

# SÉNAT DE BELGIQUE

SESSION DE 2013-2014

26 MARS 2014

**Projet de loi portant établissement de la filiation  
de la co-parente**

ANNEXES (\*)

# BELGISCHE SENAAAT

ZITTING 2013-2014

26 MAART 2014

**Wetsontwerp houdende de vaststelling van de  
afstamming van de meemoeder**

BIJLAGEN (\*)

*Voir :*

**Documents du Sénat :**

**5-2445 - 2013/2014 :**

- N° 1 : Proposition de loi de MM. De Gucht, Mahoux et Swennen, et Mme Defraigne et consorts.
- N° 2 : Amendements.
- N° 3 : Rapport.
- N° 4 : Texte adopté par la commission.

(\*) Ce document n'est pas disponible en version papier.

*Zie :*

**Stukken van de Senaat :**

**5-2445 - 2013/2014 :**

- Nr. 1 : Wetsvoorstel van de heren De Gucht, Mahoux en Swennen, en mevrouw Defraigne c.s.
- Nr. 2 : Amendementen.
- Nr. 3 : Verslag.
- Nr. 4 : Tekst aangenomen door de commissie.

(\*) Dit stuk is niet beschikbaar op papier.

ECHANGE DE VUES DU 12 ET 19 MARS  
2014

HOORZITTINGEN VAN 12 EN 19 MAART  
2014

A. EXPOSE DE MME JEHANNE SOSSON, PROFESSEUR DROIT DES PERSONNES ET DE LA FAMILLE, UCL.

I. **LA QUESTION DE FOND : FAUT-IL TRANSPOSER LES MODES D'ÉTABLISSEMENT DE LA FILIATION « CHARNELLE » AUX FILIATIONS AVEC TIERS DONNEUR DANS LES COUPLES DE MÊME SEXE OU ADAPTER L'ADOPTION ? OU ENCORE PRÉVOIR UN MODE D'ÉTABLISSEMENT DE LA FILIATION ORIGINAL ET TOTALEMENT ADAPTÉ ?**

Les propositions visent à transposer les règles d'établissement de la filiation du Code civil aux couples de même sexe. Même si une adaptation est prévue sur certains points, l'objectif est un parallélisme (voire un mimétisme) par rapport à celles-ci.

Les couples de même sexe doivent actuellement passer par une adoption pour que le lien avec les deux femmes ou les deux hommes qui composent le couple soit établi.

Si certains aspects de la procédure d'adoption posent problème et question, comme la Cour constitutionnelle a pu le mettre en lumière<sup>1</sup>, pour autant abandonner l'adoption comme vecteur d'établissement d'un double lien de filiation monosexuée et lui substituer l'application des mêmes règles ou des règles similaires à toute autre filiation n'est pas seulement un changement d'« outil juridique » pour un autre. Il s'agit en effet de considérer que le « projet parental » de deux femmes<sup>2</sup> suffirait pour permettre que le double lien de filiation soit établi d'emblée, automatiquement, par l'effet de la loi lorsqu'elles sont mariées (présomption de « co-parenté » ou plus exactement de « co-maternité ») ou par l'effet d'une reconnaissance en dehors du mariage.

Il s'agit d'un changement affectant notre conception générale de la filiation, d'un point de vue juridique, symbolique et anthropologique.

1. Quelle motivation ?

On rappellera qu'en 2003, lors des travaux préparatoires de la loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe, il avait été affirmé que : « *Lier de plein droit des effets en matière de filiation à un mariage entre deux personnes du même sexe reviendrait à trop faire abstraction de la réalité. A supposer que deux femmes se marient ensemble et qu'un enfant naisse pendant ce mariage, il est certain que l'enfant ne descendrait pas des deux femmes. Accepter que, par le biais de la filiation, un lien juridique de type familial s'établisse quand-même entre l'enfant et les deux femmes exige de faire par trop abstraction de la réalité. Il ne s'agit alors plus de*

<sup>1</sup> Cour Constitutionnelle, arrêts n° 93/2012 et 94/2012 du 12 juillet 2012.

<sup>2</sup> Les règles envisagées dans les deux propositions ne pourraient en effet s'appliquer qu'aux couples de femmes. Voir infra page 8.

«présomptions»<sup>3</sup> réfragables, mais de fictions. La distance entre la réalité et le droit deviendrait de la sorte trop importante»<sup>4</sup>.

Lors des travaux préparatoires de la loi du 18 mai 2006 ouvrant l'adoption aux couples de même sexe, un argument majeur retenu pour justifier ce choix et contrecarrer l'avis du Conseil d'Etat qui relevait qu'une «justification particulièrement exigeante» au regard de l'intérêt de l'enfant devait être présente pour justifier de «placer sous une figure juridique unique, l'adoption, des situations de fait comportant des différences essentielles » avait été qu'une adoption est soumise à un ensemble de contrôles préalables, qu'elle « ne peut être réalisée si elle ne sert pas l'intérêt de l'enfant » et que « le juge doit apprécier, au cas par cas, si l'adoption sert l'intérêt de l'enfant »<sup>5</sup>.

Il est étonnant de constater que, fort peu d'années plus tard, il soit affirmé que cette solution constitue une discrimination et justifierait une réforme dont les conséquences sont fondamentales pour la filiation dans son ensemble.

On mentionnera que si la Cour européenne des Droits de l'Homme considère que la relation effective entre la partenaire de la mère et l'enfant doit être protégée au titre du droit au respect de la vie privée et familiale (article 8)<sup>6 7</sup>, elle ne considère pas que le fait de ne pas inscrire le nom de la co-mère<sup>8</sup> dans l'acte de naissance alors que le mari de la mère, dans un couple hétérosexuel, est automatiquement désigné comme le père via cet acte constituerait une discrimination (et dès lors une violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8), car pour qu'il y ait discrimination, il faut une différence de traitement entre des personnes qui sont dans des situations similaires, ce qui, pour la Cour, n'est pas le cas<sup>9</sup>.

---

<sup>3</sup> Une présomption, en droit, consiste à tirer d'un fait connu un fait inconnu. La présomption de paternité tire du mariage (fait connu) un fait inconnu (la paternité du mari). Tel ne peut être le cas dans un couple de même sexe : il est « connu » que la seconde femme n'est pas biologique la mère de l'enfant. . .

<sup>4</sup> Projet de loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., Sess. 2001-2002, n° 50-1692/001, p. 6.

<sup>5</sup> Avis du Conseil d'Etat du 6 octobre 2005.

<sup>6</sup> Arrêt *Gaz et Dubois contre France* du 15 mars 2012 (Grande chambre). Dans cette affaire, la Cour a conclu à l'absence de différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle entre les couples hétérosexuels non mariés et les couples homosexuels au motif qu'en droit français l'interdiction de l'adoption coparentale frappe tant les premiers que les seconds.

<sup>7</sup> La Cour considère aussi que dès lors que l'adoption est ouverte aux couples non mariés, en exclure les couples de même sexe emporte une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle contraire à l'article 14 combiné avec l'article 8. Cfr *X et autres contre Autriche* du 19 février 2013 (Grande Chambre). Elle a par contre conclu à la non-violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 pour autant que l'on compare la situation des requérants (en l'espèce deux femmes vivant une relation homosexuelle stable hors mariage) avec celle d'un couple marié dont l'un des membres aurait souhaité adopter l'enfant de l'autre.

<sup>8</sup> Qui, dans l'espèce soumise à la Cour européenne, vivait en partenariat enregistré avec la mère légale.

<sup>9</sup> *Boeckel et Gessner-Boeckel c. Allemagne* du 7 mai 2013, requ. n° 8017/11, décision d'irrecevabilité.

## 2. Transformer l'adoption ?

Une adaptation de l'adoption<sup>10</sup> n'est pas une voie impossible<sup>11</sup>, et c'est d'ailleurs celle qu'a choisi le législateur danois.

Comme le relèvent les propositions analysées, en suite et au-delà des arrêts prononcés le 12 juillet 2012 par le Cour constitutionnelle, le recours, pour les couples de même sexe ayant eu un projet parental commun, à la procédure d'adoption « classique » pour consacrer une double filiation posent différentes difficultés :

- le consentement de la mère légale est nécessaire, et peut ne pas être donné ; les conditions légales pour prononcer une adoption sans le consentement d'un des parents (refus abusif<sup>12</sup>) ne sont pas adaptées<sup>13</sup> ;
- les conditions « classiques » de l'adoption imposent d'être le conjoint ou le cohabitant du parent au moment de l'introduction de la demande d'adoption<sup>14</sup>, de sorte que si le couple ayant eu un projet parental commun est séparé au moment de la demande d'adoption, celle-ci n'est pas possible<sup>15</sup>.
- la double filiation de l'enfant ne peut pas être établie dès la naissance, car d'une part le consentement à l'adoption ne peut être donné que deux mois après celle-ci<sup>16</sup> et d'autre part la procédure d'adoption dure nécessairement un temps certain.

Le législateur danois a fait le choix de conserver l'adoption pour établir un double lien de filiation monosexuée et adaptant celle-ci de façon à permettre qu'elle puisse se réaliser avant la naissance : il est possible pour une femme d'obtenir l'adoption par anticipation de l'enfant à naître de sa compagne. L'adoption sera alors effective à la naissance, ce qui permet aux couples lesbiens d'avoir à leur disposition un outil permettant d'être parents, ensemble, dès la naissance de l'enfant. L'accès à l'adoption est par ailleurs largement simplifié car l'adoption est de droit sauf si elle se révèle contraire à l'intérêt de l'enfant<sup>17</sup>.

Une modèle de ce type permettrait de supprimer l'exigence du consentement de la mère légale et d'éviter l'écueil d'une séparation du couple puisque ce serait le projet parental commun qui serait le fondement d'une adoption dès avant la naissance.

<sup>10</sup> Qui, contrairement à ce qu'indique les développements de la proposition 2483/1 p. 2 n'a jamais été « que » une mesure particulière de protection de la jeunesse car si tel était le cas, comment justifier le recours important à l'adoption intra-familiale (adoption par le beau-parent notamment).

<sup>11</sup> Voir notamment en ce sens les propositions de loi 2798 modifiant l'article 348-11 du Code civil en ce qui concerne le refus de consentement de la mère ou du père à l'adoption déposée par Mme Z. Genot et consorts.

<sup>12</sup> Article 348-11 du Code civil.

<sup>13</sup> Difficulté qui fut à l'origine de l'arrêt n° 93/2012 rendu par la Cour constitutionnelle, *Revue trimestrielle de droit familial*, 2013/1, p. 153, note S. CAP et J. SOSSON, « Quand la Cour constitutionnelle revisite les conditions de l'adoption homoparentale ».

<sup>14</sup> Article 343 § 1 du Code civil.

<sup>15</sup> Difficulté qui fut à l'origine de l'arrêt n° 94/2012 rendu par la Cour constitutionnelle (*ibidem* note 13, p. 166).

<sup>16</sup> Article 348-4 du Code civil.

<sup>17</sup> Cfr not. S. CAP, L. GALICHET, F. MAISONNASSE et S. TETARD, « Le statut juridique du co-parent de même sexe : aperçu de droit comparé », in *Parenté, Filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, H. FULCHIRON et J. SOSSON (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 104, n° 16.

### 3. Transposer les règles de la filiation charnelle ?

En revanche, décider, comme le suggèrent les propositions analysées, de substituer à l'adoption un modèle dans lequel les règles de la filiation charnelle sont transposées, avec certaines adaptations, pose ou induit les conséquences et questions suivantes.

#### **a. Le projet parental commun comme fondement de la filiation : la filiation devient donc une affaire privée**

Il paraît évident que c'est le projet parental commun qui fonde et doit fonder la filiation dans un couple de même sexe.

1. Mais, tout d'abord, le fondement biologique de la filiation n'est pas, pour autant, éliminé par ces couples : ils recherchent au contraire à ce que l'enfant soit biologiquement issu de l'une des deux partenaires, ce qui montre bien que ces couples ne considèrent pas que les liens biologiques « ne comptent pour rien »... Les couples de femmes qui recourent à une procréation médicalement assistée avec donneur (et non à une adoption extra-familiale d'un enfant qui leur serait biologiquement étranger à toutes les deux) montrent par ce choix qu'elles sont attachées à ce que l'une procréé et l'autre pas, même si elles sont unies au sein d'un même projet parental pour que naisse un enfant. Ces couples attachent donc du prix au fait de devenir parent en transmettant la vie à un enfant tout autant (et non exclusivement comme les développements des propositions semblent le suggérer en évacuant systématiquement la référence au biologique) au fait de pouvoir devenir parent sans procréer<sup>18</sup>.

2. Ensuite, il convient de prendre la mesure du changement proposé : il s'agit de considérer que l'établissement juridique du lien de filiation ne dépend que de la volonté des personnes à l'origine du projet parental commun. En effet, la convention réalisée avec le centre de fécondation serait la base du double lien de filiation établi puisqu'ensuite la filiation serait établie par présomption ou par reconnaissance, et non plus par le biais d'un jugement au terme d'une procédure d'adoption. Il s'agit donc de considérer que tout projet parental, dès lors qu'il reçoit l'accord d'un centre de fécondation et est formalisé par une convention avec ce centre, est validé et apte à fonder une double filiation.

La filiation deviendrait donc, dans le champ des procréations médicalement assistées pour les couples de femmes, la conséquence ou l'effet d'une convention, alors qu'elle reste une institution, en d'autres termes que des règles considérées comme d'ordre public s'appliquent pour la déterminer, dans les autres couples.

3. Enfin, si le projet parental précédent (par définition) la naissance de l'enfant devenait le fondement de l'établissement du double lien de filiation, consentir à un tel projet acquiescerait des effets et une portée juridique extrêmement importante. L'objectif poursuivi unanimement par les

<sup>18</sup> Comme l'indique I. THERY (« Engendrement et filiation au temps du démariage », *Parenté, Filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, H. FULCHIRON et J. SOSSON (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 330), « chacun sait que les parents d'intention ne sont pas devenus parents uniquement en faisant un acte de volonté. A la différence des adoptants, ils ont bel et bien fait naître un enfant ». On voit que pour ces couples, le biologique d'une part, et la volonté d'autre part ne sont pas deux valeurs exclusives l'une de l'autre, elles sont vécues comme indissociables.

propositions de responsabiliser l'engagement dans un projet parental commun est évidemment très louable, mais il implique que la portée de l'engagement soit bien perçue, d'autant qu'aucune condition de durée ou de stabilité du couple ne serait posée<sup>19</sup>.

Qui va donner aux personnes concernées la nécessaire information sur les conséquences juridiques de cet acte, et ce à un moment où celles-ci peuvent rester quelque peu abstraites (parce qu'on se situe avant la réalité d'une grossesse et d'une naissance) ? Les centres de fécondation ? Est-ce leur rôle ? Les officiers de l'état civil ? Est-ce leur rôle ?

### **b. La question des origines**

1. La question des origines se pose évidemment aussi pour les couples de sexe différent, et mériterait donc d'être réfléchi dans son ensemble.

Mais la transposition envisagée des règles de la filiation charnelle aux couples de même sexe ayant recours à une PMA avec tiers donneur l'accentue : il s'agirait de « faire comme si » l'enfant était issu de deux femmes qui seront mentionnées comme ses deux parents potentiellement dès l'acte de naissance, alors même que l'enfant ne pourra ignorer par définition qu'un tiers a participé à son engendrement.

Le passage par l'adoption, ou l'instauration d'un mode d'établissement original de la filiation dans ce cas, permet au moins de ne pas travestir ce qui a été, à savoir que l'enfant n'est pas issu de deux femmes même s'il est le fruit d'un projet parental commun.

Alors que l'importance, dans la construction identitaire de toute personne, de la possibilité de connaître ses origines est reconnue et notamment pour les enfants adoptés, il s'agirait ici d'occulter que l'enfant doit d'être né aussi à l'apport de forces génétiques masculines, tout en privant l'enfant de tout accès à ses origines génétiques, notion à bien distinguer de la filiation (il ne s'agit pas de rechercher un père (ou une mère), ni donc de fragiliser la filiation). Les psychologues insistent sur la nécessité, pour se construire adéquatement, de donner la possibilité à chacun de répondre à la question de savoir « à qui il doit d'être né » et nous montrent les conséquences potentiellement très négatives lorsqu'il est totalement impossible, pour ceux qui s'interrogent, de trouver la réponse à cette question.

2. En droit comparé, on constate qu'hormis le Québec, les législateurs qui ont permis l'établissement d'un double lien juridique de filiation dans un couple de même sexe sans passer par l'adoption (il faut souligner que la majorité des pays ou états fédérés<sup>20</sup> prévoient le recours nécessaire à l'adoption), d'une part, ne le font pas en appliquant comme telles aux couples de même sexe la présomption de paternité ou la reconnaissance, et, d'autre part, ne permettent cet établissement automatique du double lien de filiation monosexuée que si la procréation a lieu dans le cadre d'une PMA dans un centre agréé, ce qui permet l'application des dispositions

<sup>19</sup> Un projet parental dans une union très récente ou de courte durée pourrait suffire à fonder un double lien de filiation.

<sup>20</sup> Etats-Unis (dans les états qui ont ouverts l'adoption aux couples de même sexe), Australie, Canada (hormis la province du Québec), Brésil, etc... Cfr S. CAP, L. GALICHET, F. MAISONNASSE et S. TETARD, « Le statut juridique du co-parent de même sexe : aperçu de droit comparé », in *Parenté, Filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, H. FULCHIRON et J. SOSSON (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 89 et suivantes.

légales qui permettent à l'enfant d'avoir accès, à certaines conditions légalement posées, à des données identifiantes relatives à celui qui a participé à son engendrement.

Ceci montre la nécessité, lorsqu'il est recouru à des exemples étrangers, d'examiner le système dans son ensemble et dans le contexte dans lequel ils s'insèrent, sans isoler un aspect d'une législation qui se rapproche d'une réforme souhaitée.

Ainsi par exemple au Royaume-Uni<sup>21</sup>, en Suède<sup>22</sup> et en Norvège<sup>23</sup>, pour que la co-mère puisse être inscrite dans l'acte de naissance, il faut nécessairement que l'insémination ait eu lieu dans un hôpital ou centre agréé. On arrive au même résultat aux Pays-Bas où la récente législation<sup>24</sup> prévoit que les liens de filiation seront automatiquement reconnus si les femmes mariées présentent une déclaration de la « Stichting Donorgegevens » (association des informations des donneurs) à l'officier de l'état civil lors de la déclaration de naissance de l'enfant.

Ces exigences permettent non seulement de vérifier si les conditions d'accès et d'aptitude des candidats à la reproduction assistées sont remplies, mais aussi<sup>25</sup> de s'assurer que s'appliquent les règles permettant à l'enfant d'avoir accès à ses origines à un âge que chaque législation détermine<sup>26</sup> (règles qui, parallèlement, excluent l'établissement d'un lien de filiation à l'égard du donneur).

Les traitements pratiqués à l'étranger<sup>27</sup> et les inséminations « amicales » exclueront la possibilité pour la partenaire de devenir automatiquement la co-mère, ces législateurs estimant que si l'insémination a lieu en privé avec un ami ou une connaissance de la mère, il est de l'intérêt de l'enfant que sa filiation puisse être établie à l'égard de cet homme et que s'il ne revendique pas sa paternité, la seule façon pour la co-mère d'établir un lien de filiation est l'adoption (en Suède et en Norvège) ou une reconnaissance (Aux Pays-Bas).

Le Québec<sup>28</sup> apparaît donc totalement isolé en ce que, d'une part, il transpose purement et simplement les règles de la filiation charnelle sans faire aucun lien entre la co-maternité et l'accès aux origines, et, d'autre part, en ce qu'en cas de « procréation «amicalement assistée», il est prévu que la présomption de co-maternité s'applique mais elle peut être écartée, un lien de filiation avec celui qui a apporté ses forces génétiques pouvant être établi dans l'année qui suit la naissance<sup>29</sup>.

---

<sup>21</sup> Human Fertilisation and Embryology Act du 6 avril 2009, section 42 et suivantes.

<sup>22</sup> Föräldrabalk (Children and Parents' Code) introduit le 1<sup>er</sup> juillet 2005 et amendé en 2009.

<sup>23</sup> Loi n° 7 du 8 avril 1981 relative aux enfants et aux parents (Children Act), amendée par la loi du 27 juin 2008, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2009.

<sup>24</sup> Wet van 25 november 2013 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het juridisch ouderschap van de vrouwelijke partner van de moeder anders dan door adoptie, Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden 2013 480, entrant en vigueur le 1er avril 2014.

<sup>25</sup> Dans certains pays c'est même la raison d'être de cette règle, comme en Suède et en Norvège notamment.

<sup>26</sup> A sa majorité en Suède, à 12 ans aux Pays-Bas, 16 ans en Angleterre.

<sup>27</sup> Hormis en Norvège où une loi récente reconnaît les effets d'une procréation médicalement assistée pratiquée à l'étranger mais à la condition (à nouveau) qu'elle ait eu lieu dans une clinique agréée, au moyen de gamètes d'un donneur anonyme, dont les données identifiantes sont conservées.

<sup>28</sup> Article 538.3 du Code civil québécois tels qu'introduit par la loi du 24 juin 2002.

<sup>29</sup> Article 538.2, alinéa 2 du Code civil québécois.

### c. Une question difficile : le sort à réserve aux procréations « amicalement » assistées

Le sort à réserver aux procréations « amicalement » assistées pose une réelle difficulté si le législateur belge souhaitait s'orienter vers une création d'une présomption de co-maternité inspirée du système québécois, comme le proposent (chacune à leur manière) les propositions commentées.

#### 1. La proposition 2483 ne règle pas spécifiquement la question.

Elle se borne à transposer purement et simplement ce qui est prévu pour la présomption de paternité, et notamment prévoir qu'une action en contestation de la présomption serait irrecevable, selon le texte proposé en français, « si l'époux a consenti à l'insémination artificielle ou à un autre acte ayant la procréation pour but » (article 325/3 § 4). Mais qui est ici « l'époux » puisque la présomption de co-parenté ne s'applique qu'à l'épouse<sup>30</sup> ? S'agit-il d'une erreur de texte et plutôt de l'épouse, comme suggéré dans les développements page 6 ? Mais cela impliquerait que l'action serait toujours irrecevable puisque par définition, en cas de procréation amicalement assistée, l'épouse a consenti à un acte ayant la procréation pour but...

Doit-on plutôt considérer que le « donneur amical » est, aux termes de l'article 325/3 § 2 proposé, potentiellement « l'homme qui revendique la paternité » et qu'il a dès lors un délai d'un an à dater « de la découverte du fait que la conception de l'enfant ne peut être la conséquence de l'acte auquel l'épouse a consenti conformément à la loi du 6 juillet 2007 » comme prévu à l'article 325/3 § 2 proposé ? Mais cela n'aurait évidemment pas de sens puisque précisément il n'a pas été recouru à un don de sperme et que l'on se situe donc hors du champ d'application de la loi du 6 juillet 2007. Et est-ce que, en application du § 5, il lui serait permis de contester la co-parenté et d'établir dès lors qu'il pourra rapporter (sans difficulté) la preuve qu'il est le père biologique de l'enfant ?

On voit que l'hypothèse du « donneur connu » n'a pas été envisagée comme telle dans la proposition 2483, ce qui pose problème.

#### 2. La proposition 2445 quant à elle prévoit des dispositions particulières pour cette hypothèse qui démontrent la complexité et la difficulté d'organiser ce cas de figure s'il est permis.

Il semble, mais la proposition ne nous paraît pas claire sur ce point, que si la mère est mariée, la présomption dans ce cas ne pourrait pas jouer (selon les développements p. 5) mais le texte de loi proposé sur la présomption dans le mariage ne le dit pas expressément. On y prévoit, à l'article 325/8 proposé, l'établissement dans ce cas de la filiation à l'égard du co-parent par une reconnaissance, et que le « donneur connu » (selon les termes de l'article 355/8 proposé), c'est-à-dire selon les développements page 12, « la personne qui a cédé sciemment et volontairement ses gamètes à un couple de même sexe dans le cadre de leur projet de parentalité visant à concevoir un enfant », devra consentir à cette reconnaissance (sachant qu'il ne pourra pas reconnaître l'enfant).

Il est indiqué en outre en page 12 des développements de la proposition que ce consentement devrait être donné au plus tôt trois mois avant la date à laquelle l'accouchement est prévu (?) mais pourrait être retiré jusque six mois après avoir été donné. Qu'est-ce à dire concrètement ? Que ce passera-t-il dans ce cas ?

De plus, le texte proposé ne reprend pas du tout ces exigences ! Il y est simplement prévu que la reconnaissance n'est recevable que moyennant « le consentement préalable du parent à l'égard duquel la filiation est établie, ou » (pourquoi ou ??) « du donneur connu si la reconnaissance est faite avant la naissance ». Qu'est-ce à dire ? Que le consentement n'est pas nécessaire après la naissance ? Pourquoi cette distinction ?

Par ailleurs, le texte de l'article 325/8 proposé prévoit que ces dispositions particulières s'appliquent « Lorsque la paternité n'est pas établie en vertu des dispositions du chapitre II ». Or le chapitre II du titre VII du Code civil est

<sup>30</sup> Cfr article 325/2 proposé : « L'enfant né pendant le mariage ou dans les trois cent jours qui suivent la dissolution ou l'annulation du mariage a pour coparent l'épouse »



celui qui concerne l'établissement de la filiation paternelle dans les couples de sexe différent. Cela signifie-t-il que les auteurs de la proposition entendent permettre, dans ce cas, que la filiation soit établie conformément aux règles du chapitre II, c'est-à-dire que l'homme ayant participé à la procréation puisse reconnaître l'enfant, ce que la proposition vise pourtant à interdire par son article 4 ?

On ne voit dès lors pas clair quant au système que les auteurs de la proposition 2445 ont voulu mettre en place en cas de PMA « amicalement » assistée et si le texte était adopté en l'état, les difficultés d'application seraient multiples.

**d. L'introduction d'un biais de genre au sein des couples de même sexe : les règles de la filiation charnelle pour les couples de femmes versus l'adoption pour les couples d'hommes**

1. L'intitulé et tout le contenu de la proposition 2483 utilise le terme de « coparents »/ « meeouders ». Or, cette proposition vise en réalité uniquement l'établissement d'un lien de filiation dans le cadre d'un couple homosexuel féminin.

La proposition 2445/1 parle également de co-parent/meeouder et indique qu'elle se veut « neutre sur le plan du genre » (p. 2) et viserait tous les couples de même sexe. Force est de constater que ceci est totalement artificiel puisque les règles proposées ne pourront jamais s'appliquer aux couples d'hommes.

Alors que les propositions disent viser mettre fin aux inégalités à l'égard des parents de même sexe, elles introduisent un biais de genre au sein même des couples de même sexe.

La situation d'un couple de deux hommes n'est certes pas la même que celle d'un couple de deux femmes, dès lors que la première exige le concours d'une mère porteuse et donc l'extension des règles d'établissement du lien de filiation du Code civil à deux hommes est impossible.

Cette différence ainsi constatée ne justifie-t-elle pas précisément que de telles règles ne soient pas adoptées pour les couples de femmes ? Permettre l'établissement d'un lien de filiation « d'origine » pour les couples femmes nous paraît en effet créer une différence de traitement injustifiée (et donc une possible discrimination) à l'égard des couples d'hommes. Comment justifier qu'une filiation d'origine soit créée pour un co-parent féminin, là où le co-parent masculin n'aura jamais d'autre moyen que l'adoption pour être juridiquement relié à l'enfant ? L'argument qui consisterait à soutenir qu'il y a là une différence biologique indépassable (l'indispensable participation d'une femme pour mettre au monde un enfant) ne peut tenir dès lors qu'il est totalement mis de côté lorsqu'il s'agit de vouloir transposer les règles de la filiation paternelle aux couples de femmes, car il est incontestable qu'un enfant ne peut pas être biologiquement issu de deux femmes.

En d'autres termes, adopter une telle loi reviendrait à déplacer la prétendue « inégalité » au sein même des couples de même sexe.

2. Il est clair en tous cas que l'intitulé des propositions et des mécanismes qu'elles entendent instaurer ne correspond pas à la réalité de ce qu'elles souhaitent créer : il s'agit de mécanisme visant à instaurer la co-maternité et non la co-parenté.

Au niveau terminologique, une autre remarque peut être faite : dans les développements des deux propositions apparaît à plusieurs reprises le terme « coparentalité », qui est erroné. Les propositions ne visent en effet pas à créer une « coparentalité », notion qui renvoie et qui concerne *l'exercice des fonctions parentales par une personne qui n'a pas de lien de filiation avec l'enfant*, mais bien une « coparenté », dès lors qu'il s'agit, en créant un lien de filiation, *d'établir un lien de parenté et d'inscrire l'enfant dans une lignée*.

3. L'introduction, dans la proposition 2445, d'une disposition visant à pénaliser la gestation pour autrui commerciale ne constitue pas une réponse adéquate ou suffisante au biais de genre ainsi introduit par les propositions.

a) Elle ne règle aucunement les questions de fond relatives à la gestion pour autrui et au contraire les complique : actuellement, la convention de gestation pour autrui est considérée comme nulle en droit mais les juges acceptent de prononcer des adoptions pour établir un lien à l'égard du second parent (de sexe différent ou de même sexe) si la convention est spontanément exécutée par les parties, considérant que cela correspond à l'intérêt de l'enfant.

Indiquer que recourir ou proposer une gestion pour autrui commerciale est un délit ne fait que rendre plus confus le débat sur cette question (alors que plusieurs propositions de lois sont déposées pour encadrer la gestation pour autrui). Cela ne résout rien et en tout état de cause ne supprime pas la différence que l'on se propose d'établir entre les couples de femmes et les couples d'hommes.

b) Sauf si l'intention des auteurs de la proposition était de considérer que l'article 325/2 proposé par la proposition 2445, qui prévoit que « l'enfant né de la procréation médicalement assistée a pour co-parent l'époux ou l'épouse du père ou de la mère au moment de la conception » s'appliquerait à un couple d'hommes qui recourt à une gestation pour autrui via l'insémination artificielle d'une mère porteuse avec le sperme de l'un des hommes du couple... Mais si tel était le cas, c'est loin d'être clairement énoncé et l'on reste avec une totale incertitude quant à ce, d'autant que l'on peut se demander si dans cette hypothèse on doit considérer que l'on se situe bien dans un cas où l'enfant est « né par procréation médicalement assistée » puisque l'article 325/1 proposé (art. 8 de la proposition de loi) prévoit que procréation médicalement assistée signifie une PMA visée par la loi du 6 juillet 2007 et que cette loi exclut explicitement de son champ d'application la gestation pour autrui ! Les mêmes remarques s'appliquant hors mariage à une reconnaissance par un homme...

4. Si, comme on peut le penser, l'établissement de la co-parenté est en pratique applicable uniquement aux couples de femmes, il faut mentionner que des études récentes montrent que la place laissée au tiers qui participe à l'engendrement n'est pas la même dans les couples de femmes et les couples d'hommes.

Le rapport au donneur de sperme, d'une part, pour les couples de femmes, et au donneuse d'ovocytes ou aux femmes qui assurent la gestation de l'enfant pour les couples d'hommes, d'autre part, est différent. Une étude française récente de M. GROSS<sup>31</sup> a montré qu'il apparaît

<sup>31</sup> M. GROSS, « Les tiers de procréation dans les familles homoparentales », *Recherches familiales*, n° 11, 2014, pp. 29 et 30.

que « *du côté masculin, les tiers, gestatrice ou donneuse d'ovocyte, sont des personnes dont l'existence est réelle et concrète mais dont la contribution reste extérieure au corps des hommes, qui peuvent sans risque la nommer, voire installer une relation dans la durée et dans la réciprocité. Ils peuvent la qualifier de mère, le risque n'est pas grand puisqu'elle revendique ne pas en être une* ». Aucun d'eux n'est donc menacé par le don de gestation ou le don d'ovocyte. Les couples de femmes au contraire doivent, « *si elles veulent être deux mères et donner de l'importance à la maternité élective, valoriser la dimension conjugale de leur projet parental que la présence d'un père au quotidien ou seulement dans le discours risque de fragiliser* ».

Une étude de terrain en Belgique sur les couples de même sexe procédant à une adoption confirme ce constat<sup>32</sup> : les couples d'hommes semblent plus entourés de femmes que ne sont entourés d'hommes les couples de femmes, et la question de la présence concrète de personnes permettant l'identification à l'autre sexe est donc plus présente chez les couples d'hommes. S. LAZARD, dans cette analyse de terrain, relève que « *du côté des couples de femmes, l'enjeu est souvent différent que du côté des hommes. Chez elles, il peut y avoir une tendance à attribuer au géniteur-donneur une fonction insignifiante. Juste un flacon de sperme, une goutte, une semence : une question technique sans importance ! Il est évidemment tentant de faire l'impasse sur l'importance de cet inconnu pour l'enfant. Or l'homme de la semence a des traits que l'enfant voit dans sa propre image. Pour lui, ce visage inconnu, comme la personnalité qu'il recèle, peut devenir une question extrêmement insistante. Il y a là quelque chose que les femmes parfois négligent, qui les dérange, ravive leur castration. Pourtant, réduire le donneur de sperme, c'est comme négliger l'être de l'enfant, l'origine de son corps, même s'il n'est pas question de considérer le donneur comme « papa », ce qu'il n'est évidemment dans aucun cas* »<sup>33</sup>. Alors que, selon cette même étude, tel ne sera pas le cas pour les couples d'homme dans lesquels « *peut exister la culpabilité de prendre la place d'une femme* » et qui, partant, ne vont pas « *s'autoriser à prendre la place « maternelle » alors qu'ils ne sont pas femmes, même s'ils y sont identifiés* »<sup>34</sup>.

#### **e. Le projet parental commun comme fondement de la filiation : pourquoi uniquement dans les couples de même sexe ?**

Comment justifier, si l'établissement de la filiation du co-parent est légalement organisée, que le projet parental commun soit le fondement de la filiation pour les enfants issus d'une procréation médicalement assistée dans les couples de même sexe alors qu'aujourd'hui une femme qui a un rapport sexuel avec un homme débouchant sur une grossesse, sans qu'il n'y ait aucun projet parental commun, peut imposer une paternité légale à cet homme (avec tout ce que cela implique en termes de droits et de devoirs pour celui-ci) au motif qu'il est biologiquement l'auteur de l'enfant ? Comment justifier que le lien biologique suffise dans ce cas là ? Sachant que la Cour constitutionnelle, au fil de ses arrêts rendus en matière de filiation, remet en cause au nom du principe d'égalité, du respect de la vie privée et familiale et de l'intérêt de l'enfant, un système qui ne fonderait la filiation légale que sur le lien biologique ou que sur le lien socio-affectif, puisqu'elle invite à permettre à un juge de faire une balance de tous les intérêts en présence ?

<sup>32</sup> S. LAZARD, « L'adoption par des couples homosexuels, réalités d'un travail de terrain en Belgique », in *Parenté, Filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, H. FULCHIRON et J. SOSSON (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 313

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 316.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 317.

Ceci montre que les changements que les propositions veulent apporter ne peuvent être envisagés sans les placer en perspective dans la question générale de la conception du lien de filiation aujourd'hui dans son ensemble et sans mesurer les conséquences qu'ils auraient aussi sur la filiation charnelle.

#### **f. La transposition de règles inconstitutionnelles ?**

On ne peut par ailleurs s'empêcher de s'interroger sur la transposition aux couples de même sexe des règles du Code civil qui ont été déclarées contraires à la Constitution par la Cour Constitutionnelle et que les juges aujourd'hui ne peuvent plus appliquer lorsqu'ils sont saisis d'un litige portant sur une question identique.

1. La proposition 2483 se borne à préciser qu' « il y aurait lieu de réforme en profondeur et dans sa totalité le droit de la filiation au regard de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle » mais que « afin de ne pas créer de nouvelles inconstitutionnalités », l'option choisie est de se conformer le plus possible aux dispositions existantes du droit de la filiation » (développements page 4). Mais transposer des règles inconstitutionnelles dans l'attente ne peut que créer plus encore de confusion et mettre les juges dans des situations très complexes : pourront-ils considérer qu'il y va d'un litige portant sur une question identique s'il s'agit d'une disposition « transposée » à l'établissement de la co-maternité ?

2. La proposition 2445 quant à elle a perçu la nécessité d'adapter les dispositions légales relatives à l'établissement de la filiation « charnelle » déclarées inconstitutionnelles avant de les transposer à l'établissement de la co-parenté. Mais deux difficultés majeures se présentent.

- D'une part, la proposition adapte certaines dispositions en tenant compte de certains arrêts de la Cour constitutionnelle en en omettant d'autres pourtant d'une importance capitale<sup>35</sup>. Il est extrêmement difficile par ailleurs de savoir dans quel sens il faudrait adapter ces articles pour qu'ils respectent les prescrits constitutionnels.

- D'autre part, comment justifier que des dispositions nouvelles du Code civil qui tiennent compte des enseignements de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle soient applicables pour l'établissement de la filiation dans les couples de même sexe alors qu'elles n'ont pas été adaptées pour l'établissement de la filiation dans les couples hétérosexuels ? Même si un projet de loi global concernant le droit de la filiation et prenant en compte ladite jurisprudence était en cours d'élaboration, il est évident qu'une telle réforme ne pourra pas être finalisée de si tôt tant elle est complexe !

---

<sup>35</sup> Ainsi, l'article 329bis C.c. lorsqu'il est transposé dans l'article 325/4 proposé ne tient pas compte de l'arrêt du 7 mars 2013 qui déclare inconstitutionnelle le contrôle marginal de l'intérêt de l'enfant et ne permet donc plus aux juges saisis de litiges portant sur une question identique de refuser la reconnaissance si elle est *manifestement* contraire à l'intérêt de l'enfant.

Ainsi, l'article 325/9 proposé ne tient pas compte de l'arrêt prononcé le 8 août 2012 qui considère que l'existence d'un empêchement à mariage dont le Roi ne peut dispenser ne peut pas empêcher l'accès à un juge qui pourra faire une balance des intérêts en présence.

Ainsi l'article 325/11 proposé ne tient pas compte de l'arrêt prononcé le 5 décembre 2013 quant au délai de contestation de reconnaissance.

La cohérence impose que des réformes soient opérées en même temps et non pas qu'une catégorie de la population (les couples de femmes) disposent de règles adaptées alors que la majorité des citoyens n'en disposeront pas.

## **II. LES ASPECTS « TECHNIQUES » DES PROPOSITIONS POSANT QUESTION OU PROBLÈME**

### 1. Remarques communes aux deux propositions

#### *a) Articles à modifier « oubliés » dans les propositions*

- Article 56 du Code civil
- Article 143 al. 2 du Code civil
- Article 336 du Code civil quant à l'action alimentaire non déclarative de filiation
- Articles relatifs au consentement en cas d'adoption par des tiers de l'enfant dont la co-parenté est établie (hypothèse théorique mais à prévoir).

#### *b) Article à adapter en raison d'autres changements législatifs en cours ou dont l'entrée en vigueur est attendue*

- Article 335 du Code civil quant à la transmission du nom
- L'entrée en vigueur de la loi instaurant le tribunal de la famille le 1<sup>er</sup> septembre 2014 implique l'adaptation de certaines dispositions des propositions.

#### *c) Dispositions transitoires*

La proposition 2445 prévoit (art. 34) une application « à la filiation des enfants nés de procréations médicalement assistée dont la convention est établie après l'entrée en vigueur de la présente loi ».

On remarquera que pourtant cette proposition envisage des règles particulières pour les enfants nés en dehors de la procréation médicalement assistées (art. 19 et suivants de la proposition).  
Quid au niveau du droit transitoire pour ces enfants là ?

La proposition 2483 prévoit quant à elle que la loi s'applique à la filiation « d'enfants nés après l'entrée en vigueur de la loi ».

Quelle solution préférer ? Quid par ailleurs des femmes dont la relation a pris fin avant l'entrée en vigueur de la loi ?

## 2. Quant à la proposition 2445

### a) *Quel est le champ d'application de la « présomption de co-parentalité » dans le mariage ?*

Selon les développements de la proposition (page 7), il est affirmé qu'« une filiation de plein droit est prévue sous la forme d'une présomption de co-parentalité, par analogie avec la présomption de paternité ».

Tel n'est portant pas le cas puisque l'article 325 /2 proposé (art. 10 de la proposition) prévoit que « l'enfant né de la procréation médicalement assistée a pour co-parent l'époux ou l'épouse du père ou de la mère au moment de la conception ».

Or la présomption de paternité quant à elle s'applique<sup>36</sup> tout d'abord aux enfants nés pendant le mariage (et non conçus durant celui-ci) et ensuite à ceux nés dans les trois cent jours qui suivent la dissolution ou l'annulation du mariage, ce qui n'est pas prévu ici.

De plus, comment définir le moment de la conception de l'enfant ? Pour rappel, l'article 326 du Code civil prévoit qu'un enfant est présumé avoir été conçu entre le 300<sup>ème</sup> et le 180<sup>ème</sup> jour avant la naissance, soit durant la période légale de conception dont la durée est d'environ 4 mois. Quid ici ?

### b) *Hors mariage, le projet parental commun n'est pas suffisant à fonder la filiation*

1. Puisque la proposition veut transposer les conditions applicables à la reconnaissance dans les couples de sexe différent, elle prévoit que la mère légale doit consentir à la reconnaissance (art. 325/4 proposé).

Il ne peut dès lors pas être soutenu que la proposition vise à faire du projet parental commun le seul fondement d'une co-maternité.

En effet, cela implique qu'alors que dans le mariage le projet parental commun consacré par la convention avec le centre de fécondation suffit à permettre l'établissement d'un double lien de filiation, hors mariage la partenaire de la femme qui accouche doit avoir « deux » consentements de la part de celle-ci : son consentement lors de la convention PMA et son consentement ensuite à la reconnaissance, avec l'incertitude qui découle de ce que, si elle refuse son consentement à la reconnaissance, il appartiendra au tribunal d'apprécier si celle-ci correspond ou non à l'intérêt de l'enfant.

2. Il est prévu à l'alinéa 2 de l'article 325/2 proposé (art. 10 de la proposition) que la présomption de co-parenté en faveur de l'époux ou l'épouse du père ou de la mère « ne s'applique pas si cette personne a retiré son consentement à la procréation avant la conception ». Une telle disposition n'est pas prévue pour la reconnaissance par une femme non mariée.

---

<sup>36</sup> Article 315 du Code civil.

*c) La contestation d'un lien avec la co-mère établi par présomption ou reconnaissance : qui ? Comment ?*

Les règles relatives à la contestation de la paternité du mari ou d'une reconnaissance dans un couple de sexe différent ont été transposées (et partiellement adaptées eu égard aux arrêts rendus par la Cour constitutionnelle, cfr néanmoins supra page 10).

Cette transposition (conjuguée au souhait de f les règles comme si elles s'appliquaient aussi pour l'établissement de la filiation à l'égard de deux hommes alors que ce n'est pratiquement pas possible, cfr supra page 7) implique que les règles prévues sont complexes voire confuses.

1. Il est ainsi prévu que « le père » peut contester la présomption (article 325/3 proposé) ou la reconnaissance par le co-parent (article 325/7 proposé). Qui est ce père qui pourrait contester, puisque que, dans les couples de femmes, le donneur ne peut devenir père ? S'agit-il d'un homme qui revendiquerait néanmoins la paternité, mais ce titulaire est prévu expressément plus loin dans la disposition, de sorte qu'il y aurait un double emploi ? Ou sont-ce les couples d'hommes qui sont visés et le père ainsi visé serait le père légal d'un enfant né par gestation pour autrui alors même qu'il n'est pas du tout établi que la proposition permette dans ce cas l'application de la présomption de co-parenté comme exposé supra page 9 ?

2. Qui est « la personne qui revendique la paternité ou la maternité de l'enfant » visée dans cet article, et qui doit, aux termes du § 3 (et par transposition pure et simple de l'article 318 § 5 du Code civil) en outre prouver qu'il est le père ou la mère de l'enfant car la décision faisant droit à l'action en contestation établira de plein droit sa filiation ? Si l'on prend l'exemple d'un couple de femmes mariées où l'épouse est présumée co-parent de l'enfant, quel est l'homme qui peut revendiquer la paternité puisque le donneur anonyme ne le peut pas en application de la loi du 6 juillet 2007 et que le cas du « donneur connu » est quant à lui prévu dans une disposition spécifique à l'article 325/11 proposé ?

On voit que faire une sorte de « copier / coller » des articles 318 et 330 du Code civil n'est pas adéquat car on ne parle pas des mêmes réalités.

3. Par ailleurs, les articles 325/3 § 1<sup>er</sup> et 325/7 proposés commencent par les termes « Si la conception n'était pas la conséquence de la procréation médicalement assistée », semblant réserver la possibilité d'une contestation de la présomption de co-maternité dans le mariage et d'une reconnaissance par la co-mère aux cas où il s'avèrerait que l'enfant n'est pas issu de la PMA mais donc d'une relation hétérosexuelle entretenue par le père ayant mis au monde l'enfant. Pourtant, au § 2 de ces dispositions proposées, il est prévu que « le juge statue sur l'action en contestation au regard de l'intérêt de l'enfant et de la possession d'état ». Il n'est pas explicitement indiqué qu'il faut prouver que la conception n'est pas la conséquence de la PMA.

*d) Le statut du « donneur amical » est confus*

On reverra sur ce point à la page 7 ci-dessus.

On peut ajouter que les conditions de la contestation d'une reconnaissance opérée par le co-parent lorsque le donneur est connu ne sont pas claires : il est prévu notamment à l'article 325/11 § 3 proposé que « le juge statue sur l'action en contestation au regard de l'intérêt de l'enfant et de la possession d'état » et au § 4 que « la reconnaissance est mise à néant s'il est prouvé par toutes voies de droit que l'intéressé n'est pas le co-parent ». Qu'est-ce à dire ? Que vise-t-on ?

Si l'hypothèse visée est celle d'un couple de femmes ayant recours aux forces reproductrices d'un ami, et qu'il s'agit par exemple pour cet ami de contester la reconnaissance opérée par la partenaire de la femme qui a mis l'enfant au monde (il est logiquement titulaire de l'action en tant que « celui qui revendique la filiation paternelle »), que signifie l'exigence posée selon laquelle il doit prouver par toutes voies de droit que l'intéresse – qui est l'intéressé – n'est pas le co-parent ?

*e) L'action en recherche de co-maternité : quelle preuve ?*

A nouveau parce que la volonté est de transposer toutes les règles relatives à l'établissement de la filiation, l'article 325/12 proposé prévoit que lorsque la co-parenté n'est pas établie par présomption ou reconnaissance, elle peut l'être par un jugement.

La disposition proposée adapte néanmoins la règle prévue pour la filiation charnelle en ce qu'elle prévoit que le juge devrait statuer « au regard de l'intérêt de l'enfant et de la possession d'état », ce qui, comme relevé ci-dessus, n'est pas actuellement prévu pour les couples de sexe différent (voir supra page 10). Mais en se limitant à prévoir cela, on ne parvient pas à déterminer ce qu'il faudrait prouver pour que soit établie par jugement une co-parenté ? Logiquement, c'est l'existence d'un projet parental commun qui pourrait fonder qu'une femme impose à une autre de devenir la co-mère d'un enfant via un jugement. Mais cela n'est pourtant pas indiqué.

### 3. Quant à la proposition 2483

*a) Quel sens donner à l'article 325/1 proposé ?*

L'article 325/1 proposé prévoit : « Lorsque la paternité n'est pas établie en vertu du Chapitre 2, la coparentalité peut être établie en vertu des dispositions du présent chapitre ».

Est-ce à dire que toutes les règles prévues pour l'établissement de la co-maternité ne s'applique que si la filiation n'est pas déjà établie par application des règles de la filiation charnelle, donc à l'égard d'un homme, alors que pourtant il est prévu dans les dispositions proposées par les articles 3, 4 et 5 de la proposition que cela ne peut pas être le cas ?

Si s'agit de préciser que la co-parenté ne s'applique pas aux enfants issus d'une union hétérosexuelle précédente, c'est de toute façon le cas vu que la disposition transitoire prévoit que la loi ne s'applique qu'aux enfants nés après l'entrée en vigueur de la loi.

Quel est dès lors le sens et la portée de cette disposition ?



*b) Hors mariage, le projet parental commun n'est pas suffisant à fonder la filiation*

Comme pour la proposition 2445, hors mariage la partenaire de la femme qui accouche doit avoir « deux » consentements de la part de la femme qui donne naissance à l'enfant pour établir un lien de co-parent : son consentement lors de la convention PMA et son consentement ensuite à la reconnaissance, avec l'incertitude qui découle de ce que, si elle refuse son consentement à la reconnaissance, il appartiendra au tribunal d'apprécier si celle-ci correspond ou non à l'intérêt de l'enfant.

*c) La contestation d'un lien avec la co-mère établi par présomption ou reconnaissance : qui ? Comment ?*

Les règles relatives à la contestation de la paternité du mari ou d'une reconnaissance dans un couple de sexe différent ont été transposées mais cela pose des questions.

1. Qui est « la femme qui revendique co-parentalité de l'enfant » visée dans l'article 325/3 § 1, 2 et 6 proposés ? Si l'on prend l'exemple d'un couple de femmes mariées où l'épouse est présumée co-parent de l'enfant, qui pourrait être « la femme qui revendique la coparentalité » ? Vise-t-on l'hypothèse où une femme conclurait une convention PMA avec une autre femme puis en épouserait une autre avant la naissance ?

2. La preuve à rapporter pour qu'il soit fait droit à la demande en contestation de la co-parentalité est que « l'intéressé n'a pas consenti à la conception conformément à la loi du 6 juillet 2007 ou que la conception ne peut en être la conséquence ».

Qui est l'intéressée ? Logiquement la co-mère. Il serait préférable de l'indiquer clairement.

*d) Le statut du « donneur amical » est confus*

Voir page 6 ci-dessus.

*e) L'action en recherche de co-maternité : quelle preuve ?*

La preuve à rapporter pour que la co-maternité puisse être établie par jugement est l'existence d'une possession d'état ou, à défaut, le consentement à la procréation médicalement assistée conformément à la loi du 6 juillet 2007. Cette proposition est plus claire sur ce point que la proposition 2445.

## CONCLUSION

Il ressort de cet examen que la transposition voulue par les propositions des règles de la filiation charnelle aux couples de même sexe s'avère éminemment problématique.

Les deux propositions opèrent cette transposition de manière différente, mais tant le questionnement de fond que les difficultés techniques relevées montrent qu'il n'est pas opportun de « plaquer » des techniques faites pour l'engendrement sur des filiations volontaires. Il est illusoire de croire qu'il suffit de quelques ajouts dans des textes pour réussir correctement l'introduction d'une parenté d'intention dans notre droit.

C'est sans doute en créant, comme l'ont fait certains pays, des mécanismes nouveaux dans le respect des différences entre les situations visées, que l'on pourra réussir à se dégager de la force d'attractivité que semblent exercer les règles de la filiation charnelle et à construire un droit réellement adapté qui ne créera pas d'importants questionnements et de réelles difficultés d'application.

B. UITEENZETTING DOOR DE HEER PATRICK SENA EVE, PROFESSOR,  
INSTITUUT VOOR FAMILERECHT EN JEUGDRECHT KULEUVEN;

### **Nota Hoorzitting Senaat 19 maart 2014**

---

#### **Wetsvoorstellen [wv.] betreffende het meeoouderschap 5-2445 en 5-2483**

*Voorafgaande opmerking: het zeer korte tijdsbestek waarbinnen mij gevraagd werd op de hoorzitting van 19 maart 2014 mijn standpunt weer te geven, liet mij niet toe om op alle aspecten van de problematiek in te gaan. Ik moet mij dan ook beperken tot enkele algemene reflecties en een paar punctuele opmerkingen.*

1. Op de vraag of er wetgevend ingrijpen aangewezen is om iets te doen aan het statuut van wat men de (lesbische) meemoeder is gaan noemen, antwoord ik volmondig ja.

2. Er bestaat natuurlijk al een belangrijke wettelijke verwezenlijking op dat vlak, namelijk de wet van 18 mei 2006 op de adoptie door personen van hetzelfde geslacht, destijds hier in de Senaat nog aangenomen met de kleinst mogelijke meerderheid van stemmen (34 tegen 33), en dat heeft al heel veel lesbische koppels – en een beperkt aantal homoseksuele koppels – en hun kinderen juridisch [vooruit] geholpen.

Maar intussen is toch in brede milieus het inzicht gegroeid dat de adoptie niet het meest geschikte instituut is om een afstammingsband te vestigen ingeval het kind geboren wordt uit een gelijkslachtige relatie waarbij beide partners *vooraf* een engagement nemen en aldus wat men noemt ‘procreatieverantwoordelijkheid’ dragen.<sup>37</sup> De holebi-adoptie kan blijven bestaan ingeval een lesbisch paar of een homoseksueel paar samen het kind van [een] derd[e] willen adopteren.

De rechtsfiguur van de adoptie is in essentie toch een bijzondere maatregel van jeugdbescherming die een kind in een zwakke positie juridisch wil verankeren in een nieuw gezin dat hem meer kansen biedt (= overdracht van ouderschap), en weliswaar ook, bij uitbreiding, een kind juridisch wil verankeren ten aanzien van de partner van een bestaande ouder die *later* in zijn leven gekomen is. Maar adoptie is niet de meest geschikte instelling om een oorspronkelijke afstammingsband te vestigen tussen een kind en een volwassene.<sup>38</sup>

3. De bestaande adoptie als instelling om het statuut van het kind t.a.v. de lesbische meemoeder te regelen is bovendien recent onder vuur komen te liggen door twee arresten van het Grondwettelijk Hof van 12 juli 2012, waarbij het Hof stelt:

\* nr. 93/2012: dat de wet strijdig is met art. 10, 11, 22 en 22bis Grondwet in zoverre ook bij meemoederadoptie door de vrouw die samen met de moeder beslist had een kind te verwekken bij toepassing van medisch begeleide voortplanting, de wettelijke moeder over een quasi vetorecht beschikt tegen de voorgenomen adoptie<sup>39</sup>;

---

<sup>37</sup> Zie T. Wuyts, “De rechtspositie van meemoeders en hun kinderen” in P. Sena eve, F. Swennen en G. Verschelden (eds.), *Ouders en kinderen*, Antwerpen – Cambridge, Intersentia, 2013, nr. 126, p. 111.

<sup>38</sup> Vgl. T. Wuyts, o.c., nr. 112, p. 98-99.

<sup>39</sup> GwH 12 juli 2012, nr. 93/2012, *T.Fam.* 2013, 154, noot M. Goegebuer.

\* nr. 94/2012: dat de wet strijdig is met de art. 10, 11 en 22bis Grondwet in zoverre zij er niet in voorziet dat een minderjarig kind dat geen juridische vader heeft ook door de *voormalige* samenwonende partner van zijn moeder (met wie zij meer dan drie jaar heeft samengewoond) en die met het kind een duurzame ouder-kindrelatie heeft, ten volle geadopteerd kan worden met behoud van zijn juridische banden met zijn oorspronkelijke familie<sup>40</sup>.

4. De oplossing waar naar gewerkt moet worden om een behoorlijk statuut te geven aan de meemoeder *resp.* aan het uit dergelijke relatie geboren kind ligt dus in de aanpassing van de afstammingswetgeving.

In het huidige recht is het reeds zo dat de afstamming in juridische zin niet slechts de weerspiegeling op juridisch vlak is van de biologische afstamming. Het biologische ouderschap maakt weliswaar het algemene substraat uit van het juridische ouderschap – de adoptieve afstamming buiten beschouwing gelaten – doch de biologische band is thans reeds noch een noodzakelijke, noch een voldoende vereiste om tussen twee personen een afstammingsband teweeg te brengen. Het vaststellen (en betwisten) van de afstamming gebeurt immers op grond van autonome regels, waarbij de biologische band weliswaar de belangrijkste rol speelt, maar waarbij ook andere elementen in rekening worden gebracht, met name de dagelijks beleefde opvoedingsrelatie die feitelijk bestaat tussen een volwassene en een kind (het zgn. socio-affectieve ouderschap).<sup>41</sup> Het regelen van de rechtspositie van de meemoeder via het afstammingsrecht kan dus gezien worden als een verdere stap in die richting.

5. Het door sommigen gepropageerde idee om te werken met een ‘preconceptuele adoptie’, namelijk een adoptie door de meemoeder die tot stand zou komen vóór de verwekking van het kind, zou m.i. een denaturering van het instituut van de adoptie inhouden. Dan ligt het toch veel meer voor de hand om met een aanpassing van de bestaande regels van het afstammingsrecht te werken.

6. De eerste problematiek die hierbij rijst is uit te maken of het afstammingsrecht enkel aangepast moet worden voor de situatie van de [lesbische] meemoeder van de wettelijke moeder van een kind, of ook voor de situatie van de [homoseksuele] meevader van de wettelijke vader van een kind.

Ik meen dat het behoorlijk regelen van de rechtspositie van de mannelijke partner van de vader *resp.* van het kind van een homoseksueel paar gelijktijdig een sluitende globale regeling vergt van het hele fenomeen van het draagmoederschap, aangezien twee mannen nu eenmaal geen kind kunnen krijgen dan door een beroep te doen op een welwillende vrouw bij wie zij dan een kind doen verwekken. Er zijn wetsvoorstellen tot regeling van het draagmoederschap hangende, ik neem aan dat daarover gediscussieerd is maar dat u tot nog toe geen bevredigende regeling daarvoor hebt weten te vinden, en thans is het te kort dag om dat nog vóór de parlementsontbinding te regelen. Het zou een beetje de kar voor het paard spannen zijn om nu al op dat vlak de afstammingswetgeving aan te passen zonder een behoorlijke globale regeling voor het draagmoederschap uit te werken.

<sup>40</sup> GwH 12 juli 2012, nr. 94/2012, *T.Fam.* 2013, 165, noot M. Bunkens.

<sup>41</sup> P. Senaev, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 14<sup>de</sup> uitg. 2013, nr. 636.

En wetende dat de meeste homokoppels beroep doen op een *buitenlandse* draagmoeder, moet er ook op gewezen worden dat voor een bepaalde casuspositie de rechtspraak hier recent reeds een min of meer bevredigende oplossing voor heeft weten te vinden.<sup>42</sup>

Dat er aldus een ongelijkheid tot stand zou worden gebracht tussen een lesbisch koppel met kinderwens en een homokoppel met kinderwens houdt geen discriminatie in in de zin van artikel 10 en 11 Grondwet, nu de bron van die ongelijkheid nu eenmaal uit de totaal verschillende feitelijke constellatie zelf voortvloeit.

7. Als de wet dan toch beperkt zou worden tot de [lesbische] meemoeder, dan is het consequenter om overal de term ‘meemoeder’, ‘meemoederschap’ en ‘van meemoederszijde’ te gebruiken en niet de term ‘meeouder’ en ‘meeouderschap’ en van ‘meeouderszijde’ (zowel in wv. 2445 als in wv. 2483). Om het niet academisch te zeggen: best niet rond de pot draaien, als het dan toch enkel over een vrouw gaat toch beter de term *moeder* gebruiken dan *ouder*.

8. De onderliggende idee bij het uitwerken van een afstammingsregeling moet zijn dat een gezamenlijk ouderschapsproject van twee vrouwen niet vrijblijvend mag zijn:

- noch voor de meemoeder die ermee akkoord gaat dat bij haar partner een kind wordt verwekt, naar de wettelijke moeder en het kind toe,

- maar ook niet voor de vrouw die zich aldus een kind bij zich laat verwekken, naar haar partner toe.

9. Het lijkt mij het beste om de afstammingsrechtelijke positie van de meemoeder van een kind te regelen naar het bestaande model van de afstammingsrechtelijke positie van de vader van een kind, maar met hier en daar de nodige aanpassingen omwille van de specifieke aard van de zaak.

Dat wil dus zeggen dat een regeling uitgewerkt wordt die als het ware een copy/paste regeling is van wat thans reeds geldt voor de vaststelling van de vaderlijke afstamming van een kind, zoals gedaan wordt in wv. 2483.

Er moet dan een onderscheid gemaakt worden tussen:

- de meemoeder die gehuwd is met de wettelijke moeder;

- de meemoeder die niet gehuwd is met de wettelijke moeder (m.a.w. die wettelijk samenwonende is of feitelijk samenwonende is met de wettelijke moeder).

### **§ 1. De meemoeder is gehuwd met de wettelijke moeder**

10. Hier kan best een regel worden ingevoerd die het pendant is van de vaderschapsregel van artikel 315 BW (sommigen spreken van het vaderschapsvermoeden, maar dat is m.i. geen correcte terminologie), zoals in wv. 2483.

---

<sup>42</sup> Zie Rb. Luik 15 maart 2013, *RTDF* 2013, 714, noot C. Henricot; P. Senaevé, Ontwikkelingen in het afstammingsrecht 2011 - 2013" in P. Senaevé e.a. (eds.), *Personen- en familierecht*, Themis, Academiejaar 2013-2014, Vormingsonderdeel 85, Brugge, die Keure, 2014, p. 41-44, nrs. 98-104.

Ik zou het toepassingsgebied van die regel niet beperken tot het kind dat geboren is na medisch begeleide voortplanting, in tegenstelling tot wat voorgesteld wordt in wv. 2445.

Als een vrouw getrouwd is met een vrouw en een kind ter wereld brengt na geslachtsbetrekkingen met een man, al dan niet met akkoord van haar echtgenote, of na zelfinseminatie, dan zie ik niet in waarom die vrouwelijke echtgenote niet automatisch de juridische ouder zou worden bij de geboorte van dat kind, net zoals de mannelijke echtgenoot van de moeder automatisch de juridische ouder wordt bij de geboorte ongeacht de manier waarop het kind verwekt werd.

**11.** Uiteraard moet dan ook gedacht worden aan de mogelijkheid tot betwisting van dit wettelijke moederschap van de meemoeder.

Belangrijk is hier vooreerst een grond van onontvankelijkheid van die vordering tot betwisting in te voeren naar het model van de onontvankelijkheid van de betwisting van het wettelijke vaderschap: als de echtgenote toestemming heeft gegeven tot kunstmatige inseminatie of tot een andere daad die de voortplanting tot doel had, kan geen enkele titularis de afstammingsband met de meemoeder betwisten, tenzij de verwekking van het kind hiervan niet het gevolg kan zijn. Dus als het lesbisch koppel overeenkomt om een kind te verwekken via geslachtsbetrekkingen van één van hen met een man, staat het meemoederschap van de meemoeder vast en is dat meemoederschap onbetwistbaar, net zoals dat het geval is wanneer binnen een heterohuwelijk het koppel beslist bij de vrouw een kind te laten verwekken door geslachtsbetrekkingen met een derde (huidig art. 318, § 4 BW). Die regel bestaat al sinds de Afstammingswet van 1987, en is algemeen aanvaard, dus kan die uitgebreid worden tot het meemoederschap binnen het huwelijk.

Als dergelijke voorafgaande instemming ontbreekt, kan de afstamming volgens het wv. 2483 betwist worden door:

- de wettelijke moeder
- het kind
- de meemoeder
- de man die het vaderschap opeist
- alsook: “*de vrouw die het meeouderschap van het kind opeist*”: wie hiermee beoogd wordt is mij niet duidelijk, dat wordt best weggelaten.

**12.** De vraag rijst dan wat de grondslag is voor een succesvolle betwisting van de afstamming van de meemoeder, want daarin ligt natuurlijk een essentieel verschil met de betwisting van het vaderschap van de echtgenoot, waarvan de grondslag de afwezigheid van een genetische band tussen het kind en de echtgenoot is.

In het wv. 2483 lees ik:

*“indien door alle wettelijke middelen is bewezen dat de betrokkene niet heeft toegestemd in de verwekking overeenkomstig de wet van 6 juli 2007 (MBV-wet), of dat de verwekking hiervan niet het gevolg kan zijn.”*

Dat lijkt me toch vreemd: de grondslag zou m.i. moeten zijn dat de echtgenote, wettelijk meemoeder, vooraf niet heeft ingestemd tot kunstmatige inseminatie of tot een andere daad die de voortplanting tot doel had, tenzij de verwekking van het kind hiervan niet het gevolg kan zijn.

Zoals het nu wordt voorgesteld is er een contradictie tussen § 3 (de grondslag) en § 4: de grond van ontoelaatbaarheid van de vordering: als de echtgenote heeft ingestemd tot geslachtsbetrekkingen of tot zelfinseminatie van haar partner met het oog op de verwekking van een kind, is de vordering ontoelaatbaar volgens § 4, maar ze zou volgens § 3 toch succesvol betwist kunnen worden.

Het probleem zit hem er in dat, in tegenstelling tot de betwisting van het wettelijke vaderschap van de echtgenoot, het hier overbodig is om zowel een regel in te voeren aangaande de grondslag voor een succesvolle betwisting als een regel voor de ontoelaatbaarheid van de vordering in geval van voorafgaande toestemming.

De oplossing kan technisch-juridisch gevonden worden door het samenvoegen van de voorgestelde §§ 3 en 4 als volgt:

*“Onverminderd het bepaalde in §§ 1 en 2, wordt de vordering tot betwisting van het vermoeden van meemoederschap gegrond verklaard, tenzij door alle wettelijke middelen bewezen wordt dat de echtgenote voorafgaand aan de verwekking haar toestemming heeft gegeven tot kunstmatige inseminatie of tot een andere daad die de voortplanting tot doel had, tenzij de verwekking van het kind hiervan niet het gevolg kan zijn.”*

Met deze oplossing wordt meteen ook het bewijsrechtelijke probleem opgelost, want hoe zou men kunnen bewijzen dat de meemoeder niet heeft ingestemd met de verwekking van het kind: het bewijs van een ‘absoluut negatief feit’ is nu eenmaal onmogelijk.

**13.** Bij de betwisting van het wettelijke meemoederschap rijst als bijkomende vraag of het aangewezen is dat, bij de invoering van een afstammingsrechtelijk statuut voor de meemoeder, de wetgever in de nieuw in te voeren bepalingen reeds rekening houdt met de talrijke wettelijke bepalingen aangaande de vaderlijke afstamming die door het Grondwettelijk Hof strijdig bevonden werden met de Grondwet.<sup>43</sup>

Ik meen dat de wetgever er thans beter aan doet om bij de nieuw in te voeren wetsbepalingen nog *geen* rekening te houden met deze rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en om gewoon de relevante bepalingen inzake vaderlijke afstamming te copy/pasten, ook ingeval die wetsbepaling door het Grondwettelijk Hof strijdig met de Grondwet werd bevonden. De hervorming van het afstammingsrecht vereist een diepgaande reflectie om tot een coherent geheel van regels te komen, en men kan nu niet inderhaast bij de nieuw in te voeren regels trachten rekening te houden met de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof maar de wetsbepalingen die strijdig bevonden werden met de Grondwet intact laten: dat zou juist getuigen van een onverantwoord amateurisme. Het zou overigens tot een onvoorstelbaar juridisch imbroglio leiden om bepalingen die door het Grondwettelijk Hof strijdig bevonden werden met de Grondwet, te laten voortbestaan maar tegelijk nieuwe wettelijke bepalingen in te voeren die ingaan tegen de gehandhaafde door het Grondwettelijk Hof ongrondwettig verklaarde wetsbepalingen.

---

<sup>43</sup> Voor een recent overzicht, zie P. Senaevé, “Ontwikkelingen in het afstammingsrecht 2011- 2013” in P. Senaevé e.a. (eds.), *Personen- en familierecht*, Themis, Academiejaar 2013-2014, Vormingsonderdeel 85, Brugge, die Keure, 2014, p. 1-51.

Dat er diepgaande reflectie nodig zal zijn om te komen tot een globale aanpassing van het afstammingsrecht is duidelijk: zeker wat betreft het *bezit van staat* als grond van ontoelaatbaarheid van vorderingen tot betwisting van de afstamming, is het laatste woord nog niet gezegd. Er is overigens ook heel wat kritiek op bepaalde arresten van het Grondwettelijk Hof aangaande het afstammingsrecht, op grond dat het Grondwettelijk Hof zich soms vergallopeert, zeker waar het zich beroept op het gezag van arresten van het EHRM. Het is juist dat het Grondwettelijk Hof in artikel 142 Grondwet het monopolie gekregen heeft om de grondwettigheid van de wetgeving te beoordelen, en dat na een arrest dat de wetgever niet wenst te volgen, het door het Grondwettelijk Hof opgeworpen grondwettigheidsbezwaar enkel via een grondwetswijziging terzijde gelegd zou kunnen worden.<sup>44</sup> De wetgever dient zich aldus in principe te schikken naar de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, maar men kan toch bezwaarlijk aannemen dat op dit principe geen enkele uitzondering mogelijk zou zijn. Wat zou men anders van de wetgever moeten verwachten ingeval het Grondwettelijk Hof zelf zijn rechtspraak wijzigt en “omgaat”, wat het in het verleden juist m.b.t. het afstammingsrecht reeds gedaan heeft.<sup>45</sup> Anderzijds mag men van de rechters van een Grondwettelijk Hof toch ook verwachten dat ingeval een van zijn arresten op unanieme en gefundeerde kritiek van de gezaghebbende rechtsleer onthaald wordt, het bij een volgende gelegenheid zijn standpunt dienaangaande heroverweegt.

## § 2. De meemoeder is niet gehuwd met de wettelijke moeder

**14.** Ingeval de meemoeder niet gehuwd is met de wettelijke moeder, rijst als eerste vraag of de wetgever de erkenning door de meemoeder met instemming van de wettelijke moeder zomaar in alle gevallen moet aanvaarden, hetgeen als ik het goed begrepen heb wordt voorgesteld in wv. 2483.

Ik meen vooreerst dat uitdrukkelijk bepaald moet worden dat de meemoeder het kind enkel kan erkennen indien het geen vastgestelde vaderlijke afstammingsband heeft. Indien het kind dat een wettelijke moeder heeft bv. reeds door een man erkend zou zijn, dan meen ik dat de wetgever geen erkenning door een vrouw moet toelaten, ook al laat het huidige artikel 329 BW toe dat een kind erkend wordt door meer dan één persoon van hetzelfde geslacht (in concreto door 2 mannen), waarbij dan bepaald wordt dat alleen de eerste erkenning uitwerking heeft zolang zij niet is vernietigd. Een herformulering van artikel 329 BW zoals voorgesteld in wv. 2483 (art. 22) volstaat m.i. niet. Als het kind reeds erkend is door een man die zijn genetische vader is, dan meen ik dat het niet aangewezen is dat de meemoeder ook nog een afstammingsband zou vestigen, waardoor het kind drie afstammingsbanden zou hebben t.a.v. volwassenen. Als het kind erkend zou zijn door een man die niet de genetische vader is, kan dit vaderschap in voorkomend geval succesvol betwist worden, waarna een erkenning door de meemoeder zou kunnen. Als het vaderschap niet succesvol betwist kan worden, dan blijft een juridische band met de meemoeder eventueel nog mogelijk via adoptie (als de meemoeder intussen gehuwd is met de wettelijke moeder, met haar wettelijk samenwoont of gedurende minstens drie jaar feitelijk samenwoont).

<sup>44</sup> Zie recent nog A. Alen, Toespraak ter gelegenheid van zijn installatie tot Voorzitter van het Grondwettelijk Hof tijdens de plechtige zitting van dit Hof op woensdag 5 februari 2014, [www.const-court.be](http://www.const-court.be)

<sup>45</sup> Zie de arresten van het Arbitragehof nr. 39/90 van 21 december 1990 en nr. 63/92 van 8 oktober 1992, waarop het Arbitragehof gedeeltelijk is teruggekomen in arrest nr. 66/2003 d.d. 14 mei 2003. Zie daarover P. Senaev, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 8<sup>e</sup> uitg. 2004, nrs. 823-824-4;.



**Het overgangsrecht**

**15.** De wetgever dient in elk geval, gelet op het enorme belang en de delicate aard van de materie, de nodige aandacht te besteden aan het overgangsrecht m.b.t. de nieuw in te voeren regels.

Een goed doordacht systeem van overgangsrecht kan evenwel maar nuttig ontwikkeld worden nadat vaststaat welke regels van materieel recht ingevoerd zullen worden.

C. UITEENZETTING DOOR DE HEER PAUL BORGHS, JURIST, GESPECIALISEERD IN HOLEBI- EN TRANSGENDERWETGEVING;

In 2006 werd in België de adoptie opengesteld voor paren van hetzelfde geslacht. Jaarlijks melden zich, alleen al in de Vlaamse Gemeenschap, zo'n 250 meemoeders aan voor de stiefouder- of partneradoptie van het kind van hun echtgenote of partner.

Tot nu toe is die adoptie de enige manier om een tweede juridische afstammingsband te vestigen ten aanzien van een meemoeder. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens oordeelde dat de relatie tussen een lesbisch paar en het biologisch kind van één van hen onder de bescherming van het familie- en gezinsleven uit artikel 8 EVRM valt (Europees Hof voor de Rechten van de Mens, arrest Gas en Dubois t. Frankrijk, nr. 25951/07, 15 maart 2012, § 37). Volgens het Belgisch Grondwettelijk Hof waarborgt de omweg van de adoptie om dat familie- en gezinsleven juridisch gestalte te geven niet in alle omstandigheden dat, het kind dat werd verwekt in het kader van een gezamenlijk ouderschapsproject van een biologische moeder en een meemoeder, ten opzichte van beiden een juridische afstammingsband verkrijgt (Grondwettelijk Hof, arresten nr. 93/2012 en 94/2012, 12 juli 2012). Nog volgens het Grondwettelijk Hof primeert het belang van het kind om het voordeel van een dubbele juridische afstammingsband te genieten (Grondwettelijk Hof, arrest nr. 93/2012, 12 juli 2012, B.14). In de Belgische Grondwet en het Internationale Kinderrechtenverdrag staat overigens dat de overheid alle maatregelen moet nemen die een kind verzekeren van alle bescherming en zorg die het voor zijn welzijn nodig heeft (artikel 22bis GW en artikel 3 IVRK).

De vele nadelen die verbonden zijn aan de adoptie, en die deels aangekaart werden in de bovenvermelde arresten van het Grondwettelijk Hof, tonen aan dat de adoptie niet de meest aangewezen weg is voor het vaststellen van een dubbele afstammingsband voor kinderen die geboren worden in het gezin van twee vrouwen. De wetsvoorstellen die ter bespreking voorliggen inzake de afstamming van de meemoeder zijn dan ook een noodzakelijke en belangrijke stap voorwaarts.

Wanneer een kind bijvoorbeeld geboren wordt in het huwelijk van een man en een vrouw na medisch begeleide voortplanting, dan wordt de echtgenoot van de vrouw die van het kind bevalt normaal gezien automatisch de juridische vader van het kind. Het kind krijgt meteen bij de geboorte de bescherming van een tweezijdige afstammingsband. Wanneer een kind – in totaal vergelijkbare omstandigheden – geboren wordt in het huwelijk van twee vrouwen dan hangt zijn bescherming af van de wil van de betrokkenen om over te gaan tot stiefouder- of partneradoptie. Het lijkt wel alsof er in België opnieuw wettige kinderen zijn, naast onwettige kinderen van wie het statuut moet geregulariseerd worden door adoptie. Het is positief dat de wetgever deze discriminaties wil wegwerken. Voor de rechtsbescherming van een kind, mag de seksuele geaardheid of de gezinssituatie van zijn ouders immers geen verschil uitmaken. Geen enkel gezamenlijk ouderschapsproject mag vrijblijvend zijn. In alle gezinssituaties moet het belang van het kind primeren.

In wat volgt schets ik kort enkele nadelen van de adoptie en plaats ik enkele overwegingen bij de vraag of een oorspronkelijke afstammingsregeling voor meemoeders mogelijk is. Ik besluit met enkele inhoudelijke bemerkingen bij de wetsvoorstellen met nummer 5-399/1, 5-2445/1 en 5-2483/1.

Voor uitgebreidere informatie met betrekking tot de eerste twee aspecten, verwijs ik nog naar mijn bijdrage in het Nieuw Juridisch Weekblad van 22 mei 2013 (Paul Borghs, “Rechtspositie Meemoeder. Van adoptieve naar oorspronkelijke juridische afstamming”, *Nieuw Juridisch Weekblad* 22 mei 2013, 382-408).

### *Nadelen van de partner- of stiefouderadoptie door de meemoeder?*

De openstelling van de adoptie was, en is, belangrijk, maar blijkt in de praktijk heel wat nadelen te hebben voor lesbische gezinnen waarin de meemoeder het kind van haar echtgenote of partner wil adopteren.

Zo moeten de betrokkenen een adoptievoorbereiding volgen. Het openbaar ministerie moet, via de politie, inlichtingen inwinnen. De jeugdrechtbank kan een maatschappelijk onderzoek bevelen. Alhoewel het gewenste kind het gevolg is van een gemeenschappelijk ouderschapsproject, zoals dat ook in het gezin van een man en een vrouw het geval is, lijkt het alsof de capaciteiten van de meemoeder als juridische ouder toch nog voorafgaandelijk moeten worden nagegaan.

De biologische moeder kan pas toestemmen in de adoptie twee maanden na de geboorte van het kind en de jeugdrechtbank doet ten vroegste uitspraak zes maanden na het neerleggen van het verzoekschrift tot adoptie. Problemen ontstaan wanneer het tot een breuk komt tussen de biologische moeder en de meemoeder vooraleer de adoptieprocedure kon worden afgerond en de biologische moeder niet wil instemmen in de adoptie door de meemoeder. De meemoeder kan dan vaak enkel aanspraak maken op een uitermate beperkt recht op persoonlijk contact. In sommige gevallen gaf de biologische moeder zelfs aan een andere vrouw toestemming om het kind te adopteren of liet ze een man het kind (leugenachtig) erkennen. Uiteraard kan ook de meemoeder weigeren om het kind te adopteren. De meemoeder kan dan niet verplicht worden bij te dragen in het onderhoud van het kind. Voor wat betreft kinderen geboren in een gezin van een man en een vrouw, biedt het recht adequate beschermingsmechanismen. Die ontbreken voor kinderen geboren in een gezin van twee vrouwen.

### *Overwegingen bij de vraag of een oorspronkelijke afstammingsregeling voor meemoeders mogelijk is.*

Tal van buitenlandse voorbeelden tonen aan dat het uiteraard mogelijk is om een oorspronkelijke afstammingsband te vestigen tussen het kind en de meemoeder. Alleen al binnen Europa kan gewezen worden op het ‘automatisch’ ouderschap voor meemoeders in bijvoorbeeld Denemarken, IJsland, Nederland, Noorwegen, Spanje, het Verenigd Koninkrijk en Zweden. Buiten Europa voerde Québec (Canada) al in 2002 een dergelijke regeling in. België is wat dit betreft dus zeker geen koploper of pionier.

De juridische afstammingsregels zijn bedoeld om vast te leggen wie moet instaan voor de biologische en sociale volwassenwording van een kind. Het is logisch dat deze regels de socio-culturele ontwikkelingen in een steeds veranderende samenleving volgen. Het is bovendien een misvatting dat de oorspronkelijke juridische afstamming op biologische grondslagen moet gevestigd worden. Ze kan immers ook gebaseerd worden op socio-affectieve banden of op de

wil. Voorbeelden hiervan zijn de (leugenachtige) erkenning<sup>46</sup> en de bepalingen aangaande de afstamming uit de wet betreffende de medische begeleide voortplanting<sup>47</sup>. De biologische realiteit speelt zelfs een steeds minder belangrijke rol, net zoals de ‘uiterlijke schijn’ van het biologische ouderschap. Dat laatste blijkt bijvoorbeeld uit de afstammingsrechtelijke bepalingen uit de wet betreffende de transseksualiteit<sup>48</sup>.

*Inhoudelijke bemerkingen bij de wetsvoorstellen nr. 5-399/1, 5-2445/1 en 5-2483/1.*

#### *Algemeen*

- Geen van de wetsvoorstellen voorziet een aanpassing van artikel 56 BW<sup>49</sup>. Het zou aan te raden zijn om ook de meemoeder de mogelijkheid te geven om de geboorte van het kind aan te geven bij de burgerlijke stand.
- De vraag kan opgeworpen worden of de uitzondering die in artikel 143, 2<sup>e</sup> lid BW werd aangebracht door de wet van 13 februari 2003 tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht moet behouden blijven (artikel 143, 2<sup>e</sup> lid BW sluit de toepassing van de vaderschapsregel uit in het huwelijk van personen van hetzelfde geslacht)<sup>50</sup>.

#### *Bemerkingen in verband met al de wetsvoorstellen*

- Wat de bepalingen betreffende de familienaam van het kind betreft (artikel 31 in wetsvoorstel nr. 5-2445/1 en artikel 26 in wetsvoorstel nr. 5-2483/1) zou het raadzaam zijn om een regeling te voorzien voor het geval er onenigheid is over de keuze van de familienaam. Er wordt in de voorgestelde bepalingen ook niet voorzien dat alle kinderen in het gezin eenzelfde familienaam moeten dragen.
- Wat de overgangsregeling betreft zou de voorkeur kunnen gegeven worden aan de overgangsregeling uit artikel 28 in wetsvoorstel nr. 5-2483/1 zodat kinderen die geboren werden vóór de inwerkingtreding van de wet nog kunnen erkend worden

<sup>46</sup> Wanneer een man (of vrouw) een kind erkent, dan wordt vooraf niet nagegaan of er een biologische band is met de erkenner (artikel 313 en 319 BW).

<sup>47</sup> De MBV-wet bepaalt dat de afstammingsregels in het voordeel van de wensouders werken en dat geen rechtsvordering betreffende de afstamming (of de daaruit voortvloeiende vermogensrechtelijke gevolgen) kan worden ingesteld tegen of door de donor (artikel 27 en 56 MBV-wet).

<sup>48</sup> Een officiële geslachtswijziging heeft geen gevolgen voor de kinderen geboren vóór de officiële geslachtswijziging (artikel 62bis, § 8 BW). Een transman is na een officiële geslachtswijziging de juridische moeder van het desbetreffende kind en een transvrouw is de juridische vader van het desbetreffende kind.

<sup>49</sup> Artikel 56 § 1. In geval van bevalling in ziekenhuizen, klinieken, kraaminrichtingen of andere verpleeginrichtingen, wordt de geboorte van het kind aangegeven door de vader of door de moeder of door beide ouders of, wanneer deze er zich van onthouden de aangifte te doen, door de persoon die de leiding van de inrichting uitoefent, of zijn afgevaardigde.

§ 2. In de andere gevallen wordt de geboorte van het kind aangegeven door de vader of door de moeder of door beide ouders of, wanneer deze er zich van onthouden de aangifte te doen, door de geneesheren, vroedvrouwen of andere personen die bij de bevalling tegenwoordig zijn geweest of door de persoon bij wie de bevalling heeft plaatsgehad.

<sup>50</sup> Artikel 143 Een huwelijk kan worden aangegaan door twee personen van verschillend of van hetzelfde geslacht. Indien het huwelijk werd aangegaan tussen personen van hetzelfde geslacht, is artikel 315 niet van toepassing.

door de meemoeder. Dat opent perspectieven voor de zogenaamde clandestiene meemoeders die, wegens een relatiebreuk, uit de boot vielen toen de adoptie werd opengesteld en die een gemeenschappelijk ouderschapsproject kunnen aantonen. Daarnaast zijn er ook lesbische vrouwen met kinderen die het opstarten van de adoptieprocedure uitstellen om gebruik te kunnen maken van het ‘automatische’ ouderschap.

- Geen enkel wetsvoorstel voorziet in de mogelijkheid van een alimentaire vordering in te stellen tegenover de meemoeder, naar analogie met artikel 336 e.v. BW. De Nederlandse wetgeving voorziet bijvoorbeeld wel in een onderhoudsplicht voor de meemoeder die instemde met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad (artikel 1:394 en 1:395b BW).

*Specifiek in verband met wetsvoorstel nr. 5-2445/1*

- De strafrechtelijke bepalingen uit artikel 33 in het wetsvoorstel nr. 5-2445/1 horen thuis in een eventuele wettelijke regeling van het draagmoederschap. Het voorgestelde artikel 354 § 1 Sw. zou, indien het wordt goedgekeurd, een ernstige belemmering kunnen vormen voor de praktijk van het draagmoederschap zoals die nu wordt toegepast in een aantal fertiliteitscentra.
- Artikel 10 in het wetsvoorstel nr. 5-2445/1 is niet duidelijk. Er staat: ‘*Het kind geboren na medisch begeleide voortplanting heeft als meemoeder de persoon (van hetzelfde geslacht, cf. artikel 8 in hetzelfde wetsvoorstel) die op het ogenblik van de verwekking met de moeder of de vader gehuwd was*’. Wanneer één van de echtgenoten van een gehuwd lesbisch koppel bijvoorbeeld (hoogtechnologische) draagmoeder is voor een gehuwd homokoppel, betekent dit dan dat de draagmoeder bij de geboorte de juridische moeder van het kind wordt en haar echtgenote automatisch de tweede juridische ouder? Wanneer de echtgenote van een gehuwd heteroseksueel koppel bijvoorbeeld (hoogtechnologische) draagmoeder is voor een gehuwd homokoppel, wat dan met het juridische moederschap van de vrouw die van het kind bevalt en wat met de vaderschapsregel? Ten minste toch als het de bedoeling is om het ouderschap in het kader van draagmoederschap te regelen, dan zou dit moeten gebeuren voor alle koppels die een beroep doen op een draagmoeder (mannenkoppels, lesbische koppels en heteroseksuele koppels) in het kader van een globale regeling.

*Specifiek in verband met wetsvoorstel nr. 5-2483/1*

- Het wetsvoorstel wil het consequent mogelijk maken dat alle kinderen geboren in het huwelijk van twee vrouwen, ook buiten het kader van medisch begeleide voortplanting, ‘automatisch’ een afstammingsband verkrijgen met de meemoeder (artikel 10 in het wetsvoorstel nr. 5-2483/1) zodat de meemoeder in deze situatie niet moet erkennen (artikel 19 in het wetsvoorstel nr. 5-2445/1).

- Daarnaast bevat dit wetsvoorstel, zoals eerder aangeduid, een meer aangepaste overgangsregeling.
- Beide bepalingen maken een optimale bescherming van de betrokken kinderen mogelijk.

D. UITEENZETTING DOOR DE HEER YVES AERTS, COÖRDINATOR VAN ÇAVARIA.

De heer Aerts spreekt namens Çavaria, de koepel van de Nederlandstalige holebi-en transgenderorganisaties in België. Zij zijn absoluut voorstander van een regeling die het voor lesbische koppels mogelijk maakt bij de geboorte van een kind automatisch of via een erkenning allebei juridische ouder te zijn.

De huidige regeling die een adoptie noodzaakt wordt, overigens niet alleen door Çavaria, als achterhaald beschouwd, vooral omdat ze niet de beste oplossing vormt voor het kind. Als twee vrouwen samen kiezen een kind te krijgen, is het immers in het belang van het kind dat beide vrouwen meteen als juridische ouder beschouwd worden en dus rechten en plichten hebben ten overstaan van het kind.

Dat is wat Çavaria vraagt en deze vraag wordt gesteund door onder andere de Vlaamse adoptieambtenaar, Kind en Gezin, de Vlaamse minister van Welzijn, de Nederlandstalige Vrouwenraad en andere belangrijke vrouwenorganisaties en het Interfederaal Gelijkekansen Centrum. Al deze organisaties vragen dat er werk gemaakt wordt van een gelijkaardige procedure als degene die nu geldt voor heterokoppels. Çavaria vraagt niet meer maar ook niet minder dan dat hetzelfde geldt wanneer twee vrouwen of een man en een vrouw samen een kind krijgen.

De heer Aerts verwijst naar de discussie die in 2002-2003 werd gevoerd bij de openstelling van het huwelijk. Uiteraard was het mogelijk varianten op het huwelijk te bedenken, maar het eenvoudigste was het burgerlijk huwelijk open te stellen zodat twee mannen of twee vrouwen dezelfde rechten en plichten kregen als een man en een vrouw die in het huwelijk traden. Dat is wat nu wordt gevraagd voor de meemoeders: zorg dat de meemoeders de verantwoordelijkheid krijgen, nemen en moeten nemen als ze samen voor een kind hebben gekozen.

De voorliggende wetsvoorstellen krijgen in dat opzicht de steun van Çavaria. Op basis van de drie voorstellen samen is een perfecte wetswijziging mogelijk. Het is nu belangrijk dat snel te doen. Als de commissie het voorstel vandaag niet goedkeurt, dan gaat de heer Aerts ervan uit dat het niet meer tijdens deze legislatuur door beide kamers zal kunnen behandeld worden. Dat zou hij betreuren. Het zou ook bizar zijn omdat er over de partijgrenzen heen een hele ruime meerderheid voor bestaat. De regeling kost de overheid bovendien niets, maar zal integendeel een positieve budgettaire invloed hebben. Personen die een adoptiecursus volgen, zoals nu voor meemoeders het geval is, moeten immers een hele procedure doorlopen waarbij onder andere de politie ter plaatse moet nagaan of de moeders wel goede ouders zijn.

Deze wetswijziging zou de situatie vereenvoudigen en meer rechtszekerheid bieden, wat in het belang van de kinderen is. Vandaar dat de heer Aerts oproept om vandaag een akkoord te bereiken, dat dan hopelijk nog in Senaat en Kamer gestemd kan worden. Dan kan er gezegd worden dat het parlement zijn werk heeft gedaan.