, *Rev. rég. dr.*, 1989, pp. 619 e.v.; J. Velaers, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Antwerpen - Apeldoorn, 1990, nr. 205, p. 176; L.-P. Suetens, "Gelijkheid en non-discriminatie in de rechtspraak van het Arbitragehof", *in Gelijkheid en non-discriminatie* (A. Alen en P. Lemmens, eds.), Antwerpen, 1991, pp. 100 en 101; M. Verdussen, "La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel", *in* J. Velu e.a., *La mise en oeuvre interne de la Convention européenne des droits de l'homme*, Brussel, 1994, pp. 17-62, inz. p. 54; R. Ergec, "La Cour d'arbitrage et le juge international et européen", *in* F. Delpérée, A. Rasson-Roland en M. Verdussen (dir.), *Regards croisés sur la Cour d'arbitrage*, Brussel, 1995, pp. 205-227, inz. nr. 7, p. 209; J.-C. Scholsem, "La Cour d'arbitrage", *Rev. dr. U.L.B.*, 1999, pp. 205-237, inz. p. 215.

(67) Bijvoorbeeld, Arbitragehof, nr. 85/2003, 14 mei 2003, B.4.

(68) Bijvoorbeeld, Arbitragehof, nr. 63/2003, 11 juni 2003, B.5; zie ook Arbitragehof, nr. 159/2004, 20 oktober 2004, B.4.3.

Opdat de toesing aan de beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie zou kunnen plaatsvinden, is het voldoende dat twee categorieën van personen die in vergelijkbare situaties verkeren verschillend behandeld worden of dat twee categorieën van personen die zich in verschillende situaties bevinden, op een vergelijkbare wijze behandeld worden, zonder dat vereist is dat een recht in het geding is; in tegenstelling tot hetgeen zojuist gesteld is met betrekking tot artikel 14 van het Europees Verdrag over de rechten van de mens, is het dus niet noodzakelijk, wanneer de artikelen 10 en 11 van de Grondwet kunnen worden aangevoerd, dat onderzocht wordt of de verschillen betrekking hebben op het genot van een grondrecht.

36. Net als in de voornoemde grondwettelijke bepalingen, wordt ook in artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten de eerbiediging van het gelijkheidsbeginsel op autonome wijze gewaarborgd ten opzichte van de rechten en vrijheden die in die tekst afgekondigd worden :

> "Allen zijn gelijk voor de wet en hebben zonder discriminatie aanspraak op gelijke bescherming door de wet. In dit verband verbiedt de wet discriminatie van welke aard ook en garandeert een ieder gelijke en doelmatige bescherming tegen discriminatie op welke grond ook, zoals ras, huidskleur, geslacht, taal, godsdienst, politieke of andere overtuiging, nationale of maatschappelijke afkomst, eigendom, geboorte of andere status."

2°) Het recht op de menselijke waardigheid en het verbod van onmenselijke en vernederende behandelingen

37. Artikel 3 van het Europees Verdrag over de rechten van de mens bepaalt :

> "Niemand mag worden onderworpen aan folteringen, noch aan onmenselijke of vernederende behandelingen of straffen."

In artikel 23, eerste lid, van de Grondwet, staat :

> "Ieder heeft het recht een menswaardig leven te leiden."

Het procédé van het draagmoederschap als zodanig kan niet beschouwd worden als een procédé dat een onmenselijke of vernederende behandeling uitmaakt, noch van het kind dat zal geboren worden, noch van de draagmoeder en van de wensouders.

Dat procédé is immers niet alleen gericht op het verwezenlijken van de kinderwens van de betrokken wensouders, doch is vaak ook een uiting van menselijke solidariteit vanwege de draagmoeder die tijdelijk haar diensten aanbiedt voor de vervulling van die kinderwens [(69)]. Het is trouwens vanuit de vaststelling dat er aanbiedingen zijn van personen die in beginsel vervuld zijn van zulk een solidariteitsgevoel, dat de voorstellen waarbij draagmoederschap wordt toegestaan en het voorstel waarbij het afstaan van gameten of embryo's wordt toegestaan, zijn opgevat. De valorisatie van dat gevoel is iets wat de wetgever kan bevorderen.

In de uitoefening van zijn bevoegdheid kan de wetgever, op basis van de overwegingen die hij relevant vindt, ervan uitgaan dat bepaalde procédé's van draagmoederschap en van medisch begeleide voortplanting toegestaan mogen worden, maar enkel op voorwaarde dat dit geschiedt in omstandigheden die stroken met de menselijke waardigheid. Het is ook op die voorwaarde dat evenmin geoordeeld zal kunnen worden dat de voorgenomen maatregelen het verbod van onmenselijke of vernederende behandeling, onder meer gesteld in artikel 3 van het Europees Verdrag over de rechten van de mens, schenden.

Wanneer het draagmoederschap evenwel wezenlijk een commerciële aard heeft, doordat de overdracht van het kind en van de ouderschapsrechten erover het gevolg is van een overeenkomst die in hoofde van de draagmoeder op winst gericht is, kan er sprake zijn van een onmenselijke en vernederende behandeling van het kind. Door de rechtsgeldigheid van dergelijke overeenkomsten, weze het stilzwijgend, te erkennen, zou de wetgever immers toestaan dat een kind reeds vóór zijn geboorte voorwerp is van een commerciële, op winst gerichte, overeenkomst, die - al dan niet gedwongen - wordt uitgevoerd nadat het kind geboren is. Een dergelijke behandeling vanwege de Staat kan als strijdig met artikel 3 van het Europees Verdrag over de rechten van de mens worden beschouwd. In dat verband kan ook worden verwezen naar artikel 21, d), van het Verdrag over de rechten van het kind, dat bepaalt dat Staten dienen te waarborgen dat bij interlandelijke adoptie

> "alle passende maatregelen worden genomen om te waarborgen dat de plaatsing niet leidt tot ongepast geldelijk voordeel voor de betrokkenen".

Er kan worden verwezen naar artikel 21 van het Europees Verdrag inzake de rechten van de mens en de biogeneeskunde, dat bepaalt dat het menselijk lichaam en de delen ervan als

---

(69) Zie hiervóór, nr. 26.

dusdanig geen bron van inkomsten mogen vormen [70]. Ook al is België door dit verdrag niet gebonden [71], het kan een belangrijk element zijn voor de interpretatie van artikel 3 van het Europees Verdrag over de rechten van de mens. Dezelfde opmerking geldt, in ieder geval wat betreft artikel 21 van het Verdrag inzake de rechten van de mens en de biogeneeskunde, voor het commerciële afstaan van gameten of embryo's.

3°) Het recht op eerbiediging van het gezinsleven

38. Artikel 8 van het Europees Verdrag over de rechten van de mens bepaalt het volgende :

> "1. Eenieder heeft recht op eerbiediging van zijn privé-leven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling.
>
> 2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan met betrekking tot de uitoefening van dit recht dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving nodig is in het belang van 's lands veiligheid, de openbare veiligheid, of het economisch welzijn van het land, de bescherming van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen."

39. De strekking van deze bepaling wordt hierna onderzocht, in zoverre ze betrekking heeft op het recht op eerbiediging van het gezinsleven, in het licht van de vraagstukken die kunnen rijzen met betrekking tot de voorliggende wetsvoorstellen [72].

Algemeen beschouwd, zoals in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens wordt uiteengezet,

---

(70) Zie hierna, nrs. 63 tot 65.

(71) *Ibid.*

(72) Wat betreft het recht op eerbiediging van het privé-leven, dat eveneens wordt beschermd door artikel 8 van het Verdrag, zie hierna, nrs. 52 tot 62.

> "en garantissant le droit au respect de la vie familiale, l'article 8 [de la Convention] présuppose l'existence d'une famille" (73).

Zoals onder meer uiteengezet is in het arrest Fretté van 26 februari 2002 van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens,

> "la Convention ne garantit pas, en tant que tel, un droit d'adopter (Di Lazzaro, décision de la Commission précitée (74); X c. Belgique et Pays-Bas, n° 6482/74, décision de la Commission du 10 juillet 1975, DR 7, p. 75). Par ailleurs, le droit au respect d'une vie familiale présuppose l'existence d'une famille et ne protège pas le simple désir de fonder une famille (arrêts Marckx [...], 13 juin 1979, [...], § 31, et Abdulaziz, Cabales et Balkandali [...], 28 mai 1985, [...], § 62)" (75).

In dat arrest stelt dat het Hof eveneens het volgende :

> "l'adoption est 'donner une famille à un enfant' et non donner un enfant à une famille" (76).

40. Er is geen aanleiding om een onderscheid te maken tussen "wettig" gezin en "natuurlijk" gezin (77), en

> "le concept de 'vie familiale' [...] ne se borne pas aux seules familles fondées sur le mariage mais peut englober d'autres relations de facto" (78).

Ook de band tussen een overspelig kind en zijn verwekker wordt beschermd.

---

(73) EHRM, Marckx, 13 juni 1979, § 31; Johnston e.a., 18 december 1996, § 55; zie ook arrest Fretté van 26 februari 2002, § 32, en de aangehaalde verwijzingen.

(74) Het gaat om de beslissing in de zaak Di Lazzaro van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens van 10 juli 1997, nr. 31924/96, *D.R.*, 90-A, p. 134.

(75) EHRM, Fretté, 26 februari 2002, § 32.

(76) *Ibid.*, § 42

(77) EHRM, Marckx, 13 juni 1979, § 31; Johnston e.a., 18 december 1996, § 55.

(78) EHRM, Keegan, 26 mei 1994, § 44; Kroon e.a., 27 oktober 1994, § 30; X, Y en Z t. Verenigd Koninkrijk, 22 april 1997, § 36; Nylund, 29 juni 1999; Mikulic, 7 februari 2002, § 51; zie ook, in dezelfde zin, EHRM, Marckx, 13 juni 1979, § 31.

Zo heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in zijn arrest Johnston van 18 december 1986 geoordeeld dat

> "l'absence d'un régime juridique approprié reflétant les liens familiaux naturels de [l'enfant] constitue un manque de respect pour la vie familiale de l'intéressée" (79).

Een ander voorbeeld is de zaak Kroon e.a., waarin een vrouw een kind had gekregen met een andere man dan haar echtgenoot en de nationale wetgeving niet toestond dat het vaderschap van de wettelijke vader betwist kon worden en vervangen kon worden door het vaderschap van de genetische vader die ook de "zorgvader" was, aangezien hij, ofschoon hij niet met de moeder samenwoonde, regelmatig voor het kind zorgde en met de moeder drie andere kinderen had gekregen na de geboorte van het overspelig kind. Het Hof stelde dat

> "le 'respect' de la 'vie familiale' exige que la réalité biologique et sociale prévale sur une présomption légale heurtant de front tant les faits établis que les voeux des personnes concernées, sans réellement profiter à personne" (80).

Die gehechtheid aan de genetische en biologische werkelijkheid impliceert evenwel, zoals overigens blijkt uit de woorden "réalité biologique *et* sociale" en "sans réellement profiter à personne" (81) in het zonet genoemde arrest, dat de band tussen een kind en een volwassene slechts de bescherming krijgt die aan het gezinsleven wordt verleend, indien die band tot uiting komt door samenwoning (82), of toch op zijn minst door "une relation [qui] a suffisamment de constance" (83).

Zo benadrukt het Hof in zijn arrest X, Y en Z t. Verenigd Koninkrijk van 22 april 1997 het volgende :

---

(79) § 75.

(80) EHRM, Kroon, 27 oktober 1994, § 40 .

(81) Niet gecursiveerd in de tekst .

(82) EHRM, Nylund, 29 juni 1999 .

(83) EHRM, Keegan, 26 mei 1994, § 44; Kroon e.a., 27 oktober 1994, § 30; Mikulic, 7 februari 2002, § 51 .

> "Pour déterminer si une relation s'analyse en une 'vie familiale', il peut se révéler utile de tenir compte d'un certain nombre d'éléments, comme le fait de savoir si les membres du couple vivent ensemble et depuis combien de temps, et s'ils ont eu des enfants ensemble, de manière naturelle ou autre, preuve de leur engagement l'un envers l'autre". (84)

Zo ook verklaart het Hof in zijn beslissing Nylund een klacht onontvankelijk die ingesteld was door een man die beweerde dat hij de genetische vader was van een kind als gevolg van de seksuele betrekkingen die hij gehad had met de moeder van dat kind, en die ondertussen getrouwd was met een andere man die ook beweerde dat hij de genetische vader was, en die bovendien het wettelijk vermoeden van het vaderschap genoot; aan de verzoeker was de mogelijkheid ontzegd om zijn vaderschap aan te tonen. Ook al waren de verzoeker en de moeder verloofd geweest en hadden ze samengewoond, dan nog steunt het Hof op het ontbreken van een affectieve band tussen de verzoeker en het kind om te besluiten tot de ontstentenis van een gezinsleven (85).

41. Artikel 8 van het Europees Verdrag over de rechten van de mens legt aan de Staten positieve verplichtingen op, die inherent zijn aan een effectieve "eerbiediging" van het gezinsleven (86).

De Staat moet bijgevolg voor de gezinnen, zoals ze overeenkomstig de rechtspraak van het Hof worden omschreven, maatregelen nemen die de betrokkenen in staat stellen een normaal gezinsleven te leiden, wat inzonderheid een juridische bescherming inhoudt die het mogelijk maakt om het kind vanaf zijn geboorte in het gezin te integreren (87).

Nog steeds in de zin van artikel 8 van het Verdrag,

> "la 'vie familiale' [...] englobe pour le moins les rapports entre proches parents, lesquels peuvent y jouer un rôle considérable, par exemple entre grands-parents et petits-enfants. Le 'respect' de la vie familiale ainsi entendue implique, pour l'État,

---

(84) Paragraaf 36 .

(85) EHRM, Nylund, 29 juni 1999. Zie ook hierna, onder nr. 61, de soortgelijke overwegingen die het Hof ertoe brengen te stellen dat er in casu redenen waren om het recht op het privé-leven van de verzoeker te beperken, recht waarvan het bestaan werd afgeleid uit het feit dat het bepalen van de juridische regeling tussen een man en zijn putatief kind het privé-leven betrof.

(86) Zie, o.m., EVRM, Marckx, 13 juni 1979, § 31; Kroon, 27 oktober 1994, § 36; Johnston e.a., 18 december 1996, § 55.

(87) EHRM, Marckx, 13 juni 1979, § 31; Johnston e.a., 18 december 1996, § 72.

l'obligation d'agir de manière à permettre le développement normal de ces rapports" [88].

42. Aangezien bij procédé's van draagmoederschap en van medisch begeleide voortplanting relaties kunnen ontstaan tussen het kind, enerzijds, en de genetische ouders, de biologische moeder (omdat ze het kind gedragen heeft) of de wettelijke ouders, anderzijds, rijst de vraag welke verhoudingen in die context onder de werkingssfeer vallen van artikel 8 van het Verdrag, vanuit het oogpunt van het gezinsleven, met dien verstande dat, zoals blijkt uit lid 2 van deze bepaling, het recht op eerbiediging van het gezinsleven beperkt kan worden op voorwaarde dat de beperkingen bij wet worden bepaald, een wettig doel nastreven en het proportionaliteitsbeginsel eerbiedigen [89].

In de rechtspraak vinden we geen enkel geval terug dat specifiek betrekking heeft op de toepasselijkheid van artikel 8 van het Verdrag op situaties zoals die welke geregeld worden in de voorstellen, met uitzondering van een beslissing van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens aangaande de gevolgen van een medisch begeleide voortplanting [90] [91]. Wel zijn thans twee zaken aanhangig bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, die zouden kunnen leiden tot een verduidelijking van de draagwijdte van het Verdrag in situaties zoals die waarop de voorliggende voorstellen betrekking hebben. In de zaak Evans gaat het om de onmogelijkheid voor een alleenstaande vrouw om bij haar embryo's te laten inplanten ontstaan uit haar eicellen en sperma van een man die haar verloofde was geweest, maar met wie

---

(88) EHRM, Marckx, 13 juni 1979, § 45 .

(89) Krachtens artikel 22, *in fine*, van de Grondwet moet de "wet" die terzake kan optreden begrepen worden in de zin dat een eenvoudig verordenend besluit niet volstaat, en dat noodzakelijk een handeling van de federale wetgevende macht vereist is (zie inzonderheid de volgende arresten van het Arbitragehof nr. 50/2003, 30 april 2003, B.8.10; nr. 51/2003, 30 april 2003, B.4.12; nr. 162/2004, 20 oktober 2004, B.5.2; nr. 16/2005, 19 januari 2005, B.5.2), ook al kan de wetgever bepaalde bevoegdheden overdragen aan de Koning. Deze kwestie behoeft geen nadere uiteenzetting in het kader van dit advies, aangezien zich geen bijzondere problemen lijken voor te doen, onder voorbehoud van de bovenstaande uiteenzetting, onder de nrs. 19 tot 22, wat betreft de aspecten van sommige voorstellen die in beginsel onder de bevoegdheid van de gemeenschappen vallen.

(90) Zie hierna, nr. 45.

(91) Zie in het algemeen, i.v.m. de afstamming in geval van een medisch begeleide voortplanting en in geval van draagmoederschap, D. Van Grunderbeeck, *Beginselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, Antwerpen, 2003, nrs. 651-666, pp. 474-486.

de band ondertussen verbroken was [92]. In de zaak Haller gaat het om het verbod voor een koppel om gebruik te maken van bepaalde technieken van medisch begeleide zwangerschap [93].

In de hierna volgende bespreking van voorbeelden uit de rechtspraak gaat het dan ook noodzakelijk over gevallen die slechts in mindere of meerdere mate enige analogie vertonen met de gevallen die het specifieke voorwerp uitmaken van de voorgelegde voorstellen. De jurisprudentiële oplossingen kunnen dan ook slechts met omzichtigheid getransponeerd worden.

43. In de eerste plaats moet worden opgemerkt dat zelfs erg zwakke banden kunnen overtuigen van het bestaan van een "gezinsleven".

Zo heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in zijn arrest Keegan geoordeeld dat, aangezien er een gezinsleven was geweest tussen de moeder en de vader van het kind,

> "[ce dernier] issu d'une telle relation s'insère de plein droit dans cette cellule 'familiale' dès sa naissance et par le fait même de celle-ci. Il existe donc entre l'enfant et ses parents un lien constitutif d'une vie familiale même si à l'époque de sa naissance, les parents ne vivaient plus ensemble ou si leurs relations avaient alors pris fin" [94].

Het loutere voornemen om in de toekomst een gezin te stichten kan voldoende zijn om de situatie te brengen onder het begrip gezinsleven.

Het arrest Pini c.s. van 22 juni 2004 van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens bevat wat dat betreft de volgende overwegingen :

---

(92) Zaak Evans t. Verenigd Koninkrijk, nr. 6339/05. De verzoekster voert de schending aan van haar eigen rechten op grond van artikel 8 (recht op de eerbiediging van het privé-leven en het gezinsleven) en 14 (verbod van discriminatie) van het Verdrag; ze voert tevens de schending aan van de rechten van de embryo's die voortvloeien uit artikel 2 (recht op leven). Over de zaak is i.v.m. de ontvankelijkheid en de gegrondheid gepleit op 27 september 2005 (zie mededeling nr. 494 van de Griffier van het Hof van dezelfde datum); op het ogenblik waarop dit advies wordt uitgebracht, is er nog geen beslissing of arrest van het Hof.

(93) Zaak Haller t. Oostenrijk, nr. 57813/00. De zaak is voor opmerkingen aan de regering meegedeeld (informatienota van de griffie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, nr. 79, oktober 2005).

(94) EHRM, Keegan, 19 april 1994, § 44.

> "Certes, en garantissant le droit au respect de la vie familiale, l'article 8 présuppose l'existence d'une famille (Marckx c. Belgique, arrêt du 13 juin 1979, [...] § 31; Johnson c. Royaume Uni, arrêt du 24 octobre 1997, [...] § 62), condition qui ne semble pas remplie en l'espèce, en l'absence de cohabitation ou de liens *de facto* suffisamment étroits entre les requérants et leurs filles adoptives respectives, avant ou après les décisions d'adoption. Il n'en résulte pas pour autant, de l'avis de la Cour, que toute vie familiale projetée sorte entièrement du cadre de l'article 8. En ce sens, la Cour a déjà considéré que cette disposition pouvait aussi s'étendre à la relation potentielle qui aurait pu se développer, par exemple, entre un père naturel et un enfant né hors mariage (Nylund c. Finlande (déc.), n° 27110/95, CEDH 1999-VI), ou à la relation née d'un mariage non fictif, même si une vie familiale ne se trouvait pas encore pleinement établie (Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume Uni, arrêt du 28 mai 1985, [...] § 62)" [(95)].

In die zaak heeft het Hof aangenomen dat er sprake was van een gezinsleven tussen adoptieouders en de geadopteerde kinderen, die ze evenwel alleen maar op foto hadden gezien en naar wie ze brieven hadden gestuurd.

In zijn beslissing Nylund van 29 juni 1999 heeft het Hof geoordeeld dat :

> "l'article 8 ne saurait être interprété comme protégeant uniquement une 'vie familiale' déjà établie, mais qu'il doit s'étendre, quand les circonstances le commandent, à la relation qui pourrait se développer entre un enfant né hors mariage et son père naturel. A cet égard, les facteurs à prendre en compte comprennent la nature de la relation entre les parents naturels, ainsi que l'intérêt et l'attachement manifesté par le père naturel pour l'enfant avant et après la naissance" [(96)].

Er zij evenwel aan herinnerd, zoals uiteengezet in nr. 40, dat in deze zaak Nylund, gezien de omstandigheden, de ontstentenis van een affectieve band tussen het kind en de persoon die beweerde de vader te zijn het Hof ertoe gebracht heeft om te beslissen dat de verzoeker niet kon beweren dat zijn "gezinsleven" aangetast was, en dat het Hof de klacht bijgevolg onontvankelijk heeft verklaard.

44. De beslissing inzake X t. Verenigd Koninkrijk van 11 juli 1977 van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens heeft betrekking op een situatie die sterke

---

(95) EHRM, Pini c.s., 22 juni 2004, § 143. In casu was het kind geboren terwijl de moeder getrouwd was met een andere man dan de vermeende biologische vader.

(96) EHRM, Nylund, 29 juni 1999.

gelijkenissen vertoont met de situaties die zich voordoen in het geval van draagmoederschap. Meer bepaald de volgende overweging verdient bijzondere aandacht :

> "En l'espèce, il est vrai, la requérante a confié son enfant, dès sa naissance, en vue de son adoption par des tiers. Elle ne l'a pas revu depuis. De par son fait, il n'y a pas eu entre elle et son fils, dans les premiers mois, une vie de famille. Toutefois, alors qu'elle avait manifesté le désir de reprendre son enfant, ou de s'en réserver la possibilité, la requérante s'est trouvée privée pour l'avenir, par décision judiciaire, de toute possibilité d'établir avec lui des relations familiales" (97).

In deze zaak, die betrekking had op een moeder die vrijwillig afstand had gedaan van haar kind bij de geboorte met het oog op een adoptie, en die, nadat ze zich bedacht had, zich nadien daartegen niet meer kon verzetten, heeft de Commissie de klacht kennelijk ongegrond verklaard, hoofdzakelijk op grond van de volgende twee overwegingen: er was een nieuw gezinsleven ontstaan rond het kind in een andere omgeving, en psychiaters waren tot de conclusie gekomen dat er een gevaar bestond van negatieve gevolgen voor de ontwikkeling van de persoonlijkheid van het kind. In casu wettigden de primordiale belangen van het kind, ten aanzien van artikel 8, lid 2, van het Verdrag, dat de moeder niet kon tussenkomen in de adoptieprocedure en geen relaties meer mocht onderhouden met haar kind.

45. In het geval van technieken van medisch begeleide voortplanting, lijkt slechts één beslissing te zijn genomen, door de Commissie. De verzoeker had zijn sperma afgestaan aan een lesbisch paar en had wekelijks contact gehad met het kind gedurende acht maanden voordat het lesbisch koppel een einde maakte aan die contacten. De Commissie oordeelde :

> "les contacts du requérant avec l'enfant, considérés en eux-même et en liaison avec le fait qu'il a donné son sperme, ne constituent pas une base suffisante pour conclure qu'ils ont mené à des rapports personnels tellement étroits qu'ils relèveraient de la notion de «vie familiale» visée à l'article 8 de la Convention". (98)

46. Wanneer een gezinssituatie zo gewijzigd wordt dat het kind dat geboren is niet meer voortdurend bij zijn beide ouders kan wonen, meer bepaald doordat laatstgenoemden gescheiden zijn, heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens aandacht voor het behoud van de

---

(97) ECRM, X t. Verenigd Koninkrijk, nr. 7626/76, besl. 11 juli 1977, *D.R.*, 19, (160), p. 162, § 2.

(98) ECRM, M. t. Nederland, nr. 16944/90, 8 februari 1993, *D.R.*, 74, (120), p. 128.

relaties tussen het betrokken kind en de beide gescheiden ouders, bijvoorbeeld wanneer de gescheiden vader een nieuw, homoseksueel gezin heeft gesticht [(99)].

In een zaak over de situatie van een persoon die samenleefde met een vrouw die via kunstmatige donorbevruchting een kind had gekregen, waarbij die persoon dus geen enkele biologische of genetische band met het kind had, maar de moeder tijdens de periode van kunstmatige bevruchting had gesteund en zich sinds de geboorte van het kind als de vader ervan had gedragen, stelt het Hof vast dat de drie verzoekers de facto door gezinsbanden met elkaar verbonden zijn, met inbegrip van het kind en de "vader", en dat artikel 8 van het Verdrag van toepassing is [(100)].

In diezelfde zin heeft het Arbitragehof zich uitgesproken in zijn arrest nr. 134/2003 van 8 oktober 2003, dat ook betrekking had op de door de wet geweigerde handhaving van de banden tussen een stiefmoeder en het kind van de persoon met wie ze het leven deelde : het ging om het geval

> "waarin een kind slechts een enkele ouder heeft ten aanzien van wie de afstamming vaststaat, 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" [(101)].

Het Hof heeft op basis van het juridische begrip "belang van het kind" geoordeeld dat het niet aanvaardbaar is dat er een onmogelijkheid is om

> "het recht op bescherming en op welzijn (van zo'n kind) juridisch te verankeren, zelfs al zouden de personen die het kind opvoeden zich ertoe verbinden het kind die bescherming en dat welzijn op duurzame wijze te bieden" [(102)],

en dat

---

(99) ECRM, Irlen, nr. 12246/86, 13 juli 1987, *D.R.*, 53, p. 225; EHRM, Hoffmann, 23 juni 1993, § 29; Salgueiro da Silva Mouta, 21 december 1999, § 22.

(100) EHRM, X, Y en Z t. Verenigd Koninkrijk, 22 april 1997, § 44.

(101) Arbitragehof, nr. 134/2003, 8 oktober 2003, B.1.

(102) *Ibid.*, B.6.

> "daaruit volgt dat die categorie van kinderen zonder toelaatbare verantwoording verschillend wordt behandeld. Maar het staat aan de wetgever om te preciseren in welke vorm, onder welke voorwaarden en volgens welke procedure het ouderlijk gezag, in het belang van het kind, zou kunnen worden uitgebreid tot andere personen die geen afstammingsband met het kind hebben" (103).

In dat arrest wordt er onder meer op gewezen dat

> "sinds de wet van 31 maart 1987 (...) het ouderlijk gezag niet langer aan de huwelijkse staat van de ouders (wordt) gekoppeld".

De motivering van het arrest komt niet in het gedrang door het feit dat het gaat om een zaak waarin de persoon die het leven van de moeder deelde, een vrouw was die een homoseksuele relatie met haar had gehad.

Niettemin is het recht op eerbiediging van het gezinsleven, in situaties zoals die welke zojuist zijn besproken, niet absoluut. Zo heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in het voornoemde arrest X, Y en Z t. Verenigd Koninkrijk, gelet op de gegeven omstandigheden - waarbij de "vader" in kwestie een transseksueel was - als volgt geoordeeld :

> "(Les) questions soulevées en l'espèce touchent à des domaines où il n'y a guère de communauté de vues entre les États membres du Conseil de l'Europe et où, de manière générale, le droit paraît traverser une phase de transition, il y a lieu d'accorder à l'État défendeur une large marge d'appréciation (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt Rees [, 27 septembre 1990] [...], par. 37, et l'arrêt Cossey [, 27 septembre 1990] [...], par. 40)" (104).

In dezelfde zaak heeft het Hof het volgende verklaard :

> "(Etant) donné que le transsexualisme soulève des questions complexes de nature scientifique, juridique, morale et sociale, ne faisant pas l'objet d'une approche généralement suivie dans les États contractants, la Cour estime que l'article 8 [de la Convention] ne saurait passer pour impliquer que l'État défendeur est dans l'obligation de reconnaître officiellement comme le père de l'enfant une personne qui n'en est pas le père biologique. Dans ces conditions, le fait que le droit britannique ne permette pas une reconnaissance juridique spéciale de la relation

---

(103) *Ibid.*, B.7.

(104) EHRM, X, Y en Z t. Verenigd Koninkrijk, 22 april 1997, § 44.

> unissant X et Z [, soit l'enfant et son beau-père,] ne constitue pas un manque de respect de la vie familiale au sens de cette disposition" (105).

47. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens hecht veel belang aan de stabiliteit van de beslissingen die worden genomen over het statuut van een kind ten opzichte van de personen die er verantwoordelijkheid voor hebben ontvangen.

Aldus, ondanks hetgeen hiervóór uiteengezet is over de kwalificatie die het Hof geeft aan de genetische band tussen een kind en zijn verwekkers, althans wanneer daarop een voldoende duurzame affectieve of sociale relatie is gevolgd (106), zorgt het Hof ervoor dat, wanneer de belangen van die verwekkers in conflict kunnen komen met de belangen die voortvloeien uit een gezinssituatie die bepaalde kenmerken van stabiliteit vertoont, dat die laatste gezinssituatie niet verstoord wordt. Zie, in dat verband, nr. 61, in het bijzonder de beslissing inzake Nylund van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, die daarin wordt behandeld (107).

In zijn arrest Keegan van 19 april 2004, waarin de betrokken Staat veroordeeld is wegens schending van het recht op eerbiediging van het gezinsleven omdat het een vader onmogelijk was gemaakt om in contact te blijven met zijn kind, toont het Hof goed aan wat de gevolgen zijn van het feit dat er andere gezinsrelaties kunnen ontstaan, die ook een bescherming kunnen verdienen :

> "La Cour note que le droit irlandais offrait au requérant la possibilité de réclamer la tutelle et la garde de sa fille et que, en appréciant le bien-être de celle-ci, la High Court a pesé équitablement les intérêts du père. Le problème essentiel en l'espèce ne réside toutefois pas dans cette appréciation, mais plutôt dans le fait que la législation irlandaise autorisait à placer l'enfant en vue de son adoption peu après sa naissance à l'insu et sans le consentement de son père. La Cour l'a relevé dans un contexte analogue : un enfant confié à d'autres personnes que ses parents peut nouer avec elles, au fil du temps, de nouveaux liens qu'il pourrait ne pas être dans son intérêt de perturber ou de rompre en revenant sur une décision antérieure relative à la garde (voir, entre autres, l'arrêt W. c. Royaume-Uni du 8 juillet 1987, [...], par. 62). Cet état de choses a non seulement nui au bon

---

(105) *Ibid.*, § 52.

(106) Zie hiervóór, nrs 40, 43 en 44.

(107) Zie ook de beslissing van 11 juli 1977 van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens, X t. Verenigd Koninkrijk, vermeld in nr. 44.

> développement des liens de M. Keegan avec sa fille, mais a mis en branle un processus risquant de devenir irréversible, désavantageant ainsi sensiblement le requérant dans sa lutte avec les candidats à l'adoption pour la garde de l'enfant" (108).

Uit dat arrest moet ook worden onthouden dat beslissingen over het lot van een kind, in het bijzonder beslissingen om het vrij te geven voor adoptie, niet alleen van belang zijn voor de moeder van dat kind, maar ook voor de persoon die het leven met haar deelt.

48. Kortom: het begrip "gezinsleven" wordt zeer ruim opgevat in de Europese rechtspraak en omvat ook de relaties die ontstaan uit feitelijke situaties of zelfs voortvloeien uit een louter biologische of genetische band.

Het begrip "gezinsleven" kan zelfs van toepassing zijn op plannen om een reeds geboren kind te adopteren.

Voor de moeder die bij de geboorte vrijwillig van haar kind wordt gescheiden, geldt het recht op eerbiediging van het gezinsleven ook, zelfs al lijken de motieven voor een beperking van dat recht, bedoeld in artikel 8, lid 2, vrij ruim te kunnen worden toegepast.

De onderzochte arresten hebben echter iets gemeenschappelijks dat moet worden onderstreept: ze hebben betrekking op situaties waarin het kind reeds geboren was, en ten aanzien van wie de betrokken personen een bepaald gedrag hadden vertoond op grond van hun huwelijk, hun samenleven, hun voornemen om het kind te adopteren, of zelfs van een niet-duurzame relatie die, ongeacht of beide partners dit hadden gewild of niet, normalerwijs moest leiden tot de totstandkoming van een relatie van het type gezinsrelatie met het kind.

De situatie is anders wanneer het om een louter potentiële relatie gaat.

---

(108) EHRM, Keegan, 19 april 1994, § 55.

Zo doet een band van louter genetische aard, zoals in het geval van spermadonatie, geen gezinsleven ontstaan [(109)]; hetzelfde geldt wanneer de ouder en het kind elkaar nooit hebben gezien en geen enkele affectieve band gevestigd hebben [(110)].

Toch moet er wederom op gewezen worden dat, zelfs als een situatie onder het recht op eerbiediging van het gezinsleven valt, dat recht niet absoluut is en kan worden beperkt onder de voorwaarden genoemd in artikel 8, lid 2, van het Europees Verdrag over de rechten van de mens.

4°) Verplichting om rekening te houden met het belang van het kind - Recht van het kind om zijn ouders te kennen en door hen te worden opgevoed

49. Uit de voorgaande bespreking blijkt ook dat het begrip "gezinsleven" niet los kan worden gezien van de zeer bijzondere rol die het belang van het kind speelt in de aanvaardbaarheid van de beperkingen op het recht op eerbiediging van het gezinsleven.

Dat begrip vloeit weliswaar voort uit de Europese rechtspraak, maar is niet als zodanig verankerd in de tekst van het Europees Verdrag over de rechten van de mens.

Het is daarentegen wel duidelijk verankerd in het Verdrag inzake de rechten van het kind, aangenomen te New York op 20 november 1989.

50. Het voormelde Verdrag bevat de volgende bepalingen die een zekere relevantie vertonen voor de beoordeling van het kader waarin de gezinsomgeving van een kind juridisch kan worden geplaatst.

De fundamentele en algemene bepaling wat betreft de draagwijdte van de rechten van het kind, is artikel 3, lid 1, van het Verdrag, dat luidt als volgt :

> "Bij alle maatregelen betreffende kinderen, ongeacht of deze worden genomen door openbare of particuliere instellingen voor maatschappelijk welzijn

---

(109) ECRM, M. t.Nederland, 8 februari 1993, vermeld hiervóór, nr. 45.

(110) EHRM, Nylund, 29 juni 1999. Zie evenwel het arrest Keegan van 27 oktober 1994 van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.

of door rechterlijke instanties, bestuurlijke autoriteiten of wetgevende lichamen, vormen de belangen van het kind de eerste overweging ."

In lid 2 van dezelfde bepaling staat het volgende :

"De Staten die partij zijn, verbinden zich ertoe het kind te verzekeren van de bescherming en de zorg die nodig zijn voor zijn welzijn, rekening houdende met de rechten en plichten van zijn ouders, wettige voogden of anderen die wettelijk verantwoordelijk zijn voor het kind, en nemen hiertoe alle passende wettelijke en bestuurlijke maatregelen."

51. In het algemeen vat het Verdrag het belang van het kind op in het kader van zijn gezinsomgeving, rond de cel gevormd door zijn ouders. Dit blijkt inzonderheid uit de volgende bepalingen van het genoemde Verdrag, die dienstig zijn voor het onderzoek van de voorstellen :

Art. 7, lid 1 : "Het kind wordt onmiddellijk na de geboorte ingeschreven en heeft vanaf de geboorte het recht op een naam, het recht een nationaliteit te verwerven en, voor zover mogelijk, het recht zijn ouders te kennen en door hen te worden verzorgd."

Art. 8, lid 1 : "De Staten die partij zijn, verbinden zich tot eerbiediging van het recht van het kind zijn identiteit te behouden, met inbegrip van nationaliteit, naam en familiebetrekkingen zoals wettelijk erkend, zonder onrechtmatige inmenging."

Art. 9, leden 1, 2 en 3 : "1. De Staten die partij zijn, waarborgen dat een kind niet wordt gescheiden van zijn ouders tegen hun wil, tenzij de bevoegde autoriteiten, onder voorbehoud van de mogelijkheid van rechterlijke toetsing, in overeenstemming met het toepasselijke recht en de toepasselijke procedures, beslissen dat deze scheiding noodzakelijk is in het belang van het kind. Een dergelijke beslissing kan noodzakelijk zijn in een bepaald geval, zoals wanneer er sprake is van misbruik of verwaarlozing van het kind door de ouders, of wanneer de ouders gescheiden leven en er een beslissing moet worden genomen ten aanzien van de verblijfplaats van het kind.

2. In procedures ingevolge het eerste lid dienen alle betrokken partijen de gelegenheid te krijgen aan de procedures deel te nemen en hun standpunten naar voren te brengen.

3. De Staten die partij zijn, eerbiedigen het recht van het kind dat van een ouder of beide ouders is gescheiden, op regelmatige basis persoonlijke betrekkingen en rechtstreeks contact met beide ouders te onderhouden, tenzij dit in strijd is met het belang van het kind."

Art. 18, lid 1 : "De Staten die partij zijn, doen alles wat in hun vermogen ligt om de erkenning te verzekeren van het beginsel dat beide ouders de gezamenlijke verantwoordelijkheid dragen voor de opvoeding en de ontwikkeling van het kind. Ouders of, al naargelang het geval, wettige voogden, hebben de eerste

> verantwoordelijkheid voor de opvoeding en de ontwikkeling van het kind. Het belang van het kind is hun allereerste zorg."
>
> *Art. 27, lid 2* : "De ouder(s) of anderen die verantwoordelijk zijn voor het kind, hebben de primaire verantwoordelijkheid voor het waarborgen, naar vermogen en binnen de grenzen van hun financiële mogelijkheden, van de levensomstandigheden die nodig zijn voor de ontwikkeling van het kind". (111)

In andere dan de voormelde bepalingen wordt dit principe eveneens toegepast, zoals bijvoorbeeld in artikel 10, over het ver verwijderd wonen van kinderen van hun ouders en de gezinshereniging, in artikel 14, over de rol van de ouders of van de wettelijke voogden op het stuk van vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst, en in artikel 24, over de rol van de ouders op het gebied van de gezondheid van de kinderen.

In de hiervóór vermelde bepalingen geldt de zorg van de ouders voor het kind als het basisprincipe, maar het is niet absoluut, aangezien in het Verdrag ook rekening wordt gehouden met de situaties waarin het kind van zijn ouders gescheiden is. Er dient evenwel te worden onderstreept dat volgens het Verdrag deze situaties uitzonderlijk moeten blijven en dat wederom het criterium van het belang van het kind bepalend moet zijn voor de aan te nemen houding (112).

Wanneer de ouders gescheiden zijn of het kind gescheiden is van zijn ouders, wordt gesteld dat het recht bestaat om

> "op regelmatige basis persoonlijke betrekkingen en rechtstreeks contact met beide ouders te onderhouden, tenzij dit in strijd is met het belang van het kind" (113).

52. Het Verdrag wijst het beroep op adoptie niet af, maar in dit geval is het alweer het belang van het kind dat centraal staat, zoals blijkt uit de artikelen 20 en 21, die als volgt geredigeerd zijn :

---

(111) Lid 1 van deze bepaling heeft betrekking op de goede lichamelijke, geestelijke, intellectuele, zedelijke en sociale ontwikkeling van het kind.

(112) Artikel 9, lid 1, van het Verdrag.

(113) Artikel 9, lid 3, van het Verdrag.

Art. 20 : "1. Een kind dat tijdelijk of blijvend het leven in het gezin waartoe het behoort, moet missen, of dat men in zijn eigen belang niet kan toestaan in het gezin te blijven, heeft recht op bijzondere bescherming en bijstand van staatswege.

2. De Staten die partij zijn, waarborgen, in overeenstemming met hun nationale recht, een andere vorm van zorg voor dat kind.

3. Deze zorg kan, onder andere, plaatsing in een pleeggezin omvatten, kafalah volgens het Islamitische recht, adoptie, of, indien noodzakelijk, plaatsing in geschikte instellingen voor kinderzorg. Bij het overwegen van oplossingen wordt op passende wijze rekening gehouden met de wenselijkheid van continuïteit in de opvoeding van het kind en met de etnische, godsdienstige en culturele achtergrond van het kind en met zijn achtergrond wat betreft de taal."

Art. 21 : "De Staten die partij zijn en die adoptie erkennen en/of toestaan, waarborgen dat het belang van het kind daarbij de voornaamste overweging is, en :

a) waarborgen dat de adoptie van een kind slechts wordt toegestaan mits daartoe bevoegde autoriteiten, in overeenstemming met de van toepassing zijnde wetten en procedures en op grond van alle van belang zijnde en betrouwbare gegevens, bepalen dat de adoptie kan worden toegestaan gezien de status van het kind wat betreft ouders, familieleden en wettige voogden, en mits, indien vereist, de betrokkenen, na volledig te zijn ingelicht, op grond van de adviezen die noodzakelijk worden geacht, daarmee hebben ingestemd;

b) erkennen dat interlandelijke adoptie kan worden overwogen als andere oplossing voor de zorg voor het kind, indien het kind niet in een pleeg- of adoptiegezin kan worden geplaatst en op geen enkele andere passende wijze kan worden verzorgd in het land van zijn herkomst;

c) verzekeren dat voor het kind dat interlandelijk wordt geadopteerd waarborgen en normen gelden die gelijkwaardig zijn aan die welke bestaan bij adoptie in het eigen land;

d) nemen alle passende maatregelen om te waarborgen dat, in het geval van interlandelijke adoptie, de plaatsing niet leidt tot ongepast geldelijk voordeel voor de betrokkenen;

e) bevorderen, wanneer passend, de verwezenlijking van de doeleinden van dit artikel door het aangaan van bilaterale of multilaterale regelingen of overeenkomsten, en spannen zich in om, in het kader daarvan, te waarborgen dat de plaatsing van het kind in een ander land wordt uitgevoerd door bevoegde autoriteiten of instellingen."

53. Ofschoon, zoals hiervóór vastgesteld is, het recht op eerbiediging van het gezinsleven, dat het bestaan van een gezin vooronderstelt en niet de loutere wens om er een te stichten beschermt, kan worden uitgebreid tot sommige situaties waarin er geen genetische band

tussen een kind en een persoon bestaat, maar wel een maatschappelijke band (114), neemt dit niet weg dat krachtens dit recht, de draagwijdte van de bescherming van het gezinsleven, wat de betrokken kinderen betreft, er hoofdzakelijk in bestaat hun recht vast te leggen op een sinds hun geboorte vaststaande afstamming, op het leiden van een normaal gezinsleven en op het opgevoed worden door hun oorspronkelijke ouders (115). Behoudens bijzondere omstandigheden die verband houden met het belang van het kind, zoals die in het Belgische recht zijn verwerkt, en binnen de limitatieve voorwaarden voor de tenuitvoerlegging ervan, bijvoorbeeld door de instituten van de adoptie of de officieuze voogdij, zou dit recht een belemmering kunnen vormen voor de erkenning van een gezinsband tussen een kind en andere personen dan zijn ouders.

54. Net zoals voor artikel 8 van het Europees Verdrag over de rechten van de mens, is echter voorzichtigheid geboden bij het lezen van de voormelde bepalingen van het Verdrag inzake de rechten van het kind ten aanzien van de situaties genoemd in de onderzochte voorstellen. Dit geldt in het bijzonder voor artikel 7 ervan, dat het recht van het kind waarborgt om zijn ouders te kennen en door hen te worden verzorgd.

Deze laatste bepaling zou kunnen worden uitgelegd als een verbod op procédés waarbij kinderen kunnen worden verwekt en geboren kunnen worden in omstandigheden die hen niet in staat stellen om hun twee ouders te kennen en door hen te worden verzorgd, onder voorbehoud van de vervangende systemen van bescherming bedoeld in de artikelen 20 en 21 van het Verdrag.

Dat is echter niet de interpretatie die de Raad van State aan die bepalingen geeft, in verband met het draagmoederschap.

De artikelen 7 en 20 van het Verdrag waarborgen aan elk kind, voor zover mogelijk, het recht om zijn ouders te kennen en door hen te worden verzorgd (116), of indien nodig, het recht

---

(114) Zie hiervóór, nrs. 39, 40, 43, 46 en 47.

(115) EHRM, Marckx en Johnston, voormeld (zie nr. 41); artikelen 7 en 9 van het Verdrag inzake de rechten van het kind (zie nr. 51 hiervóór).

(116) Artikel 7, lid 1.

op een vervangende vorm van bescherming [(117)]. Deze bepalingen sluiten echter niet uit dat kinderen worden verwekt in omstandigheden dat beide ouders niet gekend zijn, b.v. bij *in vitro* fertilisatie of bij anonieme bevalling. In dezelfde zin sluiten deze bepalingen evenmin uit dat kinderen worden verwekt en worden geboren in het raam van een draagmoederschap. De voornoemde bepalingen waarborgen wel dat alle kinderen, op welke wijze zij ook zijn verwekt of zijn geboren, bepaalde rechten genieten.

Het valt trouwens op dat de tekst dit recht waarborgt "voor zover mogelijk". Hoewel die bewoordingen natuurlijk niet mogen worden geïnterpreteerd als zouden zij aan de Staten de mogelijkheid bieden om zich te onttrekken aan de verplichtingen die bij die bepaling worden opgelegd, staan ze de Staten wel toe om rekening te houden met situaties waarin die verplichtingen onmogelijk kunnen worden nageleefd; die situaties moeten objectief en redelijk worden vastgesteld, gelet o.m. op het belang van het kind.

Ongetwijfeld hebben de verdragsluitende staten, door in artikel 7 aan elk kind het recht toe te kennen om de ouders te kennen en, voor zover mogelijk, door hen te worden opgevoed, rekening gehouden met de toestand zoals die veelal bestond op het ogenblik dat het Verdrag werd gesloten, namelijk dat de "ouders" beiden ook steeds de genetische ouders zijn. In het Verdrag wordt geen rekening gehouden met de situatie waarin zou zijn overeengekomen dat het kind, vanaf zijn geboorte, zou worden toevertrouwd aan andere ouders die niet de ouders zijn die voortvloeien uit de biologische relatie tussen de moeder en het kind dat zij draagt, of uit de relatie die bestaat tussen de moeder en de persoon met wie ze haar leven deelt; de omgeving die wordt gecreëerd door de andere ouders die de enigen zijn die een echt plan hebben opgevat om een gezin te stichten, zou kunnen worden beschouwd als een gezinsomgeving en als een omgeving die zelfs het oorspronkelijke gezin van het kind vormt. In dat geval blijkt helemaal niet duidelijk of, in de zin van artikel 7 van het Verdrag, de "ouders" de "biologische ouders" zijn, namelijk de draagmoeder en eventueel de persoon met wie ze samenleeft, dan wel de wensouders.

55. Hoe dan ook, het voornaamste criterium dat de wetgever in aanmerking moet nemen wanneer hij een regeling opstelt voor bepaalde aspecten van het gezinsleven die hij in acht moet nemen en moet beschermen, is het criterium van het hogere belang van het kind (intérêt supérieur de l'enfant). Het adjectief "supérieur", dat in verscheidene bepalingen van de Franse

---

[(117)] Artikel 20, lid 1.

versie van het Verdrag inzake de rechten van het kind staat, bevestigt dat in geval van conflict met andere betrokken belangen, het belang van het kind voorrang moet krijgen.

Die overweging geldt ten opzichte van de andere in het geding zijnde grondrechten, zoals bijvoorbeeld het recht op eerbiediging van het privé-leven. Er dient nader te worden onderzocht welke de implicaties zijn van dat recht.

5°) Het recht op eerbiediging van het privé-leven

56. Artikel 8 van het Europees Verdrag over de rechten van de mens, dat hiervóór onder nr. 38 is aangehaald, beschermt ook het recht op eerbiediging van het privé-leven. Die bepaling legt ook positieve verplichtingen op aan de Staat (118).

Het privé-leven betreft niet alleen de intieme sfeer van de persoonlijke relaties, maar ook het recht van elk individu om met zijn medemensen betrekkingen aan te knopen en te ontwikkelen (119), en sluit het recht op een identiteit (120) en het recht op persoonlijke ontwikkeling in (121).

De kinderwens en de wil om die wens te verwezenlijken door eventueel gebruik te maken van technieken zoals de medisch begeleide kunstmatige voortplanting of het draagmoederschap, kunnen beschouwd als vallende onder de werkingssfeer van artikel 8, bekeken vanuit het oogpunt van het recht op het privé-leven, waarbij eraan herinnerd moet worden dat dit recht kan worden beperkt op grond van lid 2 van die bepaling.

---

(118) Zie, o.m., EHRM, Nylund, 29 juni 1999.

(119) EHRM, Niemietz, 16 december 1992, § 29.

(120) EHRM, Burghartz, 22 februari 1994, § 24.

(121) EHRM, Bensaïd, 6 februari 2001, § 47.

57. Hiervóór [122] hebben we gezien dat het begrip gezinsleven in de zin van artikel 8 van het Verdrag inhield dat een de facto familiale band was gevestigd tussen een kind en een persoon.

Bij ontstentenis van een gezinsleven, wanneer de enige eventuele band die is welke van genetische aard is, kan artikel 8 niettemin toepassing vinden, maar dan vanuit het oogpunt van het recht op eerbiediging van het privé-leven.

In de zaak Mikulic, waarin een persoon erover klaagde moeilijkheden te hebben ondervonden om gerechtelijk, op basis van onder meer genetische tests, te laten vaststellen dat ze de dochter was van een man die seksuele betrekkingen gehad had met de moeder van die dochter, en dienovereenkomstig beweerde dat

> "que son droit au respect de sa vie privée et familiale a[vait] été violé du fait que les tribunaux internes [s'étaient] montrés incapables de statuer sur son action en recherche de paternité et l'[avaient] donc laissée dans l'incertitude quant à son identité personnelle" [123],

stelt het Hof allereerst vast dat, zelfs indien, zoals hiervóór is uiteengezet, *de facto* familiale banden onder de werkingssfeer van het recht op een gezinsleven kunnen vallen, zulks te dezen niet het geval was, "dans la mesure où aucun lien familial n'a été établi entre la requérante et son père prétendu" [124].

Het Hof voegt er evenwel de volgende belangrijke overwegingen aan toe :

> "52. [...] La Cour rappelle toutefois que l'article 8, pour sa part, protège non seulement la vie 'familiale' mais aussi la vie 'privée'.

---

(122) Nrs. 39 tot 48.

(123) EHRM, Mikulic, 7 februari 2002, § 47.

(124) Het Hof zegt bepaaldelijk het volgende : "Le cas d'espèce se distingue des autres affaires de paternité susmentionnées, dans la mesure où aucun lien familial n'a été établi entre la requérante et son père prétendu" (§ 52). De "affaires susmentionnées" zijn die waarin het Hof, rekening houdend met dit laatste gegeven, aanvaard had dat er sprake was van een gezinsleven in de zin van artikel 8 van het Verdrag.

53. La Cour estime que la vie privée inclut l'intégrité physique et psychologique d'une personne et englobe quelquefois des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu. Le respect de la 'vie privée' doit aussi comprendre, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer des relations avec ses semblables (voir, mutatis mutandis, Niemietz c. Allemagne, arrêt du 16 décembre 1992, [...], § 29).

Il paraît d'ailleurs n'y avoir aucune raison de principe de considérer la notion de 'vie privée' comme excluant l'établissement d'un lien juridique entre un enfant né hors mariage et son géniteur.

54. La Cour a déjà déclaré que le respect de la vie privée exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain et que le droit d'un individu à de telles informations est essentiel du fait de leurs incidences sur la formation de la personnalité (Gaskin c. Royaume-Uni, arrêt du 7 juillet 1989, [...], § 39).

55. En l'espèce, la requérante est une enfant née hors mariage qui cherche, par la voie judiciaire, à établir qui est son géniteur. En quête de la vérité biologique, son action en recherche de paternité vise à déterminer ses liens juridiques avec H.P. [, le père supposé]. En conséquence, il existe une relation directe entre l'établissement de la filiation et la vie privée de la requérante.

Il s'ensuit que les faits de la cause tombent sous l'empire de l'article 8 de la Convention."

Wat de grond van de zaak betreft, heeft het Hof het volgende geoordeeld :

"Selon la Cour, les personnes qui se trouvent dans la situation de la requérante ont un intérêt vital, défendu par la Convention, à obtenir les informations qui leur sont indispensables pour découvrir la vérité sur un aspect important de leur identité personnelle. D'un autre côté, il faut garder à l'esprit que la nécessité de protéger les tiers peut exclure la possibilité de les contraindre à se soumettre à quelque analyse médicale que ce soit, notamment à des tests ADN.

Les États parties à la Convention ont retenu des solutions différentes face au problème qui se pose lorsqu'un père présumé refuse d'obtempérer à la décision d'un tribunal lui enjoignant de subir les tests voulus pour établir les faits. Dans certains États, les tribunaux peuvent condamner l'intéressé à une amende ou à une peine d'emprisonnement. Dans d'autres pays, la résistance à une telle injonction peut faire naître une présomption de paternité ou constituer une atteinte à l'autorité de la justice passible de poursuites pénales.

Un système tel que celui de la Croatie, qui ne prévoit pas de moyens de contraindre le père prétendu à se conformer à un ordre du tribunal lui enjoignant de se soumettre à des tests ADN, peut en principe être jugé compatible avec les obligations découlant de l'article 8, eu égard à la marge d'appréciation de l'État. La Cour estime toutefois que, dans le cadre d'un tel système, les intérêts de la personne qui cherche à déterminer sa filiation doivent être défendus lorsque la paternité ne peut être établie au moyen de tests ADN. L'absence de toute mesure procédurale de nature à contraindre le père prétendu à se plier à l'injonction d'un tribunal n'est conforme au principe de proportionnalité que si le système en question offre

d'autres moyens grâce auxquels une autorité indépendante peut statuer rapidement sur l'action en recherche de paternité. Or aucune procédure de ce type n'était prévue en l'espèce (voir, *mutatis mutandis*, Gaskin précité, p. 20, § 49).

65. En outre, pour trancher une action tendant à faire établir la paternité, les tribunaux doivent tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant. La Cour estime que la procédure existante ne ménage pas un juste équilibre entre le droit de la requérante de voir dissiper sans retard inutile son incertitude quant à son identité personnelle et le droit de son père présumé de ne pas subir de tests ADN; elle considère que la protection des intérêts en jeu n'est pas proportionnée.

66. En conséquence, l'inefficacité des tribunaux a maintenu la requérante dans un état d'incertitude prolongée quant à son identité personnelle. Les autorités croates ont donc failli à garantir à l'intéressée le 'respect' de sa vie privée auquel elle a droit en vertu de la Convention.

Il s'ensuit qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention."

Dit arrest toont aan hoe belangrijk het is voor een persoon om zijn genetische ouders te kennen, aangezien zulks verband houdt met het bepalen van zijn "persoonlijke identiteit".

Dat recht lijkt evenwel niet absoluut te zijn. De veroordeling van de betrokken Staat wegens de onmogelijkheid voor een kind om te laten vaststellen wie haar vader is, houdt rekening met het recht dat evenzeer op basis van artikel 8 van het Verdrag aan de vermoedelijke vader wordt erkend om geen gedwongen DNA-test te moeten ondergaan. Zoals kan worden opgemaakt uit de paragrafen 65 en 66 van het arrest [(125)], zou aan het recht van het kind kunnen worden tegemoetgekomen door de inschakeling van een "autorité indépendante", die het hiervóór omschreven recht dat aan de vermoedelijke vader wordt erkend enigszins afzwakt.

58. In het arrest Mikulic wordt voortgegaan op de leer van het arrest Gaskin van het Europees Hof, weze het in een context die meer gericht is op de rechtstreekse familieband die een kind met een van haar genetische ouders wilde doen vaststellen. In de zaak Gaskin ging het eveneens om het zoeken naar inlichtingen over het eigen verleden van een kind, inmiddels volwassen geworden, maar in dat geval waren die inlichtingen in handen van de stedelijke sociale diensten waaraan de betrokkene tijdens zijn kinderjaren was toevertrouwd. Ten aanzien van de weigering om het vertrouwelijke karakter op te heffen van de dossiers waarin de desbetreffende informatie voorkwam, heeft het Hof in essentie het volgende geoordeeld :

---

(125) Zie eveneens het arrest Gaskin, onderzocht in nr. 58. In zijn arrest Mikulic verwijst het Europees Hof trouwens naar dat arrest (§ 65).

> "[L]es personnes se trouvant dans la situation du requérant ont un intérêt primordial, protégé par la Convention, à recevoir les renseignements qu'il leur faut pour connaître et comprendre leur enfance et leurs années de formation. Cependant, on doit aussi considérer que le caractère confidentiel des dossiers officiels revêt de l'importance si l'on souhaite recueillir des informations objectives et dignes de foi; en outre, il peut être nécessaire pour préserver des tiers. Sous ce dernier aspect, un système qui subordonne l'accès aux dossiers à l'acceptation des informateurs, comme au Royaume-Uni, peut en principe être tenu pour compatible avec l'article 8, eu égard à la marge d'appréciation de l'État. Il doit toutefois sauvegarder, quand un informateur n'est pas disponible ou refuse abusivement son accord, les intérêts de quiconque cherche à consulter des pièces relatives à sa vie privée et familiale; il ne cadre avec le principe de proportionnalité que s'il charge un organe indépendant, au cas où un informateur ne répond pas ou ne donne pas son consentement, de prendre la décision finale sur l'accès. Or il n'en allait pas ainsi en l'espèce.
>
> Partant, les procédures suivies n'ont pas assuré à la vie privée et familiale de M. Gaskin le respect voulu par l'article 8, lequel a donc été enfreint." (126)

In dit arrest is de kritiek van het Hof voornamelijk gericht op het ontbreken van een procedure waarbij een onafhankelijke instelling het belangenconflict kan beslechten. Terzelfder tijd benadrukt het Hof het belang voor een persoon om de inlichtingen te verkrijgen die hij nodig heeft om zijn kindertijd te kennen en te begrijpen, een belang dat bestempeld wordt als "primordial" en als "protégé par la Convention".

59. Ook in het arrest Odièvre van 13 februari 2003 weegt het Europees Hof voor de Rechten van de Mens de in het geding zijnde belangen af, waar het, getoest aan artikel 8 van het Verdrag, het anonieme karakter van de mogelijkheid tot bevallen in Frankrijk, de zogeheten "accouchement sous X", als wettig erkent.

Het Hof herinnert daarin aan het volgende :

> "(Les) personnes 'ont un intérêt primordial protégé par la Convention à recevoir des renseignements qu'il leur faut connaître, à comprendre leur enfance et leurs années de formation'" (127).

---

(126) EHRM, Gaskin, 7 juli 1989, § 49.

(127) EHRM, Odièvre, 13 februari 2003, § 42. Het Hof verwijst daarin naar de voornoemde arresten inzake Mikulic en Gaskin.

Het Hof vermeldt vervolgens de verschillen tussen de hiervóór besproken zaken Mikulic en Gaskin en de zaak die het voorwerp vormt van het arrest, in essentie omwille van het feit dat in de laatstgenoemde zaak de zoektocht van het kind naar informatie betrekking had op een

> mère (...) biologique qui (...) a abandonné (l'enfant) dès sa naissance et qui a expressément demandé le secret de celle-ci" (128),

en merkt op dat de anonimiteit van de geboorte tegemoet kwam aan de gewettigde belangen van de moeder (129), alsmede aan het algemeen belang, voortvloeiend uit

> "le souci de protéger la santé de la mère et de l'enfant lors de la grossesse et de l'accouchement, et d'éviter des avortements, en particulier des avortements clandestins, ou des abandons 'sauvages'" (130).

Het Hof concludeert, rekening houdend o.m. met de beoordelingsruimte van de Staten in die aangelegenheid (131), als volgt :

> "48. En l'espèce, la Cour observe que la requérante a eu accès à des informations non identifiantes sur sa mère et sa famille biologique lui permettant d'établir quelques racines de son histoire dans le respect de la préservation des intérêts des tiers.
>
> 49. Par ailleurs, le système mis en place par la France récemment, s'il conserve le principe de l'admission de l'accouchement sous X, renforce la possibilité de lever le secret de l'identité qui existait au demeurant à tout moment avant l'adoption de la loi du 22 janvier 2002. La nouvelle loi facilitera la recherche des origines biologiques grâce à la mise en place d'un Conseil national pour l'accès aux origines personnelles, organe indépendant, composé de magistrats, de représentants d'associations concernées par l'objet de la loi et de professionnels ayant une bonne connaissance pratique des enjeux de la question. D'application immédiate, elle peut désormais permettre à la requérante de solliciter la réversibilité du secret de l'identité de sa mère sous réserve de l'accord de celle-ci de manière à assurer équitablement la conciliation entre la protection de cette dernière et la demande légitime de l'intéressée, et il n'est même pas exclu, encore que cela soit peu probable, que, grâce au nouveau conseil institué par le législateur, la requérante puisse obtenir ce qu'elle recherche.

---

(128) *Ibid.*, § 43.

(129) *Ibid.*, § 44.

(130) *Ibid.*, § 45.

(131) *Ibid.*, §§ 46 en 47.

> La législation française tente ainsi d'atteindre un équilibre et une proportionnalité suffisante entre les intérêts en cause. La Cour observe à cet égard que les Etats doivent pouvoir choisir les moyens qu'ils estiment les plus adaptés au but de la conciliation ainsi recherchée. Au total, la Cour estime que la France n'a pas excédé la marge d'appréciation qui doit lui être reconnue en raison du caractère complexe et délicat de la question que soulève le secret des origines au regard du droit de chacun à son histoire, du choix des parents biologiques, du lien familial existant et des parents adoptifs.
>
> Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention."

In dit arrest bevestigt het Hof het zeer grote belang, in beginsel, voor een persoon om zijn persoonlijke geschiedenis te kennen, daaronder begrepen de aspecten ervan die zijn afkomst betreffen, maar het Hof erkent dat er redenen kunnen zijn die verantwoorden dat er over die laatste aspecten geen volledige transparantie is. Wat betreft het belangrijke vraagstuk van de anonimiteit van de moeder die het kind heeft gedragen, is de Raad van State evenwel van oordeel dat dit arrest slechts in aanmerking kan worden genomen indien rekening wordt gehouden met de specificiteit van die zaak en met de motieven van algemeen belang waarvan in het arrest melding wordt gemaakt.

60. Uit de hiervóór in de nummers 57 tot 59 besproken jurisprudentie van de arresten Gaskin, Mikulic en Odièvre volgt dat een kind aan zijn recht op een privé-leven een belang ontleent dat door de Staat moet worden beschermd en dat ertoe strekt dat zijn persoonlijke geschiedenis, inzonderheid zijn genetische banden, kan worden vastgesteld, en dat het daaruit voortvloeiende recht alleen kan worden beperkt op basis van een bijzonder strenge evenredigheidstoetsing, zelfs indien het botst met het dermate belangrijk recht als dat op de lichamelijke integriteit. Bij die toetsing kunnen ook algemene belangen van de samenleving afgewogen worden.

In het licht van de belangenconflicten die aldus ontstaan wijst het Hof op het belang van procedures die het mogelijk maken de betrokken belangen in aanmerking te laten nemen door een onafhankelijke instelling, inzonderheid wanneer de anonimiteit van de moeder om aanvaardbare redenen door de wet is geregeld .

Het Hof aanvaardt nochtans dat die anonimiteit gehandhaafd blijft, door middel van de procedure die het in ieder geval mogelijk moet maken dat een verzoek tot opheffing van de anonimiteit kan worden ingediend bij de oorspronkelijke moeder.

61. In het omgekeerde geval, d.w.z. met betrekking tot het belang van een volwassene ten aanzien van een kind waarmee hij nog geen familiale band heeft aangegaan in de zin van artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, heeft het Europees Hof, met verwijzing naar zijn arrest Rasmussen van 28 november 1984 geoordeeld :

> "(La) détermination du régime juridique des relations du requérant avec sa fille putative concernait sans nulle doute sa vie privée" (132).

In zijn voornoemde arrest Odièvre merkt het Europees Hof in die zin op :

> "La naissance, et singulièrement les circonstances de celle-ci, relève de la vie privée de l'enfant, *puis de l'adulte*, garantie par l'article 8 de la Convention." (133)

In het dictum van de beslissing in de zaak Nylund, waarin aan een man geweigerd werd zijn vaderschap van een kind te laten vaststellen waarvan hij beweerde dat hij het had verwekt met een vrouw met wie hij had samengewoond vóór hun scheiding en voordat die vrouw was gehuwd met een andere man, de wettelijke vader van het kind, verklaart het Hof het verzoekschrift echter niet-ontvankelijk. Na overwogen te hebben dat de band met het kind niet kan worden bestempeld als een "gezinsleven", vanwege de ontstentenis van een affectieve band tussen de twee personen (134), aanvaardt het dat het recht op een privé-leven in casu beperkt kon worden. Het Hof baseert zijn beslissing onder meer op "les raisons tenant à la sécurité des rapports juridiques et familiaux" en op de overweging dat

> "[i]l se justifie que les tribunaux internes donnent plus de poids aux intérêts de l'enfant et de la famille dans laquelle il vit qu'à ceux d'un demandeur cherchant à faire établir un fait biologique" (135).

---

(132) EHRM, Nylund, 29 juin 1999.

(133) EHRM, Odièvre, 13 februari 2003, § 28, *in fine* (niet gecursiveerd in de tekst).

(134) Zie hiervóór, nr. 43.

(135) EHRM, Nylund, 29 juni 1999.

In die beslissing, die nochtans een man betrof die verloofd was met de moeder vóór hun scheiding en die met haar had samengewoond, zonder dat hij evenwel met het kind had samengewoond, wordt het verschil in benadering, in vergelijking met de voormelde zaak Kroon e.a. (136), verklaard door de omstandigheid

> "que contrairement à l'affaire Kroon et autres, dans laquelle l'obstacle à l'action en contestation de paternité contrecarrait les désirs des intéressés, il va en l'espèce dans le sens des souhaits du couple marié pendant le mariage duquel l'enfant est né. En fait, l'obstacle résulte de leur opposition. En outre, dans l'affaire Kroon et autres, la Cour a constaté que la présomption légale de paternité ne profitait en fait à personne (arrêt Kroon et autres précité, [...], § 40)" (137).

Die beslissing is des te merkwaardiger, daar de verzoeker in die zaak niet de juridische afstamming met het betrokken kind wenste te laten vaststellen, maar alleen officieel zijn vaderschap wou laten vaststellen en daarbij trouwens het belang van het kind ter zake heeft aangevoerd.

Het Hof baseert zich ook op de begrenzing van dat verzoek om aan de verzoeker een werkelijk belang te ontzeggen, aangezien

> "l'établissement de la paternité biologique n'aurait créé en soi aucun droit ou devoir pour les intéressés" (138).

Voorts bevestigt het Hof zijn aandacht voor het belang dat het kind heeft om vast te stellen wie zijn genetische vader is. Het Hof wijst verzoekers argumentering ter zake weliswaar af, maar voegt daaraan niettemin het volgende toe :

> "(La) Cour constate qu'en vertu du droit interne, l'enfant pourra, lorsqu'elle aura atteint l'âge de quinze ans, décider elle-même s'il est ou non dans son intérêt d'engager une procédure en recherche de paternité. Néanmoins, cette possibilité ne permet pas de conclure qu'il convient d'autoriser une personne extérieure à la famille à saisir les tribunaux, surtout lorsqu'une telle conclusion, dans les faits, empêcherait l'enfant de prendre ultérieurement une décision elle-même." (139)

---

(136) EHRM, Kroon e.a., 27 oktober 1994; zie hiervóór nr. 40.

(137) EHRM, Nylund, 29 juni 1999.

(138) *Ibid.*

(139) *Ibid.*

62. Die arresten tonen eens te meer aan, zoals bij wijze van conclusie van het onderzoek van de jurisprudentie met betrekking tot het recht op een gezinsleven is gesteld (140), dat zelfs indien een zeer hechte band tussen een kind en zijn genetische of biologische vader op grond van het recht op een privé-leven als grondslag kan dienen voor het handhaven of het herstellen van bepaalde juridisch beschermde banden, de casussen die tot die arresten aanleiding hebben gegeven niettemin op hun beurt situaties betreffen waarin de aanvankelijke relatie tussen het kind en de volwassene voortvloeide uit handelingen die normaal gezien tot het ontstaan van een duurzame band hadden moeten leiden, ook al is die band snel verbroken. Wanneer de familiale band snel en onherroepelijk is verbroken, worden beperkingen van het recht om zijn afkomst te kennen aanvaard op basis van de beoogde doelstellingen, waarbij de jurisprudentie eveneens rekening houdt met de noodzaak van een procedure vóór een onafhankelijke instelling die de belangen van de betrokken personen in aanmerking neemt.

Overigens is er een ruime aanvaarding van de beperking van het belang van de putatieve ouder om te laten vaststellen dat hij de vader is van een kind wanneer, zoals in de zaak Nylund, dat verzoek een familiale relatie verstoort ten voordele van een eenvoudige aanspraak gebaseerd op een genetische band, zonder sociaal verlengstuk

Uit het onderzoek van de jurisprudentie kan eveneens worden afgeleid dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens een groter belang hecht aan de noodzaak om het bestaan van een genetische of moederband te laten vaststellen wanneer zulks het kind ten goede komt dan wanneer zulks de vermoedelijke ouder ten goede komt.

6°) Verdrag inzake de rechten van de mens en de biogeneeskunde (141)

63. Het Verdrag inzake de rechten van de mens en de biogeneeskunde is door België nog niet ondertekend, maar bij de goedkeuring van de wet van 11 mei 2003 betreffende het

---

(140) Nr. 48, hiervóór.

(141) Het exacte opschrift van dat Verdrag luidt als volgt : "Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de waardigheid van het menselijk wezen met betrekking tot de toepassing van de biologie en de geneeskunde", afgekort "Verdrag inzake de rechten van de mens en de biogeneeskunde". Het is ondertekend te Oviedo, op 4 april 1997.

onderzoek op embryo's *in vitro* is het voornemen geuit dat Verdrag te ondertekenen en te bekrachtigen, eventueel met een aantal voorbehouden wat sommige bepalingen van het Verdrag betreft, inzonderheid de artikelen 13 en 18 [(142)].

Het is dan ook nuttig de belangrijkste regels van dat Verdrag uiteen te zetten die relevant zijn voor de onderzochte voorstellen, inzonderheid voor voorstel nr. 1440.

64. Meer bepaald de artikelen 1, 2, 12 tot 14, 16, 18, 21 en 22 dienen in dit verband te worden geciteerd :

"*Artikel 1 - Doel en onderwerp*

De Partijen bij dit Verdrag beschermen de waardigheid en identiteit van het menselijk wezen en waarborgen iedereen, zonder onderscheid, dat zijn integriteit en andere rechten en fundamentele vrijheden met betrekking tot de toepassing van de biologie en de geneeskunde worden geëerbiedigd.

Iedere Partij neemt in zijn nationale recht de maatregelen die nodig zijn om uitvoering te geven aan de bepalingen van dit Verdrag.

Artikel 2 - Het primaat van het menselijk wezen

De belangen en het welzijn van het menselijk wezen gaan boven het uitsluitende belang van de samenleving en de wetenschap.

Artikel 12 -Voorspellend genetisch onderzoek

Onderzoek waarmee een genetische ziekte kan worden voorspeld of dat dient om vast te stellen of betrokkene drager is van een gen dat verantwoordelijk is voor een ziekte of om een genetische aanleg of vatbaarheid voor een ziekte op te sporen, mag alleen worden uitgevoerd voor gezondheidsdoeleinden of voor met gezondheidsdoeleinden verband houdend wetenschappelijk onderzoek, en moet vergezeld gaan van passende advisering op genetisch gebied.

Artikel 13 - Ingrepen in het menselijk genoom

Een ingreep die ten doel heeft verandering te brengen in het menselijk genoom mag alleen worden verricht voor preventieve, diagnostische of therapeutische doeleinden en uitsluitend wanneer hiermee niet wordt beoogd een verandering aan te brengen in het genoom van nakomelingen.

---

(142) Zie advies 33.641/3 van 18 september 2002 over het voorstel dat geleid heeft tot de wet van 11 mei 2003 betreffende het onderzoek op embryo's *in vitro*, inzonderheid nr. 7 van dat advies en de erin genoemde verwijzingen (*Parl. St.*, Senaat, 2001-2002, nr. 2-695, p. 6).

Artikel 14 - Geen selectie op geslacht

Het gebruik van kunstmatige voortplantingstechnieken om daarmee het geslacht van het toekomstige kind te kiezen, is niet toegestaan, behalve ter voorkoming van een ernstige geslachtsgebonden erfelijke aandoening.

Artikel 16 - Bescherming van proefpersonen

Wetenschappelijk onderzoek met mensen mag alleen worden verricht als aan alle volgende voorwaarden wordt voldaan :

i. er is geen alternatief dat qua doeltreffendheid met een onderzoek op mensen is te vergelijken;

ii. de risico's die de betrokkene kan lopen zijn niet onevenredig groot ten opzichte van de potentiële voordelen van het onderzoek;

iii. het onderzoeksvoorstel is goedgekeurd door de bevoegde instantie na een onafhankelijke beoordeling van het wetenschappelijke nut, met inbegrip van het belang van het doel van het onderzoek en de multidisciplinaire toetsing van de ethische aanvaardbaarheid;

iv. de proefpersonen zijn van hun rechten en van de wettelijk vastgelegde waarborgen voor hun bescherming op de hoogte gebracht;

v. de vereiste toestemming bedoeld in artikel 5 is uitdrukkelijk en specifiek gegeven, en wordt schriftelijk vastgelegd. De toestemming kan te allen tijde vrijelijk worden ingetrokken.

Artikel 18 - Wetenschappelijk onderzoek met embryo's in vitro

1. Indien onderzoek met embryo's in vitro bij wet is toegestaan, dient de wet voldoende bescherming aan het embryo te bieden.

2. Het doen ontstaan van menselijke embryo's voor onderzoeksdoeleinden is verboden.

Artikel 21 - Verbod van financieel voordeel

Het menselijk lichaam en zijn bestanddelen mogen, als zodanig, niet dienen tot verkrijging van financieel voordeel.

Artikel 22 - Beschikking over verwijderde bestanddelen van het menselijk lichaam

Wanneer tijdens een medische verrichting een deel van het menselijk lichaam is verwijderd, kan dit alleen worden opgeslagen en gebruikt voor een ander doel dan waarvoor het is verwijderd, indien zulks geschiedt overeenkomstig de passende informatie- en instemmingsprocedures".

65. De afdeling wetgeving van de Raad van State heeft in haar advies 33.641/3 van18 september 2002 over het voorstel dat geleid heeft tot de wet van 11 mei 2003 betreffende het onderzoek op embryo's *in vitro*, het volgende opgemerkt :

> "5. Het voorliggende voorstel beperkt zich ertoe het wetenschappelijk onderzoek op embryo's te regelen. Het bevat bijvoorbeeld geen bepalingen i.v.m. het beschikkingsrecht over gameten, de bewaring van gameten en embryo's, of de ingrepen op embryo's in utero. Die aangelegenheden worden ook niet elders geregeld.
>
> De wetgever dient zich af te vragen of het niet nodig is ook voor die aangelegenheden in een wettelijke regeling te voorzien. Weliswaar zullen, na de bekrachtiging door België van het hierna te noemen Europees Verdrag inzake de rechten van de mens en de biogeneeskunde, een aantal normen terzake van toepassing zijn (143), maar ook dan blijven heel wat aspecten nog ongeregeld.
>
> 6. Gezien de menselijke oorsprong van het embryo en zijn vermogen om uit te groeien tot een mens, mag van de overheid verwacht worden dat ze aan het embryo een zekere bescherming verleent, welke toeneemt naarmate het embryo zich verder ontwikkelt.
>
> Het staat in beginsel aan de wetgever om te bepalen hoever die bescherming gaat. Hij kan oordelen dat wetenschappelijk onderzoek en andere handelingen op embryo's geoorloofd zijn, ook al kunnen die er uiteindelijk toe leiden dat embryo's vernietigd worden of om een andere reden niet kunnen uitgroeien tot een mens. Er zijn echter goede redenen om aan te nemen dat niet eender welke handelwijze met betrekking tot embryo's geoorloofd is. Terecht stelt het voorstel dan ook grenzen.
>
> Het feit dat de wetgever voorziet in een bescherming van embryo's, betekent op zich nog niet dat hij deze bescherming op alle onderdelen middels strafbepalingen moet concretiseren, zoals dit bijvoorbeeld het geval is voor euthanasie en zwangerschapsafbreking. Het behoort integendeel in beginsel tot de beleidsvrijheid van de wetgever om te beslissen of handelingen die worden gesteld met miskenning van de in de wet gestelde voorwaarden, al dan niet onder de toepassing van het strafrecht gebracht moeten worden. Te dezen vereist artikel 25 van het Europees Verdrag inzake de rechten van de mens en de biogeneeskunde wel dat in "passende sancties" wordt voorzien, voor het geval een inbreuk wordt gepleegd op de bepalingen van het verdrag.
>
> Vanuit het oogpunt van die laatste bepaling verdienen de artikelen 3 en 8 van het voorstel een nader onderzoek.
>
> Artikel 3 stelt de voorwaarden vast waaraan een onderzoek op embryo's in vitro moet voldoen. Artikel 8 houdt bepalingen in m.b.t. de toestemming die door een persoon gegeven moet worden, opdat gameten of embryo's, afkomstig van die persoon, in vitro gebruikt mogen worden voor onderzoeksdoeleinden.

---

(143) *Voetnoot 3 van het advies* : Zie de bepalingen van het verdrag i.v.m. het menselijke genoom, inzonderheid de artikelen 12 en 13.

Het voorstel voorziet niet in een algemene strafbaarstelling van handelingen die in strijd met de artikelen 3 en 8 worden gesteld. Amendementen die ertoe strekten elke overtreding van de bepalingen van die artikelen strafbaar te stellen, werden in eerste lezing door de Bijzondere Commissie trouwens uitdrukkelijk verworpen (144). Alleen een overtreding van artikel 3, 5° (verbod om onderzoek te verrichten op een embryo dat ouder is dan 14 dagen, periode van de invriezing niet inbegrepen) is, naar luid van artikel 13 van het voorstel, strafbaar.

Blijkbaar opteert de Bijzondere Commissie ervoor om het toezicht op de naleving van de bepalingen van de artikelen 3 en 8 in hoofdzaak te laten uitoefenen door andere overheden dan de gerechtelijke, meer bepaald door de plaatselijke ethische comités en de Federale Commissie. De sanctie die uit dat toezicht kan voortvloeien, is de stopzetting van een onderzoek, als de Commissie vaststelt dat het wordt uitgevoerd in strijd met de bepalingen van de voorgestelde wet (artikel 10, § 2, derde lid).

Die maatregel kan als een "passende sanctie" worden beschouwd (145) " (146).

C. <u>Toepassing van de onderzochte hogere rechtsregels op de voorstellen betreffende het draagmoederschap en de medisch begeleide voortplanting</u>

1°) Inleiding

66. In de volgende uiteenzetting zal eerst de aanvaardbaarheid worden onderzocht van het verbod op het draagmoederschap (2° - nrs. 69 tot 72); vervolgens worden de beoordelingsbevoegdheid van de wetgever behandeld in de betrokken aangelegenheden en de algemene voorwaarden waarvan zijn optreden afhankelijk wordt gesteld (3° - nrs. 73 tot 82), waarna meer specifieke vragen worden behandeld die rijzen in verband met de wetsvoorstellen, zodanig dat de wetgever wordt ingelicht omtrent de beslissingen die hij zal moeten nemen (4° - nrs. 83 tot 104).

Hier worden de kwesties besproken die te maken hebben met de grondrechten. De meer bijzondere opmerkingen met betrekking tot elk wetsvoorstel zijn opgenomen in deel IV van het

---

(144) *Voetnoot 4 van het advies* : Verslag namens de Bijzondere Commissie, voorlopige versie, pp. 211-214 (amendementen op artikel 13).

(145) *Voetnoot 5 van het advies*: In de bijzondere Commissie werd opgemerkt "dat de ergste sanctie voor een onderzoeker erin bestaat dat men zijn onderzoek stillegt" (verslag namens de Bijzondere Commissie, voorlopige versie, p. 211, bij de bespreking van de amendementen nrs. 99, 139, 140 en 141 op artikel 13).

(146) Advies 33.641/3, voormeld, pp. 4 tot 6.

advies. De problemen in verband met de bestaanbaarheid van voorstel nr. 1440 met het Verdrag inzake de rechten van de mens en de biogeneeskunde worden evenwel eveneens behandeld in deel IV, onder de nrs. 152 en 153, wegens het verband tussen die vraagpunten en die welke rijzen inzake het afstemmen van de voorgestelde wet op de wet van 11 mei 2003 betreffende het onderzoek op embryo's *in vitro*.

67. Aangezien de voorliggende voorstellen geen toestemming verlenen voor het reproductief klonen van embryo's of voor andere onderzoeken die afwijken van die welke in het kader van de voormelde wet van 11 mei 2003 betreffende het onderzoek op embryo's *in vitro* toegestaan worden, zijn de vraagpunten die betrekking hebben op de aanvaardbaarheid van die technieken in casu niet relevant en worden ze in het voorliggende advies dus niet behandeld.

68. Aangezien de kwestie van de eventuele aanvaardbaarheid van een algemeen verbod van medisch begeleide voortplanting in casu niet aan de orde is, wordt zij evenmin onderzocht.

2°) Toelaatbaarheid van het verbod van draagmoederschap

69. Geen enkele hogere rechtsregel staat eraan in de weg dat een algemene verbodsmaatregel inzake draagmoederschap wordt genomen.

De kinderwens en de wil om die wens te verwezenlijken door gebruik te maken van het draagmoederschap, vallen onder de werkingssfeer van artikel 8, lid 1, van het Europees Verdrag over de rechten van de mens, vanuit het oogpunt van het recht op eerbiediging van het privé-leven [(147)]. Evenwel, inzonderheid gelet op de ernstige vragen die rijzen op ethisch gebied [(148)], de ruime beoordelingsbevoegdheid van de Staten in deze aangelegenheid, en het feit dat een aantal van die Staten, binnen de Raad van Europa zelf, beschikken over een wetgeving die een absoluut verbod oplegt om dat procédé aan te wenden, is een zodanig verbod aanvaardbaar op grond van de bepaling waarbij artikel 8, lid 2, van het Verdrag inmengingen van de overheid in de uitoefening van het genoemde recht toestaat, voor zover die inmengingen

---

(147) Hiervóór, onder nr. 39, is eraan herinnerd dat volgens de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, het recht op eerbiediging van het gezinsleven geen bescherming biedt aan de loutere wens om een gezin te stichten.

(148) In de toelichtingen zelf bij de wetsvoorstellen, ook in die waarin draagmoederschap voorwaardelijk wordt toegestaan, staan overwegingen die zulks illustreren.

"in een democratische samenleving noodzakelijk (zijn) in het belang van (...) de goede zeden".

Het is niet nodig na te gaan of nog andere wettige doeleinden, vermeld in artikel 8, lid 2, het absolute verbod op draagmoederschap eveneens zouden kunnen verantwoorden.

De wetgever heeft dus op grond van zijn op dat punt onbeperkte beoordelingsbevoegdheid, de mogelijkheid het draagmoederschap te verbieden.

70. Dit geldt des te meer voor het verbod op de verschillende facetten van de commercialisering van die procédés, als daar zijn de vergoeding ervan, het maken van reclame ervoor en de bemiddeling in de aangelegenheid.

71. Het voorstel nr. 1399 levert dus op dat punt geen enkel bezwaar op. Het kan het huidige verbod, dat voortvloeit uit de thans vigerende algemene beginselen van het Burgerlijk Wetboek en uit de artikelen 6, 1128, 1131 en 1133 van hetzelfde Wetboek [(149)], verscherpen met een uitdrukkelijke en nauwkeuriger tekst in die zin, aangevuld met strafbepalingen.

72. Hetzelfde geldt ten aanzien van het voorstel nr. 1319, wat het commercialiseren van het draagmoederschap betreft, waarvan het voorstel de strafbaarstelling beoogt.

Hoewel de toelichting bij dit voorstel de onwettigheid van draagmoederschap volgens het huidige burgerlijk recht bevestigt, bevat het dispositief evenwel niet de uitdrukkelijke bevestiging daarvan; de indieners zijn wellicht impliciet van oordeel dat een zodanige bepaling nutteloos zou zijn. Aangezien de aangelegenheid evenwel in volle ontwikkeling is en aanleiding kan geven tot betwistingen [(150)], zou het verkieslijk zijn dat de wetgever uitmaakt of hij het

---

(149) *Ibid.*

(150) Hiervóór, onder nr. 26, is melding gemaakt van een bekendgemaakte beslissing van een jeugdrechtbank, die zo kan worden geïnterpreteerd dat ze beslist heeft dat een overeenkomst inzake draagmoederschap niet in strijd is met de openbare orde: het betreft het vonnis van 4 oktober 2000 van de Jeugdrechtbank van Turnhout. Hoewel in dit vonnis, tot staving van zijn conclusie, wordt verwezen naar een arrest van het Hof van Beroep te Parijs, dat later is vernietigd door de voltallige vergadering van het Hof van Cassatie van Frankrijk en hoewel de rechtsleer zich zeer in het algemeen uitlaat in de zin van de onwettigheid van het aanwenden van zulke procédé's (*ibid.*), is het niet onmogelijk dat andere rechterlijke beslissingen, bij ontstentenis van een uitdrukkelijke tekst, zich daarover in dezelfde zin kunnen uitspreken.

burgerrechtelijk verbod wenst te bekrachtigen, als hij bij die opvatting blijft, of zelfs te verscherpen door het strafbaar stellen ervan.

Er moet wel opgemerkt worden dat de bestaande onwettigheid van overeenkomsten inzake draagmoederschap, zoals die in het voorstel nr. 1319 gehandhaafd wordt, niet noodzakelijk impliceert dat een adoptieaanvraag uitgaande van de wensouders afgewezen moet worden (151). Ook op dit punt zou de wetgever een duidelijk standpunt kunnen innemen (152).

3°) Toelaatbaarheid van het draagmoederschap en van de medisch begeleide voortplanting - Algemene beschouwingen

73. Drie voorstellen gaan uit van een voorwaardelijke toelaatbaarheid van het draagmoederschap en regelen een aantal aspecten inzake het sluiten van de overeenkomst erover.

74. Reeds eerder in dit advies is opgemerkt dat het toelaten van draagmoederschap op zichzelf niet strijdig is met artikel 3 van het Europees Verdrag over de rechten van de mens, dat handelt over het verbod van onmenselijke en vernederende behandelingen (153), doch dat de regeling van de gevolgen ervan de fundamentele rechten inzake het privé-leven en het gezinsleven van de betrokkenen dient te eerbiedigen.

De Raad van State zal de wetsvoorstellen dan ook beoordelen in het licht van de hiervóór onderzochte rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens over artikel 8 van het Europees Verdrag.

---

(151) Hiervóór, eveneens in nr. 26, is vermeld dat de Jeugdrechtbank te Brussel, los van elke beoordeling van de rechtsgeldigheid van een zodanige overeenkomst, bij een vonnis van 4 juni 1996 een adoptie heeft gehomologeerd die in zulke omstandigheden was gesloten. Het aangehaalde vonnis van de Jeugdrechtbank te Turnhout van 4 oktober 2000, eveneens aangehaald onder nr. 26, kan trouwens in die zin worden uitgelegd, zoals aldaar is uiteengezet.

(152) Aangezien bij de afdeling wetgeving van de Raad van State geen tekst in die zin is ingediend, spreekt deze zich niet uit over de grenzen van de aanvaardbaarheid van een zodanige wetgeving, gelet op de belangen van het betrokken kind; deze kwestie moet aan een grondig onderzoek worden onderworpen.

(153) Zie nr. 37.

75. Daarbij is de Raad zich er wel van bewust dat het Hof zich tot op heden nog niet uitdrukkelijk heeft dienen uit te spreken over draagmoederschap en dat dan ook voorzichtigheid geboden is bij het trekken van lessen uit de rechtspraak van het Hof. Alhoewel de door het Hof behandelde gevallen een zekere analogie vertonen met de situatie van draagmoederschap, bestaan er toch ook verschillen met situaties waarin aan kinderen het contact met hun ouders wordt ontzegd en waarvoor de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens besluit dat er schending is van het recht op eerbiediging van het gezinsleven of het privé-leven: in die zaken gaat het vaak om gezinsconflictsituaties of om de niet wenselijke verbreking van de band tussen een volwassene en het kind dat hij heeft opgevoed of zelfs verwekt in een perspectief dat normaal dat van een gezin is, wat niet het geval is met draagmoederschap of donatie van gameten of embryo's, wat de draagmoeder, de persoon die haar leven deelt en de donoren van gameten of embryo's betreft [(154)].

76. Dezelfde voorzichtigheid is trouwens geboden ten aanzien van de regels afgeleid uit het Verdrag inzake de rechten van het kind, ondanks de uitgesproken voorkeur die dit Verdrag verleent aan de continuïteit tussen het oorspronkelijke gezinsmilieu van het kind en het milieu waarin het opgroeit en zich ontwikkelt, inzonderheid ten aanzien van de adoptie en andere situaties waarin een kind gescheiden wordt van zijn oorspronkelijk gezin.

77. Het onderzoek van artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, van de rechtspraak die deze bepaling beoogt uit te leggen, alsmede van het Verdrag inzake de rechten van het kind, inzonderheid van de artikelen 7 en 20 ervan, leidt tot de vaststelling dat, wat betreft het draagmoederschap en de medisch begeleide voortplanting, verscheidene wettige belangen potentieel met elkaar in conflict kunnen komen: voornamelijk die van het kind dat geboren is uit de draagmoeder en die van de wensouders, zonder de belangen te vergeten van de personen die het leven van de betrokken personen delen.

De onderzochte teksten leiden tot geen enkele duidelijke conclusie, in rechte, wat betreft de belangen die noodzakelijkerwijs moeten primeren.

---

(154) Zie hiervóór, nrs. 48 en 62.

Het onderzoek van artikel 8 heeft aangetoond dat een gezinsleven ontstaat zodra er een relatie tot stand komt tussen een kind en de personen die de zorg ervoor op zich hebben genomen, zelfs zonder genetische band (155). Omgekeerd heeft het bestaan van een genetische band het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens ertoe gebracht om in principe aan te nemen dat er een gezinsleven bestaat (156). Het loutere afstaan van sperma (157) of het bestaan van een voorgaande band tussen de moeder en een man, maar zonder dat dit gepaard gaat met een affectieve band tussen deze man en het kind (158), volstaan evenwel niet. Daarentegen toont een voornemen om een geboren kind te adopteren het bestaan aan van een "gezinsleven", zelfs zonder rechtstreekse contacten tussen de aanvragers en het betrokken kind (159).

Inzake het recht op eerbiediging van het privé-leven strekt artikel 8 overigens tot de bescherming van de draagmoeder en de foetus die zich in haar ontwikkelt (160).

Het recht op eerbiediging van het privé-leven heeft tot doel een kind in staat te stellen te weten wie zijn biologische en genetische ouders zijn (161). Wat betreft het belang van genetische ouders om deze werkelijkheid aan te tonen, zo dit weliswaar onder de gelding valt van het recht op eerbiediging van het privé-leven, dan is voor de bescherming ervan, in die mate dat daardoor een gezinsrelatie die elders is ontstaan in het gedrang kan worden gebracht, vereist

---

(155) Zie hiervóór nrs. 39 tot 41 en de geciteerde rechtspraak.

(156) Zie hiervóór nrs. 43 en 44 en de geciteerde arresten en beslissingen: het arrest Keegan van 19 april 1994 en de beslissing in de zaak Nylund van 29 juni 1999 van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, en de beslissing X t. Verenigd Koninkrijk van 11 juli 1977 van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens.

(157) Zie hiervóór, nr. 45 en de geciteerde beslissing M. t. Nederland van 8 februari 1993 van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens.

(158) Zie hiervóór nr. 40 en de beslissing inzake Nylund van 29 juni 1999. Zie evenwel arrest Keegan, van 19 april 1994.

(159) Zie hiervóór nr. 43 en het arrest Pini c.s. van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.

(160) EHRM, Vo, 8 juli 2004 (zie nr. 28).

(161) Zie hiervóór nrs. 57 tot 59 en het arrest Gaskin van 7 juli 1989, het arrest Mikulic van 7 februari 2002 en het arrest Odièvre van 13 februari 2003 van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Zie eveneens nr. 61 en de beslissing Nylund van 29 juni 1999 van het Hof.

dat er een affectieve band heeft bestaan tussen het kind en de ouder die beweert ouder te zijn [(162)].

Als een gezin uiteenvalt, bijvoorbeeld als gevolg van de scheiding van de personen die voor het kind hebben gezorgd, dient het recht op handhaving van de gezinsbanden gewaarborgd te zijn, zelfs als er geen biologische of genetische band met het kind bestaat [(163)].

De bondige synthese die voorafgaat, heeft louter tot doel erop te wijzen dat uit verschillende oogpunten het recht op eerbiediging van het privé-leven of het gezinsleven toepassing kan vinden. Dit belet natuurlijk niet dat de betrokken situaties aanleiding kunnen geven tot beperkingen overeenkomstig artikel 8, lid 2, van het Europees Verdrag over de rechten van de mens, soms zelfs tot bijna absolute beperkingen die de Staten bij wet kunnen vaststellen [(164)].

Voor de gevallen waarop de voorstellen betrekking hebben, kan uit de verwijzingen die de internationale teksten en de rechtspraak opleveren geen enkele definitieve conclusie worden getrokken.

78. Wanneer de wetgever optreedt, dient hij dit evenwel te doen op een zodanige wijze dat de belangrijke kwesties die zich voordoen wat betreft de belangenconflicten die kunnen rijzen, kunnen worden beslecht, waarbij de hoofdzorg het belang van het betrokken kind is, dat primeert op het belang dat voor de wensouders of voor de personen die een beroep doen op de medisch begeleide voortplanting zou kunnen voortvloeien uit hun wettig verlangen naar een kind.

Deze belangrijke kwesties zijn in ieder geval die welke betrekking hebben op het volgende :

---

(162) Zie hiervóór nr. 61 en de beslissing Nylund van 29 juni 1999 van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.

(163) Zie hiervóór nr. 46 en het arrest nr. 134/2003 van 8 oktober 2003 van het Arbitragehof; zie ook hiervóór nr. 47.

(164) Zie hiervoor nr. 59 en het arrest Odièvre van 13 februari 2003 van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.

a) wat de medisch begeleide voortplanting betreft: de hoedanigheid van de personen die gemachtigd zijn om daarop een beroep te doen en van de personen die hun gameten of hun gonaden ter beschikking kunnen stellen, inzonderheid ten aanzien van de gezondheidstoestand van de betrokken personen, alsmede ten aanzien van de gezinssituatie van deze ontvangers en van deze donoren, wat betreft de vraag of het voor de ontvangers al dan niet noodzakelijk is een koppel te vormen, de vermoede stabiliteit van dit koppel en de seksuele geaardheid ervan;

b) wat betreft het draagmoederschap: de hoedanigheid van de wensouders en van de vrouwen die zich als draagmoeder beschikbaar stellen, inzonderheid ten aanzien van de gezondheidstoestand van de betrokken personen, alsook ten aanzien van de gezinssituatie van deze wensouders en van deze vrouwen, wat betreft de vraag of het voor de ontvangers al dan niet noodzakelijk is een koppel te vormen, de vermoede stabiliteit van dit koppel en de seksuele geaardheid ervan;

c) het verbindend karakter van de overeenkomst betreffende het draagmoederschap en de verbintenis die erin zou vervat zijn om het kind bij de geboorte af te geven;

d) voor de medisch begeleide voortplanting en voor het draagmoederschap :

- de anonimiteit van de betrokken personen, een aangelegenheid die verschillend kan worden geregeld naargelang van de personen tegenover wie deze anonimiteit zou vereist zijn;

- de gevolgen van de geboorte van het betrokken kind voor zijn afstamming en voor andere aspecten van de gezinsband die het kind en de betrokken personen zouden mogen handhaven, eventueel met invoering van een bijzondere statuut, anders dan dat van de afstamming;

- de regeling van de conflicten tussen de betrokken personen, bijvoorbeeld, indien vereist wordt dat de wensouders een koppel vormen, de gevolgen van hun scheiding ten aanzien van het lot van het kind dat door de draagmoeder gedragen is.

79. De wetgever dient zelf, in de wet, deze belangrijke kwesties te beslechten.

Er is evenwel opgemerkt dat in sommige gevallen waarbij belangenconflicten op het spel staan die bijzonder moeilijk kunnen worden beslecht, zoals die welke verband houden met de vertrouwelijkheid van bepaalde gegevens, het Europees Hof voor de Rechten van de Mens aandacht heeft geschonken aan de mogelijkheid die de wet zou bieden om met de gepaste procedures af te wijken van de beginselen die ze stelt (165).

Het kan ook wenselijk zijn dat, voor beperkte kwesties waarvoor geen duidelijke oplossing naar voor komt, zoals de zo-even ter sprake gebrachte kwestie van de anonimiteit of de kwestie van de handhaving van bepaalde familiale banden tussen het betrokken kind en de draagmoeder, de voorgestelde wet voorziet in een dergelijke procedure waarbij een beroep wordt gedaan op al dan niet rechterlijke instanties, die onafhankelijk zijn en de nodige deskundigheid bezitten om het belang van het kind in deze omstandigheden te beoordelen, en die in voorkomend geval kunnen afwijken van de beginselen vastgesteld door de wet. Het spreekt vanzelf dat voor het geval een beroep wordt gedaan op een niet-rechterlijk orgaan, er in rechtsmiddelen zou moeten worden voorzien (166).

Deze procedures zouden evenwel niet op de fundamentele aangelegenheden betrekking kunnen hebben, zoals die welke worden vermeld in nr. 78, a) en b), hiervóór, noch op de kwesties die verband houden met de afstamming.

Voor het probleem van het verbindende karakter van de overeenkomst, (nr. 78, c), hiervóór), wordt verwezen naar de opmerkingen hierna onder de nrs. 83 tot 92.

Het is in ieder geval uitgesloten dat de wetgever het aan de partijen bij de overeenkomst zou overlaten om de essentiële kwesties te regelen, hiervóór vermeld onder nr. 78.

80. Wat betreft de aangelegenheden in verband met de aanpassing van het afstammingsrecht en de ander aspecten van de juridische omkadering van de relatie tussen de betrokken kinderen en de personen die, in welke hoedanigheid ook, hebben meegewerkt aan de voortplanting, verdient het aanbeveling de wetswijzigingen op te nemen in het Burgerlijk

---

(165) Zie de arresten Gaskin en Odièvre van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hiervóór, nrs. 58 en 59).

(166) Indien dat niet het geval is, zou het gemeen gerechtelijk recht van toepassing zijn.

Wetboek zelf [167], veeleer dan in autonome bepalingen van de voorgestelde wet. Het zou beter zijn dat die bepalingen duidelijk voorkomen als afwijkingen van de betrokken teksten, bij voorkeur binnen deze teksten zelf [168] of in de onmiddellijke nabijheid ervan [169].

In twee van de drie voorstellen die het draagmoederschap onder bepaalde voorwaarden toestaan, is sprake van de adoptie. Zo heeft artikel 8 van het voorstel nr. 1230 het uitdrukkelijk over een pre-adoptieverklaring en brengt artikel 9 een wijziging aan in artikel 384-4 van het Burgerlijk Wetboek, betreffende de toestemming tot adoptie. Ook het voorstel nr. 1271 vat de overeenkomst inzake draagmoederschap op als een soort adoptie van het kind vóór zijn verwekking [170], zij het dat de partijen gebonden zijn door de overeenkomst. Voorzover het de bedoeling is van de auteurs om de ouderschapsrechten door een adoptie tot stand te laten komen, dienen de desbetreffende bepalingen te worden ingeschreven in titel VIII van het Burgerlijk Wetboek, die handelt over de adoptie.

81. Het zal aan de wetgever toekomen, wanneer hij bepaalde situaties regelt, om eveneens oog te hebben voor daarmee vergelijkbare situaties, rekening houdend met de vereisten die voortvloeien uit de beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie [171] [172].

Het spreekt vanzelf dat, overeenkomstig de jurisprudentiële regels terzake, het aan de wetgever toekomt om vooreerst de vergelijkbare gevallen te identificeren [173]; in de mate dat

---

(167) Zie advies nr. 27 van het Raadgevend Comité voor de Bioethiek, p. 45.

(168) Bijvoorbeeld door wijzigingen die worden aangebracht in de tekst van een artikel of door de invoeging van bijzondere leden of van paragrafen.

(169) Bijvoorbeeld door de invoeging van artikelen *bis*, *ter*, enz.

(170) Zie de toelichting bij artikel 9, p. 7 van het voorstel.

(171) Zie hiervóór de nrs. 34 en 35, over de strekking van de beginselen van gelijkheid en non-discriminatie en de aanvaardbare criteria voor een eventueel onderscheid.

(172) Er wordt verwezen naar de nrs. 23 tot 25 voor een beknopte uiteenzetting van de situaties die zich kunnen voordoen. Het spreekt vanzelf dat al deze situaties niet als vergelijkbaar kunnen worden beschouwd; ze vallen niet noodzakelijkerwijs alle onder de opmerking die hier wordt gemaakt.

(173) Deze identificatie, zoals de andere elementen van de verantwoording die zou moeten worden verstrekt in het licht van de beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie, gebeurt vanzelfsprekend onder het eventuele toezicht van het Arbitragehof, voor het geval het geadieerd zou worden.

hij daartussen verschillen in behandeling wil behouden of invoeren, zal hij deze vervolgens in redelijkheid moeten kunnen verantwoorden, in voorkomend geval in de parlementaire voorbereiding.

Zo zou de wetgever in regelingen kunnen voorzien voor gelijksoortige situaties om rekening te houden met de bijzonderheden die er kenmerkend voor zijn, door het invoeren van nadere regels voor de tenuitvoerlegging ervan of van specifieke procedures die eigen zouden kunnen zijn aan elke situatie. Hij zou er ook van kunnen uitgaan dat bepaalde situaties, wegens de bijzondere kenmerken die ze vertonen, geen voorkeursbehandeling verdienen en niet de bescherming door de wet moeten genieten.

82. De onderzochte voorstellen die moederschapsbescherming en medisch begeleide voortplanting toestaan, moeten in het licht van deze aanbevelingen worden herzien, welke aanbevelingen zelf onderzocht zijn in het licht van de rechtspraak van het Europees Hof en de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens, zoals hiervóór uiteengezet, onder de nrs. 38 tot 62.

Gelet op de beoordelingsbevoegdheid terzake van de wetgever, heeft de hiernavolgende uiteenzetting niet tot doel elk van de gevallen te onderzoeken die in aanmerking komen voor een toetsing op de verenigbaarheid met de beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie, maar zal zij zich beperken tot het bespreken van enkele situaties die vragen kunnen doen rijzen en die op juridisch gebied kunnen worden verduidelijkt.

4°) Toelaatbaarheid van het draagmoederschap en van de medisch begeleide voortplanting - Specifieke kwesties die verband houden met grondrechten

a) Scheiding tussen de draagmoeder en het door haar gedragen kind - Weigering van de wensouders om het kind aan te nemen

83. In de eerste plaats rijst de vraag welke regeling in het licht van artikel 8 van het Europees Verdrag over de rechten van de mens toegepast moet worden, wanneer de draagmoeder zich na de geboorte verzet tegen de afgifte van het kind aan de wensouders.

Uit artikel 8 van het Verdrag volgt dat het gezinsleven ontstaat door de geboorte van een kind "et par le fait même de celle-ci" (174). Gelet op de specifieke kenmerken van het draagmoederschap ten opzichte van de gevallen waarover het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in verband met die bepaling uitspraak heeft gedaan, mag daaruit niet worden afgeleid dat het volgens de rechtspraak aan de draagmoeder toegestaan zou moeten zijn het kind te behouden. Aangezien evenwel gedurende de negen maanden van de zwangerschap sterkere banden gesmeed zijn tussen de draagmoeder en het kind dan tussen de wensouders en dat kind, dient de wetgever te beoordelen of er geen grond bestaat om te beletten dat de overeenkomst tegen de zin van de draagmoeder in ten uitvoer zou worden gelegd.

In de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens wordt een bijzonder belang gehecht aan het behoud van de relatie tussen het kind en zijn ouders wanneer tussen hen een genetische band bestaat, zonder daarvan - weliswaar - een absoluut vereiste te maken, inzonderheid wanneer er tussen de genetische ouders en het kind geen affectieve band bestaat (175). De banden tussen de draagmoeder en haar kind zijn sterker dan die tussen de wensouders en het kind. Uit de gegevens van de rechtspraak van het Hof blijkt dat wanneer de draagmoeder ook de genetische moeder is, die banden door het Hof zeer waarschijnlijk zouden worden geacht een "gezinsleven" uit te maken in de zin van artikel 8 van het Europees Verdrag over de rechten van de mens. Bijgevolg dient de wetgever bij zijn beoordeling specifiek rekening te houden met het geval waarbij de draagmoeder ook de genetische moeder van het kind is, welk geval niet kan worden gelijkgesteld met dat waarbij de eicel van een andere vrouw komt; het verschil tussen de gevallen is nog groter wanneer de eicel van de wensmoeder zelf komt. Alleen wanneer een bijzonder nauwgezette rechtvaardiging wordt gegeven, zou in het licht van artikel 8, lid 2, van het Europees Verdrag over de rechten van de mens kunnen worden

---

(174) Zie, inzonderheid, EHRM, Keegan, 19 april 1994, § 44.

(175) Zie het overzicht van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, dat hiervóór, onder de nrs. 40 tot 48, is gegeven.

aanvaard dat de mogelijkheid wordt geboden van een gedwongen tenuitvoerlegging van de overeenkomst tussen de wensouders en een genetische draagmoeder [(176)].

84. De opmerkingen die hierna worden gemaakt, sluiten aan bij de veronderstelling dat de wetgever, ondanks de hiervoor gemaakte overwegingen, toch opteert voor de mogelijkheid van een gedwongen tenuitvoerlegging van de overeenkomst, wat zou aansluiten bij het systeem zelf van het draagmoederschap, doordat dit op zich wordt aanvaard en doordat dit steunt op een uit vrije wil gegeven instemming van elke partij.

In die logica zou er uitgegaan moeten worden van het beginsel dat de verbintenis die de draagmoeder heeft aangegaan om het kind na het einde van de zwangerschap af te staan de doorslag moet geven, met dien verstande dat het beroep op de gedwongen tenuitvoerlegging slechts kan gebeuren op grond van een uitvoerbare titel verleend bij een rechterlijke beslissing.

85. Het systeem van het draagmoederschap veronderstelt uiteraard dat de verbintenis door de partijen is aangegaan, overeenkomstig overigens de principes die gelden voor het medisch recht en het recht om vrij over zijn lichaam te beschikken, uit vrije wil en met kennis van zaken. De voorstellen geven geen aanleiding tot enige opmerking in dit verband, aangezien elk voorstel zelfs voorziet in het optreden van artsen of psychologen voordat het akkoord gesloten wordt en in de medewerking van een notaris om de akte te verlijden.

---

(176) Overigens kan erop worden gewezen dat het Comité ad hoc van experten van de Raad van Europa over de vooruitgang van de biomedische wetenschap (CAHBI) de volgende aanbeveling heeft gedaan :

"2. Aucun contrat ou accord entre une mère de substitution et la personne ou le couple pour le compte de laquelle ou duquel un enfant est porté ne pourra être invoqué en droit",

en het volgende geoordeeld heeft :

"4. Toutefois, les États peuvent, dans des cas exceptionnels, fixés par leur droit national, prévoir sans faire exception au paragraphe 2 du présent principe qu'un médecin ou un établissement pourra procéder à la fécondation d'une mère de substitution en utilisant des techniques de procréation artificielle, à condition : [...]

b. que la mère de substitution puisse à la naissance choisir de garder l'enfant" (zie het verslag, opgemaakt tussen 1985 en 1987, over de kunstmatige voortplanting bij de mens door het CAHBI, principe 15, §§ 2 en 4, geciteerd en overgenomen door het Witboek van 15 januari 2002 "sur les principes relatifs à l'établissement et aux conséquences juridiques du lien de filiation", opgesteld door het Comité van experten over het gezinsrecht (CJ-FA) van de Raad van Europa, nr. 13) .

Die tekst heeft evenwel geen enkele juridische waarde en is opgemaakt vanuit het uitgangspunt, waarnaar hiervóór is verwezen, dat, in tegenstelling tot drie van de voorliggende voorstellen, elke juridische validering van een contract betreffende het draagmoederschap wordt uitgesloten.

Het voorstel nr. 417 voorziet evenwel niet in een medisch optreden m.b.t. het principe zelf van het draagmoederschap ten aanzien van het wensouderpaar: volgens artikel 5, § 1, van dat voorstel stelt de arts, die een gynaecoloog moet zijn, alleen vast dat de vrouw "fysiologisch onmogelijk zwanger kan worden van de niet feitelijk gescheiden echtgenoot of van de man met wie ze samenwoont" of dat een zwangerschap "een zeer groot risico zou inhouden voor haar eigen gezondheid of die van het kind". Ook al kan die medische raadpleging de arts eveneens de mogelijkheid bieden om over het voorgenomen project zijn advies te geven, toch dient de wetgever te beoordelen of niet meer specifiek dient te worden bepaald dat dit advies betrekking dient te hebben op het beroep op een draagmoederschap.

86. Als de wetgever kiest voor de mogelijkheid van een gedwongen tenuitvoerlegging van de overeenkomst, dient, voor het geval de draagmoeder weigert de overeenkomst uit te voeren, te worden voorzien in een beroep dat de mogelijkheid biedt om op zeer korte termijn een rechterlijke uitspraak te verkrijgen waarbij gedwongen tenuitvoerlegging wordt toegestaan. Bij gebreke van een dergelijke snelle procedure zouden nauwere banden kunnen ontstaan tussen de biologische moeder en het kind, met als gevolg dat het belang van het kind tot geen andere oplossing meer zou kunnen leiden dan het behoud van het kind in het gezin van die biologische moeder.

87. Als de wensouders weigeren het kind te aanvaarden en als ook de draagmoeder het niet wil opnemen, moet in de wet worden bepaald welke voorwaarden vervuld moeten zijn om die weigering als vaststaand te kunnen beschouwen.

De wet moet ook bepalen wat dan het lot van het kind zal zijn. Er kan vanuit worden gegaan dat in dat geval de regels betreffende de adoptie zullen gelden. De vast te stellen regels zouden op die van de adoptie moeten worden afgestemd. Zo bijvoorbeeld rijst de vraag of het raadzaam is om, in het hier onderzochte geval waarbij de overeenkomst aangaande het draagmoederschap van bij het begin de intentie inhield om het kind niet te houden, de termijn van twee maanden te behouden waarin de ouders van het kind niet met de adoptie kunnen instemmen, zoals bepaald is in artikel 348-4 van het Burgerlijk Wetboek, evenals de andere voorzorgsmechanismen waarin die bepaling voorziet [(177)].

---

(177) Zie een meer algemene uiteenzetting hierna, onder nr. 107, over de moeilijkheden die rijzen wanneer een van de partijen bij de overeenkomst aangaande het draagmoederschap die overeenkomst wil beëindigen.

88. Gelet op het feit dat de wetgever niet alle gevallen kan voorzien die zich door de diversiteit van de situaties kunnen voordoen, zou het aan te bevelen kunnen zijn dat de wettelijke oplossingen worden beschouwd als suppletief ten aanzien van de oplossingen die, in het belang van het kind, aan een rechter zouden worden opgedragen in geval van een geschil. In dat geval zou de procedure daarvoor moeten worden geregeld.

89. Wanneer de rechterlijke beslissing de titel vormt die de gedwongen tenuitvoerlegging mogelijk maakt, zal het ten slotte eveneens nodig zijn om, steeds met de bedoeling om het belang van het kind, voorzover mogelijk, te beschermen, die tenuitvoerlegging zo te regelen dat er binnen het gezin van de draagmoeder geen onomkeerbare situatie ontstaat en dat de gedwongen tenuitvoerlegging kan gebeuren in menselijke omstandigheden, zodanig dat het kind niet getraumatiseerd raakt.

90. Dit gezegd zijnde, verbiedt niets de wetgever te voorzien in een regeling waarin het belang van het kind aanleiding zou kunnen geven tot een nieuwe beoordeling, in principe door de rechter, gelet op het ontbreken van een akkoord tussen de partijen, bij de geboorte. Geen enkel van de voorliggende voorstellen biedt die mogelijkheid; het is dan ook niet nodig om dieper in te gaan op deze optie, nu ze zich krachtens geen enkele hogere rechtsregel opdringt.

Op te merken valt evenwel dat de oplossing die hiervóór, onder nr. 88, gesuggereerd is, waarbij de wet het bindende karakter van de oorspronkelijke overeenkomst zou bekrachtigen maar tegelijk zou voorzien in een snelle procedure van beroep bij de rechter, een formule zou kunnen zijn waarbij de noodzaak van een bindende kracht van die overeenkomst en de vereisten afgeleid uit het belang van het kind op evenwichtige wijze worden verenigd [(178)].

91. In de procedures waarin zou worden voorzien op basis van de hiervóór gemaakte opmerkingen, moet eveneens rekening worden gehouden met de personen die het leven van de betrokkenen delen en wier belang evenzeer in aanmerking moet worden genomen [(179)].

---

(178) Zie evenwel, wat deze kwesties betreft, de eventuele weerslag van artikel 387*bis* van het Burgerlijk Wetboek.

(179) Zie hierna, nr. 104.

92. Ten slotte moeten de bepalingen die aangenomen zullen worden in het licht van de hiervóór gemaakte opmerkingen afgestemd worden op de regels inzake afstamming of zelfs adoptie, en zou een overeenkomstige aanpassing van die regels noodzakelijk kunnen zijn.

b) Anonimiteit van de draagmoeder en van de donoren van gameten en embryo's

93. Hiervóór is erop gewezen hoeveel belang de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens hecht aan de mogelijkheid voor een persoon om zijn persoonlijke geschiedenis te kennen, met inbegrip van zijn biologische en genetische oorsprong (180).

Het is dan ook met veel voorbehoud dat kan worden ingestemd met de anonimiteit van de personen die, in hun hoedanigheid van donor van gameten of embryo's of in die van draagmoeder, een biologische of genetische band met het kind hebben doen ontstaan. Ook al heeft de rechtspraak betrekking op situaties die niet dezelfde zijn als die waarmee de voorliggende voorstellen verband houden, daaruit blijkt dat de anonimiteit terdege verantwoord moet zijn, en dat de toetsing op dat punt bijzonder strikt is (181).

Dat voorbehoud kan niet leiden tot een volledige afwijzing van de anonimiteit, maar dan moeten gedegen motieven worden aangevoerd.

94. Er dient bovendien te worden opgemerkt dat het Hof in zijn arrest Odièvre van 13 februari 2003 rekening houdt met het feit dat het betrokken kind

> "a eu accès à des informations non identifiantes sur sa mère et sa famille biologique lui permettant d'établir quelques racines de son histoire dans le respect de la préservation des intérêts des tiers",

en met het bestaan van procedures die, vertrekkende van het beginsel van de anonimiteit het mogelijk maken dat op zijn minst gevraagd wordt die anonimiteit op te heffen en toegang te krijgen tot gegevens betreffende de persoonlijke geschiedenis van de betrokkene (182). Wat het

---

(180) Nummers 57 tot 60.

(181) *Ibid.*

(182) Zie hiervóór, nrs. 59 en 60. Zie eveneens hiervóór, onder nr. 57, het arrest Mikulic van het Hof.

laatstgenoemde punt betreft, heeft ook het arrest Gaskin van 7 juli 1989 zich in die zin uitgesproken (183).

95. Hieruit moet worden geconcludeerd dat, als de wetgever, na afweging van de argumenten van antropologische en psychologische aard in het licht van het belang van het kind, desondanks opteert voor de anonimiteit, hij zulks moet verantwoorden en dat hij dat systeem hoe dan ook niet absoluut mag maken. Hij moet het de betrokkene op zijn minst mogelijk maken om, steeds met eerbiediging van het beginsel van de anonimiteit en via een beroep op een onafhankelijke instantie, de opheffing van die anonimiteit aan te vragen. Gelet op het belang van bepaalde genetische gegevens, o.m. voor de gezondheid van de betrokkene, moet de toegang tot die gegevens, in een niet-gepersonaliseerde vorm, ook steeds mogelijk zijn.

c) Totstandkoming van persoonlijke relaties tussen de genetische ouders en het kind

96. Vanuit het standpunt van de genetische ouders is het zo dat, als tussen het kind en zijn genetische ouders geen enkele feitelijke affectieve relatie tot stand is gekomen, de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens aanzienlijk minder veeleisend is wat betreft de noodzaak om rekening te houden met het belang van die genetische ouders om na de geboorte een band tot stand te brengen, zelfs als zij geen aanspraak willen maken op de vaststelling van de afstamming in de juridische betekenis van het woord (184). Ingeval personen hun gameten of hun embryo's hebben afgestaan met het oog op medisch begeleide voortplanting via een donor of met het oog op draagmoederschap, lijkt het dus aanvaardbaar dat ten aanzien van hen de anonimiteit van het kind gehandhaafd wordt.

(183) Zie hiervóór, nr. 58.

(184) Zie hiervóór, nr. 61.

d) Openstelling van het recht op medisch begeleide voortplanting en van het beroep op het draagmoederschap voor alleenstaanden

97. In een eerste interpretatie lijkt voorstel nr. 1230 te vereisen dat de wensmoeder met iemand samenwoont [(185)], aangezien artikel 2, 3°, ervan bepaalt dat "de partner" van die vrouw "sperma (levert) om de eicel van zijn partner of draagmoeder te bevruchten". Overigens kan, ongeacht of de draagmoeder al dan niet de genetische moeder van het kind is, alleen een vrouw optreden als wensouder [(186)], in afwijking van het verbod vervat in artikel 3.

Wat het beroep op een genetische draagmoeder betreft, wat in het voorstel "laagtechnologisch draagmoederschap" wordt genoemd, blijkt dat de wensmoeder met een man moet samenleven, aangezien het sperma noodzakelijkerwijze moet komen van de "partner" van de wensmoeder [(187)], die dan ook eveneens als wensouder zal worden beschouwd.

Daarentegen wordt voor de aanwending van het procédé van de niet-genetische draagmoeder, wat in het voorstel "hoogtechnologisch draagmoederschap" wordt genoemd, in het voorstel niet vereist dat de aanvraag uitgaat van twee personen. Volgens artikel 2, 5°, is het mogelijk dat alleen de eicel "van een wensouder" [(188)] komt en verderop in het voorstel komt het woord "wensouder" tegelijk in het enkelvoud en het meervoud voor door het gebruik van de schrijfwijze "wensouder(s)" [(189)]. Het lijkt er dan ook op dat het zinsdeel "sperma (levert) om de eicel van zijn partner of draagmoeder te bevruchten" in artikel 2, 3°, niet de bedoeling heeft om van die levering van sperma door de "partner" een voorwaarde te maken voor de aanwending van draagmoederschap in het geval dat men zich tot een niet-genetische draagmoeder wendt, maar dat dit eenvoudig betekent dat, wanneer een man die inbreng levert,

---

(185) Die indruk wordt ook door de toelichting bij artikel 4 van het voorstel gewekt.

(186) Artikel 4, § 1, van het voorstel.

(187) Art. 2, 3° en 4°, van het voorstel.

(188) Op die bepaling wordt voortgegaan in artikel 2, 6°, van het voorstel. Volgens die twee bepalingen kan ook alleen het sperma van een wensouder komen, maar gelet op artikel 4, § 1, van het voorstel, betekent zulks niet dat een alleenstaande man aan een vrouw zou kunnen vragen om voor hem een kind te dragen. Voor het beroep op een niet-genetische draagmoeder ("hoogtechnologisch draagmoederschap" volgens artikel 2, 5°, van het voorstel) betekent de bepaling naar luid waarvan alleen het sperma van een wensouder kan komen, dat de eicel in dat geval van een derde vrouw komt, die noch de wensmoeder is, bedoeld in artikel 4, § 1, noch de draagmoeder.

(189) Artikelen 2, 7°, 4, § 4, eerste lid, eerste en derde streepje,en § 5, en 6 van het voorstel.

hij eveneens als wensouder moet worden beschouwd. Die kwesties zouden in elk geval in de tekst van de voorgestelde wet moeten worden verduidelijkt.

Blijkbaar wordt bij het voorstel nr. 1271 de toegang tot het draagmoederschap niet beperkt tot koppels (190), zodat het voor een alleenstaande vrouw of een alleenstaande man dus mogelijk wordt een beroep te doen op het draagmoederschap. Aangezien evenwel in artikel 4 van dat voorstel herhaaldelijk sprake is van de "wensouders" en aangezien in de toelichting verwezen wordt naar het "paar" en de "wensouders", zou de tekst eveneens verduidelijkt moeten worden.

De hiernavolgende opmerkingen steunen, wat deze beide voorstellen betreft, op de interpretatie dat bepaalde verzoeken tot draagmoederschap kunnen uitgaan van een alleenstaande vrouw en zelfs, wat voorstel nr. 1271 betreft, eveneens van een alleenstaande man; de relevantie ervan zal afhangen van de preciseringen die in de tekst zouden worden aangebracht.

In het voorstel nr. 1440 veronderstelt het ouderschapsproject door medisch begeleide voortplanting niet dat het uitgaat van een koppel (191).

98. In het Burgerlijk Wetboek wordt aanvaard dat een alleenstaande man of vrouw een kind kan adopteren (192). Een vrouw alleen kan op natuurlijke wijze een kind krijgen zonder met iemand samen te wonen. Het staat aan de wetgever om te oordelen of de gelijkenissen en de verschillen tussen de adoptie en het draagmoederschap en de gelijkenissen en de verschillen tussen de natuurlijke conceptie en de medisch begeleide voortplanting grond opleveren om te kiezen voor de aldus voorgestelde oplossingen of daarentegen ertoe nopen om, zoals in voorstel nr. 417, het draagmoederschap alleen ten behoeve van koppels mogelijk te maken.

Als ervoor gekozen wordt om het voor alleenstaande vrouwen mogelijk te maken moeder te worden met de hulp van een draagmoeder of door toepassing van medisch begeleide

---

(190) Artikel 2, tweede streepje.

(191) Artikel 8 van het voorstel, inzonderheid het vierde lid van dat artikel; zie eveneens artikel 14, vierde lid, van het voorstel.

(192) Artikel 313, § 1, a), van het Burgerlijk Wetboek.

voortplanting, staat het hoe dan ook aan de wetgever om te beoordelen of die mogelijkheid niet eveneens aan een alleenstaande man zou moeten worden geboden, zoals inzake adoptie.

Voor elk van de genomen opties zal een verantwoording gegeven moeten worden, in het licht van de beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie.

e) Het vereiste van de stabiliteit in het wenskoppel of van het koppel dat gebruik wenst te maken van medisch begeleide voortplanting

99. Waar in de voorstellen nrs. 417, 1271 en 1230 verwezen wordt naar een koppel, wordt niet vermeld welke mate van stabiliteit van dat koppel wordt geëist, zoals die bijvoorbeeld zou kunnen blijken uit het huwelijk of de duur van een samenwoning, of het nu gaat om de wettelijke samenwoning in de zin van de artikelen 1475 tot 1479 van het Burgerlijk Wetboek dan wel om een feitelijke samenwoning.

In het voorstel nr. 417, dat het beroep op het draagmoederschap slechts opent voor "koppels", wordt weliswaar uitdrukkelijk verwezen naar "gehuwde en niet feitelijk gescheiden" paren en naar "samenwonende" paren [(193)], zonder verdere precisering, waarbij aldus blijkbaar de koppels over het hoofd worden gezien die samenwonen met het statuut van wettelijke samenwoning.

Een zodanig stelsel lijkt niet erg aanvaardbaar, aangezien naast de gehuwde koppels, samenwonenden alleen kunnen adopteren wanneer zij

> "een verklaring van wettelijke samenwoning hebben afgelegd "

of wanneer zij

> "op een permanente en affectieve wijze samenwonen sedert ten minste drie jaar op het tijdstip van de indiening van het verzoek om adoptie, voor zover zij niet door een band van bloedverwantschap of aanverwantschap zijn verbonden die leidt tot een huwelijksverbod waarvoor de Koning geen ontheffing kan verlenen" [(194)].

---

(193) Artikel 2, eerste en tweede streepje, van het voorstel.

(194) Artikel 343, § 1, b), van het Burgerlijk Wetboek.

De verschillen tussen de adoptie en de overeenkomst inzake draagmoederschap lijken niet relevant om dit verschil redelijkerwijs te verantwoorden.

Dezelfde opmerkingen gelden voor het beroep op de medisch begeleide voortplanting wanneer wordt vastgesteld dat het verzoek uitgaat van een koppel.

f) Openstelling van het recht op medisch begeleide voortplanting en van het beroep op het draagmoederschap voor homoparen of alleenwonende homoseksuelen.

100. Uit het onderzoek hiervóór van het voorstel nr. 1230, onder nr. 97, blijkt dat dit, volgens een bepaalde interpretatie van de tekst, aan een alleenstaande vrouw, maar niet aan een alleenstaande man, de mogelijkheid lijkt te bieden om aan een vrouw te vragen voor haar een kind te dragen wanneer een beroep wordt gedaan op een niet-genetische draagmoeder. In die lezing wordt in het voorgestelde stelsel geen beperking opgelegd voor het geval dat deze vrouw homoseksueel is. Dit voorstel lijkt evenmin het geval uit te sluiten waarin de wensouders een lesbisch koppel zijn [(195)].

Het voorstel nr. 1271 is, zoals in de toelichting erbij wordt gepreciseerd [(196)], zo geredigeerd dat al dan niet alleenwonende vrouwelijke of mannelijke homoseksuelen, een beroep kunnen doen op het draagmoederschap, tenzij de redactie zou worden herzien als gevolg van de uiteenzetting hiervóór onder nr. 97, over de moeilijkheden in verband met de interpretatie van die tekst [(197)].

101. In verband met de openstelling van het ouderschap voor homoseksuelen wordt verwezen naar het advies met de nrs. 38.817/AV e.v., gegeven op 20 september 2005 over voorstellen van wet en amendementen met betrekking tot de adoptie door paren van gelijk geslacht en het stiefouderschap, inzonderheid naar de volgende beschouwingen daaruit :

---

(195) Zie evenwel de opmerking onder nr. 120.

(196) Pagina 4 van de toelichting bij het voorstel.

(197) Zie evenwel de opmerking die wordt gemaakt onder nr. 134, te lezen in samenhang met die welke onder nr. 120 wordt gemaakt.

"53. (...) Als de wetgever ervoor opteert adoptie door homoseksuele paren mogelijk te maken, moet hij, nog steeds overeenkomstig de algemene criteria voor de beoordeling van de verenigbaarheid van de rechtsregels met het gelijkheidsbeginsel en het beginsel van niet-discriminatie, in staat zijn om aan te tonen dat voor de gelijke behandeling die op verschillende situaties van toepassing is een redelijke verantwoording bestaat, met naleving van het proportionaliteitsbeginsel, waarbij heel in het bijzonder aandacht wordt besteed aan het belang van het kind (...). Immers, doordat in voorstel nr. 664 ook aan homoseksuele paren de mogelijkheid tot adoptie wordt geboden, wordt daarin eenzelfde rechtsfiguur, namelijk de adoptie, gebezigd voor feitelijke situaties die essentiële verschillen vertonen : die waarbij de adoptanten van verschillend geslacht zijn en die waarbij zij van hetzelfde geslacht zijn, terwijl inzonderheid kinderen noodzakelijkerwijze en natuurlijkerwijze voortkomen uit ongelijkslachtige gameten en de adoptie leidt tot een losser maken, in het geval van gewone adoptie [(198)] of tot een haast volledig doorknippen, in het geval van volle adoptie [(199)], van de juridische band die aanvankelijk tussen het kind en zijn ouders bestaat; in beide gevallen heeft de adoptie op zijn minst tot gevolg dat het ouderlijk gezag aan de adoptanten wordt verleend [(200)] en dat de verplichtingen ontstaan waarvan sprake is in artikel 203 van het Burgerlijk Wetboek en onderhoudsverplichtingen tussen de adoptanten en de geadopteerde, welke laatstgenoemde verplichtingen wederkerig zijn [(201)]. Het voorstel heeft dus tot gevolg dat onder eenzelfde instituut situaties gecreëerd worden waarin de betrokken kinderen ten gevolge van de adoptie beschikken over een referentiekader met ouders van verschillend geslacht, welk kader een verlengstuk vormt van datgene dat ten tijde van hun verwekking gold, en situaties waarin het referentiekader van de betrokken kinderen grondig gewijzigd wordt.

54. Op zich dient voor de zopas gekenschetste gelijke behandeling van deze verschillende situaties een verantwoording te worden gegeven in het licht van de voornoemde criteria van verenigbaarheid met het gelijkheidsbeginsel en het beginsel van niet-discriminatie. Aangezien het verschil tussen de situaties verband houdt met een belangrijk aspect van de aard zelf van het ontstaan van het leven en de geschiedenis van de menselijke samenleving, namelijk het gegeven dat een kind voortkomt uit twee mensen van verschillend geslacht en dat het in principe deel

---

(198) *Voetnoot nr. 297 van het advies* : zie de artikelen 353-14, derde lid, en 353-15, eerste zin, welke respectievelijk betrekking hebben op de onderhoudsverplichtingen tussen de geadopteerde en zijn oorspronkelijke ouders en op het erfrecht van de geadopteerde en zijn afstammelingen in zijn oorspronkelijke familie.

(199) *Voetnoot nr. 298 van het advies* : artikel 356-1, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek ("(...) het kind dat ten volle is geadopteerd, (houdt op) tot zijn oorspronkelijke familie te behoren") onder voorbehoud van het voortbestaan van de huwelijksbeletsels (zelfde bepaling) en van het geval dat het kind geadopteerd wordt door de echtgenoot of de samenwonende partner van zijn ouder of van zijn adoptiefouder (artikel 356-1, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek).

(200) *Voetnoot nr. 299 van het advies* : artikelen 353-8, 353-9 en 356-1, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek.

(201) *Voetnoot nr. 300 van het advies*: artikelen 353-14 en 356-1, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek.

uitmaakt van een soortgelijk gezin, is daarvoor een bijzonder gedegen verantwoording vereist" [(202)].

Indien evenwel voorstel nr. 51-664/1 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek teneinde de adoptie door personen van hetzelfde geslacht mogelijk te maken, dat na amendering goedgekeurd is door de Kamer van volksvertegenwoordigers en een ontwerp van wet is geworden, dat de Senaat heeft geëvoceerd [(203)], door de wetgevende macht wordt goedgekeurd, zal een nieuwe rechtstoestand ontstaan. Aangezien het Burgerlijk Wetboek zodoende zou worden gewijzigd, zou het aan de wetgever staan te oordelen of het, gelet op de gelijkenissen en de verschillen tussen de adoptie en het draagmoederschap, aanbeveling verdient de optie te volgen die zou zijn genomen inzake adoptie door koppels van gelijk geslacht dan wel integendeel, zoals in voorstel nr. 417, het draagmoederschap te beperken tot heteroseksuele koppels; de genomen optie zal hij ook moeten kunnen verantwoorden.

102. Indien lesbische koppels het recht verkrijgen om een beroep te doen op de technieken die aan de orde zijn in de voorstellen, zal het aan de wetgever staan te oordelen of het draagmoederschap niet eveneens zou moeten openstaan voor mannelijke alleen- of samenwonende homoseksuelen; ook hier zal hij de genomen optie moeten kunnen verantwoorden.

g) Vergelijking met de regels inzake adoptie

103. Hiervóór, onder nrs. 83 tot 102, is gewag gemaakt van de vergelijking tussen bepaalde regels inzake adoptie die thans gelden of die binnen afzienbare tijd zouden kunnen gelden en die welke zouden voortvloeien uit de voorliggende voorstellen, en van de juridische problemen die deze vergelijking doet rijzen. Er wordt verwezen naar de in dat verband gemaakte opmerkingen.

Een bijkomende kwestie moet nog worden opgeworpen.

Aangezien aan de personen die een beroep doen op het draagmoederschap en op de medisch begeleide voortplanting ten volle de bevoegdheden zouden worden toegekend die

---

(202) Advies 38.817/AV van 20 september 2005, *Parl. St.*, Kamer, 2004-2005, nr. 51-393/2, pp. 67-68.

(203) *Parl. St.* , Senaat, 2005-2006, nr. 1460/1.

verbonden zijn aan de hoedanigheid van vader of moeder van het betrokken kind, aan hun ouderlijk gezag en aan de daaruit voortvloeiende verplichtingen tot huisvesting, levensonderhoud, toezicht, opvoeding en opleiding van het kind, lijken de vereisten waarin het Burgerlijk Wetboek en het Gerechtelijk Wetboek inzake adoptie voorzien, om te waarborgen dat de betrokken volwassene de hoedanigheid en de geschiktheid bezit om een kind ten laste te nemen (204), om dezelfde redenen als die welke ertoe aangezet hebben die bepalingen aan te nemen, te moeten worden doorgetrokken tot de hier bedoelde situaties.

Het ontbreken van deze vereisten of de afzwakking ervan dient op zijn minst het voorwerp uit te maken van een bijzonder grondige verantwoording, gelet op het feit dat die vereisten hun oorsprong wezenlijk vinden in de verplichting om het belang van het kind te laten primeren en op het feit dat zij overigens eveneens ertoe strekken om, in het belang van de adoptanten zelf, eventuele moeilijkheden te voorkomen die kunnen rijzen tussen deze laatsten en de betrokken kinderen. (205)

h) Het in aanmerking nemen van de wettige belangen van de persoon die met de betrokken volwassene samenleeft.

104. De beslissing om een kind te verwekken, een zwangerschap aan te vatten, ze uit te doen, het geboren kind te houden, het vóór de geboorte af te staan aan andere personen en, in het algemeen, deel te nemen aan alle denkbare beslissingen in het kader van de medisch begeleide voortplanting en het draagmoederschap, belangt in de eerste plaats de vrouw aan die de zwangerschap moet uitdoen, maar ze gaat ook de persoon aan die het leven deelt van de wensouder of van de draagmoeder.

Zulks is meer bepaald het geval wanneer deze persoon ook de donor is van de gameet die bijgedragen heeft tot de vorming van het embryo.

Het staat niet aan de Raad van State, maar aan de wetgever, alle denkbare situaties te onderzoeken.

---

(204) Zie inzonderheid de artikelen 346-1 en 346-2 van het Burgerlijk Wetboek.

(205) Zie, eveneens in die zin, voormeld advies nr. 38.817/AV e.v. over voorstellen van wet en amendementen met betrekking tot de adoptie door paren van gelijk geslacht en het stiefouderschap, nr. 64.

Uit het oogpunt van het recht op het gezinsleven, kan moeilijk worden aangenomen dat wanneer een betrokken persoon met iemand samenwoont, zij zonder op de een of andere manier de persoon die met haar samenwoont erbij te betrekken, kan beslissen haar diensten als draagmoeder aan te bieden of een beroep te doen op de medisch begeleide voortplanting of op het draagmoederschap om een kind te krijgen (206).

Het staat aan de wetgever om te bepalen tot op welk punt de persoon die samenwoont met de belanghebbenden erbij moet worden betrokken en volgens welke procedure aan die betrokkenheid uitvoering zal worden gegeven.

IV BIJZONDERE OPMERKINGEN

Inleiding en gemeenschappelijke opmerkingen over de voorstellen nrs. 417, 1230 en 1271

105. De kwesties die het belangrijkst lijken vanuit het oogpunt van de grondrechten en de beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie, zijn hiervóór behandeld, in deel III van het advies.

De hierna volgende opmerkingen zijn niet exhaustief, maar zijn bedoeld als aanvulling ervan, en hebben vooral betrekking op de helderheid van de tekst, de rechtszekerheid, de onderlinge samenhang van tekst of de afstemming op andere geldende wetgeving (207).

106. Eerst dienen een aantal kwesties te worden besproken die niet geregeld worden door de voorstellen nrs. 417, 1230 en 1271, welke die voorzien in de mogelijkheid om onder bepaalde voorwaarden een beroep te doen op het draagmoederschap.

107. Zodoende rijst de vraag wat er gebeurt als één van de partijen bij de overeenkomst betreffende het draagmoederschap een einde wenst te maken aan die overeenkomst. (208)

---

(206) Zie in die zin onder meer het arrest Keegan van 26 mei 1994, § 55 (zie nr. 47, *in fine).*

(207) Zie de inleidende overwegingen in dit advies, onder nr. 2.

(208) Zie ook hiervóór, onder nr. 87.

De volgende gevallen kunnen zich o.m. voordoen :

a) Indien de draagmoeder een einde maakt aan de overeenkomst vóór zij een kunstmatige inseminatie heeft ondergaan of vóór het embryo in haar baarmoeder is ingeplant, kan de wensouder geen gedwongen uitvoering in natura eisen op grond van het beginsel "*nemo potest cogi ad factum*". Het is niet duidelijk hoe de wetgever in casu zou kunnen afwijken van dit beginsel. De wensouder kan dan ook enkel en alleen schadevergoeding eisen.

b) Indien de wensouders of de donor een einde maken aan de overeenkomst vóór zij hun gameten of hun embryo hebben afgestaan, kan de draagmoeder geen gedwongen uitvoering in natura eisen op grond van dezelfde rechtsspreuk. Zij kan evenwel schadevergoeding eisen als dekking van bijvoorbeeld de uitgaven die zij gedaan zou hebben met het oog op haar toekomstig draagmoederschap.

c) Zodra de draagmoeder geïnsemineerd is of in haar baarmoeder het embryo ingeplant is, kan de wensouder geen einde meer maken aan de overeenkomst: het kind dat geboren wordt, zal automatisch beschouwd worden als diens afstammeling, althans binnen het kader van de voorstellen nrs. 417 en 1319, behoudens hetgeen hiervóór gesteld is, onder nrs. 83 tot 92. Door het absolute verbod om te raken aan de waardigheid van de draagmoeder, aan haar fysieke integriteit en aan haar gewetens- en geloofsvrijheid, alsook door het beginsel "*nemo potest cogi ad factum*" is het uiteraard verboden om haar te dwingen een abortus te plegen. Mocht het voor de wensouders overigens mogelijk zijn om te weigeren dat vastgesteld zou worden dat het kind van hen afstamt, dan zou het gevolg daarvan zijn dat de draagmoeder, zelfs als ze niet de genetische moeder van het kind is, bijgevolg diens wettige moeder zou zijn, iets wat zij in beginsel niet heeft gewild. Zulk een gevolg zou onaanvaardbaar zijn, niet alleen voor de draagmoeder, maar ook voor het kind, dat als moeder een vrouw zou hebben die het niet gewenst heeft. Zodra de overeenkomst ondertekend is, kan niets zich nog verzetten tegen het ouderschap van de wensouders ten opzichte van het toekomstige kind, zelfs al is dat tegen de wil van de laatstgenoemden, tenzij in geval van adoptie ten behoeve van derden [(209)].

d) Mag een draagmoeder, zodra ze geïnsemineerd is of het embryo in haar baarmoeder ingeplant is, een einde maken aan de overeenkomst door abortus te plegen ?

---

(209) *Ibid.*

Strafrechtelijk gezien is er geen strafbaar feit wanneer bij een "zwangere vrouw" de zwangerschap onderbroken wordt onder de voorwaarden die bepaald worden in artikel 350 van het Strafwetboek. Aangezien het strafrecht op restrictieve wijze geïnterpreteerd moet worden, is de "zwangere vrouw" in alle gevallen de draagmoeder en niet de wensmoeder. Enkel de zwangere vrouw beslist, aangezien in het voornoemde artikel 350 niet bepaald wordt dat de instemming van de vader van het kind vereist is. (210)

Wat zal echter het geval zijn op burgerrechtelijk vlak, daar het kind dat de moeder draagt hetzij vanuit wettelijk oogpunt, hetzij vanuit wettelijk en genetisch oogpunt het kind van de wensouders is ? Voor de wensouders lijkt dan enkel de mogelijkheid open te staan om een schadevergoeding te eisen van de draagmoeder.

A. Voorstel nr. 417

108. In artikel 2 dienen met betrekking tot de definities de volgende opmerkingen te worden geformuleerd :

a) In de definities van de begrippen "onvruchtbaar koppel" en "vader en moeder" wordt gepreciseerd dat, wanneer het om gehuwde personen gaat, zij "niet feitelijk gescheiden" mogen zijn. Verondersteld wordt dat het begrip feitelijke scheiding op dezelfde manier begrepen moet worden als bij echtscheiding: het zou dan niet alleen om de feitelijke scheiding gaan, maar ook om de juridische scheiding, d.w.z. een scheiding na een rechterlijke beslissing of een scheiding van tafel en bed. Ook wordt verondersteld dat het beroep op het draagmoederschap niet mogelijk zal zijn wanneer de echtgenoten, alhoewel nog niet gescheiden, verwikkeld zijn in een echtscheidingsprocedure of in een procedure tot scheiding van tafel en bed.

Al die elementen zouden verduidelijkt moeten worden.

Dezelfde opmerking geldt voor artikel 5, § 1.

---

(210) Deze uitsluiting van de vader houdt volgens het Arbitragehof geen schending in van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet (Arbitragehof, nr. 39/91, 19 december 1991).

b) De definitie van het begrip "draagmoeder", na het derde streepje, is niet duidelijk, o.m. in zoverre daarin verwezen wordt naar de vrouw die het kind draagt dat verwekt is met de gameten "van een donor, of met haar eigen gameten". Die definitie is ook onvolledig aangezien ze ertoe strekt alle gevallen van draagmoederschap te beschrijven, ook die welke verboden zijn. Een draagmoeder kan immers een kind dragen dat verwekt is met :

- de gameten van het onvruchtbare koppel;

- haar eigen gameten en die van de man van het onvruchtbare koppel;

- haar eigen gameten en die van een derde mannelijke donor, die haar echtgenoot zou kunnen zijn;

- de gameten van de man van het onvruchtbare koppel en die van een derde vrouwelijke donor;

- de gameten van een derde mannelijke donor en een derde vrouwelijke donor.

Opdat er sprake zou zijn van een "draagmoeder", is het overigens niet noodzakelijk dat de overeenkomst gesloten is met een onvruchtbaar koppel. Het is geenszins ondenkbaar dat een vruchtbaar koppel een beroep doet op een draagmoeder, enkel en alleen om de ongemakken van een zwangerschap te ontlopen.

Al die gevallen lijken te kunnen worden ondergebracht onder de algemene hypothese van een vrouw die een kind draagt met de bedoeling om het na de geboorte over te dragen aan een derde of aan derden.

c) In de definitie van de "traditionele draagmoeder" (de "draagmoeder" in de zin van het voorliggende advies), moet niet enkel verwezen worden naar de "kunstmatige" inseminatie. De situatie zou immers identiek zijn in geval van natuurlijke inseminatie als gevolg van geslachtsverkeer.

Het vervolg van het voorstel, inzonderheid artikel 5, § 3, dient dienovereenkomstig te worden herzien.

d) Wanneer een niet-gehuwd koppel een beroep doet op het draagmoederschap, wordt verondersteld dat niemand van dat koppel nog verbonden mag zijn door een huwelijk of door een niet-ontbonden wettelijke samenwoning.

Dat behoort te worden gepreciseerd.

109. Artikel 5, § 1, van het voorstel bepaalt het volgende :

> "(Een) onvruchtbaar koppel (kan) een beroep doen op een draagmoeder als een gynaecoloog schriftelijk vaststelt dat de vrouw van dat koppel fysiologisch onmogelijk zwanger kan worden van de niet feitelijk gescheiden echtgenoot of van de man met wie ze samenwoont, of dat een zwangerschap een zeer groot risico zou inhouden voor haar eigen gezondheid of die van het kind".

In de toelichting bij de artikelen wordt verduidelijkt dat de fysieke onmogelijkheid om zwanger te worden het gevolg is van het feit dat de vrouw een hysterectomie ondergaan heeft of een afwijking aan de baarmoeder heeft.

Door het evenwel enkel te hebben over het geval van de fysiologische onmogelijkheid om zwanger te kunnen worden van de niet feitelijk gescheiden echtgenoot of van de man met wie ze samenwoont, zou die bepaling kunnen worden geïnterpreteerd :

- als verwijzend naar een fysiologische onmogelijkheid die niet aan de vrouw te wijten is maar aan de echtgenoot, hetgeen klaarblijkelijk niet de bedoeling is van de indiener van het voorstel, aangezien het in dat geval volstaat een beroep te doen op de kunstmatige inseminatie;

- als mogelijk van toepassing zijnde op het koppel waarvan de vrouw wegens haar leeftijd geen kinderen meer kan krijgen, aangezien in de tekst zelf van het voorstel niet wordt verduidelijkt wat de oorzaak moet zijn van de fysiologische onmogelijkheid. Door op bladzijde 8 van de toelichting bij de artikelen te bepalen dat er geen leeftijdsgrens is vastgesteld voor de leden van het onvruchtbare koppel, versterkt het voorstel de onzekerheid wat betreft de mogelijkheid om een beroep te doen op het draagmoederschap wanneer de onvruchtbaarheid van het koppel uitsluitend te wijten is aan de leeftijd van de vrouw.

110. Krachtens artikel 5, § 2, c), mag de draagmoeder niet verwant zijn aan het koppel, behalve als het een zuster of een verwante in de vierde graad van de echtgenoot, de samenwonende man of de echtgenote is.

Bij deze bepaling moeten de volgende opmerkingen worden gemaakt :

a) Ze bevat geen equivalent voor de bepalingen die, in verband met het huwelijk, bepaalde verenigingen verbieden met het oog op het voorkomen van ongezonde bloedverwantschappen.

b) Het beginsel, namelijk dat de draagmoeder niet verwant mag zijn aan het onvruchtbare koppel, lijkt inhoudelijk ontkracht te zijn, aangezien het voorstel in twee belangrijke uitzonderingen voorziet.

c) Indien die uitzonderingen behouden blijven, is het niet duidelijk waarom andere uitzonderingen, zoals de verwantschap in de derde graad, niet kunnen worden toegestaan.

111. Krachtens artikel 5, § 2, a), moet de draagmoeder alleenstaande, gescheiden of weduwe zijn. In de toelichting bij de artikelen wordt die voorwaarde als volgt verantwoord :

> "Als zij getrouwd zou zijn, zou men immers frontaal in aanvaring komen met de wet op de afstamming. Krachtens artikel 315 van het Burgerlijk Wetboek wordt de echtgenoot van de vrouw die het kind draagt verondersteld de vader van het kind te zijn. Dat is niet de bedoeling, aangezien het niet de man van het onvruchtbare koppel is. Bovendien kan de biologische vader volgens artikel 332 van het Burgerlijk Wetboek het vaderschap van de echtgenoot van de draagmoeder niet betwisten, aangezien de vordering tot betwisting van het vaderschap voorbehouden is aan de echtgenoot, de moeder en het kind."

Die overwegingen zijn evenwel niet juist in het kader van een legalisatie van het draagmoederschap zoals dat wordt opgevat in het onderzochte voorstel. Uit artikel 6 van het voorstel blijkt immers dat de naam die ingeschreven wordt op de geboorteakte niet die van de draagmoeder is, maar die van de wensmoeder. Er bestaat dan ook geen gevaar dat het vermoeden van vaderschap uit artikel 315 van het Burgerlijk Wetboek van toepassing is op de echtgenoot van de draagmoeder.

112. Volgens artikel 5, § 3, tweede lid, kan het kind enkel verwekt worden met de gameten van beide leden van het koppel, hetgeen bevestigd wordt in de toelichting bij het voorstel [(211)].

Andere passages uit de toelichting en vooral een aantal bepalingen van het voorstel impliceren evenwel dat het kind zou kunnen worden verwekt met andere gameten dan die van het koppel. Meer bepaald :

- in het vijfde lid, derde streepje, van pagina 5 van de toelichting, is sprake van "het kind dat verwekt is op basis van de gameten van het koppel of van verwanten";

- in artikel 5, § 3, eerste lid, van het voorstel, wordt zowel van "in-vitrobevruchting" als van "kunstmatige inseminatie" gesproken, terwijl, indien het embryo ontstaan is met de gameten van een onvruchtbaar paar, het enkel "ingeplant" kan worden in de baarmoeder van de draagmoeder en er niet in kan worden geïnsemineerd: een kunstmatige inseminatie heeft betrekking op het geval dat de draagmoeder eveneens de genetische moeder is en door kunstmatige inseminatie bevrucht wordt met het sperma van de man van het onvruchtbare koppel;

- artikel 6 van het voorstel verbindt gevolgen aan het feit dat een beroep gedaan wordt op een genetische draagmoeder, die in het voorstel omschreven wordt als "traditionele draagmoeder"; bovendien houdt de definitie van het begrip "traditionele draagmoeder" ook het geval in van een donor van gameten [(212)].

Het voorstel moet met het oog op de samenhang ervan worden herzien, mede gelet op de opmerkingen die hiervóór zijn gemaakt betreffende de toelaatbaarheid van een beroep op de betrokken procédés door alleenstaanden en homoseksuelen [(213)].

---

(211) Pagina 5, vierde alinea.

(212) Artikel 2, vierde streepje, van het voorstel.

(213) Zie de nrs. 97, 98 en 100 tot 102. Er wordt eveneens verwezen naar de nrs. 23 tot 25.

113. Artikel 6 luidt als volgt :

> "Wanneer een beroep gedaan wordt op een genetisch niet verwante draagmoeder of op een traditionele draagmoeder, wordt de naam van de vader vermeld in de akte van geboorte en bepaalt de overeenkomst bedoeld in artikel 5, § 3, dat de naam van de echtgenote of van de samenwonende partner van de man in de akte van geboorte als die van de moeder vermeld wordt."

In artikel 8 van datzelfde voorstel wordt een tweede lid [(214)] ingevoegd in artikel 57 van het Burgerlijk Wetboek, om te bepalen dat in de geboorteakte het volgende vermeld wordt :

> "In geval er een beroep gedaan werd op een draagmoeder in overeenstemming met de wet van ... betreffende de draagmoeders, het jaar, de dag, en de plaats van geboorte, de naam, voornamen en woonplaats van de vader en de moeder als dusdanig vermeld in de voor de notaris gesloten overeenkomst".

Dat mechanisme wijkt af van het gemene recht wanneer de leden van het koppel niet gehuwd zijn. De vader van een kind dat buiten het huwelijk is geboren moet dat kind immers erkennen, aangezien de bloedverwantschap tussen beiden niet automatisch vaststaat.

114. In artikel 5, § 3, derde lid, wordt verwezen naar een regeling die vervat is in een koninklijk besluit.

Het verdient geen aanbeveling om te regelen door verwijzing, aangezien dat aanleiding kan geven tot problemen in geval van wijziging van de tekst waarnaar verwezen wordt. Die werkwijze is nog minder aan te bevelen wanneer de verwijzing er een is van een wet naar een koninklijk besluit.

115. In het voorstel wordt geopteerd voor de rechtstreekse vaststelling van de afstamming, bij de geboorte, tussen het kind en de wensouders.

Het draagmoederschap zorgt evenwel voor discrepanties tussen de wettelijke afstamming van vaderszijde en moederszijde, het genetische vaderschap, het genetische moederschap en het leenmoederschap. De wettelijke verwantschap lijkt onaanvechtbaar te moeten worden gemaakt, behoudens bijzondere gevallen. De draagmoeder en de mogelijke

---

(214) Het zou eerder moeten gaan om een nieuw 4° van artikel 57 van het Burgerlijk Wetboek, tenzij het hele lid wordt herschreven teneinde er een hoofdwerkwoord in te voegen en beter tot uiting te laten komen dat de ontworpen bepaling afwijkt van het huidige 2° van artikel 57, wat hoe dan ook wenselijk lijkt.

donoren van gameten zouden de afstamming van de wensouders niet mogen kunnen betwisten, en de laatstgenoemden zouden hun eigen vaderschap en moederschap niet mogen kunnen betwisten. Ook het kind zou het ouderschap van zijn wensouders niet mogen kunnen betwisten.

Een bijzonder geval, waarop hiervóór gealludeerd is, is volgens de toelichting bij het voorstel, dat waarbij "het (wens-)koppel bijvoorbeeld vaststelt dat de draagmoeder hen een kind gegeven heeft dat niet met hun gameten is verwekt", aangezien, volgens dit voorstel, enkel het geval van de vrouw die het kind draagt dat verwekt is met de gameten van het koppel, mogelijk is.

In artikel 9 van het voorstel, waarin bepaald wordt dat

> "(de) vader en de moeder (...) een vordering tot betwisting van het moederschap (kunnen) instellen krachtens artikel 312, § 2, van hetzelfde Wetboek, en een vordering tot betwisting van het vaderschap krachtens artikel 332 van hetzelfde Wetboek",

zou derhalve moeten worden gepreciseerd dat de vordering enkel ontvankelijk zal zijn indien daarin wordt aangevoerd dat het kind niet verwekt is met de gameten van het koppel. Met andere woorden, de tekst moet zodanig worden gesteld dat het enkele feit dat de wensmoeder niet degene is die het kind op de wereld heeft gebracht, niet volstaat om haar moederschap met succes te betwisten.

116. Zelfs indien artikel 9 van het voorstel in die zin wordt gewijzigd, geeft het nog aanleiding tot de volgende opmerkingen :

a) Deze bepaling betreft "de vader en moeder".

Rechtsvorderingen tot betwisting van staat zijn evenwel niet voorbehouden voor de vader en de moeder. Krachtens artikel 332 kan het vaderschap dat vaststaat krachtens artikel 315 worden betwist door de echtgenoot, door de moeder en door het kind. Krachtens artikel 332*bis* kunnen de andere rechtsvorderingen tot betwisting van staat worden ingesteld door eenieder die van enig belang doet blijken dat niet louter vermogensrechtelijk is.

Men kan veronderstellen dat de indiener van het wetsvoorstel eveneens alle personen heeft willen beogen die het vaderschap of het moederschap zouden kunnen betwisten. Dat zou moeten worden verduidelijkt.

b) De verwijzing naar artikel 332 van het Burgerlijk Wetboek lijkt ontoereikend. Dit artikel heeft immers alleen betrekking op de betwisting van het vaderschap dat vaststaat krachtens artikel 315, d.w.z. het vaderschap op basis van het huwelijk. In het geval van een niet-gehuwd wensouderpaar, zou de man zijn vaderschap dus niet kunnen betwisten in het voormelde bijzondere geval, wat niet aanvaardbaar lijkt in het licht van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

c) Indien de vorderingen tot betwisting van vaderschap en moederschap slagen, zal het kind zonder vader en moeder vallen, tenzij, in het geval waarin het voortgesproten zou zijn uit de seksuele toenadering tussen de draagmoeder en een andere man dan de wensvader, de laatstgenoemden het erkennen. Wat zal er echter gebeuren indien het probleem niet te wijten is aan de draagmoeder die geslachtsverkeer zou hebben gehad op het ogenblik van de "behandelingscyclus", maar aan een vergissing van het medisch laboratorium ?

117. Artikel 10 geeft aanleiding tot de volgende opmerkingen :

a) De ontworpen paragraaf 5 van artikel 312 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat de vordering tot betwisting niet ontvankelijk is wanneer zij is ingesteld door de draagmoeder.

De vraag rijst evenwel of in het geval genoemd in de toelichting bij artikel 9 de vordering tot betwisting niet zou moeten worden opengesteld voor de draagmoeder, minstens zolang er geen bezit van staat is ten opzichte van de wensmoeder. Deze draagmoeder zou immers in dit geval een derde-belanghebbende zijn in de zin van artikel 332*bis* van het Burgerlijk Wetboek.

b) In artikel 312 van het Burgerlijk Wetboek, voorgesteld in artikel 10 van het voorstel, is het nut van de voorgestelde paragraaf 4 niet duidelijk, nu de huidige paragraaf 3 reeds bepaalt dat

> "(de) vordering tot betwisting (...) evenwel niet ontnkelijk (is) wanneer het kind een bezit van staat heeft dat overeenstemt met de akte van geboorte",

tenzij de indiener van het wetsvoorstel een onderscheid wenst te maken tussen "het bezit van staat" en het feit van "het kind als het hare (te hebben) grootgebracht".

In dat geval zou dit onderscheid in de parlementaire voorbereiding moeten worden verduidelijkt.

118. Artikel 11, § 2, is onsamenhangend, doordat in de eerste zin van het bestaan van een winstoogmerk een bestanddeel van het misdrijf wordt gemaakt en in de tweede zin daarvan een verzwarende omstandigheid wordt gemaakt.

B. Voorstel nr. 1230

119. Er is tegenspraak tussen verschillende artikelen van het voorstel wat betreft de vaststelling van het ogenblik waarop de draagmoeder afziet van haar moederschap ten aanzien van het kind dat ze gedragen heeft.

Krachtens artikel 4, § 4, geschiedt dit bij het sluiten van de overeenkomst. Luidens artikel 348-4, eerste lid, *in fine*, van het Burgerlijk Wetboek, voorgesteld door artikel 9, kan de toestemming voor de adoptie worden gegeven "vanaf de geboorte". Volgens artikel 8 ten slotte, wordt de overeenkomst beschouwd als een pre-adoptieverklaring "zodra vastgesteld wordt dat de procedure van laag- of hoogtechnologisch draagmoederschap aanleiding geeft tot een zwangerschap bij de draagmoeder".

De samenhang in het dispositief moet worden hersteld.

120. Artikel 2, 2° en 3°, van het voorstel maakt melding van "een vrouw die om medische redenen geen kind kan baren". Artikel 4, § 1, van het voorstel bepaalt dat

> "een onvruchtbare vrouw een beroep (kan) doen op een draagmoeder als een gynaecoloog schriftelijk vaststelt dat de vrouw fysiologisch onmogelijk zwanger kan worden tengevolge van een aangeboren of verworven afwezigheid van de baarmoeder, tengevolge van een niet naar behoren functionerende baarmoeder, dat de zwangerschap levensbedreigend is voor haar en er derhalve een absolute contra-

> indicatie voor zwangerschap bestaat of dat een zwangerschap bij deze vrouw een levensbedreigend risico zou inhouden voor het kind".

Het beroep op het draagmoederschap heeft dus een "therapeutisch" doel, niet in die zin dat het ertoe dient een fysiologisch probleem te genezen, maar in die zin dat het beoogt mogelijk te maken wat zich op een natuurlijke wijze had kunnen voordoen indien er geen fysiologische complicatie, aangeboren of verworven, was geweest. Er kan dus geen beroep worden gedaan op het draagmoederschap om esthetische redenen of gemakshalve, bijvoorbeeld ter voorkoming van het ongemak van een zwangerschap en van een bevalling of van de gevolgen ervan voor de uitoefening van het beroep. Deze techniek is evenmin bestemd voor vrouwen die wegens hun leeftijd geen kind meer kunnen krijgen. Er kan evenmin een beroep op het draagmoederschap worden gedaan door een alleenstaande man of door een homoseksueel koppel, aangezien het in deze gevallen geenszins wegens een fysiologische complicatie is dat er geen kind kan worden verwekt, maar om redenen die verband houden met de aard der dingen.

Indien men zich op een louter therapeutisch standpunt plaatst, waarbij het erom gaat mogelijk te maken wat alleen een fysiologische complicatie heeft verhinderd, of complicaties (in het meervoud), indien ook de man onvruchtbaar is, doet het voorstel de vraag rijzen of er geen sprake zou moeten zijn van "een koppel waarvan ten minste de vrouw onvruchtbaar is" en niet van "een onvruchtbare vrouw". Alleen een koppel kan immers op een natuurlijke wijze een kind verwekken en niet een alleenstaand persoon.

121. Ingeval er een beroep wordt gedaan op een genetische draagmoeder, in het voorstel "laagtechnologisch draagmoederschap genoemd", zijn, volgens het voorstel, de gameten noodzakelijkerwijs afkomstig van de draagmoeder en van de "partner" van de onvruchtbare vrouw.

Wordt er een beroep gedaan op een niet-genetische draagmoeder, in het voorstel "hoogtechnologisch draagmoederschap" genoemd, is het, krachtens artikel 2, 5°, mogelijk dat alleen de eicel van de onvruchtbare vrouw of alleen het sperma van haar "partner" wordt gebruikt om het embryo te concipiëren, waarbij het andere element van een donor komt [(215)].

---

(215) Wat deze kwesties betreft, zie nr. 97 hiervóór.

Artikel 2, 6°, is echter niet duidelijk in dit opzicht, aangezien het betrekking heeft op een zwangerschap waarbij gebruik is gemaakt "van semen, eicel of een embryo afkomstig van een wensouder of wensouders". Om artikel 2, 6°, in overeenstemming te brengen met artikel 2, 5°, lijkt het volgende te moeten worden geschreven :

> "(...) een zwangerschap waarbij gebruik wordt gemaakt van sperma van de wensvader of van een embryo waarvoor de eicel of sperma of beide afkomstig zijn van wensouders".

In ieder geval bevestigen deze moeilijkheden dat, zoals hiervóór onder nr. 97, is uiteengezet, in het dispositief moet worden verduidelijkt welke personen een beroep kunnen doen op het draagmoederschap.

122. Het voorstel voorziet in geen enkel beletsel dat verband houdt met de verwantschap of de aanverwantschap tussen de draagmoeder en de wensouder. Uit artikel 4, § 2, A, eerste streepje, volgt zelfs dat de draagmoeder de moeder van een van de wensouders kan zijn.

Het voorstel zou moeten worden aangevuld om te voorzien in soortgelijke bepalingen als die welke, in verband met het huwelijk, bepaalde verenigingen verbieden met het oog op het voorkomen van ongezonde bloedverwantschappen.

123. In artikel 4, § 2, A, tweede streepje, wordt bepaald dat om draagmoeder te zijn men

> "minstens een levend kind gebaard (moet) hebben".

Men kan veronderstellen dat deze bepaling betekent dat het kind nog in leven moet zijn op het ogenblik van de overeenkomst, en niet dat het bij zijn geboorte heeft geleefd. Dit zou moeten worden verduidelijkt.

Ook moet er een regeling komen voor het geval waarin het kind zou sterven tussen het ogenblik waarop de overeenkomst tot stand komt en het begin van de zwangerschap waarop deze overeenkomst betrekking heeft.

124. Artikel 4, § 2, C, vijfde streepje, bepaalt het volgende :

"Wensouders en draagouders bezitten de Belgische nationaliteit of hebben een vaste verblijfplaats in België."

De wetgever dient in het licht van het Europees recht te verantwoorden om welke reden een onderdaan van een Lidstaat van de Europese Unie, van de Europese Economische Ruimte of van een Staat die met de Europese Unie verbonden is door een verdrag voor vrij verkeer van personen, in België geen beroep op het draagmoederschap zou kunnen doen.

125. In artikel 4, § 3, wordt gewag gemaakt van een koninklijk besluit van 4 juni 2003 "tot de terugbetaling van in-vitrofertilisatie". Er is echter geen enkel besluit van 4 juni 2003 met dat opschrift.

Hoe dan ook verdient het geen aanbeveling om te werken met wetgeving door verwijzing, aangezien moeilijkheden kunnen rijzen wanneer de tekst waarnaar wordt verwezen wordt gewijzigd. Die werkwijze is nog minder aan te bevelen, wanneer de verwijzing er een is van een wet naar een koninklijk besluit. Deze opmerking geldt ook voor artikel 7.

126. Artikel 4, § 4, eerste lid, achtste streepje, bepaalt :

"De draagmoeder heeft de beslissende en laatste stem, indien leven of gezondheid van de draagmoeder tijdens de zwangerschap of bevalling in het geding komt".

In het voorstel wordt het voorwerp van de beslissing niet verduidelijkt.

Voorzover in het voorstel verwezen wordt naar de "zwangerschap", lijkt te worden gezinspeeld op abortus. In dat verband wordt verwezen naar nr. 107, d), hiervóór.

127. Artikel 4, § 4, eerste lid, tiende streepje, bepaalt :

"Ingeval van overlijden van één of beide wensouders of echtscheiding van de wensouders, wordt de verantwoordelijkheid duidelijk vastgelegd."

Het woord "verantwoordelijkheid" is niet geschikt.

Als één van de wensouders overlijdt, wordt - binnen de logica van een systeem waarin het draagmoederschap wordt aanvaard - de andere ouder de vader of de moeder, in te dezen als

adoptiefvader of adoptiefmoeder, van het kind. Dat aspect kan niet bij overeenkomst worden geregeld.

Wat betreft de echtscheiding, kan een overeenkomst tussen de echtgenoten slechts worden gesloten op het ogenblik dat ze besluiten om een procedure voor echtscheiding door onderlinge toestemming in te stellen. Bij die overeenkomst kunnen evenwel niet het gezag over de persoon en het beheer van de goederen van het kind worden geregeld, aangezien dat kind, per definitie, nog niet geadopteerd is. Zodra het principe van het draagmoederschap wordt aanvaard, lijken de beide wensouders hun verbintenissen te moeten nakomen en lijken ze allebei het kind te moeten adopteren, ondanks de echtscheiding. De situatie van dat kind zal niet anders zijn dan de situatie van op natuurlijke wijze verwekte kinderen van wie de ouders vóór de geboorte uit de echt scheiden.

128. Artikel 4, § 4, eerste lid, laatste streepje, bepaalt :

> "De draagmoeder treft tijdens de behandelingscyclus maatregelen ter voorkoming van zwangerschap."

Er moet worden bepaald dat de draagmoeder de maatregelen treft om een andere zwangerschap dan die via kunstmatige bevruchting te voorkomen. Het woord "contraception" in de Franse versie zou immers kunnen doen vermoeden dat alleen kunstmatige technieken mogen worden gebruikt. Zulke technieken mogen de draagmoeder niet worden opgelegd, omdat anders het recht op eerbiediging van haar privé-leven, alsook haar recht op vrijheid van geweten en godsdienst zouden worden geschonden: de draagmoeder moet vrij blijven in het kiezen van de manier om niet zwanger te worden.

129. In artikel 5, eerste lid, stemmen de woorden "voor te stellen" en "de verser" niet met elkaar overeen. De Franse tekst lijkt een overbodige bepaling over het verbod van betaling te bevatten.

De tekst moet worden herzien.

130. Artikel 6 bepaalt :

> "De Koning richt een Nederlandstalig en Franstalig pluralistisch centrum voor draagmoederschap op, verbonden aan één (of meer) universitair(e)

> ziekenhui(s)(zen). Die centra hebben als opdracht de medische, psychische, maatschappelijke en juridische begeleiding van de wensouder(s) en draagmoeder. Om de twee jaar publiceren zij een verslag, dat melding maakt van het aantal aanvragen voor zwangerschap via draagmoederschap, de gerealiseerde zwangerschappen, de mogelijke complicaties en de redenen waarom een behandeling niet werd gestart of werd gestaakt. Ze starten eveneens een langetermijnonderzoek, waarbij zoveel mogelijk kinderen, die via draagmoederschap op de wereld kwamen, worden opgevolgd." (216)

In de toelichting bij die bepaling wordt het volgende verduidelijkt :

> "Het bestaan van die centra sluit niet uit dat IVF in het kader van draagmoederschap zelf wordt uitgevoerd buiten dit centrum. De begeleiding van zowel hoogtechnologisch als laagtechnologisch draagmoederschap is noodzakelijk omdat de verschillende valkuilen, leidend naar een slechte afloop van dergelijke contracten, voor de beide vormen identiek zijn. Zo'n centrum is bij voorkeur pluralistisch van ingesteldheid en werkt samen met alle erkende centra voor IVF."

Die opvatting zou beter tot uiting worden gebracht in het dispositief.

131. In het voorstel wordt geopteerd voor de adoptie van het kind door de wensouders, en worden bijgevolg bepaalde artikelen van het Burgerlijk Wetboek en het Gerechtelijk Wetboek over adoptie gewijzigd. Dat betekent dus dat het kind bij de ambtenaar van de burgerlijke stand zal worden aangegeven als kind van de draagmoeder, die zijn wettige moeder zal zijn. Als de draagmoeder gehuwd is, zal haar echtgenoot de vader van het kind zijn.

Bij het werken met adoptie moeten de volgende opmerkingen worden gemaakt :

a) Als een beroep wordt gedaan op een genetische draagmoeder, wat in het voorstel laagtechnologisch draagmoederschap wordt genoemd, en als een beroep wordt gedaan op een niet-genetische draagmoeder, hoogtechnologisch draagmoederschap genoemd, wanneer het sperma van de "partner" van de moeder komt, is adoptie door de wensvader helemaal niet nodig: het is voldoende dat hij het kind erkent, wat - weliswaar- alleen mogelijk zal zijn wanneer de draagmoeder ongehuwd is en zij haar toestemming geeft. Het kind zal dus als moeder de draagmoeder hebben en als vader de wensvader.

---

(216) Zie ook artikel 4, § 2, C, eerste streepje, van het voorstel.

Alleen in het geval dat een beroep wordt gedaan op een niet-genetische draagmoeder, wanneer het sperma niet van de wensvader komt, zal een adoptie onvermijdelijk zijn, aangezien het voorstel niet voorziet in een systeem van "rechtstreekse" afstamming.

Wat de wensmoeder betreft, zal de toevlucht tot de adoptie evenmin in alle gevallen noodzakelijk zijn. Als de wensmoeder haar eicellen geleverd heeft, zou een vordering tot betwisting van het moederschap mogelijk moeten zijn. Alleen als de eicellen niet van de wensmoeder komen, blijkt het werken met adoptie noodzakelijk, nog steeds aangezien niet in een systeem van "rechtstreekse" afstamming wordt voorzien.

b) Het beroep op het mechanisme van de adoptie doet problemen rijzen, aangezien de rechtbank de adoptie zou kunnen weigeren. Wat gebeurt er in dat geval ?

c) Artikel 13 bepaalt :

> "De vader en de moeder kunnen een vordering tot betwisting van het moederschap instellen krachtens artikel 312, § 2, van het [Burgerlijk Wetboek], en een vordering tot betwisting van het vaderschap, krachtens artikel 332 van hetzelfde Wetboek."

Volgens de toelichting bij het voorstel :

> "(beschikken) de wensouder(s), als (ze) vaststellen dat de draagmoeder hun een kind gegeven heeft dat niet met hun gameten is verwekt, over de (voormelde) rechtsmiddelen."

Artikel 13 vertoont een gebrek aan samenhang met de algemene opzet van het voorstel, aangezien in het voorstel wordt geopteerd voor adoptie en niet voor het "rechtstreekse" vaststellen van een afstamming ten aanzien van de wensouders.

Zoals hiervóór onder a), is uiteengezet, is er vóór de adoptie of vóór een erkenning, per definitie geen reden om een niet-bestaand vaderschap of moederschap te betwisten.

Na de adoptie is het een procedure tot herroeping die zou moeten worden ingesteld, en niet een procedure tot betwisting van het vaderschap of het moederschap. Herroeping is echter alleen mogelijk in geval van gewone adoptie en om "zeer gewichtige" redenen (217).

Alleen in de hypothese van een erkenning zou dus een betwisting daaromtrent kunnen worden ingesteld, overeenkomstig artikel 330 van het Burgerlijk Wetboek, als zou blijken dat er een gebrek kleeft aan de toestemming van de erkenner, in dit geval door vergissing of bedrog, en als er geen bezit van staat is. In die hypothese bevinden we ons echter niet in het kader van de artikelen 312 en 332, aangezien die alleen betrekking hebben op de moeder die het kind ter wereld heeft gebracht en haar eventuele echtgenoot.

Deze opmerking geldt ook voor de artikelen 14 en 15 van het voorstel, die lijken te impliceren dat de afstamming is vastgesteld ten aanzien van de wensouders, wat niet het geval is (218).

d) Het in artikel 11 voorgestelde artikel 1231-9*bis* van het Gerechtelijk Wetboek wijkt af van verscheidene bepalingen van datzelfde Wetboek waarin wordt voorzien in het inwinnen van bepaalde adviezen voordat de rechtbank uitspraak doet over het verzoek tot adoptie.

In dat verband wordt verwezen naar de opmerking in nr. 103 hiervóór.

Bovendien heeft het geen zin om in diezelfde voorgestelde bepaling te voorzien in een rechtsdag "tussen de 15e en de 45e dag na de neerlegging van het verzoekschrift en het verslag van het maatschappelijk onderzoek", aangezien het verzoekschrift en het verslag van het maatschappelijk onderzoek niet op dezelfde datum worden neergelegd. Voorts moet rekening worden gehouden met de neerlegging van het advies van het openbaar ministerie.

---

(217) Artikelen 354-1 tot 354-3 van het Burgerlijk Wetboek.

(218) In die bepalingen zijn de bewoordingen "moeder die het kind als het hare heeft grootgebracht" en "wanneer hij het kind als het zijne heeft grootgebracht" bovendien dubbelzinnig, aangezien ze niet de mogelijkheid bieden om die situatie van te onderscheiden van die van het "bezit van staat".

132. Artikel 16, § 3, is onsamenhangend, doordat in de eerste zin van het bestaan van een winstoogmerk een bestanddeel van het misdrijf wordt gemaakt en in de tweede zin daarvan een verzwarende omstandigheid wordt gemaakt.

C. Voorstel nr. 1271

133. In artikel 2, tweede streepje, hebben de woorden "en die het ouderlijk gezag en de opvoeding van het kind op zich neemt" niet tot doel het begrip "wensouder" te definiëren, maar een gevolg van het beroep op het draagmoederschap te bepalen voor die ouder.

Zo'n bepaling hoort niet thuis in een tekst die definities bevat.

Meer fundamenteel dient erop gewezen te worden dat de verplichting die in de onderzochte zinsnede wordt opgelegd, niet hoeft te worden bevestigd in het dispositief, aangezien het ouderlijk gezag en de opvoedingsplicht van rechtswege voortvloeien uit de omstandigheid dat de wensouder bij de geboorte van het kind, op grond van inzonderheid artikel 9 van het voorstel, de hoedanigheid van ouder zal verkrijgen [(219)]. Er zijn overigens andere gevolgen verbonden aan de afstamming die zal voortvloeien uit de uitvoering van de overeenkomst over het draagmoederschap, en die gevolgen mogen niet worden beperkt zoals een lezing *a contrario* van de tekst zou kunnen laten uitschijnen.

134. Artikel 4, § 1, bepaalt :

> "(...) een wensouder (d.i., volgens artikel 2, een man, vrouw of paar) (kan) een beroep doen op een draagmoeder (...) wanneer een arts schriftelijk vaststelt dat de wensouder fysiologisch onmogelijk zwanger kan worden of in voorkomend geval de zwangerschap een te groot risico inhoudt voor de gezondheid van de vrouw of van het kind".

Die tekst is bijzonder vaag, omdat wordt verwezen naar een "fysiologische onmogelijkheid om zwanger te worden", zonder dat wordt gepreciseerd wat dat begrip omvat, begrip dat bovendien kan worden toegepast op een man, een vrouw of een koppel. Zoals dat

---

(219) Artikel 203, § 1, eerste lid, en titel IX van boek I van het Burgerlijk Wetboek.

begrip is verwoord, kan het zeer ruim worden opgevat en kan het slaan op elke onmogelijkheid tot voortplanting, zelfs als die onmogelijkheid niet te wijten is aan medische redenen.

De vermelding van een vaststelling door een arts [220] lijkt in te houden dat alleen een fysiologische complicatie een beroep op het draagmoederschap zou kunnen wettigen, en niet een fysiologische onmogelijkheid die voortvloeit uit de aard der dingen, zoals voor een man alleen of voor een homoseksueel koppel. Dat zou dan neerkomen op dezelfde hypothese als die van voorstel nr. 1230 [221], te meer daar in de toelichting wordt verwezen naar de afwezigheid van de baarmoeder of een niet naar behoren functionerende baarmoeder.

Meer in het algemeen kan worden gesteld dat op grond van de toelichting bij het voorstel geen onderscheid kan worden gemaakt tussen het geheel van de gevallen waarin, in feite, een beroep zou kunnen worden gedaan op het draagmoederschap en de enkele gevallen waarvan het voorstel de legalisering beoogt.

De tekst moet op die belangrijke punten worden verduidelijkt.

135. Het voorstel voorziet in geen enkel beletsel dat verband houdt met de verwantschap of de aanverwantschap tussen de draagmoeder en de wensouder. Uit artikel 4, § 2, A, eerste streepje, vloeit zelfs voort dat de draagmoeder de moeder kan zijn van één van de wensouders.

Het voorstel zou moeten worden aangevuld om te voorzien in soortgelijke bepalingen als die welke, in verband met het huwelijk, bepaalde verenigingen verbieden met het oog op het voorkomen van ongezonde bloedverwantschappen.

136. Krachtens artikel 4, § 1, kan een wensouder slechts een beroep doen op een draagmoeder, wanneer een arts vaststelt dat "de wensouder" fysiologisch onmogelijk zwanger kan worden. Die wensouder kan, krachtens artikel 2, een man, een vrouw of een paar zijn.

De combinatie van die twee bepalingen doet een probleem rijzen in het geval dat het een koppel is dat als wensouders optreedt. Het is inadequaat te bepalen dat het koppel onvruchtbaar moet zijn. Als dat het geval is, moet de onvruchtbaarheid te wijten zijn aan de vrouw: zo niet,

---

[220] In de toelichting bij de bepaling staat dat de arts een gynaecoloog moet zijn, wat in het dispositief niet wordt bevestigd.

[221] Zie nr. 120.

zou het voldoende zijn een beroep te doen op kunstmatige donorbevruchting. Als de vrouw onvruchtbaar is, is de vruchtbaarheid van de echtgenoot daarentegen noodzakelijk, aangezien, krachtens artikel 4, § 2, het beroep op een draagmoeder slechts is toegestaan indien er een genetische verwantschap zal bestaan tussen minstens één van de wensouders en het kind.

De tekst moet worden herzien.

137. In artikel 4, § 3, tweede lid, schrijve men :

"Die overeenkomst vermeldt, benevens de verplichtingen ...".

138. In artikel 4, § 4, wordt verwezen naar een regeling die vervat is in een koninklijk besluit.

Het verdient geen aanbeveling om te regelen door verwijzing, aangezien dat aanleiding kan geven tot problemen in geval van wijziging van de tekst waarnaar verwezen wordt. Die werkwijze is nog minder aan te bevelen, wanneer de verwijzing er een is van een wet naar een koninklijk besluit.

139. In de artikelen 5, vierde streepje, en 6, laatste lid, wordt het letterwoord "SOA" gebruikt.

Het is beter voluit te schrijven : "seksueel overdraagbare aandoeningen".

140. In artikel 6, wordt enkel in het vierde streepje verduidelijkt dat aan de daarin opgelegde voorwaarde moet worden voldaan "vóór het afsluiten van de authentieke akte, bedoeld in artikel 4, § 3".

De tekst moet worden verduidelijkt : er moet worden vermeld of dat vereiste niet eveneens geldt voor de andere voorwaarden die worden opgelegd of voor sommige daarvan. Dat lijkt in elk geval zo te zijn voor de eerste drie genoemde voorwaarden.

141. Artikel 6, vijfde streepje, voorziet in een leeftijdsgrens voor de wensmoeder wanneer zij degene is die aan een vrouw vraagt om draagmoeder te zijn. Die leeftijdsgrens wordt alleen gesteld in het geval dat zij haar eicellen levert, namelijk in het geval van een niet-genetische draagmoeder.

De bepaling belet evenwel niet dat, in laatstgenoemd geval, de "partner" de aanvraag alleen indient, los van de leeftijd van de vrouw met wie hij samenleeft [(222)].

Uit de tekst vloeit ook voort dat de leeftijd van de wensouder niet begrensd wordt wanneer een beroep wordt gedaan op een genetische draagmoeder.

142. Wat artikel 7 betreft, wordt het verbod dat aan de "partner" van de draagmoeder wordt opgelegd om "gameten (te) leveren voor de zwangerschap ten behoeve van de wensouder" in de toelichting verantwoord door de noodzaak om "een vordering tot betwisting van het vaderschap door (die) partner (...) uit te sluiten".

Verondersteld wordt dat daarmee in de toelichting bedoeld wordt dat betwistingen omtrent het vaderschap over het kind die voortvloeien uit de toekenning van het ouderschap aan de wensouders, moeten worden voorkomen [(223)].

Die doelstelling zou ook kunnen worden bereikt door een uitdrukkelijke aanvulling van het Burgerlijk Wetboek, met name om te voorkomen dat het vaderschap over het kind kan worden toegekend aan de "partner" van de draagmoeder, indien een beroep is gedaan op diens gameten, wanneer is aangetoond dat hij wist dat die donatie van gameten plaatsvond in het kader van een draagmoederovereenkomst [(224)].

Het begrip "partner" zou bovendien moeten worden verduidelijkt.

---

(222) Zie nr. 97, hiervóór.

(223) Zie artikel 9 van het voorstel.

(224) Zie de volgende opmerking; zie ook nr. 104, hiervóór.

143. Het voorstel bevat tegenstrijdigheden omtrent de kwestie van de "rechtstreekse" afstamming tussen de wensouders en het kind dat door de draagmoeder wordt gebaard.

Op pagina 4 van de toelichting staat :

> "Met dit voorstel wordt geopteerd voor een soort van preconceptuele adoptie, waarbij wensouders een overeenkomst afsluiten met de draagmoeder." (225)

In diezelfde toelichting wordt een verband gelegd tussen het beroep op het draagmoederschap door een homoseksueel koppel en de mogelijkheid die aan dat koppel wordt geboden om een kind te adopteren. In de tekst van het voorstel is echter helemaal geen sprake van adoptie en geen enkel artikel van het Burgerlijk Wetboek of het Gerechtelijk Wetboek over adoptie wordt gewijzigd teneinde rekening te houden met het draagmoederschap. Artikel 9, eerste lid, bepaalt integendeel:

> "In de akte van geboorte wordt de naam van de wensouder vermeld. Daartoe wordt de notariële akte, bedoeld in artikel 4, § 3, aan de ambtenaar van de burgerlijke stand bezorgd."

Verondersteld wordt dat, als de wensouder gehuwd is of samenwoont, zijn echtgenoot of samenwonende partner noodzakelijkerwijs ook wensouder zal zijn en dat bijgevolg ook diens naam in de geboorteakte zal worden vermeld, net zoals in het voorstel nr. 417. Dat zou moeten worden verduidelijkt.

144. In het voorstel wordt geopteerd voor de rechtstreekse vaststelling van de afstamming, bij de geboorte, tussen het kind en de wensouders.

Het draagmoederschap zorgt evenwel voor discrepanties tussen de wettelijke afstamming van vaderszijde en moederszijde, het genetische vaderschap, het genetische moederschap en het leenmoederschap. De wettelijke verwantschap lijkt onaanvechtbaar te moeten worden gemaakt, behoudens bijzondere gevallen. De draagmoeder en de mogelijke donoren van gameten zouden de afstamming van de wensouders niet mogen kunnen betwisten, en de laatstgenoemden zouden hun eigen vaderschap en moederschap niet mogen kunnen betwisten. Ook het kind zou het ouderschap van zijn wensouders niet mogen kunnen betwisten.

---

(225) Zie ook p. 7, de toelichting bij artikel 9.

Wat die punten betreft, geeft het voorstel aanleiding tot de volgende opmerkingen :

a) Zoals hoger vermeld, onder nr. 143, bepaalt artikel 9, eerste lid, eerste volzin, dat de naam van de wensouder in de akte van geboorte wordt vermeld.

Artikel 57, 2°, van het Burgerlijk Wetboek bepaalt echter dat de akte van geboorte onder meer de volgende gegevens bevat :

> "de naam, de voornamen en de woonplaats van de moeder en de vader, zo de afstamming langs vaderszijde vaststaat".

Onder "naam van de moeder" wordt in artikel 57, 2°, de naam van de vrouw die bevallen is, verstaan.

In het voorstel wordt niet verduidelijkt of de daarin voorgeschreven vermelding één van de vermeldingen vervangt die worden voorgeschreven bij artikel 57 van het Burgerlijk Wetboek en zo ja, welke, dan wel of die vermelding eraan wordt toegevoegd.

Verondersteld wordt dat het de bedoeling van de indieners van het voorstel is om de naam van de wensmoeder en de wensvader in de geboorteakte te vermelden, met uitsluiting van de naam van de draagmoeder en haar echtgenoot, zodat die wensmoeder en haar echtgenoot krachtens artikel 312, § 1, van het Burgerlijk Wetboek de wettelijke moeder en vader zullen zijn.

Om elke betwisting daaromtrent te voorkomen, moet artikel 57 van het Burgerlijk Wetboek rechtstreeks worden gewijzigd.

b) Volgens artikel 9, eerste lid, tweede volzin, wordt de notariële akte aan de ambtenaar van de burgerlijke stand bezorgd.

Er moet worden verduidelijkt op wie de bedoelde verplichting rust.

c) Artikel 9, tweede lid, bepaalt :

> "Een vordering tot ontkenning van het ouderschap, overeenkomstig de artikelen 312 of 332 van het Burgerlijk Wetboek door de wensouder of de

.../...

draagmoeder, en in voorkomend geval de partner van de draagmoeder, is onontvankelijk."

De vorderingen tot betwisting van moederschap of vaderschap zouden echter moeten worden gehandhaafd als het kind niet met de oorspronkelijk geplande gameten is verwekt.

d) Artikel 9, tweede lid, heeft betrekking op "de wensouder of de draagmoeder, en in voorkomend geval de partner van de draagmoeder".

Rechtsvorderingen tot betwisting van staat zijn evenwel niet voorbehouden voor de vader en de moeder. Krachtens artikel 332 kan het vaderschap dat vaststaat krachtens artikel 315, worden betwist door de echtgenoot, door de moeder en door het kind. Krachtens artikel 332*bis* kunnen de andere rechtsvorderingen tot betwisting van staat worden ingesteld door eenieder die van enig belang doet blijken dat niet louter vermogensrechtelijk is.

Men kan veronderstellen dat de indieners van het voorstel eveneens alle personen hebben willen beogen die het vaderschap of het moederschap zouden kunnen betwisten. Dat zou moeten worden verduidelijkt.

e) De verwijzing naar artikel 332 van het Burgerlijk Wetboek lijkt ontoereikend. Dit artikel heeft immers alleen betrekking op de betwisting van het vaderschap dat vaststaat krachtens artikel 315, d.w.z. het vaderschap op basis van het huwelijk. De bepaling zou dus niet gelden voor samenwonenden, wat niet aanvaardbaar lijkt in het licht van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

f) Aangezien het voorstel het draagmoederschap door een alleenstaande lijkt toe te staan en de afstamming van het kind bijgevolg slechts zal zijn vastgesteld ten aanzien van die persoon alleen, lijkt er ten slotte aanleiding te zijn om de erkenningen of de verzoeken tot vaststelling van het vaderschap of het moederschap te verbieden. Hierbij worden de draagmoeder en de donoren van gameten bedoeld.

145. In de Franse tekst van artikel 12, eerste lid, derde streepje, moeten met het oog op de eenvormigheid van de terminologie in het voorstel de woorden "maternité de substitution" vervangen worden door de woorden "gestation pour autrui". Bovendien zou de "maternité de

substitution" beschouwd kunnen worden als één van de vormen van "gestation pour autrui", naargelang de draagmoeder al dan niet de eicel heeft geleverd.

D. Voorstel nr. 1319

146. De Franse tekst van artikel 2 van het voorstel (voorgestelde opschrift van boek II, titel VII, hoofdstuk II, van het Strafwetboek) betreft de "maternité de substitution".

Artikel 3 van het voorstel (voorgestelde artikel 354 van het Strafwetboek) betreft de "mères porteuses".

Artikel 4 van het voorstel (voorgestelde artikel 355 van het Strafwetboek) betreft zowel de "mères porteuses" als de "maternité de substitution".

Artikel 5 van het voorstel (voorgestelde artikel 356 van het Strafwetboek) betreft zowel de "grossesse pour compte d'autrui" als de "mères porteuses".

De procédés van de "mère porteuse" en van de "maternité de substitution" kunnen evenwel geacht worden op onderscheiden gevallen te slaan, inzonderheid naargelang de draagmoeder al dan niet haar eicel heeft geleverd [(226)].

De Franse tekst van het voorstel moet dan ook worden herzien, opdat verduidelijkt zou worden wat precies de werkingssfeer ervan is en om de gebruikte terminologie eenvormig te maken.

Zulks is des te noodzakelijker daar het voorstel strafbare feiten omschrijft en het derhalve moet voldoen aan het vereiste van precisie in strafzaken, afgeleid uit het beginsel van de wettelijkheid van de misdrijven en de straffen, een beginsel dat onder meer is vastgelegd in de artikelen 12 en 14 van de Grondwet en in artikel 7 van het Europees Verdrag over de rechten van de mens.

---

(226) In dit advies is het begrip "draagmoeder" op zodanige wijze gebruikt dat daarmee alle gevallen worden bedoeld, maar het zou ook in een beperkte zin kunnen worden gebruikt.

147. Het is niet duidelijk wat wordt bedoeld met de woorden "teneinde de ouderschapsrechten over een kind te verkrijgen".

Ze zouden de indruk kunnen wekken dat het vergoeden van het draagmoederschap niet wordt gestraft indien het uitgaat van een andere persoon dan de wensouders, bijvoorbeeld een verwante of een vriend van het koppel, of een vzw.

Voorts zou men zich het geval kunnen indenken dat de wensouders niet de ouderlijke rechten op het kind wensen te verkrijgen, doch alleen wensen ervoor te zorgen, voltijds of verdeeld over de tijd met de draagmoeder.

148. In de toelichting bij het voorstel wordt gesteld dat onder meer verboden is

> "het openbaar bemiddeling aanbieden en het openbaar maken dat een vrouw zich aanbiedt als draagmoeder of dat een draagmoeder gezocht wordt".

Met andere woorden, iedere reclame ter zake zou verboden zijn, zelfs indien het draagmoederschap niet wordt vergoed.

Het voorgestelde artikel 354 van het Strafwetboek betreft echter alleen de reclame "voor een dergelijke betaling", en het voorgestelde artikel 355 van hetzelfde Wetboek betreft alleen de openbaarmaking gevolgd door een betaling.

De tekst van het voorstel en de toelichting bij die bepaling moeten duidelijker worden geredigeerd.

E. Voorstel nr. 1399

149. Artikel 2 definieert de "genetisch verwante draagmoeder", die in dit advies [(227)] "genetische draagmoeder" wordt genoemd, als "de vrouw die een kind draagt dat verwekt is uit haar eigen eicellen en het sperma van de vader of van een donor".

De spermadonor zal echter zelf ook de vader zijn.

---

(227) Zie hiervóór, onder nr. 4, de precisering inzake de overeengekomen terminologie die in dit advies wordt gebruikt.

Verondersteld wordt dat het voorstel een onderscheid wil invoeren naargelang het sperma afkomstig is van de wensouder of van een man die niet de wensouder is van het kind.

De redactie van de tekst zou in die zin moeten worden verduidelijkt.

150. Indien in artikel 7 met de woorden "mogelijk maken" de medeplichtigheid wordt bedoeld, zijn die woorden overbodig, gelet op de artikelen 67 en 69 van het Strafwetboek, die reeds voorzien in de medeplichtigheid en in de wijze van bestraffing ervan.

Indien het de bedoeling is dat die woorden slaan op andere situaties dan de medeplichtigheid, zou nader worden gepreciseerd moeten worden welke die situaties zijn.

151. Artikel 7 bestraft

> "eenieder die de misdrijven bedoeld in de artikelen 3 tot 6 pleegt of mogelijk maakt".

Artikel 3 bepaalt :

> "Het is formeel verboden een beroep te doen op beide soorten draagmoeders, om welke reden dan ook."

De combinatie van die twee bepalingen maakt het niet mogelijk om met zekerheid te bepalen wie kan worden gestraft. Dat is zeker het geval met de wensouders, maar wat met de draagmoeder zelf of de eventuele donoren van gameten ?

De bepaling moet worden herzien.

F. Voorstel nr. 1440

1°) Algemene opmerkingen

a) Verenigbaarheid met het Verdrag inzake de rechten van de mens en de biogeneeskunde

152. Het Verdrag inzake de rechten van de mens en de biogeneeskunde, ondertekend te Oviedo op 4 april 1997, bevat een aantal specifieke bepalingen die voor de voorgestelde

regeling relevant zijn [228]. Het gaat om een verdrag dat binnen de Raad van Europa is gesloten en dat kan worden beschouwd als een soort van sectorspecifieke aanvulling van het Europees Verdrag over de rechten van de mens.

Het is niet zeker of België alsnog zal overgaan tot ondertekening van het Verdrag, maar het lijkt alleszins nuttig om de verenigbaarheid van het voorstel met het Verdrag na te gaan.

Vooral de artikelen 12 en 14 van het Verdrag zijn relevant, omdat ze het voorspellend genetisch onderzoek beperken tot gezondheidsdoeleinden of voor met gezondheidsdoeleinden verband houdend wetenschappelijk onderzoek. De bepalingen van het voorstel in verband met pre-implantatie genetische diagnostiek (PGD) lijken wel aan die verdragsbepalingen te voldoen. Artikel 68 van het voorstel bepaalt immers dat PGD enkel mogelijk is in het therapeutisch belang van een reeds geboren kind van de wensouders. Daarnaast sluit artikel 67 PGD uit voor eugenetische selectie en voor geslachtsselectie, naar analogie met de bepalingen van de wet van 11 mei 2003 betreffende het onderzoek op embryo's *in vitro* waarnaar in die bepaling wordt verwezen.

De door artikel 18, § 1, van het Verdrag vereiste passende bescherming van het embryo *in vitro* in het geval van wetenschappelijk onderzoek wordt in hoofdzaak geboden door de wet van 11 mei 2003, maar dit voorstel doet geen afbreuk aan die bestaande waarborgen, integendeel.

De voorgestelde regeling staat daarentegen wel op gespannen voet met artikel 18, § 2, van het Verdrag, aangezien het mogelijk is dat een vrij groot aantal embryo's wordt aangemaakt en dat men op voorhand weet dat de kans zeer groot is dat een aantal van de boventallige (niet onmiddellijk ingeplante) embryo's voor wetenschappelijk onderzoek bestemd kunnen worden. Om die reden lijkt het, net zoals het geval was voor de wet van 11 mei 2003, wenselijk om een voorbehoud te maken bij artikel 18, § 2, van het Verdrag, wanneer België het Verdrag zou ondertekenen, tenzij het voorstel op dit punt zou worden herzien.

153. Artikel 11 van het voorstel bepaalt weliswaar dat niet mag worden overgegaan tot andere afnames van eicellen met het oog op de aanmaak van nieuwe embryo's wanneer er van de betrokken wensouders nog ingevroren embryo's bestaan.

---

[228] Zie hiervóór, nr. 64.

De aanmaak van embryo's moet, mede in het licht van artikel 18 van het Verdrag, beperkt worden tot een aantal dat vanuit medisch oogpunt nodig is voor het bewerkstelligen van een zwangerschap. Alleen op die manier kan men zo veel mogelijk verhinderen dat embryo's vernietigd moeten worden, hetzij omdat niet is overgegaan tot bevriezing, hetzij na het verstrijken van de bewaartermijn, hetzij na het verrichten van wetenschappelijk onderzoek (zie artikel 10 van het voorstel, alsook artikel 5, 2°, van de wet van 11 mei 2003 betreffende het onderzoek op embryo's *in vitro*).

Om die reden zou in artikel 11 moeten worden gepreciseerde dat ook bij één enkele afname van eicellen, enkel zoveel eicellen mogen worden afgenomen en embryo's mogen worden aangemaakt als nodig is om medische redenen met het oog op het bewerkstelligen van een zwangerschap.

b) Verband tussen de voorgestelde regeling en de wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt

154. Naar luid van artikel 3, § 1, van de wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt, is deze van toepassing

> "op privaatrechtelijke en publiekrechtelijke rechtsverhoudingen inzake gezondheidszorg verstrekt door een beroepsbeoefenaar aan een patiënt".

Men kan aannemen dat alle door het voorstel geregelde handelingen beschouwd kunnen worden als handelingen van gezondheidszorg. Dit is evident het geval voor handelingen die rechtstreeks de totstandkoming van een zwangerschap beogen, zoals de implantatie van een boventallig embryo of de inseminatie met gameten.

Dit is minder evident voor de wegname van gameten, zeker wanneer die wegname op zich beschouwd geen specifieke medische techniek vereist, zoals het geval kan zijn bij de afname van zaadcellen. Zeker wanneer de aldus weggenomen zaadcellen worden gebruikt voor wetenschappelijk onderzoek, kan men zich afvragen of er sprake is van een handeling van gezondheidszorg. Toch kan men aannemen dat in de mate dat beroepsbeoefenaars betrokken zijn bij de begeleiding van de wegname van gameten, zij ook voor die handelingen vallen onder de toepassing van de wet van 22 augustus 2002.

De conclusie is dat de wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt van toepassing is op alle door dit voorstel geregelde handelingen van beroepsbeoefenaars.

Dit impliceert dat voor de door dit voorstel geregelde handelingen en technieken :

- de patiënten (en dus ook de wensouders) met eerbiediging van hun menselijke waardigheid en hun zelfbeschikking en zonder enig onderscheid op welke grond ook, tegenover de beroepsbeoefenaar recht hebben op kwaliteitsvolle dienstverstrekking die beantwoordt aan hun behoeften [(229)];

- de patiënt in beginsel vrij kiest op welke beroepsbeoefenaar zij een beroep doen [(230)];

- de patiënt recht heeft op informatie [(231)];

- de geïnformeerde, voorafgaandelijke en vrije toestemming van de patiënt gewaarborgd moet zijn [(232)];

- een patiëntendossier moet worden bijgehouden, waarin de patiënt inzage heeft [(233)];

- het recht van de patiënt op de bescherming van zijn persoonlijke levenssfeer gewaarborgd moet zijn [(234)];

- voor bepaalde patiënten (minderjarigen, wilsonbekwamen e.d.) wordt voorzien in een vertegenwoordiging [(235)].

---

(229) Artikel 5 van de wet.

(230) Artikel 6 van de wet.

(231) Artikel 7 van de wet.

(232) Artikel 8 van de wet.

(233) Artikel 9 van de wet.

(234) Artikel 10 van de wet.

(235) Artikelen 12 tot 15 van de wet.

Het is dan ook overbodig om in de voorgestelde regeling bepalingen op te nemen die overlappen met deze bestaande wettelijke regeling, tenzij wanneer het de bedoeling zou zijn om deze regeling verder uit te werken of om te voorzien in bijkomende waarborgen voor de betrokken patiënten.

Zo worden bijvoorbeeld in de artikelen 7, § 3, 42, § 4 en 66, tweede lid, van het voorstel bepalingen opgenomen die, juist door het feit dat ze uitdrukkelijk verwijzen naar de wet van 22 augustus 2002, de vraag doen rijzen of die wet dan niet van toepassing is op de andere onderdelen van de voorgestelde regeling.

Het is aan de auteurs van het voorstel om hun tekst vanuit dit oogpunt opnieuw te onderzoeken.

c) Verband tussen de voorgestelde regeling en de wet van 11 mei 2003 betreffende het onderzoek op embryo's *in vitro*

155. De wet van 11 mei 2003 betreffende het onderzoek op embryo's *in vitro* regelt wetenschappelijke proeven of experimenten op embryo's *in vitro* (embryo's die zich buiten het vrouwelijk lichaam bevinden). Ze bevat echter ook :

- bepalingen met betrekking tot het aanmaken van embryo's voor onderzoeksdoeleinden [(236)];

- verscheidene verbodsbepalingen met betrekking tot de inplanting van embryo's, met betrekking tot het gebruik van gameten, embryo's of embryonale stamcellen, met betrekking tot bepaalde onderzoeken of behandelingen en met betrekking tot het reproductief kloneren [(237)].

Artikel 4 van de wet overlapt niet met bepalingen van de voorgestelde regeling.

---

(236) Artikel 4 van de wet.

(237) Artikelen 5 en 6 van de wet.

Artikel 5 van de wet overlapt ten dele met bepalingen van het voorliggende voorstel [(238)]. Men kan evenwel aannemen dat die bepaling een afzonderlijke betekenis blijft behouden omdat zij ook specifiek voor onderzoeksdoeleinden geldt.

156. Daarnaast kan worden opgemerkt dat de wet van 11 mei 2003 eigenlijk ook betrekking heeft op onderzoek op gameten, zoals blijkt uit artikel 8 van de wet. In de voorgestelde regeling wordt er kennelijk van uitgegaan dat de wet enkel van toepassing is op onderzoek op embryo's, aangezien zowel in artikel 2, h) als verder in het voorstel enkel naar de wet van 11 mei 2003 wordt verwezen in de context van onderzoek op embryo's. Het lijkt wenselijk om ook bij de bepalingen in het voorstel die handelen op onderzoek op gameten, te verwijzen naar de wet van 11 mei 2003.

157. Nu het door de combinatie van artikel 39 en de artikelen 48 tot 51 mogelijk is dat ook gonaden en fragmenten van gonaden bestemd worden voor wetenschappelijk onderzoek, moeten de auteurs van het voorstel nagaan of het niet wenselijk is de wet van 11 mei 2003 ook uitdrukkelijk op die vormen van onderzoek toepasselijk te maken.

158. De problemen inzake de verhouding tussen de voorgestelde regeling en de wet van 11 mei 2003 zouden veel eenvoudiger kunnen worden verholpen wanneer de wet van 11 mei 2003 zou worden geïntegreerd in de voorgestelde regeling.

d) Verband tussen de voorgestelde regeling en de wet van 7 mei 2004 inzake experimenten op de menselijke persoon

159. Het is mogelijk dat een experiment in de zin van artikel 2, 11°, van de wet van 7 mei 2004 inzake experimenten op de menselijke persoon betrekking heeft op gameten of embryo's. In dat geval zijn de bepalingen van de voorgestelde regeling en de bepalingen van de wet van 7 mei 2004 cumulatief van toepassing.

---

(238) Zie onder meer de artikelen 20, tweede lid, 23, derde lid, 24, 48 en 53.

e) Verband tussen de voorgestelde regeling en de wetgeving met betrekking tot de fertiliteitscentra

160. Wat in de voorgestelde regeling wordt gedefinieerd als fertiliteitscentra zijn eigenlijk de erkende zorgprogramma's "reproductieve geneeskunde". Die fertiliteitscentra moeten voldoen aan de erkenningscriteria, vastgesteld in het koninklijk besluit van 15 februari 1999 houdende vaststelling van de normen waaraan de zorgprogramma's "reproductieve geneeskunde" moeten voldoen om erkend te worden. Daarnaast moeten de fertiliteitscentra zich ook houden aan de bepalingen in de voorgestelde regeling. Die bepalingen vertonen niet het karakter van erkenningscriteria, zodat hun niet-naleving op zich beschouwd niet kan leiden tot het verlies van erkenning, maar zij worden wel strafrechtelijk gesanctioneerd [(239)].

2°) Bijzondere opmerkingen

Artikel 3

161. Artikel 3 verleent aan de fertiliteitscentra een monopolie voor wat betreft de technieken van *in vitro*-fertilisatie en van bewaring door invriezing (van embryo's en gameten). Volgens de toelichting bij het voorstel

> "wordt niet geraakt aan de gebruikelijke activiteiten en de erkende bevoegdheden van de gynaecologen".

Het is niet duidelijk welke aspecten die door het voorstel worden geregeld, niet onder het monopolie van de fertiliteitscentra vallen. Moet men er van uit gaan dat ook de donatie en de vernietiging van embryo's en gameten, de inseminatie of inplanting, alsook de wegname van gameten enkel mogelijk zijn in een fertiliteitscentrum ? Dit lijkt wel het geval te zijn, omdat verscheidene bepalingen die daarop betrekking hebben, zich specifiek richten tot de fertiliteitscentra. Voor wat betreft de pre-implantatie genetische diagnostiek bepalen de artikelen 71 en 72 van het voorstel dan weer dat de centra voor menselijke erfelijkheid in samenwerking met een fertiliteitscentrum die onderzoeken kunnen uitvoeren.

In elk geval zou in de voorgestelde bepaling nauwkeuriger moeten worden aangegeven voor welke aspecten van het voorstel de fertiliteitscentra een monopolie hebben.

---

(239) Artikelen 73 en 74 van het voorstel.

Indien het niet de bedoeling is het monopolie van de fertiliteitscentra zo algemeen op te vatten, zouden de auteurs van het voorstel voor elk van de bepalingen die buiten dat monopolie vallen en waarin wordt verwezen naar fertiliteitscentra, moeten nagaan of die verwijzing niet moet worden uitgebreid naar andere zorgvoorzieningen of algemeen moet worden geformuleerd.

162. Terecht kiezen de auteurs van het voorstel ervoor om in het kader van dit voorstel richtlijn 2004/23/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 tot vaststelling van kwaliteits- en veiligheidsnormen voor het doneren, verkrijgen, testen, bewerken, bewaren en distribueren van menselijke weefsels en cellen, om te zetten voor een aantal gevallen die niet vallen onder het toepassingsgebied van de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen.

Artikel 1, § 1, van deze wet bepaalt immers het volgende :

> "Deze wet is van toepassing op het wegnemen van organen, weefsels of cellen van het lichaam van een persoon, "donor" genoemd, met het oog op het voor therapeutische doeleinden transplanteren van die organen, weefsels of cellen op het lichaam van dezelfde of een andere persoon, "receptor" genoemd.
>
> Het overbrengen van een embryo, het wegnemen en transplanteren van testes en ovaria, het gebruiken van eicellen en sperma worden niet geregeld door deze wet."

Uit deze wetsbepaling kan evenwel ook worden opgemaakt dat niet-boventallige embryo's (met andere woorden : embryo's die na het aanmaken worden ingeplant zonder eerst te worden ingevroren) buiten het toepassingsgebied van deze wet vallen en ook niet voorkomen in de in artikel 3 voorgestelde machtiging aan de Koning.

Artikel 2, lid 2, a), van de richtlijn bepaalt weliswaar dat de richtlijn niet van toepassing is op "weefsels en cellen die voor autologe transplantatie in een en dezelfde operatie gebruikt worden", maar die uitzondering lijkt niet toepasselijk te zijn op het geval van *in vitro*-fertilisatie van een eicel, gevolgd door inplanting van het verkregen embryo.

Het lijkt dan ook wenselijk om hetzij de machtiging aan de Koning in die zin uit te breiden, hetzij de voor de omzetting van de richtlijn noodzakelijke maatregelen in dit voorstel op te nemen.

163. De delegatie in artikel 3, tweede lid, is wat omslachtig geformuleerd. Veeleer dan de Koning te machtigen "de voorwaarden vast (te stellen) voor het opstellen van kwaliteits- en veiligheidsnormen (...)", is het verkieslijk de Koning rechtstreeks te machtigen die kwaliteits- en veiligheidsnormen vast te stellen.

164. De Nederlandse tekst van het tweede lid moet worden afgestemd op de Nederlandse tekst van de richtlijn 2004/23/EG.

Rekening houdend met de opmerking onder nr. 163, wordt de volgende tekst voorgesteld :

"De Koning stelt de kwaliteits- en veiligheidsnormen voor het doneren, verkrijgen, testen, bewerken, bewaren en distribueren van gameten, boventallige embryo's, gonaden en fragmenten van gonaden."

Artikel 4

165. De voorgestelde bepaling machtigt de centra voor *in vitro*-fertilisatie om de procedure nader te regelen die zij willen hanteren in het kader van hun opdracht.

In de eerste plaats is het voorbehoud met betrekking tot de naleving van de bepalingen van de voorgestelde regeling overbodig. Het spreekt vanzelf dat de centra alle voor hen relevante rechtsnormen moeten naleven, zoals de voorgestelde regeling wanneer die wet zou worden, de wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt, de op hen

toepasselijke erkenningsnormen, enzovoort. Dat voorbehoud moet derhalve wegvallen, te meer daar het aanleiding zou kunnen geven tot foutieve *a contrario*-redeneringen.

In de tweede plaats kan de uitoefening van een regelgevende bevoegdheid niet zonder meer worden opgedragen aan particuliere instellingen zoals centra voor *in vitro*-fertilisatie, ook al worden ze erkend door de overheid. Het spreekt vanzelf dat de centra voor *in vitro*-fertilisatie vrij bepalen hoe ze hun opdrachten uitvoeren binnen de perken van de op hen toepasselijke rechtsnormen. In de mate dat de auteurs van het ontwerp dit bedoelen wanneer zij in de toelichting refereren aan de "bewegingsvrijheid" van de centra, is de voorgestelde bepaling overbodig en kan zij beter worden weggelaten.

Indien het evenwel toch de bedoeling zou zijn de centra werkelijk te machtigen om regels uit te vaardigen die bijvoorbeeld bindend zouden zijn voor de wensouder(s) die zich tot hen richt(en), is de voorgestelde bepaling in strijd met artikel 33 van de Grondwet [(240)]. Onder bepaalde voorwaarden kan dit grondwettigheidsbezwaar wegvallen wanneer wordt voorzien in een goedkeuring door de Koning [(241)], maar die werkwijze lijkt niet echt wenselijk, onder meer omdat de door elk centrum afzonderlijk vastgestelde regelingen aldus zouden moeten worden goedgekeurd.

Artikel 5

166. De Raad van State beschikt niet over het nodige inzicht in de medische wetenschap om zich een oordeel te kunnen vormen over de proportionaliteit van de leeftijdsgrenzen die in de voorgestelde bepaling worden gehanteerd.

---

(240) Zie onder meer het advies 22.537/2 van 21 november 1994 over een ontwerp van wet houdende wijziging van de wet van 25 ventôse en 5 germinal jaar XI (16 maart 1803) tot regeling van het notarisambt, pp. 2-15 (F) en 95-110 (N). Dit advies werd niet bekendgemaakt in de parlementaire stukken.

(241) Zie het advies 24.600/AV/2 - 24.601/AV/2 van 6 november 1995 over 1° een ontwerp van wet houdende wijziging van de wet van 25 Ventôse jaar XI tot regeling van het notarisambt, 2° een ontwerp van wet houdende toekenning van een tuchtrechtelijke bevoegdheid aan de kamers van notarissen en aan de Nationale kamer van notarissen, pp. 29-32 (F) en 64-68 (N). Dit advies werd niet bekendgemaakt in de parlementaire stukken.

Artikel 7

167. Het spreekt vanzelf dat de wensouders de mogelijkheid hebben om in elke stand van de procedure beroep te doen op een psychologische consultatie. Indien het de bedoeling is dat de fertiliteitscentra zelf die consulatie aan de wensouders aanbieden of de wensouders op hun vraag in contact brengen met een psychologische raadgever, kan dit beter met zoveel woorden bepaald worden. In het andere geval kan paragraaf 2 beter worden weggelaten.

Artikel 11

168. Wellicht wordt met "andere afnames" de nieuwe afname van eicellen en zaadcellen bedoeld. Dit kan beter met zoveel woorden worden bepaald.

Artikel 13

169. Met "de situatie bedoeld in artikel 14, vierde lid", wordt eigenlijk verwezen naar de hypothese dat er twee wensouders zijn. Dit kan beter met zoveel woorden worden bepaald.

Artikel 14

170. De vermelding in het tweede lid dat een contractuele bepaling die in strijd is met artikel 17, van rechtswege nietig is, roept de vraag op of dit dan niet het geval is voor een eventuele strijdigheid met andere bepalingen van de voorgestelde wet, die immers eveneens dwingend lijken te zijn.

171. De tweede zin van het derde lid kan wellicht beter worden overgeheveld naar artikel 18, derde lid.

Artikel 19

172. Het zou wenselijk zijn indien in de parlementaire voorbereiding, bijvoorbeeld in het commissieverslag, aan de hand van enkele voorbeelden wordt verduidelijkt wat de draagwijdte is van de "bijzondere omstandigheden" bedoeld in paragraaf 1.

Artikel 20

173. Het vereiste dat boventallige embryo's enkel gratis kunnen worden gebruikt voor wetenschappelijk onderzoek komt niet voor in de wet van 11 mei 2003 betreffende het onderzoek op embryo's *in vitro*. Men kan zich afvragen of dat vereiste niet beter middels een wijzigingsbepaling in die wet wordt opgenomen. In dat geval moeten de auteurs van het voorstel zich wel beraden of dat vereiste ook moet gelden voor speciaal voor onderzoek aangemaakte embryo's, die buiten het toepassingsgebied van dit voorstel vallen, maar binnen het toepassingsgebied van de wet van 11 mei 2003 [(242)].

Artikel 21

174. Volledigheidshalve kan in het eerste lid wellicht best worden verwezen naar de overeenkomst bedoeld in de artikelen 8 en 14.

175. De bepaling in het tweede lid is niet alleen nieuw, maar ze wijkt zelfs af van de wet van 11 mei 2003 betreffende het onderzoek op embryo's *in vitro*. Artikel 8, vierde lid, van die wet voorziet immers in de mogelijkheid van een weigering achteraf door een donor. Artikel 8, derde lid, bepaalt dat aan de donoren wordt meegedeeld dat zij hun toestemming tot aan de aanvang van het onderzoek kunnen intrekken.

De voorgestelde bepaling en de bestaande wetsbepaling zouden in principe dus op elkaar moeten worden afgestemd. De vraag is echter of de bepaling in het tweede lid wel een proportionele maatregel is. Volgens de toelichting is die maatregel ingegeven door de bezorgdheid de fertiliteitscentra een grotere rechtszekerheid te bieden, maar dat neemt niet weg dat rekening moet worden gehouden met wensouders die om bepaalde redenen alsnog embryo's wensen in te planten. Daarbij moet ook in overweging worden genomen dat embryo's die

(242) Zie artikel 4 van de wet van 11 mei 2003 betreffende het onderzoek op embryo's *in vitro*.

worden bestemd voor wetenschappelijk onderzoek, per definitie nadien moeten worden vernietigd (of bij dat onderzoek zelf tenietgaan), terwijl embryo's die worden ingeplant zich kunnen ontwikkelen tot een levend wezen.

Deze beleidskeuze zou best worden heroverwogen.

Artikel 22

176. Er wordt verwezen naar de opmerking gemaakt onder nr. 165, in verband met artikel 4 van het voorstel. Het is aanvaardbaar dat, in individuele gevallen, de fertiliteitscentra een termijn bepalen of dienaangaande een algemene strategie vaststellen. Als dat de enige strekking is, is die bepaling overbodig en dient ze weggelaten te worden.

Artikel 23

177. Het is niet duidelijk hoe de donatie van boventallige embryo's anoniem kan zijn wanneer beroep gedaan wordt op een niet-genetische draagmoeder en het embryo is ontstaan uit gameten van de wensouders; in dat geval wordt het embryo ingeplant bij de draagmoeder, maar met de uiteindelijke bedoeling om het kind later af te staan aan de wensouders. Theoretisch is anonimiteit van de donoren van embryo's (de wensouders) ten aanzien van de draagmoeder wel denkbaar, maar in de praktijk is dit weinig waarschijnlijk.

Artikel 25

178. Men kan overwegen om deze verbodsbepaling over te brengen naar titel II, ter hoogte van artikel 5. Op het moment van de donatie staat immers nog niet vast hoe de implantatie van de gedoneerde embryo's zal gebeuren.

Artikel 26

179. Er wordt verwezen naar opmerking nr. 178, gemaakt in verband met artikel 25. Vergeleken met het geval omschreven in die bepaling is het nog minder denkbaar dat de donor de omvang van het gezin van de receptor kent.

Artikel 27

180. In het advies nr. 27 van het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek betreffende de donatie van sperma en eicellen wordt gesuggereerd om de bepalingen in het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot de afstamming aan te passen [(243)]. Die ingreep verdient inderdaad de voorkeur op een autonome bepaling in dit wetsvoorstel [(244)].

181. De voorgestelde bepaling houdt geen rekening met de hypothese van embryodonatie met het oog op het realiseren van een niet-genetische draagmoederschap. In dat geval wordt immers een embryo, ontstaan uit de gameten van de wensouders, ingeplant bij de draagmoeder, maar met de uiteindelijke bedoeling om het kind later af te staan aan de wensouders.

Het is natuurlijk mogelijk om in een andere regeling met betrekking tot draagmoeders te bepalen dat de afstamming in dat geval toch in het voordeel speelt van de wensouders, maar dan zou er uitdrukkelijk van de voorliggende bepaling moeten worden afgeweken om daarover geen dubbelzinnigheid te laten ontstaan.

182. Met betrekking tot het tweede lid kan men zich afvragen of de uitsluiting van de rechtsvordering ook niet in de andere zin moet worden toegepast.

Artikel 56

183. Er wordt verwezen naar de opmerkingen nrs. 180 tot 182, gemaakt in verband met artikel 27.

---

(243) Pagina 46.

(244) Zie ook de opmerking onder nr. 80, hiervóór.

Artikel 72

184. Het is niet duidelijk wat de redenen kunnen zijn om de samenwerking tussen fertiliteitscentra en centra voor menselijke erfelijkheid dwingend op basis van exclusiviteit te organiseren.

Artikel 73

185. De verwijzing naar "handelingen (…) die verboden zijn (…)" is ongelukkig, omdat ze de indruk wekt dat alleen verbodsbepalingen strafbaar worden gesteld. Indien dit het geval zou zijn, zou een overtreding van artikel 5, eerste en tweede lid, niet strafbaar zijn, terwijl een overtreding van artikel 5, derde lid, dat wel zou zijn. Dat beantwoordt zeker niet aan de bedoeling van de auteurs van het voorstel.

Het is dan ook verkieslijk om te bepalen dat "overtredingen van de artikelen (….) worden gestraft met een gevangenisstraf (…)".

186. De voorgestelde regeling komt erop neer dat elke handeling die niet overeenstemt met de voorgestelde regeling wordt gestraft met een gevangenisstraf van één tot vijf jaar of met een geldboete van 1.000 tot 10.000 euro.

Overeenkomstig de wet van 5 maart 1952 betreffende de opdeciemen op de strafrechtelijke geldboeten moet het bedrag van deze geldboete verhoogd worden met vijfenveertig decimes, wat neerkomt op een vermenigvuldiging van het bedrag met 5,5.

In zijn advies 31.441/AV van 20 juni 2001 over een voorstel van wet betreffende de euthanasie heeft de Raad van State in verband met een vergelijkbare bepaling het volgende opgemerkt :

> "Krachtens artikel 3 van het wetsvoorstel betreffende de euthanasie pleegt de arts die euthanasie toepast, geen misdrijf wanneer, enerzijds, hij zich ervan heeft verzekerd dat aan de inhoudelijke voorwaarden, omschreven in paragraaf 1, eerste tot derde streepje, van dat artikel is voldaan en, anderzijds, hij bovendien de in het voorstel voorgeschreven voorwaarden en procedures heeft nageleefd.
>
> Het laatstgenoemde vereiste heeft een algemene draagwijdte en slaat derhalve zowel op voorwaarden en procedurele vereisten die tot doel hebben te

waarborgen dat de in artikel 3 gestelde grondvoorwaarden zijn vervuld, als op voorwaarden en procedurele vereisten die niet zulk een aard hebben, maar louter vormelijke verplichtingen inhouden, zoals de verplichtingen in verband met de aangifte opgelegd bij artikel 7 van het voorstel.

De zo-even gedane vaststelling heeft als gevolg dat een arts die niet heeft voldaan aan één van de laatstgenoemde, louter vormelijke, voorwaarden of procedurele vereisten, zich niet op artikel 3 kan beroepen en derhalve, behoudens wanneer hij de aanwezigheid van een noodtoestand zou kunnen inroepen, kan worden veroordeeld met toepassing van de bestaande bepalingen van het Strafwetboek op grond waarvan de euthanasie kan worden bestraft. Die arts wordt bijgevolg op geheel gelijke voet behandeld als de arts die de grondvoorwaarden waaronder euthanasie toelaatbaar is, of de procedurele vereisten die nauw met die voorwaarden zijn verbonden, miskent.

De enkele miskenning van een louter vormelijke verplichting kan aldus leiden tot het opleggen van een straf die, zelfs gelet op de toepasselijke minimumstraffen en op de mogelijkheid tot inachtneming van verzachtende omstandigheden, bezwaarlijk kan worden geacht in een redelijke verhouding te staan tot de tenlastelegging die er in de hier besproken hypothese in wezen op neerkomt de euthanasie te hebben toegepast zonder het desbetreffende, louter vormelijke vereiste te hebben nageleefd.

Met het oog op de naleving van het evenredigheidsbeginsel is het aangewezen een onderscheid te maken tussen, enerzijds, de essentiële voorwaarden die moeten zijn vervuld opdat de euthanasie geen misdrijf zou uitmaken en, anderzijds, de loutere vormvoorwaarden die vreemd zijn aan die essentiële voorwaarden.

Om de naleving van die loutere vormvoorwaarden te verzekeren, zou moeten worden voorzien in een afzonderlijke, aangepaste bestraffing." [(245)]

In de wet van 28 mei 2002 betreffende de euthanasie wordt een strafuitsluitingsgrond gehanteerd waarop men zich enkel kan beroepen indien men aan alle inhoudelijke en formele voorwaarden voldoet, ook de loutere vormvoorwaarden. De voorgestelde regeling vertrekt van een ander uitgangspunt en stelt alle handelingen strafbaar die door de regeling worden verboden. Er zijn evenwel ook louter vormelijke zaken die door het voorstel worden verboden en waarvan de niet-naleving derhalve strafbaar is.

Om die redenen zouden de auteurs van het voorstel moeten voorzien in een afzonderlijke, aangepaste bestraffing voor de overtreding van vormvoorwaarden, zo dat al nodig wordt geacht.

---

(245) Advies 31.441/AV van 20 juni 2001 (*Parl. St.*, Senaat, 1999-2000, nr. 2-244/21, pp. 15-16, nr. 19).

Artikel 74

187. Het verbod om gedurende een zekere tijd enige medische activiteit uit te oefenen is een tuchtmaatregel die volgens het koninklijk besluit nr. 79 van 10 november 1967 betreffende de Orde der geneesheren wordt uitgesproken door de tuchtorganen van deze Orde. Overigens kan volgens artikel 16, eerste lid, van dat besluit de schorsing gedurende twee jaar worden uitgesproken. Het enige zwaardere alternatief is de schrapping van de lijst der Orde.

Het staat aan de wetgever om na te gaan of, ondanks datgene waaraan hier is herinnerd, hij wel degelijk voornemens is als aanvullende straf te voorzien in een beroepsverbod.

188. Het tijdelijke verbod om onderzoeksactiviteiten uit te oefenen lijkt moeilijk te definiëren. Wat is een onderzoeksactiviteit ? Betekent dit dat de betrokkene geen aanstelling kan krijgen aan een wetenschappelijke instelling en dat een eventuele bestaande arbeidsovereenkomst moet worden beëindigd ? Het is ook de vraag of een dergelijke strafsanctie integraal tot de bevoegdheid van de federale overheid kan worden gerekend, in de mate dat zij betrekking heeft op de aanstelling aan universiteiten.

Om die reden zou ook deze maatregel best worden heroverwogen.

190. Benevens de opmerkingen die hiervóór zijn gemaakt, onder de nrs. 187 en 188, moet in de tekst verwezen worden naar artikel 73 in plaats van naar "artikel 74".

De algemene vergadering van de afdeling wetgeving was samengesteld uit :

de Heren	R. ANDERSEN,	eerste voorzitter van de Raad van State,
	Y. KREINS,	kamervoorzitters,
	P. LEMMENS,	
	D. ALBRECHT,	
	P. LIÉNARDY,	staatsraden,
	J. BAERT,	
	J. SMETS,	
	P. VANDERNOOT,	
	J. JAUMOTTE,	
Mevrouw	M. BAGUET,	
de Heren	B. SEUTIN,	
	W. VAN VAERENBERGH,	
	H. COUSY,	assessoren van de afdeling wetgeving,
	J. KIRKPATRICK,	
	A. SPRUYT,	
	J. VELAERS,	
	M. RIGAUX,	
	H. BOSLY,	
	G. VANDERSANDEN,	
	G. KEUTGEN,	
Mevrouw	D. LANGBEEN,	hoofdgriffier,
de Heer	M. FAUCONIER,	toegevoegdgriffier.

De verslagen werden toegelicht door Mevr. R. THIELEMANS, eerste auditeur en de HH. A. LEFEBVRE en J. VAN NIEUWENHOVE, auditeurs.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de HH. P. LEMMENS en P. VANDERNOOT.

DE GRIFFIER, DE EERSTE VOORZITTER,

D. LANGBEEN R. ANDERSEN