



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 60.382/2
du 9 janvier 2017

sur

un avant-projet de loi
‘modifiant le Code civil, le
Code judiciaire, la loi du
15 décembre 1980 sur l'accès
au territoire, le séjour,
l'établissement et
l'éloignement des étrangers et
le Code consulaire en vue de
lutter contre la reconnaissance
de complaisance’

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 60.382/2
van 9 januari 2017

over

een voorontwerp van wet ‘tot
wijziging van het Burgerlijk
Wetboek, het Gerechtelijk
Wetboek, de wet van
15 december 1980 betreffende
de toegang tot het grondgebied,
het verblijf, de vestiging en de
verwijdering van
vreemdelingen en het
Consulair Wetboek met het
oog op de strijd tegen de
schijnerkenning’

Le 31 octobre 2016, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre de la Justice à communiquer un avis, dans un délai de trente jours prorogé jusqu'au 15 janvier 2017 ^(*), sur un avant-projet de loi 'modifiant le Code civil, le Code judiciaire, la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers et le Code consulaire en vue de lutter contre la reconnaissance de complaisance'.

L'avant-projet a été examiné par la deuxième chambre les 22 décembre 2016 et 9 janvier 2017. La chambre était composée de Pierre VANDERNOOT, président de chambre, Luc DETROUX et Wanda VOGEL, conseillers d'État, Sébastien VAN DROOGHENBROECK et Jacques ENGLEBERT, assesseurs, et Bernadette VIGNERON, greffier.

Le rapport a été présenté par Xavier DELGRANGE, premier auditeur chef de section et Pauline LAGASSE, auditeur adjoint.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de Wanda VOGEL.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 9 janvier 2017.

^(*) Par courriel du 24 novembre 2016.

*

Op 31 oktober 2016 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Justitie verzocht binnen een termijn van dertig dagen verlengd tot 15 januari 2017 ^(*), een advies te verstrekken over een voor

ontwerp van wet 'tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek, het Gerechtelijk Wetboek, de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen en het Consulair Wetboek met het oog op de strijd tegen de schijnerkenning'.

Het voorontwerp is door de tweede kamer onderzocht op 22 december 2016 en 9 januari 2017. De kamer was samengesteld uit Pierre VANDERNOOT, kamervoorzitter, Luc DETROUX en Wanda VOGEL, staatsraden, Sébastien VAN DROOGHENBROECK en Jacques ENGLEBERT, assessoren, en Bernadette VIGNERON, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Xavier DELGRANGE, eerste auditeur-afdelingshoofd en Pauline LAGASSE, adjunct-auditeur

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Wanda VOGEL.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 9 januari 2017.

^(*) Bij e-mail van 24 november 2016.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, la section de législation limite son examen au fondement juridique l'avant-projet¹, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, l'avant-projet appelle les observations suivantes.

FORMALITÉS PRÉALABLES

L'avant-projet de loi soumis pour avis a donné lieu à la réalisation d'une analyse d'impact. Il s'agit d'une obligation fondée sur l'article 6, § 1^{er}, de la loi du 15 décembre 2013 'portant des dispositions diverses concernant la simplification administrative'.

La section de législation s'étonne du contenu de cette étude d'impact dès lors qu'elle nie toute différence entre la situation respective des femmes et des hommes en matière d'établissement de la filiation par voie de reconnaissance ou d'action judiciaire.

Cependant, si la reconnaissance ou l'action en recherche judiciaire de filiation constituent des mécanismes d'établissement de la filiation qui existent tant pour les mères que pour les pères ou les comères, force est de constater que ce sont essentiellement les candidats à la paternité ou à la comaternité qui auront recours à ces modes d'établissement de la filiation. L'établissement juridique de la maternité a, dans les faits, presque exclusivement lieu de manière automatique, par le biais de l'acte de naissance, conformément à l'article 312 du Code civil.

Sous cet angle, la formalité de l'analyse d'impact ne paraît pas avoir été réalisée de manière suffisamment aboutie.

LA PORTÉE DE L'AVANT-PROJET

1. L'avant-projet de loi tend à lutter contre la filiation de « complaisance » à des fins de séjour à la suite notamment de la mise en lumière de cette problématique par le Collège des procureurs généraux².

Contrairement à ce qu'indique l'intitulé de l'avant-projet de loi, ce dernier ne se limite pas à la lutte contre la reconnaissance de « complaisance ».

Si la reconnaissance est effectivement au cœur de la réforme, l'article 10 de l'avant-projet de loi modifie également l'article 332quinquies du Code civil, qui concerne les actions en recherche judiciaire de paternité, de maternité ou de comaternité, afin de permettre au ministère public de s'opposer à une telle action. Il ressort du commentaire de l'article 10 de

¹ S'agissant d'un avant-projet de loi, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes supérieures.

² Voir notamment le « Relevé des lois qui ont posé des difficultés d'application ou d'interprétation pour les cours et tribunaux – rapport 2013-2014 du Procureur général près la Cour de cassation au Comité parlementaire chargé du suivi législatif », *Doc. parl*, Chambre, 2014-2015, n° 435/002.

l'avant-projet de loi que l'objectif ainsi visé est, entre autres, de permettre au ministère public de s'opposer à l'établissement d'une filiation dont l'unique but serait manifestement l'obtention d'un avantage en matière de séjour. Toutefois, eu égard au texte, inchangé sur ce point, de l'article 332quinquies, § 2, alinéa 1^{er}, du Code civil, le juge ne pourra faire droit à cette opposition que « si l'établissement de la filiation est manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant »³.

2. Le système de lutte contre l'établissement d'une filiation de « complaisance » mis en place par l'avant-projet diffère selon que le candidat à la parentalité recourt à la reconnaissance⁴ ou introduit une action judiciaire en recherche de paternité, de maternité ou de comaternité⁵.

La définition de la filiation de « complaisance » à des fins de séjour et son caractère frauduleux ne sont posés par l'avant-projet qu'en matière de reconnaissance, par l'article 330/1 en projet du Code civil. L'article 330/2 en projet du même Code permet à l'officier de l'état civil de refuser une reconnaissance en cas de présomption sérieuse du caractère de « complaisance » de celle-ci au sens de l'article 330/1. L'article 330/3 en projet du Code civil permet, par ailleurs, au procureur du Roi de poursuivre l'annulation d'une reconnaissance de « complaisance » au sens de l'article 330/1.

L'action en recherche de paternité, de maternité ou de comaternité est instaurée comme une forme de voie de recours indirecte à la suite du refus de l'officier de l'état civil d'acter la reconnaissance pour motif de « complaisance »⁶.

Le pouvoir d'opposition du ministère public prévu par l'article 332quinquies, § 2, alinéa 1^{er}, du Code civil, tel que modifié par l'article 10 de l'avant-projet concerne l'ensemble des actions en recherche de paternité, de maternité ou de comaternité, que celles-ci fassent ou non suite à un refus de reconnaissance sur la base de l'article 330/2 du Code civil. Le pouvoir d'opposition du ministère public ne se limite par ailleurs pas au caractère de « complaisance » à des fins de séjour de la demande filiation, bien que cette problématique puisse être soulevée. Il ressort de l'article 332quinquies, § 2, alinéa 1^{er}, du Code civil que le refus d'une filiation de « complaisance » à des fins de séjour ne sera cependant décidé qu'à supposer qu'une telle situation soit contraire⁷ à l'intérêt de l'enfant.

³ Ceci étant, il est rappelé que, selon la Cour constitutionnelle, « En disposant que le tribunal ne rejette la demande que si l'établissement de la filiation est 'manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant', l'article 332quinquies, § 2, alinéa 1^{er}, du Code civil interprété en ce sens qu'il autorise le juge à n'opérer qu'un contrôle marginal de l'intérêt de l'enfant, viole l'article 22bis, alinéa 4, de la Constitution » (C.C., n° 30/2013, 7 mars 2013).

⁴ La reconnaissance est régie par les articles 313, 319, 325/4 et 327 à 330 du Code civil.

⁵ Cette action est régie par les articles 314, 322 à 325, 325/8 à 325/10 et 332quinquies du Code civil.

⁶ Article 330/2, alinéa 5, en projet du Code civil.

⁷ Voir la note 3.

3. L'avant-projet, en son article 8 (article 330/2, alinéa 1^{er}, *in fine*, en projet du Code civil), tend également à permettre à l'officier de l'état civil de lutter contre les « reconnaissance[s] [...] contraire[s] à l'ordre public »⁸.

Par ses articles 11, 13 et 14, l'avant-projet porte en outre notamment sur les mariages de complaisance et les cohabitations légales de complaisance, reproduisant en cela en substance le contenu normatif de dispositions actuellement en vigueur.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

I. La notion de filiation de « complaisance »

1. L'utilisation dans la version française de l'avant-projet du terme « complaisance » afin de qualifier l'établissement d'une filiation dans le seul but d'obtenir un avantage en matière de séjour ne permet pas de refléter avec clarté l'objectif poursuivi par l'avant-projet.

À l'heure actuelle, l'on parle de filiation de complaisance dans l'hypothèse où la filiation établie n'est pas conforme à la vérité biologique, ce que les personnes concernées n'ignorent pas⁹.

Or, en l'espèce, ce n'est pas en tant que telle l'absence de réalité biologique de la filiation que l'avant-projet entend contester, mais bien l'hypothèse d'une filiation établie en vue de contourner la législation en matière de contrôle de l'immigration.

L'auteur de l'avant-projet est invité à revoir celui-ci à la lumière de la présente observation en veillant à aligner les deux versions linguistiques du texte¹⁰.

II. La protection de l'intérêt supérieur de l'enfant

2.1. Chaque enfant dispose d'un droit fondamental à voir son intérêt pris en considération de manière primordiale dans toutes les décisions qui le concernent¹¹, en vertu notamment de l'article 22bis de la Constitution¹² et de l'article 3, § 1^{er}, de la Convention 'relative aux droits de l'enfant' du 20 novembre 1989¹³⁻¹⁴. Chaque enfant dispose également d'un droit à

⁸ Voir aussi l'observation formulée sur l'article 8.

⁹ N. GALLUS, *La Filiation*, R.P.D.B., 2016, p. 115.

¹⁰ La version néerlandaise de l'avant-projet utilise la notion de « schijnerkenning ».

¹¹ Sur l'évolution de cette notion au sein de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, voir G. MATHIEU et A.-C. RASSON, « L'intérêt de l'enfant sur le fil - Réflexion à partir des arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation », *J.T.*, 2013, n° 6525, p. 426.

¹² L'article 22bis, alinéa 4, de la Constitution prévoit :
« Dans toute décision qui le concerne, l'intérêt de l'enfant est pris en considération de manière primordiale ».
Cette disposition a été introduite au sein de la Constitution afin d'y intégrer les principes de la Convention du 20 novembre 1989 'relative aux droits de l'enfant', celle-ci n'ayant pas d'effet direct en droit interne (*Doc. parl.*, Chambre, 2007-2008, n° 0175/005, p. 3).

¹³ L'article 3, § 1^{er}, de la Convention 'relative aux droits de l'enfant' du 20 novembre 1989 prévoit :

la protection de sa vie privée et familiale – qui implique notamment le droit à l'identité et à l'épanouissement personnel ¹⁵ – garanti par l'article 22 de la Constitution ¹⁶ et par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ¹⁷.

2.2. Le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies précise qu'en vertu de l'article 3, § 1^{er}, de la Convention 'relative aux droits de l'enfant', dont l'article 22*bis* de la Constitution entend reprendre la portée, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être reflété et mis en œuvre dans la totalité des dispositions législatives et réglementaires nationales ¹⁸.

L'article 7, § 1^{er}, de la Convention 'relative aux droits de l'enfant' ¹⁹ reconnaît notamment à chaque enfant le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux dans la mesure du possible. L'établissement d'une filiation juridique est de nature à favoriser la mise en œuvre de ce droit.

Le Comité des droits de l'enfant constate encore que

« les jeunes enfants peuvent également subir les conséquences d'une discrimination dirigée contre leurs parents, par exemple, s'ils sont nés hors mariage ou dans des circonstances qui ne correspondent pas aux valeurs traditionnelles de la société, ou si leurs parents sont des réfugiés ou des demandeurs d'asile. Les États parties ont pour responsabilité de surveiller et de combattre la discrimination sous quelque forme que ce soit et quel qu'en soit le contexte – au sein de la famille ou de la communauté, à l'école ou dans le cadre d'autres institutions » ²⁰.

Ainsi que l'a jugé la Cour constitutionnelle, ni l'article 22, alinéa 1^{er}, de la Constitution, ni l'article 8 de la Convention des droits de l'homme n'excluent une ingérence d'une autorité publique dans l'exercice du droit à la vie privée et à la vie familiale mais ils

« 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 ».

¹⁴ Cette Convention a fait l'objet de la loi belge d'assentiment du 25 novembre 1991 'portant approbation de la Convention relative aux droits de l'enfant adoptée à New York le 20 novembre 1989'.

¹⁵ Voir notamment Cour eur. D.H., 19 juillet 2016, arrêt *Calin et autres c. Roumanie* ; 13 juillet 2006, arrêt *Jäggi c. Suisse*.

¹⁶ L'article 22 de la Constitution précise :

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

¹⁷ L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme énonce ce qui suit :

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

¹⁸ Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, observation générale n° 14 (2013) 'sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (article 3, par. 1^{er})', 62^{ème} session (14 janvier-1^{er} février 2013), p. 6.

¹⁹ L'article 7, § 1^{er}, de la Convention 'relative aux droits de l'enfant' du 20 novembre 1989 prévoit :

« L'enfant est enregistré aussitôt à 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 ».

²⁰ Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, observation générale n° 7 (2005) 'relative à la mise en œuvre des droits de l'enfant dans la petite enfance', n° 12.

exigent que cette ingérence soit prévue par une disposition législative suffisamment précise, qu'elle corresponde à un besoin social impérieux et soit proportionnée à l'objectif légitime qu'elle poursuit ²¹.

2.3. Le législateur, lorsqu'il élabore un régime qui entraîne une ingérence de l'autorité publique dans la vie privée, jouit d'une marge d'appréciation pour tenir compte du juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble.

Cette marge d'appréciation du législateur n'est cependant pas illimitée.

Pour apprécier si une règle légale est compatible avec le droit au respect de la vie privée, il convient de vérifier si le législateur a trouvé un juste équilibre entre tous les droits et intérêts en cause ²².

S'agissant de l'éloignement du territoire d'un parent, la Cour européenne des droits de l'homme, dans sa formation en Grande Chambre, a récemment rappelé les principes suivants dans un arrêt du 3 octobre 2014, *Jeunesse c. Pays-Bas* (req. n° 12738/10) :

« 1. Lorsque des enfants sont concernés, il faut prendre en compte leur intérêt supérieur (*Tuquabo-Tekle et autres c. Pays-Bas*, n° 60665/00, § 44, 1^{er} décembre 2005 ; *mutatis mutandis*, *Popov c. France*, n°s 39472/07 et 39474/07, §§ 139-140, 19 janvier 2012 ; *Neulinger et Shuruk*, précité, § 135, et *X c. Lettonie* [GC], n° 27853/09, § 96, CEDH 2013). Sur ce point particulier, la Cour rappelle que l'idée selon laquelle l'intérêt supérieur des enfants doit primer dans toutes les décisions qui les concernent fait l'objet d'un large consensus, notamment en droit international (*Neulinger et Shuruk*, précité, § 135, et *X c. Lettonie*, précité, § 96). Cet intérêt n'est certes pas déterminant à lui seul, mais il faut assurément lui accorder un poids important. Pour accorder à l'intérêt supérieur des enfants qui sont directement concernés une protection effective et un poids suffisant, les organes décisionnels nationaux doivent en principe examiner et apprécier les éléments touchant à la commodité, à la faisabilité et à la proportionnalité d'un éventuel éloignement de leur père ou mère ressortissants d'un pays tiers » ²³.

S'agissant de la définition de l'intérêt de l'enfant, cet arrêt renvoie à l'arrêt de Grande Chambre du 6 juillet 2010, *Neulinger et Shuruk c. Suisse* (req. n° 41615/07), où l'on peut lire notamment, dans une affaire relative à un enlèvement parental d'enfant :

« 2. L'intérêt de l'enfant présente un double aspect. D'une part, il prévoit que les liens entre lui et sa famille soient maintenus, sauf dans les cas où celle-ci se serait montrée particulièrement indigne. En conséquence, seules des circonstances tout à fait exceptionnelles peuvent en principe conduire à une rupture du lien familial et tout doit être mis en œuvre pour maintenir les relations personnelles et, le cas échéant, le moment venu, 'reconstituer' la famille (*Gnahoré c. France*, précité, § 59). D'autre part, il est certain que garantir à l'enfant une évolution dans un environnement sain relève de cet

²¹ Voir à ce sujet N. GALLUS et A.-Ch. GYSEL, « Les décisions récentes de la Cour constitutionnelle en matière de filiation : humanisme ou aberration ? »,

http://www.arcdroit.ulb.ac.be/Archives_Decisions_justice_2012_files/De%CC%81cisions%20justice%20aberrantes%20-%20Filiation.pdf.

²² Voir par exemple: Cour eur. D.H., 6 juillet 2010, arrêt *Backlund c. Finlande*, § 46.

²³ Voir le commentaire de cet arrêt par E. MERCKX, « Het belang van het kind en gezinshereniging onder art. 8 EVRM na het arrest-Jeunesse », *T. Vreemd.*, 2015/4, pp. 258 à 269.

intérêt et que l'article 8 ne saurait autoriser un parent à prendre des mesures préjudiciables à la santé et au développement de son enfant (voir, parmi d'autres, *Elsholz c. Allemagne* [GC], n° 25735/94, § 50, CEDH 2000-VIII, et *Maršálek c. République tchèque*, n° 8153/04, § 71, 4 avril 2006).

[...]

3. Il découle de l'article 8 que le retour de l'enfant ne saurait être ordonné de façon automatique ou mécanique dès lors que la Convention de La Haye s'applique. L'intérêt supérieur de l'enfant, du point de vue de son développement personnel, dépend en effet de plusieurs circonstances individuelles, notamment de son âge et de sa maturité, de la présence ou de l'absence de ses parents, de l'environnement dans lequel il vit et de son histoire personnelle (voir les lignes directrices du HCR, paragraphe 52 ci-dessus). C'est pourquoi il doit s'apprécier au cas par cas. Cette tâche revient en premier lieu aux autorités nationales, qui ont souvent le bénéfice de contacts directs avec les intéressés. Elles jouissent pour ce faire d'une certaine marge d'appréciation, laquelle s'accompagne toutefois d'un contrôle européen en vertu duquel la Cour examine sous l'angle de la Convention les décisions qu'elles ont rendues dans l'exercice de ce pouvoir (voir, par exemple, *Hokkanen c. Finlande*, 23 septembre 1994, § 55, série A n° 299-A, p. 20, et *Kutzner*, précité, §§ 65-66 ; voir également *Tiemann c. France et Allemagne* (déc.), n°s 47457/99 et 47458/99, CEDH 2000-IV, *Bianchi*, précité, § 92, et *Carlson*, précité, § 69) ».

Selon une jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme, le contrôle de l'immigration constitue un objectif légitime pouvant être poursuivi par le législateur²⁴. Compte tenu des considérations qui précèdent, lors de la poursuite de cet objectif, le législateur doit cependant veiller à respecter un juste équilibre entre les différents intérêts en présence, en accordant une importance primordiale à l'intérêt des enfants concernés par l'avant-projet de loi.

3. L'avant-projet ne prévoit pas expressément l'obligation, pour l'officier de l'état civil, dans l'hypothèse visée par l'article 330/2 en projet du Code civil (article 9 de l'avant-projet) ou pour le procureur du Roi ou pour le juge, dans les hypothèses visées par l'article 330/3 en projet du Code civil et par l'article 79quinquies en projet de la loi du 15 décembre 1980 'sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers' (article 13 de l'avant-projet), de prendre en considération de manière primordiale l'intérêt de l'enfant avant de refuser l'établissement d'une reconnaissance, d'en poursuivre l'annulation ou de l'annuler.

À défaut de précision en sens contraire dans le texte en projet et ainsi que l'a confirmé le délégué du Ministre, il suffirait en effet que les conditions de l'article 330/1 en projet du Code civil soient réunies pour que la reconnaissance soit refusée ou annulée et ce, quand bien même une telle décision serait contraire à l'intérêt de l'enfant.

Ce n'est qu'au stade de l'éventuelle action judiciaire en recherche de paternité, de maternité ou de comaternité que l'intérêt de l'enfant sera pris en considération²⁵.

²⁴ Arrêt *Jeunesse c. Pays-Bas* précité, § 100. Voir notamment Cour eur. D.H., 26 juin 2014, arrêt *M.E. c. Suède*, § 71 ; 30 juillet 2013, arrêt *Berisha c. Suisse*, § 49 ; arrêt *Nunez c. Norvège*, 28 juin 2011, §§ 66, 70, 83 et 84.

²⁵ Article 332quinquies, § 2, alinéa 1^{er}, *in fine*, du Code civil (voir aussi la note 3).

Ce faisant, le législateur porte atteinte à l'article 22*bis* de la Constitution et à l'article 3, § 1^{er}, de la Convention 'relative aux droits de l'enfant'.

Le Comité des droits de l'enfant précise en effet qu'en vertu de l'article 3, § 1^{er}, de la Convention 'relative aux droits de l'enfant'²⁶, les États ont

« l'obligation de veiller à ce que l'intérêt supérieur de l'enfant soit intégré de manière appropriée et systématiquement appliqué dans toutes les actions conduites par une institution publique, en particulier toutes les mesures d'application et les procédures administratives et judiciaires qui ont une incidence directe ou indirecte sur les enfants »²⁷.

Le Comité précise encore que

« l'expression 'doit être' impose aux États une obligation juridique stricte et signifie qu'ils n'ont pas le pouvoir discrétionnaire de décider s'il y a lieu ou non d'évaluer l'intérêt supérieur de l'enfant et de lui attribuer le poids requis en tant que considération primordiale dans toute mesure qu'ils adoptent »²⁸.

Par conséquent, il convient également d'imposer la prise en considération de l'intérêt de l'enfant de manière primordiale au stade du refus de la reconnaissance (article 330/2 en projet du Code civil) ou de l'annulation de la reconnaissance (article 330/3 en projet du Code civil et article 79*quinquies* de la loi du 15 décembre 1980) pour motif de « complaisance » au sens de l'article 330/1 en projet du Code civil.

L'on aura égard, dans ce cadre, aux arrêts n^{os} 30/2013, 101/2015 et 102/2015 de la Cour constitutionnelle, qui précisent que la prise en considération de cet intérêt ne peut être marginale.

Ainsi, la Cour constitutionnelle, dans son arrêt n^o 30/2013 du 7 mars 2013, se prononce comme suit :

« B.5.3. Tant l'article 22*bis*, alinéa 4, de la Constitution que l'article 3, paragraphe 1, de la Convention relative aux droits de l'enfant imposent aux juridictions de prendre en compte, de manière primordiale, l'intérêt de l'enfant dans les procédures le concernant. L'article 22*bis*, alinéa 5, de la Constitution donne par ailleurs au législateur compétent la mission de garantir que l'intérêt de l'enfant soit pris en considération de manière primordiale ».

III. La filiation de « complaisance » à des fins de séjour en présence d'une filiation biologique

4. L'avant-projet de loi trouve son origine dans les rapports annuels du Collège des procureurs généraux relatifs aux difficultés d'application ou d'interprétation posées par les lois aux cours et tribunaux.

²⁶ L'article 22*bis* de la Constitution reprend la teneur de cette disposition.

²⁷ Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, observation générale n^o 14 (2013) 'sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (article 3, paragraphe 1^{er})', 62^{ème} session (14 janvier-1^{er} février 2013), p. 5.

²⁸ *Ibid.* p. 10.

Les situations dénoncées à cette occasion par le Collège des procureurs généraux concernent les hypothèses dans lesquelles il n'existe aucun lien de filiation biologique entre le candidat à la parentalité et l'enfant visé par la demande de filiation.

Il ressort cependant de l'exposé des motifs que l'auteur de l'avant-projet entend également lutter contre l'hypothèse de

« la conception effective d'enfants dans le seul but d'obtenir un avantage en matière de séjour. Dans ce cas il existe un lien biologique, mais dès l'obtention de l'avantage en matière de séjour, l'enfant et l'autre parent sont abandonnés ».

Comme on l'a vu, afin de lutter contre ces différentes hypothèses de filiation de « complaisance », l'avant-projet de loi, d'une part, habilite l'officier de l'état civil à refuser la reconnaissance d'un enfant et, d'autre part, autorise le procureur du Roi à demander l'annulation de celle-ci lorsque les conditions de l'article 330/1 en projet du Code civil sont réunies.

Le refus de reconnaissance ou l'annulation de la reconnaissance pourrait donc intervenir pour le seul motif qu'il s'agit d'une reconnaissance de « complaisance » à des fins de séjour alors même que le candidat à la parentalité apporterait la preuve de sa filiation biologique ou de son consentement à la conception conformément à la loi du 6 juillet 2007 'relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes' ²⁹.

Ce faisant, l'avant-projet, en entravant le droit de chaque enfant de connaître ses parents et d'être élevé par eux dans la mesure du possible porte atteinte de manière disproportionnée à la prise en considération de son intérêt de manière primordiale dans toutes les décisions qui le concernent, ainsi qu'à son droit à la protection de sa vie privée et familiale, garantis par les dispositions constitutionnelles et de droit international précitées.

En effet, le seul souci de lutter contre l'obtention d'avantages indus en matière de séjour sur le territoire belge ne peut, en soi, abstraction faite de toute autre considération fondée sur l'intérêt de l'enfant, justifier qu'il soit fait obstacle à l'établissement d'une filiation correspondant à la filiation biologique ³⁰.

L'avant-projet ne remet d'ailleurs pas en cause l'établissement automatique de la filiation maternelle résultant de l'article 312 du Code civil pour le seul motif que l'enfant dont la mère aurait accouché aurait été conçu dans le seul but d'obtenir un avantage en matière de séjour.

²⁹ Si le recours au mécanisme de la reconnaissance afin d'établir une filiation n'exige pas la preuve, par le candidat à la parentalité, de son lien de filiation biologique avec l'enfant, il ne peut être exclu qu'une telle preuve soit cependant fournie par le candidat à la parentalité.

³⁰ Comp. les articles 329bis, § 2, alinéa 3, dernière phrase, et 332quinquies, § 2, alinéa 1^{er}, du Code civil.

IV. L'insertion de l'avant-projet dans la législation existante

5. La section de législation s'interroge sur la parfaite cohérence de l'insertion du dispositif à l'examen au sein du système global de reconnaissance d'enfants mis en place par le Code civil.

L'avant-projet laisse en effet inchangé le dispositif de l'article 329*bis*, § 2, alinéa 3, du Code civil, qui concerne l'hypothèse où, l'une des personnes appelées à consentir s'y refusant, l'autorisation de reconnaissance devra être obtenue par le biais d'une procédure judiciaire. En particulier, l'avant-projet ne prévoit pas qu'au stade de la conciliation (article 329*bis*, § 2, alinéa 3, deuxième et troisième phrases) ou, à défaut, dans la manière dont la juridiction saisie aura à trancher la cause, il y aura nécessairement lieu pour elle de s'assurer qu'il n'y va pas d'une reconnaissance qui vise uniquement l'obtention d'un avantage en matière de séjour au sens de l'article 330/1 en projet du Code civil. Pas davantage n'est-il expressément prévu que l'officier d'état civil appelé à recevoir la reconnaissance sur le fondement de l'autorisation judiciaire ainsi obtenue, pourra encore s'y opposer s'il s'avère qu'il s'agit là d'une reconnaissance visée par la disposition précitée.

Invité à clarifier ce point, le représentant du Ministre a affirmé ce qui suit :

« De erkenning, vb. in artikel 329*bis*, koppelen aan een toestemming door het parket is in strijd met het opzet van de erkenning zoals steeds voor ogen werd gehouden door de wetgever. De erkenning is een eenvoudige wijze om de afstamming vast te stellen indien het vermoeden van vaderschap niet speelt, en dit gebaseerd op de loutere wil van de erkenner. Het is niet de bedoeling van de indieners van het wetsontwerp om hier aan te raken, wel om specifieke gevallen van fraude uit te sluiten. Het kan niet de bedoeling zijn om elke erkenning afhankelijk te maken van een toestemming door het parket (zo is artikel 332 immers opgevat : een voorafgaande toestemming wordt vereist).

Bovendien zal de rechter, in geval van verzet van de moeder of de persoon t.a.v. wie de afstamming vaststaat, rekening houden met het belang van het kind en dus ook rekening houdend met het eventuele schijnkarakter, d.i. de vaststelling van de afstammingsband enkel met het oog op het bekomen van een verblijfsrechtelijk voordeel.

Indien er geen verzet is, blijft er de controle door de ambtenaar van de burgerlijke stand zoals hiervoor uiteengezet ».

Les explications ainsi apportées³¹ laissent encore sans réponse la question de savoir si la juridiction saisie, au stade de la conciliation visée par l'article 329, § 2, alinéa 3, deuxième et troisième phrases, peut ou doit refuser de donner acte aux consentements finalement exprimés si elle soupçonne le caractère frauduleux de la reconnaissance, ainsi que la question des éventuels pouvoirs de l'officier de l'état civil à l'issue de la procédure civile.

La réponse ainsi apportée semble par ailleurs se fonder sur le postulat qu'une reconnaissance exclusivement opérée aux fins d'obtention d'un titre de séjour sera nécessairement contraire à l'intérêt de l'enfant, au sens de l'article 329*bis*, § 2, alinéa 3, dernière phrase, du Code civil. Or, et pour les motifs évoqués ci-avant, au n° 4, pareille assimilation ne peut être admise.

³¹ Dans ces explications, les références au « toestemming door het parket » et à l'article 332 du Code civil, disposition abrogée, ne paraissent pas pertinentes.

Enfin, force est de constater que les articles 327/1 et 327/2 en projet du Code civil, qui déterminent la procédure à suivre pour l'établissement de l'acte de reconnaissance, n'envisagent nullement l'hypothèse où la déclaration de reconnaissance s'appuie sur l'autorisation de reconnaissance judiciaire prévue par l'article 329bis, § 2, alinéas 3 et 4, du Code civil, alors que le dispositif en projet, spécialement l'article 327/2, § 1^{er}, 8^o, en projet, tient compte de la nécessité de faire état des consentements requis par les paragraphes 1^{er} et 2, du même article : dans l'état actuel du texte en projet, la personne qui désire reconnaître un enfant ne doit en effet pas se présenter préalablement à l'officier de l'état civil avant d'introduire une demande d'autorisation de reconnaissance visée à l'article 329bis, § 2, alinéas 3 et 4.

Le projet doit donc en tout état de cause être revu pour prévoir l'hypothèse où l'acte de reconnaissance est dressé par l'officier de l'état civil à la suite d'une autorisation judiciaire de reconnaissance et pour déterminer si, dans cette hypothèse, l'officier de l'état civil peut encore exercer un contrôle sur le caractère frauduleux ou non de la reconnaissance. Ce contrôle ne devrait toutefois pas pouvoir s'exercer dans le cas où l'autorisation judiciaire de reconnaissance résulte non pas du ou des consentements obtenus lors de la phase de conciliation, mais bien à la suite d'une appréciation par le juge de la conformité de cette reconnaissance à l'intérêt supérieur de l'enfant.

V. Le recours contre la décision de refus par l'officier de l'état civil d'acter la reconnaissance

6. Il résulte de l'article 330/2, alinéa 5, en projet du Code civil qu'en cas de refus de l'officier de l'état civil d'acter la reconnaissance pour le motif visé à l'alinéa 1^{er} de la même disposition, la personne qui veut faire établir le lien de filiation peut introduire une action en recherche de maternité, de paternité ou de comaternité devant le tribunal de la famille du lieu de déclaration de la reconnaissance.

Le commentaire de l'article 8 mentionne à cet égard ce qui suit :

« À la différence du mariage ou de la cohabitation légale, il existe encore d'autres possibilités que la reconnaissance pour l'établissement de la filiation. La personne qui se voit refuser la reconnaissance peut recourir à une procédure d'établissement judiciaire. Cette procédure permet d'établir la filiation de différentes manières. L'auteur ne se verra donc pas refuser la possibilité de faire établir son lien de filiation avec l'enfant, même si ce lien ne repose pas sur la réalité biologique, mais sur une réalité socioaffective et volitive.

C'est la raison pour laquelle en cas de refus de l'officier de l'état civil d'acter la reconnaissance, l'auteur peut faire établir sa filiation par une procédure de recherche de maternité, de paternité ou de comaternité.

Dans ce cas, le juge se prononcera sur le lien de filiation à établir.

Il statuera conformément au droit national applicable en vertu du Code de droit international privé, tout en vérifiant le respect des conditions de l'article 330/1 du Code civil en tant que règle d'application nécessaire (loi de police).

La possibilité de demander l'établissement judiciaire fera donc office de possibilité de recours.

Lors de l'introduction de sa demande, l'intéressé devra mentionner la décision de refus de l'officier de l'état civil. Dans ce cas, le juge saisi de la demande a connaissance de la décision de refus y relative dont il peut annuler les effets par l'établissement judiciaire. Sur la base de tous les éléments qui lui ont été soumis, y compris ceux apparus après la décision de refus pour autant qu'ils aient été portés à sa connaissance, le juge examinera en fait également le droit subjectif de l'intéressé de voir établir sa paternité ».

Il se déduit des alinéas 5 et 6 de l'article 330/2 en projet du Code civil, tel qu'éclairé par ces explications, que l'intention de l'auteur de l'avant-projet consiste manifestement à exclure tout recours proprement dit contre une éventuelle décision de l'officier de l'état civil de refuser la reconnaissance pour un motif mentionné à l'alinéa 1^{er} de cette disposition et à rappeler pour le surplus l'applicabilité du droit en vigueur en matière d'action en recherche de maternité, de paternité ou de comaternité devant le tribunal de la famille, tel qu'il résulte des articles 314, 322 à 325, 325/8 à 325/10 et 332quinquies du Code civil.

Ce faisant, l'avant-projet subordonne la possibilité pour les personnes s'étant vu refuser la reconnaissance de la maternité, de la paternité ou de la comaternité sur la base de l'article 330/2, alinéa 1^{er}, en projet du Code civil d'établir leur maternité, leur paternité ou leur comaternité à des conditions différentes, pouvant être plus strictes, énoncées par les articles 314, 322 à 325, 325/8 à 325/10 et 332quinquies du même Code ³², alors même que, si la décision initiale de refus de l'officier de l'état civil avait pu être jugée irrégulière par un tribunal indépendant et impartial en raison de la violation des dispositions en projet relatives aux reconnaissances de « complaisance » ou à celles contraires à l'ordre public, les intéressés auraient pu procéder à une reconnaissance indépendamment des conditions énoncées par les articles 314, 322 à 325, 325/8 à 325/10 et 332quinquies du Code civil. Ainsi que l'a confirmé le délégué du Ministre, l'avant-projet n'entend en effet pas faire obstacle à ce qu'une filiation reposant sur une réalité socio-affective plutôt que biologique puisse encore, comme dans le droit actuel, être

³² Ces dispositions doivent être lues en tenant compte de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle sur l'article 332quinquies du Code civil, spécialement de ses arrêts n^{os} 61/2012 du 3 mai 2012 (« L'article 332quinquies, § 2, alinéa 1^{er}, du Code civil viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il ne permet pas au juge saisi d'une demande introduite sur la base de l'article 318, § 5, du Code civil, avant le premier anniversaire d'un enfant, par un homme qui prétend être le père biologique de ce dernier, d'exercer un contrôle portant sur l'intérêt de l'enfant à voir cette filiation établie »), 30/2013 du 7 mars 2013 (« En disposant que le tribunal ne rejette la demande que si l'établissement de la filiation est 'manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant', l'article 332quinquies, § 2, alinéa 1^{er}, du Code civil, interprété en ce sens qu'il autorise le juge à n'opérer qu'un contrôle marginal de l'intérêt de l'enfant, viole l'article 22bis, alinéa 4, de la Constitution ») et 48/2014 du 20 mars 2014 (interrogée sur la question de savoir si l'article 322 du Code civil – tel qu'il a été remplacé par l'article 11 de la loi du 1^{er} juillet 2006 – et l'article 332quinquies du même Code – inséré par l'article 20 de la loi précitée du 1^{er} juillet 2006 et modifié par l'article 371 de la loi du 27 décembre 2006 –, interprétés en ce sens que, pour statuer sur l'action en recherche de paternité, il ne peut être tenu aucun compte de la réalité socio-affective, de la possession d'état, de la paix des familles, de la sécurité juridique des liens familiaux, de l'intérêt général, des faits établis concernant l'écoulement du temps et l'âge des parties concernées, et des intérêts des parties concernées, violent les articles 10, 11 et 22 de la Constitution, combinés éventuellement avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec les articles 17 et 23 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la Cour répond que « [l]es articles 322 et 332quinquies du Code civil ne violent pas les articles 10, 11 et 22 de la Constitution, combinés ou non avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec les articles 17 et 23 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques »).

établie par reconnaissance devant l'officier de l'état civil, le texte de l'article 330/1 en projet du Code civil n'infirmant pas cette interprétation ³³.

Il est ainsi porté atteinte au droit à un tribunal garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme lu en combinaison avec l'article 8 de la même Convention protégeant le droit au respect de la vie privée et familiale, ce recours devant pouvoir être exercé devant une juridiction judiciaire, à savoir le tribunal de la famille, dans le respect des articles 10, 11 et 144 de la Constitution : il est rappelé à cet égard que,

« pour qu'un 'tribunal' puisse décider d'une contestation sur des droits et obligations de caractère civil en conformité avec l'article 6 § 1 [de la Convention européenne des droits de l'homme], il faut qu'il ait compétence pour se pencher sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour le litige dont il se trouve saisi » ³⁴.

L'avant-projet doit être amendé, à l'instar de ce qu'envisage l'article 327/1, § 3, alinéa 3, en projet du Code civil (article 4 de l'avant-projet), de manière à prévoir pareil recours dans une disposition expresse du Code civil, laquelle devra être lue en combinaison avec l'article 572bis, 1°, du Code judiciaire, aux termes duquel,

« Sans préjudice des compétences spéciales reconnues au juge de paix et des législations particulières, le tribunal de la famille connaît :

1° des demandes relatives à l'état des personnes ».

Il appartient à l'auteur de l'avant-projet d'organiser alors l'articulation entre le recours contre le refus de reconnaissance et les voies de droit prévues par les règles actuelles en matière d'établissement judiciaire de la maternité, de la paternité et de la comaternité.

VI. Les notifications des jugements ou arrêts relatifs à des actes d'état civil dressés à l'étranger

7. De manière générale, en ce qui concerne la notification des jugements ou arrêts coulés en force de chose jugée relatifs à la nullité d'un acte de reconnaissance, l'avant-projet de loi n'envisage pas l'hypothèse des actes de reconnaissance dressés à l'étranger ³⁵, contrairement à ce qui est prévu pour le mariage par exemple ³⁶.

De l'accord du délégué du Ministre, l'avant-projet de loi sera complété afin de remédier à cette lacune.

*

³³ Le commentaire de l'article 8 est ambigu sur ce point lorsque, se référant à la procédure judiciaire d'établissement de la filiation, il laisse entendre *a contrario* que la reconnaissance ne pourrait se fonder que sur une réalité biologique.

³⁴ Cour eur. D.H., not. arrêt *Chevrol c. France*, du 3 février 2003, § 77.

³⁵ Voir les articles 330/3, § 2, alinéa 2, en projet du Code civil et 79sexies, § 4, en projet de la loi du 15 décembre 1980 'sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers'.

³⁶ Voir l'article 193ter du Code civil ou l'article 79quater, § 4, actuel de la loi du 15 décembre 1980.

C'est sous réserve de ce qui précède que sont formulées les observations particulières qui suivent.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

INTITULÉ

L'intitulé de l'avant-projet évoque uniquement la « lutt[e] contre la reconnaissance de complaisance ».

Toutefois, ainsi qu'il a été indiqué dans l'observation générale n° 1, l'objet de l'avant-projet est plus large, ce qui doit être reflété dans son intitulé³⁷.

Il est suggéré, en l'état, de rédiger comme suit la fin de l'intitulé :

« [...] en vue de lutter contre les reconnaissances de complaisance et contraires à l'ordre public, et comportant diverses dispositions en matière de recherche de paternité, de maternité et de comaternité, ainsi qu'en matière de mariage de complaisance et de cohabitation légale de complaisance ».

Cette observation est toutefois formulée sous réserve de celle faite sur les articles 11 à 14 de l'avant-projet.

DISPOSITIF

Article 2

Dès lors que l'intention de l'auteur de l'avant-projet est de supprimer l'intervention d'un notaire, il convient de supprimer aussi bien les termes « ou par un notaire belge » que les termes « ou un notaire belge » dans les dispositions modifiées par l'article 2.

Article 3

Dans un souci de précision et afin d'éviter d'éventuellement confondre la « déclaration » dont il est question à l'article 327, § 2, en projet du Code civil avec la déclaration de naissance réglée par l'article 55 du même Code, il y a lieu de compléter ce paragraphe 2 par les mots « visée à l'article 327/1, § 1^{er}, alinéa 1^{er} ».

³⁷ *Principes de technique législative – Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 14.

Article 4

1. L'article 4 utilise à plusieurs reprises le mot « acte », sans qu'il soit toujours clair si ce qui est visé ainsi est l'acte de déclaration de la reconnaissance mentionné aux articles 327, § 2, et 327/1, § 1^{er}, en projet du Code civil ou l'acte de reconnaissance visé à l'article 327, §§ 1^{er} et 2, en projet du Code civil.

La disposition sera clarifiée sous cet aspect.

2. La question se pose de savoir si, à l'instar de l'article 63, § 1^{er}, alinéa 2, du Code civil, il n'y a pas lieu de rédiger le début de l'article 327/1, § 1^{er}, alinéa 2, en projet du Code civil comme suit : « En l'absence d'inscription d'aucun d'eux ».

3. De même, il devrait être précisé à quelle personne se rapporte la notion de « résidence actuelle » dont il est question dans la suite de cet alinéa ³⁸.

4. Le paragraphe 3, alinéa 1^{er}, en projet devrait être complété pour préciser que le refus par l'officier de l'état civil de reconnaître la validité ou l'authenticité des documents doit être intervenue dans le délai prévu par le paragraphe 2, alinéa 1^{er}, en projet pour lui permettre de « refuse[r] de dresser l'acte ».

Une observation analogue vaut, *mutatis mutandis*, pour l'article 330/2, alinéas 3 et 4, en projet à l'article 8.

5. Contrairement à ce qui ressort du commentaire de l'article 4, l'article 327/1, § 3, en projet est bien applicable aux agents consulaires.

Interrogé à ce sujet, le délégué du Ministre relève que ce passage du commentaire des articles n'est pas applicable à l'article 4 de l'avant-projet mais concerne l'article 327/2, § 3, de l'avant-projet.

Dans un souci de sécurité juridique, le commentaire des articles sera corrigé en ce sens, sans préjudice de l'observation n° 4 formulée ci-dessous à propos de l'article 5.

Article 5

1. Le texte de l'article 327/2, § 1^{er}, en projet, devrait être revu de manière à ne prévoir le dépôt par l'auteur de déclaration de reconnaissance que des documents pertinents par rapport à la situation des personnes concernées. Ainsi, par exemple, les 2°, 3° et 4° ne tiennent pas compte de l'hypothèse où la filiation n'est établie à l'égard d'aucun parent ni de celle où le consentement d'un parent n'est pas requis.

³⁸ Comp. l'article 63, § 1^{er}, alinéa 2, du Code civil.

2. Au paragraphe 1^{er}, 7^o, en projet, de la version française, il y a lieu d'omettre les mots « du candidat à la reconnaissance et ».

3. Le paragraphe 1^{er}, 8^o, en projet, utilise la notion d'« acte authentique légalisé ».

La section de législation n'aperçoit pas la nécessité de prévoir une légalisation d'un acte revêtant la qualité d'acte authentique. L'adjectif « légalisé » sera omis.

4. Dès lors que la volonté de l'auteur de l'avant-projet est de ne pas rendre applicable l'article 327/2, § 3, en projet aux agents consulaires, il convient de le préciser expressément au sein du dispositif.

Article 8

À l'article 330/2 en projet du Code civil, il est précisé que l'officier de l'état civil peut refuser un acte de reconnaissance dans deux cas : soit dans l'hypothèse d'une reconnaissance de complaisance au sens de l'article 330/1 en projet, soit « s'il est d'avis que la reconnaissance est contraire à l'ordre public ».

L'on s'interroge sur la situation qui est ainsi visée.

À supposer qu'une référence générale à l'ordre public soit pertinente, il convient à tout le moins d'en tenir compte dans la suite de l'avant-projet.

Article 9

L'auteur de l'avant-projet précise au sein du commentaire de l'article 9 qu'

« étant donné que l'article 330/1 est d'ordre public, l'action en nullité de la reconnaissance de complaisance est imprescriptible ».

Cependant, l'article 331^{ter} du Code civil prévoit ce qui suit :

« Lorsque la loi ne prévoit pas un délai plus court, les actions relatives à la filiation se prescrivent par trente ans à compter du jour où la possession d'état a pris fin ou, à défaut de possession d'état, à partir de la naissance, ou à compter du jour où l'enfant a commencé à jouir d'une possession d'état conforme à l'état qui lui est contesté, sans préjudice de l'article 2252.

L'article 2253 n'est pas applicable.

Le délai de prescription prévu par le présent article ne s'applique pas aux actions fondées sur l'article 329^{bis} ».

L'action en nullité ouverte au procureur du Roi en vertu de l'article 330/3 en projet du Code civil constitue une action relative à la filiation au sens de l'article 331^{ter} du Code civil. Cette action est, dès lors, soumise à la prescription trentenaire.

Article 10

Dès lors que le ministère public se voit reconnaître un droit d'opposition dans le cadre de toute action judiciaire en recherche de paternité, de maternité ou de comaternité, il convient de s'assurer de l'existence d'un mécanisme permettant de tenir le ministère public informé de l'introduction de telles actions afin de garantir le caractère effectif de cette nouvelle compétence.

Articles 11 à 14

L'article 79*quater* de la loi du 15 décembre 1980, en projet à l'article 12, applique à la reconnaissance de « complaisance » ce que les articles 79*bis* et 79*ter* de la même loi prévoient pour les mariages de complaisance et les cohabitations légales de complaisance.

L'article 79*quinquies* de la loi du 15 décembre 1980, en projet à l'article 13, reproduit, sous réserve de quelques différences, l'article 79*quater*, §§ 1^{er} et 2, de la même loi en y intégrant l'hypothèse de la reconnaissance de « complaisance ».

L'article 79*sexies*, § 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980, en projet à l'article 14, reproduit l'article 79*quater*, § 3, de la même loi en y intégrant l'hypothèse de la reconnaissance de « complaisance ».

Le même article 79*sexies* en projet de la loi du 15 décembre 1980 reproduit en ses paragraphes 2 et 3 l'article 79*quater*, §§ 4 et 5, de la même loi, qui concernent respectivement les mariages de complaisance et les cohabitations légales de complaisance. De plus, il est prévu un paragraphe 4 à cet article 79*sexies* qui applique à la reconnaissance de « complaisance » ce que ses paragraphes 2 et 3 règlent pour les mariages de complaisance et les cohabitations légales de complaisance.

Ce faisant, l'avant-projet procède notamment à une renumérotation du contenu normatif de l'article 79*quater* actuel de la loi du 15 décembre 1980, sans en modifier la substance en ce qui concerne les mariages de complaisance et les cohabitations légales de complaisance.

Or, indépendamment du fait que, ce faisant, le législateur est ainsi invité, s'agissant des mariages de complaisance et des cohabitations légales de complaisance, à renouveler l'émission de sa volonté normative sur un dispositif pourtant inchangé pour l'essentiel, la modification de la numérotation des articles d'une loi n'est pas recommandée : il faut en effet éviter en principe de procéder de la sorte, compte tenu non seulement de ce que des références pourraient être faites aux dispositions ainsi renumérotées dans d'autres textes non modifiés, mais aussi en raison de la connaissance acquise des textes en vigueur par leurs destinataires et les instances chargées de les appliquer, voire de l'existence de jurisprudence et de doctrine pouvant avoir fait état de ces dispositions, que les destinataires de la règle peuvent être amenés à consulter.

Il est donc recommandé de procéder comme suit :

1° faire de l'article 79^{quater} de la loi du 15 décembre 1980, en projet à l'article 12, un article 79^{ter-bis} de la même loi ;

2° maintenir l'article 79^{quater} actuel dans cette dernière loi tout en y insérant les mots et le paragraphe pertinents pour la prise en compte de l'hypothèse de la reconnaissance de « complaisance », tels qu'ils figurent aux articles 79^{quinquies} et 79^{sexies}, §§ 1^{er} et 4, en projet aux articles 13 et 14 ;

3° insérer à la fin de l'article 79^{quater}, § 2, actuel de la loi du 15 décembre 1980, tel que modifié en fonction de ce qui précède, le texte figurant à l'article 79^{quinquies}, § 2, alinéa 5, de la même loi, en projet à l'article 13 ;

4° à l'article 11, a), de l'avant-projet, remplacer, dans l'article 572^{bis}, 1°, du Code judiciaire, le renvoi à l'article 79^{quinquies} de la loi du 15 décembre 1980 par un renvoi à l'article 79^{quater} de cette loi ;

5° toujours à l'article 11 de l'avant-projet, omettre le littéra b).

Article 12

L'article 79^{quater}, § 1^{er}, alinéa 2, en projet de la loi du 15 décembre 1980, incrimine le fait de recevoir « une somme d'argent » en rétribution d'une reconnaissance ou d'un consentement préalable à une telle reconnaissance.

Les dispositions pénales étant de stricte interprétation, cette disposition ne peut être étendue aux rétributions effectuées sous la forme d'autres biens présentant de la valeur (bijoux, drogue, etc.).

L'efficacité de la disposition est ainsi amoindrie. De plus, il pourrait être considéré comme contraire aux principes constitutionnels d'égalité et de non-discrimination de ne pas punir des faits identiques de la même manière au seul motif que, dans un cas, la rétribution s'est faite en argent, alors que dans les autres cas elle s'est faite sous la forme d'autres valeurs.

Il est dès lors suggéré d'insérer, à l'article 79^{quater}, § 1^{er}, alinéa 2, en projet, après les mots « une somme d'argent », les mots « ou d'autres valeurs ».

Dans ce cas, une modification identique sera apportée aux articles 79^{bis} et 79^{ter} de la même loi.

Article 15

La modification apportée à l'article 7, 2°, du Code consulaire par l'article 15 de l'avant-projet est justifiée dans le commentaire de cet article par la volonté de l'auteur de l'avant-projet de s'assurer que la reconnaissance devant le chef d'un poste consulaire de carrière correspondra toujours aux règles belges.

Par l'effet de cette modification, l'article 7, 2°, du Code consulaire prévoira ce qui suit :

« Les compétences en matière d'état civil concernent exclusivement :

[...]

2° les actes de reconnaissance d'un enfant à condition que l'auteur soit belge et qu'il ait son domicile au sein de la circonscription consulaire ».

Les reconnaissances faites par des Belges ayant leur résidence habituelle au sein de la circonscription consulaire sans y être domiciliés ne sont dès lors plus autorisées. Compte tenu de l'article 62 du Code de droit international privé, le fait qu'une personne soit domiciliée ou ait sa résidence habituelle à un endroit est sans incidence sur le droit applicable, qui est déterminé en fonction de sa nationalité.

La section de législation ne comprend dès lors pas la différence de traitement qui est instauré entre les Belges domiciliés dans la circonscription consulaire et les Belges ayant leur résidence habituelle au sein de cette même circonscription consulaire.

Par conséquent, l'auteur de l'avant-projet doit être en mesure de justifier cette différence de traitement de préférence dans le commentaire de l'article 15 ou, à défaut, revoir le dispositif sur ce point.

OBSERVATIONS FINALES

1. Pour chaque article modifié, il y a lieu de mentionner l'historique de ses modifications antérieures³⁹. Les articles 2, 6 et 10 de l'avant-projet seront complétés en conséquence.

2. À l'article 5 de l'avant-projet, dans la version française de l'article 327/2 du Code civil en projet :

– au paragraphe 1^{er}, 6°, *in fine*, il convient d'écrire « d'une personne autre que son époux ou son épouse » ;

– au paragraphe 3, alinéa 4, au lieu d'écrire « lui-même », on écrira « elle-même » ;

– au paragraphe 5, alinéa 1^{er}, au lieu d'écrire « qui se trouvent dans l'impossibilité ou ont des difficultés sérieuses à se procurer leur acte de naissance », il y a lieu d'écrire « qui se trouvent dans l'impossibilité de se procurer leur acte de naissance ou ont des difficultés sérieuses à se le procurer » .

³⁹ *Principes de technique législative – Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet « Technique législative », recommandations n^{os} 113 à 115 et formules F 4-2-8-1 à F 4-2-8-4.

3. À l'article 7 de l'avant-projet, l'article 330/1 du Code civil en projet gagnerait à être complété, *in fine*, par les mots « à la reconnaissance ».

*

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, beperkt de afdeling Wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het voorontwerp¹, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat deze drie punten betreft, geeft het voorontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

VOORAFGAANDE VORMVEREISTEN

Het om advies voorgelegde voorontwerp van wet heeft aanleiding gegeven tot het uitvoeren van een impactanalyse. Dat is een verplichting op grond van artikel 6, § 1, van de wet van 15 december 2013 ‘houdende diverse bepalingen inzake administratieve vereenvoudiging’.

De afdeling Wetgeving is verbaasd over de inhoud van die impactanalyse, aangezien erin wordt ontkend dat er inzake het vaststellen van de afstamming door erkenning of rechtsvordering enig verschil is tussen de respectieve situatie van vrouwen en mannen.

Hoewel de erkenning of de rechtsvordering tot onderzoek naar de afstamming instrumenten voor het vaststellen van de afstamming zijn die zowel door moeders, vaders als meemoeders kunnen worden aangewend, moet worden geconstateerd dat die manieren om de afstamming vast te stellen voornamelijk worden aangewend door de personen die als vader of als meemoeder erkend willen worden. In de praktijk gebeurt de juridische vaststelling van het moederschap nagenoeg uitsluitend automatisch door middel van de akte van geboorte, in overeenstemming met artikel 312 van het Burgerlijk Wetboek.

Zo gezien lijkt het vormvereiste van de impactanalyse onvoldoende te zijn vervuld.

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

1. Het voorontwerp van wet strekt ertoe de strijd aan te binden tegen schijnerkenningen met het oog op het verwerven van verblijf, welke problematiek onder de aandacht is gebracht door het College van procureurs-generaal.²

In tegenstelling tot wat wordt vermeld in het opschrift van het voorontwerp van wet, beperkt dit voorontwerp zich niet tot de strijd tegen schijnerkenningen.

¹ Aangezien het om een voorontwerp van wet gaat, wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

² Zie inzonderheid het “Overzicht van de wetten die voor de hoven en de rechtbanken moeilijkheden bij de toepassing of de interpretatie ervan hebben opgeleverd - Verslag 2013-2014 van de procureur-generaal bij het Hof van Cassatie aan het Parlementair Comité belast met de wetsevaluatie”, *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 435/002.

Ook al draait het bij de hervorming voornamelijk om de erkenning, bij artikel 10 van het voorontwerp van wet wordt ook artikel 332*quinquies* van het Burgerlijk Wetboek gewijzigd, dat betrekking heeft op de rechtsvorderingen tot onderzoek naar het vaderschap, moederschap of meemoederschap, teneinde het openbaar ministerie in staat te stellen zich te verzetten tegen een dergelijke vordering. Uit de bespreking van artikel 10 van het voorontwerp van wet blijkt dat het aldus onder meer de bedoeling is het openbaar ministerie de mogelijkheid te bieden zich te verzetten tegen de vaststelling van een afstamming met kennelijk als enig doel het bekomen van een verblijfsrechtelijk voordeel. Gelet op de op dat punt ongewijzigd gebleven tekst van artikel 332*quinquies*, § 2, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek, kan de rechter dat verzet alleen toewijzen “indien de vaststelling van de afstamming kennelijk strijdig is met de belangen van het kind”.³

2. De regeling ter bestrijding van het vaststellen van schijnerkenningen die bij het voorontwerp wordt ingevoerd, verschilt naargelang de persoon die als ouder erkend wil worden, gebruikmaakt van de erkenning⁴ dan wel een rechtsvordering tot onderzoek naar het vaderschap, moederschap of meemoederschap⁵ instelt.

Schijnerkenningen om verblijf te verwerven en het bedrieglijke karakter ervan worden in het voorontwerp alleen met betrekking tot de erkenning omschreven, meer bepaald in het ontworpen artikel 330/1 van het Burgerlijk Wetboek. Het ontworpen artikel 330/2 van hetzelfde wetboek staat de ambtenaar van de burgerlijke stand toe een erkenning te weigeren indien er een ernstig vermoeden bestaat dat het gaat om een schijnerkenning in de zin van artikel 330/1. Voorts biedt het ontworpen artikel 330/3 van het Burgerlijk Wetboek de procureur des Konings de mogelijkheid de vernietiging te vorderen van een schijnerkenning in de zin van artikel 330/1.

De rechtsvordering tot onderzoek naar het vaderschap, moederschap of meemoederschap wordt ingevoerd als een soort onrechtstreeks rechtsmiddel dat kan worden aangewend nadat de ambtenaar van de burgerlijke stand geweigerd heeft de erkenning te akteren omdat het om een schijnerkenning zou gaan.⁶

Het recht van verzet dat aan het openbaar ministerie wordt verleend bij artikel 332*quinquies*, § 2, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek, zoals gewijzigd bij artikel 10 van het voorontwerp, betreft alle rechtsvorderingen tot onderzoek naar het vaderschap, moederschap of meemoederschap, ongeacht of ze al dan niet ingesteld zijn naar aanleiding van een weigering van erkenning op basis van artikel 330/2 van het Burgerlijk Wetboek. Het recht van verzet van het openbaar ministerie beperkt zich overigens niet tot de gevallen van

³ Dat gezegd zijnde, wordt erop gewezen dat het Grondwettelijk Hof het volgende stelt:

“Door te bepalen dat de rechtbank de vordering slechts afwijst indien de vaststelling van de afstamming ‘kennelijk strijdig is met de belangen van het kind’, schendt artikel 332*quinquies*, § 2, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek, in die zin geïnterpreteerd dat het de rechter slechts een marginale toetsing van het belang van het kind toestaat, artikel 22bis, vierde lid, van de Grondwet.” (GwH 7 maart 2013, nr. 30/2013)

⁴ De erkenning wordt geregeld bij de artikelen 313, 319, 325/4 en 327 tot 330 van het Burgerlijk Wetboek.

⁵ Die vordering wordt geregeld bij de artikelen 314, 322 tot 325, 325/8 tot 325/10 en 332*quinquies* van het Burgerlijk Wetboek.

⁶ Ontworpen artikel 330/2, vijfde lid, van het Burgerlijk Wetboek.

oneigenlijke erkenningsaanvragen om verblijf te verwerven, hoewel die problematiek kan worden opgeworpen. Uit artikel 332*quinquies*, § 2, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek blijkt dat een schijnerkenning om verblijf te verwerven echter alleen zal worden geweigerd in de veronderstelling dat die situatie strijdig is⁷ met de belangen van het kind.

3. Artikel 8 van het voorontwerp (ontworpen artikel 330/2, eerste lid, *in fine*, van het Burgerlijk Wetboek) strekt er eveneens toe de ambtenaar van de burgerlijke stand de mogelijkheid te geven om de strijd aan te binden tegen “erkenning[en] in strijd (...) met de openbare orde”⁸.

Bovendien hebben de artikelen 11, 13 en 14 van het voorontwerp inzonderheid betrekking op schijnhuwelijken en “schijn-wettelijke samenwoningen”, waarbij ze in hoofdzaak de regelgevende inhoud overnemen van bepalingen die momenteel van kracht zijn.

ALGEMENE OPMERKINGEN

I. Het begrip “schijnerkenning”

1. Het gebruik van het begrip “*complaisance*” in de Franse tekst van het voorontwerp om aan te geven dat alleen een afstammingsband wordt vastgesteld met als doel een verblijfsrechtelijk voordeel te bekomen, laat niet toe om de doelstelling die met het voorontwerp wordt nagestreefd duidelijk weer te geven.

Momenteel wordt het begrip “*filiation de complaisance*” gebezigd in het geval waarbij de vastgestelde afstammingsband niet overeenstemt met de biologische waarheid, wat de betrokken personen weten.⁹

In casu wordt met het voorontwerp niet de afwezigheid van een biologische realiteit gehekelde, maar wel de gevallen waarbij een afstammingsband wordt vastgesteld met de bedoeling om de wetgeving inzake de controle op de immigratie te omzeilen.

De steller van het voorontwerp wordt verzocht om dit voorontwerp te herzien in het licht van deze opmerking en daarbij te zorgen voor overeenstemming tussen de twee taalversies van de tekst.¹⁰

II. De bescherming van het hoger belang van het kind

2.1. Elk kind beschikt over het fundamentele recht dat zijn belang de eerste overweging is bij elke beslissing die hem aangaat¹¹, inzonderheid krachtens artikel 22*bis* van de

⁷ Zie voetnoot 3.

⁸ Zie ook de opmerking met betrekking tot artikel 8.

⁹ N. GALLUS, *La Filiation*, *RPDB*, 2016, 115.

¹⁰ In de Nederlandse tekst van het voorontwerp wordt het begrip “schijnerkenning” gebezigd.

Grondwet¹² en artikel 3, lid 1, van het Verdrag ‘inzake de rechten van het kind’ van 20 november 1989.¹³⁻¹⁴ Elk kind beschikt eveneens over het recht op bescherming van zijn privéleven en zijn gezinsleven – wat onder meer het recht op een identiteit en op persoonlijke ontwikkeling omvat¹⁵ – dat gewaarborgd wordt bij artikel 22 van de Grondwet¹⁶ en bij artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.¹⁷

2.2. Het Comité voor de rechten van het kind van de Verenigde Naties preciseert dat krachtens artikel 3, lid 1, van het Verdrag ‘inzake de rechten van het kind’, waarvan de inhoud overgenomen wordt in artikel 22bis van de Grondwet, het hoger belang van het kind “[doit être] reflecté et mis en oeuvre dans la totalité des dispositions législatives et réglementaires nationales”.¹⁸

Artikel 7, lid 1, van het Verdrag ‘inzake de rechten van het kind’¹⁹ verleent onder meer aan elk kind het recht om “voor zover mogelijk, (...) zijn of haar ouders te kennen en door hen te worden verzorgd”. De vaststelling van een juridische afstammingsband kan helpen bij de waarborging van dat recht.

Het Comité voor de rechten van het kind stelt voorts vast dat

¹¹ Wat betreft de evolutie van dat begrip binnen de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, zie G. MATHIEU en A.-C. RASSON, “L'intérêt de l'enfant sur le fil - Réflexion à partir des arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation”, *JT*, 2013, nr. 6525, 426.

¹² Artikel 22bis, vierde lid, van de Grondwet luidt als volgt:

“Het belang van het kind is de eerste overweging bij elke beslissing die het kind aangaat”.

Deze bepaling is in de Grondwet ingevoegd teneinde de beginselen van het Verdrag van 20 november 1989 ‘inzake de rechten van het kind’ grondwettelijk te verankeren, daar dit verdrag niet rechtstreeks toepasbaar is in het interne recht (*Parl.St.* Kamer 2007-08, nr. 0175/005, 3).

¹³ Artikel 3, lid 1, van het Verdrag ‘inzake de rechten van het kind’ van 20 november 1989 luidt als volgt:

“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”.

¹⁴ België heeft bij de wet van 25 november 1991 ‘houdende goedkeuring van het Verdrag inzake de rechten van het kind aangenomen te New York op 20 november 1989’ ingestemd met dat verdrag.

¹⁵ Zie o.m. EHRM 19 juli 2016, arrest *Calin e.a. t. Roemenië*; 13 juli 2006, arrest *Jaggi t. Zwitserland*.

¹⁶ Artikel 22 van de Grondwet bepaalt :

“Ieder heeft recht op eerbiediging van zijn privéleven en zijn gezinsleven, behoudens in de gevallen en onder de voorwaarden door de wet bepaald.

De wet, het decreet of de in artikel 134 bedoelde regel waarborgen de bescherming van dat recht”.

¹⁷ Artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens luidt als volgt:

“1. Eenieder heeft recht op eerbiediging van zijn privéleven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling.

2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan met betrekking tot de uitoefening van dit recht dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving nodig is in het belang van 's lands veiligheid, de openbare veiligheid, of het economisch welzijn van het land, de bescherming van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen”.

¹⁸ Comité voor de rechten van het kind van de Verenigde Naties, algemeen commentaar nr. 14 (2013) ‘sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (artikel 3, lid 1)’, 62ste zitting (14 januari - 1 februari 2013), 6.

¹⁹ Artikel 7, lid 1, van het Verdrag 'inzake de rechten van het kind' van 20 november 1989 luidt als volgt:

“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”.

“les jeunes enfants peuvent également subir les conséquences d’une discrimination dirigée contre leurs parents, par exemple, s’ils sont nés hors mariage ou dans des circonstances qui ne correspondent pas aux valeurs traditionnelles de la société, ou si leurs parents sont des réfugiés ou des demandeurs d’asile. Les États parties ont pour responsabilité de surveiller et de combattre la discrimination sous quelque forme que ce soit et quel qu’en soit le contexte – au sein de la famille ou de la communauté, à l’école ou dans le cadre d’autres institutions”.²⁰

Het Grondwettelijk Hof heeft in dat verband geoordeeld dat noch artikel 22, eerste lid, van de Grondwet, noch artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens een overheidsinmenging in het recht op de eerbiediging van het privéleven en het gezinsleven uitsluiten, maar vereisen dat zij wordt toegestaan door een voldoende precieze wettelijke bepaling, dat zij beantwoordt aan een dwingende maatschappelijke behoefte en dat zij evenredig is met de daarmee nagestreefde wettige doelstelling.²¹

2.3. De wetgever beschikt bij de uitwerking van een regeling die een overheidsinmenging in het privéleven inhoudt, over een appreciatiemarge om rekening te houden met een billijk evenwicht tussen de tegenstrijdige belangen van het individu en de samenleving in haar geheel.

Die appreciatiemarge van de wetgever is evenwel niet onbegrensd.

Om te oordelen of een wettelijke regeling verenigbaar is met het recht op eerbiediging van het privéleven, moet worden nagegaan of de wetgever een billijk evenwicht heeft gevonden tussen alle rechten en belangen die in het geding zijn.²²

Met betrekking tot de verwijdering van een ouder van het grondgebied heeft de Grote Kamer van het Europees Hof voor de rechten van de mens onlangs de volgende beginselen herhaald in een arrest van 3 oktober 2014, *Jeunesse t. Nederland* (verzoekschrift 12738/10):

“1. Lorsque des enfants sont concernés, il faut prendre en compte leur intérêt supérieur (*Tuquabo-Tekle et autres c. Pays-Bas*, n° 60665/00, § 44, 1^{er} décembre 2005 ; *mutatis mutandis*, *Popov c. France*, n°s 39472/07 et 39474/07, §§ 139-140, 19 janvier 2012 ; *Neulinger et Shuruk*, précité, § 135, et *X c. Lettonie* [GC], n° 27853/09, § 96, CEDH 2013). Sur ce point particulier, la Cour rappelle que l’idée selon laquelle l’intérêt supérieur des enfants doit primer dans toutes les décisions qui les concernent fait l’objet d’un large consensus, notamment en droit international (*Neulinger et Shuruk*, précité, § 135, et *X c. Lettonie*, précité, § 96). Cet intérêt n’est certes pas déterminant à lui seul, mais il faut assurément lui accorder un poids important. Pour accorder à l’intérêt supérieur des enfants qui sont directement concernés une protection effective et un poids suffisant, les organes décisionnels nationaux doivent en principe examiner et apprécier les

²⁰ Comité voor de rechten van het kind van de Verenigde Naties, algemeen commentaar nr. 7 (2005) ‘relative à la mise en oeuvre des droits de l’enfant dans la petite enfance’, nr. 12.

²¹ Zie in dat verband N. GALLUS en A.-Ch. GYSEL “Les décisions récentes de la Cour constitutionnelle en matière de filiation : humanisme ou aberration ? ”, http://www.arcdroit.ulb.ac.be/Archives_Decisions_justice_2012_files/De%CC%81cisions%20justice%20aberrantes%20-%20Filiation.pdf.

²² Zie bijvoorbeeld EHRM 6 juli 2010, arrest *Backlund t. Finland*, § 46.

éléments touchant à la commodité, à la faisabilité et à la proportionnalité d'un éventuel éloignement de leur père ou mère ressortissants d'un pays tiers"²³.

Met betrekking tot de definitie van het belang van het kind wordt in dat arrest verwezen naar het arrest van de Grote Kamer van 6 juli 2010, *Neulinger en Shuruk t. Zwitserland* (verzoekschrift 41615/07), waarin inzake de ontvoering van een kind door een ouder, onder meer het volgende te lezen staat:

"2. L'intérêt de l'enfant présente un double aspect. D'une part, il prévoit que les liens entre lui et sa famille soient maintenus, sauf dans les cas où celle-ci se serait montrée particulièrement indigne. En conséquence, seules des circonstances tout à fait exceptionnelles peuvent en principe conduire à une rupture du lien familial et tout doit être mis en œuvre pour maintenir les relations personnelles et, le cas échéant, le moment venu, 'reconstituer' la famille (*Gnahoré c. France*, précité, § 59). D'autre part, il est certain que garantir à l'enfant une évolution dans un environnement sain relève de cet intérêt et que l'article 8 ne saurait autoriser un parent à prendre des mesures préjudiciables à la santé et au développement de son enfant (voir, parmi d'autres, *Elsholz c. Allemagne* [GC], n° 25735/94, § 50, CEDH 2000-VIII, et *Maršálek c. République tchèque*, n° 8153/04, § 71, 4 avril 2006).

(...)

3. Il découle de l'article 8 que le retour de l'enfant ne saurait être ordonné de façon automatique ou mécanique dès lors que la Convention de La Haye s'applique. L'intérêt supérieur de l'enfant, du point de vue de son développement personnel, dépend en effet de plusieurs circonstances individuelles, notamment de son âge et de sa maturité, de la présence ou de l'absence de ses parents, de l'environnement dans lequel il vit et de son histoire personnelle (voir les lignes directrices du HCR, paragraphe 52 ci-dessus). C'est pourquoi il doit s'apprécier au cas par cas. Cette tâche revient en premier lieu aux autorités nationales, qui ont souvent le bénéfice de contacts directs avec les intéressés. Elles jouissent pour ce faire d'une certaine marge d'appréciation, laquelle s'accompagne toutefois d'un contrôle européen en vertu duquel la Cour examine sous l'angle de la Convention les décisions qu'elles ont rendues dans l'exercice de ce pouvoir (voir, par exemple, *Hokkanen c. Finlande*, 23 septembre 1994, § 55, série A n° 299-A, p. 20, et *Kutzner*, précité, §§ 65-66 ; voir également *Tiemann c. France et Allemagne* (déc.), n°s 47457/99 et 47458/99, CEDH 2000-IV, *Bianchi*, précité, § 92, et *Carlson*, précité, § 69)".

Volgens een vaste rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens vormt de controle op de immigratie een legitieme doelstelling die door de wetgever kan worden nagestreefd.²⁴ Gelet op de bovenstaande overwegingen dient de wetgever wanneer hij die doelstelling probeert te verwezenlijken, een billijk evenwicht te zoeken tussen de verschillende belangen die in het geding zijn, waarbij het belang van de kinderen waarvan sprake in het voorontwerp van wet de eerste overweging dient te vormen.

3. In het voorontwerp wordt de ambtenaar van de burgerlijke stand in het geval bedoeld in het ontworpen artikel 330/2 van het Burgerlijk Wetboek (artikel 9 van het

²³ Zie de commentaar bij dat arrest door E. MERCKX, "Het belang van het kind en gezinshereniging onder art. 8 EVRM na het arrest-Jeunesse", *T. Vreemd.*, 2015/4, 258-269.

²⁴ Voornoemd arrest *Jeunesse t. Nederland*, § 100. Zie o.m. EHRM 26 juni 2014, arrest *M.E. t. Zweden*, § 71; 30 juli 2013, arrest *Berisha t. Zwitserland*, § 49; 28 juni 2011, arrest *Nunez t. Noorwegen*, §§ 66, 70, 83 en 84.

voorontwerp) of de procureur des Konings of de rechter, in de gevallen bedoeld in het ontworpen artikel 330/3 van het Burgerlijk Wetboek en in het ontworpen artikel 79*quinquies* van de wet van 15 december 1980 ‘betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen’ (artikel 13 van het voorontwerp), niet uitdrukkelijk opgelegd om het belang van het kind als eerste overweging in aanmerking te nemen alvorens de vaststelling van een erkenning te weigeren, daarvan de nietigverklaring te vorderen of deze nietig te verklaren.

Indien in de ontworpen tekst geen andersluidende bepalingen worden opgenomen, zou het, zoals de gemachtigde van de minister heeft bevestigd, voldoende zijn dat de voorwaarden bepaald in het ontworpen artikel 330/1 van het Burgerlijk Wetboek zijn vervuld opdat de erkenning geweigerd of vernietigd wordt, ondanks het feit dat zulk een beslissing strijdig zou zijn met het belang van het kind.

Pas in het stadium van een eventuele rechtsvordering tot onderzoek naar het vaderschap, moederschap of meemoederschap zou het belang van het kind in aanmerking worden genomen.²⁵

Aldus schendt de wetgever artikel 22*bis* van de Grondwet en artikel 3, lid 1, van het Verdrag ‘inzake de rechten van het kind’.

Het Comité voor de rechten van het kind stelt immers dat krachtens artikel 3, lid 1, van het Verdrag ‘inzake de rechten van het kind’²⁶ de Verdragsluitende staten de verplichting hebben om

“de veiller à ce que l’intérêt supérieur de l’enfant soit intégré de manière appropriée et systématiquement appliqué dans toutes les actions conduites par une institution publique, en particulier toutes les mesures d’application et les procédures administratives et judiciaires qui ont une incidence directe ou indirecte sur les enfants”²⁷.

Het comité stelt voorts het volgende:

“l’expression ‘doit être’ impose aux États une obligation juridique stricte et signifie qu’ils n’ont pas le pouvoir discrétionnaire de décider s’il y a lieu ou non d’évaluer l’intérêt supérieur de l’enfant et de lui attribuer le poids requis en tant que considération primordiale dans toute mesure qu’ils adoptent”.²⁸

Bijgevolg moet er eveneens worden voorzien in de verplichting om het belang van het kind als eerste overweging in aanmerking te nemen in het stadium waarin de erkenning wordt geweigerd (ontworpen artikel 330/2 van het Burgerlijk Wetboek) of nietig verklaard (ontworpen artikel 330/3 van het Burgerlijk Wetboek en artikel 79*quinquies* van de wet van

²⁵ Artikel 332*quinquies*, § 2, eerste lid, in fine, van het Burgerlijk Wetboek (zie eveneens voetnoot 3).

²⁶ In artikel 22*bis* van de Grondwet wordt de inhoud van deze bepaling overgenomen.

²⁷ Comité voor de rechten van het kind van de Verenigde Naties, algemeen commentaar nr. 14 (2013) ‘sur le droit de l’enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (artikel 3, lid 1), 62ste zitting (14 januari - 1 februari 2013), 5.

²⁸ *Ibid*, 10.

15 december 1980) omdat het zou gaan om een “schijnerkenning” als bedoeld in het ontworpen artikel 330/1 van het Burgerlijk Wetboek.

In dat verband behoort rekening gehouden te worden met de arresten nrs. 30/2013, 101/2015 en 102/2015 van het Grondwettelijk Hof, waarin staat dat het belang van het kind niet louter marginaal mag worden getoetst.

Aldus heeft het Grondwettelijk Hof zich in arrest 30/2013 van 7 maart 2013 als volgt uitgesproken:

“B.5.3. Zowel artikel 22bis, vierde lid, van de Grondwet als artikel 3, lid 1, van het Verdrag inzake de rechten van het kind verplichten de rechtscolleges om in de eerste plaats het belang van het kind in aanmerking te nemen in de procedures die op het kind betrekking hebben. Artikel 22bis, vijfde lid, van de Grondwet geeft de bevoegde wetgever overigens de opdracht te waarborgen dat het belang van het kind de eerste overweging is”.

III. Schijnerkenning met het oogmerk een verblijf te verwerven in het geval van biologische afstamming

4. Het voorontwerp van wet vindt zijn oorsprong in de jaarverslagen van het College van procureurs-generaal over de moeilijkheden die hoven en rechtbanken ondervinden bij de toepassing of de interpretatie van wetten.

De situaties die daarin door het College van procureurs-generaal aan de kaak zijn gesteld hebben betrekking op de gevallen waarin geen enkele biologische verwantschap bestaat tussen de kandidaat voor het ouderschap en het kind waarop het verzoek tot erkenning van de afstammingsband betrekking heeft.

Uit de memorie van toelichting blijkt echter dat de steller van het voorontwerp ook de strijd wenst aan te binden met de gevallen waarin

“er effectief kinderen verwekt worden enkel met het oog op het verblijfsrechtelijk voordeel. Er is in dat geval een biologische band, maar eenmaal het verblijfsrechtelijk voordeel bekomen worden het kind en de andere ouder in de steek gelaten”.

Om die verschillende gevallen van schijnerkenning te bestrijden, machtigt het voorontwerp van wet enerzijds, zoals reeds gezegd, de ambtenaar van de burgerlijke stand om de erkenning van een kind te weigeren, en voorziet het anderzijds in de mogelijkheid dat de procureur des Konings de vernietiging van die erkenning vordert wanneer voldaan is aan de voorwaarden van het ontworpen artikel 330/1 van het Burgerlijk Wetboek.

De erkenning zou dus kunnen worden geweigerd of vernietigd louter op basis van het feit dat het gaat om een schijnerkenning met het oog op een verblijf, zelfs al levert de kandidaat voor het ouderschap het bewijs van zijn biologische verwantschap of van zijn

instemming met de verwekking, overeenkomstig de wet van 6 juli 2007 'betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de overtallige embryo's en de gameten'.²⁹

Aldus doet het voorontwerp, doordat het recht belemmert van ieder kind om voor zover mogelijk zijn ouders te kennen en door hen te worden verzorgd, op buitensporige wijze afbreuk aan het principe dat het belang van het kind de eerste overweging moet zijn bij elke beslissing die het aangaat, alsook aan zijn recht op de bescherming van zijn privéleven en zijn gezinsleven, gewaarborgd bij de voornoemde grondwettelijke en internationaalrechtelijke bepalingen.

Louter de strijd tegen het onterecht verkrijgen van voordelen inzake het verblijf op het Belgisch grondgebied kan op zich, los dus van iedere andere overweging die steunt op het belang van het kind, immers niet rechtvaardigen dat wordt verhinderd dat een afstamming wordt vastgesteld die met de biologische verwantschap overeenstemt.³⁰

De automatische vaststelling van de afstamming van moederszijde die voortvloeit uit artikel 312 van het Burgerlijk Wetboek, wordt door het voorontwerp overigens niet op de helling gezet op grond van het loutere feit dat het kind waarvan de moeder is bevallen, zou zijn verwekt met als enige doel een verblijfsrechtelijk voordeel te verkrijgen.

IV. Inpassing van het voorontwerp in de bestaande wetgeving

5. De afdeling Wetgeving vraagt zich af of het voorliggende dispositief volledig in te passen valt in heel de regeling voor de erkenning van kinderen die in het Burgerlijk Wetboek is uitgewerkt.

Het voorontwerp verandert immers niets aan de tekst van artikel 329*bis*, § 2, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek, dat betrekking heeft op het geval waarin de toestemming voor de erkenning via een gerechtelijke procedure moet worden verkregen indien een van de personen wiens toestemming vereist is, die toestemming weigert. Meer in het bijzonder bepaalt het voorontwerp niet dat de geadieerde rechtbank in de verzoeningsfase (artikel 329*bis*, § 2, derde lid, tweede en derde zin) of, bij ontstentenis daarvan, wanneer ze zich op welke wijze dan ook over de zaak moet uitspreken, zich er absoluut van moet vergewissen dat het niet om een erkenning gaat die enkel gericht is op het verkrijgen van een verblijfsrechtelijk voordeel in de zin van het ontworpen artikel 330/1 van het Burgerlijk Wetboek. Er wordt evenmin uitdrukkelijk bepaald dat de ambtenaar van de burgerlijke stand die de erkenning op basis van de aldus verkregen gerechtelijke toestemming moet registreren, zich daar nog tegen kan verzetten indien het om een erkenning blijkt te gaan die onder de voornoemde bepaling valt.

²⁹ Hoewel een kandidaat-ouder die gebruikmaakt van het erkenningssysteem om een afstamming te laten vaststellen, geen biologische verwantschap met het kind moet aantonen, valt niet uit te sluiten dat deze toch een dergelijk bewijs levert.

³⁰ Vgl. de artikelen 329*bis*, § 2, derde lid, laatste zin, en 332*quinquies*, § 2, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek.

Toen de vertegenwoordiger van de minister verzocht is dat punt te verduidelijken, heeft hij het volgende meegedeeld:

“De erkenning, vb. in artikel 329*bis*, koppelen aan een toestemming door het parket is in strijd met het opzet van de erkenning zoals steeds voor ogen werd gehouden door de wetgever. De erkenning is een eenvoudige wijze om de afstamming vast te stellen indien het vermoeden van vaderschap niet speelt, en dit gebaseerd op de loutere wil van de erkenner. Het is niet de bedoeling van de indieners van het wetsontwerp om hier aan te raken, wel om specifieke gevallen van fraude uit te sluiten. Het kan niet de bedoeling zijn om elke erkenning afhankelijk te maken van een toestemming door het parket (zo is artikel 332 immers opgevat: een voorafgaande toestemming wordt vereist).

Bovendien zal de rechter, in geval van verzet van de moeder of de persoon t.a.v. wie de afstamming vaststaat, rekening houden met het belang van het kind en dus ook rekening houdend met het eventuele schijnkarakter, d.i. de vaststelling van de afstammingsband enkel met het oog op het bekomen van een verblijfsrechtelijk voordeel.

Indien er geen verzet is, blijft er de controle door de ambtenaar van de burgerlijke stand zoals hiervoor uiteengezet”.

Die uitleg³¹ bevat nog geen antwoord op de vraag of de geadieerde rechtbank in de verzoeningsfase die in artikel 329*bis*, § 2, derde lid, tweede en derde zin, wordt bedoeld, kan of moet weigeren aan de uiteindelijk gegeven toestemmingen akte te verlenen indien ze vermoedt dat de erkenning bedrieglijk is. De uitleg bevat evenmin een antwoord op de vraag welke bevoegdheden de ambtenaar van de burgerlijke stand eventueel heeft na afloop van de civielrechtelijke procedure.

In het aldus verschaftte antwoord lijkt er overigens van uit te worden gegaan dat een erkenning die enkel tot doel heeft een verblijfsvergunning te verkrijgen, noodzakelijkerwijs ingaat tegen het belang van het kind in de zin van artikel 329*bis*, § 2, derde lid, laatste zin, van het Burgerlijk Wetboek. Om de hierboven in punt 4 aangehaalde redenen kan een dergelijke gelijkstelling echter niet worden aanvaard.

Ten slotte moet worden vastgesteld dat de ontworpen artikelen 327/1 en 327/2 van het Burgerlijk Wetboek, waarin de te volgen procedure voor het opmaken van de akte van erkenning wordt vastgesteld, helemaal niets zeggen over het geval waarin de aangifte van erkenning steunt op de gerechtelijke toestemming tot erkenning waarin artikel 329*bis*, § 2, derde en vierde lid, van het Burgerlijk Wetboek voorziet, terwijl het ontworpen dispositief, meer bepaald het ontworpen artikel 327/2, § 1, 8°, er rekening mee houdt dat melding moet worden gemaakt van de toestemmingen die krachtens de paragrafen 1 en 2 van hetzelfde artikel vereist zijn. Bij de huidige stand van de ontworpen tekst hoeft de persoon die een kind wenst te erkennen, zich immers niet vooraf te melden bij de ambtenaar van de burgerlijke stand vooraleer hij een verzoek om toestemming tot erkenning, bedoeld in artikel 329*bis*, § 2, derde en vierde lid, indient.

Het ontwerp moet dus hoe dan ook worden herzien zodat daarin ook het geval aan bod komt waarin de ambtenaar van de burgerlijke stand de akte van erkenning opmaakt ten

³¹ De verwijzingen in die uitleg naar de “toestemming door het parket” en naar artikel 332 van het Burgerlijk Wetboek, een opgeheven bepaling, lijken niet relevant.

gevolge van een gerechtelijke toestemming tot erkenning, en daarin wordt bepaald of de ambtenaar van de burgerlijke stand in dat geval nog kan nagaan of het al dan niet om een bedrieglijke erkenning gaat. Die controle zou echter niet mogelijk mogen zijn wanneer de gerechtelijke toestemming tot erkenning niet het gevolg is van de toestemming(en) verkregen tijdens de verzoeningsfase, maar van het feit dat de rechter heeft geoordeeld dat die erkenning in overeenstemming is met het hogere belang van het kind.

V. Beroep tegen de beslissing waarbij de ambtenaar van de burgerlijke stand weigert akte te verlenen aan de erkenning

6. Uit het ontworpen artikel 330/2, vijfde lid, van het Burgerlijk Wetboek volgt dat de persoon die een afstamming wil doen vaststellen een vordering tot onderzoek naar het moederschap, het vaderschap of het meemoederschap kan instellen bij de familierechtbank van de plaats van de aangifte van de erkenning indien de ambtenaar van de burgerlijke stand weigert aan de erkenning akte te verlenen om de reden genoemd in het eerste lid van diezelfde bepaling.

In de bespreking van artikel 8 wordt daarover het volgende gesteld:

“Anders dan bij het huwelijk of de wettelijke samenwoning bestaan er nog andere mogelijkheden voor het vaststellen van de afstamming open naast de erkenning. De persoon die de erkenning geweigerd ziet kan beroep doen op de procedure tot gerechtelijke vaststelling. De afstamming kan in deze procedure op verschillende wijzen worden bewezen. De erkenner zal dus niet de kans ontzegd worden om zijn afstammingsband met het kind vastgesteld te zien, zelfs indien deze niet zou berusten op de biologische werkelijkheid maar op een socio-affectieve-volitieve realiteit.

Om die reden kan de erkenner, in geval van weigering door de ambtenaar van de burgerlijke stand om de erkenning te akteren, zijn afstamming laten vaststellen door beroep te doen op de procedure van onderzoek naar het moederschap, vaderschap of meemoederschap.

De rechter zal in dat geval uitspraak doen over de te vestigen afstammingsband.

Hij zal uitspraak doen overeenkomstig het nationale recht dat van toepassing is krachtens het Wetboek van internationaal privaatrecht, terwijl hij ook zal moeten nagaan of de voorwaarden van artikel 330/1 als voorrangregel (politiewet) gerespecteerd worden.

De mogelijkheid om de gerechtelijke vaststelling te verzoeken zal dus dienst doen als beroepsmogelijkheid.

De betrokkene zal bij de inleiding van zijn vordering melding moeten maken van de weigeringsbeslissing van de ambtenaar van de burgerlijke stand. De rechter voor wie het verzoek wordt gebracht heeft in dat geval weet van de relevante weigeringsbeslissing, waarvan hij de gevolgen ongedaan kan maken door de gerechtelijke vaststelling. De rechter zal in feite ook overgaan tot een toetsing aangaande de uitoefening van het subjectieve recht van de betrokkene om zijn vaderschap vastgesteld te zien en dit op basis van alle hem voorgelegde elementen met inbegrip van die welke zich na de weigeringsbeslissing hebben voorgedaan, voor zover die voor hem worden gebracht”.

Uit het vijfde en het zesde lid van het ontworpen artikel 330/2 van het Burgerlijk Wetboek, zoals het met die uitleg wordt toegelicht, valt af te leiden dat de steller van het

voorontwerp klaarblijkelijk ieder eigenlijk beroep wenst uit te sluiten tegen een eventuele beslissing van de ambtenaar van de burgerlijke stand om de erkenning te weigeren om een reden die in het eerste lid van die bepaling wordt vermeld, en voor het overige in herinnering wil brengen dat het geldende recht inzake het onderzoek naar het moederschap, het vaderschap of het meemoederschap voor de familierechtbank, zoals dat uit de artikelen 314, 322 tot 325, 325/8 tot 325/10 en 332*quinquies* van het Burgerlijk Wetboek voortvloeit, van toepassing is.

Aldus legt het voorontwerp aan de personen wier aanvraag om erkenning van het moederschap, vaderschap of meemoederschap geweigerd is op basis van het ontworpen artikel 330/2, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek, andere, mogelijk strengere voorwaarden op om hun moederschap, vaderschap of meemoederschap te laten vaststellen, voorwaarden die gesteld worden in de artikelen 314, 322 tot 325, 325/8 tot 325/10 en 332*quinquies* van hetzelfde Wetboek,³² terwijl, indien een onafhankelijke en onpartijdige rechtbank de aanvankelijke weigeringsbeslissing van de ambtenaar van de burgerlijke stand onregelmatig had kunnen bevinden vanwege de schending van de ontworpen bepalingen inzake schijnerkenningen of inzake erkenningen die in strijd zijn met de openbare orde, de betrokkenen, los van de voorwaarden van de artikelen 314, 322 tot 325, 325/8 tot 325/10 en 332*quinquies* van hetzelfde Wetboek, hadden kunnen overgaan tot erkenning. Zoals de gemachtigde van de minister heeft bevestigd, wil het voorontwerp immers niet beletten dat een afstamming die veeleer op een socioaffectieve dan op een biologische realiteit steunt, nog steeds kan worden vastgesteld door erkenning voor de ambtenaar van de burgerlijke stand, zoals in het huidige recht het geval is. De tekst van het ontworpen artikel 330/1 van het Burgerlijk Wetboek gaat daar niet tegen in.³³

Aldus wordt geraakt aan het recht op rechterlijke behandeling, dat wordt gewaarborgd bij artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, in combinatie met artikel 8 van hetzelfde Verdrag dat het recht op eerbiediging van het privé-, familie- en

³² Die bepalingen moeten worden gelezen rekening houdend met de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof aangaande artikel 332*quinquies* van het Burgerlijk Wetboek, en in het bijzonder met de volgende arresten: arrest nr. 61/2012 van 3 mei 2012 (“Artikel 332*quinquies*, § 2, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek schendt de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in zoverre het de rechter bij wie een vordering op grond van artikel 318, § 5, van het Burgerlijk Wetboek aanhangig is gemaakt, gedurende het eerste levensjaar van een kind, door een man die beweert de biologische vader te zijn van dat kind, niet ertoe in staat stelt controle uit te oefenen op het belang van het kind bij het vaststellen van de afstamming”), arrest nr. 30/2013 van 7 maart 2013 (“Door te bepalen dat de rechtbank de vordering slechts afwijst indien de vaststelling van de afstamming ‘kennelijk strijdig is met de belangen van het kind’, schendt artikel 332*quinquies*, § 2, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek, in die zin geïnterpreteerd dat het de rechter slechts een marginale toetsing van het belang van het kind toestaat, artikel 22*bis*, vierde lid, van de Grondwet”) en arrest nr. 48/2014 van 20 maart 2014 (in dat arrest was de vraag aan de orde of de artikelen 10, 11 en 22 van de Grondwet, eventueel in samenhang gelezen met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en met de artikelen 17 en 23 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, worden geschonden door artikel 322 van het Burgerlijk Wetboek – zoals vervangen bij artikel 11 van de wet van 1 juli 2006 – en artikel 332*quinquies* van hetzelfde Wetboek – ingevoegd bij artikel 20 van de voornoemde wet van 1 juli 2006 en gewijzigd bij artikel 371 van de wet van 27 december 2006 –, aldus uitgelegd dat er bij de beoordeling van de vordering tot onderzoek naar het vaderschap geen rekening kan worden gehouden met de socioaffectieve werkelijkheid, het bezit van staat, de rust der families, de rechtszekerheid van de familiale banden, het algemeen belang, de vaststaande feiten m.b.t. het tijdsverloop en de leeftijd van de betrokken partijen, en de belangen van de betrokken partijen. Het antwoord van het Hof luidt als volgt: “de artikelen 322 en 332*quinquies* van het Burgerlijk Wetboek schenden niet de artikelen 10, 11 en 22 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en met de artikelen 17 en 23 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten”).

³³ De bespreking van artikel 8 is onduidelijk op dat punt wanneer ze, onder verwijzing naar de gerechtelijke procedure inzake de vaststelling van de afstamming, *a contrario* de indruk wekt dat de erkenning alleen op een biologische realiteit zou kunnen steunen.

gezinsleven beschermt. Dat beroep moet bovendien kunnen worden ingesteld voor een gewone rechtbank, namelijk de familierechtbank, met naleving van de artikelen 10, 11 en 144 van de Grondwet. In dat verband wordt het volgende in herinnering gebracht:

“pour qu'un ‘tribunal’ puisse décider d'une contestation sur des droits et obligations de caractère civil en conformité avec l'article 6 § 1 [de la Convention européenne des droits de l'homme], il faut qu'il ait compétence pour se pencher sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour le litige dont il se trouve saisi”.³⁴

Het voorontwerp moet worden gewijzigd naar het voorbeeld van wat is het ontworpen artikel 327/1, § 3, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek (artikel 4 van het voorontwerp) staat, zodat in een dergelijk beroep wordt voorzien in een uitdrukkelijke bepaling van het Burgerlijk Wetboek, te lezen in samenhang met artikel 572bis, 1°, van het Gerechtelijk Wetboek, dat als volgt luidt:

“Onverminderd de bijzondere bevoegdheden die zijn toegekend aan de vrederechter en de bijzondere wetgevingen, neemt de familierechtbank kennis van:

1° vorderingen betreffende de staat van personen”.

Het staat voorts aan de steller van het voorontwerp de onderlinge verhouding te regelen tussen enerzijds het beroep tegen de beslissing tot weigering van de erkenning en anderzijds de rechtsmiddelen waarin de huidige regels inzake de gerechtelijke vaststelling van het moederschap, het vaderschap en het meemoederschap voorzien.

VI. Kennisgevingen van de vonnissen of arresten betreffende akten van de burgerlijke stand die in het buitenland zijn opgemaakt

7. Wat betreft de kennisgeving van in kracht van gewijsde gegane vonnissen of arresten betreffende de nietigheid van een akte van erkenning zegt het voorontwerp van wet, anders dan wat bijvoorbeeld voor het huwelijk is bepaald,³⁵ niets voor het geval waarin akten van erkenning in het buitenland zijn opgemaakt.³⁶

De gemachtigde van de minister is het ermee eens dat het voorontwerp van wet moet worden aangevuld om in die leemte te voorzien.

*

De hiernavolgende bijzondere opmerkingen worden gegeven onder voorbehoud van wat voorafgaat.

³⁴ EHRM, meer bepaald arrest 3 februari 2003, *Chevrol v. Frankrijk*, § 77.

³⁵ Zie artikel 193ter van het Burgerlijk Wetboek of het huidige artikel 79quater, § 4, van de wet van 15 december 1980 ‘betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen’.

³⁶ Zie het ontworpen artikel 330/3, § 2, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek en het ontworpen artikel 79sexies, § 4, van de wet van 15 december 1980.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

OPSCHRIFT

Het opschrift van het voorontwerp maakt enkel gewag van de “strijd tegen de schijnerkenning”.

Zoals in algemene opmerking 1, is aangegeven, is de strekking van het voorontwerp evenwel ruimer, wat moet blijken uit het opschrift ervan.³⁷

Er wordt dan ook voorgesteld om het einde van het opschrift als volgt te redigeren:

“(…) met het oog op de strijd tegen schijnerkenningen en erkenningen die strijdig zijn met de openbare orde, en houdende diverse bepalingen inzake het onderzoek naar het vaderschap, moederschap en meemoederschap, alsook inzake het schijnhuwelijk en de schijnwettelijke samenwoning”.

Deze opmerking wordt evenwel gemaakt onder voorbehoud van de opmerking die *infra* over de artikelen 11 tot 14 van het voorontwerp geformuleerd wordt.

DISPOSITIEF

Artikel 2

Aangezien het de bedoeling van de steller van het voorontwerp is om de betrokkenheid van een notaris af te schaffen, moeten zowel de woorden “of door een Belgische notaris” alsook de woorden “of een Belgische notaris” worden geschrapt in de bepalingen die bij artikel 2 worden gewijzigd.

Artikel 3

Duidelijkheidshalve en om te voorkomen dat eventueel verwarring zou ontstaan tussen de “aangifte” waarvan sprake is in het ontworpen artikel 327, § 2, van het Burgerlijk Wetboek en de aangifte van geboorte die bij artikel 55 van hetzelfde Wetboek geregeld is, moet die paragraaf 2 worden aangevuld met de woorden “bedoeld in artikel 327/1, § 1, eerste lid”.

Artikel 4

1. In artikel 4 wordt meermaals het woord “akte” gebruikt, maar het is niet steeds duidelijk of aldus verwezen wordt naar de akte van aangifte van de erkenning waarvan sprake is in de ontworpen artikelen 327, § 2, en 327/1, § 1, van het Burgerlijk Wetboek dan wel naar de

³⁷ *Beginnelsen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tab “Wetgevingstechniek”, aanbeveling 14.

akte van erkenning waarvan melding wordt gemaakt in het ontworpen artikel 327, §§ 1 en 2, van het Burgerlijk Wetboek.

De bepaling moet op dat punt worden verduidelijkt.

2. De vraag rijst of het niet beter zou zijn om het begin van het ontworpen artikel 327/1, § 1, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek, naar het voorbeeld van artikel 63, § 1, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek, als volgt te redigeren: “Indien geen van hen een inschrijving heeft”.

3. Zo ook zou, in verband met het begrip “actuele verblijfplaats” dat in het vervolg van dat lid wordt vermeld, gepreciseerd moeten worden op welke persoon het betrekking heeft.³⁸

4. De ontworpen paragraaf 3, eerste lid, zou aldus moeten worden aangevuld dat daarin bepaald wordt dat de ambtenaar van de burgerlijke stand binnen de in de ontworpen paragraaf 2, eerste lid, bepaalde termijn geweigerd moet hebben de geldigheid of echtheid van de documenten te erkennen om te kunnen “weiger[en] (...) over te gaan tot de opmaak van de akte”.

Een soortgelijke opmerking geldt, *mutatis mutandis*, voor het ontworpen artikel 330/2, derde en vierde lid (artikel 8 van het ontwerp).

5. In tegenstelling tot wat te lezen staat in de bespreking van artikel 4, is het ontworpen artikel 327/1, § 3, wel degelijk van toepassing op de consulaire ambtenaren.

Naar aanleiding van een vraag in dat verband verklaart de gemachtigde van de minister dat die passage van de artikelsgewijze bespreking niet slaat op artikel 4 van het voorontwerp, maar betrekking heeft op artikel 327/2, § 3, van het voorontwerp.

Ter wille van de rechtszekerheid moet de artikelsgewijze bespreking in die zin worden aangepast, onverminderd opmerking 4 die hierna wordt gemaakt in verband met artikel 5.

Artikel 5

1. De tekst van het ontworpen artikel 327/2, § 1, zou aldus moeten worden herzien dat daarin wordt bepaald dat de persoon die aangifte van erkenning doet alleen de voor de situatie van de betrokken personen relevante documenten hoeft voor te leggen. Zo bijvoorbeeld wordt in de bepalingen onder 2°, 3° en 4° geen rekening gehouden met de hypothese waarbij de afstamming ten aanzien van geen enkele ouder vaststaat, noch met de hypothese waarbij geen toestemming van een ouder vereist is.

2. In de ontworpen paragraaf 1, 7°, van de Franse tekst moeten de woorden “du candidat à la reconnaissance et” worden geschrapt.

³⁸ Vergelijk met artikel 63, § 1, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek.

3. In de ontworpen paragraaf 1, 8°, wordt het begrip “gelegaliseerde authentieke akte” gebruikt.

De afdeling Wetgeving ziet niet in waarom bepaald zou moeten worden dat een akte die de hoedanigheid van authentieke akte bezit, gelegaliseerd dient te worden. Het bijvoeglijk naamwoord “gelegaliseerde” dient te worden geschrapt.

4. Aangezien het de bedoeling van de steller van het voorontwerp is om het ontworpen artikel 327/2, § 3, niet van toepassing te verklaren op de consulaire ambtenaren, moet dit uitdrukkelijk worden vermeld in het dispositief.

Artikel 8

In het ontworpen artikel 330/2 van het Burgerlijk Wetboek wordt bepaald dat de ambtenaar van de burgerlijke stand in twee gevallen kan weigeren een akte van erkenning op te maken: hetzij wanneer het gaat om een schijnerkenning in de zin van het ontworpen artikel 330/1, hetzij “indien hij van oordeel is dat de erkenning in strijd is met de openbare orde”.

De vraag is naar welke situatie aldus verwezen wordt.

Gesteld dat een algemene verwijzing naar de openbare orde relevant is, moet daarmee op zijn minst rekening worden gehouden in het vervolg van het voorontwerp.

Artikel 9

De steller van het voorontwerp vermeldt in de bespreking van artikel 9 dat

“[aangezien] artikel 330/1 van openbare orde is, (...) de vordering tot nietigverklaring van een schijnerkenning onverjaarbaar [is].”

Artikel 331^{ter} van het Burgerlijk Wetboek bepaalt evenwel het volgende:

“Wanneer de wet geen kortere termijn stelt, verjaren de vorderingen betreffende de afstamming door verloop van dertig jaar te rekenen van de dag waarop het bezit van staat geëindigd is, of, bij gebreke van bezit van staat, vanaf de geboorte, of te rekenen van de dag waarop het kind in het bezit van staat is gekomen overeenkomstig de staat die hem werd betwist, waarbij artikel 2252 onverkort van toepassing blijft.

Artikel 2253 is niet van toepassing.

De in dit artikel bepaalde verjaringstermijn geldt niet voor de op artikel 329^{bis} gegronde vorderingen.”

De vordering tot nietigverklaring die de procureur des Konings krachtens het ontworpen artikel 330/3 van het Burgerlijk Wetboek kan instellen, is een vordering met betrekking tot de afstamming in de zin van artikel 331^{ter} van het Burgerlijk Wetboek. Die vordering is derhalve onderworpen aan de dertigjarige verjaring.

Artikel 10

Aangezien aan het openbaar ministerie een recht van verzet wordt toegekend in het kader van elke vordering tot onderzoek naar het vaderschap, moederschap of meemoederschap, moet men zich ervan vergewissen of er een regeling bestaat waardoor het openbaar ministerie op de hoogte kan worden gehouden van het instellen van dergelijke vorderingen om te garanderen dat die nieuwe bevoegdheid daadwerkelijk uitgeoefend kan worden.

Artikelen 11 tot 14

Luidens het ontworpen artikel 79*quater* van de wet van 15 december 1980 (artikel 12 van het ontwerp) geldt hetgeen in de artikelen 79*bis* en 79*ter* van dezelfde wet bepaald wordt met betrekking tot het schijnhuwelijk en de schijnwettelijke samenwoning ook voor de schijnerkenning.

In het ontworpen artikel 79*quinquies* van de wet van 15 december 1980 (artikel 13 van het ontwerp) wordt, zij het op niet volledig identieke wijze, artikel 79*quater*, §§ 1 en 2, van dezelfde wet overgenomen terwijl ook de hypothese van de schijnerkenning daarin opgenomen wordt.

In het ontworpen artikel 79*sexies*, § 1, van de wet van 15 december 1980 (artikel 14 van het ontwerp) wordt artikel 79*quater*, § 3, van dezelfde wet overgenomen terwijl ook de hypothese van de schijnerkenning daarin opgenomen wordt.

In de paragrafen 2 en 3 van datzelfde ontworpen artikel 79*sexies* van de wet van 15 december 1980 worden de paragrafen 4 en 5 van artikel 79*quater* van dezelfde wet overgenomen die respectievelijk betrekking hebben op schijnhuwelijken en schijnwettelijke samenwoningen. Ditzelfde ontworpen artikel 79*sexies* bevat daarnaast een paragraaf 4 naar luid waarvan de in zijn paragrafen 2 en 3 opgenomen regeling met betrekking tot schijnhuwelijken en schijnwettelijke samenwoningen ook geldt voor de schijnerkenning.

Aldus wordt bij het voorontwerp inzonderheid de regelgevende inhoud van het huidige artikel 79*quater* van de wet van 15 december 1980 vernummerd, zonder in wezen te raken aan hetgeen erin wordt bepaald met betrekking tot schijnhuwelijken en schijnwettelijke samenwoningen.

Los van het feit dat de wetgever aldus verzocht wordt om, wat schijnhuwelijken en schijnwettelijke samenwoningen betreft, zijn wil tot regelgeving opnieuw te uiten met betrekking tot een dispositief dat nochtans in wezen ongewijzigd is gebleven, is het evenwel niet raadzaam om de nummering van de artikelen van een wet te wijzigen: de nummering van de bepalingen van een regeling mag immers in principe niet worden gewijzigd, niet alleen omdat in andere niet-gewijzigde teksten naar de aldus vernummerde bepalingen zou kunnen worden verwezen, maar ook omdat de adressaten van de van kracht zijnde teksten en de instanties belast met de toepassing ervan, hiervan kennis hebben genomen en omdat in de rechtspraak en de rechtsleer gewag kan zijn gemaakt van deze bepalingen, die de adressaten van de regel eventueel hebben te raadplegen.

Het verdient dan ook aanbeveling als volgt te werk te gaan:

1° van het ontworpen artikel 79*quater* van de wet van 15 december 1980 (artikel 12 van het ontwerp) dient een artikel 79*ter-bis* van dezelfde wet te worden gemaakt;

2° het huidige artikel 79*quater* dient in die wet te worden behouden met dien verstande dat daarin de woorden en de paragraaf worden opgenomen die relevant zijn voor de inaanmerkingneming van de hypothese van de schijnerkenning, zoals die voorkomen in de ontworpen artikelen 79*quinquies* en 79*sexies*, §§ 1 en 4 (artikelen 13 en 14 van het ontwerp);

3° op het einde van het huidige artikel 79*quater*, § 2, van de wet van 15 december 1980, zoals gewijzigd in het licht van wat voorafgaat, dient de tekst te worden ingevoegd die is opgenomen in het ontworpen artikel 79*quinquies*, § 2, vijfde lid, van dezelfde wet (artikel 13 van het ontwerp);

4° in artikel 11, a), van het voorontwerp dient in artikel 572*bis*, 1°, van het Gerechtelijk Wetboek de verwijzing naar artikel 79*quinquies* van de wet van 15 december 1980 te worden vervangen door een verwijzing naar artikel 79*quater* van die wet;

5° nog in artikel 11 van het voorontwerp dient de bepaling onder b) te worden geschrapt.

Artikel 12

Bij het ontworpen artikel 79*quater*, § 1, tweede lid, van de wet van 15 december 1980 worden straffen gesteld op het ontvangen van “een geldsom” als vergoeding voor een erkenning of voor het verlenen van voorafgaande toestemming voor een dergelijke erkenning.

Aangezien strafbepalingen strikt moeten worden geïnterpreteerd, kan deze bepaling niet worden uitgebreid tot vergoedingen in de vorm van andere waardevolle goederen (juwelen, drugs, enz.).

De doelmatigheid van de bepaling wordt daardoor afgezwakt. Bovendien zou kunnen worden geoordeeld dat het in strijd is met de grondwettelijke beginselen van gelijkheid en non-discriminatie om identieke feiten niet op dezelfde wijze te bestraffen louter en alleen omdat het in één geval om een geldelijke vergoeding ging, terwijl het in de andere gevallen om een vergoeding in de vorm van andere waardevolle goederen ging.

Bijgevolg wordt voorgesteld om in het ontworpen artikel 79*quater*, § 1, tweede lid, na de woorden “een geldsom” de woorden “of andere waardevolle goederen” in te voegen.

Als op dat voorstel ingegaan wordt moet dezelfde wijziging worden aangebracht in de artikelen 79*bis* en 79*ter* van dezelfde wet.

Artikel 15

Volgens de bespreking van artikel 15 van het voorontwerp is de reden voor de wijziging, die bij dat artikel aangebracht wordt in artikel 7, 2°, van het Consulair Wetboek, de bedoeling van de steller van het voorontwerp om ervoor te zorgen dat de erkenning voor het hoofd van een consulaire beroepspost steeds in overeenstemming met de Belgische regels zal gebeuren.

Ingevolge die wijziging zal artikel 7, 2°, van het Consulair Wetboek als volgt luiden:

“De bevoegdheden inzake burgerlijke stand betreffen uitsluitend:

(...);

2° de akten van erkenning van een kind mits de erkennende ouder Belg is en zijn woonplaats heeft binnen het consulaire ressort;”.

Erkenningen door Belgen die hun gewone verblijfplaats hebben binnen het consulaire ressort maar er niet gedomicilieerd zijn, zijn derhalve niet meer toegestaan. Gelet op artikel 62 van het Wetboek van internationaal privaatrecht, heeft het feit dat een persoon ergens gedomicilieerd is, dan wel daar zijn gewone verblijfplaats heeft, geen invloed op het geldende recht, dat wordt bepaald op basis van zijn nationaliteit.

Het is de afdeling Wetgeving dan ook niet duidelijk waarom een verschil in behandeling wordt ingevoerd tussen de Belgen die binnen het consulaire ressort gedomicilieerd zijn en de Belgen die binnen datzelfde consulaire ressort hun gewone verblijfplaats hebben.

Bijgevolg moet de steller van het voorontwerp dat verschil in behandeling kunnen verantwoorden, bij voorkeur in de bespreking van artikel 15, of, in het andere geval, het dispositief op dat punt herzien.

SLOTOPMERKINGEN

1. Bij elk artikel dat wordt gewijzigd moet melding worden gemaakt van de opeenvolgende vroegere wijzigingen die daarin zijn aangebracht.³⁹ De artikelen 2, 6 en 10 van het voorontwerp moeten dienovereenkomstig worden aangevuld.

2. In de Franse tekst van het ontworpen artikel 327/2 van het Burgerlijk Wetboek (artikel 5 van het voorontwerp):

– schrijve men in paragraaf 1, 6°, *in fine*, “d’une personne autre que son époux ou son épouse”;

– schrijve men in paragraaf 3, vierde lid, “elle-même” in plaats van “lui-même”;

³⁹ *Beginnelsen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tab “Wetgevingstechniek”, aanbevelingen 113 tot 115 en formules F 4-2-8-1 tot F 4-2-8-4.

– schrijve men in paragraaf 5, eerste lid, “qui se trouvent dans l'impossibilité de se procurer leur acte de naissance ou ont des difficultés sérieuses à se le procurer” in plaats van “qui se trouvent dans l'impossibilité ou ont des difficultés sérieuses à se procurer leur acte de naissance”.

3. In artikel 7 van het voorontwerp zouden in het ontworpen artikel 330/1 van het Burgerlijk Wetboek de woorden “voor de erkenning” moeten worden ingevoegd tussen de woorden “voorafgaande toestemming” en de woorden “moet geven”.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Bernadette VIGNERON

Pierre VANDERNOOT