



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

avis 69.870/AG
du 7 mars 2022

advies 69.870/AV
van 7 maart 2022

sur

over

une proposition de loi 'relative
à l'accouchement dans la
discrétion'

een wetsvoorstel 'betreffende
het discreet bevallen'

Le 9 juillet 2021, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Présidente de la Chambre des représentants à communiquer un avis, dans un délai de trente jours prorogé à quarante-cinq jours *, sur une proposition de loi 'relative à l'accouchement dans la discrétion', déposée par Mme Vanessa MATZ et consorts (*Doc. Parl.*, Chambre, 2020-2021, n° 55-1631/001).

La proposition a été examinée par l'assemblée générale le 20 janvier 2022. L'assemblée générale était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, président, Pierre VANDERNOOT, Martine BAGUET et Wilfried VAN VAERENBERGH, présidents de chambre, Chantal BAMPS, Jeroen VAN NIEUWENHOVE, Luc CAMBIER, Bernard BLERO, Wouter PAS, Koen MUYLLE, Patrick RONVAUX, Christine HOREVOETS et Inge VOS, conseillers d'État, Jan VELAERS, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, Christian BEHRENDT et Johan PUT, assesseurs, et Gregory DELANNAY, greffier en chef.

Le rapport a été présenté par Xavier DELGRANGE, premier auditeur chef de section, et Frédéric VANNESTE, premier auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de Jeroen VAN NIEUWENHOVE.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 7 mars 2022.

*

* Cette prorogation résulte de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, qui dispose que le délai de trente jours est prorogé à quarante-cinq jours dans le cas où l'avis est donné par l'assemblée générale en application de l'article 85.

Op 9 juli 2021 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Voorzitster van de Kamer van volksvertegenwoordigers verzocht binnen een termijn van dertig dagen verlengd tot vijfenveertig dagen* een advies te verstrekken over een wetsvoorstel ‘betreffende het discreet bevalen’, ingediend door mevrouw Vanessa MATZ et c.s (*Parl.St.*, Kamer, 2020-2021, nr. 55-1631/001).

Het voorstel is door de algemene vergadering onderzocht op 20 januari 2022. De algemene vergadering was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, voorzitter, Pierre VANDERNOOT, Martine BAGUET en Wilfried VAN VAERENBERGH, kamervoorzitters, Chantal BAMPS, Jeroen VAN NIEUWENHOVE, Luc CAMBIER, Bernard BLERO, Wouter PAS, Koen MUYLLE, Patrick RONVAUX, Christine HOREVOETS en Inge VOS, staatsraden, Jan VELAERS, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, Christian BEHRENDT en Johan PUT, assessoren, en Gregory DELANNAY, hoofdgriffier.

Het verslag is uitgebracht door Xavier DELGRANGE, eerste auditeur-afdelingshoofd, en Frédéric VANNESTE, eerste auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Jeroen VAN NIEUWENHOVE.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 7 maart 2022.

*

* Deze verlenging vloeit voort uit artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, waarin wordt bepaald dat de termijn van dertig dagen verlengd wordt tot vijfenveertig dagen in het geval waarin het advies gegeven wordt door de algemene vergadering met toepassing van artikel 85.

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur le fondement juridique de la proposition [‡], la compétence de l'auteur de l'acte et l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

*

PORTÉE DE LA PROPOSITION

1. La proposition de loi vise à permettre un accouchement dit dans la discrétion, ce qui implique qu'une femme peut décider d'accoucher sans que ses nom, prénoms et domicile et éventuellement ceux du père ou de la coparente soient mentionnés dans l'acte de naissance. Elle peut renoncer à cette décision dans les deux mois qui suivent la naissance de l'enfant, auquel cas un nouvel acte de naissance est établi (article 43/1, proposé, de l'ancien Code civil ¹ – article 2 de la proposition). Si le nom de la mère n'est pas mentionné dans l'acte de naissance, elle est réputée, dans les deux mois qui suivent la naissance de l'enfant, avoir donné son consentement à l'adoption de ce dernier si, à ce moment-là, elle n'a pas renoncé à sa décision d'accoucher dans la discrétion (article 384/4, alinéa 2, proposé, de l'ancien Code civil – article 10 de la proposition).

Le Roi est habilité à fixer les modalités de remboursement à l'établissement de soins concerné pour les prestations liées à l'accouchement dans la discrétion et à la prise en charge de l'enfant concerné tant que celui-ci n'a pas de droit ouvert en matière d'assurance maladie-invalidité (article 11 de la proposition).

L'enfant né en Belgique après un accouchement dans la discrétion a la nationalité belge tant que la mère ne renonce pas à sa décision d'accoucher dans la discrétion et dans l'attente de l'obtention éventuelle d'une autre nationalité ou de la nationalité belge par adoption (article 11, alinéa 1^{er}, 3^o, proposé, du Code de la nationalité belge – article 12 de la proposition).

La reconnaissance d'un enfant né après un accouchement dans la discrétion est possible, mais la demande doit être introduite dans les deux mois qui suivent la naissance (article 328, § 1^{er}, alinéa 2, proposé, de l'ancien Code civil – article 6 de la proposition). La reconnaissance par la mère et l'action de recherche en maternité ne sont plus possibles lorsque la mère n'a pas renoncé à la décision d'accoucher dans la discrétion dans les deux mois qui suivent la naissance de l'enfant (articles 313, § 2, et 314, alinéa 2, proposés, de l'ancien Code civil – articles 5 et 6 de la proposition). Il en va de même pour la reconnaissance par la coparente éventuelle et l'action en recherche de comaternité (articles 325/4, alinéa 3, et 325/8, alinéa 2, proposés, de l'ancien Code civil – articles 7 et 8 de la proposition).

[‡] S'agissant d'une proposition de loi, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes supérieures.

¹ Depuis l'entrée en vigueur de l'article 2, alinéa 2, de la loi du 13 avril 2019 'portant création d'un Code civil et y insérant un livre 8 « La preuve », les dispositions concernées par la proposition figurent dans l'« ancien Code civil ». La phrase introductive de l'article 2 de la proposition de loi doit être rédigée en conséquence.

Il est prévu une procédure selon laquelle les informations concernant l'enfant sont conservées au tribunal de la famille dans un registre créé à cette fin. L'enfant, moyennant un encadrement psychosocial approprié, peut accéder à ces informations à partir de l'âge de douze ans. La mère et éventuellement le père ou la coparente peuvent s'opposer à la demande de prise de connaissance des informations dans le mois qui suit la notification de la demande. Le juge détermine alors si certaines données ne doivent pas être rendues accessibles à l'enfant. L'accès aux données est maintenu en cas de décès de la mère biologique, et éventuellement du père biologique ou de la coparente (articles 43/2 et 43/3, proposés, de l'ancien Code civil – articles 3 et 4 de la proposition).

La loi à adopter entre en vigueur le premier jour du sixième mois qui suit celui de sa publication au Moniteur belge (article 13 de la proposition).

OBSERVATION PRÉLIMINAIRE

2. Le 21 avril 2009, le Conseil d'État a donné l'avis 46.052/AG² sur une proposition de loi 'relative à l'accouchement discret'³ ayant une portée similaire à la proposition actuellement soumise pour avis⁴. On peut dès lors également faire référence à cet avis, qui est encore actuel, même s'il diffère sur certains points par rapport au dispositif à l'examen et s'il y a quelques nouveaux développements dans la jurisprudence pertinente, qui sont examinés de manière plus détaillée dans le présent avis.

FORMALITÉS

3. L'article 43/3, proposé, de l'ancien Code civil (article 4 de la proposition), notamment, règle le traitement de certaines données à caractère personnel.

L'article 36, paragraphe 4, du règlement (UE) n° 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 'relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données)', combiné avec l'article 57, paragraphe 1, c), le considérant 96 de ce règlement, ainsi qu'avec l'article 2, alinéa 2, de la loi du 30 juillet 2018 'relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel', prévoit une obligation de consulter l'autorité de contrôle, en l'occurrence l'Autorité de protection des données visée dans la loi du 3 décembre 2017 'portant création de l'Autorité de protection des données', dans le cadre de l'élaboration d'une proposition de mesure législative devant être adoptée par un parlement national, ou d'une mesure réglementaire fondée sur une telle mesure législative, qui se rapporte au traitement.

² Avis C.E. 46.052/AG du 21 avril 2009, *Doc. parl.*, Sénat, 2008-09, n° 4-1138/2.

³ *Doc. parl.*, Sénat, 2008-09, n° 4-1138/1.

⁴ Au demeurant, il est également donné, le même jour que le présent avis, l'avis 70.158/AG sur une proposition de loi 'modifiant le Code civil en ce qui concerne l'accouchement discret', (*Doc. parl.*, Chambre, 2019-20, n° 55-841/001).

Il s'impose par conséquent de recueillir encore l'avis de l'Autorité de protection des données avant que la proposition puisse aboutir.

COMPÉTENCE

4. L'article 43/2, § 2, proposé, de l'ancien Code civil (article 3 de la proposition) dispose qu'en cas d'accouchement dans la discrétion, la déclaration de la naissance de l'enfant est faite par « les autorités compétentes en matière d'adoption » à l'officier de l'état civil de la commune sur le territoire de laquelle l'enfant est né. Selon l'article 43/3, § 2, alinéa 1^{er}, proposé, de l'ancien Code civil (article 4 de la proposition), « les autorités compétentes en matière d'adoption » garantissent à l'enfant, moyennant le respect de certaines conditions, l'accès aux informations contenues dans le registre conservé par le tribunal de la famille.

4.1. Sans doute les termes « les autorités compétentes en matière d'adoption » visent-ils l'autorité centrale fédérale mentionnée à l'article 360-1, 2^o, de l'ancien Code civil. Il convient de le préciser dans le texte de la proposition.

4.2. Le dispositif soumis pour avis doit toutefois également tenir compte de l'accord de coopération du 12 décembre 2005 entre l'État fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française, la Communauté germanophone et la Commission communautaire commune 'relatif à la mise en œuvre de la loi du 24 avril 2003 réformant l'adoption'⁵, qui règle entre autres la collecte et certains aspects de la conservation d'informations, parmi lesquelles peuvent figurer des informations relatives aux origines de l'adopté. En revanche, cet accord de coopération ne règle pas la durée de conservation de ces informations, ni la manière dont l'adopté peut y avoir accès.

À ce propos, l'avis 64.505/2/VR⁶ mentionne ce qui suit :

« Selon une jurisprudence constante⁷, l'autorité fédérale est compétente pour déterminer les règles de droit civil relatives au statut des mineurs et de la famille, telles

⁵ Auquel il a été porté assentiment pour l'autorité fédérale par la loi du 19 avril 2006 'portant assentiment à l'accord de coopération entre l'État fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française, la Communauté germanophone et la Commission communautaire commune relatif à la mise en œuvre de la loi du 24 avril 2003 réformant l'adoption'.

⁶ Avis C.E. 64.505/2/VR du 13 décembre 2018 sur un avant-projet devenu le décret de la Communauté française du 12 juin 2019 'modifiant le décret du 31 mars 2004 relatif à l'adoption', *Doc. parl.*, Parl. Comm. fr., 2018-19, n° 776/1, pp. 39-40 (observation 6).

⁷ *Note de bas de page n° 11 de l'avis cité* : Avis n° 25.913/8 donné le 21 janvier 1997 sur un avant-projet devenu le décret du Conseil flamand du 15 juillet 1997 'relatif à l'adoption internationale' (*Doc. parl.*, Parl. fl., 1996-1997, n° 677/001, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/25913.pdf>), n° 28.953/4 donné le 26 mai 1999 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française 'relatif à l'agrément des organismes d'adoption' (<http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/28953.pdf>), n° 30.036/2 donné le 29 mai 2000 sur un avant-projet devenu la loi du 24 avril 2003 'réformant l'adoption' et la loi du 13 mars 2003 'modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne l'adoption' (*Doc. parl.*, Chambre, 2000-2001, n° 1367/001, pp. 146 à 159, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/30036.pdf>), n° 36.407/4 donné le 9 février 2004 sur un avant-projet devenu le décret de la Communauté française du 31 mars 2004 'relatif à l'adoption' (*Doc. parl.*, Parl. Comm. fr., 2003-2004, n° 509/001, pp. 38 à 45, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/36407.pdf>), n° 38.387/3 donné le 31 mai 2005 sur un avant-projet devenu le décret de la Communauté germanophone du 21 décembre 2005 'relatif à l'adoption' (*Doc. parl.*, Parl. Comm. germ., 2004-2005, n° 42/001, pp. 16 à 21, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/38387.pdf>), n° 38.962/4-2V donné le 26 septembre 2005 sur un avant-projet devenu le décret de la Communauté française du 17 février 2006 'portant assentiment à l'accord de coopération du 12 décembre 2005 entre l'État fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française, la Communauté

qu'elles sont établies par le Code civil et les lois qui le complètent (voir l'article 5, § 1^{er}, II, 6°, a), de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles'). Les dispositions de droit judiciaire qui se situent dans le prolongement des règles du Code civil en cette matière relèvent également de la compétence de l'autorité fédérale. Les communautés sont, quant à elles, compétentes pour l'accompagnement et l'assistance des personnes concernées par le processus d'adoption (candidats adoptants, adoptants, personnes faisant l'objet du projet d'adoption, adoptés).

Il appartient par conséquent au législateur fédéral d'énoncer les conditions d'admissibilité, d'octroi et de retrait de l'adoption, les règles de procédures y relatives et les conséquences de l'adoption sur le statut des mineurs et de la famille. Fait partie de ces règles la réglementation du principe du droit à la consultation des données liées aux origines de l'enfant, notamment celles relatives à l'identité de sa mère et de son père, ainsi que les données sur le passé médical de l'enfant et de sa famille.

Les communautés peuvent, quant à elles, mener des politiques d'aide, d'accompagnement ou d'assistance des candidats adoptants et des adoptés concernés, dans le respect des règles de fond, de forme et de procédure qu'instaure la loi civile. C'est ainsi qu'à l'heure actuelle les communautés interviennent dans le cadre de la préparation des candidats adoptants et lors de la réalisation d'une enquête sociale relative à l'aptitude de ces derniers en cas d'adoption d'un mineur, lors de l'établissement de rapports concernant les enfants adoptables à destination des États d'accueil dans l'hypothèse d'une adoption internationale, lors de l'apparement et lors du suivi post-adoptif.

Lors d'une adoption, les autorités – tant fédérales que communautaires – qui interviennent dans son établissement ont accès à des informations concernant l'origine de l'adopté. Dans cette matière, l'ensemble de ces autorités est donc concerné par la collecte et la conservation de ces données. À cet égard, c'est le législateur fédéral qui est compétent pour imposer le principe de la collecte et de la conservation des données relatives aux origines des personnes adoptées et pour arrêter les conditions de fond essentielles relatives à l'accès et à la consultation de ces informations et c'est aux communautés qu'il revient de mettre ces principes en œuvre au regard des dossiers qu'elles détiennent et des autorités qui relèvent de leurs compétences, dans le respect des conditions de fond, de forme et de procédure qu'instaure la loi civile de source fédérale et les règles applicables en matière de protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel ».

Il résulte de ce qui précède que l'autorité fédérale est compétente pour les dispositions proposées précitées.

germanophone et la Commission communautaire commune, relatif à la mise en œuvre de la loi du 24 avril 2003 réformant l'adoption' (*Doc. parl.*, Parl. Comm. fr., 2005-2006, n° 205/001, pp. 20 à 37, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/38962.pdf>), n°s 49.091/VR et 49.092/VR donnés le 25 janvier 2011 sur une proposition de loi 'complétant l'article 346-2 du Code civil, concernant l'aptitude à l'adoption' (*Doc. parl.*, Sénat, 2010, n° 167/002, pp. 1 à 6, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/49091.pdf>) et n° 53.516/4 donné le 8 juillet 2013 sur un avant-projet devenu le décret de la Communauté française du 5 décembre 2013 'modifiant le décret du 31 mars 2004 relatif à l'adoption' (*Doc. Parl.*, Parl. Comm. fr., 2013-2014, n° 556/001, pp. 51 à 65, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/53516.pdf>).

Ainsi qu'il a déjà été exposé dans l'avis précité⁸, il est souhaitable qu'en égard aux compétences des communautés en la matière, un accord de coopération soit conclu entre l'autorité fédérale et les communautés relatif à l'accès aux données concernées par les organes relevant de leurs compétences respectives. C'est uniquement de cette manière que les communautés, dans les limites de leurs compétences matérielles, pourront effectivement assurer l'accompagnement psychosocial mentionné à l'article 43/3, § 2, alinéa 1^{er}, proposé, pour garantir l'accès aux données conservées dans le registre tenu au tribunal de la famille.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

5. Pour apprécier la proposition de loi, il convient d'examiner successivement le principe même de l'accouchement dans la discrétion (B), la possibilité pour l'enfant de recevoir des informations concernant la mère (C), les droits du père ou de la coparente (D) et le droit de la mère ayant accouché dans la discrétion de faire établir ultérieurement sa filiation à l'égard de l'enfant (E). Auparavant, il convient cependant de préciser à nouveau le cadre juridique dans lequel s'inscrivent ces questions (A).

A. Le cadre formé par les instruments internationaux et européens de protection des droits et libertés

6.1. Dans son avis 46.052/AG précité, le Conseil d'État a d'ores et déjà eu l'occasion d'exposer, à la lumière des données jurisprudentielles disponibles à l'époque – et singulièrement de l'arrêt *Odièvre c. France* du 13 février 2003 de la Cour européenne des droits de l'homme⁹ –, les principes applicables à la problématique et au conflit de droits fondamentaux qu'elle est susceptible d'engendrer. Il est renvoyé aux principes pareillement exposés dans la suite du présent avis. L'avis 46.052/AG avait notamment relevé que l'intérêt de l'enfant ne s'oppose pas systématiquement, et dans tous les cas de figure, à l'accouchement discret¹⁰. L'avis 46.052/AG précité avait en outre souligné que, dans l'arbitrage des droits conflictuels en présence, la Cour européenne entend conférer aux États une large marge d'appréciation¹¹. Le Conseil d'État avait cependant observé que les motifs permettant de laisser une marge d'appréciation aussi étendue aux États n'existent pas au niveau national¹².

⁸ *Ibid.*, 42 (observations 8 et 9).

⁹ Cour eur. D.H., 13 février 2003, *Odièvre c. France*.

¹⁰ Voy. les points III.A.3.1-III.A.3.2 de l'avis : « il ne peut être exclu que certains États puissent considérer que l'obligation pesant sur eux, en vertu de l'article 3, paragraphe 2, de la Convention relative aux droits de l'enfant, de 'pren[dre] [...] toutes les mesures législatives et administratives appropriées' en vue d'assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être [...] puisse aller jusqu'à organiser un régime d'accouchement discret'. À cet égard, l'article 9, paragraphe 1, de la Convention évoque aussi la maltraitance ou le fait de négliger l'enfant comme pouvant justifier qu'il soit séparé de ses parents [...] ».

¹¹ Cour eur. D.H., 13 février 2003, *Odièvre c. France*, §§ 46-48.

¹² Le Conseil d'État de France a récemment réaffirmé la validité, au regard de l'article 8 de la Convention, de la législation française qui organise « la possibilité de lever le secret de l'identité de la mère de naissance en permettant de solliciter la réversibilité du secret de son identité sous réserve de l'accord de celle-ci et définissent ainsi un équilibre entre le respect dû au droit à l'anonymat garanti à la mère lorsqu'elle a accouché et le souhait légitime de l'enfant né

6.2. Les principes formulés par l'arrêt *Odièvre* précité ont été rappelés par la Cour européenne des droits de l'Homme dans un arrêt *Godelli c. Italie* du 25 septembre 2012¹³. En l'espèce, la Cour a notamment estimé que, sous l'angle de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, un juste équilibre n'avait pas été ménagé entre les intérêts en présence car la législation italienne en cause, une fois que la mère a décidé de garder l'anonymat, ne permettait à l'enfant, adopté et non reconnu à la naissance, ni de demander des informations non identifiantes sur ses origines, ni de solliciter la réversibilité du secret de la naissance. La Cour s'exprima en ces termes :

« 68. En l'espèce, la Cour observe que, contrairement à la situation dans l'affaire *Odièvre* [...], la requérante n'a eu accès à aucune information sur sa mère et sa famille biologique lui permettant d'établir quelques racines de son histoire dans le respect de la préservation des intérêts des tiers. Sans une pesée des droits et des intérêts en présence et sans aucune possibilité de recours, la requérante s'est vue opposer un refus absolu et définitif d'accéder à ses origines personnelles.

69. S'il est vrai que la requérante, qui est âgée aujourd'hui de soixante-neuf ans, a pu construire sa personnalité même en l'absence d'informations quant à l'identité de sa mère biologique, il faut admettre que l'intérêt que peut avoir un individu à connaître son ascendance ne cesse nullement avec l'âge, bien au contraire. La requérante a d'ailleurs démontré un intérêt authentique à connaître l'identité de sa mère, puisqu'elle a tenté d'acquérir une certitude à cet égard. Un tel comportement suppose des souffrances morales et psychiques, même si elles ne sont pas médicalement constatées [...].

70. La Cour note qu'à la différence du système français examiné dans l'arrêt *Odièvre*, la législation italienne ne tente de ménager aucun équilibre entre les droits et les intérêts concurrents en cause. En l'absence de tout mécanisme destiné à mettre en balance le droit de la requérante à connaître ses origines avec les droits et les intérêts de la mère à maintenir son anonymat, une préférence aveugle est inévitablement donnée à cette dernière. Par ailleurs, dans l'arrêt *Odièvre*, la Cour observe que la nouvelle loi du 22 janvier 2002 renforce la possibilité de lever le secret de l'identité et facilite la recherche des origines biologiques grâce à la mise en place d'un Conseil national pour l'accès aux origines personnelles. D'application immédiate, elle permet désormais aux personnes intéressées de solliciter la réversibilité du secret de l'identité de la mère, sous réserve de l'accord de celle-ci [...], ainsi que d'avoir accès à des informations non identifiantes. En Italie, le projet de loi de réforme de la loi no184/1983 est toujours en examen au Parlement depuis 2008 [...].

71. Dans le cas d'espèce, la Cour note que, si la mère biologique a décidé de garder l'anonymat, la législation italienne ne donne aucune possibilité à l'enfant adopté et non reconnu à la naissance de demander soit l'accès à des informations non identifiantes sur ses origines, soit la réversibilité du secret. Dans ces conditions, la Cour estime que l'Italie n'a pas cherché à établir un équilibre et une proportionnalité entre les intérêts des parties concernées et a donc excédé la marge d'appréciation qui doit lui être reconnue ».

dans ces conditions de connaître ses origines » : « les dispositions du code de l'action sociale et des familles organisent la possibilité de lever le secret de l'identité de la mère de naissance en permettant de solliciter la réversibilité du secret de son identité sous réserve de l'accord de celle-ci et définissent ainsi un équilibre entre le respect dû au droit à l'anonymat garanti à la mère lorsqu'elle a accouché et le souhait légitime de l'enfant né dans ces conditions de connaître ses origines » (arrêt n° 420.230 du 16 octobre 2019, cons 5).

¹³ Cour eur. D.H., 25 septembre 2012, *Godelli c. Italie*.

6.3. Le Conseil d'État attire par ailleurs l'attention sur le fait que, postérieurement à son avis précité du 21 avril 2009, le Comité des droits de l'enfant a insisté à de multiples reprises sur le fait que, notamment au regard de l'article 7 de la Convention relative aux droits de l'enfant, l'accouchement dans la discrétion ne peut être instauré qu'en ultime recours.

Dans ses *Observations finales concernant le cinquième rapport périodique de la France* (23 février 2016) ¹⁴, le Comité précité énonce ce qui suit :

« Le Comité recommande une fois de plus à l'État partie de prendre toutes les mesures nécessaires pour donner pleinement effet au droit de l'enfant de connaître ses parents biologiques ainsi que ses frères et sœurs et le prie instamment d'adopter les mesures nécessaires pour que toutes les informations concernant le ou les parents soient enregistrées et archivées afin que l'enfant puisse connaître, pour autant que possible et à un moment adéquat, son ou ses parents [...]. Il recommande également à l'État partie d'envisager d'abroger la règle selon laquelle l'identité de la mère biologique ne peut être dévoilée que si l'intéressée y consent et de redoubler d'efforts pour s'attaquer aux causes profondes qui poussent les parents à recourir à l'accouchement sous X ».

Dans ses *Observations finales concernant les deuxième à quatrième rapports périodiques de la Suisse* (26 février 2015), le Comité « invit(ait) instamment l'État partie à interdire l'utilisation des boîtes à bébé, à renforcer et promouvoir les solutions de remplacement déjà existantes et à envisager d'introduire, en dernier recours, la possibilité de naissances confidentielles à l'hôpital » ¹⁵. De telles conclusions ont été formulées plus récemment, en des termes identiques, à l'adresse de la Pologne ¹⁶ et de la République tchèque ¹⁷.

C'est à la lumière du cadre ainsi tracé que sera examinée la présente proposition.

B. Principe de l'accouchement dans la discrétion

7.1. L'avis 46.052/AG précité observe ce qui suit :

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

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

¹⁴ CRC/C/FRA/CO/5, pt. 33

¹⁵ CRC/C/CHE/CO/2-4, pt. 35

¹⁶ CRC/C/POL/CO/3-4 (30 septembre 2021), pt. 23 : « The Committee reiterates its previous recommendations⁵ and urges the State party to address the causes of the anonymous abandonment of children, strengthen family support measures and consider introducing, as a last resort, the possibility of confidential hospital births, in order to end the anonymous abandonment of children in "baby boxes" ».

¹⁷ CRC/C/CZE/CO/5-6 (30 septembre 2021), pt. 22 : « Le Comité engage l'État partie à s'attaquer aux causes de l'abandon anonyme d'enfants, à renforcer les mesures de soutien aux familles et à envisager d'introduire, en dernier recours, la possibilité d'accoucher confidentiellement à l'hôpital, pour mettre fin à l'abandon anonyme d'enfants dans des « boîtes à bébé » »

Les droits reconnus à l'enfant peuvent entrer en conflit avec d'autres droits ou d'autres valeurs dont l'autorité publique a la garde, comme le confirme l'article 8, paragraphe 2, de la Convention européenne des droits de l'homme, ainsi rédigé : 'Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice d[u] droit [de toute personne au respect de sa vie privée et familiale] que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui'.

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

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

Il y reconnaît 'l'intérêt d'une femme à conserver l'anonymat pour sauvegarder sa santé en accouchant dans les conditions médicales appropriées' ¹⁸ et y relève également ce qui suit :

'L'intérêt général n'est pas non plus absent dans la mesure où la loi française s'inscrit, depuis longtemps, dans le souci de protéger la santé de la mère et de l'enfant lors de la grossesse et de l'accouchement, et d'éviter des avortements, en particulier des avortements clandestins, ou des abandons 'sauvages'. Le droit au respect de la vie, valeur supérieure garantie par la Convention, n'est ainsi pas étranger aux buts que recherche le système français' ¹⁹.

III.A.3.3. Compte tenu de ce qui a été exposé ci-avant sur les différences d'approche pouvant surgir d'un État à un autre sur ces questions, sur la marge d'appréciation qui leur est reconnue et sur la possibilité d'un contrôle plus strict dans l'ordre juridique interne par rapport à celui, à caractère subsidiaire, opéré au niveau européen ²⁰, il appartient toutefois au législateur de prendre en considération les doutes qui peuvent surgir sur la pertinence du recours à l' 'accouchement discret' au regard des objectifs invoqués en sa faveur.

À cet égard, il y a lieu de faire référence à un rapport de l'Unicef sur l'accouchement discret selon lequel 'on ne dispose pas de véritables données objectives' en la matière et 'l'accouchement anonyme ne garantit pas les risques liés à l'infanticide, qui relève davantage d'une psychose chez la mère' ²¹.

¹⁸ Note de bas de page n° 13 de l'avis cité : Cour eur. dr. h., *Odièvre c. France*, précité, § 44.

¹⁹ Note de bas de page n° 14 de l'avis cité : Cour eur. dr. h., *Odièvre c. France*, précité, § 45.

²⁰ Note de bas de page n° 15 de l'avis cité : N/ III.A.2, ci-avant.

²¹ Note de bas de page n° 16 de l'avis cité : Rapport Unicef, *L'accouchement discret... anonyme. Quels droits pour l'enfant ? Position d'Unicef Belgique*, janvier 2009.

Le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, qui exerce un contrôle du respect de la Convention relative aux droits de l'enfant ²², a également émis des réserves à l'égard de l'accouchement anonyme. Ainsi, dans ses observations finales émises le 31 mars 2005 sur le rapport présenté par le Grand-Duché du Luxembourg, il 'prie instamment l'État partie de prendre toutes les mesures nécessaires pour empêcher et éliminer la pratique de l'accouchement dit anonyme' ²³⁻²⁴.

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

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

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

²² Note de bas de page n° 17 de l'avis cité: Pour davantage d'informations, voir <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/index.htm>.

²³ Note de bas de page n° 18 de l'avis cité : Comité des droits de l'enfant, observations finales sur le rapport présenté par le Luxembourg, n° 29, CRC/C/15/Add.250, 31 mars 2005, http://www.ork.lu/PDFs/droits_enfant.pdf, cité dans la version originale en langue anglaise in P. SENAËVE, F. SWENNEN et G. VERSCHULDEN (éds.), *De hervorming van het afstammingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, p. 341, et in S. Michaux, « L'accouchement sous X au regard de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant », *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, pp. 313 à 346, ici p. 344 ; voir aussi J. VAN BROECK, « Het recht van een geadopteerde om zijn geboortouders te kennen - Het bloed kruipt waar het niet gaan kan », note sous Cour. eur. dr. h., *Odièvre c. France*, précité, *T.B.B.R.*, 2003, pp. 407 à 423, ici n° 11, p. 410. Dans le même sens, les observations finales sur le rapport présenté par l'Autriche, recommandant « de prendre toutes les mesures nécessaires pour éviter le recours aux 'berceaux d'accueil' » (observations finales, n° 30, CRC/C/15/Add.251, 31 mars 2005, <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf>, cité dans la version originale en langue anglaise in P. SENAËVE, F. SWENNEN et G. VERSCHULDEN (éds.), *op. cit.*, p. 341).

²⁴ Note de bas de page n° 19 de l'avis cité : Il importe toutefois de relever qu'après avoir émis la considération précitée sur le rapport présenté par le Luxembourg, l'observation finale considère aussi ce qui suit :

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

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

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

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

« Le Comité recommande à l'État partie de prendre toutes les mesures voulues pour assurer la pleine application des dispositions de l'article 7, en particulier le droit de l'enfant à connaître dans la mesure du possible ses parents, eu égard aux principes de la non-discrimination (art. 2) et de l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 3) » (observations finales sur le rapport présenté par la France, n° 24, CRC/C/15/Add.240, 30 juin 2004, <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf>, cité dans la version originale en langue anglaise in P. SENAËVE, F. SWENNEN et G. VERSCHULDEN (éds.), *op. cit.*, p. 341, in S. Michaux, *loc. cit.*, p. 344; voir aussi J. VAN BROECK, *loc. cit.*, n° 11, p. 410). Sur la question de l'accès ultérieur de l'enfant aux données concernant ses parents, il est renvoyé aux observations faites sous les n°s III.A.4 et III.A.5, plus bas.

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

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

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

À la lumière des principes ainsi rappelés, la proposition à l'examen appelle les observations suivantes.

7.2. L'article 43/1, proposé, de l'ancien Code civil (article 1^{er} de la proposition) dispose uniquement que « [t]oute femme peut décider d'accoucher dans la discrétion ». L'exercice de ce droit n'est soumis à aucune condition. Il faut à tout le moins prévoir une procédure suffisamment claire pour garantir qu'il s'agit d'une décision libre et éclairée de la mère d'accoucher dans la discrétion.

7.3. Par ailleurs, la disposition proposée ne précise pas clairement que le choix de la discrétion doit en principe avoir été effectué avant l'accouchement concerné, et non au moment de celui-ci ou après. Elle doit être explicitée en ce sens.

7.4. Enfin, et en lien avec la question du consentement éclairé évoquée ci-dessus, la proposition devrait être complétée par une disposition prévoyant l'information de la mère quant aux conséquences de l'accouchement dans la discrétion, notamment sur le plan juridique, mais également concernant les droits, l'assistance, les avantages et l'éventuelle aide psychologique et sociale auxquels les familles, les isolés et leurs familles peuvent prétendre. Il se déduit de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qu'un tel devoir d'information existe bel et bien ²⁵.

²⁵ Voir Cour eur. D.H., 10 janvier 2008, *Kearns c. France*, § 85 et s. Bien que dans cette affaire la Cour a décidé qu'il n'y a pas violation de l'article 8 de la CEDH, il se déduit de l'arrêt que l'article 8 de la CEDH requiert que la mère soit informée avec suffisamment de clarté des conséquences de son choix, ainsi que des délais et modalités pour rétracter son consentement (voir § 92) :

« 86. La Cour relève que la requérante, de nationalité irlandaise et résidant à Dublin, a fait le choix de venir accoucher en France pour bénéficier de la possibilité, inconnue en droit irlandais, d'un accouchement anonyme. Comme

C. Possibilité pour l'enfant de recevoir des informations le concernant sur sa mère

8.1. L'article 43/3 proposé de l'ancien Code civil (article 4 de la proposition de loi) dispose que le tribunal de la famille conserve dans un registre créé à cette fin les informations sur l'origine de l'enfant né dans la discrétion qui sont en sa possession. Les autorités compétentes en matière d'adoption garantissent à l'enfant l'accès à ces informations en fournissant l'encadrement psychosocial approprié et moyennant le respect des conditions suivantes: a) l'enfant doit avoir atteint l'âge de douze ans ; b) les autorités doivent avoir informé la mère et éventuellement le père ou la coparente, de la demande de l'enfant d'accéder aux données le concernant par courrier recommandé à la poste avec accusé de réception au domicile de chacun d'entre eux ; c) la mère et éventuellement le père ou la coparente peuvent s'opposer à cette demande par l'introduction d'une requête auprès du tribunal de la famille dans le mois de la notification par les autorités. Le juge peut, dans des circonstances exceptionnelles, déterminer si certaines données ne doivent pas être rendues accessibles à l'enfant et, le cas échéant, lesquelles. À défaut d'opposition dans le mois de la notification, les autorités délivrent les informations à l'enfant.

S'exprimant sur la même question, l'avis 46.052/AG précité avait énoncé qu'« un contrôle judiciaire qui évalue les intérêts au cas par cas et vérifie si la demande de l'enfant peut être accueillie, doit être préféré au système qui opte de manière absolue pour les intérêts d'une partie ».

Cet avis mentionnait également que les intérêts de l'enfant devaient être la préoccupation principale : « Il convient également d'examiner la proposition sur ce point à la lumière des articles 3 et 7 précités de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant. À cet égard, il importe de préciser que le Comité des droits de l'enfant semble interpréter

l'attestent les documents produits devant la Cour, elle s'est présentée à la maternité la semaine précédant l'accouchement, assistée d'un avocat et de sa mère. La présence de cet homme de loi laisse présumer que la requérante a bénéficié d'une information juridique avant même l'accouchement.

87. Le lendemain et le surlendemain de l'accouchement, la requérante, accompagnée de sa mère, a eu deux longs entretiens (chacun d'une demi-journée) avec les services sociaux, en présence respectivement d'une infirmière puis d'un médecin parlant anglais, mis à disposition par l'hôpital pour faire fonction d'interprètes. A cet égard, la Cour est d'avis que l'article 8 ne saurait s'interpréter comme exigeant des autorités, dans un tel cas, qu'elles assurent la présence d'un interprète qualifié.

88. S'agissant plus particulièrement de l'information reçue par la requérante sur le délai de rétractation, la Cour observe que le procès-verbal d'admission de K. comme pupille de l'Etat mentionnait deux délais (de deux mois et de six mois) susceptibles, comme l'a retenu la cour d'appel, de prêter à confusion. Toutefois, le formulaire de consentement à l'adoption signé par la requérante le même jour mentionnait expressément :

« Je [...] certifie avoir été informée : (...) du fait que cet acte deviendra DEFINITIF, après un délai de DEUX MOIS, soit le 20 avril 2002, et que pendant ce délai, l'enfant peut m'être rendu selon les modalités de rétractation prévues (article 348-3 alinéas 2 et 3 du code civil). »

89. Dès lors, aucune ambiguïté ne pouvait subsister dans l'esprit de la requérante sur le délai dont elle bénéficiait pour réclamer la restitution de sa fille.

90. Enfin, il ressort des documents que la requérante s'est vu remettre une notice précisant les délais et conditions de restitution de l'enfant, ainsi qu'un modèle de lettre de rétractation.

91. Au vu de ces éléments, la Cour estime que les autorités françaises ont fourni en l'espèce à la requérante une information suffisante et détaillée, en la faisant bénéficier d'une assistance linguistique non prévue par les textes et en s'assurant qu'elle soit informée aussi complètement que possible des conséquences de son choix, ainsi que des délais et modalités pour rétracter son consentement.

92. La Cour conclut en conséquence que l'Etat n'a pas méconnu à l'égard de la requérante les obligations positives mises à sa charge par l'article 8 de la Convention.

Il n'y a donc pas eu violation de cette disposition ». Voy. ég. Cour eur. D.H., arrêt *Naltakyan c. Russie* du 21 avril 2021, § 184.

les articles 3 et 7 de la Convention de telle façon que l'enfant puisse « autant que possible » et « au moment opportun » – ce qui pourrait impliquer une appréciation par le juge, au cas par cas – connaître l'identité de sa mère. Cela peut se déduire des Observations finales du Comité des droits de l'enfant des Nations Unies à l'intention du Luxembourg²⁶, de la France²⁷ et de l'Autriche²⁸. Compte tenu de la nécessité de prendre en considération de manière prioritaire l'intérêt de l'enfant, l'autorité centrale fédérale pourrait être habilitée, sur la base d'une analyse de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, à vérifier, au cas par cas, la légalité et la motivation de la volonté ou du désir de la mère biologique et à contrôler si cette volonté ou ce désir sert les intérêts de l'enfant mineur²⁹. Ce contrôle serait opéré sous la réserve des recours judiciaires qui devraient pouvoir être introduits sur ces questions³⁰ ».

Dans son arrêt *Godelli* précité, la Cour européenne a remis l'accent sur la nécessité d'une mise en balance concrète par une instance indépendante aux fins de statuer sur l'accès de l'enfant aux informations relatives à ses origines.

8.2. Le dispositif soumis pour avis répond, à première vue, aux préoccupations ainsi résumées en ce qui concerne les intérêts de l'enfant et à l'exigence que l'enfant puisse « autant que possible » et « au moment opportun » connaître l'identité de sa mère. Il n'y a en tout cas plus de droit de veto pour la mère, mais une appréciation par un juge, au cas par cas.

La section de législation estime cependant devoir faire les observations suivantes.

8.3.1. Premièrement, le dispositif proposé subordonne la possibilité d'accès aux informations à la condition que l'enfant ait atteint l'âge de douze ans (article 43/3, § 2, a, proposé de l'ancien Code civil). Au sujet d'une telle limite d'âge, on peut lire ce qui suit dans l'avis 46.052/AG :

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

²⁶ *Note de bas de page 28 de l'avis cité* : « Le Comité prie instamment l'État partie de prendre toutes les mesures nécessaires pour empêcher et éliminer la pratique de l'accouchement dit anonyme. Si cette pratique devait se poursuivre, il appartiendrait à l'État partie de prendre les mesures qui s'imposent pour que toutes les informations sur les parents soient enregistrées et archivées afin que l'enfant puisse, autant que possible et au moment opportun, connaître l'identité de son père et/ou de sa mère » (*loc. cit.*).

²⁷ *Note de bas de page 29 de l'avis cité* : « Le Comité recommande à l'État partie de prendre toutes les mesures voulues pour assurer la pleine application des dispositions de l'article 7, en particulier le droit de l'enfant à connaître dans la mesure du possible ses parents, eu égard aux principes de la non discrimination (art. 2) et de l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 3) » (*loc. cit.*).

²⁸ *Note de bas de page 30 de l'avis cité* : « Le Comité recommande à l'État partie de prendre toutes les mesures nécessaires pour éviter le recours aux « berceaux d'accueil ». Il lui recommande en outre d'adopter et d'appliquer sans tarder des dispositions juridiques et une réglementation relatives à l'enregistrement séparé de toutes les données médicales et autres données pertinentes sur le ou les parents - en particulier le nom et la date de naissance du ou des parents -, et de permettre à l'enfant d'y avoir accès au moment approprié » (*loc. cit.*).

²⁹ *Note de bas de page 31 de l'avis cité* : Dans ce sens : Kinderrechtencommissariaat (Commissariat des droits de l'enfant de la Communauté flamande), Advies Discreet bevallen, 16 février 2009.

³⁰ *Note de bas de page 32 de l'avis cité* : Voir les observations faites sous le n° III.B.3, plus bas.

la possibilité de consultation au-dessous de la limite d'âge de 12 ans, si la capacité de discernement peut être démontrée ³¹ ».

À l'estime de la section de législation, l'accès aux données doit être possible, sauf justification admissible en sens contraire, sous la limite d'âge de douze ans si la capacité de discernement peut être démontrée.

La section de législation n'aperçoit pas non plus pourquoi le représentant légal ne peut pas soumettre une demande aux autorités compétentes en matière d'adoption et avoir accès à certaines données, surtout lorsque l'enfant a moins de 12 ans. Ce point peut s'avérer particulièrement pertinent lorsqu'il s'agit de données de santé qui peuvent être importantes pour le suivi médical de l'enfant.

8.3.2. En second lieu, il importerait de démontrer pourquoi l'opposition de la mère et éventuellement du père ou de la coparente doit avoir lieu dans le mois qui suit la notification par les autorités. Il y a lieu de justifier ce délai relativement court dans le cadre des travaux préparatoires.

8.3.3. Troisièmement, il conviendrait de faire la clarté sur la portée de l'intervention judiciaire prévue par l'article 43/3, § 2, alinéa 2, proposé de l'ancien Code civil, et des « circonstances exceptionnelles » auxquelles il y est fait allusion.

À l'estime de la section de législation, le mécanisme prévu ne peut en tout état de cause être interprété comme signifiant que la balance des intérêts en présence ne peut être effectuée que dans des « circonstances exceptionnelles ». Celle-ci doit en effet être opérée de manière systématique et ce, conformément aux articles 3 et 7 de la Convention relative aux droits de l'enfant, ainsi que l'article 22bis de la Constitution, en accordant une considération primordiale à ce que requiert l'intérêt supérieur de l'enfant. Les données pertinentes sur ce point sont susceptibles d'évoluer avec le temps, en fonction des circonstances, en sorte que cet intérêt doit être évalué au jour où le tribunal statue.

Au-delà de cette première conclusion, la disposition proposée manque également de clarté quant à l'indication de ce qui, dans le chef de ses auteurs, constitue respectivement le principe et l'exception en matière d'accès. Faut-il l'interpréter en ce sens que, lorsque les personnes visées par l'article 43/3, § 2, alinéa 1^{er}, c, proposé s'y opposent, l'accès aux données demeure le principe, et le refus d'accès l'exception, uniquement admissible en cas de « circonstances exceptionnelles », ou, tout à l'inverse, faut-il interpréter la disposition en ce sens que l'absence d'accès serait le principe et l'octroi d'accès l'exception, uniquement admissible en cas de « circonstances exceptionnelles » ? La première interprétation visée semble plus congruente à l'intention exprimée par les auteurs de la proposition dans les développements de celle-ci ³² et au statut d'« ultime recours » associé à l'accouchement discret par le Comité des droits de l'enfant mais il s'indiquerait que le texte soit clarifié sur ce point en veillant à ce que le mécanisme mis en place permette *in fine*

³¹ Note de bas de page 71 de l'avis cité : Commissariat aux droits de l'enfant de la Communauté flamande, avis, *Discreet bevallen*, 16 février 2009. Dans l'avis n° 33.294/3 précité, le Conseil d'État énonce même que l'âge ne peut jouer aucun rôle lors de la recevabilité mais seulement lors de la mise en balance des intérêts.

³² P. 9.

d'accorder une considération primordiale à ce que requiert l'intérêt supérieur de l'enfant, évalué au jour où le tribunal statue. Dans le même souci de clarification, il s'indiquerait que les travaux préparatoires fournissent quelques exemples des « circonstances exceptionnelles » visées par le texte proposé.

8.3.4. Quatrièmement, le dispositif proposé, tout en faisant la distinction entre les données identifiantes et les données non identifiantes, n'y associe en pratique aucune conséquence concrète et traite à l'identique la possibilité d'accès aux unes et aux autres. Par conséquent, le dispositif proposé permet en théorie que le tribunal refuse la divulgation de données non-identifiantes. Cependant, la section de législation n'aperçoit aucun motif admissible pour justifier un tel refus, eu égard, précisément, au caractère non-identifiant des données concernées. Dans l'avis 46.052/AG, il était observé ce qui suit sur ce point :

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

Sur cette question, le fait que la législation française rendait possible l'accès de l'intéressée aux 'informations non identifiantes sur sa mère et sa famille biologique lui permettant d'établir quelques racines de son histoire dans le respect de la préservation des intérêts des tiers' a été un élément important ayant permis à la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme, dans son arrêt *Odièvre c. France* du 13 février 2003, d'admettre la conventionnalité de ladite législation en matière d' 'accouchement sous X' ³³.

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

8.3.5. Cinquièmement, le dispositif à l'examen ne prévoit pas la possibilité, pour les descendants de l'enfant né dans la discrétion, de solliciter des données relatives à l'origine de celui-ci ³⁴. A moins qu'il n'existe une justification convaincante en sens contraire, il conviendrait de remédier à cette carence. En effet, et selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme ³⁵, « le droit à l'identité », qui inclut « le droit à connaître son ascendance » et qui fait « partie intégrante de la notion de vie privée », ne se limite pas aux rapports d'ascendance au premier degré et protège également – quoique de manière moins intense que dans le cas de ces derniers ³⁶ – le droit pour des enfants de faire la lumière sur la filiation de leur auteur. Il peut être

³³ Note de bas de page 39 de l'avis cité : Paragraphe 48 de l'arrêt.

³⁴ Voir l'avis C.E. 46.052/AG, observation 3 à propos de l'article 5.

³⁵ Cour eur. D.H., décision du 5 mai 2009, *Menendez Garcia*, req. N° 21046/07.

³⁶ *Ibid.* : « A cet égard, la Cour considère que l'intérêt dans la connaissance de l'identité varie en fonction du degré de proximité des ascendants. En effet, alors qu'il convient de lui accorder la plus haute importance s'agissant des

tout aussi crucial pour un petit-enfant d'avoir accès aux antécédents médicaux de ses ascendants. Il serait d'autant moins justifié de refuser dans une telle hypothèse l'accès à ces données alors que celles-ci ne seraient pas identifiantes.

8.3.6. Sixièmement, l'article 43/3, § 2, dernier alinéa, proposé, dispose également que l'accès aux données est garanti après le décès de la mère biologique, et éventuellement du père biologique ou de la coparente de la mère, sans que les ayants-droit puissent s'y opposer. À cet égard, le Conseil d'État, dans son avis 46.052/AG, a formulé les observations suivantes :

« III.A.4.3. L'attention du législateur est en outre attirée sur ce que ces questions peuvent se poser non seulement du vivant de la mère mais aussi après son décès. Or, même si elles sont fortement réduites et peuvent être vouées à l'échec par une décision négative de la mère, les possibilités pour l'enfant, aménagées par la proposition, de prendre connaissance des données identifiantes de sa mère supposent que celle-ci soit encore en vie ³⁷.

Sur ce point, on peut relever que le décès de la mère ne fait nullement disparaître l'intérêt de l'enfant à connaître ses origines. Indépendamment de la solution qui, à la lumière des considérations qui précèdent, sera donnée quant à l'accès aux données identifiantes de la mère, il ne paraît pas justifié au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 22 de la Constitution (droit à la vie privée et familiale) d'admettre qu'un éventuel veto soit prolongé indéfiniment après le décès de la mère sans autre possibilité de mise en balance des intérêts. C'est l'inverse à tout le moins qu'il faudrait prévoir, comme dans la législation française : si la mère vient à décéder, elle est censée accepter que son identité soit révélée si l'enfant en fait la demande, à moins qu'elle n'ait expressément stipulé le contraire dans une déclaration écrite ³⁸.

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

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

Bien que le droit à la vie privée de la mère ne soit plus en cause après son décès ³⁹, on peut néanmoins soutenir que le droit à la vie familiale des enfants de la mère peut être en cause. Il convient de prévoir un dispositif prévoyant que si la mère a indiqué qu'elle souhaitait rester anonyme même après sa mort, les héritiers de la mère puissent défendre ce point de vue devant le juge, notamment à la lumière de leurs propres intérêts.

ascendants directs, à savoir les parents, son poids en relation avec d'autres intérêts diminue en fonction de l'éloignement dans le degré de parenté. Il appartient à chaque État de ménager son ordre juridique interne en utilisant la marge d'appréciation dont il dispose pour pondérer les intérêts en conflit dans chaque cas d'espèce. Un des moyens d'effectuer cette pondération est la réglementation des conditions d'octroi de la capacité pour agir dans les demandes de reconnaissance de paternité ».

³⁷ Note de bas de page 35 de l'avis cité : Article 62^{quater}, § 9, proposé du Code civil (article 5 de la proposition).

³⁸ Note de bas de page 36 de l'avis cité : Voir Cour eur. dr. h., *Odièvre c. France*, 13 février 2003, § 17, pour un aperçu de la législation française en vigueur à l'époque de cet arrêt.

³⁹ Voy. Cour eur. D.H., décision du 15 juin 2006, *Succession Kresten Filtenborg Mortensen c. Danemark*, req. N° 1338/03 ; Cour eur. D.H., 13 juillet 2006, *Jaggi c. Suisse*, § 42.

8.3.7. Septièmement, il s'imposerait de préciser davantage, dans la loi elle-même, les éléments essentiels de la notion de « données nécessaires au suivi de l'état de santé, des antécédents médicaux de l'enfant et de sa famille », telle qu'elle est visée par l'article 43/3, § 2, alinéa 1^{er}, proposé de l'ancien Code civil, et d'en donner des exemples dans les travaux préparatoires. En effet, à la lumière du principe de légalité en matière de traitement des données à caractère personnel, consacré par l'article 22 de la Constitution, les catégories de données traitées, entre autres, doivent être déterminées par la loi ⁴⁰. En outre, ces catégories doivent être définies de manière suffisamment précise, ce qui n'est pas le cas pour la disposition proposée. Dès lors, il y a lieu de prévoir une énumération suffisamment précise et exhaustive des catégories visées de données à caractère personnel. Pour la détermination des aspects plus secondaires, une habilitation pourrait être donnée au Roi.

8.3.8. Enfin, il convient de prévoir que, lorsque la mère renonce à sa décision conformément à ce que prévoit l'article 43/1, § 1^{er}, proposé de l'ancien Code civil, les données qui auraient éventuellement été enregistrées dans l'intervalle seront immédiatement détruites.

D. Les droits du père ou de la coparente

9. S'agissant des droits du père et de la coparente, la proposition soulève deux séries de difficultés. La première concerne le dépôt et la conservation de données identifiantes relatives au père biologique ou à la coparente (1). La seconde concerne les droits reconnus à ces derniers dans le contexte de l'accouchement discret (2).

1. Les données relatives au père biologique ou à la coparente

10. L'article 43/3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, b), proposé de l'ancien Code civil prévoit que le registre conservé au tribunal de la famille contient notamment, « éventuellement », le nom, les prénoms et le domicile du père ou de la coparente, ainsi que l'année, le jour et le lieu de naissance de celui-ci ou de celle-ci.

L'enregistrement, la conservation et le traitement de telles données constituent une ingérence dans le droit au respect de la vie privée dont la section de législation n'aperçoit pas la justification. De deux choses l'une, en effet. Soit la filiation du père ou de la coparente est d'ores et déjà établie vis-à-vis de l'enfant concerné et est dès lors connue de celui-ci, en sorte que l'enregistrement des données précitées n'a aucune utilité. Soit la filiation du père ou de la coparente vis-à-vis de l'enfant concernée n'est pas établie et, dans ce cas, lorsqu'il n'y a pas de consentement de l'intéressé(e) à la mention de celles-ci, on n'aperçoit pas ce qui peut certifier la fiabilité des informations concernées. L'équilibre des intérêts en cause peut seulement être réalisé par les voies du droit commun qui permettent à l'enfant de faire établir sa filiation.

⁴⁰ Avis C.E. 68.936/AG du 7 avril 2021 sur un avant-projet devenu la loi du 14 août 2021 'relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique', *Doc. parl.*, Chambre, 2020-21, n° 55-1951/001, p. 119.

2. Les droits du père ou de la coparente dans le contexte de l'accouchement discret

11.1. Selon les développements, il est prévu un système dans le cadre duquel le père biologique ou la coparente peuvent introduire une demande de filiation à l'égard de l'enfant par le mécanisme de reconnaissance paternelle ou comaternelle mais qui empêche cependant ces derniers de former opposition à la décision de la mère d'accoucher dans la discrétion. Cette reconnaissance devra être effectuée dans un délai de deux mois après la naissance de l'enfant.

11.2. Les droits ainsi reconnus forment l'objet de l'article 9 de la proposition, lequel ajoute un alinéa supplémentaire à l'article 328, § 1^{er}, de l'ancien Code civil, ainsi libellé : « La reconnaissance peut être faite à l'égard d'un enfant né dans le cadre de l'article 43/1, § 1^{er}. La demande est recevable dans le même délai que celui fixé à l'article 43/1, § 1^{er} ».

Dans cette rédaction, cette disposition n'est pas claire sur différents points.

12.1. Premièrement, et aux fins de lisibilité du dispositif, il conviendrait de faire de celui-ci, non pas un alinéa nouveau de l'article 328, § 1^{er}, de l'ancien Code civil, mais bien un paragraphe à part entière de cette disposition.

12.2. Deuxièmement, il n'est pas précisé qui peut reconnaître l'enfant et si ce droit revient uniquement à l'époux ou à la coparente ou éventuellement aussi à la personne qui prétend être le père. Il y a lieu de préciser ce point.

12.3. Troisièmement, on n'aperçoit pas clairement comment cette disposition s'articule avec les autres dispositions de l'ancien Code civil. Ainsi, la question se pose de savoir comment cette disposition s'articule avec l'article 325/4 proposé (article 7 de la proposition de loi), selon lequel la demande de reconnaissance par la coparente est irrecevable si la mère a accouché dans la discrétion et si elle n'a pas renoncé à cette décision dans les deux mois qui suivent la naissance.

12.4. Quatrièmement, il apparaît que ni l'article 9 de la proposition ni aucune autre disposition de celle-ci n'apportent de réponse à une série de questions, comme la question de savoir si le fait que le père se présente dans l'établissement ou si d'autres circonstances suffisent pour admettre qu'il y a possession d'état au regard de l'article 324 de l'ancien Code civil et de savoir ce qui est possible si le père n'a pas connaissance (à temps) de la naissance. Cette observation a déjà été formulée dans l'avis 46.052/AG :

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

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

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

III.A.6.4. Dans une première hypothèse, le père ou celui qui se prétend tel a connaissance de l'«accouchement discret», ne fût-ce que, par exemple, parce qu'il s'est présenté conjointement avec la mère à l'établissement qui a procédé à l'accouchement. En cas de reconnaissance, l'article 329bis du Code civil requiert en principe le consentement de la mère si celle-ci est connue. On pourrait éventuellement soutenir que la mère se trouve dans l'impossibilité d'exprimer sa volonté⁴¹ ou même qu'elle n'est pas officiellement connue.

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

La proposition doit régler ces questions.

III.A.6.5. Dans une deuxième hypothèse, le père ou celui qui se prétend tel ignore la naissance de son enfant, ce qui rendra impossible la reconnaissance⁴². Or, comme la Cour européenne des droits de l'homme l'a jugé, des mécanismes qui, par exemple, permettent d'abandonner ou de placer un enfant en vue de son adoption peu après sa naissance à l'insu et sans le consentement de son père naturel violent le droit à la vie privée de ce dernier, qui ne pourra que difficilement faire valoir ses droits, cette difficulté augmentant au fur et à mesure que le temps passe et que l'enfant s'intègre dans sa famille d'adoption⁴³. On peut dès lors se demander si le droit au respect de la vie privée et familiale des pères d'enfants nés d'un «accouchement discret», mais également le droit de ces enfants de voir établie au moins leur filiation paternelle, n'imposent pas la mise sur pied d'un mécanisme permettant à ceux qui souhaitent reconnaître leur enfant ou compléter une reconnaissance faite avant leur naissance de pouvoir identifier ces derniers⁴⁴. Un tel mécanisme établirait un meilleur équilibre entre les intérêts en présence que ne le fait la proposition examinée ».

Ces observations valent *mutatis mutandis* pour la proposition à l'examen. Des problèmes analogues concernant la coparente devraient également être réglés par la loi.

⁴¹ Note de bas de page 42 de l'avis cité : Article 329bis, § 3, du Code civil.

⁴² Note de bas de page 43 de l'avis cité : C. Neirinck, « L'accouchement sous X : le fait et le droit », *Sem. jur.*, 1996, I, 3922, n^{os} 9 et 10, pp. 151 et 152.

⁴³ Note de bas de page 44 de l'avis cité : Cour eur. dr. h., *Keegan c. Irlande*, 26 mai 1994; *Görgülü c. Allemagne*, 26 février 2004.

⁴⁴ Note de bas de page 45 de l'avis cité : L'article 62-1 du Code civil français dispose que, "[s]i la transcription de la reconnaissance paternelle s'avère impossible, du fait du secret de son identité opposé par la mère, le père peut en informer le procureur de la République. Celui-ci procède à la recherche des date et lieu d'établissement de l'acte de naissance de l'enfant ».

12.5. Enfin, la proposition de loi ne contient aucune disposition permettant à l'homme de faire obstacle à l'établissement de plein droit de sa filiation en vertu de l'article 315 de l'ancien Code civil et à une action en recherche de paternité lorsqu'il est réellement le père ⁴⁵. La proposition de loi prévoit cependant cette possibilité pour la mère (article 6) et la coparente (article 8). Par analogie avec ce qu'elle avait d'ores et déjà énoncé dans l'avis n° 46.052/AG précité, la section de législation estime que le législateur doit pouvoir justifier cette différence de traitement à la lumière des articles 10 et 11 de la Constitution et de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme.

E. Le droit de la mère de faire établir sa filiation

13. La question se pose de savoir si la mère, dans certains cas – par exemple, lorsque l'enfant n'a pas encore de parents juridiques –, ne devrait pas néanmoins avoir la possibilité de reconnaître encore l'enfant, à la condition que, conformément à ce qu'exige l'article 313, § 2, de l'ancien Code civil, les autres conditions de l'article 329bis de l'ancien Code civil soient remplies. Les articles 5 et 6 de la proposition excluent de manière absolue une telle possibilité au-delà d'un délai de deux mois succédant à la naissance. Cette exclusion doit cependant être mieux justifiée.

A cet égard, le Conseil constitutionnel français, par sa décision n° 2019-826 QPC du 7 février 2020, a validé l'article L. 224-6 du Code civil français, selon lequel, dans les deux mois de l'accouchement, « les père et mère peuvent reconnaître l'enfant et le reprendre immédiatement, sans aucune formalité. Au-delà de ce délai, la décision d'accepter ou de refuser la restitution d'un pupille de l'État, qui peut être contestée devant le tribunal judiciaire, est prise par le tuteur, avec l'accord du conseil de famille » (point 7 de la décision). Selon le Conseil, « D'une part, en prévoyant qu'un enfant sans filiation ne peut être placé en vue de son adoption qu'à l'issue d'un délai de deux mois à compter de son recueil, le législateur a entendu concilier l'intérêt des parents de naissance à disposer d'un délai raisonnable pour reconnaître l'enfant et en obtenir la restitution et celui de l'enfant dépourvu de filiation à ce que son adoption intervienne dans un délai qui ne soit pas de nature à compromettre son développement. D'autre part, la reconnaissance d'un enfant pourrait faire obstacle à la conduite de sa procédure d'adoption. En interdisant qu'une telle reconnaissance intervienne postérieurement à son placement en vue de son adoption, le législateur a entendu garantir à l'enfant, déjà remis aux futurs adoptants, un environnement familial stable » (point 9). Il conclut : « Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la conciliation qu'il y a lieu d'opérer, dans l'intérêt supérieur de l'enfant remis au service de l'aide sociale à l'enfance, entre le droit des parents de naissance de mener une vie familiale normale et l'objectif de favoriser l'adoption de cet enfant, dès lors que cette conciliation n'est pas manifestement déséquilibrée » (point 11).

⁴⁵ Voir aussi C.E. avis n°46.052, III.A.6.8 : « III.A.6.8. La proposition examinée permet également à la femme de faire obstacle à l'établissement de plein droit de la filiation de l'enfant qu'elle a mis au monde et à l'établissement de la filiation de l'enfant par une action en recherche de maternité. Or, aucune disposition ne permet à l'homme de faire obstacle à l'établissement de plein droit de sa filiation en vertu de l'article 315 du Code civil (49) et à une action en recherche de paternité s'il est réellement le père. Il appartient au législateur de pouvoir justifier cette différence de traitement au regard des articles 10 et 11 de la Constitution et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme ».

EXAMEN DU TEXTE

OBSERVATION GÉNÉRALE

14. Les articles 43/1, 43/2 et 43/3, proposés, de l'ancien Code civil (articles 2 à 4 de la proposition) visent à instaurer un dispositif qui déroge partiellement au dispositif relatif aux mentions dans l'acte de naissance. Ce dernier dispositif figure toutefois à l'article 44, et non à l'article 43, de l'ancien Code civil. Les articles à insérer doivent dès lors être renumérotés en articles 44/1, 44/2 et 44/3 et les références à l'article 43 doivent être remplacées par des références à l'article 44. De même, les références à l'article 43/1 dans les articles 5 à 10 et 12 de la proposition seront adaptées.

Article 2

15. L'article 43/1 (lire : 44/1), § 2, proposé, de l'ancien Code civil dispose que les nom, prénoms et domicile « de la mère et *éventuellement* du père ou de la coparente » (italiques ajoutés) ne sont pas mentionnés dans l'acte de naissance lorsque la mère décide d'accoucher dans la discrétion. Toutefois, il n'est pas certain que tel est le souhait du père et de la coparente lorsque ceux-ci ont préalablement reconnu l'enfant et ont ainsi expressément marqué leur accord avec le lien de filiation avec l'enfant. À cet égard, il est renvoyé à l'observation 12.4.

Article 3

16. Dans l'article 43/2 (lire : 44/2), § 1^{er}, proposé, de l'ancien Code civil, on écrira chaque fois « l'accouchement dans la discrétion » au lieu de « l'accouchement ».

17. L'article 43/2 (lire : 44/2) de l'ancien Code civil proposé prévoit la notification de l'accouchement discret aux autorités compétentes en matière d'adoption ainsi qu'à l'officier d'état civil de la commune sur le territoire de laquelle l'enfant est né, au plus tard le lendemain de la naissance (paragraphe 1^{er}). La même disposition prévoit par ailleurs que la déclaration de naissance de l'enfant est faite par les autorités compétentes en matière d'adoption à l'officier d'état civil, sans mentionner les données identifiantes des parents biologiques, déclaration qui doit être faite dans les quinze jours de la naissance (paragraphe 2).

Compte tenu de ce que cette formalité peut devoir être accomplie, selon la disposition proposée, par la mère, le père ou la coparente ou les médecins, les sages-femmes ou les autres personnes qui ont assisté à l'accouchement ou par la personne chez qui l'accouchement a eu lieu, ce qui présente une charge pour les personnes concernées, il y a lieu de s'interroger, dans un souci de simplification administrative, sur la nécessité de prévoir une obligation de notification tant à l'égard des autorités compétentes en matière d'adoption qu'à l'égard de l'officier d'état civil. Il y aurait lieu d'examiner s'il n'est pas plus adéquat de ne prévoir cette formalité qu'à l'égard de l'une seule d'entre elles, quitte à ce que celle-ci soit chargée des notifications ultérieures à d'autres autorités si elles s'avèrent nécessaires.

Par ailleurs, la section de législation ne perçoit pas la distinction opérée entre l'acte de notification de l'accouchement et la déclaration de naissance alors qu'un seul et même acte pourrait emporter le contenu et les conséquences que les auteurs entendent attacher à ces deux actes.

Article 4

18. L'article 43/3 (lire : 44/3), § 1^{er}, proposé, de l'ancien Code civil (article 4 de la proposition) ne précise pas qui doit fournir les informations énumérées dans cette disposition ⁴⁶ au tribunal de la famille, afin que celles-ci soient conservées dans le registre. Il y a lieu d'y remédier.

Sauf s'il existe des garanties suffisantes concernant la transmission en temps utile de ces informations au tribunal de la famille, des sanctions (administratives) devraient également être prévues en cas d'absence de transmission (en temps utile) de ces informations.

19. L'article 43/3 (lire : 44/3), § 2, alinéa 1^{er}, b) et c), proposé, de l'ancien Code civil dispose que les autorités compétentes en matière d'adoption informent « la mère et *éventuellement* le père ou la coparente » (italiques ajoutés), de la demande de l'enfant d'accéder aux données le concernant et prévoit une possibilité d'opposition à cette demande. On aperçoit mal pourquoi cette possibilité est donnée au père et à la coparente, lorsqu'ils ont préalablement reconnu l'enfant et ont donc expressément marqué leur accord avec le lien de filiation avec l'enfant.

20. Selon l'article 43/3 (lire : 44/3), § 3, proposé, de l'ancien Code civil, les données à caractère personnel conservées par le tribunal ne peuvent être utilisées à d'autres fins que celles pour lesquelles elles ont été conservées. Une telle disposition paraphrase inutilement l'article 5, paragraphe 1, b), du règlement (UE) 2016/679 et sera par conséquent omise.

Article 10

21. Conformément à l'article 348/4 (lire : 348-4), proposé, de l'ancien Code civil, il existe une présomption de consentement à l'adoption dans le chef de la mère qui a décidé d'accoucher dans la discrétion et qui n'a pas renoncé à cette décision dans les deux mois qui suivent la naissance.

Ainsi que le Conseil d'État l'a déjà observé dans l'avis 46.052/AG précité ⁴⁷, il est inutile de prévoir une telle présomption, dès lors que la maternité n'est pas établie au moment de l'adoption par la décision même d'accoucher dans la discrétion, la mère ne pouvant pas non plus procéder à la reconnaissance et aucune action en recherche de maternité n'étant pas non plus possible (voir les articles 5 et 6 de la proposition).

⁴⁶ En ce qui concerne l'enregistrement du sexe, voir C.C., 19 juin 2019, n° 99/2019.

⁴⁷ *Doc. parl.*, Sénat, 2008-2009, n° 4-1138/2, p. 27.

En outre, la question se pose de savoir si une telle présomption est compatible avec l'article 4 de la Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, signée à La Haye le 29 mai 1993, et avec l'article 5 de la Convention européenne en matière d'adoption des enfants, faite à Strasbourg le 27 novembre 2008. Ces deux dispositions conventionnelles sont en effet fondées sur le consentement écrit et éclairé, entre autres, de la mère.

En conclusion, l'article 10 doit être omis de la proposition.

Article 11

22. L'article 11 de la proposition contient une disposition autonome, qu'il serait préférable d'insérer, par le biais d'une disposition modificative, dans la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994, en y ajoutant évidemment une référence à l'article 43/1 (lire : 44/1), proposé, de l'ancien Code civil.

*

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten ‘op de Raad van State’, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek toegespitst op de rechtsgrond van het voorontwerp,[‡] de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

*

STREKKING VAN HET VOORSTEL

1. Het wetsvoorstel strekt ertoe een zogenaamde discrete bevalling mogelijk te maken, wat inhoudt dat een vrouw kan beslissen om te bevallen zonder dat haar naam, voornamen en woonplaats en in voorkomend geval van de vader of de meemoeder worden opgenomen in de geboorteakte. Zij kan afzien van die beslissing binnen twee maanden na de geboorte van het kind, in welk geval een nieuwe geboorteakte wordt opgesteld (voorgesteld artikel 43/1 van het Oud Burgerlijk Wetboek¹ – artikel 2 van het voorstel). Indien de naam van de moeder niet vermeld staat in de akte van geboorte wordt zij, twee maanden na de geboorte van het kind, geacht toestemming te hebben gegeven voor de adoptie van het kind, indien zij op dat moment niet heeft afgezien van haar beslissing tot discrete bevalling (voorgesteld artikel 384/4, tweede lid, van het Oud Burgerlijk Wetboek – artikel 10 van het voorstel).

De Koning wordt gemachtigd om de terugbetaling te regelen aan de betrokken zorginstelling van de kosten van de discrete bevalling en van de kosten van de opvang van het betrokken kind zolang het geen recht geniet in de ziekte- en invaliditeitsverzekering (artikel 11 van het voorstel).

Het kind dat in België wordt geboren na een discrete bevalling heeft de Belgische nationaliteit zolang de moeder niet afziet van haar beslissing tot discrete bevalling en in afwachting van de eventuele verkrijging van een andere nationaliteit of van de Belgische nationaliteit door adoptie (voorgesteld artikel 11, eerste lid, 3°, van het Wetboek van de Belgische Nationaliteit – artikel 12 van het voorstel).

De erkenning van een kind dat geboren is na een discrete bevalling is mogelijk, maar het verzoek moet worden ingediend binnen twee maanden na de geboorte (voorgesteld artikel 328, § 1, tweede lid, van het Oud Burgerlijk Wetboek – artikel 6 van het voorstel). De erkenning door de moeder en de vordering tot onderzoek naar het moederschap zijn niet meer mogelijk wanneer de moeder niet binnen twee maanden na de geboorte van het kind heeft afgezien van de beslissing tot discrete bevalling (voorgestelde artikelen 313, § 2, en 314, tweede lid, van het Oud Burgerlijk Wetboek – artikelen 5 en 6 van het voorstel). Dat geldt ook voor de erkenning door de eventuele

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

¹ Sinds de inwerkingtreding van artikel 2, tweede lid, van de wet van 13 april 2019 ‘tot invoering van een Burgerlijk Wetboek en tot invoeging van boek 8 ‘Bewijs’ in dat Wetboek’ staan de bepalingen waarop het voorstel betrekking heeft, in het “Oud Burgerlijk Wetboek”. De inleidende zin van artikel 2 van het voorstel van wet moet dienovereenkomstig worden geredigeerd.

meemoeder en de vordering tot onderzoek naar het meemoederschap (voorgestelde artikelen 325/4, derde lid, en 325/8, tweede lid, van het Oud Burgerlijk Wetboek – artikelen 7 en 8 van het voorstel).

Er wordt voorzien in een procedure waarbij de gegevens van het kind bewaard worden in een daartoe aangelegd register bij de familierechtbank. Het kind krijgt onder passende psychosociale begeleiding toegang tot deze gegevens vanaf de leeftijd van twaalf jaar. De moeder en eventueel de vader of meemoeder kunnen zich verzetten tegen het verzoek tot kennisname van de gegevens binnen de maand die volgt op de kennisgeving van het verzoek. De rechter gaat dan na of bepaalde gegevens niet toegankelijk moeten worden gesteld van het kind. Bij overlijden van de biologische moeder, en eventueel van de biologische vader of van de meemoeder blijft de toegang tot de gegevens toegankelijk (voorgestelde artikelen 43/2 en 43/3 van het Oud Burgerlijk Wetboek – artikelen 3 en 4 van het voorstel).

De aan te nemen wet treedt in werking op de eerste dag van de zesde maand die volgt op de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad (artikel 13 van het voorstel).

VOORAFGAANDE OPMERKING

2. Op 21 april 2009 heeft de Raad van State advies 46.052/AV² gegeven over een voorstel van wet ‘betreffende de discrete bevalling’³ met een gelijkaardige strekking als het thans om advies voorgelegde voorstel.⁴ Er kan dan ook tevens worden verwezen naar dat advies, dat nog steeds actueel is, ook al zijn er een aantal verschilpunten met de thans voorgestelde regeling en zijn er een paar nieuwe ontwikkelingen in de relevante rechtspraak, waarop nader wordt ingegaan in het huidige advies.

VORMVEREISTEN

3. Onder meer in het voorgestelde artikel 43/3 van het Oud Burgerlijk Wetboek (artikel 4 van het voorstel) wordt de verwerking van bepaalde persoonsgegevens geregeld.

Artikel 36, lid 4, van verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 ‘betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming)’, gelezen in samenhang met artikel 57, lid 1, c), overweging 96 van die verordening en artikel 2, tweede lid, van de wet van 30 juli 2018 ‘betreffende de bescherming van natuurlijke personen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens’, voorziet in een verplichting om de toezichthoudende autoriteit, in dit geval de Gegevensbeschermingsautoriteit bedoeld in de wet van 3 december 2017 ‘tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit’, te raadplegen bij het opstellen van een

² Adv.RvS 46.052/AV van 21 april 2009, *Parl.St.* Senaat 2008-09, nr. 4-1138/2.

³ *Parl.St.* Senaat 2008-09, nr. 4-1138/1.

⁴ Overigens wordt op dezelfde dag als dit advies ook advies 70.158/AV gegeven over een voorstel van wet ‘tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat betreft de discrete bevalling’ (*Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 55-841/001).

voorstel voor een door een nationaal parlement vast te stellen wetgevingsmaatregel, of een daarop gebaseerde regelgevingsmaatregel in verband met verwerking.

Het advies van de Gegevensbeschermingsautoriteit moet bijgevolg nog worden ingewonnen vooraleer het voorstel doorgang kan vinden.

BEVOEGDHEID

4. Het voorgestelde artikel 43/2, § 2, van het Oud Burgerlijk Wetboek (artikel 3 van het voorstel) bepaalt dat bij een discrete bevalling “de inzake adoptie bevoegde autoriteit” aangifte doet van de geboorte van het kind bij de ambtenaar van de burgerlijke stand van de gemeente waar het kind geboren is. Volgens het voorgestelde artikel 43/3, § 2, eerste lid, van het Oud Burgerlijk Wetboek (artikel 4 van het voorstel) waarborgt “[d]e inzake adoptie bevoegde autoriteit” onder bepaalde voorwaarden dat aan het kind toegang wordt verleend tot de gegevens die zijn opgenomen in het register bewaard door de familierechtbank.

4.1. Allicht wordt met “de inzake adoptie bevoegde autoriteit” de federale centrale autoriteit in artikel 360-1, 2°, van het Oud Burgerlijk Wetboek bedoeld. Dit moet worden verduidelijkt in de tekst van het voorstel.

4.2. De voorgelegde regeling moet evenwel ook rekening houden met het samenwerkingsakkoord van 12 december 2005 tussen de Federale Staat, de Vlaamse Gemeenschap, de Franse Gemeenschap, de Duitstalige Gemeenschap en de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie ‘inzake de tenuitvoerlegging van de wet van 24 april 2003 tot hervorming van de adoptie’,⁵ dat onder meer voorziet in een regeling inzake het verzamelen en inzake een aantal aspecten van de bewaring van gegevens, waaronder ook gegevens in verband met de herkomst van de geadopteerde kunnen vallen. In dat samenwerkingsakkoord wordt evenwel niet bepaald hoelang die gegevens bewaard moeten worden noch op welke wijze de geadopteerde toegang kan verkrijgen tot die gegevens.

In advies 64.505/2/VR⁶ wordt in dat verband het volgende uiteengezet:

“Selon une jurisprudence constante ⁷, l'autorité fédérale est compétente pour déterminer les règles de droit civil relatives au statut des mineurs et de la famille, telles

⁵ Waarmee voor de federale overheid instemming is verleend bij de wet van 19 april 2006 ‘houdende instemming met het samenwerkingsakkoord tussen de Federale Staat, de Vlaamse Gemeenschap, de Franse Gemeenschap, de Duitstalige Gemeenschap en de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie inzake de tenuitvoerlegging van de wet van 24 april 2003 tot hervorming van de adoptie’.

⁶ Adv.RvS 64.505/2/VR van 13 december 2018 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van de Franse Gemeenschap van 12 juni 2019 ‘modifiant le décret du 31 mars 2004 relatif à l'adoption’, *Parl.St.* Parl.F.Gem. 2018-19, nr. 776/1, 39-40 (opmerking 6).

⁷ Voetnoot 11 van het geciteerde advies: Avis n° 25.913/8 donné le 21 janvier 1997 sur un avant-projet devenu le décret du Conseil flamand du 15 juillet 1997 ‘relatif à l'adoption internationale’ (*Doc. parl.*, Parl. fl., 1996-1997, n° 677/001, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/25913.pdf>), n° 28.953/4 donné le 26 mai 1999 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française ‘relatif à l'agrément des organismes d'adoption’ (<http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/28953.pdf>), n° 30.036/2 donné le 29 mai 2000 sur un avant-projet devenu la loi du 24 avril 2003 ‘réformant l'adoption’ et la loi du 13 mars 2003 ‘modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne l'adoption’ (*Doc. parl.*, Chambre, 2000-2001, n° 1367/001, pp. 146 à 159, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/30036.pdf>), n° 36.407/4 donné le 9 février 2004 sur un avant-projet devenu le décret de la Communauté française du 31 mars 2004

qu'elles sont établies par le Code civil et les lois qui le complètent (voir l'article 5, § 1^{er}, II, 6°, a), de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles'). Les dispositions de droit judiciaire qui se situent dans le prolongement des règles du Code civil en cette matière relèvent également de la compétence de l'autorité fédérale. Les communautés sont, quant à elles, compétentes pour l'accompagnement et l'assistance des personnes concernées par le processus d'adoption (candidats adoptants, adoptants, personnes faisant l'objet du projet d'adoption, adoptés).

Il appartient par conséquent au législateur fédéral d'énoncer les conditions d'admissibilité, d'octroi et de retrait de l'adoption, les règles de procédures y relatives et les conséquences de l'adoption sur le statut des mineurs et de la famille. Fait partie de ces règles la réglementation du principe du droit à la consultation des données liées aux origines de l'enfant, notamment celles relatives à l'identité de sa mère et de son père, ainsi que les données sur le passé médical de l'enfant et de sa famille.

Les communautés peuvent, quant à elles, mener des politiques d'aide, d'accompagnement ou d'assistance des candidats adoptants et des adoptés concernés, dans le respect des règles de fond, de forme et de procédure qu'instaure la loi civile. C'est ainsi qu'à l'heure actuelle les communautés interviennent dans le cadre de la préparation des candidats adoptants et lors de la réalisation d'une enquête sociale relative à l'aptitude de ces derniers en cas d'adoption d'un mineur, lors de l'établissement de rapports concernant les enfants adoptables à destination des États d'accueil dans l'hypothèse d'une adoption internationale, lors de l'apparement et lors du suivi post-adoptif.

Lors d'une adoption, les autorités – tant fédérales que communautaires – qui interviennent dans son établissement ont accès à des informations concernant l'origine de l'adopté. Dans cette matière, l'ensemble de ces autorités est donc concerné par la collecte et la conservation de ces données. À cet égard, c'est le législateur fédéral qui est compétent pour imposer le principe de la collecte et de la conservation des données relatives aux origines des personnes adoptées et pour arrêter les conditions de fond essentielles relatives à l'accès et à la consultation de ces informations et c'est aux communautés qu'il revient de mettre ces principes en œuvre au regard des dossiers qu'elles détiennent et des autorités qui relèvent de leurs compétences, dans le respect des conditions de fond, de forme et de procédure qu'instaure la loi civile de source fédérale et les règles applicables en matière de protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel.”

Uit het voorgaande volgt dat de federale overheid bevoegd is voor de aangehaalde voorgestelde bepalingen.

‘relatif à l'adoption’ (*Doc. parl.*, Parl. Comm. fr., 2003-2004, n° 509/001, pp. 38 à 45, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/36407.pdf>), n° 38.387/3 donné le 31 mai 2005 sur un avant-projet devenu le décret de la Communauté germanophone du 21 décembre 2005 ‘relatif à l'adoption’ (*Doc. parl.*, Parl. Comm. germ., 2004-2005, n° 42/001, pp. 16 à 21, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/38387.pdf>), n° 38.962/4-2V donné le 26 septembre 2005 sur un avant-projet devenu le décret de la Communauté française du 17 février 2006 ‘portant assentiment à l'accord de coopération du 12 décembre 2005 entre l'État fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française, la Communauté germanophone et la Commission communautaire commune, relatif à la mise en œuvre de la loi du 24 avril 2003 réformant l'adoption’ (*Doc. parl.*, Parl. Comm. fr., 2005-2006, n° 205/001, pp. 20 à 37, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/38962.pdf>), n°s 49.091/VR et 49.092/VR donnés le 25 janvier 2011 sur une proposition de loi ‘complétant l'article 346-2 du Code civil, concernant l'aptitude à l'adoption’ (*Doc. parl.*, Sénat, 2010, n° 167/002, pp. 1 à 6, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/49091.pdf>) et n° 53.516/4 donné le 8 juillet 2013 sur un avant-projet devenu le décret de la Communauté française du 5 décembre 2013 ‘modifiant le décret du 31 mars 2004 relatif à l'adoption’ (*Doc. Parl.*, Parl. Comm. fr., 2013-2014, n° 556/001, pp. 51 à 65, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/53516.pdf>).

Zoals reeds in het voormelde advies is uiteengezet,⁸ is het wenselijk dat, gelet op de bevoegdheden van de gemeenschappen ter zake, een samenwerkingsakkoord zou worden gesloten tussen de federale overheid en de gemeenschappen met betrekking tot de toegang tot de betrokken gegevens voor de instanties die onder hun respectieve bevoegdheden ressorteren. Enkel op die manier kunnen de gemeenschappen binnen hun materiële bevoegdheden daadwerkelijk instaan voor de psychosociale begeleiding, waarvan gewag wordt gemaakt in het voorgestelde artikel 43/3, § 2, eerste lid, bij het waarborgen van de toegang tot de gegevens die bewaard worden in het register bij de familierechtbank.

ALGEMENE OPMERKINGEN

5. Bij het beoordelen van het wetsvoorstel dienen achtereenvolgens te worden onderzocht: het beginsel zelf van het discreet bevallen (B), de mogelijkheid van het kind om gegevens met betrekking tot de moeder te vernemen (C), de rechten van de vader of meemoeder (D) en het recht van de moeder die discreet is bevallen om naderhand haar afstammingsband met het kind te doen vaststellen (E). Maar eerst dient het juridische kader van die kwesties opnieuw nader te worden omschreven (A).

A. Het kader geboden door de internationale en Europese teksten inzake bescherming van de rechten en vrijheden

6.1. In het licht van de destijds beschikbare gegevens uit de rechtspraak – en met name van het arrest *Odièvre v. Frankrijk* van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van 13 februari 2003⁹ – heeft de Raad van State in het voornoemde advies 46.052/AV al kunnen uiteenzetten welke beginselen van toepassing zijn op de problematiek en op het conflict tussen grondrechten waartoe die aanleiding kan geven. Er wordt verwezen naar de beginselen die evenzo worden uiteengezet in het vervolg van dit advies. In advies 46.052/AV werd met name opgemerkt dat het belang van het kind niet automatisch en in alle gevallen een discrete bevalling in de weg staat.¹⁰ Bovendien wordt in het voornoemde advies 46.052/AV erop gewezen dat het Europees Hof aan de staten een ruime beoordelingsmarge wil toekennen op het vlak van de arbitrage met betrekking tot de in het geding zijnde conflicterende rechten.¹¹ De Raad van State had echter opgemerkt dat de redenen om een zo ruime appreciatiemarge te laten aan de staten, niet bestaan op het nationale vlak.¹²

⁸ *Ibid.*, 42 (opmerkingen 8 en 9).

⁹ EHRM 13 februari 2003, *Odièvre v. Frankrijk*.

¹⁰ Zie de punten III.A.3.1-III.A.3.2 van het advies: “[Het] kan niet worden uitgesloten dat sommige Staten ervan kunnen uitgaan dat de verplichting die op hen rust, krachtens artikel 3, lid 2, van het Verdrag inzake de rechten van het kind, om ‘alle passende wettelijke en bestuurlijke maatregelen te nemen’ ten einde ‘het kind te verzekeren van de bescherming en de zorg die nodig zijn voor zijn of haar welzijn’, kan reiken tot het instellen van een regeling van ‘discrete bevalling’. In dit opzicht is in artikel 9, lid 1, van het Verdrag ook sprake van misbruik of van verwaarlozing van het kind dat kan wettigen dat het van zijn ouders gescheiden wordt (...)”.

¹¹ EHRM 13 februari 2003, *Odièvre v. Frankrijk*, §§ 46-48.

¹² Onlangs heeft de Raad van State van Frankrijk de geldigheid bevestigd, in het licht van artikel 8 van het Verdrag, van de Franse wetgeving die voorziet in “la possibilité de lever le secret de l’identité de la mère de naissance en

6.2. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft de beginselen die in het voornoemde arrest *Odièvre* zijn geformuleerd, nog eens herhaald in zijn arrest *Godelli v. Italië* van 25 september 2012.¹³ In dat arrest heeft het Hof onder meer geoordeeld dat, in het licht van artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, geen billijk evenwicht tussen de in het geding zijnde belangen in acht genomen was, aangezien de betreffende Italiaanse wetgeving niet toestond dat, zodra de moeder had besloten de anonimiteit te bewaren, het geadopteerde en bij de geboorte niet-erkende kind gegevens over zijn afkomst kon vragen die niet tot identificatie leiden, noch kon vragen dat het geheim van de geboorte ongedaan werd gemaakt. Het Hof heeft het volgende gesteld:

“68. En l'espèce, la Cour observe que, contrairement à la situation dans l'affaire *Odièvre* (...), la requérante n'a eu accès à aucune information sur sa mère et sa famille biologique lui permettant d'établir quelques racines de son histoire dans le respect de la préservation des intérêts des tiers. Sans une pesée des droits et des intérêts en présence et sans aucune possibilité de recours, la requérante s'est vue opposer un refus absolu et définitif d'accéder à ses origines personnelles.

69. S'il est vrai que la requérante, qui est âgée aujourd'hui de soixante-neuf ans, a pu construire sa personnalité même en l'absence d'informations quant à l'identité de sa mère biologique, il faut admettre que l'intérêt que peut avoir un individu à connaître son ascendance ne cesse nullement avec l'âge, bien au contraire. La requérante a d'ailleurs démontré un intérêt authentique à connaître l'identité de sa mère, puisqu'elle a tenté d'acquérir une certitude à cet égard. Un tel comportement suppose des souffrances morales et psychiques, même si elles ne sont pas médicalement constatées (...).

70. La Cour note qu'à la différence du système français examiné dans l'arrêt *Odièvre*, la législation italienne ne tente de ménager aucun équilibre entre les droits et les intérêts concurrents en cause. En l'absence de tout mécanisme destiné à mettre en balance le droit de la requérante à connaître ses origines avec les droits et les intérêts de la mère à maintenir son anonymat, une préférence aveugle est inévitablement donnée à cette dernière. Par ailleurs, dans l'arrêt *Odièvre*, la Cour observe que la nouvelle loi du 22 janvier 2002 renforce la possibilité de lever le secret de l'identité et facilite la recherche des origines biologiques grâce à la mise en place d'un Conseil national pour l'accès aux origines personnelles. D'application immédiate, elle permet désormais aux personnes intéressées de solliciter la réversibilité du secret de l'identité de la mère, sous réserve de l'accord de celle-ci (...), ainsi que d'avoir accès à des informations non identifiantes. En Italie, le projet de loi de réforme de la loi no184/1983 est toujours en examen au Parlement depuis 2008 (...).

71. Dans le cas d'espèce, la Cour note que, si la mère biologique a décidé de garder l'anonymat, la législation italienne ne donne aucune possibilité à l'enfant adopté et non reconnu à la naissance de demander soit l'accès à des informations non identifiantes sur ses origines, soit la réversibilité du secret. Dans ces conditions, la Cour estime que l'Italie n'a pas cherché à établir un équilibre et une proportionnalité entre les intérêts des parties concernées et a donc excédé la marge d'appréciation qui doit lui être reconnue”.

permettant de solliciter la réversibilité du secret de son identité sous réserve de l'accord de celle-ci et définissent ainsi un équilibre entre le respect dû au droit à l'anonymat garanti à la mère lorsqu'elle a accouché et le souhait légitime de l'enfant né dans ces conditions de connaître ses origines”: “les dispositions du code de l'action sociale et des familles organisent la possibilité de lever le secret de l'identité de la mère de naissance en permettant de solliciter la réversibilité du secret de son identité sous réserve de l'accord de celle-ci et définissent ainsi un équilibre entre le respect dû au droit à l'anonymat garanti à la mère lorsqu'elle a accouché et le souhait légitime de l'enfant né dans ces conditions de connaître ses origines” (arrêt nr. 420.230 van 16 oktober 2019, overweging 5).

¹³ EHRM 25 september 2012, *Godelli v. Italië*.

6.3. Voorts vestigt de Raad van State de aandacht erop dat, na zijn voornoemde advies van 21 april 2009, het Comité voor de rechten van het kind er meermalen op heeft gewezen dat de discrete bevalling, met name in het licht van artikel 7 van het Verdrag inzake de rechten van het kind, pas als laatste redmiddel kon worden ingevoerd.

In zijn *Observations finales concernant le cinquième rapport périodique de la France* van 23 februari 2016¹⁴ heeft het voornoemde Comité het volgende gesteld:

“Le Comité recommande une fois de plus à l’État partie de prendre toutes les mesures nécessaires pour donner pleinement effet au droit de l’enfant de connaître ses parents biologiques ainsi que ses frères et sœurs et le prie instamment d’adopter les mesures nécessaires pour que toutes les informations concernant le ou les parents soient enregistrées et archivées afin que l’enfant puisse connaître, pour autant que possible et à un moment adéquat, son ou ses parents (...). Il recommande également à l’État partie d’envisager d’abroger la règle selon laquelle l’identité de la mère biologique ne peut être dévoilée que si l’intéressée y consent et de redoubler d’efforts pour s’attaquer aux causes profondes qui poussent les parents à recourir à l’accouchement sous X”.

In zijn *Observations finales concernant les deuxième à quatrième rapports périodiques de la Suisse* van 26 février 2015 heeft het Comité gesteld dat het “invit[ait] instamment l’État partie à interdire l’utilisation des boîtes à bébé, à renforcer et promouvoir les solutions de remplacement déjà existantes et à envisager d’introduire, en dernier recours, la possibilité de naissances confidentielles à l’hôpital”.¹⁵ Onlangs zijn nog identieke conclusies geformuleerd ten aanzien van Polen¹⁶ en de Tsjechische Republiek.¹⁷

Het voorliggende voorstel zal in het licht van het aldus geschetste kader worden onderzocht.

B. Beginsel van discreet bevallen

7.1. In het voornoemde advies 46.052/AV wordt het volgende geopperd:

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

¹⁴ CRC/C/FRA/CO/5, punt 33.

¹⁵ CRC/C/CHE/CO/2-4, punt 35.

¹⁶ CRC/C/POL/CO/3-4 (30 september 2021), punt 23: “The Committee reiterates its previous recommendations⁵ and urges the State party to address the causes of the anonymous abandonment of children, strengthen family support measures and consider introducing, as a last resort, the possibility of confidential hospital births, in order to end the anonymous abandonment of children in ‘baby boxes’”.

¹⁷ CRC/C/CZE/CO/5-6 (30 september 2021), punt 22: “Le Comité engage l’État partie à s’attaquer aux causes de l’abandon anonyme d’enfants, à renforcer les mesures de soutien aux familles et à envisager d’introduire, en dernier recours, la possibilité d’accoucher confidentiellement à l’hôpital, pour mettre fin à l’abandon anonyme d’enfants dans des ‘boîtes à bébé’”.

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

De aan het kind gewaarborgde rechten kunnen in strijd komen met andere rechten of waarden waarvan het openbaar gezag de behoeder is, zoals bepaald wordt in artikel 8, lid 2, van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, dat aldus geredigeerd is : 'Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen'.

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

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

Daarin erkent het 'l'intérêt d'une femme à conserver l'anonymat pour sauvegarder sa santé en accouchant dans les conditions médicales appropriées'¹⁸ en wijst het eveneens op het volgende :

'L'intérêt général n'est pas non plus absent dans la mesure où la loi française s'inscrit, depuis longtemps, dans le souci de protéger la santé de la mère et de l'enfant lors de la grossesse et de l'accouchement, et d'éviter des avortements, en particulier des avortements clandestins, ou des abandons 'sauvages'. Le droit au respect de la vie, valeur supérieure garantie par la Convention, n'est ainsi pas étranger aux buts que recherche le système français'¹⁹.

III.A.3.3. Gelet op wat hierboven uiteengezet is over de verschillen in benadering die van Staat tot Staat kunnen ontstaan wat betreft deze kwesties, de aan de Staten toegekende beoordelingsmarge en de mogelijkheid van een striktere controle in de interne rechtsorde tegenover de in bijkomende orde op Europees niveau uitgevoerde controle²⁰, is het evenwel zaak van de wetgever rekening te houden met de twijfels die kunnen ontstaan over de relevantie van de gebruikmaking van 'discrete bevalling' ten aanzien van de ten gunste ervan aangevoerde doelstellingen.

In dit verband dient o.m. te worden verwezen naar een rapport van Unicef over discreet bevallen waarin staat dat men ter zake tot op heden 'niet echt over objectieve gegevens beschikt' en dat 'een anonieme bevalling het risico op kindermoord, veelal het gevolg van een psychose bij de moeder, niet wegneemt'²¹.

¹⁸ Voetnoot 13 van het geciteerde advies: EHRM, Odièvre t. Frankrijk, § 44.

¹⁹ Voetnoot 14 van het geciteerde advies: EHRM, Odièvre t. Frankrijk, § 45.

²⁰ Voetnoot 15 van het geciteerde advies: Supra, III.A.2.

²¹ Voetnoot 16 van het geciteerde advies: Unicef rapport, *Discrete... Anonieme Bevalling. Welke rechten heeft het kind?* Standpunt Unicef België, januari 2009.

Ook het Comité voor de rechten van het kind van de Verenigde Naties, dat toeziet op de naleving van het Verdrag inzake de rechten van het kind²², heeft voorbehoud gemaakt bij de anonieme bevalling. Zo bijvoorbeeld verzoekt het ‘instamment l’État partie de prendre toutes les mesures nécessaires pour empêcher et éliminer la pratique de l’accouchement dit anonyme’ in zijn slotopmerkingen van 31 maart 2005 over het verslag gepresenteerd door het Groothertogdom Luxemburg^{23 24}.

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

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

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

²² Voetnoot 17 van het geciteerde advies: Voor meer informatie, zie <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/index.htm>

²³ Voetnoot 18 van het geciteerde advies: Comité voor de rechten van het kind, slotopmerkingen over het verslag gepresenteerd door Luxemburg, nr. 29, CRC/C/15/Add.250, 31 maart 2005, http://www.ork.lu/PDFs/droits_enfant.pdf, aangehaald in de originele Engelse versie in P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (eds.), *De hervorming van het afstammingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, blz. 341, en in S. MICHAUX, “L’accouchement sous X au regard de la Convention européenne des droits de l’homme et de la Convention de l’ONU relative aux droits de l’enfant”, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, blz. 313 tot 346, in casu blz. 344; zie ook J. VAN BROECK, “Het recht van een geadopteerde om zijn geboortelouders te kennen - Het bloed kruipt waar het niet gaan kan”, eerdergenoemde noot bij EHRM, *Odièvre t. Frankrijk*, voormeld, *T.B.B.R.*, 2003, blz. 407 tot 423, in casu nr. 11, blz. 410. Zie in dezelfde zin de slotopmerkingen over het verslag gepresenteerd door Oostenrijk, waarin wordt aanbevolen “de prendre toutes les mesures nécessaires pour éviter le recours aux «berceaux d’accueil»” (slotopmerkingen, nr. 30, CRC/C/15/Add.251, 31 maart 2005, <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf>, aangehaald in de originele Engelse versie in P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (eds.), *op. cit.*, blz. 341).

²⁴ Voetnoot 19 van het geciteerde advies: Er moet evenwel op gewezen worden dat, na deze bedenking over het door Luxemburg gepresenteerde verslag, in de slotopmerking ook het volgende staat:

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

Zo ook staat, ten aanzien van Oostenrijk, het volgende in de voornoemde slotopmerking:

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

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

“Le Comité recommande à l’État partie de prendre toutes les mesures voulues pour assurer la pleine application des dispositions de l’article 7, en particulier le droit de l’enfant à connaître dans la mesure du possible ses parents, eu égard aux principes de la non discrimination (art. 2) et de l’intérêt supérieur de l’enfant (art. 3)” (slotopmerkingen over het verslag gepresenteerd door Frankrijk, nr. 24, CRC/C/15/Add.240, 30 juni 2004, <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf>, aangehaald in de originele Engels versie in P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (eds.), *op. cit.*, blz. 341, in S. MICHAUX, *loc. cit.*, blz. 344; zie ook J. VAN BROECK, *loc. cit.*, nr. 11, blz. 410). Zie, wat betreft de latere toegang van het kind tot de gegevens over zijn ouders, *infra*, de opmerkingen gemaakt onder III.A.4 en III.A.5.

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

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

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

In het licht van de aldus aangehaalde beginselen geeft het voorliggende voorstel aanleiding tot de volgende opmerkingen.

7.2. Het voorgestelde artikel 43/1 van het Oud Burgerlijk Wetboek (artikel 1 van het voorstel) bepaalt enkel dat “iedere vrouw kan beslissen discreet te bevallen”. De uitoefening van dat recht wordt aan geen voorwaarden onderworpen. Er dient minstens in een voldoende duidelijke procedure voorzien te worden om te garanderen dat het de vrije en weloverwogen beslissing van de moeder is om discreet te bevallen.

7.3. Bovendien wordt in de voorgestelde bepaling niet duidelijk gepreciseerd dat de keuze om discreet te bevallen in principe gemaakt moet worden vóór, en niet tijdens of ná, de bevalling in kwestie. De bepaling moet verduidelijkt worden in die zin.

7.4. Ten slotte zou het voorstel, in lijn met de hierboven aangehaalde kwestie van het *informed consent*, aangevuld moeten worden met een bepaling luidens welke de moeder ingelicht moet worden over de gevolgen van het discreet bevallen, inzonderheid op het juridische vlak, maar ook over de rechten, de bijstand, de voordelen en de mogelijke psychologische en sociale hulpverlening waarop gezinnen, alleenstaanden en hun gezinnen aanspraak kunnen maken. Uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens kan afgeleid worden dat een dergelijke informatieplicht wel degelijk bestaat.²⁵

²⁵ Zie EHRM 10 januari 2008, *Kearns t. Frankrijk*, §85 *et seq.* Hoewel het Hof in deze zaak besliste dat er geen schending is van artikel 8 EVRM, kan uit het arrest afgeleid worden dat artikel 8 EVRM vereist dat de moeder voldoende duidelijk ingelicht wordt over de gevolgen van haar keuze en de termijn en mogelijkheden om daarop terug te komen (zie § 92):

C. Mogelijkheid van het kind om gegevens van het kind met betrekking tot zijn moeder te vernemen

8.1. Het voorgestelde artikel 43/3 van het Oud Burgerlijk Wetboek (artikel 4 van het wetsvoorstel) bepaalt dat de familierechtbank in een daartoe aangelegd register de in haar bezit zijnde gegevens omtrent de herkomst van het discreet geboren kind bewaart. De inzake adoptie bevoegde autoriteit waarborgt dat het kind onder passende psychosociale begeleiding toegang krijgt tot deze gegevens, met inachtneming van de volgende voorwaarden: a) het kind moet de leeftijd van twaalf jaar hebben bereikt; b) de autoriteit moet de moeder en eventueel de vader of de meemoeder, bij ter post aangetekende brief met ontvangstbevestiging op de woonplaats van elk van hen, op de hoogte hebben gebracht van het verzoek van het kind om toegang te krijgen tot de gegevens die het betreffen; c) de moeder en eventueel de vader of de meemoeder kunnen zich tegen dit verzoek verzetten door binnen de maand die volgt op de kennisgeving door de autoriteit, een verzoekschrift in te dienen bij de familierechtbank. In uitzonderlijke omstandigheden kan de rechter nagaan of bepaalde gegevens niet toegankelijk moeten worden gesteld voor het kind, en zo ja, dewelke. Bij gebrek aan verzet binnen één maand na de kennisgeving verstrekt de autoriteit de gegevens aan het kind.

In verband met dezelfde kwestie is in het voornoemde advies 46.052/AV gesteld dat *“een rechterlijke controle, die geval per geval de belangen afweegt en nagaat of op het verzoek van het kind kan worden ingegaan, moet worden verkozen boven een systeem waarbij absoluut wordt geopteerd voor de belangen van één partij.”*

“86. La Cour relève que la requérante, de nationalité irlandaise et résidant à Dublin, a fait le choix de venir accoucher en France pour bénéficier de la possibilité, inconnue en droit irlandais, d'un accouchement anonyme. Comme l'attestent les documents produits devant la Cour, elle s'est présentée à la maternité la semaine précédant l'accouchement, assistée d'un avocat et de sa mère. La présence de cet homme de loi laisse présumer que la requérante a bénéficié d'une information juridique avant même l'accouchement.

87. Le lendemain et le surlendemain de l'accouchement, la requérante, accompagnée de sa mère, a eu deux longs entretiens (chacun d'une demi-journée) avec les services sociaux, en présence respectivement d'une infirmière puis d'un médecin parlant anglais, mis à disposition par l'hôpital pour faire fonction d'interprètes. A cet égard, la Cour est d'avis que l'article 8 ne saurait s'interpréter comme exigeant des autorités, dans un tel cas, qu'elles assurent la présence d'un interprète qualifié.

88. S'agissant plus particulièrement de l'information reçue par la requérante sur le délai de rétractation, la Cour observe que le procès-verbal d'admission de K. comme pupille de l'Etat mentionnait deux délais (de deux mois et de six mois) susceptibles, comme l'a retenu la cour d'appel, de prêter à confusion. Toutefois, le formulaire de consentement à l'adoption signé par la requérante le même jour mentionnait expressément :

« Je [...] certifie avoir été informée : (...) du fait que cet acte deviendra DEFINITIF, après un délai de DEUX MOIS, soit le 20 avril 2002, et que pendant ce délai, l'enfant peut m'être rendu selon les modalités de rétractation prévues (article 348-3 alinéas 2 et 3 du code civil). »

89. Dès lors, aucune ambiguïté ne pouvait subsister dans l'esprit de la requérante sur le délai dont elle bénéficiait pour réclamer la restitution de sa fille.

90. Enfin, il ressort des documents que la requérante s'est vu remettre une notice précisant les délais et conditions de restitution de l'enfant, ainsi qu'un modèle de lettre de rétractation.

91. Au vu de ces éléments, la Cour estime que les autorités françaises ont fourni en l'espèce à la requérante une information suffisante et détaillée, en la faisant bénéficier d'une assistance linguistique non prévue par les textes et en s'assurant qu'elle soit informée aussi complètement que possible des conséquences de son choix, ainsi que des délais et modalités pour rétracter son consentement.

92. La Cour conclut en conséquence que l'Etat n'a pas méconnu à l'égard de la requérante les obligations positives mises à sa charge par l'article 8 de la Convention.

Il n'y a donc pas eu violation de cette disposition.” Zie eveneens, EHRM 21 april 2021, *Naltakyan v. Rusland*, § 184.

In dat advies werd ook aangegeven dat de belangen van het kind centraal dienen te staan: “Het voorstel moet op dat punt ook onderzocht worden in het licht van de hiervoor reeds vermelde artikelen 3 en 7 van het VN-Kinderrechtenverdrag. In dat verband is het van belang te vermelden dat het VN-Kinderrechtencomité de artikelen 3 en 7 van het Verdrag zo lijkt te interpreteren dat het kind, ‘in de mate van het mogelijke’ en ‘op het gepaste ogenblik’ - wat een beoordeling door een rechter, geval per geval, zou kunnen impliceren - de identiteit van de moeder moet kunnen vernemen. Dit kan men afleiden uit de concluding observations van het VN-Kinderrechtencomité jegens Luxemburg²⁶, Frankrijk²⁷ en Oostenrijk²⁸. Gelet op het feit dat in de eerste plaats rekening moet worden gehouden met het belang van het kind, zou aan de federale centrale autoriteit de bevoegdheid gegeven kunnen worden om, op basis van een analyse van het VN-Kinderrechtenverdrag, geval per geval, de wil of de wens van de geboortemoeder naar wettelijkheid en gegrondheid af te toetsen en na te gaan of de belangen van de minderjarige met deze wil of deze wens gediend zijn²⁹. Die controle zou worden verricht onder het voorbehoud van rechterlijk beroepen die over die vraagstukken ingesteld zouden moeten kunnen worden³⁰.”

In het voornoemde arrest *Godelli* heeft het Europees Hof andermaal de nadruk gelegd op de noodzaak van een belangenafweging *in concreto* door een onafhankelijke instantie met het oog op de beslissing in verband met de toegang van het kind tot de informatie betreffende zijn afkomst.

8.2. De voorgelegde regeling voldoet op het eerste gezicht aan de aldus samengevatte bekommernissen inzake de belangen van het kind en de vereiste dat het kind “in de mate van het mogelijke” en “op het gepaste ogenblik” de identiteit van de moeder kan vernemen. Er is alvast geen vetorecht meer van de moeder, maar een beoordeling door een rechter, geval per geval.

De afdeling Wetgeving meent desalniettemin de volgende opmerkingen te moeten maken.

²⁶ Voetnoot 28 van het geciteerde advies: “Le Comité prie instamment l’État partie de prendre toutes les mesures nécessaires pour empêcher et éliminer la pratique de l’accouchement dit anonyme. Si cette pratique devait se poursuivre, il appartiendrait à l’État partie de prendre les mesures qui s’imposent pour que toutes les informations sur les parents soient enregistrées et archivées afin que l’enfant puisse, autant que possible et au moment opportun, connaître l’identité de son père et/ou de sa mère” (*loc. cit.*).

²⁷ Voetnoot 29 van het geciteerde advies: “Le Comité recommande à l’État partie de prendre toutes les mesures voulues pour assurer la pleine application des dispositions de l’article 7, en particulier le droit de l’enfant à connaître dans la mesure du possible ses parents, eu égard aux principes de la non discrimination (art. 2) et de l’intérêt supérieur de l’enfant (art. 3)” (*loc. cit.*).

²⁸ Voetnoot 30 van het geciteerde advies: “Le Comité recommande à l’État partie de prendre toutes les mesures nécessaires pour éviter le recours aux ‘berceaux d’accueil’. Il lui recommande en outre d’adopter et d’appliquer sans tarder des dispositions juridiques et une réglementation relatives à l’enregistrement séparé de toutes les données médicales et autres données pertinentes sur le ou les parents - en particulier le nom et la date de naissance du ou des parents -, et de permettre à l’enfant d’y avoir accès au moment approprié” (*loc. cit.*).

²⁹ Voetnoot 31 van het geciteerde advies: In die zin: Kinderrechtencommissariaat van de Vlaamse Gemeenschap, *Advies Discreet bevallen*, 16 februari 2009.

³⁰ Voetnoot 32 van het geciteerde advies: Zie infra, de opmerkingen gemaakt onder III.B.3.

8.3.1. Ten eerste wordt in het voorgestelde dispositief de mogelijke toegang tot de informatie afhankelijk gesteld van de voorwaarde dat het kind de leeftijd van twaalf jaar bereikt heeft (voorgesteld artikel 43/3, § 2, *a*, van het Oud Burgerlijk Wetboek). In advies 46.052/AV wordt over een dergelijke leeftijdsgrens het volgende gezegd:

“Het lijkt bijgevolg noodzakelijk om een inzage en kennisname bij discrete bevalling mogelijk te maken vanaf 12 jaar. Het Kinderrechtencommissariaat van de Vlaamse Gemeenschap en de Raad van State in voornoem[d] advies nr. 33.294/3 suggereren zelfs dat men ook in de mogelijkheid moet voorzien om onder de leeftijdsgrens van 12 jaar te gaan, indien het onderscheidingsvermogen kan worden aangetoond³¹”

De afdeling Wetgeving is van oordeel dat de toegang tot de gegevens mogelijk moet zijn onder de leeftijdsgrens van twaalf jaar als het onderscheidingsvermogen kan worden aangetoond, tenzij er een aanvaardbare reden is om die toegang niet te verlenen.

De afdeling Wetgeving ziet evenmin in waarom de wettelijke vertegenwoordiger geen verzoek kan indienen bij de inzake adoptie bevoegde autoriteit en toegang kan krijgen tot bepaalde gegevens, zeker wanneer het kind nog geen twaalf jaar is. Dit kan bijzonder relevant zijn wanneer het gezondheidsgegevens betreft die van belang kunnen zijn voor de medische opvolging van het kind.

8.3.2. Ten tweede zou aangetoond moeten worden waarom het verzet door de moeder en eventueel de vader of de meemoeder binnen de maand dient te gebeuren die volgt op de kennisgeving door de autoriteit. De relatief korte termijn dient verantwoord te worden in het kader van de parlementaire voorbereiding.

8.3.3. Ten derde zou er duidelijkheid verschaft moeten worden over de strekking van de rechterlijke tussenkomst waarin is voorzien in het voorgestelde artikel 43/3, § 2, tweede lid van het Oud Burgerlijk Wetboek en van de “uitzonderlijke omstandigheden” waarvan gewag gemaakt wordt.

Volgens de afdeling Wetgeving mag het beoogde mechanisme in geen geval aldus geïnterpreteerd worden dat de afweging van de in het geding zijnde belangen alleen gemaakt kan worden in “uitzonderlijke omstandigheden”. Die afweging moet immers op systematische wijze gemaakt worden en wel, overeenkomstig de artikelen 3 en 7 van het Verdrag inzake de rechten van het kind, alsook artikel 22*bis* van de Grondwet, zodanig dat het hoger belang van het kind vooropstaat. De gegevens die er op dat punt toe doen, kunnen veranderen met de tijd, naargelang van de omstandigheden, zodat dat belang beoordeeld moet worden op de dag dat de rechtbank uitspraak doet.

Los van die eerste conclusie, wordt in de voorgestelde bepaling evenmin duidelijk aangegeven wat, in hoofde van de stellers, op het stuk van toegang respectievelijk het principe en de uitzondering is. Moet die bepaling aldus geïnterpreteerd worden dat, wanneer de personen bedoeld in het voorgestelde artikel 43/3, § 2, eerste lid, *c*, zich tegen die toegang tot de gegevens verzetten, de toegang het principe blijft en de weigering van de toegang de uitzondering, die alleen

³¹ Voetnoot 71 van het geciteerde advies: Kinderrechtencommissariaat van de Vlaamse Gemeenschap, advies, *Discreet bevallen*, 16 februari 2009. In voornoemd advies nr. 33.294/3 stelt zelfs de Raad van State dat de leeftijd geen rol mag spelen bij de ontvankelijkheid maar enkel bij de belangenafweging.

aanvaardbaar is in “uitzonderlijke omstandigheden”, of moet, helemaal in de tegengestelde zin, de bepaling aldus geïnterpreteerd worden dat de niet-toegankelijkheid het principe zou zijn en de toekenning van de toegang de uitzondering, die alleen aanvaardbaar zou zijn in geval van “uitzonderlijke omstandigheden”? De eerste interpretatie lijkt meer te stroken met de bedoeling van de stellers van het voorstel zoals die wordt weergegeven in de toelichting bij het voorstel³² en met het statuut van “laatste redmiddel” dat door het Comité voor de rechten van het kind gegeven wordt aan het discreet bevallen, maar het verdient aanbeveling om de tekst te verduidelijken op dat punt, waarbij erop gelet dient te worden dat het ingestelde mechanisme het uiteindelijk mogelijk maakt het hoger belang van het kind voorop te stellen, waarbij dit hoger belang beoordeeld moet worden op de dag dat de rechtbank uitspraak doet. Nog steeds ter wille van de duidelijkheid verdient het aanbeveling dat in de parlementaire voorbereiding enkele voorbeelden gegeven worden van de in de voorgestelde tekst bedoelde “uitzonderlijke omstandigheden”.

8.3.4. Ten vierde wordt in het voorgestelde dispositief weliswaar een onderscheid gemaakt tussen identificatiegegevens en andere gegevens, maar wordt daar in de praktijk geen concreet gevolg aan verbonden en wordt de mogelijke toegang tot de ene of de andere gegevens op dezelfde wijze geregeld. Bijgevolg biedt het voorgestelde dispositief de rechtbank in theorie de mogelijkheid te weigeren andere gegevens dan identificatiegegevens vrij te geven. De afdeling Wetgeving ziet echter niet in wat een dergelijke weigering zou kunnen rechtvaardigen, precies gelet op het feit dat de gegevens in kwestie niet kunnen leiden tot identificatie. In advies 46.052/AG is op dat punt het volgende opgemerkt:

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

Wat dat betreft, is het feit dat de Franse wetgeving de belanghebbende toegang verleende tot ‘[les] informations non identifiantes sur sa mère et sa famille biologique lui permettant d’établir quelques racines de son histoire dans le respect de la préservation des intérêts des tiers’ een belangrijk gegeven geweest dat de Grote Kamer van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens de mogelijkheid heeft geboden in haar arrest van 13 februari 2003 in de zaak Odièvre t. Frankrijk aan te nemen dat die wetgeving inzake anonieme bevallingen verenigbaar is met het verdragsrecht³³.

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

³² P. 9.

³³ Voetnoot 39 van het geciteerde advies: Paragraaf 48 van het arrest.

8.3.5. Ten vijfde wordt in het voorliggende dispositief niet voorzien in de mogelijkheid dat de afstammelingen van het discreet geboren kind, gegevens kunnen opvragen in verband met de afkomst van dat kind.³⁴ Tenzij er een overtuigende reden zou zijn om dat niet mogelijk te maken, dient die lacune verholpen te worden. Volgens de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens³⁵ beperkt “le droit à l’identité”, waaronder “le droit à connaître son ascendance”, dat een onlosmakelijk deel uitmaakt van het begrip “vie privée”, zich immers niet tot de eerstegraadsverwanten en beschermt het eveneens – hoewel in minder mate dan in het geval van die laatsten,³⁶ – het recht voor kinderen om klaarheid te krijgen in verband met de afstamming van hun verwekker. Het kan evengoed voor een kleinkind van cruciaal belang zijn om toegang te krijgen tot de medische antecedenten van zijn voorouders. Het zou des te minder gerechtvaardigd zijn dat in een dergelijk geval de toegang tot die gegevens geweigerd wordt, terwijl die niet kunnen leiden tot identificatie.

8.3.6. Ten zesde bepaalt het voorgestelde artikel 43/3, § 2, laatste lid, ook dat de toegang tot de gegevens gewaarborgd blijft na het overlijden van de biologische moeder, en eventueel van de biologische vader of van de meemoeder van de moeder, zonder dat de rechthebbenden zich ertegen kunnen verzetten. Hierover heeft de Raad van State in advies 46.052/AV het volgende geschreven:

“III.A.4.3. Bovendien wordt de wetgever erop attent gemaakt dat die vragen niet alleen kunnen rijzen terwijl de moeder nog leeft, maar ook na haar dood. Zelfs als de mogelijkheden die het voorstel aan het kind biedt om kennis te nemen van de gegevens die de identificatie van de moeder mogelijk maken, zeer beperkt zijn en door een negatief antwoord van de moeder op niets kunnen uitlopen, wordt er bij die mogelijkheden echter van uitgegaan dat de moeder nog leeft³⁷.

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

³⁴ Zie adv.RvS 46.052/AV, opmerking 3 onder artikel 5.

³⁵ EHRM, beslissing van 5 mei 2009, *Menendez Garcia*, verz. 21046/07.

³⁶ *Ibid.* : “A cet égard, la Cour considère que l’intérêt dans la connaissance de l’identité varie en fonction du degré de proximité des ascendants. En effet, alors qu’il convient de lui accorder la plus haute importance s’agissant des ascendants directs, à savoir les parents, son poids en relation avec d’autres intérêts diminue en fonction de l’éloignement dans le degré de parenté. Il appartient à chaque État de ménager son ordre juridique interne en utilisant la marge d’appréciation dont il dispose pour pondérer les intérêts en conflit dans chaque cas d’espèce. Un des moyens d’effectuer cette pondération est la réglementation des conditions d’octroi de la capacité pour agir dans les demandes de reconnaissance de paternité.”

³⁷ Voetnoot 35 van het geciteerde advies: Voorgestelde artikel 62quater, § 9, van het Burgerlijk Wetboek (artikel 5 van het voorstel).

kind, tenzij ze uitdrukkelijk het tegenovergestelde heeft bedongen in een schriftelijke verklaring³⁸.

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

Het voorstel – inzonderheid het voorgestelde artikel 62quater, § 9, vijfde lid, (artikel 5 van het voorstel) – zou dienovereenkomstig moeten worden herzien.”

Hoewel het recht op privacy van de moeder na haar overlijden niet meer in het geding is³⁹, kan wel aangevoerd worden dat het recht op familieleven en het recht op gezinsleven van de kinderen van de moeder in het geding kunnen zijn. Er dient in een regeling te worden voorzien waarbij, indien de moeder heeft aangegeven dat ze ook na haar dood anoniem wenst te blijven, de erfgenamen van de moeder dit standpunt kunnen verdedigen voor de rechter, mede in het licht van hun eigen belangen.

8.3.7. Ten zevende zou in de wet zelf nauwkeuriger aangegeven moeten worden welke de essentiële elementen zijn van het begrip “gegevens die nodig zijn voor het opvolgen van de gezondheidstoestand van het kind en betreffende de medische antecedenten van het kind en zijn familie”, zoals dat vermeld wordt in het voorgestelde artikel 43/3, § 2, eerste lid, van het Oud Burgerlijk Wetboek, en zouden daarvan voorbeelden gegeven moeten worden in de parlementaire voorbereiding. In het licht van het legaliteitsbeginsel inzake de verwerking van persoonsgegevens, vervat in artikel 22 van de Grondwet, moeten onder meer de categorieën van verwerkte gegevens immers in de wet worden bepaald.⁴⁰ Die categorieën moeten bovendien voldoende nauwkeurig worden omschreven, wat niet het geval is voor de voorgestelde bepaling. Er moet dan ook worden voorzien in een voldoende precieze en exhaustieve opsomming van de beoogde categorieën van persoonsgegevens. Voor het vaststellen van de meer secundaire aspecten, zou een machtiging aan de Koning verleend kunnen worden.

8.3.8. Tot slot dient bepaald te worden dat, wanneer de moeder, overeenkomstig het voorgestelde artikel 43/1, § 1, van het Oud Burgerlijk wetboek, afziet van haar beslissing, de gegevens die eventueel in de tussentijd geregistreerd zouden zijn, onmiddellijk vernietigd worden.

³⁸ Voetnoot 36 van het geciteerde advies: Zie EHRM, *Odièvre t. Frankrijk*, 13 februari 2003, § 17, voor een weergave van de Franse wetgeving zoals die ten tijde van dat arrest in werking was.

³⁹ Zie EHRM, beslissing van 15 juni 2006, *De erven van Kresten Filtenborg Mortensen v. Denemarken*, verz. 1338/03; EHRM 13 juli 2006, *Jaggi v. Zwitserland*, § 42.

⁴⁰ Adv.RvS 68.936/AV van 7 april 2021 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 14 augustus 2021 ‘betreffende de maatregelen van bestuurlijke politie tijdens een epidemische noodsituatie’, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1951/001, 119.

D. Rechten van de vader of de meemoeder

9. Wat de rechten van de vader en van de meemoeder betreft, doet het voorstel twee reeksen problemen rijzen. De eerste reeks betreft het invoeren en het bewaren van identiteitsgegevens van de biologische vader of de meemoeder (1). De tweede reeks heeft betrekking op de rechten die aan deze laatsten worden toegekend in de context van de discrete bevalling (2).

1. De gegevens betreffende de biologische vader of de meemoeder

10. Het voorgestelde artikel 43/3, § 1, eerste lid, b), van het Oud Burgerlijk Wetboek bepaalt dat het register dat de familierechtbank bewaart, “in voorkomend geval” onder meer de naam, de voornamen en de woonplaats van de vader of van de meemoeder bevat, alsook het geboortjaar, de geboortedatum en -plaats van de vader of van de meemoeder.

De registratie, de bewaring en de verwerking van dergelijke gegevens vormen een inmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven waarvoor de afdeling Wetgeving geen verantwoording ziet. Het is immers van tweeën één. Ofwel staat de afstammingsband van de vader of van de meemoeder met het betrokken kind al vast en heeft het kind daar weet van, waardoor de registratie van de voornoemde gegevens geen enkel nut heeft. Ofwel staat de afstammingsband van de vader of van de meemoeder met het betrokken kind niet vast en dan is het, wanneer de betrokkene niet instemt met de vermelding van die gegevens, niet duidelijk hoe de betrouwbaarheid van de informatie in kwestie kan worden gegarandeerd. De in het geding zijnde belangen kunnen enkel met elkaar in evenwicht worden gebracht via de rechtsmiddelen van het gemene recht die het kind in staat stellen zijn afstamming te laten vaststellen.

2. De rechten van de vader of van de meemoeder in de context van de discrete bevalling

11.1. Volgens de toelichting wordt in een regeling voorzien waarbij de biologische vader of de meemoeder een verzoek tot erkenning van de afstammingsband ten opzichte van het kind kan indienen via de regeling inzake de erkenning van het vaderschap of van het meemoederschap, maar waarbij de betrokkenen geen verzet kunnen aantekenen tegen de beslissing van de moeder om discreet te bevallen. Die erkenning moet plaatsvinden binnen een termijn van twee maanden na de geboorte van het kind.

11.2. De aldus toegekende rechten vormen het voorwerp van artikel 9 van het voorstel, dat aan artikel 328, § 1, van het Oud Burgerlijk Wetboek een extra lid toevoegt dat als volgt luidt: “De erkenning kan geschieden voor een kind dat geboren is overeenkomstig artikel 43/1. Het verzoek is ontvankelijk binnen dezelfde termijn als bepaald in artikel 43/1, § 1.”

De redactie van deze bepaling is op diverse punten onduidelijk.

12.1. Ten eerste dient deze bepaling, ter wille van de leesbaarheid van het dispositief, niet als een nieuw lid van artikel 328, § 1, van het Oud Burgerlijk Wetboek, maar wel als een volwaardige paragraaf van dat artikel te worden gepresenteerd.

12.2. Ten tweede wordt niet verduidelijkt wie het kind kan erkennen en of dat recht alleen toekomt aan de echtgenoot of de meemoeder of eventueel ook aan degene die beweert de vader te zijn. Dit dient verduidelijkt.

12.3. Ten derde is de verhouding met de andere bepalingen van het Oud Burgerlijk Wetboek onduidelijk. Zo rijst de vraag hoe deze bepaling zich verhoudt tot het voorgestelde artikel 325/4 (artikel 7 van het wetsvoorstel), volgens hetwelk het verzoek tot erkenning door de meemoeder onontvankelijk is indien de moeder discreet is bevallen en zij niet binnen twee maanden na de geboorte heeft afgezien van deze beslissing.

12.4. Ten vierde blijkt noch artikel 9 noch enige andere bepaling van het voorstel een antwoord te kunnen bieden op een reeks vragen, zoals de vraag of de aanmelding in de instelling door de vader of andere omstandigheden voldoende zijn om aan te nemen dat er een bezit van staat is in het licht van artikel 324 van het Oud Burgerlijk Wetboek en wat er mogelijk is als de vader niet (tijdig) op de hoogte is van de geboorte. Dit werd ook reeds opgemerkt in advies 46.052/AV:

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

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

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

III.A.6.4. Eerste mogelijkheid: de vader of degene die beweert de vader te zijn is op de hoogte van de ‘discrete bevalling’, al was het maar, bijvoorbeeld, omdat hij zich samen met de moeder heeft aangemeld in de instelling waar de bevalling heeft plaatsgevonden. In het geval van een erkenning, vereist in principe artikel 329*bis* van het Burgerlijk Wetboek de toestemming van de moeder wanneer deze bekend is. Men zou eventueel kunnen argumenteren dat de moeder in de onmogelijkheid verkeert om haar wil te kennen te geven⁴¹ of men zou zelfs kunnen stellen dat de moeder officieel niet bekend is.

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

Die zaken moeten in het voorstel worden geregeld.

III.A.6.5. Tweede mogelijkheid: de vader of degene die beweert de vader te zijn is niet op de hoogte van de geboorte van zijn kind, waardoor de erkenning onmogelijk wordt.⁴²

⁴¹ Voetnoot 42 van het geciteerde advies: Artikel 329*bis*, § 3, van het Burgerlijk Wetboek.

⁴² Voetnoot 43 van het geciteerde advies: C. NEIRINCK, “L’accouchement sous X: le fait et le droit”, *Sem. jur.*, 1996, I, 3922, nr. 9 en 10, blz. 151 en 152.

Zoals het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft geoordeeld, druisen mechanismen die bijvoorbeeld de mogelijkheid bieden om een kind kort na zijn geboorte zonder medeweten en zonder toestemming van zijn natuurlijke vader af te staan of te plaatsen met het oog op adoptie, echter in tegen het recht op privacy van die vader, die zijn rechten slechts moeilijk zal kunnen laten gelden, wat nog moeilijker wordt naarmate de tijd verstrijkt en het kind steeds meer integreert met zijn adoptiegezin.⁴³ De vraag rijst dan ook of met het oog op het recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven van de vaders van kinderen die na een ‘discrete bevalling’ worden geboren, maar ook met het oog op het recht van die kinderen om op zijn minst de afstamming van vaderszijde te laten vaststellen, geen mechanisme in het leven zou moeten worden geroepen dat degenen die hun kind willen erkennen of een vóór de geboorte gedane erkenning willen aanvullen, in staat stelt hun kind te identificeren.⁴⁴ Een dergelijk mechanisme zou meer dan het onderzochte voorstel voor een beter evenwicht zorgen tussen de in het geding zijnde belangen.”

Die opmerkingen gelden *mutatis mutandis* voor het voorliggende voorstel. Ook soortgelijke problemen ten aanzien van de meemoeder dienen wettelijk geregeld te worden.

12.5. Ten slotte bevat het wetsvoorstel geen enkele bepaling die de man de mogelijkheid biedt om te verhinderen dat zijn afstamming krachtens artikel 315 van het Oud Burgerlijk Wetboek van rechtswege komt vast te staan en dat een rechtsvordering tot onderzoek naar het vaderschap wordt ingesteld wanneer hij werkelijk de vader is.⁴⁵ Het wetsvoorstel voorziet wel in die mogelijkheid voor de moeder (artikel 6) en de meemoeder (artikel 8). Naar analogie van wat de afdeling Wetgeving al had gesteld in het voornoemde advies 46.052/AV, is ze van oordeel dat de wetgever dat verschil in behandeling moet kunnen wettigen in het licht van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en artikel 14 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.

E. Het recht van de moeder om haar afstammingsband te laten vaststellen

13. De vraag rijst of de moeder in bepaalde gevallen – bijvoorbeeld wanneer het kind nog steeds geen juridische ouders heeft –, toch niet in de mogelijkheid zou moeten worden gesteld om het kind alsnog te erkennen, op voorwaarde dat, overeenkomstig het voorschrift van artikel 313, § 2, van het Oud Burgerlijk Wetboek, aan de overige voorwaarden van artikel 329bis van het Oud Burgerlijk Wetboek wordt voldaan. Volgens de artikelen 5 en 6 van het voorstel is een dergelijke

⁴³ Voetnoot 44 van het geciteerde advies: EHRM., *Keegan t. Ierland*, 26 mei 1994; *Görgülü t. Duitsland*, 26 februari 2004.

⁴⁴ Voetnoot 45 van het geciteerde advies: Artikel 62-1 van het Franse Burgerlijk Wetboek bepaalt: “[s]i la transcription de la reconnaissance paternelle s’avère impossible, du fait du secret de son identité opposé par la mère, le père peut en informer le procureur de la République. Celui-ci procède à la recherche des date et lieu d’établissement de l’acte de naissance de l’enfant”.

⁴⁵ Zie ook RvS nr. 46.052, III.A.6.8: “III.A.6.8. Het voorliggende voorstel biedt de vrouw ook de mogelijkheid om te verhinderen dat de afstamming van het kind dat zij ter wereld heeft gebracht van rechtswege komt vast te staan en dat de afstamming van het kind door een rechtsvordering tot onderzoek naar het moederschap komt vast te staan. Geen enkele bepaling biedt de man echter de mogelijkheid om te verhinderen dat zijn afstamming krachtens artikel 315 van het Burgerlijk Wetboek van rechtswege komt vast te staan (49) en dat een rechtsvordering tot onderzoek naar het vaderschap wordt ingesteld wanneer hij werkelijk de vader is. De wetgever moet dat verschil in behandeling kunnen wettigen in het licht van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en artikel 14 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.”

mogelijkheid absoluut uitgesloten na een termijn van twee maanden na de geboorte. Het uitsluiten van die mogelijkheid moet evenwel beter worden gerechtvaardigd.

In dat verband heeft de Franse *Conseil constitutionnel* in zijn beslissing nr. 2019-826 QPC van 7 februari 2020 artikel L.224-6 van het Franse Burgerlijk Wetboek geldig verklaard, waarin wordt bepaald dat binnen twee maanden na de bevalling “les père et mère peuvent reconnaître l’enfant et le reprendre immédiatement, sans aucune formalité. Au-delà de ce délai, la décision d’accepter ou de refuser la restitution d’un pupille de l’État, qui peut être contestée devant le tribunal judiciaire, est prise par le tuteur, avec l’accord du conseil de famille” (punt 7 van de beslissing). De *Conseil* stelt het volgende: “D’une part, en prévoyant qu’un enfant sans filiation ne peut être placé en vue de son adoption qu’à l’issue d’un délai de deux mois à compter de son recueil, le législateur a entendu concilier l’intérêt des parents de naissance à disposer d’un délai raisonnable pour reconnaître l’enfant et en obtenir la restitution et celui de l’enfant dépourvu de filiation à ce que son adoption intervienne dans un délai qui ne soit pas de nature à compromettre son développement. D’autre part, la reconnaissance d’un enfant pourrait faire obstacle à la conduite de sa procédure d’adoption. En interdisant qu’une telle reconnaissance intervienne postérieurement à son placement en vue de son adoption, le législateur a entendu garantir à l’enfant, déjà remis aux futurs adoptants, un environnement familial stable” (punt 9). De *Conseil* komt tot het volgende besluit: “Il n’appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la conciliation qu’il y a lieu d’opérer, dans l’intérêt supérieur de l’enfant remis au service de l’aide sociale à l’enfance, entre le droit des parents de naissance de mener une vie familiale normale et l’objectif de favoriser l’adoption de cet enfant, dès lors que cette conciliation n’est pas manifestement déséquilibrée” (punt 11).

ONDERZOEK VAN DE TEKST

ALGEMENE OPMERKING

14. De voorgestelde artikelen 43/1, 43/2 en 43/3 van het Oud Burgerlijk Wetboek (artikelen 2 tot 4 van het voorstel) beogen te voorzien in een regeling die ten dele afwijkt van de regeling over de vermeldingen in de akte van geboorte. Die laatste regeling is echter opgenomen in artikel 44 en niet in artikel 43 van het Oud Burgerlijk Wetboek. De in te voegen artikelen moeten dan ook worden vernummerd tot de artikelen 44/1, 44/2 en 44/3 en de verwijzingen naar artikel 43 moeten worden vervangen door verwijzingen naar artikel 44. Ook de verwijzingen naar artikel 43/1 in de artikelen 5 tot 10 en 12 van het voorstel moeten worden aangepast.

Artikel 2

15. In het voorgestelde artikel 43/1 (lees: 44/1), § 2, van het Oud Burgerlijk Wetboek wordt bepaald dat de naam, de voornamen en de woonplaats van “de moeder en *eventueel* van de vader of de meemoeder” (eigen cursivering) niet worden vermeld in de geboorteakte wanneer de moeder beslist discreet te bevallen. Het staat echter niet vast dat dat beantwoordt aan de wens van de vader en de meemoeder wanneer die eerder zijn overgegaan tot de erkenning van het kind en dus uitdrukkelijk hebben ingestemd met de afstammingsband met het kind. In dat verband wordt verwezen naar opmerking 12.4.

Artikel 3

16. In het voorgestelde artikel 43/2 (lees: 44/2), § 1, van het Oud Burgerlijk Wetboek schrijven men telkens “de discrete bevalling” in plaats van “de bevalling”.

17. Het voorgestelde artikel 43/2 (lees: 44/2) van het Oud Burgerlijk Wetboek bepaalt dat de discrete bevalling uiterlijk één dag na de geboorte moet worden gemeld aan de inzake adoptie bevoegde autoriteit en aan de ambtenaar van de burgerlijke stand van de gemeente waar het kind geboren is (paragraaf 1). Dezelfde bepaling stelt voorts dat de inzake adoptie bevoegde autoriteit bij de ambtenaar van de burgerlijke stand aangifte doet van de geboorte van het kind, zonder de identiteitsgegevens van de biologische ouders te vermelden. Die aangifte moet binnen vijftien dagen na de geboorte worden gedaan (paragraaf 2).

Gelet op het feit dat die formaliteit volgens de voorgestelde bepaling mogelijk moet worden vervuld door de moeder, de vader of de meemoeder, of de artsen, de vroedvrouwen of de andere personen die de bevalling hebben bijgewoond, dan wel door de persoon bij wie de bevalling heeft plaatsgevonden, wat voor de betrokkenen een belasting vormt, dient men zich ter wille van de administratieve vereenvoudiging af te vragen of het wel nodig is een kennisgevingsverplichting op te leggen zowel aan de inzake adoptie bevoegde autoriteit als aan de ambtenaar van de burgerlijke stand. Men zou moeten onderzoeken of het niet beter is slechts een van beiden met die formaliteit te belasten, waarbij deze dan ook zou moeten zorgen voor de latere kennisgevingen aan andere autoriteiten ingeval die nodig blijken.

Bovendien is het de afdeling Wetgeving niet duidelijk waarom een onderscheid wordt gemaakt tussen de akte van kennisgeving van de bevalling en de geboorteaangifte, terwijl de inhoud en de gevolgen die de stellers aan die twee akten willen verbinden, ook in een en dezelfde akte vervat kunnen zijn.

Artikel 4

18. In het voorgestelde artikel 43/3 (lees: 44/3), § 1, van het Oud Burgerlijk Wetboek (artikel 4 van het voorstel) wordt niet bepaald wie de in die bepaling opgesomde gegevens⁴⁶ aan de familierechtbank moet bezorgen opdat ze in het register worden bewaard. Dit moet worden verholpen.

Tenzij indien er voldoende waarborgen bestaan omtrent de tijdige bezorging van die gegevens aan de familierechtbank, zou ook moeten worden voorzien in (administratieve) sancties voor het niet (tijdig) bezorgen van die gegevens.

19. In het voorgestelde artikel 43/3 (lees: 44/3), § 2, eerste lid, b) en c), van het Oud Burgerlijk Wetboek wordt bepaald dat de inzake adoptie bevoegde autoriteit “de moeder en *eventueel* de vader of de meemoeder” (eigen cursivering) op de hoogte brengt van het verzoek van het kind om toegang te krijgen tot de gegevens die het betreffen en wordt voorzien in een mogelijkheid tot verzet tegen dat verzoek. Het valt niet goed in te zien waarom die mogelijkheid wordt geboden voor de vader en de meemoeder wanneer die eerder zijn overgegaan tot de erkenning van het kind en dus uitdrukkelijk hebben ingestemd met de afstammingsband met het kind.

20. Volgens het voorgestelde artikel 43/3 (lees: 44/3), § 3, van het Oud Burgerlijk Wetboek mogen de door de rechtbank bewaarde persoonsgegevens niet voor andere doeleinden worden gebruikt dan die waarvoor zij bewaard zijn. Een dergelijke bepaling vormt een overbodige parafrasering van artikel 5, lid 1, b), van verordening (EU) 2016/679 en moet dan ook worden weggelaten.

Artikel 10

21. Overeenkomstig het voorgestelde artikel 384/4 (lees: 348-4) van het Oud Burgerlijk Wetboek geldt een vermoeden van toestemming tot adoptie voor de moeder die beslist heeft tot discrete bevalling en die niet binnen twee maanden na de geboorte heeft afgezien van die beslissing.

Zoals de Raad van State reeds heeft opgemerkt in het voormelde advies 46.052/AV,⁴⁷ is het zinloos om te voorzien in een dergelijk vermoeden, aangezien het moederschap op het ogenblik van de adoptie niet vaststaat door de beslissing zelf om discreet te bevallen, terwijl de moeder ook niet kan overgaan tot erkenning en er ook geen vordering tot onderzoek naar het moederschap mogelijk is (zie de artikelen 5 en 6 van het voorstel).

⁴⁶ Wat betreft de vermelding van het geslacht, zie GwH 19 juni 2019, nr. 99/2019.

⁴⁷ *Parl.St.* Senaat 2008-09, nr. 4-1138/2, 27.

Bovendien rijst de vraag of een dergelijk vermoeden wel verenigbaar is met artikel 4 van het Verdrag inzake de bescherming van kinderen en de samenwerking op het gebied van de interlandelijke adoptie, ondertekend in Den Haag op 29 mei 1993 en met artikel 5 van de Europese Overeenkomst inzake de adoptie van kinderen, opgemaakt te Straatsburg op 27 november 2008. Beide verdragsbepalingen gaan immers uit van de schriftelijke en geïnformeerde toestemming van onder meer de moeder.

De conclusie is dan ook dat artikel 10 van het voorstel moet worden weggelaten.

Artikel 11

22. Artikel 11 van het voorstel bevat een autonome bepaling, die beter door middel van een wijzigingsbepaling zou worden opgenomen in de wet betreffende de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging en uitkeringen, gecoördineerd op 14 juli 1994, uiteraard met daarin een verwijzing naar het voorgestelde artikel 43/1 (lees: 44/1) van het Oud Burgerlijk Wetboek.

LE GREFFIER EN CHEF – DE HOOFDGRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Gregory DELANNAY

Marnix VAN DAMME