

ROYAUME DE BELGIQUE

Avis 46.052/AG
DU 21 AVRIL 2009
DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, assemblée générale de la section de législation, saisi par le Président du Sénat, le 16 février 2009, d'une demande d'avis, sur une proposition de loi "relative à l'accouchement discret" (*Doc. parl.*, Sénat, 2008-2009, n/ 4-1138/1), a donné l'avis suivant :

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 46.052/AV
VAN 21 APRIL 2009
VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, algemene vergadering van de afdeling Wetgeving, op 16 februari 2009 door de Voorzitter van de Senaat verzocht hem, van advies te dienen over een voorstel van wet "betrofende de discrete bevalling" (*Parl. St.*, Senaat, 2008-2009, nr. 4-1138/1), heeft het volgende advies gegeven :

I. Portée de la proposition de loi

La proposition de loi a pour objet de permettre "l'accouchement discret".

Les principaux éléments de la proposition peuvent être exposés comme suit.

Une mère devrait pouvoir accoucher (article 57*bis*, première phrase, proposé du Code civil; article 3 de la proposition) sans que son nom figure dans l'acte de naissance (article 57, alinéa 1^{er}, 2/, proposé du Code civil; article 2, 1/, de la proposition). Elle peut retirer son consentement à l'"accouchement discret" dans les deux mois qui suivent la naissance (article 57*bis*, seconde phrase, proposé du Code civil; article 3 de la proposition). De même, si le nom de la mère n'est pas mentionné sur l'acte de naissance, elle est présumée, deux mois après la naissance de l'enfant ⁽¹⁾, avoir donné son consentement à l'adoption de l'enfant si elle ne l'a pas reconnu à ce moment (article 384-4 proposé du Code civil; article 8 de la proposition).

Le recours à l'"accouchement discret" est précédé d'une "information circonstanciée [délivrée à la mère] sur les droits, aides et avantages garantis par les lois et décrets aux familles, aux mères célibataires ou non, ainsi que sur les possibilités d'aide psychologique et sociale offertes par les organismes et associations reconnus par les lois et décrets" (article 57, alinéa 2, proposé du Code civil; article 2, 2/, de la proposition). Cet accouchement est également accompagné de diverses informations sur les droits de la mère en la matière (article 57, alinéas 3 à 5, proposé du Code civil; article 2, 2/, de la proposition).

⁽¹⁾ Dans la suite du présent avis, on désignera par le mot "enfant" la personne née d'un "accouchement discret", même s'il n'y a pas de lien juridique de filiation entre cet enfant et la femme qui l'a mis au monde et même si cet enfant est devenu majeur. De même, le mot "mère" désignera la femme qui a mis l'enfant au monde, même s'il n'y a pas de lien juridique de filiation entre eux.

Il est prévu une procédure pour la conservation de données tant "identifiables" que "non identifiables" par l'autorité centrale fédérale visée à l'article 360-1 du Code civil (article 62*quater*, §§ 1^{er} et 2, proposé du Code civil; article 5 de la proposition). Les données "identifiables" doivent être fournies, sous pli fermé, à l'occasion de l'"accouchement discret" (article 57, alinéa 4, proposé du Code civil; article 2, 2/, de la proposition). Les données "non identifiables" peuvent l'être dans cette circonstance (article 57, alinéa 5, a), proposé du Code civil; article 2, 2/, de la proposition); elles peuvent être complétées ou retirées à tout moment (article 57, alinéa 5, c), proposé du Code civil; article 2, 2/, de la proposition).

La demande d'accès aux données "identifiables" de la mère peut être formulée par écrit auprès de la "commission" (article 62*quater*, § 7, proposé du Code civil; article 5 de la proposition). Si la mère s'oppose à la levée du secret de son identité, un médiateur est désigné (article 62*quater*, § 9 proposé; article 5 de la proposition). Celui-ci prend contact avec la mère biologique pour lui exposer tous les éléments de la situation afin que celle-ci prenne sa décision définitive en toute connaissance de cause. Ceci signifie que la mère biologique dispose toujours d'un droit de veto : le secret ne peut donc être levé qu'avec son accord.

L'autorité centrale fédérale peut communiquer les données "non identifiables" à l'enfant concerné, agissant, le cas échéant, par ses représentants légaux ou son tuteur (article 62*quater*, §§ 5, alinéa 2, 1/ et 2/, et 6, proposé du Code civil; article 5 de la proposition).

La même autorité centrale fédérale peut recevoir la déclaration, révocable, de la mère autorisant la levée du secret de son identité et la demande de la mère s'enquérant d'une recherche éventuelle par l'enfant concerné, agissant, le cas échéant, par ses représentants légaux ou son tuteur (article 62*quater*, §§ 5, alinéa 2, 3/ et 4/, et 8, proposé du Code civil; article 5 de la proposition).

Le père présumé peut s'opposer à "l'accouchement discret" dans les deux mois suivant la naissance. Si la requête est acceptée, les liens de filiation normaux entre le père et l'enfant sont "rétablis" (article 57*ter* proposé du Code civil; article 4 de la proposition).

La reconnaissance de maternité et l'action en recherche de maternité sont rendues impossibles lorsque la mère a accouché de manière "discrète", qu'elle n'y a pas renoncé dans les deux mois de la naissance et qu'elle n'a pas décidé de lever le secret de son identité (articles 313, § 2, alinéa 2, et 314, alinéa 2, *in fine*, proposés du Code civil; articles 6 et 7 de la proposition).

Enfin, les prestations prévues par la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994, en ce qui concerne l'"accouchement discret" seraient prises en charge par le Fonds spécial de solidarité créé au sein du Service des soins de santé de l'Institut national d'assurance maladie-invalidité et seraient remboursés à l'établissement qui a pratiqué cet accouchement, pour autant que la mère n'ait pas dans les deux mois de la naissance reconnu l'enfant (article 25, alinéa 3, proposé de la loi précitée du 14 juillet 1994; article 9 de la proposition).

II. Observations préalables relatives à la terminologie

II. 1. Le terme "accouchement discret", utilisé dans la proposition, suggère qu'il s'agit non pas d'un "accouchement anonyme", mais d'une forme atténuée de ce dernier.

Toutefois, tant que la mère biologique désire rester anonyme, son identité et ses autres données "identifiables" resteront secrètes pour l'enfant. Selon la proposition, l'enfant a par contre accès aux données "non identifiables" (article 62*quater*, § 6, proposé du Code civil; article 5 de la proposition), pour autant toutefois que la mère les ait communiquées et sous la réserve de la possibilité pour la mère de les retirer à tout moment (article 57, alinéa 5, a) et c), proposé du Code civil; article 2, 2/, de la proposition).

Il n'est donc pas entièrement correct de parler d'"accouchement discret".

II.2. La proposition qualifie les données relatives à la mère comme "identifiables" ou "non identifiables".

Il convient de les qualifier d'"identifiantes" ou de "non identifiantes".

Dans la suite du présent avis, c'est ainsi qu'elles seront mentionnées.

III. Observations générales

A. Le respect des droits et libertés fondamentaux

1. *Les droits en conflit*

III.A.1.1. Le régime de "l'accouchement discret" inscrit dans la proposition de loi a un impact sur différents droits et libertés fondamentaux.

III.A.1.2. En prévoyant l'anonymat de l'accouchement, la proposition se place sur le terrain du droit de la mère au respect de sa vie privée (article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, article 22 de la Constitution), mais aussi, ainsi qu'il est indiqué dans l'exposé des motifs, du droit à la vie (article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme) et à l'intégrité physique de l'enfant (articles 3 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, articles 22 et 22*bis* de la Constitution). L'exposé des motifs mentionne en effet que :

"Le but est d'éviter autant que possible des drames encore récemment signalés où des mères désespérées ne voulant pas avouer leur grossesse, accouchent seules en abandonnant leur bébé en danger de mort, si pas décédé, et cela dans des conditions d'hygiène déplorables" ⁽²⁾ ⁽³⁾.

⁽²⁾ *Doc. parl.*, Sénat, 2008-2009, n/ 4-1138/1.

⁽³⁾ Sur la prise en considération de ce type d'éléments par la Cour européenne des droits de l'homme, voir, plus bas, le n/ III.A.3.2.

III.A.1.3. Cependant, en garantissant l'anonymat de la mère, la proposition porte aussi atteinte à un certain nombre de droits fondamentaux de l'enfant.

Ces droits se rattachent au droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 22 de la Constitution.

Tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme, ce droit comprend :

- celui de mener une vie familiale normale, ce qui implique en particulier une protection juridique rendant possible, dès la naissance ou dès que réalisable par la suite, l'intégration de l'enfant dans sa famille paternelle et maternelle, légitime ou naturelle ⁽⁴⁾, en d'autres termes le droit à "l'établissement d'un lien juridique entre un enfant [...] et son géniteur" ⁽⁵⁾ ainsi que les autres membres de sa famille ⁽⁶⁾;
- le droit de tout individu à la connaissance de ses origines, notamment l'identité de ses géniteurs ⁽⁷⁾.

⁽⁴⁾ Cour eur. dr. h., *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, § 31; *Johnston e.a. c. Irlande*, 18 décembre 1996, §§ 72 et 75; *Kroon e.a. c. Pays-Bas*, 27 octobre 1994, §§ 32 et 36.

⁽⁵⁾ Cour eur. dr. h., *Mikulic c. Croatie*, 7 février 2002, § 53, alinéa 2, également §§ 47, 65 et 66; *Kroon e.a. c. Pays-Bas*, 27 octobre 1994, § 36; *Turnali c. Turquie*, 7 avril 2009, § 35. Voir également le "rapport sur les principes relatifs à l'établissement et aux conséquences juridiques du lien de filiation - «Le livre blanc»", adopté par le Comité directeur pour la coopération juridique (CDCJ) du Conseil de l'Europe lors de sa 79^e réunion plénière du 11 au 14 mai 2004, point 14, *in fine* : "[...] toutes les circonstances antérieures touchant à la conception et à la grossesse (par exemple, maternité de substitution) et toute modification ultérieure de la filiation juridique (par exemple, adoption par une autre personne) seront sans incidence sur la filiation juridique maternelle au moment de la naissance".

⁽⁶⁾ Cour eur. dr. h., *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, § 45.

⁽⁷⁾ Cour eur. dr. h., *Odièvre c. France*, 13 février 2003, §§ 29 et 44.

Il convient également de prendre en considération un certain nombre de droits et de principes garantis par la Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée à New York le 20 novembre 1989 ⁽⁸⁾.

Les principales dispositions pertinentes de cette Convention sont les suivantes :

- l'article 3, paragraphes 1 et 2 :

"1. Dans 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.

2. 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.";

- l'article 7, paragraphe 1 :

"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.";

- l'article 8, paragraphe 1 :

"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'ils sont reconnus par la loi, sans ingérence illégale.";

⁽⁸⁾ Voir sur ce point l'avis portant les n^{os} 39.474/AG, 39.475/AG, 39.476/AG, 39.477/AG, 39.478/AG et 39.525/AG, donné le 24 janvier 2006 sur les propositions de loi "relative aux mères porteuses", "réglementant la maternité de substitution", "relative aux mères porteuses", "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", "interdisant la maternité de substitution et le recours aux mères porteuses" et "relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes" (*Doc. parl.*, Sénat, 2003-2004, n/ 417/3).

- l'article 9, paragraphes 1 et 2 :

"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 1, toutes les parties intéressées doivent avoir la possibilité de participer aux délibérations et de faire connaître leurs vues.";

- l'article 18, paragraphe 1 :

"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.".

III.A.1.4. En outre, en garantissant l'anonymat de la mère, la proposition peut également affecter indirectement le droit au respect de la vie familiale du père (article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, article 22 de la Constitution).

III.A.1.5. Il convient d'apprécier ci-après, sous les n^{os} 2 à 6 (III.A.2 à III.A.6), la mesure dans laquelle l'intérêt de la mère se concilie avec les droits consacrés par les dispositions constitutionnelles et internationales précitées ⁽⁹⁾.

⁽⁹⁾ Voir aussi, sous le n/ III.C, les observations faites sur l'incidence de la levée de l'anonymat de la naissance sur les possibilités de reconnaissance maternelle ou d'action en recherche de maternité, qui tiennent compte de certains aspects du droit au respect de la vie privée et familiale des personnes concernées.

2. Les limites de la marge d'appréciation des États

III.A.2. Dans l'affaire *Odièvre c. France*, qui concernait également une législation sur "l'accouchement sous X", la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que les États disposaient d'une certaine marge d'appréciation pour mettre en balance les intérêts de la mère (vie privée), de l'enfant (droit à la connaissance de ses origines), du père (vie privée et vie familiale), des parents adoptifs (vie familiale), de la société (entre autres, dans le cadre de la prévention de la maltraitance des enfants ou des avortements) et de tiers ⁽¹⁰⁾.

La Cour reconnaît cette large marge d'appréciation eu égard à la diversité des systèmes et traditions juridiques des États ainsi que des moyens disponibles des États pour l'accueil d'enfants abandonnés ⁽¹¹⁾.

En d'autres termes, il appartient avant tout aux instances nationales de contrôler, dans le respect de la large marge d'appréciation qui leur est laissée par la Cour européenne, si un régime relatif à "l'accouchement discret" ou à "l'accouchement sous X" est conciliable avec les droits et libertés fondamentaux en cause.

En ce qui concerne la Belgique, c'est le législateur qui devra en premier lieu se livrer à une appréciation; plus tard, la Cour constitutionnelle devra éventuellement examiner l'appréciation faite par le législateur à la lumière des droits fondamentaux

⁽¹⁰⁾ Voir, ci-après, le n/ III.A.3.2.

⁽¹¹⁾ Cour eur. dr. h., 13 février 2003, *Odièvre c. France*, § 47 : "face à la diversité des systèmes et traditions juridiques, ainsi d'ailleurs que des pratiques d'abandon, les États doivent jouir d'une certaine marge d'appréciation pour décider des mesures propres à assurer la reconnaissance des droits garantis par la Convention à toute personne relevant de leur juridiction".

garantis par la Constitution, sans que cette Cour doive à cette occasion se limiter à un contrôle marginal, comme la Cour européenne des droits de l'homme. Le Conseil d'État a déjà observé que

"la marge d'appréciation que la Cour européenne des droits de l'homme paraît reconnaître aux États en matière de relation entre l'État et les religions et les conceptions philosophiques doit être appréhendée dans le contexte du contrôle subsidiaire qu'exerce cette juridiction européenne par rapport à des pratiques internes et qu'elle ne signifie donc pas nécessairement en droit interne que, dans le cadre du contrôle préventif exercé par la section de législation du Conseil d'État et celui exercé éventuellement *a posteriori* par la Cour constitutionnelle, une exigence plus stricte [...] ne soit pas mise en oeuvre" ⁽¹²⁾.

Les motifs précités qui conduisent la Cour européenne à accorder aux États une large marge d'appréciation n'existent en effet pas au niveau national.

Dans le cadre de l'examen de la proposition au regard des droits de l'homme, il y a lieu de faire une distinction entre, d'une part, le principe de l'accouchement discret (n° 3, ci-après) et, d'autre part, la possibilité pour l'enfant d'avoir connaissance de données relatives à la mère (n°s 4 et 5, plus bas).

3. Le principe de l'accouchement discret

III.A.3.1. Les textes cités ci-avant, spécialement les dispositions pertinentes de la Convention relative aux droits de l'enfant, s'ils mettent l'accent sur la priorité attachée à la relation à garantir entre l'enfant et ses parents, n'en font toutefois pas un principe absolu.

⁽¹²⁾ Avis 44.521/AG, donné le 20 mai 2008 sur une proposition de loi "visant à appliquer la séparation de l'État et des organisations et communautés religieuses et philosophiques non confessionnelles" (*Doc. parl.*, Sénat, 2007-2008, n° 4-351/2, p. 11).

Ainsi, l'article 7, paragraphe 1, de cette Convention ne consacre le droit de l'enfant de connaître ses parents et d'être élevé par eux que "dans la mesure du possible" et l'article 8, paragraphe 1, de la Convention n'exclut pas qu'il y ait des "ingérences" notamment dans le droit de l'enfant à ses relations familiales, à condition qu'elles ne soient pas "illégales".

Les droits reconnus à l'enfant peuvent entrer en conflit avec d'autres droits ou d'autres valeurs dont l'autorité publique a la garde, comme le confirme l'article 8, paragraphe 2, de la Convention européenne des droits de l'homme, ainsi rédigé :

"Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice d[u] droit [de toute personne au respect de sa vie privée et familiale] 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 des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui."

Dans ce contexte, il ne peut être exclu que certains États puissent considérer que l'obligation pesant sur eux, en vertu de l'article 3, paragraphe 2, de la Convention relative aux droits de l'enfant, de "pren[dre] [...] toutes les mesures législatives et administratives appropriées" en vue d'"assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être [...]" puisse aller jusqu'à organiser un régime d'"accouchement discret". À cet égard, l'article 9, paragraphe 1, de la Convention évoque aussi la maltraitance ou le fait de négliger l'enfant comme pouvant justifier qu'il soit séparé de ses parents.

III.A.3.2. C'est en ce sens que l'arrêt *Odièvre c. France*, précité, de la Cour européenne des droits de l'homme se prononce.

Il y reconnaît "l'intérêt d'une femme à conserver l'anonymat pour sauvegarder sa santé en accouchant dans des conditions médicales appropriées" ⁽¹³⁾ et y relève également ce qui suit :

"L'intérêt général n'est pas non plus absent dans la mesure où la loi française s'inscrit, depuis longtemps, dans 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». Le droit au respect de la vie, valeur supérieure garantie par la Convention, n'est ainsi pas étranger aux buts que recherche le système français" ⁽¹⁴⁾.

III.A.3.3. Compte tenu de ce qui a été exposé ci-avant sur les différences d'approche pouvant surgir d'un État à un autre sur ces questions, sur la marge d'appréciation qui leur est reconnue et sur la possibilité d'un contrôle plus strict dans l'ordre juridique interne par rapport à celui, à caractère subsidiaire, opéré au niveau européen ⁽¹⁵⁾, il appartient toutefois au législateur de prendre en considération les doutes qui peuvent surgir sur la pertinence du recours à l'"accouchement discret" au regard des objectifs invoqués en sa faveur.

À cet égard, il y a lieu de faire référence à un rapport de l'Unicef sur l'accouchement discret selon lequel "on ne dispose pas de véritables données objectives" en la matière et "l'accouchement anonyme ne garantit pas les risques liés à l'infanticide, qui relève davantage d'une psychose chez la mère" ⁽¹⁶⁾.

Le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, qui exerce un contrôle du respect de la Convention relative aux droits de l'enfant ⁽¹⁷⁾, a également émis des réserves à l'égard de l'accouchement anonyme. Ainsi, dans ses observations finales émises le 31 mars 2005 sur le rapport présenté par le Grand-Duché du Luxembourg, il "prie

⁽¹³⁾ Cour eur. dr. h., *Odièvre c. France*, précité, § 44.

⁽¹⁴⁾ Cour eur. dr. h., *Odièvre c. France*, précité, § 45.

⁽¹⁵⁾ N/ III.A.2, ci-avant.

⁽¹⁶⁾ Rapport Unicef, *L'accouchement discret... anonyme. Quels droits pour l'enfant ? Position d'Unicef Belgique*, janvier 2009.

⁽¹⁷⁾ Pour davantage d'informations, voir <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/index.htm>.

instamment l'État partie de prendre toutes les mesures nécessaires pour empêcher et éliminer la pratique de l'accouchement dit anonyme" ⁽¹⁸⁾ ⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁸⁾ Comité des droits de l'enfant, observations finales sur le rapport présenté par le Luxembourg, n/ 29, CRC/C/15/Add.250, 31 mars 2005, http://www.ork.lu/PDFs/droits_enfant.pdf, cité dans la version originale en langue anglaise in P. Senaevé, F. Swennen et G. Verschelden (éds.), *De hervorming van het afstammingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, p. 341, et in S. Michaux, "L'accouchement sous X au regard de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant", *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, pp. 313 à 346, ici p. 344; voir aussi J. Van Broeck, "Het recht van een geadopteerde om zijn geboorteparents te kennen - Het bloed kruipt waar het niet gaan kan", note sous Cour. eur. dr. h., *Odièvre c. France*, précité, *T.B.B.R.*, 2003, pp. 407 à 423, ici n/ 11, p. 410. Dans le même sens, les observations finales sur le rapport présenté par l'Autriche, recommandant "de prendre toutes les mesures nécessaires pour éviter le recours aux «berceaux d'accueil»" (observations finales, n/ 30, CRC/C/15/Add.251, 31 mars 2005, <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf>, cité dans la version originale en langue anglaise in P. Senaevé, F. Swennen et G. Verschelden (éds.), *op. cit.*, p. 341).

⁽¹⁹⁾ Il importe toutefois de relever qu'après avoir émis la considération précitée sur le rapport présenté par le Luxembourg, l'observation finale considère aussi ce qui suit :

"Si cette pratique devait se poursuivre, il appartiendrait à l'État partie de prendre les mesures qui s'imposent pour que toutes les informations sur les parents soient enregistrées et archivées afin que l'enfant puisse, autant que possible et au moment opportun, connaître l'identité de son père et/ou de sa mère" (*loc. cit.*).

De même, à l'égard de l'Autriche, l'observation finale précitée énonce ce qui suit :

"Il lui recommande en outre d'adopter et d'appliquer sans tarder des dispositions juridiques et une réglementation relatives à l'enregistrement séparé de toutes les données médicales et autres données pertinentes sur le ou les parents - en particulier le nom et la date de naissance du ou des parents -, et de permettre à l'enfant d'y avoir accès au moment approprié" (*loc. cit.*).

L'année précédente, l'observation finale émise à l'égard de la France ne s'était pas située sur le terrain du principe même de l'"accouchement sous X" dans ce pays mais sur celui du droit de l'enfant de connaître ses parents :

"Le Comité recommande à l'État partie de prendre toutes les mesures voulues pour assurer la pleine application des dispositions de l'article 7, en particulier le droit de l'enfant à connaître dans la mesure du possible ses parents, eu égard aux principes de la non discrimination (art. 2) et de l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 3)" (observations finales sur le rapport présenté par la France, n/ 24, CRC/C/15/Add.240, 30 juin 2004, <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf>, cité dans la version originale en langue anglaise in P. Senaevé, F. Swennen et G. Verschelden (éds.), *op. cit.*, p. 341, in S. Michaux, *loc. cit.*, p. 344; voir aussi J. Van Broeck, *loc. cit.*, n/ 11, p. 410).

Sur la question de l'accès ultérieur de l'enfant aux données concernant ses parents, il est renvoyé aux observations faites sous les n^{os} III.A.4 et III.A.5, plus bas.

Seul l'examen d'une motivation adéquate sur ces questions, qu'il appartient au législateur de fournir, permettrait d'apprécier de manière documentée la justification en droit interne du principe de l'"accouchement discret" au regard des principes garantis par l'article 22 de la Constitution, par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et par les dispositions pertinentes de la Convention sur les droits de l'enfant.

III.A.3.4. Quoi qu'il en soit, sous ces réserves, les modalités du recours à l'"accouchement discret", telles qu'elles sont énoncées dans la proposition, doivent être précisées.

Spécialement lorsque des droits fondamentaux sont en cause, les restrictions opérées par la loi requièrent en effet un dispositif évitant toute ambiguïté.

III.A.3.5. Ainsi, la proposition accorde à la mère le droit lors de l'accouchement de demander "le secret de l'admission et de l'identité" (article 57, alinéa 1^{er}, 2/, proposé du Code civil; article 2, 1/, de la proposition). L'exercice de ce droit n'est soumis à aucune condition. Partant, la proposition ne semble pas écarter que la mère fasse encore cette demande de secret de l'identité au moment où elle met l'enfant au monde, si bien qu'il n'est pas exclu que d'autres motifs, par exemple d'ordre eugénique, entrent en considération. En outre, il n'apparaît pas clairement comment, par une demande d'"accouchement discret" faite au moment même de celui-ci, il sera possible de donner à la mère les informations dont il est question à l'article 57, alinéa 2, proposé du Code civil (article 2, 2/, de la proposition), qui sont destinées à assurer la prise en compte d'autres intérêts que ceux mis en avant par la mère en cette circonstance.

En revanche, on ne saurait exclure qu'un accouchement survienne de manière inopinée, avant terme par exemple, auquel cas on n'aperçoit pas pourquoi la mère ne pourrait pas, fût-ce dans un bref délai après la naissance, choisir de rendre cet accouchement discret dans des conditions analogues à celles prévues lorsque le choix de ce type d'accouchement est opéré préalablement.

La proposition devrait être réexaminée et complétée sur ces points. Il pourrait être prévu l'intervention d'une instance indépendante en vue de s'assurer, dans des conditions tenant compte des circonstances en cause, de la réalité du respect des conditions de fond et de forme qui seraient arrêtées.

III.A.3.6. L'un des aspects importants de la proposition porte sur la distinction entre les données identifiantes et les données non identifiantes.

Il est permis de s'interroger sur la pertinence de cette distinction. On ne saurait exclure, en raison notamment des progrès de la science, que certaines données non identifiantes deviennent identifiantes ultérieurement ou que des données non identifiantes ne puissent revêtir une quelconque utilité, notamment médicale, qu'à l'aide de compléments d'information recueillis parmi les données identifiantes.

En tout état de cause, comme il sera montré dans la suite de l'avis, le dispositif devra être plus clair quant à la nature de ces deux catégories de données ⁽²⁰⁾.

III.A.3.7. Sous ces réserves, la difficulté suivante doit également être relevée.

La proposition opère une distinction entre la décision initiale de la mère d'accoucher de manière "discrète", formulée à l'article 57 proposé du Code civil (article 2 de la proposition) et la possibilité dont elle dispose, en vertu de l'article 57*bis* proposé du même Code (article 3 de la proposition), de "retirer son consentement" à sa décision d'opter pour ce type d'accouchement. Cette dernière possibilité, qui consiste en réalité en un retrait de la demande initiale de la mère et, en conséquence, des effets qui s'y attachent, est systématiquement rappelée dans la suite de la proposition, spécialement aux articles 313, § 2, alinéa 2, et 348-4, alinéa 4, proposés du Code civil et à l'article 25 de la loi coordonnée précitée du 14 juillet 1994 (articles 6, 8 et 9 de la proposition).

Ce rappel alourdit inutilement le texte des dispositions proposées.

⁽²⁰⁾ Voir notamment le n/ III.A.3.8, ci-après.

Il suffirait de prévoir, par exemple à l'article 57*bis* proposé du Code civil (article 3 de la proposition), qu'à l'expiration du délai de deux mois suivant la naissance l'accouchement est définitivement considéré comme "discret", ce qui n'empêche pas l'organisation, dans la suite de la proposition, des effets de ce type d'accouchement à l'égard du père (article 4), des modalités de recueil des données identifiantes et non identifiantes, de leur révélation à l'enfant (article 5), des possibilités ultérieures de reconnaissance de maternité et d'action en recherche de maternité (articles 6 et 7), des effets sur l'adoption de l'enfant (article 8) et de l'incidence de l'"accouchement discret" sur la prise en charge des frais hospitaliers qu'il a suscités (article 9).

La rédaction des dispositions précitées devrait être revue en conséquence.

On observera d'ailleurs que ce rappel de la possibilité pour la mère de renoncer à l'"accouchement discret" dans les deux mois de la naissance ne figure pas à l'article 314, alinéa 2, *in fine*, proposé du Code civil (article 7 de la proposition). La rédaction de cette disposition devrait toutefois être revue afin de ne pas se limiter à la demande, "lors de l'accouchement", du "secret de [l']admission" de la mère, et de faire référence au caractère "discret" de l'accouchement, tel qu'il résultera de l'article 57*bis* du Code civil modifié à la lumière de la présente observation. Ainsi, la rédaction harmonisée des articles 313, § 2, alinéa 2, et 314, alinéa 2, *in fine*, proposés du Code civil (articles 6 et 7 de la proposition) se ferait sur cette base.

III.A.3.8. En conclusion sur ces points commentés sous les n^{os} III.A.3.1 à III.A.3.7, la rédaction de la proposition doit être revue de manière à mieux la structurer et à la clarifier.

Voici quelques exemples de ces difficultés :

- Les conditions de fond de l'admissibilité du recours à l'"accouchement discret" ne sont pas énoncées ⁽²¹⁾.

⁽²¹⁾ Voir l'observation n/ II.A.3.5, plus haut.

- Les formalités qui y sont attachées sont formulées dans une disposition, l'article 57 du Code civil, qui concerne l'acte de naissance, alors qu'elles sont sans rapport direct avec celui-ci (article 2, 2/, de la proposition).
- Le caractère définitif de l'"accouchement discret" au terme du délai de deux mois dont il est question à l'article 57*bis* proposé du Code civil (article 3 de la proposition) devrait être mieux affirmé ⁽²²⁾.
- Le régime applicable à la communication des données identifiantes et des données non identifiantes n'est organisé que de manière incidente, dans une disposition qui traite des informations à donner à la mère (article 57, alinéas 3 à 5, proposé du Code civil; article 2, 2/, de la proposition).
- L'objet même des données identifiantes et des données non identifiantes n'est pas précisé. Ainsi, l'article 57, alinéa 1^{er}, 2/, proposé du Code civil (article 2, 1/, de la proposition) ne fait pas apparaître clairement quelles sont les données pouvant faire l'objet du secret demandé par la mère, même si l'on peut supposer qu'il s'agit du "nom, [des] prénoms et [du] domicile de la mère". De même, le texte n'expose pas quels sont les "renseignements sur [l]a santé [de la mère] et celle du père [et sur] les origines de l'enfant et les circonstances de la naissance" (article 57, alinéa 5, a), proposé du Code civil; article 2, 2/, de la proposition) que la mère peut communiquer.
- Aucune disposition ne règle les sanctions qui s'attacheraient au défaut de communication des données identifiantes et non identifiantes.
- Il n'est pas précisé qui doit délivrer les informations dont il est question aux alinéas 2 à 5 proposés de l'article 57 du Code civil (article 2, 2/, de la proposition).
- On s'interroge sur l'articulation entre le droit que l'article 57, alinéa 1^{er}, 2/, proposé du Code civil (article 2, 1/, de la proposition) paraît reconnaître à la mère d'encore pouvoir demander la "discrétion" de son accouchement au moment de celui-ci, et les procédures d'information dont il est question aux alinéas 2 à 5, spécialement à l'alinéa 2 de la même disposition proposée, ledit alinéa 2 disposant au surplus que les informations dont il y est question doivent être fournies "préalablement à l'accouchement".

⁽²²⁾ Voir l'observation n/ II.A.3.7, ci-avant.

Afin de pallier ces difficultés et sous le bénéfice des autres observations faites dans le présent avis, le dispositif relatif au recours proprement dit à l'"accouchement discret" doit être revu de manière à énoncer dans l'ordre suivant :

- les conditions de fond de l'"accouchement discret";
- les procédures préalables à l'admission de ce type d'accouchement dans l'ordre chronologique, ce dispositif devant porter notamment sur la nature des informations à donner à l'intéressée et sur la question de savoir qui est tenu de procéder à cette communication;
- les règles relatives au contrôle de l'effectivité de ces conditions et procédures;
- la détermination de l'objet et de la nature des données identifiantes et des données non identifiantes ⁽²³⁾;
- la fixation du moment auquel l'"accouchement discret" doit être considéré définitivement comme tel, après l'expiration du délai dans lequel la mère pourrait y renoncer;
- la détermination du caractère obligatoire de la communication des données identifiantes et des données non identifiantes ⁽²⁴⁾ et des modalités de cette communication, eu égard spécialement au secret à préserver en la matière;
- les autres obligations de l'établissement dans lequel l'accouchement a eu lieu, notamment la réception des listes de données identifiantes et de données non identifiantes et leur communication aux autorités à désigner, dans le respect du secret qui s'y attache;
- les sanctions qui s'attachent au non respect des règles qui précèdent relatives aux données identifiantes et aux données non identifiantes;

⁽²³⁾ Sur l'importance de l'accès de l'enfant aux données non identifiantes, et donc de l'existence même de pareilles données, voir l'arrêt *Odièvre c. France* du 13 février 2003 de la Cour européenne des droits de l'homme, § 48.

⁽²⁴⁾ Voir notamment l'observation n/ III.A.5, plus bas.

- le règlement de l'hypothèse où l'accouchement n'aurait pas eu lieu dans un établissement hospitalier;
- les effets de l'"accouchement discret" sur les mentions à faire figurer dans l'acte de naissance.

Il est renvoyé également aux autres observations qui sont faites, de manière plus spécifique, sur la proposition.

III.A.3.9. En tout état de cause, la suite du texte, lorsqu'il y est question de la possibilité pour l'enfant d'avoir accès à des informations concernant sa mère, devra se référer aux données identifiantes ou aux données non identifiantes ou encore, le cas échéant, à certaines de ces données, en veillant à la précision de ces références. Ainsi, par exemple :

- à l'article 62*quater*, § 1^{er} (article 5 de la proposition), la référence aux "informations recueillies à l'occasion de chaque accouchement discret" manque de précision;
- il en va de même pour le renvoi fait par le paragraphe 5, alinéa 1^{er}, proposé "aux origines personnelles visées à l'article 57" ⁽²⁵⁾, l'intention ne paraissant pas pouvoir consister en un renvoi à l'ensemble de ces données;
- au paragraphe 9, alinéa 3, de la même disposition proposée, on évitera de faire état de l'"identité" de la mère, dont on ignore si elle se limite ou non à son nom et à ses prénoms, alors spécialement que le premier alinéa de la disposition évoque à bon escient les "données identifia[nt]es", qui peuvent avoir un contenu plus large.

⁽²⁵⁾ On remarquera en outre que les deux versions linguistiques de la proposition ne concordent pas sur ce point.

4. *La prise en considération de l'intérêt de l'enfant à l'encontre de l'anonymat des données identifiantes de sa mère*

III.A.4.1. Une question distincte, d'importance, se pose quant au droit ultérieur de l'enfant d'avoir accès aux informations concernant sa mère, ses origines et les circonstances de sa naissance.

Même sur ces questions, les auteurs du projet partent du principe que, pour apprécier les différents droits fondamentaux en cause, c'est le droit de la mère au respect de sa vie privée qui est la priorité absolue. Seule la mère peut elle-même lever le secret (article 62^{quater} proposé du Code civil; article 5 de la proposition). Si elle ne donne pas son consentement, l'enfant n'a accès qu'à des informations non identifiantes, dans la mesure où, sur la base de ce que semble admettre l'article 57, alinéa 5, a) et c), proposé du Code civil (article 2, 2/, de la proposition), la mère les a communiquées et, en outre, ne les aurait pas "retir[ées]" ⁽²⁶⁾.

Or, comme la Cour européenne des droits de l'homme l'a relevé dans son arrêt *Odièvre c. France*, précité, cette problématique met "en présence [...] deux intérêts privés difficilement conciliables"; lorsque l'enfant concerné est devenu adulte, ce conflit d'intérêts "touch[e] d'ailleurs non une adulte et un enfant, mais deux adultes jouissant chac[un] de l'autonomie de sa volonté" ⁽²⁷⁾.

Il convient également d'examiner la proposition sur ce point à la lumière des articles 3 et 7 précités de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant. À cet égard, il importe de préciser que le Comité des droits de l'enfant semble interpréter les articles 3 et 7 de la Convention de telle façon que l'enfant puisse "autant que possible" et "au moment opportun" – ce qui pourrait impliquer une appréciation par le juge, au cas par cas – connaître l'identité de sa mère. Cela peut se déduire des *Observations finales* du Comité des droits de l'enfant des Nations Unies à l'intention du

⁽²⁶⁾ Voir sur ce point l'observation n/ III.A.5, plus bas.

⁽²⁷⁾ Cour eur. dr. h., *Odièvre c. France*, 13 février 2003, § 44.

Luxembourg ⁽²⁸⁾, de la France ⁽²⁹⁾ et de l'Autriche ⁽³⁰⁾. Compte tenu de la nécessité de prendre en considération de manière prioritaire l'intérêt de l'enfant, l'autorité centrale fédérale pourrait être habilitée, sur la base d'une analyse de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, à vérifier, au cas par cas, la légalité et la motivation de la volonté ou du désir de la mère biologique et à contrôler si cette volonté ou ce désir sert les intérêts de l'enfant mineur ⁽³¹⁾. Ce contrôle serait opéré sous la réserve des recours judiciaires qui devraient pouvoir être introduits sur ces questions ⁽³²⁾.

III.A.4.2. Sur ce dernier point, le Conseil d'État lui-même a déjà observé par le passé, dans les avis 33.294/3, donné le 12 novembre 2002 et 38.458/3, donné le

⁽²⁸⁾ "Le Comité prie instamment l'État partie de prendre toutes les mesures nécessaires pour empêcher et éliminer la pratique de l'accouchement dit anonyme. Si cette pratique devait se poursuivre, il appartiendrait à l'État partie de prendre les mesures qui s'imposent pour que toutes les informations sur les parents soient enregistrées et archivées afin que l'enfant puisse, autant que possible et au moment opportun, connaître l'identité de son père et/ou de sa mère" (*loc. cit.*).

⁽²⁹⁾ "Le Comité recommande à l'État partie de prendre toutes les mesures voulues pour assurer la pleine application des dispositions de l'article 7, en particulier le droit de l'enfant à connaître dans la mesure du possible ses parents, eu égard aux principes de la non discrimination (art. 2) et de l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 3)" (*loc. cit.*).

⁽³⁰⁾ "Le Comité recommande à l'État partie de prendre toutes les mesures nécessaires pour éviter le recours aux «berceaux d'accueil». Il lui recommande en outre d'adopter et d'appliquer sans tarder des dispositions juridiques et une réglementation relatives à l'enregistrement séparé de toutes les données médicales et autres données pertinentes sur le ou les parents - en particulier le nom et la date de naissance du ou des parents -, et de permettre à l'enfant d'y avoir accès au moment approprié" (*loc. cit.*).

⁽³¹⁾ Dans ce sens : Kinderrechtencommissariaat (Commissariat des droits de l'enfant de la Communauté flamande), *Advies Discreet bevallen*, 16 février 2009.

⁽³²⁾ Voir les observations faites sous le n/ III.B.3, plus bas.

26 mai 2005, qu'un contrôle judiciaire qui évalue les intérêts au cas par cas et vérifie si la demande de l'enfant peut être accueillie, doit être préféré au système qui opte de manière absolue pour les intérêts d'une partie ⁽³³⁾.

(33) Avis 33.294/3, donné le 12 novembre 2002 sur une proposition devenue le décret du 30 avril 2004 réglant l'adoption nationale et internationale d'enfants. Dans cet avis, le législateur n'avait toutefois pas inscrit de préférence absolue pour la vie privée de la mère, comme dans le dossier à l'examen, mais bien une préférence absolue pour le droit d'accès de l'enfant. L'extrait de cet avis est rédigé comme suit : (traduction)

"Les affaires *Gaskin, M.G. c. Royaume-Uni et Odièvre [c. France]* démontrent que l'octroi d'un droit d'accès absolu de l'enfant au dossier d'adoption le concernant n'est nullement évident, et qu'un tel droit peut au contraire s'opposer aux droits (notamment au droit au respect de la vie privée) et aux intérêts de tiers. Pensons plus particulièrement aux droits et aux intérêts des parents biologiques (qui en cas d'adoption internationale résident à l'étranger) ainsi qu'à ceux des adoptants. Le Conseil d'État estime que ces droits et intérêts devraient être mieux sauvegardés, sans qu'il soit porté atteinte de manière illicite à l'"intérêt vital" de l'adopté, tel que la Cour européenne définit cet intérêt, en prévoyant un régime permettant d'évaluer au cas par cas si, et dans quelle mesure, la demande d'un adopté peut être accueillie. Dans un tel système, les intérêts respectifs pourraient être concrètement mis en balance. Pour être en conformité avec l'enseignement des arrêts *Gaskin et M.G. c. Royaume-Uni*, la possibilité de former un recours devant une instance indépendante devrait alors également être prévue" (*Doc. parl.*, Parl. fl., 2001-2002, n/ 956/4, pp. 23-24).

Voir aussi dans le même sens l'avis 38.458/3, donné le 26 mai 2005 (c'est-à-dire après l'arrêt au fond de la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Odièvre c. France*) sur un avant-projet devenu le décret du 15 juillet 2005 réglant l'adoption internationale d'enfants : (traduction)

"Entre-temps, la Grande Chambre de la Cour européenne a statué au fond dans l'affaire *Odièvre [c. France]* précitée. Par arrêt du 13 février 2003, la Cour a jugé que le refus de communiquer à la requérante, un enfant adopté, l'identité de sa mère biologique, ne violait pas le droit au respect de sa vie privée garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ce faisant, la Cour a eu égard au fait qu'en instaurant le système de l'époque des accouchements anonymes, le législateur français visait la sauvegarde des intérêts de la mère. Au demeurant, les intérêts de l'enfant n'ont pas été complètement sacrifiés à ceux de la mère : l'enfant s'est vu accorder l'accès à certaines informations concernant ses origines sans qu'elles lui permirent toutefois d'identifier sa mère.

Comme le souligne l'exposé des motifs, les auteurs du projet de décret à l'examen optent pour le droit "absolu" de l'adopté de consulter son dossier. En d'autres termes, il n'est pas prévu de mettre en place un système permettant de prémunir les intérêts de tiers. Ceci serait par exemple possible en prévoyant l'obligation de vérifier au cas par cas si, et dans quelle mesure, la demande d'un adopté de consulter son dossier peut être accueillie.

Si les auteurs du projet entendent s'en tenir à l'option retenue, ils devraient en tout cas préciser dans l'exposé des motifs pourquoi le droit absolu d'accès au dossier d'adoption n'est pas contraire en l'espèce au droits de tiers intéressés" (*Doc. parl.*, Parl. fl., 2004-2005, n/ 371/1, p. 57).

Dans un avis ultérieur du 24 janvier 2006, l'assemblée générale du Conseil a confirmé cette conception en ce qui concerne l'anonymat prévu des mères porteuses et des donneurs de gamètes et d'embryons. Le Conseil d'État a considéré :

"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.

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.

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 [c. France]*, 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. Sur ce dernier point, c'est en ce sens aussi que s'est prononcé l'arrêt *Gaskin [c. M. G. c. Royaume-uni]* du 7 juillet 1989.

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 ⁽³⁴⁾.

⁽³⁴⁾ Avis portant les n^{os} 39.474/AG, 39.475/AG, 39.476/AG, 39.477/AG, 39.478/AG et 39.525/AG, précité, *loc. cit.*, pp. 60-61 (italiques ajoutés).

La pertinence de ces considérations se trouve renforcée par la nécessité de tenir compte du droit de "chaque enfant [...] au respect de son intégrité morale, physique [et] psychique" inscrit à l'article 22*bis* de la Constitution, que la même disposition fait obligation au législateur de garantir.

Dès lors que sont en cause des aspects aussi essentiels du droit au respect de la vie privée et familiale, du droit au respect de l'intégrité morale, physique et psychique de l'enfant et des droits garantis par la Convention sur les droits de l'enfant ainsi que du droit de l'enfant de connaître sa mère et du droit de voir sa filiation reconnue, il apparaît au Conseil d'État que le législateur doit reconsidérer l'évaluation faite par les auteurs de la proposition de loi.

III.A.4.3. L'attention du législateur est en outre attirée sur ce que ces questions peuvent se poser non seulement du vivant de la mère mais aussi après son décès.

Or, même si elles sont fortement réduites et peuvent être vouées à l'échec par une décision négative de la mère, les possibilités pour l'enfant, aménagées par la proposition, de prendre connaissance des données identifiantes de sa mère supposent que celle-ci soit encore en vie ⁽³⁵⁾.

Sur ce point, on peut relever que le décès de la mère ne fait nullement disparaître l'intérêt de l'enfant à connaître ses origines. Indépendamment de la solution qui, à la lumière des considérations qui précèdent, sera donnée quant à l'accès aux données identifiantes de la mère, il ne paraît pas justifié au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 22 de la Constitution (droit à la vie privée et familiale) d'admettre qu'un éventuel veto soit prolongé indéfiniment après le décès de la mère sans autre possibilité de mise en balance des intérêts. C'est l'inverse à tout le moins qu'il faudrait prévoir, comme dans la législation française : si la mère vient à décéder, elle est censée accepter que son identité soit révélée si l'enfant en fait la demande, à moins qu'elle n'ait expressément stipulé le contraire dans une déclaration écrite ⁽³⁶⁾.

⁽³⁵⁾ Article 62*quater*, § 9, proposé du Code civil (article 5 de la proposition).

⁽³⁶⁾ Voir Cour eur. dr. h., *Odièvre c. France*, 13 février 2003, § 17, pour un aperçu de la législation française en vigueur à l'époque de cet arrêt.

Même en ce cas, on devrait examiner la possibilité d'un contrôle judiciaire effectif en veillant à ce que toutes les parties intéressées, notamment les héritiers de la mère décédée, puissent devenir parties à la cause. Les modalités de ce contrôle devraient être précisées dans la loi, spécialement quant aux délais dans lesquels l'action devrait être introduite.

La proposition, notamment son article 62*quater*, § 9, alinéa 5, proposé (article 5 de la proposition), devrait être reconsidérée en conséquence.

5. La nécessité de la prise en considération de l'intérêt de l'enfant en ce qui concerne les données non identifiantes de sa mère

III.A.5.1. Le régime envisagé par la proposition en ce qui concerne les données non identifiantes de la mère peut être résumé comme suit.

Aux termes de l'article 57, alinéas 5, a), et 6, proposé du Code civil (article 2, 2/, de la proposition), ces données sont constituées, semble-t-il ⁽³⁷⁾, de "tous les renseignements sur [l]a santé [de la mère] et celle du père, les origines de l'enfant [,] les circonstances de la naissance", "[l]es prénoms donnés à l'enfant et, le cas échéant, mention du fait qu'ils l'ont été par la mère, ainsi que le sexe de l'enfant et la date, le lieu et l'heure de sa naissance".

La liste des données non identifiantes est remise par l'établissement où l'"accouchement discret" a eu lieu à l'autorité centrale fédérale, qui doit "conserver et [...] gérer les informations transmises [...] sur l'origine de l'enfant qui sont en sa possession", une distinction étant opérée entre les données non identifiantes et les données identifiantes, qui figurent sur deux listes différentes (article 62*quater*, §§ 1^{er} et 2, proposé du Code civil; article 5 de la proposition).

⁽³⁷⁾ Voir, plus haut, le n/ III.A.3.8.

L'enfant, agissant, le cas échéant, par ses représentants légaux ou son tuteur, peut demander à cette dernière autorité l'accès aux données non identifiantes, qui est alors tenue de les lui communiquer (article 62*quater*, §§ 5, alinéa 2, 1/ et 2/ ⁽³⁸⁾, et 6, proposé du Code civil; article 5 de la proposition).

Il résulte toutefois de l'article 57, alinéa 5, a) et c), proposé du Code civil (article 2, 2/, de la proposition) qu'il n'existe aucune obligation pour la mère de communiquer les données non identifiantes, la proposition n'évoquant qu'une "possibilité", et que la mère peut en outre "retirer à tout moment les renseignements qu'elle a donnés au moment de la naissance pour la constitution de la liste des données non identifia[nt]es".

III.A.5.2. L'accès complet, au bénéfice de l'enfant, aux données non identifiantes de sa mère ne suscite aucun conflit avec les intérêts de la mère que la proposition tend à mettre en avant ou avec les valeurs sociales dont elle vise à tenir compte. On n'aperçoit donc pas, au regard de l'intérêt de l'enfant, ce qui pourrait justifier l'absence d'obligation faite à la mère en la matière, doublée en outre de la possibilité reconnue à la mère de retirer les éléments constitutifs de la liste des données non identifiantes.

Sur cette question, le fait que la législation française rendait possible l'accès de l'intéressée aux "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" a été un élément important ayant permis à la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme, dans son arrêt *Odièvre c. France* du 13 février 2003, d'admettre la conventionnalité de ladite législation en matière d'"accouchement sous X" ⁽³⁹⁾.

⁽³⁸⁾ Il convient de se référer, dans les textes proposés, au paragraphe 5, alinéa 2, 2/, de l'article 62*quater* proposé du Code civil et non à son paragraphe "5, 2/". À l'article 62*quater*, § 5, alinéa 2, 1/, *in fine*, proposé, on écrira simplement "visées au 2/", les mots "de ce même article" devant être supprimés.

⁽³⁹⁾ Paragraphe 48 de l'arrêt.

Il importe à cet égard d'attirer l'attention du législateur sur ce que certaines de ces données pourraient être d'une importance considérable, parfois même vitale, pour la santé de l'enfant, compte tenu de la nécessité pour lui de connaître les informations sur les maladies génétiques de la mère et du père ou d'autres ayant une importance analogue. On peut même se demander s'il ne serait pas indiqué, eu égard à ces intérêts prépondérants, que ces données non identifiantes soient communiquées immédiatement aux personnes en charge de la personne du mineur, comme par exemple à ceux qui, le cas échéant, l'adopteront ou exerceront la tutelle sur lui, sans attendre une initiative de leur part au nom de l'enfant.

III.A.5.3. Le régime applicable à ces données non identifiantes doit en outre être précisé, notamment sur la nature des "renseignements sur [l]a santé [de la mère] et celle du père", sur le contrôle de l'exactitude de ces informations, sur la notion d'"origine(s) de l'enfant" et sur l'étendue des informations attendues sur ce dernier point.

Il conviendrait également de régler dans quelles conditions et, le cas échéant, selon quelle procédure les données non identifiantes sont effectivement communiquées à l'enfant lui-même lorsque ce n'est pas lui qui introduit la demande en ce sens mais, conformément à l'article 62^{quater}, § 5, alinéa 2, 2/, deuxième et troisième tirets, proposés du Code civil (article 5 de la proposition), "son ou ses représentants légaux" ou "son tuteur" ⁽⁴⁰⁾.

III.A.5.4. Le régime applicable aux données non-identifiantes de la mère sera revu à la lumière des observations qui précèdent.

6. Les droits du père

III.A.6.1. L'article 57^{ter} proposé du Code civil (article 4 de la proposition) énonce que "l'homme qui revendique la paternité" peut former "opposition" dans les deux mois qui suivent la naissance de l'enfant.

Cette disposition soulève différentes questions.

⁽⁴⁰⁾ Voir aussi l'observation particulière n° 2 formulée sur l'article 5 de la proposition.
.../...

III.A.6.2. La première porte sur l'objet exact de cette "opposition".

Il résulte de l'économie générale de la proposition et de l'alinéa 4 de l'article 57^{ter} proposé que ce n'est pas le caractère "discret" de l'accouchement à l'égard de la mère qui peut ainsi être mis en cause, mais que l'objet de cette procédure porte sur le seul "rétablissement" des "liens de filiation normaux entre le père et l'enfant" ⁽⁴¹⁾.

Si tel est le cas, il conviendrait d'éviter d'utiliser la notion d'"opposition".

Les procédures en matière de reconnaissance paternelle n'étant pas affectées par le texte proposé, on peut se demander toutefois en quoi l'"opposition" ici envisagée présente une utilité.

Si l'intention du législateur devait consister à permettre à celui qui se prétend être le père de faire opposition au caractère discret de l'accouchement à l'égard de la mère elle aussi, il devrait régler les conditions de fond et de procédure permettant de régler ce conflit entre les parents, en se fondant à titre principal sur l'exigence de la prise en compte de l'intérêt de l'enfant.

III.A.6.3. Sous la réserve qui vient d'être exprimée, les observations qui suivent partent de l'hypothèse que le père ou celui qui prétend l'être souhaite la reconnaissance de ses droits dans le respect de la discrétion de l'accouchement voulue par la mère.

Plusieurs cas de figure paraissent pouvoir se présenter, qui ont toutefois en commun que l'établissement de la filiation paternelle ne pourra se faire que par une reconnaissance ou par une action en recherche de paternité. En effet, lorsque la mère est mariée, la présomption légale de paternité prévue l'article 315 du Code civil ne peut être mise en oeuvre puisqu'à défaut de connaître officiellement la mère, l'on ne connaît pas davantage officiellement son mari.

La reconnaissance par le père empêchera que l'enfant né à la suite d'un "accouchement discret" puisse être ultérieurement adopté sans son consentement.

⁽⁴¹⁾ Sur les aspects strictement procéduraux de cette disposition, voir le n/ III.B.2, plus bas.

III.A.6.4. Dans une première hypothèse, le père ou celui qui se prétend tel a connaissance de l'"accouchement discret", ne fût-ce que, par exemple, parce qu'il s'est présenté conjointement avec la mère à l'établissement qui a procédé à l'accouchement.

En cas de reconnaissance, l'article 329*bis* du Code civil requiert en principe le consentement de la mère si celle-ci est connue. On pourrait éventuellement soutenir que la mère se trouve dans l'impossibilité d'exprimer sa volonté ⁽⁴²⁾ ou même qu'elle n'est pas officiellement connue.

En cas d'établissement de la paternité, la question se pose de savoir si le fait que le père biologique se présente dans l'établissement en même temps que la mère biologique ou d'autres circonstances suffisent pour établir la filiation. L'article 324 du Code civil énonce que la possession d'état suffit. Le législateur devrait préciser si le fait que le père se présente dans l'établissement ou d'autres circonstances sont suffisants pour admettre qu'il y a possession d'état.

La proposition doit régler ces questions.

III.A.6.5. Dans une deuxième hypothèse, le père ou celui qui se prétend tel ignore la naissance de son enfant, ce qui rendra impossible la reconnaissance ⁽⁴³⁾. Or, comme la Cour européenne des droits de l'homme l'a jugé, des mécanismes qui, par exemple, permettent d'abandonner ou de placer un enfant en vue de son adoption peu après sa naissance à l'insu et sans le consentement de son père naturel violent le droit à la vie privée de ce dernier, qui ne pourra que difficilement faire valoir ses droits, cette difficulté augmentant au fur et à mesure que le temps passe et que l'enfant s'intègre dans sa famille d'adoption ⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴²⁾ Article 329*bis*, § 3, du Code civil.

⁽⁴³⁾ C. Neirinck, "L'accouchement sous X : le fait et le droit", *Sem. jur.*, 1996, I, 3922, n^{os} 9 et 10, pp. 151 et 152.

⁽⁴⁴⁾ Cour eur. dr. h., *Keegan c. Irlande*, 26 mai 1994; *Görgülü c. Allemagne*, 26 février 2004.

On peut dès lors se demander si le droit au respect de la vie privée et familiale des pères d'enfants nés d'un "accouchement discret", mais également le droit de ces enfants de voir établie au moins leur filiation paternelle, n'imposent pas la mise sur pied d'un mécanisme permettant à ceux qui souhaitent reconnaître leur enfant ou compléter une reconnaissance faite avant leur naissance de pouvoir identifier ces derniers ⁽⁴⁵⁾. Un tel mécanisme établirait un meilleur équilibre entre les intérêts en présence que ne le fait la proposition examinée.

III.A.6.6. La question se pose enfin de savoir quel sera l'objet des éléments que le père ou celui qui se présente comme tel aura à établir dans la procédure d'"opposition" dont il est question.

En ce qui concerne l'homme marié, il pourra probablement suffire qu'il prouve qu'il est marié avec la mère biologique. Ceci résulterait d'une application analogique de l'article 315 du Code civil, mais devrait être précisé de manière expresse, cette dernière disposition n'ayant pas vocation à s'appliquer telle quelle en l'absence, par hypothèse, d'établissement légal de la maternité ⁽⁴⁶⁾.

Sur la base de la phrase introductive de l'article 57*ter* proposé, on pourrait également faire valoir qu'il suffit, pour former "opposition", que le "partenaire" non marié prouve qu'il est le partenaire de la mère biologique. La notion de "partenaire" doit alors être mieux définie. Que cela puisse suffire pour déclarer l'opposition fondée, ne paraît toutefois pas plausible. L'homme non marié qui voudra faire opposition avec succès devra probablement soit engager la procédure d'établissement de la filiation ⁽⁴⁷⁾, soit reconnaître l'enfant, même avant sa naissance ⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁵⁾ L'article 62-1 du Code civil français dispose que, "[s]i la transcription de la reconnaissance paternelle s'avère impossible, du fait du secret de son identité opposé par la mère, le père peut en informer le procureur de la République. Celui-ci procède à la recherche des date et lieu d'établissement de l'acte de naissance de l'enfant".

⁽⁴⁶⁾ Voir le n° III.A.6.3, plus haut.

⁽⁴⁷⁾ Articles 324 et 332*quinquies* du Code civil.

⁽⁴⁸⁾ Articles 328, 328*bis* et 329*bis* du Code civil.

III.A.6.7. Il résulte également des observations qui précèdent que le régime envisagé de l'article 57^{ter} proposé du Code civil (article 4 de la proposition), qu'il soit dérogatoire ou complémentaire aux procédures actuellement organisées par le Code civil en matière de reconnaissance de l'enfant, viendra s'articuler avec ces dernières.

En tout état de cause, à l'article 57^{ter} proposé du Code civil (article 4 de la proposition), le terme "rétablir" ne peut être maintenu; en raison de l'effet déclaratif de l'action d'état envisagée par cette disposition, il ne peut en effet s'agir que d'établir la filiation.

III.A.6.8. La proposition examinée permet également à la femme de faire obstacle à l'établissement de plein droit de la filiation de l'enfant qu'elle a mis au monde et à l'établissement de la filiation de l'enfant par une action en recherche de maternité.

Or, aucune disposition ne permet à l'homme de faire obstacle à l'établissement de plein droit de sa filiation en vertu de l'article 315 du Code civil ⁽⁴⁹⁾ et à une action en recherche de paternité s'il est réellement le père.

Il appartient au législateur de pouvoir justifier cette différence de traitement au regard des articles 10 et 11 de la Constitution et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme.

B. Les aspects procéduraux de la proposition de loi

1. Observation préalable

III.B.1. Comme il a été exposé, la prise en considération des divers intérêts en présence, lesquels peuvent se rattacher aux droits fondamentaux dont il a été question, nécessite l'intervention du juge, le cas échéant après que les autres autorités créées par le législateur, par exemple, selon la proposition à l'examen, l'autorité centrale fédérale (article 62^{quater}, § 1^{er}, proposé du Code civil; article 5 de la proposition), aient été saisies et se soient prononcées.

⁽⁴⁹⁾ Le mari peut certes contester sa paternité lorsque la présomption légale ne correspond pas à la réalité. Dans le cas de l'"accouchement discret", il s'agit cependant de refuser une maternité qui correspond à la réalité.

La procédure devant les juridictions compétentes qui, eu égard à l'article 144 de la Constitution, ne peuvent relever que du pouvoir judiciaire, doit être organisée de manière complète et adéquate.

La proposition appelle sur ces questions les observations suivantes, qui sont formulées sous réserve de celles qui ont été émises ou qui le seront sur certains aspects de fond du texte examiné.

2. Le droit pour le père de "former opposition" à l'"accouchement discret" (article 57ter proposé du Code civil - article 4 de la proposition)

III.B.2.1. D'après le commentaire de l'article 4 de la proposition, l'article 57ter proposé du Code civil "permet à l'homme qui revendique la paternité de s'opposer à la demande d'accouchement discret par voie judiciaire"⁽⁵⁰⁾, la demande devant être formalisée, sans préjudice, semble-t-il, de la possibilité pour le père de diligenter l'action en reconnaissance dès avant la naissance⁽⁵¹⁾, dans les deux mois qui suivent la naissance de l'enfant. Ce délai préfix, qui s'écoule inexorablement même si la naissance n'est pas connue du père biologique⁽⁵²⁾, peut être tenu pour raisonnable et approprié dans la mesure où il correspond au délai de deux mois dont dispose la mère pour retirer son consentement à l'"accouchement discret" (article 57bis proposé du Code civil; article 3 de la proposition)⁽⁵³⁾, qui est aussi celui à l'issue duquel les parents peuvent consentir à l'adoption (article 348-4, alinéa 1^{er}, du Code civil), et dans la mesure où l'intérêt de l'enfant est de bénéficier rapidement de relations affectives et stables⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵⁰⁾ Voir le n/ III.A.6, plus haut.

⁽⁵¹⁾ Articles 328 et 328bis du Code civil.

⁽⁵²⁾ Il y aurait probablement lieu de prévoir que ce délai est insusceptible de relever de forclusion, y compris en cas de force majeure.

⁽⁵³⁾ Il est également fait référence à ce délai de deux mois dans d'autres dispositions insérées ou modifiées par la proposition : articles 313, § 2, alinéa 2, et 348-4, alinéa 4, proposés du Code civil et article 25 proposé de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994; articles 6, 8 et 9 de la proposition).

⁽⁵⁴⁾ Cour eur. dr. h., 10 janvier 2008, *Kearns c. France*.

III.B.2.2. Cet article soulève une question essentielle, à laquelle une réponse, précise et articulée au droit de la filiation, doit être apportée sous peine de compromettre gravement sa mise en œuvre effective.

En effet, la nature de la procédure n'est pas précisée : s'agit-il d'une procédure sur requête unilatérale ou d'une procédure sur requête contradictoire ? Seul ce dernier type de procédure est concevable si l'on tient compte du respect des droits de la défense de la mère (qui peut être l'épouse), des exigences inhérentes à l'établissement de la filiation (ainsi comment appliquer, le cas échéant, l'article 329*bis* du Code civil en matière de reconnaissance paternelle ou l'article 332*quinquies* du Code civil en matière de recherche en paternité ?), des contraintes probatoires en matière de filiation (notamment l'examen du sang susceptible d'être ordonné d'office par le juge en vertu de l'article 331*octies* du Code civil) et des effets de la décision (si l'opposition à l'accouchement discret est déclarée fondée, la mère peut-elle maintenir la discrétion sur son identité ?).

Par ailleurs, aucune indication n'est fournie sur le contenu de la requête et la sanction applicable si celle-ci est incomplète ou irrégulière; il en va de même en ce qui concerne la compétence territoriale du président du tribunal de première instance ⁽⁵⁵⁾.

III.B.2.3. Dans la mesure où il s'agit d'un contentieux obéissant à des impératifs de célérité mais à l'issue duquel "les liens de filiation normaux entre le père et l'enfant sont rétablis" si la requête est "acceptée", c'est-à-dire fondée, il est logique que la procédure soit diligentée "comme en référé", en ce sens que la décision est rendue au fond et est revêtue de l'autorité de la chose jugée (l'article 1039, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire est donc inapplicable), mais sans préjudice de l'exercice des voies de recours.

⁽⁵⁵⁾ Comp. avec l'article 331, § 1^{er}, du Code civil.

3. L'accès de l'enfant aux données identifiantes et non identifiantes de sa mère (article 62quater, § 9, proposé du Code civil - article 5 de la proposition)

III.B.3.1. La disposition à l'examen prévoit l'intervention d'un médiateur, désigné par l'autorité centrale fédérale, lorsque la mère s'oppose à la levée du secret de son identité qui aurait été demandée par l'enfant concerné, agissant, le cas échéant, par ses représentants légaux ou son tuteur.

Le recours préalable à une médiation peut en principe ⁽⁵⁶⁾ se justifier mais encore faut-il qu'elle soit enserrée dans des délais raisonnables ⁽⁵⁷⁾. Le texte doit prévoir la prise de cours de ce délai et son échéance, au terme de laquelle, ainsi qu'il a été exposé plus haut, il devrait être recouru à une procédure permettant, au cas par cas, de trancher les conflits d'intérêt en la matière ⁽⁵⁸⁾.

En cas d'échec de la médiation, soit qu'une partie refuse sa mise en oeuvre, soit qu'elle se retire à n'importe quel moment du processus auquel elle a accepté de participer au départ, soit encore que le délai est expiré sans que les parties ne soient parvenues à un accord ou n'aient convenu d'un autre délai, la procédure judiciaire "comme en référé" ⁽⁵⁹⁾ pourrait être introduite, sans délai, par la partie la plus diligente, au moyen d'une requête contradictoire, devant le président du tribunal de première instance du domicile de l'enfant ⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁶⁾ En effet, on ne peut exclure des situations d'extrême urgence, notamment la nécessité d'un traitement médical impliquant un accès immédiat à de telles données, que pourrait au besoin ordonner un juge des référés statuant, le cas échéant, sur requête unilatérale (article 584, alinéa 3, du Code judiciaire), sans qu'il soit alors possible de faire précéder cette procédure d'une médiation.

⁽⁵⁷⁾ Comp. avec le délai maximum de trois mois prévu par l'article 1734, § 2, du Code judiciaire.

⁽⁵⁸⁾ Voir notamment le n/ III.A.4, plus haut.

⁽⁵⁹⁾ Comp. avec l'article 57ter proposé du Code civil (article 4 de la proposition).

⁽⁶⁰⁾ Comp. avec l'article 331, § 1^{er}, du Code civil.

III.B.3.2. En tout état de cause, le choix d'un médiateur agréé en matière familiale semble s'imposer ⁽⁶¹⁾.

III.B.3.3. Une difficulté technique est cependant prévisible : en cas d'échec du processus de médiation, l'enfant ne disposera pas des données identifiantes de la mère. En cette hypothèse, il pourrait être envisagé que le médiateur saisisse la juridiction à la demande de l'enfant et que, dès le début de la procédure, un représentant judiciaire *ad hoc* soit désigné pour représenter la mère dans l'exercice de l'action; ce représentant n'aurait pas la possibilité de dévoiler l'identité de celle-ci au demandeur aussi longtemps qu'une décision passée en force de chose jugée n'aurait pas fait droit à sa demande.

Une observation analogue vaut pour certaines des personnes susceptibles d'être parties dans la procédure qui devrait être organisée pour les demandes d'accès aux données identifiantes de la mère après le décès de celle-ci, dont il est question au n/ III.A.4.3, plus haut.

C. L'effet éventuel du retrait du consentement de la mère à l'"accouchement discret" ou de la levée de l'anonymat de l'accouchement sur les possibilités d'établissement de la filiation maternelle

III.C.1. En cas de retrait par la mère de son consentement dans les deux mois qui suivent la naissance, prévu par l'article 57*bis* proposé du Code civil (article 3 de la proposition) ⁽⁶²⁾, la question se pose de savoir si la filiation maternelle n'est pas alors établie de plein droit, auquel cas le nom de la mère devrait figurer dans l'acte de naissance conformément au droit commun traduit par l'article 312, § 1^{er}, du Code civil. Pareille solution paraîtrait logique puisque l'on se trouverait alors dans la même situation que si la mère avait accouché de manière habituelle.

⁽⁶¹⁾ Voir les articles 1726 et 1727 du Code judiciaire.

⁽⁶²⁾ Voir l'observation n/ III.A.3.7, plus haut.

Il conviendrait en conséquence de compléter la proposition pour prévoir les conditions dans lesquelles la mention du nom de la mère figurera dans l'acte de naissance, pour satisfaire au prescrit de l'article 312, § 1^{er}, du Code civil. La proposition devrait toutefois envisager les effets de cet établissement *a posteriori* de la filiation à l'égard des tiers éventuellement intéressés, par exemple à l'égard de ceux qui auraient noué une relation avec l'enfant dans l'intervalle.

Il semble cependant que la solution envisagée par la proposition n'est pas celle d'un retrait du consentement de la mère à l'"accouchement discret" mais consiste en la nécessité d'une reconnaissance par la mère, ce qui ressort de l'article 348-4, alinéa 4, proposé du Code civil (article 8 de la proposition), aux termes duquel,

"[L]orsque le nom de la mère n'est pas mentionné dans l'acte de naissance, son consentement [à l'adoption] est présumé deux mois après la naissance si elle n'a pas à ce moment, reconnu l'enfant".

L'article 25, alinéa 3, proposé de la loi coordonnée précitée du 14 juillet 1994 fait état de la notion de reconnaissance sur une autre question mais pour également se référer au caractère définitif du choix de la "discretion" de l'accouchement.

Pareille solution serait en contradiction avec les exigences du droit au respect de la vie familiale, tel qu'il a été interprété par l'arrêt *Marckx c. Belgique*, précité, de la Cour européenne des droits de l'homme, qui implique que la filiation maternelle naturelle puisse être établie de plein droit. La circonstance que ce cas de figure serait quantitativement marginal et trouverait son origine dans l'attitude initiale de la mère elle-même ne paraît pas devoir être de nature à anéantir cette critique. En outre, la reconnaissance risque de se heurter à des difficultés, comme par exemple un éventuel refus du tuteur de l'enfant, qui ne se présentent pas lorsque la filiation est établie de plein droit.

Enfin, il ne peut être perdu de vue que, contrairement à la filiation établie de plein droit, la reconnaissance est subordonnée à des exigences procédurales et substantielles, de telle sorte que se pose la question de la justification de la distinction qui serait opérée entre la mère qui accouche sans avoir opté pour l'"accouchement discret" et celle qui a exercé cette option avant de retirer son consentement dans les deux mois qui suivent la naissance.

.../...

III.C.2. L'article 313, § 2, alinéa 2, proposé du Code civil (article 6 de la proposition) rend irrecevable la reconnaissance de l'enfant par la mère qui a accouché de manière "discrète" sans y renoncer dans les deux mois de la naissance ⁽⁶³⁾ et qui n'a pas décidé de lever le secret de son identité dans les conditions prévues à l'article 62^{quater} proposé. L'article 314, alinéa 2, *in fine*, proposé du Code civil (article 7 de la proposition) étend l'irrecevabilité de l'action en recherche de maternité aux cas où la mère a accouché de manière "discrète" sans avoir levé son anonymat dans les conditions prévues à l'article 62^{quater} proposé.

La proposition suscite des questions quant aux conséquences éventuelles de la levée de l'anonymat de l'accouchement sur les possibilités d'établissement de la filiation maternelle à l'égard de l'enfant concerné. Les développements de la proposition sont muets sur cette question.

Si l'enfant a pu prendre connaissance de l'identité de sa mère alors qu'il est adopté, les effets de l'établissement de sa filiation maternelle sont réglés par l'article 350, alinéa 2, du Code civil. L'adoption elle-même ne peut être mise en cause; telle est notamment la portée de l'article 348-4, alinéa 4, proposé du Code civil (article 8 de la proposition), qui présume le consentement de la mère à l'adoption lorsqu'elle a recouru à l'"accouchement discret" et qu'elle n'a pas, dans les deux mois de celui-ci, reconnu l'enfant ⁽⁶⁴⁾.

Lorsque l'enfant n'est pas adopté et que le secret de la maternité est levé, la question se pose de savoir si la filiation maternelle pourrait en conséquence être établie sans limites par une reconnaissance de la mère conformément aux articles 313 et 329^{bis} du Code civil ou dans le cadre d'une action en recherche de maternité conformément aux articles 314 et 332^{quinqies} du Code civil (voir les articles 313, § 2, alinéa 2, et 314, alinéa 2, *in fine*, du Code civil tels qu'ils résulteraient de l'adoption des articles 6 et 7 de la proposition).

⁽⁶³⁾ Voir l'observation n/ III.A.3.7, plus haut.

⁽⁶⁴⁾ Voir l'observation particulière formulée sur l'article 8 de la proposition.

En vertu de l'article 62^{quater}, § 8, proposé du Code civil (article 5 de la proposition), la levée du secret de l'identité de la mère suppose la rencontre du souhait de la mère qui fait une déclaration expresse de levée du secret de son identité et de celui de l'enfant, agissant, le cas échéant, par ses représentants légaux ou son tuteur, qui fait une demande d'accès à la liste des données identifiantes de la mère. Autrement dit, il n'y a levée du secret de l'identité de la mère que si la mère et l'enfant sont d'accord sur ce point. La question se pose alors de savoir si, une fois le secret de l'identité de la mère levé, l'enfant s'expose sans restrictions à une reconnaissance maternelle et la mère à une action en recherche de maternité. Si tel est le cas, on peut se demander si ces perspectives ne rendront pas les uns et les autres réticents à demander et à accepter la levée du secret de l'identité de la mère. Des restrictions, notamment liées au consentement ou à l'intérêt de l'enfant, sont certes prévues en vertu du droit commun par les articles 329^{bis} et 332^{quinquies} du Code civil mais le législateur devrait examiner si elles ne devraient pas être renforcées, compte tenu également du fait que, depuis la naissance de l'enfant dans les conditions de l'"accouchement discret", son statut personnel aura pu être fixé sur d'autres bases, en fait ou en droit, constitutives le plus souvent d'une vie familiale au sens de l'article 22 de la Constitution et de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ⁽⁶⁵⁾.

En outre, si l'intention consiste à régler de manière semblable les cas d'ouverture à la reconnaissance et à l'établissement judiciaire de la filiation maternelle ⁽⁶⁶⁾, il y a lieu d'harmoniser les textes introduits par les articles 6 et 7 de la proposition ⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶⁵⁾ Dans son arrêt *Odièvre c. France*, précité, la Cour européenne des droits de l'homme rappelle aussi que "la problématique de l'accouchement anonyme ne saurait se poser sans que la question de la protection des tiers, essentiellement les parents adoptifs et le père ou le restant de la famille biologique, ne soit soulevée" (§ 44; voir aussi le paragraphe 49, *in fine*).

⁽⁶⁶⁾ Ceci pourrait se justifier dans la mesure où les titulaires de l'action en recherche de filiation sont l'enfant et ses père et mère agissant personnellement (article 332^{ter}, alinéa 1^{er}, du Code civil; Y.H. Leleu, *Droit des personnes et des familles - Mise à jour - La filiation et l'autorité parentale*, Larcier, 2007, p. 55, n° 665 et note 229; P. Senaeve, F. Swennen et G. Verschelden (eds.), *De hervorming van het afstammingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, p. 248).

⁽⁶⁷⁾ Voir aussi l'observation n° III.A.3.7, plus haut.

D. Réserve

III.D. C'est sous la réserve des observations générales qui précèdent que les observations particulières qui suivent sont formulées.

Observations particulières

Article 2

(article 57, alinéas 1^{er}, 2/, et 2 à 7, proposés du Code civil)

1. À l'alinéa 1^{er}, 2/, proposé, il y a lieu de prévoir, pour le père, les mêmes mentions que pour la mère, comme dans le texte actuel.

2. À l'alinéa 2, il conviendrait de faire référence aux "ordonnances", et non seulement aux "lois et décrets".

Il n'est en effet pas exclu que la Commission communautaire commune de la Région de Bruxelles-Capitale, qui légifère par voie d'ordonnances, intervienne ou soit intervenue dans les matières bicommunautaires personnalisables qui règlent les questions faisant l'objet des informations à fournir à la mère ⁽⁶⁸⁾. Tel est par exemple le cas en matière d'aide sociale, de nombreuses ordonnances de ladite Commission ayant modifié la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'action sociale.

3. Au même alinéa, *in fine*, il conviendrait de tenir compte du fait que les services publics organiques eux-mêmes, et non seulement "les organismes et associations reconnus par les lois et décrets ⁽⁶⁹⁾", peuvent offrir l'"aide psychologique et sociale" dont il est question.

⁽⁶⁸⁾ Articles 128, § 2, et 135 de la Constitution; article 63 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises.

⁽⁶⁹⁾ Voir l'observation précédente en ce qui concerne la nécessité de mentionner également les ordonnances.

4. L'alinéa 6 proposé dispose que les prénoms donnés à l'enfant et, le cas échéant, la mention du fait qu'ils l'ont été par la mère, ainsi que le sexe de l'enfant et la date, le lieu et l'heure de sa naissance sont mentionnés dans la liste des données non identifiantes.

À part la précision relative au fait que c'est la mère qui a choisi les prénoms, l'on n'aperçoit pas l'utilité de cette disposition dès lors que les prénoms de l'enfant, le jour, l'heure et le lieu de sa naissance ainsi que son sexe sont mentionnés dans l'acte de naissance auquel l'enfant pourra avoir accès conformément à l'article 45 du Code civil.

On suppose par ailleurs que le nom de l'enfant lui sera donné par l'officier de l'état civil, conformément à l'article 58, alinéa 2, du Code civil. Les travaux préparatoires gagneraient à le préciser.

Article 5

(article 62^{quater} proposé du Code civil)

1. Le paragraphe 4 ⁽⁷⁰⁾ paraît inutile, compte tenu de la règle identique énoncée de manière générale à l'article 4, § 1^{er}, 2/, de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, sauf si le législateur souhaite instaurer un régime particulier en matière de respect de la finalité du recueil des données en cause, auquel cas il devrait s'en expliquer.

2. L'article 62^{quater}, § 5, alinéa 2, 2/, dispose que la demande d'accès à la liste des données identifiables peut être formulée par les personnes suivantes :

- s'il est majeur, par l'enfant lui-même;
- si l'enfant est mineur, par son ou ses représentants légaux ou par lui-même avec l'accord de ceux-ci;
- si l'enfant est majeur placé sous tutelle, par son tuteur.

⁽⁷⁰⁾ Dans la version néerlandaise de ce paragraphe, on remplacera "mogen niet mogen" par "mogen niet".

La limite d'âge de 18 ans diffère d'autres dispositions législatives. Dans l'avis 33.294/3, précité donné le 12 novembre 2002, le Conseil d'État a considéré à propos d'une limite d'âge analogue relative à l'adoption ce qui suit : (traduction)

"25. Indépendamment de la question de l'importance du droit d'accès de l'adopté, la question se pose de savoir pourquoi la proposition n'entend permettre l'exercice de ce droit, ainsi que du droit de demander au fonctionnaire de l'adoption flamand de recueillir des informations supplémentaires concernant l'intéressé (article 10, § 4, alinéa 2) qu'à partir du moment où l'adopté a atteint l'âge de 18 ans, c'est-à-dire à partir du moment où il est majeur.

En effet, dans certains cas, un adopté peut avoir intérêt, déjà avant sa majorité, à connaître des informations sur son passé. L'article 30, paragraphe 2, de la Convention de La Haye reconnaît cette faculté en énonçant que l'accès aux informations doit être donné à l'enfant ou à son représentant, avec les conseils appropriés.

En tout état de cause, un mineur peut se prévaloir du droit fondamental au respect de la vie privée et familiale et doit donc également se voir accorder, en principe, un droit d'accès aux éléments d'un dossier le concernant. L'exclusion générale du droit d'accès pour les mineurs se concilie difficilement avec le droit fondamental précité.

En conséquence, le Conseil d'État suggère d'omettre la limite d'âge. S'il est prévu de mettre en place un système permettant une évaluation au cas par cas (voir l'observation 24.3), l'âge de l'adopté peut constituer un élément qui doit intervenir dans la mise en balance des intérêts, sans que cet élément soit toutefois déterminant dans un sens ou dans l'autre".

À cet égard, l'actuel article 26 du décret flamand précité du 15 juillet 2005 énonce, par exemple, que l'enfant qui fait l'objet d'une adoption internationale a le droit, à partir de l'âge de douze ans, de consulter son dossier d'adoption.

En conséquence, en cas d'accouchement discret, il paraît nécessaire de permettre la consultation à partir de 12 ans. Le Commissariat aux droits de l'enfant de la Communauté flamande et le Conseil d'État, dans l'avis précité n/ 33.294/3, suggèrent

même de prévoir la possibilité de consultation au-dessous de la limite d'âge de 12 ans, si la capacité de discernement peut être démontrée ⁽⁷¹⁾. À partir de 12 ans, la condition selon laquelle le représentant légal doit donner son accord semble être inconciliable avec le droit à la vie privée et familiale du mineur. L'opposition du représentant légal pourrait toutefois constituer un élément lors d'une mise en balance éventuelle des intérêts par une instance indépendante.

3. La possibilité pour les descendants de l'enfant de vérifier qui est leur ascendant n'est pas prévue ⁽⁷²⁾. Il faudra le justifier.

4. Au paragraphe 7 proposé, on suppose qu'il faut remplacer la mention de la "commission", dont on n'aperçoit pas à quoi elle se rapporte, par celle de "l'autorité centrale fédérale".

Article 7

(article 314, alinéa 2, *in fine*, proposé du Code civil)

Mieux vaudrait remplacer le premier "et" avant "lorsque" par "ou".

Article 8

(article 348-4, alinéa 4, proposé du Code civil)

La disposition à l'examen présume le consentement de "la mère" à l'adoption de son enfant en cas d'"accouchement discret".

⁽⁷¹⁾ Commissariat aux droits de l'enfant de la Communauté flamande, avis, *Discreet bevallen*, 16 février 2009. Dans l'avis n° 33.294/3 précité, le Conseil d'État énonce même que l'âge ne peut jouer aucun rôle lors de la recevabilité mais seulement lors de la mise en balance des intérêts.

⁽⁷²⁾ Tel est cependant le cas, par exemple, dans la législation française.

Trois hypothèses doivent être distinguées.

Dans la première, la maternité n'est pas établie au moment de l'adoption. En vertu de l'article 348-3 du Code civil, le consentement des parents à l'adoption d'un enfant, d'un mineur prolongé ou d'un interdit n'est requis que si leur paternité ou leur maternité est établie à leur égard. Par ailleurs, aucun texte ne requiert de consentement *a posteriori* à une adoption lorsque l'établissement de la filiation intervient après l'adoption. Il est donc inutile de recourir à la fiction de la présomption du consentement de la "mère" dans ce cas de figure.

Dans une deuxième hypothèse, la procédure d'adoption survient à un moment où, plus de deux mois après la naissance, la filiation a été établie, la mère ayant levé le secret de son identité ⁽⁷³⁾. Ce n'est pas pour ce cas de figure que cette disposition est envisagée mais la généralité de ses termes suggère le contraire. En ce cas, le droit commun de l'article 348-3 du Code civil s'appliquera.

Dans une troisième hypothèse, l'anonymat de la mère a été levé plus de deux mois après la naissance mais sans avoir pour effet ou pour suite l'établissement de la filiation de l'enfant à son égard au moment de l'adoption ⁽⁷⁴⁾. La maternité n'étant en ce cas pas juridiquement établie, on se trouve dans le même cas de figure que celui évoqué dans la première hypothèse. Il appartient au législateur d'examiner si telle serait bien son intention.

L'article 8 doit être réexaminé, en ce compris sur l'opportunité de son maintien.

⁽⁷³⁾ Voir, sur cette question, l'observation n/ III.C.

⁽⁷⁴⁾ *Ibid.*

I. Strekking van het wetsvoorstel

Het wetsvoorstel strekt ertoe een "discrete bevalling" mogelijk te maken.

De belangrijkste bestanddelen van het voorstel kunnen als volgt worden uiteengezet.

Een moeder zou kunnen bevallen (voorgestelde artikel 57*bis*, eerste zin, van het Burgerlijk Wetboek; artikel 3 van het voorstel) zonder dat haar naam op de geboortakte vermeld wordt (voorgestelde artikel 57, eerste lid, 2/, van het Burgerlijk Wetboek; artikel 2, 1/, van het voorstel). Zij kan haar toestemming voor een "discrete bevalling" intrekken binnen twee maanden na de geboorte (voorgestelde artikel 57*bis*, tweede zin, van het Burgerlijk Wetboek; artikel 3 van het voorstel). Evenzo, indien de naam van de moeder niet vermeld staat in de akte van geboorte, wordt zij, twee maanden na de geboorte van het kind ⁽¹⁾, geacht toestemming te hebben gegeven voor de adoptie indien zij op dat moment het kind niet heeft erkend (voorgestelde artikel 384-4 van het Burgerlijk Wetboek; artikel 8 van het voorstel).

Voordat er een beroep wordt gedaan op een "discrete bevalling", wordt de moeder "uitvoerig [...] voorgelicht over de rechten, de bijstand en de voordelen die bij wet en decreet worden toegekend aan gezinnen en aan al dan niet alleenstaande moeders, alsook over de mogelijkheden van psychologische en sociale hulpverlening die wordt verstrekt door bij wet of decreet erkende instellingen en verenigingen" (voorgestelde artikel 57, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek; artikel 2, 2/, van het voorstel). Bij deze bevalling worden eveneens allerhande inlichtingen over de rechten van de moeder ter zake medegedeeld (voorgestelde artikel 57, derde tot vijfde lid, van het Burgerlijk Wetboek; artikel 2, 2/, van het voorstel).

⁽¹⁾ Verder in dit advies wordt met de term "kind" de persoon aangegeven die geboren is na een "discrete bevalling", al is er geen juridische afstammingsband tussen dit kind en de vrouw die het ter wereld heeft gebracht en ook al is dit kind meerderjarig geworden. Evenzo wordt met de term "moeder" de vrouw aangegeven die het kind ter wereld heeft gebracht, ook al bestaat er tussen hen geen juridische afstammingsband.

Er wordt in een procedure voorzien waarbij zowel "identificeerbare" als "niet-identificeerbare" gegevens bewaard worden bij de federale centrale autoriteit bedoeld in artikel 360-1 van het Burgerlijk Wetboek (voorgestelde artikel 62*quater*, §§ 1 en 2, van het Burgerlijk Wetboek; artikel 5 van het voorstel). De "identificeerbare" gegevens moeten onder gesloten omslag bij de "discrete bevalling" verstrekt worden (voorgestelde artikel 57, vierde lid, van het Burgerlijk Wetboek; artikel 2, 2/, van het voorstel). De "niet-identificeerbare" gegevens kunnen bij deze omstandigheid medegedeeld worden (voorgestelde artikel 57, vijfde lid, a), van het Burgerlijk Wetboek; artikel 2, 2/, van het voorstel); ze kunnen te allen tijde worden aangevuld of ingetrokken (voorgestelde artikel 57, vijfde lid, c), van het Burgerlijk Wetboek; artikel 2, 2/, van het voorstel).

De aanvraag tot "identificeerbare" gegevens van de moeder kan schriftelijk ingediend worden bij de "commissie" (voorgestelde artikel 62*quater*, § 7, van het Burgerlijk Wetboek; artikel 5 van het voorstel). Indien de moeder zich verzet tegen de opheffing van de geheimhouding van haar identiteit wordt een bemiddelaar aangesteld (voorgestelde artikel 62*quater*, § 9; artikel 5 van het voorstel). Die neemt contact op met de biologische moeder om haar alle elementen van de situatie uit te leggen, zodat ze haar definitieve beslissing met kennis van zaken kan nemen. Dit betekent dat de biologische moeder steeds over een vetorecht beschikt: de geheimhouding kan dus enkel worden opgeheven met haar instemming.

De federale centrale autoriteit kan de "niet-identificeerbare" gegevens aan het betrokken kind mededelen, dat, in voorkomend geval, via zijn wettelijke vertegenwoordigers of zijn voogd optreedt (voorgestelde artikel 62*quater*, §§ 5, tweede lid, 1/ en 2/, en 6 van het Burgerlijk Wetboek; artikel 5 van het voorstel).

Dezelfde federale centrale autoriteit kan de intrekbare verklaring van de moeder ontvangen, waarin ze afziet van de geheimhouding van haar identiteit, alsmede het verzoek van de moeder waarin zij informeert of het betrokken kind, dat, in voorkomend geval, handelt via zijn wettelijke vertegenwoordigers of zijn voogd, haar eventueel zoekt (voorgestelde artikel 62*quater*, §§ 5, tweede lid, 3/ en 4/, en 8, van het Burgerlijk Wetboek; artikel 5 van het voorstel).

De vermeende vader kan verzet aantekenen tegen de "discrete bevalling" binnen twee maanden na de geboorte. Indien het verzoek wordt ingewilligd, "herleven" de gewone afstammingsbanden tussen de vader en het kind (voorgestelde artikel 57^{ter} van het Burgerlijk Wetboek; artikel 4 van het voorstel).

De erkenning van het moederschap en het zoeken naar de moeder worden onmogelijk gemaakt wanneer de moeder op een "discrete" manier bevallen is, zij er niet van heeft afgezien binnen twee maanden na de bevalling en ze niet besloten heeft de geheimhouding van haar identiteit op te heffen (voorgestelde artikelen 313, § 2, tweede lid, en 314, tweede lid, *in fine*, van het Burgerlijk Wetboek; artikelen 6 en 7 van het voorstel).

Ten slotte zouden de verstrekkingen waarin de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14 juli 1994 voorziet, wat betreft de "discrete bevalling", ten laste worden genomen door het Bijzonder Solidariteitsfonds opgericht binnen de Dienst voor geneeskundige verzorging van het Rijksinstituut voor ziekte- en invaliditeitsverzekering en zouden ze vergoed worden aan de instelling die een discrete bevalling heeft uitgevoerd, voor zover de moeder binnen twee maanden na de geboorte het kind niet heeft erkend (voorgestelde artikel 25, derde lid, van de voormelde wet van 14 juli 1994; artikel 9 van het voorstel).

II. Voorafgaande opmerkingen betreffende de terminologie

II.1. De term "discreet bevallen", die in het voorstel wordt gehanteerd, suggereert dat er geen sprake is van "anoniem bevallen", maar van een afgezwakte vorm van dat laatste.

Zolang de biologische moeder evenwel anoniem wenst te blijven, zullen haar identiteit en haar andere "identificeerbare" gegevens geheim blijven voor het kind. Volgens het voorstel heeft het kind wel toegang tot de "niet-identificeerbare" gegevens (voorgestelde artikel 62^{quater}, § 6, van het Burgerlijk Wetboek; artikel 5 van het voorstel), voor zover evenwel de moeder ze heeft medegedeeld en onder voorbehoud van de mogelijkheid voor de moeder om ze te allen tijde in te trekken (voorgestelde artikel 57, vijfde lid, a) et c), van het Burgerlijk Wetboek; artikel 2, 2/, van het voorstel).

.../...

Het lijkt dus enigszins misleidend om te spreken van "discreet bevallen".

II.2. In het voorstel worden de gegevens betreffende de moeder "identificeerbaar" of "niet-identificeerbaar" genoemd.

Ze dienen als "identificerend" of "niet-identificerend" te worden bestempeld.

Zo zullen ze voorts in dit advies worden genoemd.

III. Algemene opmerkingen

A. De toetsing aan de fundamentele rechten en vrijheden

1. *Confligerende rechten*

III.A.1.1. De regeling over het "discreet bevallen" die in het wetsvoorstel besloten ligt heeft een weerslag op verschillende fundamentele rechten en vrijheden.

III.A.1.2. Door te voorzien in de anonimiteit van de bevalling, begeeft het voorstel zich op het terrein van het recht van de moeder op eerbiediging van haar privéleven (artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, artikel 22 van de Grondwet), doch ook, zoals in de toelichting wordt aangegeven, het recht op leven (artikel 2 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens) en op fysieke integriteit van het kind (artikelen 3 en 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, artikelen 22 en 22*bis* van de Grondwet). De toelichting vermeldt immers:

"Het is de bedoeling om zoveel mogelijk drama's te voorkomen, zoals die recent nog werdenesignaleerd, waarbij wanhopige moeders die hun zwangerschap niet willen toegeven, alleen bevallen en hun kind in levensgevaar, of al dood, achterlaten en dat in erbarmelijke hygiënische omstandigheden"⁽²⁾ ⁽³⁾.

⁽²⁾ *Parl. St.*, Senaat, 2008-2009, nr. 4-1138/1.

⁽³⁾ Over het in aanmerking nemen van dit type van gegevens door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, zie *infra* III.A.3.2.

III.A.1.3. Door de anonimiteit van de moeder te waarborgen, tast het voorstel echter ook een aantal fundamentele rechten van het kind aan.

Deze rechten houden verband met het recht op eerbiediging van het privéleven en gezinsleven, gewaarborgd door artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en artikel 22 van de Grondwet.

Zoals geïnterpreteerd door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, omvat dit recht :

- het recht om een normaal gezinsleven te leiden, wat inzonderheid een juridische bescherming inhoudt die het mogelijk maakt, vanaf de geboorte of zo spoedig mogelijk daarna, het kind te integreren in zijn vaderlijk en moederlijk, wettig of natuurlijk gezin ⁽⁴⁾, met andere woorden het recht op "het ontstaan van een rechtsband tussen een kind [...] en zijn verwekker" ⁽⁵⁾, alsook de andere gezinsleden ⁽⁶⁾;
- het recht van ieder individu om te weten van wie het afstemt, inzonderheid de identiteit van zijn verwekkers ⁽⁷⁾.

⁽⁴⁾ EHRM, *Marckx t. België*, 13 juni 1979, § 31; *Johnston e.a. t. Ierland*, 18 december 1996, §§ 72 en 75; *Kroon e.a. t. Nederland*, 27 oktober 1994, §§ 32 en 36.

⁽⁵⁾ EHRM, *Mikulic t. Kroatië*, 7 februari 2002, § 53, tweede alinea, eveneens §§ 47, 65 en 66; *Kroon e.a. t. Nederland*, 27 oktober 1994, § 36; *Turnali t. Turkije*, 7 april 2009, § 35. Zie eveneens het "rapport sur les principes relatifs à l'établissement et aux conséquences juridiques du lien de filiation - «Le livre blanc»", aangenomen door het Comité directeur pour la coopération juridique (CDCJ) van de Raad van Europa tijdens zijn 79^e plenaire vergadering van 11 tot 14 mei 2004, punt 14, *in fine* : "[...] toutes les circonstances antérieures touchant à la conception et à la grossesse (par exemple, maternité de substitution) et toute modification ultérieure de la filiation juridique (par exemple, adoption par une autre personne) seront sans incidence sur la filiation juridique maternelle au moment de la naissance".

⁽⁶⁾ EHRM, *Marckx t. België*, 13 juni 1979, § 45.

⁽⁷⁾ EHRM, *Odièvre t. Frankrijk*, 13 februari 2003, §§ 29 en 44.

Er moet eveneens acht worden geslagen op een aantal rechten en principes gewaarborgd door het Verdrag inzake de rechten van het kind, aangenomen te New York op 20 november 1989 ⁽⁸⁾.

De belangrijkste relevante bepalingen van dit Verdrag zijn de volgende:

- artikel 3, leden 1 en 2 :

"1. Bij alle maatregelen betreffende kinderen, ongeacht of deze worden genomen door openbare of particuliere instellingen voor maatschappelijk welzijn of door rechterlijke instanties, bestuurlijke autoriteiten of wetgevende lichamen, vormen de belangen van het kind de eerste overweging.

2. De Staten die partij zijn, verbinden zich ertoe het kind te verzekeren van de bescherming en de zorg die nodig zijn voor zijn of haar welzijn, rekening houdend met de rechten en plichten van zijn of haar ouders, wettige voogden of anderen die wettelijk verantwoordelijk voor het kind zijn, en nemen hiertoe alle passende wettelijke en bestuurlijke maatregelen.";

- artikel 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 of haar ouders te kennen en door hen te worden verzorgd.";

- artikel 8, lid 1:

"De Staten die partij zijn, verbinden zich tot eerbiediging van het recht van het kind zijn of haar identiteit te behouden, met inbegrip van nationaliteit, naam en familiebetrekkingen zoals wettelijk erkend, zonder onrechtmatige inmenging.";

⁽⁸⁾ Zie op dit punt het advies met de nrs. 39.474/AV, 39.475/AV, 39.476/AV, 39.477/AV, 39.478/AV en 39.525/AV, gegeven op 24 januari 2006 over de wetsvoorstellen "betreffende de draagmoeders", "tot regeling van het draagmoederschap", "betreffende draagmoeders", "tot aanvulling van het Strafwetboek met bepalingen betreffende de commercialisering van en de bemiddeling inzake draagmoederschap", "tot het verbieden van zowel draagmoederschap waarbij de draagmoeder niet genetisch verwant is met het kind als draagmoederschap waarbij die genetische verwantschap wel bestaat" en "betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de boventallige embryo's en de gameten" (*Parl. St.*, Senaat, 2003-2004, nr. 417/3).
.../...

- artikel 9, leden 1 en 2 :

"1. De Staten die partij zijn, waarborgen dat een kind niet wordt gescheiden van zijn of haar 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 van dit artikel dienen alle betrokken partijen de gelegenheid te krijgen aan de procedures deel te nemen en hun standpunten naar voren te brengen.";

- artikel 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 naar gelang 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."

III.A.1.4. Door de anonimiteit van de moeder te waarborgen, kan het voorstel daarenboven ook onrechtstreeks het recht op eerbiediging van het gezinsleven van de vader aantasten (artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, artikel 22 van de Grondwet).

III.A.1.5. Hierna moet onder de nrs. 2 tot 6 (III.A.2 tot III.A.6) worden beoordeeld in welke mate het belang van de moeder verenigbaar is met de rechten vastgelegd in de voormelde grondwettelijke en internationale bepalingen ⁽⁹⁾.

⁽⁹⁾ Zie ook *infra*, III.C, de opmerkingen over de weerslag van het opheffen van de anonimiteit van de geboorte op de mogelijkheden om het moederschap te erkennen of een vordering tot onderzoek naar het moederschap in te stellen, bij welke opmerkingen rekening wordt gehouden met bepaalde aspecten van het recht op eerbiediging van het privéleven en gezinsleven van de betrokken personen.

2. De grenzen van de beoordelingsmarge van de Staten

III.A.2. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft in de zaak *Odièvre t. Frankrijk*, die eveneens betrekking had op een wettelijke regeling over het "bevallen onder X" ("l'accouchement sous X") geoordeeld dat de Staten over een ruime appreciatiemarge beschikken om de in het geding zijnde belangen van de moeder (privacy), het kind (recht op informatie over zijn of haar afstamming), de vader (privacy en gezinsleven), de adoptieouders (gezinsleven), de maatschappij (o.a. ter voorkoming van kindermishandeling of abortussen) en derden tegen elkaar af te wegen ⁽¹⁰⁾.

Die ruime marge voor appreciatie kent het Hof toe in het licht van de verschillen tussen de rechtssystemen en de tradities van de lidstaten en ook in het licht van onderscheiden middelen voor de opvang van verlaten kinderen die er in de Staten bestaan ⁽¹¹⁾.

Het komt met andere woorden in eerste instantie aan de nationale instanties toe om, binnen de ruime marge van appreciatie die het Europees Hof hen laat, na te gaan of een regeling inzake "discreet bevallen" of "bevallen onder X" verenigbaar is met de in het geding zijnde fundamentele rechten en vrijheden.

Wat België betreft, zal in eerste instantie de wetgever ter zake een oordeel moeten vellen; eventueel zal het Grondwettelijk Hof later de door de wetgever gemaakte afweging dienen te beoordelen in het licht van de grondwettelijk gewaarborgde grondrechten, zonder dat dit Hof zich daarbij, zoals het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, tot een marginale toetsing zal hoeven te beperken. Reeds eerder stelde de Raad van State dat

"de beoordelingsmarge die het Europees Hof aan de Staten laat moet worden gezien binnen het bestek van de subsidiaire toetsing die dit Europees Hof verricht ten aanzien van de interne praktijken en dat ze in het interne recht dus niet noodzakelijkerwijs betekent dat, in het kader van de preventieve toetsing verricht

⁽¹⁰⁾ Zie *infra*, III.A.3.2.

⁽¹¹⁾ EHRM, 13 februari 2003, *Odièvre t. France*, § 47 : "face à la diversité des systèmes et traditions juridiques, ainsi d'ailleurs que des pratiques d'abandon, les États doivent jouir d'une certaine marge d'appréciation pour décider des mesures propres à assurer la reconnaissance des droits garantis par la Convention à toute personne relevant de leur juridiction."

door de afdeling wetgeving van de Raad van State en van de toetsing die eventueel *a posteriori* verricht wordt door het Grondwettelijk Hof, geen strengere eis wordt gesteld [...]" ⁽¹²⁾.

De hiervoor vermelde redenen die het Europees Hof ertoe brengen een ruime marge te laten aan de staten, bestaan immers niet op het nationale vlak.

Bij de beoordeling van het voorstel in het licht van de mensenrechten dient een onderscheid te worden gemaakt tussen enerzijds het principe van het discreet bevallen (nr 3, hierna) en anderzijds de mogelijkheid van het kind om gegevens met betrekking tot de moeder te vernemen (nrs 4 et 5, hierna).

3. Het beginsel van de discrete bevalling

III.A.3.1. De voormelde teksten, inzonderheid de relevante bepalingen van het Verdrag inzake de rechten van het kind, leggen weliswaar de nadruk op de prioriteit die wordt gegeven aan de te vrijwaren verhouding tussen het kind en de ouders, maar maken er geen absoluut principe van.

Zo legt artikel 7, lid 1, van dit Verdrag het recht van het kind om zijn of haar ouders te kennen en door hen te worden verzorgd slechts "voor zover mogelijk" vast en sluit artikel 8, lid 1, van het Verdrag niet uit dat er "inmenging" is, inzonderheid in het recht van het kind op familiebetrekkingen, op voorwaarde dat ze niet "onrechtmatig" zijn.

De aan het kind gewaarborgde rechten kunnen in strijd komen met andere rechten of waarden waarvan het openbaar gezag de behoeder is, zoals bepaald wordt in artikel 8, lid 2, van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, dat aldus geredigeerd is :

"Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare

⁽¹²⁾ Advies nr. 44.521/AV van 20 mei 2008 over een voorstel van wet "houdende toepassing van de scheiding van de Staat en de religieuze of niet-confessionele levensbeschouwelijke organisaties of gemeenschappen" (*Parl. St.*, Senaat, 2007-2008, nr. 4-351/2, p. 11).

veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen".

In deze context kan niet worden uitgesloten dat sommige Staten ervan kunnen uitgaan dat de verplichting die op hen rust, krachtens artikel 3, lid 2, van het Verdrag inzake de rechten van het kind, om "alle passende wettelijke en bestuurlijke maatregelen te nemen" ten einde "het kind te verzekeren van de bescherming en de zorg die nodig zijn voor zijn of haar welzijn", kan reiken tot het instellen van een regeling van "discrete bevalling". In dit opzicht is in artikel 9, lid 1, van het Verdrag ook sprake van misbruik of van verwaarlozing van het kind dat kan wettigen dat het van zijn ouders gescheiden wordt.

III.A.3.2. Het is in deze zin dat het voornoemde arrest *Odièvre t. Frankrijk* van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens zich uitspreekt.

Daarin erkent het "l'intérêt d'une femme à conserver l'anonymat pour sauvegarder sa santé en accouchant dans les conditions médicales appropriées"⁽¹³⁾ en wijst het eveneens op het volgende :

"L'intérêt général n'est pas non plus absent dans la mesure où la loi française s'inscrit, depuis longtemps, dans 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». Le droit au respect de la vie, valeur supérieure garantie par la Convention, n'est ainsi pas étranger aux buts que recherche le système français"⁽¹⁴⁾.

III.A.3.3. Gelet op wat hierboven uiteengezet is over de verschillen in benadering die van Staat tot Staat kunnen ontstaan wat betreft deze kwesties, de aan de Staten toegekende beoordelingsmarge en de mogelijkheid van een striktere controle in de interne rechtsorde tegenover de in bijkomende orde op Europees niveau uitgevoerde controle⁽¹⁵⁾, is het evenwel zaak van de wetgever rekening te houden met de twijfels die kunnen ontstaan over de relevantie van de gebruikmaking van "discrete bevalling" ten aanzien van de ten gunste ervan aangevoerde doelstellingen.

⁽¹³⁾ EHRM, *Odièvre t. Frankrijk*, § 44.

⁽¹⁴⁾ EHRM, *Odièvre t. Frankrijk*, § 45.

⁽¹⁵⁾ *Supra*, III.A.2.

In dit verband dient o.m. te worden verwezen naar een rapport van Unicef over discreet bevallen waarin staat dat men ter zake tot op heden "niet echt over objectieve gegevens beschikt" en dat "een anonieme bevalling het risico op kindermoord, veelal het gevolg van een psychose bij de moeder, niet wegneemt" ⁽¹⁶⁾.

Ook het Comité voor de rechten van het kind van de Verenigde Naties, dat toeziet op de naleving van het Verdrag inzake de rechten van het kind ⁽¹⁷⁾, heeft voorbehoud gemaakt bij de anonieme bevalling. Zo bijvoorbeeld verzoekt het "instamment l'État partie de prendre toutes les mesures nécessaires pour empêcher et éliminer la pratique de l'accouchement dit anonyme" in zijn slotopmerkingen van 31 maart 2005 over het verslag gepresenteerd door het Groothertogdom Luxemburg ⁽¹⁸⁾ ⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁶⁾ Unicef rapport, *Discrete... Anonieme Bevalling. Welke rechten heeft het kind? Standpunt Unicef België*, januari 2009.

⁽¹⁷⁾ Voor meer informatie, zie <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/index.htm>.

⁽¹⁸⁾ Comité voor de rechten van het kind, slotopmerkingen over het verslag gepresenteerd door Luxemburg, nr. 29, CRC/C/15/Add.250, 31 maart 2005, http://www.ork.lu/PDFs/droits_enfant.pdf, aangehaald in de originele Engelse versie in P. Senaeve, F. Swennen en G. Verschelden (eds.), *De hervorming van het afstammingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, blz. 341, en in S. Michaux, "L'accouchement sous X au regard de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant", *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, blz. 313 tot 346, in casu blz. 344; zie ook J. Van Broeck, "Het recht van een geadopteerde om zijn geboorteparents te kennen - Het bloed kruipt waar het niet gaan kan", eerdergenoemde noot bij EHRM, *Odièvre t. Frankrijk*, voormeld, *T.B.B.R.*, 2003, blz. 407 tot 423, in casu nr. 11, blz. 410. Zie in dezelfde zin de slotopmerkingen over het verslag gepresenteerd door Oostenrijk, waarin wordt aanbevolen "de prendre toutes les mesures nécessaires pour éviter le recours aux «berceaux d'accueil»" (slotopmerkingen, nr. 30, CRC/C/15/Add.251, 31 maart 2005, <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf>, aangehaald in de originele Engelse versie in P. Senaeve, F. Swennen en G. Verschelden (eds.), *op. cit.*, blz. 341).

⁽¹⁹⁾ Er moet evenwel op gewezen worden dat, na deze bedenking over het door Luxemburg gepresenteerde verslag, in de slotopmerking ook het volgende staat : "Si cette pratique devait se poursuivre, il appartiendrait à l'État partie de prendre les mesures qui s'imposent pour que toutes les informations sur les parents soient enregistrées et archivées afin que l'enfant puisse, autant que possible et au moment opportun, connaître l'identité de son père et/ou de sa mère" (*loc. cit.*). Zo ook staat, ten aanzien van Oostenrijk, het volgende in de voornoemde slotopmerking : "Il lui recommande en outre d'adopter et d'appliquer sans tarder des dispositions juridiques et une réglementation relatives à l'enregistrement séparé de toutes les données médicales et autres données pertinentes sur le ou les parents - en .../...

De verantwoording in het interne recht van het beginsel van de "discrete bevalling" ten aanzien van de beginselen die gewaarborgd worden door artikel 22 van de Grondwet, door artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en door de relevante bepalingen van het Verdrag inzake de rechten van het kind, kan alleen op een onderbouwde wijze worden beoordeeld aan de hand van het onderzoek van een door de wetgever te verstrekken adequate motivering van die vraagstukken.

III.A.3.4. Hoe dan ook moeten, onder dat voorbehoud, de nadere regels om van de mogelijkheid van "discreet bevallen" gebruik te maken, zoals ze geformuleerd worden in het voorstel, gepreciseerd worden.

Zeker wanneer basisrechten in het geding zijn, moeten de beperkingen die bij de wet worden opgelegd immers vastgelegd worden in eenduidige bepalingen.

III.A.3.5. Zo wordt in het voorstel aan de moeder het recht toegekend om bij de bevalling te vragen "om haar opname en haar identiteit geheim te houden" (voorgestelde artikel 57, eerste lid, 2/, van het Burgerlijk Wetboek; artikel 2, 1/, van het voorstel). De uitoefening van dat recht wordt aan geen voorwaarden onderworpen. Daardoor lijkt het voorstel niet uit te sluiten dat de moeder nog op het ogenblik dat ze het kind ter wereld brengt, de vraag stelt om haar identiteit geheim te houden, zodat het niet is uitgesloten dat andere motieven, zoals b.v. eugenetische, daarbij een rol spelen. Bovendien is niet duidelijk hoe, bij een verzoek tot "discreet bevallen" op het tijdstip van de bevalling zelf, het mogelijk zal zijn de moeder de informatie te geven waarvan sprake

particulier le nom et la date de naissance du ou des parents -, et de permettre à l'enfant d'y avoir accès au moment approprié" (*loc. cit.*).

Het vorige jaar ging de slotopmerking ten aanzien van Frankrijk niet over het beginsel zelf van "l'accouchement sous X" in dat land, maar over het principe dat het kind het recht heeft zijn ouders te kennen:

"Le Comité recommande à l'État partie de prendre toutes les mesures voulues pour assurer la pleine application des dispositions de l'article 7, en particulier le droit de l'enfant à connaître dans la mesure du possible ses parents, eu égard aux principes de la non discrimination (art. 2) et de l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 3)" (slotopmerkingen over het verslag gepresenteerd door Frankrijk, nr. 24, CRC/C/15/Add.240, 30 juni 2004, <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf>, aangehaald in de originele Engels versie in P. Senaev, F. Swennen en G. Verschelden (eds.), *op. cit.*, blz. 341, in S. Michaux, *loc. cit.*, blz. 344; zie ook J. Van Broeck, *loc. cit.*, nr. 11, blz. 410).

Zie, wat betreft de latere toegang van het kind tot de gegevens over zijn ouders, *infra*, de opmerkingen gemaakt onder III.A.4 en III.A.5.

.../...

in het voorgestelde artikel 57, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek (artikel 2, 2/, van het voorstel), die bedoeld is om ervoor te zorgen dat ook rekening wordt gehouden met andere belangen dan die welke de moeder in die omstandigheid aanhaalt.

Anderzijds kan niet worden uitgesloten dat iemand plots moet bevallen, bijvoorbeeld bij een vroegtijdige bevalling, in welk geval het niet duidelijk is waarom de moeder er niet voor zou mogen kiezen, al was het kort na de geboorte, om van die bevalling een discrete bevalling te maken, onder soortgelijke voorwaarden als die waarin is voorzien voor het geval waarin vooraf voor dat soort bevalling wordt gekozen.

Het voorstel zou op die punten opnieuw moeten worden onderzocht en aangevuld. Eventueel kan worden bepaald dat een onafhankelijke instantie, onder voorwaarden waarbij rekening wordt gehouden met de genoemde omstandigheden, nagaat of daadwerkelijk is voldaan aan de inhoudelijke en vormelijke voorwaarden die vastgesteld zouden zijn.

III.A.3.6. Eén van de belangrijke aspecten van het voorstel is het onderscheid tussen identificerende en niet-identificerende gegevens.

Of dat onderscheid relevant is kan in twijfel worden getrokken. Er kan niet worden uitgesloten dat sommige niet-identificerende gegevens later identificerende gegevens worden, onder meer door de vooruitgang van de wetenschap, of dat niet-identificerende gegevens alleen enig nut kunnen hebben, onder meer op medisch vlak, wanneer ze aangevuld worden met informatie uit de identificerende gegevens.

Hoe dan ook, de tekst van de wet moet, zoals verder in dit advies zal worden aangetoond, duidelijker worden gesteld wat betreft de aard van die twee soorten gegevens ⁽²⁰⁾.

⁽²⁰⁾ Zie *infra*, inzonderheid III.A.3.8.

III.A.3.7. Onder dat voorbehoud moet ook op het volgende probleem worden gewezen.

In het voorstel wordt een onderscheid gemaakt tussen de oorspronkelijk beslissing van de moeder om "discreet" te bevallen, zoals verwoord in het voorgestelde artikel 57 van het Burgerlijk Wetboek (artikel 2 van het voorstel) en de mogelijkheid waarover ze krachtens het voorgestelde artikel 57*bis* van hetzelfde Wetboek (artikel 3 van het voorstel) beschikt om "haar toestemming" met haar beslissing om voor dat soort bevalling te kiezen "in te trekken". De laatstgenoemde mogelijkheid, die eigenlijk bestaat in een intrekking van het oorspronkelijke verzoek van de moeder, en bijgevolg van de gevolgen die daaraan verbonden zijn, wordt stelselmatig herhaald in het vervolg van het voorstel, meer bepaald in het voorgestelde artikel 313, § 2, tweede lid, in het voorgestelde artikel 348-4, vierde lid, van het Burgerlijk Wetboek, en in het voorgestelde artikel 25 van de voornoemde gecoördineerde wet van 14 juli 1994 (artikelen 6, 8 en 9 van het voorstel).

Die herhaling maakt de voorgestelde bepalingen onnodig zwaar.

Er kan bijvoorbeeld mee worden volstaan in het voorgestelde artikel 57*bis* van het Burgerlijk Wetboek (artikel 3 van het voorstel) te bepalen dat de bevalling bij het verstrijken van de termijn van twee maanden na de geboorte definitief als "discreet" wordt beschouwd, wat niet belet dat verder in het voorstel de gevolgen van dat soort bevalling voor de vader worden geregeld (artikel 4), de wijze waarop de identificerende en de niet-identificerende gegevens worden verzameld, de bekendmaking daarvan aan het kind (artikel 5), de latere mogelijkheden van erkenning van het moederschap en van vordering tot onderzoek naar het moederschap (artikelen 6 en 7), de gevolgen op het stuk van adoptie van het kind (artikel 8) en de gevolgen van de "discrete bevalling" op het stuk van de bekostiging van de ziekenhuiskosten van die bevalling (artikel 9).

De redactie van de voornoemde bepalingen moet dan ook worden herzien.

Er zij overigens opgemerkt dat die memorering aan de mogelijkheid voor de moeder om terug te komen op de "discrete bevalling" binnen twee maanden na de geboorte niet in het voorgestelde artikel 314, tweede lid, *in fine*, van het Burgerlijk Wetboek staat (artikel 7 van het voorstel). De redactie van die bepaling zou evenwel herzien moeten worden, zodat daarin niet alleen sprake is van het verzoek "bij de bevalling" om "[de] opname [van de moeder] [...] geheim te houden", maar daarin ook

.../...

vermeld wordt dat het gaat om een "discrete" bevalling, zoals die omschreven zal worden in artikel 57*bis* van het Burgerlijk Wetboek nadat dit gewijzigd is in het licht van de onderhavige opmerking. Op die basis zouden dan de redactie van het voorgestelde artikel 313, § 2, tweede lid, en die van het voorgestelde artikel 314, tweede lid, *in fine*, van het Burgerlijk Wetboek (artikelen 6 en 7 van het voorstel) op elkaar worden afgestemd.

III.A.3.8. Het besluit is dan ook, wat deze punten betreft, toegelicht onder de opmerkingen III.A.3.1 tot III.A.3.7, dat de redactie van het voorstel herzien moet worden om te zorgen voor een betere structuur en meer duidelijkheid.

Enkele voorbeelden van problemen :

- De inhoudelijke voorwaarden om "discreet" te mogen bevallen, worden niet genoemd ⁽²¹⁾.
- De vormvereisten die in dat verband worden gesteld, staan in een bepaling - artikel 57 van het Burgerlijk Wetboek - die betrekking heeft op de geboorteakte, terwijl ze daarmee niet rechtstreeks verband houden (artikel 2, 2/, van het voorstel).
- Dat de "discrete bevalling" definitief is na het verstrijken van de termijn van twee maanden waarvan sprake in het voorgestelde artikel 57*bis* van het Burgerlijk Wetboek (artikel 3 van het voorstel) zou met meer nadruk gesteld moeten worden ⁽²²⁾.
- De regeling die geldt voor het meedelen van de identificerende en de niet-identificerende gegevens, wordt slechts incidenteel vastgesteld, in een bepaling over de informatie die aan de moeder verstrekt moet worden (voorgesteld artikel 57, derde tot vijfde lid, van het Burgerlijk Wetboek; artikel 2, 2/, van het voorstel).

⁽²¹⁾ Zie *supra*, opmerking II.A.3.5.

⁽²²⁾ Zie *supra*, opmerking II.A.3.7.

- Om welke identificerende en niet-identificerende gegevens het gaat, wordt niet gepreciseerd. Zo bijvoorbeeld blijkt niet duidelijk uit het voorgestelde artikel 57, eerste lid, 2/, van het Burgerlijk Wetboek (artikel 2, 1/, van het voorstel) voor welke gegevens de door de moeder gevraagde geheimhouding kan gelden, ook al kan verondersteld worden dat het gaat om de "naam, de voornamen en de woonplaats van de moeder". Zo ook staat niet in de bepalingen welke "inlichtingen over [de] gezondheid [van de moeder] en over die van de vader [en] over de afstamming van het kind en de omstandigheden van zijn geboorte" de moeder kan geven (voorgestelde artikel 57, vijfde lid, a), van het Burgerlijk Wetboek; artikel 2, 2/, van het voorstel).
- Geen enkele bepaling regelt de sancties die zouden staan op het niet-meedelen van de identificerende en de niet-identificerende gegevens.
- Er wordt niet gepreciseerd wie de informatie moet verstrekken waarvan sprake in het voorgestelde tweede tot vijfde lid van artikel 57 van het Burgerlijk Wetboek (artikel 2, 2/, van het voorstel).
- Er rijzen vraagtekens bij de samenhang tussen het recht dat in het voorgestelde artikel 57, eerste lid, 2/, van het Burgerlijk Wetboek (artikel 2, 1/, van het voorstel) aan de moeder lijkt te worden toegekend om nog om een "discrete bevalling" te vragen op het tijdstip van de bevalling zelf, en de informatieprocedures waarvan sprake in het tweede tot het vijfde lid, inzonderheid in het tweede lid, van dezelfde voorgestelde bepaling, waarbij dat tweede lid bovendien bepaalt dat de daarin genoemde informatie "vóór de bevalling" moet worden verstrekt.

Om die problemen te verhelpen moeten de bepalingen betreffende de eigenlijke gebruikmaking van de "discrete bevalling", mede gelet op de overige opmerkingen gemaakt in het onderhavige advies, zo worden herzien dat daarin, in de volgende orde, worden vermeld :

- de inhoudelijke voorwaarden voor de "discrete bevalling";
- de procedures die voorafgaan aan de toestemming om op die wijze te mogen bevallen, in chronologische volgorde, waarbij onder meer vermeld moet worden welke soort informatie aan de belanghebbende moet worden gegeven en wie dat moet doen;

.../...

- de regels voor het toezicht op de doeltreffendheid van die voorwaarden en procedures;
- wat betreft de identificerende en de niet-identificerende gegevens, om welke gegevens het gaat en wat de aard ervan is ⁽²³⁾;
- het tijdstip waarop de "discrete bevalling" definitief als dusdanig beschouwd moet worden, na het verstrijken van de termijn waarbinnen de moeder daarop kan terugkomen;
- dat het meedelen van de identificerende en de niet-identificerende gegevens verplicht is ⁽²⁴⁾, en de wijze waarop die worden meegedeeld, gelet inzonderheid op het geheim dat ter zake bewaard moet worden;
- de overige verplichtingen voor de instelling waar de bevalling heeft plaatsgevonden, meer bepaald het verkrijgen van de lijsten met identificerende en niet-identificerende gegevens en de verzending daarvan aan de nog aan te wijzen overheidsinstanties, met inachtneming van de geheimhoudingsplicht die daaraan verbonden is;
- de straffen die staan op de niet-naleving van de bovenstaande regels inzake de identificerende en de niet-identificerende gegevens;
- de regeling van het geval dat de bevalling niet zou plaatsvinden in een ziekenhuis;
- de gevolgen van een "discrete bevalling" met betrekking tot de gegevens die op de geboorteakte worden vermeld.

Er wordt tevens verwezen naar de overige opmerkingen die specifiek over het voorstel worden gemaakt.

⁽²³⁾ Zie, met betrekking tot het feit hoe belangrijk het is voor een kind om toegang te hebben tot de niet-identificerende gegevens, en dus hoe belangrijk het is dat zulke gegevens bestaan, het arrest *Odièvre t. Frankrijk* van 13 februari 2003 van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, § 48.

⁽²⁴⁾ Zie *infra*, inz. opmerking III.A.5.

III.A.3.9. Hoe dan ook, verder in de regeling moet, wanneer er sprake is van de mogelijkheid voor het kind om toegang te hebben tot de informatie betreffende zijn moeder, verwezen worden naar de identificerende of de niet-identificerende gegevens, of nog, in voorkomend geval, naar sommige van die gegevens, waarbij gezorgd moet worden voor nauwkeurige verwijzingen. Zo bijvoorbeeld :

- is in artikel 62*quater*, § 1 (artikel 5 van het voorstel) de verwijzing naar de "informatie die is ingewonnen naar aanleiding van elke discrete bevalling" te vaag;
- dat geldt ook voor de verwijzing in de voorgestelde paragraaf 5, eerste lid, naar "de persoonlijke afstammingsgegevens als bedoeld in artikel 57"⁽²⁵⁾, waarbij het niet de bedoeling lijkt te zijn dat verwezen wordt naar al die gegevens;
- moet voorkomen worden dat in paragraaf 9, derde lid, van dezelfde voorgestelde bepaling gesproken wordt van de "identiteit van de moeder", waarvan niet geweten is of deze beperkt is tot de naam en de voornamen ervan, terwijl er meer bepaald in het eerste lid van de bepaling terecht sprake is van de "identifice[rende] gegevens", die ruimer kunnen zijn.

4. Het belang van het kind versus de anonimiteit van de identificerende gegevens met betrekking tot de moeder

III.A.4.1. Een andere belangrijke vraag rijst met betrekking tot het latere recht van het kind om toegang te krijgen tot de gegevens over zijn moeder, zijn afstamming en de omstandigheden van zijn geboorte.

Zelfs aangaande die kwesties gaan de indieners er bij de afweging van de verschillende in het geding zijnde grondrechten van uit dat het recht van de moeder op privacy de absolute voorkeur geniet. Alleen de moeder zelf kan haar anonimiteit opheffen (voorgesteld artikel 62*quater* van het Burgerlijk Wetboek; artikel 5 van het voorstel). Als zij daar niet toe bereid is, dan heeft het kind slechts recht op niet-identificerende gegevens, voor zover de moeder, op grond van wat het voorgestelde artikel 57,

⁽²⁵⁾ Er zij bovendien opgemerkt dat de twee taalversies van het voorstel op dat punt niet overeenstemmen.

vijfde lid, a) en c), van het Burgerlijk Wetboek (artikel 2, 2/, van het voorstel) lijkt toe te staan, deze heeft meegedeeld en ze daarenboven niet "in[getro]kken" heeft ⁽²⁶⁾.

Zoals het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft opgemerkt in zijn eerdergenoemd arrest *Odièvre t. Frankrijk*, draait deze problematiek evenwel om "[...] deux intérêts privés difficilement conciliables"; wanneer het kind in kwestie volwassen is geworden, treft dit belangenconflict overigens "non une adulte et un enfant, mais deux adultes jouissant chac[un] de l'autonomie de sa volonté" ⁽²⁷⁾.

Het voorstel moet op dat punt ook onderzocht worden in het licht van de hiervoor reeds vermelde artikelen 3 en 7 van het VN-Kinderrechtenverdrag. In dat verband is het van belang te vermelden dat het VN-Kinderrechtencomité de artikelen 3 en 7 van het Verdrag zo lijkt te interpreteren dat het kind, "in de mate van het mogelijke" en "op het gepaste ogenblik" - wat een beoordeling door een rechter, geval per geval, zou kunnen impliceren - de identiteit van de moeder moet kunnen vernemen. Dit kan men afleiden uit de *concluding observations* van het VN-Kinderrechtencomité jegens Luxemburg ⁽²⁸⁾, Frankrijk ⁽²⁹⁾ en Oostenrijk ⁽³⁰⁾. Gelet op het feit dat in de eerste plaats rekening moet worden gehouden met het belang van het kind, zou aan de federale centrale

⁽²⁶⁾ Zie, wat dat betreft, *infra*, opmerking III.A.5.

⁽²⁷⁾ EHRM, *Odièvre t. France*, 13 februari 2003, § 44

⁽²⁸⁾ "Le Comité prie instamment l'État partie de prendre toutes les mesures nécessaires pour empêcher et éliminer la pratique de l'accouchement dit anonyme. Si cette pratique devait se poursuivre, il appartiendrait à l'État partie de prendre les mesures qui s'imposent pour que toutes les informations sur les parents soient enregistrées et archivées afin que l'enfant puisse, autant que possible et au moment opportun, connaître l'identité de son père et/ou de sa mère" (*loc. cit.*).

⁽²⁹⁾ "Le Comité recommande à l'État partie de prendre toutes les mesures voulues pour assurer la pleine application des dispositions de l'article 7, en particulier le droit de l'enfant à connaître dans la mesure du possible ses parents, eu égard aux principes de la non discrimination (art. 2) et de l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 3)" (*loc. cit.*).

⁽³⁰⁾ "Le Comité recommande à l'État partie de prendre toutes les mesures nécessaires pour éviter le recours aux «berceaux d'accueil». Il lui recommande en outre d'adopter et d'appliquer sans tarder des dispositions juridiques et une réglementation relatives à l'enregistrement séparé de toutes les données médicales et autres données pertinentes sur le ou les parents - en particulier le nom et la date de naissance du ou des parents -, et de permettre à l'enfant d'y avoir accès au moment approprié" (*loc. cit.*).

autoriteit de bevoegdheid gegeven kunnen worden om, op basis van een analyse van het VN-Kinderrechtenverdrag, geval per geval, de wil of de wens van de geboortemoeder naar wettelijkheid en gegrondheid af te toetsen en na te gaan of de belangen van de minderjarige met deze wil of deze wens gediend zijn ⁽³¹⁾. Die controle zou worden verricht onder het voorbehoud van rechterlijk beroepen die over die vraagstukken ingesteld zouden moeten kunnen worden ⁽³²⁾.

III.A.4.2. Op dit laatste punt heeft ook de Raad van State zelf er in het verleden reeds op gewezen, in de adviezen 33.294/3 van 12 november 2002 en 38.458/3 van 26 mei 2005, dat een rechterlijke controle, die geval per geval de belangen afweegt en nagaat of op het verzoek van het kind kan worden ingegaan, moet worden verkozen boven een systeem waarbij absoluut wordt geopteerd voor de belangen van één partij ⁽³³⁾.

⁽³¹⁾ In die zin : Kinderrechtencommissariaat van de Vlaamse Gemeenschap, *Advies Discreet bevallen*, 16 februari 2009

⁽³²⁾ Zie infra, de opmerkingen gemaakt onder III.B.3.

⁽³³⁾ Advies 33.294/3 van 12 november 2002 over een voorstel dat het decreet van 30 april 2004 tot regeling van de binnenlandse en interlandelijke adoptie van kinderen is geworden. In dat advies had de wetgever evenwel geen absolute voorkeur voor de privacy van de moeder ingebouwd, zoals in het voorgelegde dossier, maar wel een absolute voorkeur voor het recht op toegang van het kind. Het uittreksel uit dat advies luidt als volgt:
"De zaken *Gaskin, M.G. t. Verenigd Koninkrijk en Odièvre [t. Frankrijk]* tonen aan dat het toekennen van een absoluut recht van toegang van het kind tot het hem betreffende adoptiedossier geenszins vanzelfsprekend is, en dat zulk recht integendeel in botsing kan komen met de rechten (o.m. het recht op eerbiediging van het privé-leven) en de belangen van derden. Er kan in het bijzonder gedacht worden aan de rechten en belangen van de natuurlijke ouders (die bij een interlandelijke adoptie in het buitenland verblijven) en aan die van de adoptanten. De Raad van State is van oordeel dat die rechten en belangen beter beschermd zouden worden, zonder op een ongeoorloofde wijze afbreuk te doen aan het "vitale belang" van de geadopteerde, zoals het Europees Hof dat belang omschrijft, door te voorzien in een stelsel waarbij geval per geval nagegaan zou worden of, en in welke mate, op het verzoek van een geadopteerde kan worden ingegaan. In een dergelijk systeem zouden de respectieve belangen *in concreto* tegen elkaar afgewogen kunnen worden. Om in overeenstemming te zijn met de leer van de arresten *Gaskin en M.G. t. Verenigd Koninkrijk*, moet dan wel eveneens voorzien worden in de mogelijkheid om een beroep in te stellen bij een onafhankelijke instantie" (*Parl. St.*, Vl. Parl., 2001-2002, nr. 956/4, 23-24).
Zie ook in dezelfde lijn advies nr. 38.458/3 van 26 mei 2005 (i.e. na het arrest ten gronde van de Grote Kamer van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in de zaak *Odièvre t. Frankrijk*) over een voorontwerp dat het decreet van 15 juli 2005 tot regeling van de interlandelijke adoptie van kinderen is geworden :
.../...

In een later advies, d.d. 24 januari 2006, bevestigde de algemene vergadering van de Raad deze stelling met betrekking tot de voorziene anonimiteit van draagmoeders en donoren van gameten en embryo's. De Raad stelde:

"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.

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.

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 [t. Frankrijk]* 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»,

"Ondertussen heeft de Grote Kamer van het Europees Hof uitspraak ten gronde gedaan in de genoemde zaak *Odièvre [t. Frankrijk]*. Bij arrest van 13 februari 2003 heeft het Hof geoordeeld dat de weigering om aan de verzoekster, een geadopteerd kind, de identiteit van haar natuurlijke moeder mee te delen, geen schending inhield van het recht op eerbiediging van haar privé-leven, gewaarborgd bij artikel 8 van het Europees Verdrag over de rechten van de mens. Het Hof had daarbij oog voor het feit dat de Franse wetgever met het toenmalige systeem van de anonieme bevallingen de bescherming van de belangen van de moeder beoogde. De belangen van het kind werden overigens niet helemaal opgeofferd aan die van de moeder: aan het kind werd toegang verleend tot bepaalde gegevens m.b.t. haar afkomst, zonder dat die evenwel een identificatie van haar moeder toelieten.

Zoals in de memorie van toelichting wordt benadrukt, kiezen de stellers van het voorliggende ontwerp van decreet voor een "absoluut" recht van de geadopteerde op inzage van zijn dossier. Er wordt m.a.w. niet voorzien in een systeem dat het mogelijk maakt om oog te hebben voor de belangen van derden. Dit laatste zou bijvoorbeeld kunnen door te bepalen dat geval per geval nagegaan moet worden of, en in welke mate, op het verzoek van een geadopteerde tot inzage van zijn dossier kan worden ingegaan.

Zo de stellers van het ontwerp bij de gekozen optie willen blijven, zouden zij in elk geval in de memorie van toelichting moeten uiteenzetten waarom het absoluut recht van toegang tot het adoptiedossier te dezen niet strijdig is met de rechten van betrokken derden" (*Parl. St.*, VI. Parl., 2004-2005, nr. 371/1, 57).

.../...

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. Wat het laatstgenoemde punt betreft, heeft ook het arrest-*Gaskin* [, M.G. t. Verenigd Koninkrijk] van 7 juli 1989 zich in die zin uitgesproken.

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"⁽³⁴⁾.

De relevantie van die overwegingen wordt versterkt door de noodzaak om rekening te houden met het recht van "elk kind [...] op eerbiediging van zijn morele, lichamelijke, [en] geestelijke [...] integriteit", dat is vastgelegd in artikel 22bis van de Grondwet en dat volgens die bepaling door de wetgever moet worden gewaarborgd.

Nu zo'n wezenlijke aspecten van het recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven, van het recht op eerbiediging van de morele, lichamelijke en geestelijke integriteit van het kind en van de in het Kinderrechtenverdrag gewaarborgde rechten in het geding zijn, als het recht van het kind om zijn moeder te kennen en het recht om zijn afstamming erkend te zien, komt het de Raad van State voor dat de wetgever de door de indieners van het wetsvoorstel gemaakte afweging dient te heroverwegen.

III.A.4.3. Bovendien wordt de wetgever erop attent gemaakt dat die vragen niet alleen kunnen rijzen terwijl de moeder nog leeft, maar ook na haar dood.

⁽³⁴⁾ Voormeld advies met de nummers 39.474/AV, 39.475/AV, 39.476/AV, 39.477/AV, 39.478/AV, 39.525/AV, *loc. cit.*, blz. 60-61 (cursivering toegevoegd).
.../...

Zelfs als de mogelijkheden die het voorstel aan het kind biedt om kennis te nemen van de gegevens die de identificatie van de moeder mogelijk maken, zeer beperkt zijn en door een negatief antwoord van de moeder op niets kunnen uitlopen, wordt er bij die mogelijkheden echter van uitgegaan dat de moeder nog leeft ⁽³⁵⁾.

Op dat punt kan worden opgemerkt dat het overlijden van de moeder geenszins het belang van het kind om zijn afkomst te kennen wegneemt. Los van de oplossing die in het licht van de voorgaande overwegingen zal worden gekozen om toegang te verlenen tot de gegevens die de identificatie van de moeder mogelijk maken, lijkt het in het licht van artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en artikel 22 van de Grondwet (recht op privacy en gezinsleven) niet gerechtvaardigd om aan te nemen dat een mogelijk veto voor altijd verlengd wordt na de dood van de moeder, zonder enige verdere mogelijkheid van belangenafweging. Op zijn minst zou, zoals in de Franse wetgeving, moeten voorzien worden in het omgekeerde : wanneer de moeder komt te sterven wordt de moeder geacht in te stemmen met de bekendmaking van haar identiteit op verzoek van het kind, tenzij ze uitdrukkelijk het tegenovergestelde heeft bedongen in een schriftelijke verklaring ⁽³⁶⁾.

Zelfs in dat geval zou moeten worden onderzocht of in een werkzame toetsing door de rechter kan worden voorzien, waarbij erop gelet moet worden dat alle belanghebbende partijen, in het bijzonder de erfgenamen van de overleden moeder, bij het geding betrokken kunnen worden. De nadere regels voor die toetsing zouden in de wet moeten worden gepreciseerd, vooral in verband met de termijn waarbinnen de vordering zou moeten ingesteld.

Het voorstel - inzonderheid het voorgestelde artikel 62^{quater}, § 9, vijfde lid, (artikel 5 van het voorstel) - zou dienovereenkomstig moeten worden herzien.

⁽³⁵⁾ Voorgestelde artikel 62^{quater}, § 9, van het Burgerlijk Wetboek (artikel 5 van het voorstel).

⁽³⁶⁾ Zie EHRM, *Odièvre t. Frankrijk*, 13 februari 2003, § 17, voor een weergave van de Franse wetgeving zoals die ten tijde van dat arrest in werking was.

5. *De noodzaak om het belang van het kind voor ogen te houden bij de niet-identificerende gegevens van de moeder*

III.A.5.1. De regeling die in het voorstel is ontworpen voor de niet-identificerende gegevens van de moeder kan als volgt worden samengevat.

Luidens het voorgestelde artikel 57, vijfde lid, a), en zesde lid, van het Burgerlijk Wetboek (artikel 2, 2/, van het voorstel) bestaan die gegevens, naar het zich laat aanzien ⁽³⁷⁾, uit "alle inlichtingen [...] over [de] gezondheid [van de moeder] en over die van de vader, over de afstamming van het kind en de omstandigheden van zijn geboorte", "de voornamen die aan het kind zijn gegeven en eventueel de vermelding van het feit dat de voornamen gegeven werden door de moeder, alsook het geslacht van het kind en de datum, de plaats en het uur van zijn geboorte".

De instelling waar de "discrete bevalling" heeft plaatsgevonden bezorgt de lijst van de niet-identificerende gegevens aan de federale centrale autoriteit die moet zorgen voor "de bewaring en het beheer van de [...] gegevens in verband met de herkomst van het kind waarover zij beschikt", waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen de niet-identificerende gegevens en de identificerende gegevens, die op twee verschillende lijsten worden vermeld (voorgesteld artikel 62*quater*, §§ 1 en 2, van het Burgerlijk Wetboek; artikel 5 van het voorstel).

Het kind, dat in voorkomende geval optreedt via zijn wettelijke vertegenwoordigers of zijn voogd, kan aan die laatstgenoemde autoriteit toegang vragen tot de niet-identificerende gegevens en die autoriteit is dan verplicht die gegevens mee te delen (voorgesteld artikel 62*quater*, §§ 5, tweede lid, 1/ en 2/ ⁽³⁸⁾, en 6, van het Burgerlijk Wetboek; artikel 5 van het voorstel).

⁽³⁷⁾ Zie, *supra*, nr. III.A.3.8.

⁽³⁸⁾ In de voorgestelde teksten moet worden verwezen naar paragraaf 5, tweede lid, 2/, van het voorgestelde artikel 62*quater* van het Burgerlijk Wetboek en niet naar paragraaf "5, 2/" ervan. In het voorgestelde artikel 62*quater*, § 5, tweede lid, 1/, *in fine*, schrijve men gewoon "bedoeld in de bepaling onder 2/", waarbij de woorden "van datzelfde artikel" moeten vervallen.

Uit het voorgestelde artikel 57, vijfde lid, a) en c), van het Burgerlijk Wetboek (artikel 2, 2/, van het voorstel) blijkt echter dat de moeder niet verplicht is de niet-identificerende gegevens mee te delen, aangezien in het voorstel het werkwoord "kan" wordt gebruikt, en dat de moeder bovendien "de inlichtingen die zij bij de geboorte heeft gegeven voor het opstellen van de lijst met [niet-identificerende] gegevens kan intrekken".

III.A.5.2. De volledige toegang, ten gunste van het kind, tot de gegevens die geen identificatie van zijn moeder mogelijk maken, botst helemaal niet met de belangen van de moeder die het voorstel op de voorgrond wil plaatsen of met de maatschappelijke waarden waarmee het voorstel rekening wil houden. In het licht van het belang van het kind is het dus niet duidelijk wat zou kunnen wettigen dat de moeder daartoe niet verplicht wordt, wat voorts nog versterkt wordt door het feit dat de moeder de inlichtingen op de lijst van de niet-identificerende gegevens kan intrekken.

Wat dat betreft, is het feit dat de Franse wetgeving de belanghebbende toegang verleende tot "[les] 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" een belangrijk gegeven geweest dat de Grote Kamer van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens de mogelijkheid heeft geboden in haar arrest van 13 februari 2003 in de zaak *Odièvre t. Frankrijk* aan te nemen dat die wetgeving inzake anonieme bevallingen verenigbaar is met het verdragsrecht ⁽³⁹⁾.

In dat verband moet de wetgever erop attent gemaakt worden dat sommige van die gegevens van groot en soms zelfs van vitaal belang kunnen zijn voor de gezondheid van het kind, daar het kind op de hoogte moet zijn van de gegevens over de genetische ziekten van de moeder en de vader of van anderen die net zo belangrijk zijn. De vraag rijst zelfs of het niet aangewezen zou zijn, gelet op die doorslaggevende belangen, dat die niet-identificerende gegevens onmiddellijk worden meegedeeld aan de personen die verantwoordelijk zijn voor de minderjarige, zoals bijvoorbeeld, in voorkomend geval, aan degenen die de minderjarige zullen adopteren of de voogdij over hem zullen uitoefenen, zonder te wachten op een initiatief dat zij namens het kind zouden nemen.

⁽³⁹⁾ Paragraaf 48 van het arrest.

III.A.5.3. De regeling die van toepassing is op die niet-identificerende gegevens moet bovendien worden gepreciseerd, in het bijzonder wat betreft de aard van de "inlichtingen over [de] gezondheid [van de moeder] en over die van de vader", het toezicht op de juistheid van die gegevens, het begrip "afstamming van het kind" en over de reikwijdte van de inlichtingen die over laatstgenoemd onderwerp worden verwacht.

Ook zou moeten worden geregeld onder welke voorwaarden en, in voorkomend geval, volgens welke procedure de niet-identificerende gegevens werkelijk worden meegedeeld aan het kind zelf wanneer de aanvraag in die zin niet uitgaat van het kind zelf maar, overeenkomstig het voorgestelde artikel 62*quater*, § 5, tweede lid, 2/, tweede en derde streepje, van het Burgerlijk Wetboek (artikel 5 van het voorstel), van "zijn wettelijke vertegenwoordiger(s)" of van "zijn voogd" ⁽⁴⁰⁾.

III.A.5.4. De regeling die geldt voor de niet-identificerende gegevens van de moeder moet worden herzien in het licht van de voorgaande opmerkingen.

6. De rechten van de vader

III.A.6.1. Het voorgestelde artikel 57*ter* van het Burgerlijk Wetboek (artikel 4 van het voorstel) bepaalt dat "de man die het vaderschap opeist" binnen twee maanden na de geboorte "verzet" kan aantekenen.

Deze bepaling doet verschillende vragen rijzen.

III.A.6.2. De eerste vraag is wat dat "verzet" precies behelst.

Uit de algemene opzet van het voorstel en uit het voorgestelde artikel 57*ter*, vierde lid, blijkt dat niet de "discrete" aard van de bevalling ten aanzien van de moeder aldus kan worden aangevochten, maar dat het doel van die procedure alleen betrekking heeft op het "herleven" van de "gewone afstammingsbanden tussen de vader en het kind" ⁽⁴¹⁾.

⁽⁴⁰⁾ Zie ook bijzondere opmerking 2 over artikel 5 van het voorstel.

⁽⁴¹⁾ Voor de strikt procedurele aspecten van die bepaling: zie infra III.B.2.

Als dat het geval is, mag geen gebruik gemaakt worden van het begrip "verzet".

Aangezien de voorgestelde tekst geen invloed heeft op de procedures inzake erkenning van de vader, rijst echter de vraag in welk opzicht het hier in uitzicht gestelde "verzet" nut heeft.

Als het de bedoeling van de wetgever zou zijn om degene die beweert de vader te zijn de mogelijkheid te bieden verzet aan te tekenen tegen de discrete aard van de bevalling ten aanzien van de moeder, zou de wetgever de inhoudelijke en procedurele voorwaarden moeten regelen zodat dit conflict tussen de ouders kan worden geregeld, met als primaire voorwaarde dat rekening moet worden gehouden met het belang van het kind.

III.A.6.3. Onder voorbehoud van wat zojuist is opgemerkt, wordt er in de hierna volgende opmerkingen van uitgegaan dat de vader of degene die beweert de vader te zijn de erkenning van zijn rechten wenst met inachtneming van de door de moeder gewenste discretie omtrent de bevalling.

Er lijken zich verschillende mogelijkheden te kunnen voordoen, die echter met elkaar gemeen hebben dat de afstamming van vaderszijde alleen kan worden vastgesteld door een erkenning of door een rechtsvordering tot onderzoek naar het vaderschap. Wanneer de moeder gehuwd is, kan het wettelijke vermoeden van vaderschap vervat in artikel 315 van het Burgerlijk Wetboek immers niet worden toegepast, aangezien, als de moeder officieel onbekend is, haar echtgenoot evenmin officieel bekend is.

De erkenning door de vader zal verhinderen dat een kind dat na een "discrete bevalling" ter wereld is gekomen, later zonder diens toestemming kan worden geadopteerd.

III.A.6.4. Eerste mogelijkheid: de vader of degene die beweert de vader te zijn is op de hoogte van de "discrete bevalling", al was het maar, bijvoorbeeld, omdat hij zich samen met de moeder heeft aangemeld in de instelling waar de bevalling heeft plaatsgevonden.

In het geval van een erkenning, vereist in principe artikel 329*bis* van het Burgerlijk Wetboek de toestemming van de moeder wanneer deze bekend is. Men zou eventueel kunnen argumenteren dat de moeder in de onmogelijkheid verkeert om haar wil te kennen te geven ⁽⁴²⁾ of men zou zelfs kunnen stellen dat de moeder officieel niet bekend is.

In het geval van de vaststelling van vaderschap, rijst de vraag of de aanmelding van de biologische vader in de instelling samen met de biologische moeder of andere omstandigheden volstaan om de afstamming te bewijzen. Artikel 324 van het Burgerlijk Wetboek stelt dat het bezit van staat volstaat. De wetgever zou moeten verduidelijken of de aanmelding in de instelling door de vader of andere omstandigheden voldoende zijn om aan te nemen dat er een bezit van staat is.

Die zaken moeten in het voorstel worden geregeld.

III.A.6.5. Tweede mogelijkheid: de vader of degene die beweert de vader te zijn is niet op de hoogte van de geboorte van zijn kind, waardoor de erkenning onmogelijk wordt ⁽⁴³⁾. Zoals het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft geoordeeld, druisen mechanismen die bijvoorbeeld de mogelijkheid bieden om een kind kort na zijn geboorte zonder medeweten en zonder toestemming van zijn natuurlijke vader af te staan of te plaatsen met het oog op adoptie, echter in tegen het recht op privacy van die vader, die zijn rechten slechts moeilijk zal kunnen laten gelden, wat nog moeilijker wordt naarmate de tijd verstrijkt en het kind steeds meer integreert met zijn adoptiegezin ⁽⁴⁴⁾.

De vraag rijst dan ook of met het oog op het recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven van de vaders van kinderen die na een "discrete bevalling" worden geboren, maar ook met het oog op het recht van die kinderen om op zijn minst de afstamming van vaderszijde te laten vaststellen, geen mechanisme in het leven zou moeten worden geroepen dat degenen die hun kind willen erkennen of een vóór de

⁽⁴²⁾ Artikel 329*bis*, § 3, van het Burgerlijk Wetboek.

⁽⁴³⁾ C. Neirinck, "L'accouchement sous X : le fait et le droit", *Sem. jur.*, 1996, I, 3922, nr. 9 en 10, blz. 151 en 152.

⁽⁴⁴⁾ EHRM., *Keegan t. Ierland*, 26 mei 1994; *Görgülü t. Duitsland*, 26 februari 2004. .../...

geboorte gedane erkenning willen aanvullen, in staat stelt hun kind te identificeren ⁽⁴⁵⁾. Een dergelijk mechanisme zou meer dan het onderzochte voorstel voor een beter evenwicht zorgen tussen de in het geding zijnde belangen.

III.A.6.6. Tot slot rijst de vraag welke gegevens de vader of degene die zich als zodanig aanmeldt zal moeten bewijzen in de bewuste "verzet"procedure.

Waarschijnlijk zal de getrouwde man kunnen volstaan met het bewijs dat hij met de biologische moeder getrouwd is. Dit zou voortvloeien uit een overeenkomstige toepassing van artikel 315 van het Burgerlijk Wetboek, maar zou uitdrukkelijk moeten worden gepreciseerd, aangezien die bepaling niet bedoeld is om onverkort te worden toegepast als het moederschap per definitie niet wettelijk vaststaat ⁽⁴⁶⁾.

Op basis van de inleidende zin van het voorgestelde artikel 57ter zou men eveneens kunnen argumenteren dat het voor de niet-getrouwde "partner" volstaat om het bewijs te leveren dat hij de partner is van de biologische moeder om "verzet" aan te tekenen. Het begrip "partner" dient dan nader gedefinieerd te worden. Het lijkt evenwel niet aannemelijk dat dit voldoende is om het verzet gegrond te verklaren. De niet-getrouwde man die zich succesvol wil verzetten zal waarschijnlijk ofwel de procedure van vestiging van afstamming moeten hanteren ⁽⁴⁷⁾ ofwel het kind moeten erkennen, zelfs nog vooraleer het geboren is ⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁵⁾ Artikel 62-1 van het Franse Burgerlijk Wetboek bepaalt: "[s]i la transcription de la reconnaissance paternelle s'avère impossible, du fait du secret de son identité opposé par la mère, le père peut en informer le procureur de la République. Celui-ci procède à la recherche des date et lieu d'établissement de l'acte de naissance de l'enfant".

⁽⁴⁶⁾ Zie supra III.A.6.3.

⁽⁴⁷⁾ Artikelen 324 en 332quinquies van het Burgerlijk Wetboek.

⁽⁴⁸⁾ Artikelen 328, 328bis en 329bis van het Burgerlijk Wetboek.

III.A.6.7. Uit de voorgaande opmerkingen vloeit ook voort dat de regeling die gepland wordt in het voorgestelde artikel 57*ter* van het Burgerlijk Wetboek (artikel 4 van het voorstel) zal aansluiten bij de procedures inzake erkenning van het kind die thans door het Burgerlijk Wetboek worden georganiseerd, ongeacht of ze ervan afwijkt of een aanvulling erop vormt.

Hoe dan ook kan het begrip "herleven" niet gehandhaafd worden in het voorgestelde artikel 57*ter* van het Burgerlijk Wetboek (artikel 4 van het voorstel); wegens het declaratieve karakter van de vordering van staat waarop deze bepaling betrekking heeft, kan het immers alleen gaan om het vaststellen van de afstamming.

III.A.6.8. Het voorliggende voorstel biedt de vrouw ook de mogelijkheid om te verhinderen dat de afstamming van het kind dat zij ter wereld heeft gebracht van rechtswege komt vast te staan en dat de afstamming van het kind door een rechtsvordering tot onderzoek naar het moederschap komt vast te staan.

Geen enkele bepaling biedt de man echter de mogelijkheid om te verhinderen dat zijn afstamming krachtens artikel 315 van het Burgerlijk Wetboek van rechtswege komt vast te staan ⁽⁴⁹⁾ en dat een rechtsvordering tot onderzoek naar het vaderschap wordt ingesteld wanneer hij werkelijk de vader is.

De wetgever moet dat verschil in behandeling kunnen wettigen in het licht van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en artikel 14 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.

⁽⁴⁹⁾ De echtgenoot kan het vaderschap weliswaar betwisten wanneer het wettelijke vermoeden niet strookt met de werkelijkheid. In het geval van de "discrete bevalling" gaat het echter om het weigeren van een moederschap dat wel strookt met de werkelijkheid.

B. Procedurele aspecten van het wetsvoorstel

1. *Voorafgaande opmerking*

III.B.1. Zoals is uiteengezet, moet een beroep gedaan worden op de rechter voor de inachtneming van de verschillende, in het geding zijnde belangen die verband kunnen houden met de vermelde fundamentele rechten, in voorkomend geval nadat de andere autoriteiten die de wetgever in het leven heeft geroepen, bijvoorbeeld, volgens het voorliggende voorstel, de federale centrale autoriteit (voorgestelde artikel 62*quater*, § 1, van het Burgerlijk Wetboek; artikel 5 van het voorstel), geadieerd zijn en uitspraak hebben gedaan.

De procedure bij de bevoegde rechtscolleges die, gelet op artikel 144 van de Grondwet, onder de rechterlijke macht moeten ressorteren, moet volledig en doeltreffend worden georganiseerd.

Op die punten geeft het voorstel aanleiding tot de volgende opmerkingen, onder voorbehoud van de opmerkingen die zijn gemaakt of zullen worden gemaakt over een aantal inhoudelijke aspecten van de voorliggende tekst.

2. *Het recht van de vader om "verzet aan te tekenen" tegen de "discrete bevalling" (voorgestelde artikel 57ter van het Burgerlijk Wetboek - artikel 4 van het voorstel)*

III.B.2.1. Volgens de bespreking van artikel 4 van het voorstel biedt het voorgestelde artikel 57ter van het Burgerlijk Wetboek "de man die het vaderschap opeist de mogelijkheid om zich gerechtelijk te verzetten tegen het verzoek om een discrete bevalling"⁽⁵⁰⁾, waarbij de vordering moet worden geformaliseerd, onverminderd, naar het zich laat aanzien, de mogelijkheid voor de vader om de vordering tot erkenning die vóór de geboorte is ingesteld⁽⁵¹⁾, naarstig te vervolgen binnen twee maanden na de geboorte van het kind. Die fatale termijn, die onverbiddeijk verstrijkt zelfs als de biologische vader

⁽⁵⁰⁾ Zie, *supra*, III.A.6.

⁽⁵¹⁾ Artikelen 328 en 328bis van het Burgerlijk Wetboek.

niet op de hoogte is van de geboorte⁽⁵²⁾, kan als redelijk en geschikt beschouwd worden voor zover hij overeenstemt met de termijn van twee maanden waarover de moeder beschikt om haar instemming met de "discrete bevalling" (voorgestelde artikel 57*bis* van het Burgerlijk Wetboek; artikel 3 van het voorstel)⁽⁵³⁾ in te trekken, die ook overeenstemt met de termijn waarna de ouders met adoptie kunnen instemmen (artikel 348-4, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek) en voor zover het belang van het kind erin bestaat snel in een affectieve en stabiele omgeving te kunnen opgroeien⁽⁵⁴⁾.

III.B.2.2. Dit artikel doet een essentiële vraag rijzen, waarop een duidelijk en aan het afstammingsrecht gerelateerd antwoord gegeven moet worden, omdat anders de daadwerkelijke tenuitvoerlegging ervan ernstig in het gedrang komt.

De aard van de procedure wordt immers niet gepreciseerd: gaat het om een procedure ingevolge een eenzijdig verzoekschrift of om een procedure ingevolge een verzoekschrift op tegenspraak? Alleen deze laatste procedure is aannemelijk indien rekening gehouden wordt met de inachtneming van de rechten van verdediging van de moeder (die de echtgenote kan zijn), met de verplichtingen die inherent zijn aan de vaststelling van de afstamming (hoe kan aldus, in voorkomend geval, toepassing gegeven worden aan artikel 329*bis* van het Burgerlijk Wetboek wat betreft de erkenning van de vaderschap of aan artikel 332*quinquies* van het Burgerlijk Wetboek wat betreft het onderzoek naar het vaderschap?), met de bewijslast wat betreft de vaststelling van de afstamming (meer bepaald het bloedonderzoek dat ambtshalve bevolen kan worden door de rechter krachtens artikel 331*octies* van het Burgerlijk Wetboek) en met de gevolgen van de beslissing (kan de moeder haar identiteit verborgen houden indien het verzet tegen de discrete bevalling gegrond verklaard wordt?).

⁽⁵²⁾ Misschien zou moeten worden bepaald dat die termijn geen vervalt termijn kan zijn, ook niet in geval van overmacht.

⁽⁵³⁾ Naar die termijn van twee maanden wordt ook verwezen in andere bepalingen die bij het voorstel worden ingevoegd of gewijzigd: voorgestelde artikelen 313, § 2, tweede lid, en 348-4, vierde lid, van het Burgerlijk Wetboek en voorgesteld artikel 25 van de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14 juli 1994; artikelen 6, 8 en 9 van het voorstel).

⁽⁵⁴⁾ EHRM, 10 januari 2008, *Kearns t. Frankrijk*.

Voorts wordt geen enkele indicatie gegeven wat betreft de inhoud van het verzoekschrift en de sanctie die van toepassing is wanneer dat verzoekschrift onvolledig of onregelmatig is; hetzelfde geldt in verband met de territoriale bevoegdheid van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg ⁽⁵⁵⁾.

III.B.2.3. In zoverre het gaat om een geschillenberechting waarbij haast geboden is, maar waarbij na afloop "de gewone afstammingsbanden tussen de vader en het kind (herleven)", als het verzoek wordt "ingewilligd", met andere woorden gegrond verklaard wordt, is het logisch dat de procedure gevoerd wordt "zoals in kort geding", in die zin dat de beslissing ten gronde gewezen wordt en met het gezag van gewijsde wordt bekleed (artikel 1039, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek is dus niet van toepassing), maar onverminderd de mogelijkheden van beroep.

3. De toegang van het kind tot de identificerende en niet-identificerende gegevens van zijn moeder (voorgesteld artikel 62quater, § 9, van het Burgerlijk Wetboek - artikel 5 van het voorstel)

III.B.3.1. De onderzochte bepaling voorziet in het optreden van een bemiddelaar, aangewezen door de federale centrale autoriteit, wanneer de moeder zich verzet tegen de opheffing van de geheimhouding van haar identiteit, waar het betrokken kind om verzocht zou hebben, in voorkomend geval bij wege van zijn wettelijke vertegenwoordigers of zijn voogd.

⁽⁵⁵⁾ Vergel. met artikel 331, § 1, van het Burgerlijk Wetboek.

Een voorafgaande bemiddeling kan in principe ⁽⁵⁶⁾ zinvol zijn, maar dan moeten daarvoor redelijke termijnen ⁽⁵⁷⁾ in acht worden genomen. In de tekst moet bepaald worden wanneer die termijn een aanvang neemt en wanneer deze afloopt. Na afloop van die termijn zou, zoals hiervoor reeds is gesteld, een procedure ingesteld moeten worden waarmee, geval per geval, de belangengeschillen ter zake beslecht kunnen worden ⁽⁵⁸⁾.

Wanneer de bemiddeling mislukt, hetzij omdat een partij zo'n bemiddeling weigert, hetzij omdat een partij zich op ongeacht welk ogenblik terugtrekt uit de bemiddelingsprocedure waarmee ze oorspronkelijk had ingestemd, hetzij voorts omdat de termijn is verlopen zonder dat de partijen een akkoord bereikt hebben of het eens geworden zijn over een andere termijn, zou de gerechtelijke procedure "zoals in kort geding"⁽⁵⁹⁾, zonder termijn, kunnen worden ingesteld door de meest gerede partij door middel van een verzoekschrift op tegenspraak, ingediend bij de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg van de woonplaats van het kind ⁽⁶⁰⁾.

III.B.3.2. Hoe dan ook lijkt de keuze van een erkend bemiddelaar in familiezaken noodzakelijk ⁽⁶¹⁾.

⁽⁵⁶⁾ Uiterst dringende gevallen kunnen immers niet uitgesloten worden, inzonderheid gevallen waarbij een medische behandeling noodzakelijk is waarvoor een onmiddellijke toegang tot dergelijke gegevens vereist is, welke toegang desnoods bevolen zou kunnen worden door een rechter in kort geding die, in voorkomend geval, uitspraak doet op eenzijdig verzoekschrift (artikel 584, derde lid, van het Gerechtelijk Wetboek), zonder dat het in dat geval mogelijk is om aan die procedure een bemiddeling te laten voorafgaan.

⁽⁵⁷⁾ Vergel. met de maximumtermijn van drie maanden bepaald in artikel 1734, § 2, van het Gerechtelijk Wetboek.

⁽⁵⁸⁾ Zie o.m., *supra*, III.A.4.

⁽⁵⁹⁾ Vergel. met het voorgestelde artikel 57*ter*, van het Burgerlijk Wetboek (artikel 4 van het voorstel).

⁽⁶⁰⁾ Vergel. met artikel 331, § 1, van het Burgerlijk Wetboek.

⁽⁶¹⁾ Zie de artikelen 1726 en 1727 van het Gerechtelijk Wetboek.

III.B.3.3. Een technisch probleem lijkt zich evenwel te zullen voordoen: in geval van mislukking van de bemiddelingsprocedure, beschikt het kind niet over de identificerende gegevens van de moeder. In dat geval zou het denkbaar zijn dat de bemiddelaar een rechtsprocedure inspant op verzoek van het kind en dat, zodra de procedure een aanvang neemt, een gerechtelijk vertegenwoordiger *ad hoc* aangewezen wordt om de moeder in rechte te vertegenwoordigen; die vertegenwoordiger zou de verzoeker de identiteit van de moeder niet mogen onthullen zolang er geen beslissing met gezag van gewijsde is waarbij het verzoek wordt ingewilligd.

Een soortgelijke opmerking geldt voor bepaalde personen die partij zouden kunnen zijn bij de procedure ingesteld voor vorderingen waarbij toegang geëist wordt tot de gegevens die de identificatie van de moeder na haar overlijden mogelijk maken, waarvan sprake in III.A.4.3. *supra*.

C. Het mogelijke gevolg van de intrekking van de instemming van de moeder met "de discrete bevalling" of van de opheffing van de geheimhouding van de bevalling wat betreft de mogelijkheden van vaststelling van de afstamming langs moederszijde

III.C.1. In geval van intrekking door de moeder van haar toestemming binnen twee maanden na de geboorte, bepaald in het voorgestelde artikel 57*bis*, van het Burgerlijk Wetboek (artikel 3 van het voorstel) ⁽⁶²⁾, rijst de vraag of de afstamming langs moederszijde in dat geval niet ambtshalve komt vast te staan, in welk geval de naam van de moeder vermeld zou moeten staan in de geboorteakte, overeenkomstig het gemeen recht vertaald in artikel 312, § 1, van het Burgerlijk Wetboek. Zulk een oplossing lijkt logisch te zijn, aangezien zich in dat geval dezelfde situatie voordoet als wanneer de moeder op gewone wijze bevalt.

⁽⁶²⁾ Zie opmerking III.A.3.7, *supra*.

Het voorstel zou derhalve moeten worden aangevuld, teneinde de voorwaarden te bepalen waaronder de naam van de moeder in de geboorteakte moet worden vermeld, om aldus te voldoen aan hetgeen bepaald wordt in artikel 312, § 1, van het Burgerlijk Wetboek. Het voorstel zou evenwel aandacht moeten besteden aan de gevolgen van die vaststelling van de afstamming *a posteriori* ten aanzien van eventueel belanghebbende derden, zoals personen die in de tussentijd bepaalde banden met het kind hebben aangeknoopt.

De in het voorstel beoogde oplossing lijkt evenwel niet zozeer te bestaan in een intrekking van de toestemming van de moeder voor de "discrete bevalling", maar wel in de noodzakelijke erkenning door de moeder, zoals blijkt uit het voorgestelde artikel 348-4, vierde lid, van het Burgerlijk Wetboek (artikel 8 van het voorstel), dat luidt als volgt :

"Indien de naam van de moeder niet vermeld staat in de akte van geboorte wordt zij, twee maanden na de geboorte van het kind, geacht haar toestemming [bij de adoptie] te hebben gegeven indien zij op dat moment het kind niet heeft erkend".

In het voorgestelde artikel 25, derde lid, van de voornoemde gecoördineerde wet van 14 juli 1994 is er sprake van het begrip erkenning met betrekking tot een andere aangelegenheid, maar eveneens om te verwijzen naar het definitieve karakter van de keuze voor de "geheimhouding" van de bevalling.

Zo'n oplossing zou strijdig zijn met de vereisten van het recht op de eerbiediging van het gezinsleven, zoals geïnterpreteerd in het voornoemde arrest *Marckx t. België* van het Europees Hof voor de rechten van de mens, waarbij gesteld wordt dat de natuurlijke afstamming langs moederszijde ambtshalve moet kunnen worden vastgesteld. De omstandigheid dat deze hypothese zich uiterst zelden voordoet en haar oorsprong vindt in de aanvankelijke houding van de moeder zelf lijkt niets af te doen aan die kritiek. De erkenning lijkt bovendien te stuiten op een aantal moeilijkheden, zoals bijvoorbeeld een mogelijke weigering van de voogd van het kind, die zich niet voordoet wanneer de afstamming ambtshalve wordt vastgesteld.

Tot slot mag niet uit het oog worden verloren dat, in tegenstelling tot de ambtshalve vastgestelde afstamming, de erkenning afhangt van een aantal procedurele en substantiële vereisten, zodat de vraag rijst naar de rechtvaardiging van het onderscheid tussen de moeder die bevalt zonder geopteerd te hebben voor de "discrete bevalling" en de moeder die wel daarvoor heeft geopteerd, voordat zij haar instemming ingetrokken heeft binnen twee maanden die volgen op de geboorte.

III.C.2. In het voorgestelde artikel 313, § 2, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek (artikel 6 van het voorstel) wordt de erkenning van het kind door de moeder die op "discrete" wijze bevallen is, zonder daarop terug te komen binnen twee maanden na de bevalling⁽⁶³⁾, en die niet heeft beslist om de geheimhouding van haar identiteit op te heffen binnen het kader van de voorwaarden bepaald in het voorgestelde artikel 62*quater*, onontvankelijk verklaard. In het voorgestelde artikel 314, tweede lid, *in fine*, van het Burgerlijk Wetboek (artikel 7 van het voorstel) wordt de niet-ontvankelijkheid van de rechtsvordering tot onderzoek naar het moederschap verruimd tot de gevallen waarbij de moeder op "discrete" wijze bevallen is, zonder af te zien van de geheimhouding van haar identiteit onder de voorwaarden bepaald in het voorgestelde artikel 62*quater*.

Bij het voorstel rijzen vragen in verband met de mogelijke gevolgen van de intrekking van de geheimhouding van de bevalling wat betreft de mogelijkheden om de afstamming langs moederszijde ten aanzien van het betrokken kind vast te stellen. In de toelichting bij het wetsvoorstel wordt daarvan met geen woord gerept.

Indien het kind kennis heeft kunnen nemen van de identiteit van zijn moeder nadat het geadopteerd is, worden de gevolgen van de vaststelling van de afstamming langs moederszijde geregeld door artikel 350, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek. De adoptie zelf kan niet worden aangevochten; dat is onder andere de draagwijdte van het voorgesteld artikel 348-4, vierde lid, van het Burgerlijk Wetboek (artikel 8 van het voorstel), waarin de moeder geacht wordt in te stemmen met de adoptie op het ogenblik dat zij gekozen heeft voor de "discrete bevalling" en zij binnen twee maanden na de geboorte het kind niet erkend heeft⁽⁶⁴⁾.

⁽⁶³⁾ Zie opmerking III. A.3.7., supra.

⁽⁶⁴⁾ Zie de bijzondere opmerking over artikel 8 van het voorstel.

Wanneer het kind niet geadopteerd is en de geheimhouding van het moederschap opgeheven is, rijst de vraag of de afstamming langs moederszijde bijgevolg zonder beperkingen kan worden vastgesteld door middel van een erkenning door de moeder overeenkomstig de artikelen 313 en 329*bis* van het Burgerlijk Wetboek of in het kader van een rechtsvordering tot onderzoek naar het moederschap overeenkomstig de artikelen 314 en 332*quinqüies* van het Burgerlijk Wetboek (zie de artikelen 313, § 2, tweede lid, en 314, tweede lid, *in fine*, van het Burgerlijk Wetboek, in de versie ervan na de aanneming van de artikelen 6 en 7 van het voorstel).

Krachtens het voorgestelde artikel 62*quater*, § 8, van het Burgerlijk Wetboek (artikel 5 van het voorstel), houdt de opheffing van de geheimhouding van de identiteit van de moeder in dat ingegaan wordt op de wens van de moeder, die een uitdrukkelijke verklaring opstelt waarin ze afziet van de geheimhouding van haar identiteit, en die van haar kind, welk kind, in voorkomend geval, optreedt bij wege van zijn wettelijke vertegenwoordigers of voogd en een aanvraag indient tot toegang tot de lijst van de identificerende gegevens van de moeder. Er is met andere woorden enkel sprake van een opheffing van de geheimhouding van de identiteit van de moeder, indien de moeder en het kind het daarover eens zijn. De vraag rijst dan ook of, zodra de geheimhouding van de identiteit van de moeder opgeheven is, het kind zonder enige beperking erkend kan worden door de moeder en tegen de moeder een rechtsvordering tot onderzoek naar het moederschap kan worden ingesteld. Indien dat het geval is, kan men zich afvragen of bepaalde personen vanuit die optiek niet zullen terugdeinzen om de opheffing van de geheimhouding van de identiteit van de moeder te vragen en te aanvaarden. Krachtens het gemeen recht wordt weliswaar in de artikelen 329*bis* en 332*quinqüies* van het Burgerlijk Wetboek voorzien in een aantal beperkingen, inzonderheid wat betreft de instemming of het belang van het kind, maar de wetgever zou moeten nagaan of deze niet verscherpt moeten worden, eveneens gelet op het feit dat, sedert de geboorte van het kind onder de voorwaarden van de "discrete bevalling", zijn persoonlijk statuut kan zijn vastgesteld op andere, feitelijke of juridische gronden, die in de meeste gevallen verband houden met een gezinsleven in de zin van artikel 22 van de Grondwet en van artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens ⁽⁶⁵⁾.

⁽⁶⁵⁾ In het voornoemde arrest *Odièvre t. Frankrijk*, van het Europees Hof voor de rechten van de mens, wordt ook het volgende gesteld: "la problématique de l'accouchement anonyme ne saurait se poser sans que la question de la protection des tiers, essentiellement les parents adoptifs et le père ou le restant de la famille biologique, ne soit soulevée" (§ 44; zie eveneens paragraaf 49, *in fine*).

Indien het bovendien de bedoeling is om de gevallen van erkenning en van gerechtelijke vaststelling van de afstamming langs moederszijde op een gelijkaardige wijze te regelen ⁽⁶⁶⁾, dienen de teksten die vervat zijn in de artikelen 6 en 7 van het voorstel op elkaar afgestemd te worden ⁽⁶⁷⁾.

D. Voorbehoud

III.D. De volgende bijzondere opmerkingen worden geformuleerd onder voorbehoud van de voorgaande algemene opmerkingen.

Bijzondere opmerkingen

Artikel 2

(voorgesteld artikel 57, eerste lid, 2/, en tweede tot zevende lid, van het Burgerlijk Wetboek)

1. In het voorgestelde eerste lid, 2/, behoort voor de vader in dezelfde gegevens te worden voorzien als voor de moeder, zoals dat ook het geval is in de huidige tekst.

2. In het tweede lid behoort geschreven te worden "bij wet, decreet of ordonnantie" en niet alleen "bij wet of decreet".

⁽⁶⁶⁾ Dat zou zinvol kunnen zijn in zoverre de initiatiefnemers van de rechtsvorderingen tot onderzoek naar de afstamming het kind en zijn vader en moeder zijn, die persoonlijk optreden (artikel 332ter, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek; Y.H. LELEU, *Droit des personnes et des familles - Mise à jour - La filiation et l'autorité parentale*, Larcier, 2007, 55, nr. 665 en noot 229; P. Senaeve, F. Swennen, en G. Verschelden (eds.), *De hervorming van het afstammingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, blz. 248).

⁽⁶⁷⁾ Zie eveneens opmerking III.A.3.7, supra.

Het is immers niet uitgesloten dat de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, die regels uitvaardigt bij wege van ordonnanties, optreedt of opgetreden is met betrekking tot bicommunautaire persoonsgebonden aangelegenheden wat betreft de regeling van kwesties die het voorwerp uitmaken van de inlichtingen die aan de moeder verstrekt dienen te worden ⁽⁶⁸⁾. Dat is bijvoorbeeld het geval wat betreft de maatschappelijk welzijn, aangezien bij heel wat ordonnanties van de voornoemde Commissie wijzigingen zijn aangebracht aan de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn.

3. In hetzelfde lid, *in fine*, behoort rekening gehouden te worden met het feit dat de organieke openbare diensten zelf en niet alleen de "bij wet of decreet erkende instellingen en verenigingen ⁽⁶⁹⁾" de genoemde "psychologische en sociale hulpverlening" kunnen verstrekken.

4. In het voorgestelde zesde lid wordt bepaald dat de voornamen die aan het kind zijn gegeven en eventueel de vermelding van het feit dat de voornamen gegeven werden door de moeder, alsook het geslacht van het kind en de datum, de plaats en het uur van zijn geboorte worden vermeld in de lijst met niet-identificerende gegevens.

Behalve de precisering wat betreft het feit dat de moeder de voornamen heeft gekozen, is het niet duidelijk wat het nut is van deze bepaling, aangezien de voornamen van het kind, de dag, het uur en de plaats van zijn geboorte, alsook het geslacht van het kind vermeld staan in de geboorteakte waartoe het kind toegang heeft overeenkomstig artikel 45 van het Burgerlijk Wetboek.

⁽⁶⁸⁾ Artikelen 128, § 2, en 135 van de Grondwet; artikel 63 van de bijzondere wet van 12 januari 1989 met betrekking tot de Brusselse Instellingen.

⁽⁶⁹⁾ Zie de voorgaande opmerking in verband met de noodzaak om eveneens melding te maken van de ordonnanties.

Voorts wordt er van uitgegaan dat de naam van het kind gekozen wordt door de ambtenaar van de burgerlijke stand, overeenkomstig artikel 58, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek. Het verdient aanbeveling om dit te preciseren in de parlementaire voorbereiding.

Artikel 5

(voorgesteld artikel 62^{quater} van het Burgerlijk Wetboek)

1. Paragraaf 4 ⁽⁷⁰⁾ lijkt zinloos, gelet op de identieke regel die op algemene wijze vervat ligt in artikel 4, § 1, 2/, van de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens, tenzij de wetgever wenst te voorzien in een bijzondere regeling wat betreft de inachtneming van de eigenlijke bedoeling van de gegevensverzameling waarvan sprake, in welk geval hij dit nader behoort toe te lichten.

2. Artikel 62^{quater}, § 5, tweede lid, 2/, bepaalt dat de aanvraag tot de lijst van de identificerende gegevens kan uitgaan van volgende personen:

- het kind zelf indien het meerderjarig is;
- indien het kind minderjarig is, zijn wettelijke vertegenwoordiger(s) of het kind zelf met instemming van die vertegenwoordiger(s);
- zijn voogd indien het kind meerderjarig is doch onder voogdij staat.

De leeftijdsgrens van 18 jaar verschilt van andere bepalingen in de wetgeving. In voornoemd advies nr. 33.294/3 van 12 november 2002 stelde de Raad van State omtrent een gelijkaardige leeftijdsgrens i.v.m. adoptie het volgende :

"25. Los van de vraag in verband met de omvang van het recht van toegang van de geadopteerde, rijst de vraag waarom het voorstel de uitoefening van dat recht, alsmede van het recht om de Vlaamse adoptieambtenaar te verzoeken bijkomende informatie over hem in te winnen (artikel 10, § 4, tweede lid), slechts

⁽⁷⁰⁾ In de Nederlandse versie van die paragraaf, vervange men "mogen niet mogen" door "mogen niet".

mogelijk wil maken vanaf het ogenblik dat de geadopteerde de leeftijd van 18 jaar heeft bereikt, d.i. vanaf het ogenblik dat hij meerderjarig is.

In sommige gevallen immers kan een geadopteerde er reeds vóór zijn meerderjarigheid belang bij hebben om gegevens m.b.t. zijn eigen verleden te kennen. Artikel 30, lid 2, van het Haagse Verdrag erkent die mogelijkheid, waar het bepaalt dat aan het kind of zijn vertegenwoordiger, onder passende begeleiding, toegang tot de gegevens verleend moet worden.

In elk geval kan een minderjarige zich beroepen op het grondrecht op eerbiediging van het privé-leven en het gezinsleven, en moet hem dus in beginsel ook een recht van toegang tot de hem betreffende gegevens van een dossier verleend worden. Het op algemene wijze uitsluiten van een recht van toegang voor minderjarigen, is moeilijk te verzoenen met het genoemde grondrecht.

De Raad van State suggereert dan ook om de beperking inzake leeftijd weg te laten. Indien voorzien wordt in een stelsel dat een beoordeling geval per geval mogelijk maakt (zie opmerking 24.3), kan de leeftijd van de geadopteerde een element zijn dat in de belangenafweging betrokken moet worden, zonder echter doorslaggevend in de ene of de andere zin te zijn".

In die zin stelt b.v. het huidige artikel 26 van voornoemd Vlaams decreet van 15 juli 2005 dat de interlandelijk geadopteerde vanaf de leeftijd van twaalf jaar inzagerecht heeft in zijn adoptiedossier.

Het lijkt bijgevolg noodzakelijk om een inzage en kennisname bij discrete bevalling mogelijk te maken vanaf 12 jaar. Het Kinderrechtencommissariaat van de Vlaamse Gemeenschap en de Raad van State in voornoemde advies nr. 33.294/3 suggereren zelfs dat men ook in de mogelijkheid moet voorzien om onder de leeftijdsgrens van 12 jaar te gaan, indien het onderscheidingsvermogen kan worden aangetoond ⁽⁷¹⁾. Vanaf 12 jaar lijkt de vereiste dat de wettelijke vertegenwoordiger moet instemmen niet verenigbaar met het recht op privé-leven van de minderjarige. Het verzet van de wettelijke vertegenwoordiger zou wel een element kunnen vormen bij een eventuele belangenafweging door een onafhankelijke instantie.

⁽⁷¹⁾ Kinderrechtencommissariaat van de Vlaamse Gemeenschap, advies, *Discreet bevallen*, 16 februari 2009. In voornoemd advies nr. 33.294/3 stelt zelfs de Raad van State dat de leeftijd geen rol mag spelen bij de ontvankelijkheid maar enkel bij de belangenafweging.

3. Er wordt niet voorzien in de mogelijkheid voor de descendenten van het kind om na te gaan wie hun voorouder is⁽⁷²⁾. Dit dient te worden verantwoord.

4. In de voorgestelde paragraaf 7, dient het woord "commissie" vermoedelijk vervangen te worden door de woorden "de federale centrale autoriteit", aangezien niet duidelijk is waarop die eerste vermelding betrekking zou kunnen hebben.

Artikel 7

(voorgesteld artikel 314, tweede lid, *in fine* van het Burgerlijk Wetboek)

De eerste "en", voor "indien", kan best vervangen worden door "of".

Artikel 8

(voorgesteld artikel 348-4, vierde lid,
van het Burgerlijk Wetboek)

In de onderzochte bepaling wordt "de moeder" geacht haar toestemming gegeven te hebben wat de adoptie van haar kind betreft in geval van een "discrete bevalling".

Er dienen drie hypothesen onderscheiden te worden.

In de eerste hypothese staat het moederschap op het ogenblik van de adoptie nog niet vast. Krachtens artikel 348-3 van het Burgerlijk Wetboek is de toestemming van de ouders bij de adoptie van een kind, van een persoon in staat van verlengde minderjarigheid of van een onbekwaamverklarde alleen vereist wanneer de afstamming van dat kind, ten aanzien van zijn moeder of van zijn vader vaststaat. Voorts voorziet geen enkele tekst in een verplichte toestemming *a posteriori* bij een adoptie wanneer de vaststelling van de afstamming pas na de adoptie plaatsheeft. De fictie van het vermoeden van de toestemming van "de moeder" in deze hypothese is dus zinloos.

⁽⁷²⁾ Dit is bijvoorbeeld wel het geval in de Franse wetgeving.

In een tweede hypothese heeft de adoptieprocedure plaats op het ogenblik waarop, meer dan twee maanden na de geboorte, de afstamming vaststaat, aangezien de moeder de geheimhouding van haar identiteit heeft opgeheven ⁽⁷³⁾. Deze bepaling is niet bedoeld voor deze hypothese, maar de algemeenheid van de bewoordingen ervan doet het tegengestelde vermoeden. In dat geval is het gemeen recht vervat in artikel 348-3 van het Burgerlijk Wetboek van toepassing.

In een derde hypothese is de geheimhouding van de identiteit van de moeder opgeheven meer dan twee maanden na de geboorte, zonder dat daardoor of naar aanleiding daarvan de afstamming van het kind ten aanzien van de moeder is komen vast te staan op het ogenblik van de adoptie ⁽⁷⁴⁾. Aangezien het moederschap in dat geval juridisch nog niet vaststaat, is deze hypothese identiek aan de eerste hypothese. Het komt de wetgever toe na te gaan of dit inderdaad zijn bedoeling is.

Artikel 8 moet opnieuw worden onderzocht, waarbij eveneens moet worden nagegaan of het al dan niet behouden moet blijven.

⁽⁷³⁾ Zie in dat verband de opmerking nr. III.C.

⁽⁷⁴⁾ *Ibid.*

L'assemblée générale de la section de législation
était composée de

De algemene vergadering van de afdeling wetge-
ving was samengesteld uit

Messieurs
de Heren

R. ANDERSEN,

M. VAN DAMME
Y. KREINS,
Ph. HANSE,

P. LIÉNARDY,
J. BAERT,
J. SMETS,
P. VANDERNOOT,
J. JAUMOTTE,
B. SEUTIN,
W. VAN VAERENBERGH,
P. BARRA,

H. COUSY,
M. RIGAUX,
J. VELAERS,
H. BOSLY,
G. KEUTGEN,
G. de LEVAL,

premier président du Conseil d'État,
eerste voorzitter van de Raad van State,

présidents de chambre,
kamervoorzitters,

conseillers d'État,
staatsraden,

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

Madame
Mevrouw

D. LANGBEEN,

greffier en chef,
hoofdgriffier,

Les rapports ont été rédigés par
M.M. A. LEFEBVRE, premier auditeur et
F. VANNESTE, auditeur-ajoint.

De verslagen werden uitgebracht door de
H.H. A. LEFEBVRE, eerste auditeur en
F. VANNESTE, adjunct-auditeur.

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

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

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

LE PREMIER PRÉSIDENT -
DE EERSTE VOORZITTER,

D. LANGBEEN

R. ANDERSEN