

Rolnummer 5252
Arrest nr. 93/2012 van 12 juli 2012

A R R E S T

In zake : de prejudiciële vragen betreffende de artikelen 143, tweede lid, 348-3 en 348-11 van het Burgerlijk Wetboek, gesteld door de Jeugdrechtbank te Luik.

Het Grondwettelijk Hof,

samengesteld uit de voorzitters R. Henneuse en M. Bossuyt, en de rechters E. De Groot, L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke, J. Spreutels, T. Merckx-Van Goey, P. Nihoul en F. Daoût, bijgestaan door de griffier P.-Y. Dutilleux, onder voorzitterschap van voorzitter R. Henneuse,

wijst na beraad het volgende arrest :

*

* *

I. *Onderwerp van de prejudiciële vragen en rechtspleging*

Bij vonnis van 14 november 2011 in zake L.G. tegen A.L., in aanwezigheid van G.R., waarvan de expeditie ter griffie van het Hof is ingekomen op 18 november 2011, heeft de Jeugdrechtbank te Luik de volgende prejudiciële vragen gesteld :

1. « Schenden de artikelen 348-3 en 348-11 van het Burgerlijk Wetboek de artikelen 10, 11 en 22 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met de artikelen 8 en 14 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, in zoverre zij de toestemming van de moeder opleggen opdat een adoptie kan worden uitgesproken (buiten het geval waarin de moeder zich niet meer om het kind heeft bekommerd of de gezondheid, de veiligheid of de zedelijkheid van het kind in gevaar heeft gebracht), terwijl :

- de moeder en de kandidaat/kandidate-adoptieouder gehuwd waren op het ogenblik van de geboorte en van de indiening van het verzoekschrift tot adoptie;

- de moeder met de kandidaat/kandidate-adoptieouder een overeenkomst heeft ondertekend conform artikel 7 van de wet van 6 juli 2007 betreffende de medisch begeleide voortplanting;

- de moeder met de kandidaat/kandidate-adoptieouder heeft deelgenomen aan de voorbereiding op de adoptie bedoeld in artikel 346-2 van het Burgerlijk Wetboek;

- is aangetoond dat er een daadwerkelijke familiale band bestaat tussen het kind en de kandidaat/kandidate-adoptieouder zowel tijdens de zwangerschap als na de geboorte en dat die band blijft bestaan na de scheiding van de echtgenoten;

- in een dergelijke situatie de adoptie die wordt uitgesproken ten gunste van de echtgenoot van de moeder niet in de plaats zou treden van de afstamming die bestaat tussen de biologische moeder en het kind, maar daarbovenop zou komen, en zulks overeenkomstig hetgeen is bepaald in artikel 356-1 van het Burgerlijk Wetboek ? »;

2. « Schendt artikel 143, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek de artikelen 10, 11, 22 en 22bis van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met artikelen 8 en 14 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden zoals geïnterpreteerd door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, in zoverre het de toepassing uitsluit van artikel 315 van het Burgerlijk Wetboek op personen van hetzelfde geslacht die met elkaar gehuwd zijn ? ».

Memories zijn ingediend door :

- L.G.;

- de Ministerraad.

Op de openbare terechtzitting van 8 mei 2012 :

- zijn verschenen :

- . Mr. V. Grella en Mr. D. Pire, advocaten bij de balie te Luik, voor L.G.;
- . Mr. F. Gosselin, advocaat bij de balie te Brussel, voor de Ministerraad;
- hebben de rechters-verslaggevers J.-P. Snappe en E. Derycke verslag uitgebracht;
- zijn de voornoemde advocaten gehoord;
- is de zaak in beraad genomen.

De bepalingen van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof met betrekking tot de rechtspleging en het gebruik van de talen werden toegepast.

II. *De feiten en de rechtspleging in het bodemgeskil*

L.G. en A.L. zijn gehuwd te Embourg op 19 juli 2008. Op 5 september 2009 schonk A.L. het leven aan een dochter ingevolge een medisch begeleide voortplanting die door het koppel was gewild in het kader van een door hen opgestart mee-ouderschapsproject. Tijdens heel de zwangerschap hebben zowel A.L. als haar echtgenote de komst van het kind voorbereid en vervolgens hebben ze het vanaf de geboorte samen opgevoed.

In juli 2010 hebben beide echtgenotes de eerste stappen gezet met het oog op de procedure van de adoptie door L.G. van de dochter van A.L. Op 10 augustus 2010 verkreeg L.G. het attest van voorbereiding op de adoptie uitgereikt door de centrale overheid van de Franse Gemeenschap. Op 10 september 2010 diende zij een verzoekschrift tot volle adoptie in bij de Jeugdrechtbank.

In de loop van de maand september 2010 verliet A.L. de echtelijke woning, waarbij ze haar dochter met zich meenam. L.G. stelde onmiddellijk een vordering in opdat haar, in afwachting van de uitkomst van de adoptieprocedure, voor de rechtbank van eerste aanleg die in kortgeding uitspraak doet in het kader van de dringende en voorlopige maatregelen tussen echtgenoten, een recht op persoonlijk contact zou worden toegekend ten aanzien van het kind, hetgeen zij bij twee opeenvolgende beschikkingen verkreeg, waarbij de tweede beschikking het recht uitbreidde.

De partijen hadden zich verzoend en een bemiddeling werd opgestart, waarbij beide echtgenotes opnieuw waren gaan samenwonen.

Eind januari 2011, echter, is het koppel opnieuw uit elkaar gegaan. L.G. verkreeg dus opnieuw de waarborg een persoonlijk contact met het kind van A.L. te kunnen voortzetten. De echtgenotes zijn momenteel in een echtscheidingsprocedure verwickeld. In het kader van de procedure tot volle adoptie heeft A.L. zich tegen die adoptie verzet om reden dat zij niet zou beantwoorden aan het hogere belang van het kind wegens de scheiding van het koppel.

De partij die de adoptie vordert, is van mening dat de toestemming op onverantwoorde wijze is geweigerd in de zin van het eerste lid van artikel 348-11 van het Burgerlijk Wetboek, gelet op het mee-ouderschapsproject in het kader waarvan de vordering past. Het tweede lid van dezelfde bepaling maakt het evenwel pas mogelijk de weigering van de moeder te negeren wanneer na een grondig maatschappelijk onderzoek gebleken is dat die persoon zich niet meer om het kind heeft bekommerd of de gezondheid, de veiligheid of de zedelijkheid van het kind in gevaar heeft gebracht, hetgeen te dezen niet het geval is.

Op die basis heeft de procureur des Konings over de adoptie een ongunstig advies uitgebracht, onder voorbehoud van elementen bij de verdere behandeling van het geding, waaronder het antwoord dat het Hof zou geven op de beide prejudiciële vragen die, op gunstig advies van het parket, door de Jeugdrechtbank zijn gesteld, vragen die hierboven werden weergegeven.

III. *In rechte*

- A -

Standpunt van de Ministerraad

A.1.1. De eerste prejudiciële vraag is niet ontvankelijk omdat, enerzijds, de categorie van personen die op discriminerende wijze zou worden behandeld ten opzichte van een andere categorie niet wordt geïdentificeerd - de in het geding zijnde bepalingen zijn trouwens geenszins discriminerend in zoverre zij zowel op heteroseksuele als op homoseksuele partners van toepassing zijn - en, anderzijds, omdat niet wordt aangetoond in welk opzicht de artikelen 22 van de Grondwet en 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens zouden zijn geschonden.

A.1.2. In ondergeschikte orde dient de prejudiciële vraag ontkennend te worden beantwoord. Artikel 22 van de Grondwet verankert het recht op het privéleven en op het gezinsleven, behoudens in de gevallen door de wet bepaald. Hetzelfde geldt voor artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.

Te dezen, echter, voorzien de artikelen 348-3 en 348-11 van het Burgerlijk Wetboek in de toestemming van één of beide ouders van een kind in diens adoptie.

Die bepalingen hebben een wettig doel, namelijk het recht op eerbiediging van het gezinsleven van het kind en zijn natuurlijke ouder beschermen tegen een adoptie door een derde tegen de wil van die natuurlijke ouder.

De « *Wagner* »-rechtspraak (EHRM, 28 juni 2007, *Wagner en J.M.W.L. t. Luxemburg*), waarnaar de eiseres verwijst, is te dezen niet toepasselijk, aangezien de feitelijke context verschillend is : in het betwiste geval gaat het niet om een uitvoerbaarverklaring vermits er geen vonnis is geweest. Bovendien gaat het evenmin om een interlandelijke adoptie.

A.1.3. Wat er ook van zij, de prejudiciële vraag dient ontkennend te worden beantwoord of op zijn minst behoeft zij geen antwoord.

In de *Wagner*-rechtspraak wordt immers de voorrang gegeven aan de beoordelingsbevoegdheid van de nationale wetgevers.

Ook al had het Grondwettelijk Hof, in het arrest nr. 134/2003 van 8 oktober 2003, het bestaan vastgesteld van een verschil in behandeling onder kinderen dat ontoelaatbaar was (waarbij alleen de kinderen die een vaststaande afstammingsband hebben, het voordeel van de uitoefening van het ouderlijk gezag door de desbetreffende ouder kunnen genieten), besloot het dat alleen de wetgever vermocht te preciseren in welke vorm en onder welke voorwaarden het ouderlijk gezag, in het belang van het kind, zou kunnen worden uitgebreid tot andere personen die geen afstammingsband met het kind hebben.

A.2. De tweede prejudiciële vraag dient ontkennend te worden beantwoord. Artikel 143, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek, dat de toepassing van het vermoeden van vaderschap heeft uitgesloten ten aanzien van gehuwde koppels van hetzelfde geslacht, is immers redelijk verantwoord, aangezien het gaat om verschillende situaties inzake afstamming, gelet op het biologische element van de afstamming, dat kan bestaan bij de mannelijke partner van een heteroseksueel koppel, maar dat biologisch onmogelijk blijkt bij een partner van hetzelfde geslacht. De parlementaire voorbereiding van de in het geding zijnde bepaling spreekt zich trouwens in die zin uit. Indien het vermoeden van vaderschap zou moeten worden toegepast op het gehuwde koppel van hetzelfde geslacht, zou het niet meer om een weerlegbaar vermoeden gaan zoals voor wat een heteroseksueel koppel betreft, maar om een juridische fictie.

Standpunt van L.G., eiseres voor de verwijzende rechter

A.3.1. De eerste prejudiciële vraag dient bevestigend te worden beantwoord.

Artikel 348-11 van het Burgerlijk Wetboek verbiedt de jeugdrechter op absolute wijze een adoptie uit te spreken indien de moeder of de vader van het kind van wie men om de adoptie verzoekt, zich ertegen verzet,

behalve indien men aantoont dat de persoon die de weigering tegenwerpt, zich niet meer om het kind heeft bekommerd of de gezondheid, de veiligheid of de zedelijkheid van het kind in gevaar heeft gebracht. Hij beschikt daarentegen over geen enkele bevoegdheid om te beoordelen of de toestemming op onverantwoorde wijze is geweigerd, hetgeen ertoe leidt te moeten vaststellen dat, in situaties zoals die welke het voornemen tot adoptie van de eiseres betreft, die bepaling strijdig is met het belang van het kind en met het recht op het privé- en gezinsleven.

In zijn arrest nr. 20/2011 van 3 februari 2011 heeft het Hof het beletsel (te dezen het bezit van staat als grond van niet-ontvankelijkheid van de procedure tot betwisting van het vermoeden van vaderschap) dat op absolute wijze en *a priori* verhindert dat een zaak bij de rechter aanhangig wordt gemaakt en dat de rechter ten aanzien van alle in het geding zijnde belangen uitspraak doet, belangen die hij *in concreto* dient te beoordelen, strijdig verklaard met artikel 22 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.

Hoewel het recht om te adopteren niet als dusdanig wordt vermeld bij de rechten die zijn gewaarborgd bij het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, heeft het Europees Hof geoordeeld dat « de relaties tussen een adoptant en een geadopteerde in beginsel van dezelfde aard zijn als de familiale relaties die worden beschermd bij artikel 8 van het Verdrag ». In zijn voormelde arrest *Wagner* van 28 juni 2007 heeft het eveneens in herinnering gebracht dat « volgens de beginselen die blijken uit de rechtspraak van het Hof, wanneer het bestaan van een familiale band met een kind bewezen is, de Staat, enerzijds, zodanig moet handelen dat die band zich kan ontwikkelen en, anderzijds, een juridische bescherming moet verlenen die de integratie van het kind in zijn familie mogelijk maakt ». Te dezen is het bovendien van belang rekening te houden met het hogere belang van het kind.

Net zoals bij de te beslechten situatie in de zaak die heeft geleid tot het voormelde arrest, bestaat er een familiale en affectieve band tussen het kind dat geboren is uit het gemeenschappelijke ouderschapsproject en de eiseres voor de verwijzende rechter. De moeder heeft trouwens haar instemming betuigd met dat gemeenschappelijke project en, ondanks de scheiding van het koppel, blijft de eiseres aanwezig. Die laatste heeft geen andere oplossing om die band juridisch te laten erkennen dan de adoptieprocedure, aangezien het vermoeden van vaderschap van artikel 315 van het Burgerlijk Wetboek niet van toepassing is op gehuwde personen van hetzelfde geslacht.

A.3.2. Het is ten onrechte dat de Ministerraad de prejudiciële vraag als zijnde onontvankelijk beschouwt. Daarin wordt voldoende uiteengezet in welk opzicht de in het geding zijnde wettelijke bepalingen de referentieregels schenden. Ten gronde wenst de eiseres geen adoptie die tot gevolg zou hebben de band tussen het kind en de biologische moeder te verbreken. Het is wel degelijk op dat punt, trouwens, dat de in het geding zijnde bepalingen bekritiseerbaar zijn: men past op een ouder die een kind wenst te adopteren en een afstammingsband ermee wenst toe te voegen, dezelfde bepalingen toe als op een persoon die om een adoptie verzoekt die tot gevolg zou hebben de banden met de oorspronkelijke familie door te knippen.

Evenzeer zoals men kan begrijpen dat de adoptie niet kan worden toegestaan, behoudens in het geval waarin de ouders zich niet meer om het kind hebben bekommerd, wanneer zij tot gevolg heeft de band met de oorspronkelijke familie te verbreken, zo is wanneer, zoals te dezen, er een feitelijke familiale band met het kind bestaat en de juridische bevestiging van die band een afstammingsband met het kind zou kunnen toevoegen, de onmogelijkheid voor de rechter om de adoptie uit te spreken, zelfs indien de toestemming op onverantwoorde wijze wordt geweigerd, strijdig met de aangevoerde beginselen.

Ten slotte is de door de Ministerraad aangevoerde rechtspraak, die ertoe zou leiden dat het Hof, hoewel het het verschil in behandeling aanvaardt, besluit dat het aan de wetgever toekomt een maatregel te nemen, te dezen niet relevant.

In het onderhavige geval is het Hof immers gerechtigd vast te stellen dat de wetgever de mogelijkheid voor de rechter om geen rekening te houden met de weigering van de moeder, niet kan beperken tot het geval waarin die zich niet meer om het kind heeft bekommerd. Aldus zal de verwijzende rechter, zonder dat de wet dient te worden gewijzigd, kunnen vaststellen dat A.L. haar toestemming op onverantwoorde wijze weigert en de nodige consequenties daaruit kunnen trekken.

A.4. De tweede prejudiciële vraag dient eveneens bevestigend te worden beantwoord.

In zoverre artikel 143, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek de toepassing van het vermoeden van vaderschap op gehuwde personen van hetzelfde geslacht uitsluit, schendt het het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie alsook het recht op het privé- en gezinsleven.

De traditionele verantwoording voor dat verschil in behandeling «berust op het feit dat, voor de heteroseksuele koppels, de door de wetgever toegelaten ‘afwijkingen’ van de ‘concrete biologische realiteit’ niet strijdig zijn met de ‘abstracte biologische realiteit’, volgens welke een kind ten hoogste één enkele biologische (fysiologische) moeder en één enkele biogenetische vader heeft ».

Die verantwoording is strijdig met de beginselen verankerd in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. De wetgever behandelt immers op verschillende wijze, en zonder redelijke verantwoording, twee categorieën van personen die zich in een vergelijkbare situatie bevinden. In beide gevallen bestaat er immers geen biologische band tussen het kind en de echtgenoot van de moeder en wordt er een mee-ouderschapproject in het werk gesteld dat de instemming van beide echtgenoten heeft gekregen en zelfs vereist, aangezien de koppels gehuwd zijn, en bestaat er een familiale band.

In het arrest nr. 20/2011 heeft het Hof gesteld dat «het pertinent [is] om de biologische werkelijkheid niet *a priori* te laten prevaleren op de socio-affectieve werkelijkheid van het vaderschap », term die, hier, ook in de zin van moederschap moet worden gelezen.

Sinds de aanneming van de in het geding zijnde bepaling heeft de wetgever bovendien toegestaan dat koppels van personen van hetzelfde geslacht een gezin kunnen stichten en dat via adoptie. De parlementaire voorbereiding van de wet van 18 mei 2006 «tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek, teneinde de adoptie door personen van hetzelfde geslacht mogelijk te maken » is in dat opzicht symptomatisch, aangezien daarin met name melding wordt gemaakt van de veelheid van thans bestaande samenlevingsvormen en wordt vastgesteld dat geen enkele objectieve reden, of het nu gaat om het belang van het kind of dat van de kandidaat-adoptieouders, de uitsluiting van de adoptie van een kind door homoseksuele koppels verantwoordt.

Ten slotte schendt de in het geding zijnde bepaling eveneens het grondrecht op de eerbiediging van het gezinsleven, zowel van de echtgenoot van de moeder als van het kind.

- B -

Ten aanzien van de prejudiciële vragen

B.1.1. De eerste prejudiciële vraag heeft betrekking op de artikelen 348-3 en 348-11 van het Burgerlijk Wetboek, die bepalen :

« Art. 348-3. Wanneer de afstamming van een kind, van een persoon in staat van verlengde minderjarigheid of van een onbekwaamverklaarde ten aanzien van zijn moeder en van zijn vader vaststaat, moeten beiden in de adoptie toestemmen. Indien echter een van hen zich in de onmogelijkheid bevindt zijn wil te kennen te geven, geen gekende verblijfplaats heeft of vermoedelijk afwezig is, is de toestemming van de andere voldoende.

Wanneer de afstamming van een kind, van een persoon in staat van verlengde minderjarigheid of van een onbekwaamverklaarde slechts ten aanzien van een van zijn ouders vaststaat, dient enkel deze in de adoptie toe te stemmen ».

« Art. 348-11. Ingeval een persoon die overeenkomstig de artikelen 348-2 tot 348-7 in de adoptie moet toestemmen, dit weigert te doen, kan de adoptie op verzoek van de adoptant, van de adoptanten of van het openbaar ministerie toch worden uitgesproken indien de rechtbank van oordeel is dat de toestemming op onverantwoorde wijze is geweigerd.

Wanneer evenwel de vader of de moeder van het kind weigert in de adoptie toe te stemmen, kan de rechtbank, behalve wanneer het gaat om een nieuwe adoptie, de adoptie pas uitspreken wanneer na een grondig maatschappelijk onderzoek gebleken is dat deze persoon zich niet meer om het kind heeft bekommerd of de gezondheid, de veiligheid of de zedelijkheid van het kind in gevaar heeft gebracht ».

B.1.2. Het verwijzende rechtscollege vraagt of de voormelde bepalingen bestaanbaar zijn met de artikelen 10, 11, 22 en *22bis* van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met de artikelen 8 en 14 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.

De prejudiciële vraag heeft betrekking op het geval van de weigering, door de moeder van een kind, van de adoptie van dat kind door een vrouw met wie de moeder gehuwd was op het ogenblik van de geboorte van het kind en van de indiening van het verzoek tot adoptie, die met haar een overeenkomst had ondertekend conform artikel 7 van de wet van 6 juli 2007 « betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de overtallige embryo's en de gameten », en die de in artikel 346-2 van het Burgerlijk Wetboek bedoelde voorbereiding op de adoptie heeft gevolgd, waarbij die adoptie een kind betreft van wie vaststaat dat er sinds de scheiding van de echtgenotes een daadwerkelijke familiale band bestaat en blijft bestaan. Het verwijzende rechtscollege stelt aan het Hof een vraag over de bestaanbaarheid met de voormelde regels van bepalingen die het rechtscollege in die situatie niet toelaten de adoptie uit te spreken, terwijl die het mogelijk zou maken een afstammingsband met het kind toe te voegen, waarbij het enige geval waarin het rechtscollege de weigering om toestemming te verlenen kan negeren, het geval is waarin de moeder zich niet meer om het kind heeft bekommerd of de gezondheid, de veiligheid of de zedelijkheid van het kind in gevaar heeft gebracht, geval dat te dezen niet is bewezen.

B.2.1. De tweede prejudiciële vraag heeft betrekking op artikel 143, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek, dat bepaalt :

« Indien het huwelijk werd aangegaan tussen personen van hetzelfde geslacht, is artikel 315 niet van toepassing ».

B.2.2. Het verwijzende rechtscollege, dat die tweede vraag verbindt met de eerste, stelt aan het Hof de vraag of de voormelde bepaling de artikelen 10, 11, 22 en 22*bis* van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met de artikelen 8 en 14 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, schendt in zoverre zij de toepassing uitsluit van het vermoeden van vaderschap in het kader van een huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht, terwijl, sinds de wet van 13 februari 2003 tot openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht en tot wijziging van een aantal bepalingen van het Burgerlijk Wetboek, het verschil in geslacht geen huwelijksvoorwaarde meer is.

B.3. De rechter stelt vast dat, voor een vrouw die op het ogenblik van de geboorte van een kind gehuwd is met de moeder van dat kind en die betrokken is bij een mee-ouderschapsproject, de enige manier om een afstammingsband met dat kind in te stellen, erin bestaat dat kind te adopteren, wat kan leiden tot de onmogelijkheid om die band in te stellen wanneer, zoals te dezen, de moeder in de in B.1.2 in herinnering gebrachte omstandigheden weigert met de adoptie in te stemmen.

B.4. Het Hof beperkt het onderzoek van die vragen tot de situatie beschreven in B.1.2.

B.5.1. De Ministerraad is van mening dat in de eerste prejudiciële vraag geen enkele categorie van personen zou worden geïdentificeerd die op discriminerende wijze zou worden behandeld ten opzichte van een andere categorie, net zomin als erin zou worden gepreciseerd in welk opzicht artikel 22 van de Grondwet en artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens zouden zijn geschonden.

B.5.2. De motivering van het vonnis en de bewoordingen van de eerste prejudiciële vraag, waarin met name een arrest wordt geciteerd dat gewezen is door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM, 28 juni 2007, *Wagner en J.M.W.L.* t. Luxemburg), alsook het verband dat erin wordt gelegd met de tweede prejudiciële vraag, tonen voldoende aan in welk opzicht de bedoelde artikelen van de Grondwet en van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens zouden zijn geschonden, niet alleen ten aanzien van de wetgeving die van toepassing is op heteroseksuele koppels, maar ook ten aanzien van de kinderen voor wie een tweede afstammingsband, in hun belang, kan worden ingesteld, wat te dezen niet het

geval is, zoals het verwijzende rechtscollege vaststelt, wegens de in het geding zijnde bepalingen, die aan de toetsing van het Hof worden onderworpen.

De exceptie wordt verworpen.

Ten gronde

B.6. Luidens artikel 22bis van de Grondwet is « het belang van het kind [...] de eerste overweging bij elke beslissing die het kind aangaat ».

Luidens artikel 3, lid 1, van het Verdrag inzake de rechten van het kind vormen de belangen van het kind de voornaamste overweging. Artikel 3, lid 2, van dat Verdrag bepaalt dat de verdragspartijen zich ertoe verbinden « het kind te verzekeren van de bescherming en de zorg die nodig zijn voor zijn welzijn, rekening houdend met de rechten en plichten van zijn ouders, wettige voogden of anderen die wettelijk verantwoordelijk zijn voor het kind » en « hiertoe alle passende wettelijke en bestuurlijke maatregelen [te nemen] ».

B.7. De wetgever heeft talrijke stappen in die richting ondernomen, die overigens niet volledig nieuw is :

- sinds de wet van 31 maart 1987 tot wijziging van een aantal bepalingen betreffende de afstamming wordt het ouderlijk gezag niet langer aan de huwelijkse staat van de ouders gekoppeld : de wettelijk vastgestelde afstamming van vaderszijde respectievelijk van moederszijde is het enige wat bepalend is;

- bij wet van 13 april 1995 betreffende de gezamenlijke uitoefening van het ouderlijk gezag heeft de wetgever, teneinde de verantwoordelijkheid van de beide ouders voor het kind te versterken, het beginsel van het co-ouderschap ingevoerd, dit wil zeggen een gezamenlijk gezag dat zij over de persoon en de goederen van de minderjarige uitoefenen, ongeacht of zij samenleven of gescheiden zijn;

- wanneer de ouders niet samenleven, dienen zij een regeling te treffen omtrent « de organisatie van de huisvesting van het kind » (artikel 374, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek); de rechtbank kan de uitoefening van het ouderlijk gezag aan een van beide ouders opdragen (artikelen 374, tweede lid, en 376, derde lid), waarbij de andere het recht op persoonlijk contact behoudt en het recht om toezicht te houden op de opvoeding van het kind (artikel 374, vierde lid); de rechter kan aan een van de ouders de uitsluitende uitoefening van het gezag toevertrouwen en bepalen dat een aantal belangrijke beslissingen met betrekking tot de opvoeding van het kind alleen met instemming van beide ouders kunnen worden genomen;

- de voormelde wet van 6 juli 2007 bepaalt wat een wensouder is (artikel 2) en hoe een overeenkomst van mee-ouderschap moet worden opgesteld voordat wordt overgegaan tot enige medische stap die verband houdt met medisch begeleide voortplanting;

- de voormelde wet van 13 februari 2003 is in werking getreden op 1 juni 2003, terwijl de wet van 18 mei 2006 de binnenlandse en interlandelijke adoptie heeft opengesteld voor koppels van personen van hetzelfde geslacht die bepaalde waarborgen inzake stabiliteit bieden (huwelijk, wettelijke samenwoning of feitelijk samenwonen gedurende meer dan drie jaar).

B.8. Die bepalingen maken het echter niet mogelijk dat een kind dat zich in de in B.1.2 beschreven situatie bevindt, zijn recht op bescherming en welzijn dat verbonden is aan de instelling van een tweede afstammingsband, juridisch bekrachtigd kan zien, terwijl de persoon die die band wenst in te stellen, betrokken is bij het mee-ouderschapsproject dat werd opgesteld met de persoon ten aanzien van wie de eerste afstammingsband vaststaat.

B.9. Uit de parlementaire voorbereiding van de voormelde wet van 18 mei 2006 blijkt dat in het Parlement geen meerderheid kon worden bereikt om de adoptie door twee personen van hetzelfde geslacht mogelijk te maken, noch op het ogenblik waarop het wetsontwerp werd besproken dat de wet van 24 april 2003 tot hervorming van de adoptie zou worden, noch op het ogenblik waarop de wet van 13 februari 2003, eveneens voormeld, werd aangenomen (*Parl. St.*, Kamer, 2003-2004, DOC 51-0664/001, p. 3). In het advies dat zij heeft uitgebracht over het voorontwerp van wet tot hervorming van de adoptie heeft de afdeling wetgeving van de Raad van State, de « niet-definitieve aard van sommige bepalingen en leemten in het ontwerp » vaststellend, in het bijzonder opgemerkt :

« [...] in de memorie van toelichting [wordt] onderstreept dat ‘ ... naar aanleiding van de bespreking van onderhavig wetsontwerp (zal) moeten worden onderzocht of op termijn de mogelijkheid moet worden voorzien de adoptie toe te laten door twee samenwonenden van gelijk geslacht. Dit zal uiteraard het voorwerp moeten zijn van een ruim maatschappelijk debat dat tevens in het parlementaire halfroond zijn weerklank zal vinden. ’.

Dat is een fundamentele vraag, want het gaat om de levenswijze en de burgerlijke staat van de personen die als adoptant in aanmerking kunnen komen.

De oplossing waarvoor in het ontwerp (ontworpen artikel 344-2 van het Burgerlijk Wetboek) is gekozen, namelijk adoptie alleen toestaan hetzij aan twee al dan niet gehuwde personen van een verschillend geslacht, hetzij aan vrijgezellen, is klaarblijkelijk niet definitief.

De steller van het ontwerp wordt erop attent gemaakt dat enerzijds zulk een aangelegenheid niet mag worden overgelaten aan de instanties van de gemeenschappen in het kader van het onderzoek naar de geschiktheid van de kandidaat-adoptant om een kind te adopteren en dat anderzijds aan het Arbitragehof vaak prejudiciële vragen zijn gesteld in verband met adoptie, waarbij problemen inzake gelijkheid en non-discriminatie tussen de verschillende categorieën van adoptanten zijn opgeworpen » (*ibid.*, 2000-2001, DOC 50-1366/001 en 50-1367/001, pp. 157-158).

In de toelichting die voorafgaat aan het wetsvoorstel dat de voormelde wet van 18 mei 2006 is geworden, wordt dat aldus verantwoord :

« Het is een maatschappelijke realiteit dat binnen onze maatschappij kinderen liefdevol worden opgevoed in een veelvoud aan samenlevingsvormen : door alleenstaanden, door mensen die gescheiden zijn, door paren van gelijk en van ongelijk geslacht, in nieuw samengestelde gezinnen.

Deze verscheidenheid aan samenlevingsvormen vindt ook steeds meer zijn weerslag in onze wetgeving, getuige de openstelling van het huwelijk voor paren van gelijk geslacht.

Het is niet aan de wetgever om één bepaalde samenlevingsvorm, namelijk die van twee personen van gelijk geslacht, uit te sluiten van de adoptie. Er zijn daar immers geen objectieve redenen toe, noch in het belang van het kind, noch in het belang van kandidaat-adoptanten : kinderen die opgroeien binnen een gelijkgeslachtelijke relatie zijn minstens even gelukkig als kinderen die in andere relaties opgroeien. De bepaling dat alleen echtparen en samenwonenden van ongelijk geslacht onder de definitie ‘ adoptant ’ vallen is een ongeoorloofde discriminatie en bovendien strijdig met artikel 11 van de Grondwet » (*ibid.*, 2003-2004, DOC 51-0664/001, p. 3).

De wetgever heeft dus tot doelstelling gehad de kinderen die opgroeien in een gezin bestaande uit een koppel personen van hetzelfde geslacht te beschermen door het mogelijk te maken een dubbele afstammingsband in te stellen tussen de kinderen en de twee leden van dat

koppel, via de band van een gewone of volle adoptieve afstamming. Met betrekking tot de volle adoptie heeft hij voorzien in een uitzondering op het beginsel volgens hetwelk die laatste alle banden met de oorspronkelijke familie verbreekt, onder voorbehoud van de huwelijksbeletsels, door in artikel 356-1, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek te bepalen :

« Kinderen of adoptieve kinderen van de echtgenoot van de adoptant of van de persoon met wie hij samenwoont, zelfs overleden, houden evenwel niet op te behoren tot de familie van die echtgenoot of van de persoon met wie wordt samengewoond. Indien deze nog in leven is, wordt het ouderlijk gezag over de geadopteerde gezamenlijk uitgeoefend door de adoptant en die echtgenoot of persoon met wie wordt samengewoond ».

B.10. Het Hof dient eerst de artikelen 348-3 en 348-11 te toetsen aan de artikelen 10, 11, 22 en *22bis* van de Grondwet, in samenhang gelezen met de artikelen 8 en 14 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.

B.11. Ook al behoort het recht om te adopteren niet als dusdanig tot de rechten die worden gewaarborgd door het Europees Verdrag voor de rechten van de mens (EHRM, 26 februari 2002, *Fretté t. Frankrijk*), heeft de juridische regeling van de familiale banden die *de facto* bestaan bovenop elke biologische realiteit, betrekking op het privéleven (EHRM, 13 juni 1979, *Marckx t. België*). « De relaties tussen een adoptant en een geadopteerde zijn in beginsel van dezelfde aard als de familiale relaties die worden beschermd door artikel 8 van het Verdrag » (EHRM, 22 juni 2004, *Pini en anderen t. Roemenië*, § 140). Het Hof heeft verwezen naar het begrip « gepland gezinsleven » (« vie familiale projetée »), begrip waaronder wordt begrepen een band die een mogelijkheid omvat tot het ontwikkelen van de persoonlijke relaties indien de omstandigheden dat toelaten. Het bestaan van een gezin veronderstelt het bestaan van een relatie « en zelfs op zijn minst van een mogelijke relatie die zich had kunnen ontwikkelen [...], van een relatie ontstaan uit een niet-fictief huwelijk, zelfs indien een gezinsleven nog niet volledig tot stand gekomen was [...], of nog van een relatie ontstaan uit een wettelijke en niet-fictieve adoptie » (EHRM, 22 januari 2008, *E.B. t. Frankrijk*, § 41). Overigens, « dient, volgens de beginselen die kunnen worden afgeleid uit de rechtspraak van het Hof, de Staat, wanneer het bestaan van een familiale band met een kind vaststaat, zodanig op te treden dat die band zich kan ontwikkelen en een juridische bescherming te verlenen die de integratie van het kind in zijn gezin mogelijk maakt » (EHRM, 28 juni 2007, *Wagner en J.M.W.L. t. Luxemburg*, § 119). Wat meer bepaald de positieve verplichtingen betreft die artikel 8 ter zake op de verdragsluitende Staten doet

rusten, die moeten worden geïnterpreteerd in het licht van het Verdrag inzake de rechten van het kind van 20 november 1989 (EHRM, 26 juni 2003, *Maire t. Portugal*). In het voormelde arrest *Wagner* heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens geoordeeld :

« 123. Of men de kwestie nu bekijkt vanuit de gezichtshoek van een positieve verplichting voor de Staat - redelijke en adequate maatregelen aannemen om de rechten van het individu te beschermen krachtens lid 1 van artikel 8 - of onder de gezichtshoek van een negatieve verplichting - een 'inmenging van enig openbaar gezag', te verantwoorden volgens lid 2 -, de toepasselijke beginselen zijn nogal gelijksoortig. Hoewel de weigering door de Luxemburgse rechtbanken om de uitvoerbaarverklaring van het Peruviaanse vonnis te verlenen het gevolg is van de ontstentenis in de Luxemburgse wetgeving van bepalingen die het voor een ongehuwde persoon mogelijk maken de volle adoptie van een kind te verkrijgen, is het Hof van oordeel dat die weigering te dezen een 'inmenging' in het recht op eerbiediging van het gezinsleven van de verzoeksters heeft vertegenwoordigd [...].

124. Een dergelijke inmenging schendt artikel 8, behalve indien zij 'bij de wet is voorzien', een of meer wettige doelen in het licht van het tweede lid van die bepaling nastreeft en 'in een democratische samenleving nodig' is om ze te bereiken. Het begrip 'noodzaak' impliceert een inmenging die gegrond is op een dwingende maatschappelijke behoefte en, met name, evenredig is met het beoogde wettige doel ».

B.12. Het recht op de eerbiediging van het privéleven en het gezinsleven, zoals het door de voormelde bepalingen wordt gewaarborgd, heeft als essentieel doel de personen te beschermen tegen inmengingen in hun privéleven en hun gezinsleven.

Artikel 22, eerste lid, van de Grondwet sluit, evenmin als artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, een overheidsinmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven niet uit, maar vereist dat erin is voorzien in een voldoende precieze wettelijke bepaling, dat zij beantwoordt aan een dwingende maatschappelijke behoefte en dat zij evenredig is met de daarmee nagestreefde wettige doelstelling. Die bepalingen houden bovendien de positieve verplichting in voor de overheid om maatregelen te nemen die een daadwerkelijke eerbiediging van het privéleven en het gezinsleven verzekeren, zelfs in de sfeer van de onderlinge verhoudingen van individuen (EHRM, 27 oktober 1994, *Kroon e.a. t. Nederland*, § 31).

B.13. De wetgever beschikt over een appreciatiemarge om bij de uitwerking van een wettelijke regeling die een overheidsinmenging in het privéleven inhoudt, rekening te houden met een billijk evenwicht tussen de tegenstrijdige belangen van het individu en de samenleving in haar geheel (EHRM, 26 mei 1994, *Keegan t. Ierland*, § 49; EHRM, 27 oktober

1994, *Kroon e.a.* t. Nederland, § 31; EHRM, 2 juni 2005, *Znamenskaya* t. Rusland, § 28; EHRM, 24 november 2005, *Shofman* t. Rusland, § 34).

Die appreciatiemarge van de wetgever is evenwel niet onbegrensd : opdat een wettelijke regeling verenigbaar is met het recht op eerbiediging van het privéleven, moet worden nagegaan of de wetgever een billijk evenwicht heeft gevonden tussen alle rechten en belangen die in het geding zijn. Zulks vereist dat de wetgever niet alleen een afweging maakt tussen de belangen van het individu tegenover de samenleving in haar geheel, maar tevens tussen de tegenstrijdige belangen van de betrokken personen (EHRM, 6 juli 2010, *Backlund* t. Finland, § 46), op gevaar af anders een maatregel te nemen die niet evenredig is met de nagestreefde wettige doelstellingen.

B.14. Het mogelijke belang van het kind om het voordeel van een dubbele juridische afstammingsband te genieten, haalt het in beginsel op het recht van de moeder om te weigeren toe te stemmen in de adoptie door de vrouw met wie zij gehuwd was en die met haar een meesouderschapproject had aangegaan vóór de geboorte van het kind en dat project erna had voortgezet, in het kader van een adoptieprocedure.

De vereiste van toestemming waarin is voorzien bij artikel 348-11 van het Burgerlijk Wetboek streeft een wettig doel na, aangezien artikel 356-1, tweede lid, van hetzelfde Wetboek bepaalt dat het kind dat ten volle is geadopteerd, ophoudt tot zijn oorspronkelijke familie te behoren. Het derde lid van artikel 356-1 bepaalt evenwel dat de adoptieve kinderen van de echtgenoot van de adoptant niet ophouden tot de oorspronkelijke familie te behoren. Bijgevolg is de maatregel die de weigering van de moeder om haar toestemming te verlenen instelt als een absolute grond van niet-ontvankelijkheid, behalve indien de moeder zich niet meer om het kind heeft bekommerd of de gezondheid, de veiligheid of de zedelijkheid van het kind in gevaar heeft gebracht, en die aan de rechter dus geen enkele mogelijkheid laat om rekening te houden met het belang van het kind om in voorkomend geval het onverantwoorde karakter te beoordelen van de weigering om die toestemming te verlenen, niet redelijk verantwoord en derhalve niet bestaanbaar met de artikelen 10, 11, 22 en 22bis van de Grondwet.

B.15. De eerste prejudiciële vraag dient bevestigend te worden beantwoord.

B.16. De tweede prejudiciële vraag heeft betrekking op de bestaanbaarheid van artikel 143, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek met de artikelen 10, 11, 22 en *22bis* van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met de artikelen 8 en 14 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.

Zoals de verwijzende rechter vaststelt, is het wegens het feit dat de in het geding zijnde bepaling de toepassing van het vermoeden van vaderschap op gehuwde personen van hetzelfde geslacht uitsluit, dat de echtgenote van de moeder van het kind een adoptieprocedure heeft moeten opstarten om de afstammingsband in te stellen met het kind dat tijdens het huwelijk geboren is in het kader van een overeenkomst van mee-ouderschap, gesloten overeenkomstig artikel 7 van de voormelde wet van 6 juli 2007.

Rekening houdend met het antwoord gegeven op de eerste prejudiciële vraag, waarbij overigens bij de verwijzende rechter in zijn hoedanigheid van jeugdrechter een geschil aanhangig is gemaakt dat betrekking heeft op de adoptie van een minderjarig kind, behoeft de tweede prejudiciële vraag geen antwoord.

B.17. Nu de in B.14 omschreven leemte zich bevindt in de aan het Hof voorgelegde teksten, komt het de verwijzende rechter toe een einde te maken aan de door het Hof vastgestelde ongrondwettigheid, aangezien die vaststelling is uitgedrukt in voldoende precieze en volledige bewoordingen om toe te laten dat de in het geding zijnde bepalingen worden toegepast met inachtneming van de artikelen 10, 11, 22 en *22bis* van de Grondwet, in samenhang gelezen met de artikelen 8 en 14 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.

Om die redenen,

het Hof

zegt voor recht :

1. De artikelen 348-3 en 348-11 van het Burgerlijk Wetboek schenden de artikelen 10, 11, 22 en *22bis* van de Grondwet, in samenhang gelezen met de artikelen 8 en 14 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, in zoverre zij de rechter die ermee belast is een adoptie uit te spreken in de omstandigheden beschreven in B.1.2, slechts toelaten geen rekening te houden met de weigering van de moeder om in die adoptie toe te stemmen, in het geval waarin zij zich niet meer om het kind heeft bekommerd of wanneer de gezondheid, de veiligheid of de zedelijkheid van het kind in het gedrang is gebracht.

2. De tweede prejudiciële vraag behoeft geen antwoord.

Aldus uitgesproken in het Frans en het Nederlands, overeenkomstig artikel 65 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, op de openbare terechtzitting van 12 juli 2012.

De griffier,

De voorzitter,

P.-Y. Dutilleux

R. Henneuse