

Sénat de Belgique

SESSION DE 2008-2009

6 JUILLET 2009

Proposition de loi relative à l'accouchement discret

AVIS DU CONSEIL D'ÉTAT N° 46.052/AG DU 21 AVRIL 2009

Le Conseil d'État, assemblée générale de la section de législation, saisi par le Président du Sénat, le 16 février 2009, d'une demande d'avis, sur une proposition de loi « relative à l'accouchement discret » (doc. Sénat, 2008-2009, n° 4-1138/1), a donné l'avis suivant:

I. Portée de la proposition de loi

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

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

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

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

mère en la matière (article 57, alinéas 3 à 5, proposé du Code civil; article 2, 2°, de la proposition).

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

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

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

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

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

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

Enfin, les prestations prévues par la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994, en ce qui concerne l'« accouchement discret » seraient prises en charge par le Fonds spécial de solidarité créé au sein du Service des

soins de santé de l'Institut national d'assurance maladie-invalidité et seraient remboursés à l'établissement qui a pratiqué cet accouchement, pour autant que la mère n'ait pas dans les deux mois de la naissance reconnu l'enfant (article 25, alinéa 3, proposé de la loi précitée du 14 juillet 1994; article 9 de la proposition).

II. Observations préalables relatives à la terminologie

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

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

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

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

Il convient de les qualifier d'« identifiantes » ou de « non identifiantes ».

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

III. Observations générales

A. Le respect des droits et libertés fondamentaux

1. Les droits en conflit

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

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

« Le but est d'éviter autant que possible des drames encore récemment signalés où des mères désespérées ne voulant pas avouer leur grossesse, accouchent seules en

abandonnant leur bébé en danger de mort, si pas décédé, et cela dans des conditions d'hygiène déplorables » (2) (3) .

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

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

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

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

— le droit de tout individu à la connaissance de ses origines, notamment l'identité de ses géniteurs (7) .

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

Les principales dispositions pertinentes de cette Convention sont les suivantes:

— l'article 3, paragraphes 1 et 2:

« 1. Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

2. Les États parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, compte tenu des droits et des devoirs de ses parents, de ses tuteurs ou des autres personnes légalement responsables de lui, et ils prennent à cette fin toutes les mesures législatives et administratives appropriées. »;

— l'article 7, paragraphe 1:

« L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux. »;

— l'article 8, paragraphe 1:

« Les États parties s'engagent à respecter le droit de l'enfant de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales, tels qu'ils sont reconnus par la loi, sans ingérence illégale. »;

— l'article 9, paragraphes 1 et 2:

« 1. Les États parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Une décision en ce sens peut être nécessaire dans certains cas particuliers, par exemple lorsque les parents maltraitent ou négligent l'enfant, ou lorsqu'ils vivent séparément et qu'une décision doit être prise au sujet du lieu de résidence de l'enfant.

2. Dans tous les cas prévus au paragraphe 1, toutes les parties intéressées doivent avoir la possibilité de participer aux délibérations et de faire connaître leurs vues. »;

— l'article 18, paragraphe 1:

« Les États parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement. La responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents ou, le cas échéant, à ses représentants légaux. Ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant. ».

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

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

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

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

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

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

En ce qui concerne la Belgique, c'est le législateur qui devra en premier lieu se livrer à une appréciation; plus tard, la Cour constitutionnelle devra éventuellement examiner l'appréciation faite par le législateur à la lumière des droits fondamentaux garantis par la Constitution, sans que cette Cour doive à cette occasion se limiter à un contrôle marginal, comme la Cour européenne des droits de l'homme. Le Conseil d'État a déjà observé que

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

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

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

3. Le principe de l'accouchement discret

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

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

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

« Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice d[u] droit [de toute personne au respect de sa vie privée et familiale] que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est

nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

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

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

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

« L'intérêt général n'est pas non plus absent dans la mesure où la loi française s'inscrit, depuis longtemps, dans le souci de protéger la santé de la mère et de l'enfant lors de la grossesse et de l'accouchement, et d'éviter des avortements, en particulier des avortements clandestins, ou des abandons « sauvages ». Le droit au respect de la vie, valeur supérieure garantie par la Convention, n'est ainsi pas étranger aux buts que recherche le système français » (14) .

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

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

Le Comité des droits de l'enfant des Nations unies, qui exerce un contrôle du respect de la Convention relative aux droits de l'enfant (17) , a également émis des réserves à l'égard de l'accouchement anonyme. Ainsi, dans ses observations finales émises le 31 mars 2005 sur le rapport présenté par le Grand-Duché du Luxembourg, il « prie instamment l'État partie de prendre toutes les mesures nécessaires pour empêcher et éliminer la pratique de l'accouchement dit anonyme » (18) (19) .

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ce rappel alourdit inutilement le texte des dispositions proposées.

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

La rédaction des dispositions précitées devrait être revue en conséquence.

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

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

Voici quelques exemples de ces difficultés:

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

— Les formalités qui y sont attachées sont formulées dans une disposition, l'article 57 du Code civil, qui concerne l'acte de naissance, alors qu'elles sont sans rapport direct avec celui-ci (article 2, 2°, de la proposition).

— Le caractère définitif de l'« accouchement discret » au terme du délai de deux mois dont il est question à l'article 57*bis* proposé du Code civil (article 3 de la proposition) devrait être mieux affirmé (22) .

— Le régime applicable à la communication des données identifiantes et des données non identifiantes n'est organisé que de manière incidente, dans une disposition qui traite des informations à donner à la mère (article 57, alinéas 3 à 5, proposé du Code civil; article 2, 2°, de la proposition).

— L'objet même des données identifiantes et des données non identifiantes n'est pas précisé. Ainsi, l'article 57, alinéa 1^{er}, 2°, proposé du Code civil (article 2, 1°, de la proposition) ne fait pas apparaître clairement quelles sont les données pouvant faire l'objet du secret demandé par la mère, même si l'on peut supposer qu'il s'agit du « nom, [des] prénoms et [du] domicile de la mère ». De même, le texte n'expose pas quels sont les « renseignements sur [l]a santé [de la mère] et celle du père [et sur] les origines de l'enfant et les circonstances de la naissance » (article 57, alinéa 5, *a*), proposé du Code civil; article 2, 2°, de la proposition) que la mère peut communiquer.

— Aucune disposition ne règle les sanctions qui s'attacheraient au défaut de communication des données identifiantes et non identifiantes.

— Il n'est pas précisé qui doit délivrer les informations dont il est question aux alinéas 2 à 5 proposés de l'article 57 du Code civil (article 2, 2°, de la proposition).

— On s'interroge sur l'articulation entre le droit que l'article 57, alinéa 1^{er}, 2°, proposé du Code civil (article 2, 1°, de la proposition) paraît reconnaître à la mère d'encre pouvoir demander la « discrétion » de son accouchement au moment de celui-ci, et les procédures d'information dont il est question aux alinéas 2 à 5, spécialement à l'alinéa 2 de la même disposition proposée, ledit alinéa 2 disposant au surplus que les informations dont il y est question doivent être fournies « préalablement à l'accouchement ».

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

— les conditions de fond de l'« accouchement discret »;

— les procédures préalables à l'admission de ce type d'accouchement dans l'ordre chronologique, ce dispositif devant porter notamment sur la nature des informations à

donner à l'intéressée et sur la question de savoir qui est tenu de procéder à cette communication;

- les règles relatives au contrôle de l'effectivité de ces conditions et procédures;
- la détermination de l'objet et de la nature des données identifiantes et des données non identifiantes (23) ;
- la fixation du moment auquel l'« accouchement discret » doit être considéré définitivement comme tel, après l'expiration du délai dans lequel la mère pourrait y renoncer;
- la détermination du caractère obligatoire de la communication des données identifiantes et des données non identifiantes (24) et des modalités de cette communication, eu égard spécialement au secret à préserver en la matière;
- les autres obligations de l'établissement dans lequel l'accouchement a eu lieu, notamment la réception des listes de données identifiantes et de données non identifiantes et leur communication aux autorités à désigner, dans le respect du secret qui s'y attache;
- les sanctions qui s'attachent au non respect des règles qui précèdent relatives aux données identifiantes et aux données non identifiantes;
- le règlement de l'hypothèse où l'accouchement n'aurait pas eu lieu dans un établissement hospitalier;
- les effets de l'« accouchement discret » sur les mentions à faire figurer dans l'acte de naissance.

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

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

- à l'article 62^{quater}, § 1^{er} (article 5 de la proposition), la référence aux « informations recueillies à l'occasion de chaque accouchement discret » manque de précision;
- il en va de même pour le renvoi fait par le paragraphe 5, alinéa 1^{er}, proposé « aux origines personnelles visées à l'article 57 » (25) , l'intention ne paraissant pas pouvoir consister en un renvoi à l'ensemble de ces données;
- au paragraphe 9, alinéa 3, de la même disposition proposée, on évitera de faire état de l'« identité » de la mère, dont on ignore si elle se limite ou non à son nom et à ses

prénoms, alors spécialement que le premier alinéa de la disposition évoque à bon escient les « données identifia[nt]es », qui peuvent avoir un contenu plus large.

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

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

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

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

Il convient également d'examiner la proposition sur ce point à la lumière des articles 3 et 7 précités de la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant.

À cet égard, il importe de préciser que le Comité des droits de l'enfant semble interpréter les articles 3 et 7 de la Convention de telle façon que l'enfant puisse « autant que possible » et « au moment opportun » — ce qui pourrait impliquer une appréciation par le juge, au cas par cas — connaître l'identité de sa mère. Cela peut se déduire des *Observations finales* du Comité des droits de l'enfant des Nations unies à l'intention du Luxembourg (28) , de la France (29) et de l'Autriche (30) . Compte tenu de la nécessité de prendre en considération de manière prioritaire l'intérêt de l'enfant, l'autorité centrale fédérale pourrait être habilitée, sur la base d'une analyse de la Convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant, à vérifier, au cas par cas, la légalité et la motivation de la volonté ou du désir de la mère biologique et à contrôler si cette volonté ou ce désir sert les intérêts de l'enfant mineur (31) . Ce contrôle serait opéré sous la réserve des recours judiciaires qui devraient pouvoir être introduits sur ces questions (32) .

III.A.4.2. Sur ce dernier point, le Conseil d'État lui-même a déjà observé par le passé, dans les avis 33.294/3, donné le 12 novembre 2002 et 38.458/3, donné le 26 mai 2005, qu'un contrôle judiciaire qui évalue les intérêts au cas par cas et vérifie si la demande de l'enfant peut être accueillie, doit être préféré au système qui opte de manière absolue pour les intérêts d'une partie (33) .

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

« 93. On a vu plus haut combien la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme attachait de l'importance à la possibilité pour une personne de connaître son histoire personnelle, en ce compris quant à ses origines biologiques ou génétiques.

C'est donc avec beaucoup de réticence que l'on peut admettre l'anonymat des personnes qui, en leur qualité de donneurs de gamètes ou d'embryons ou en celle de mère porteuse, ont établi un lien biologique ou génétique avec l'enfant. Même si elle concerne des situations qui ne sont pas les mêmes que celles visées par les propositions à l'examen, la jurisprudence montre que l'anonymat doit être dûment justifié, le contrôle sur ce point se montrant particulièrement strict.

Cette réticence ne peut conduire à condamner entièrement l'anonymat, mais il faut alors que de justes motifs soient avancés.

94. Il faut noter, en outre, que, dans son arrêt *Odièvre [c. France]*, du 13 février 2003, la Cour tient compte de ce que l'enfant concerné

« a eu accès à des informations non identifiantes sur sa mère et sa famille biologique lui permettant d'établir quelques racines de son histoire dans le respect de la préservation des intérêts des tiers »,

et de l'existence de procédures qui, si elles maintiennent le principe de l'anonymat, rendent possible d'au moins demander son renversement ainsi que l'accès à des données liées à l'histoire personnelle de l'intéressé. Sur ce dernier point, c'est en ce sens aussi que s'est prononcé l'arrêt *Gaskin [c. M. G. c. Royaume-uni]* du 7 juillet 1989.

95. Il faut conclure de ceci que, si, après avoir pesé les arguments d'ordre anthropologique et psychologique en considération de l'enfant, le législateur opte, malgré tout, pour l'anonymat, il doit le justifier et *il ne peut donner en tout cas à ce système un caractère absolu*. Il doit *au moins* permettre à l'intéressé, toujours dans le respect de principe de cet anonymat et *par le recours à une instance indépendante, de solliciter sa levée*. Compte tenu en outre de l'importance de certaines données génétiques, notamment pour la santé de l'intéressé, l'accès à ces données non identifiantes doit également être rendu toujours possible (34) .

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

Dès lors que sont en cause des aspects aussi essentiels du droit au respect de la vie privée et familiale, du droit au respect de l'intégrité morale, physique et psychique de l'enfant et

des droits garantis par la Convention sur les droits de l'enfant ainsi que du droit de l'enfant de connaître sa mère et du droit de voir sa filiation reconnue, il apparaît au Conseil d'État que le législateur doit reconsidérer l'évaluation faite par les auteurs de la proposition de loi.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Sur cette question, le fait que la législation française rendait possible l'accès de l'intéressée aux « informations non identifiantes sur sa mère et sa famille biologique lui permettant d'établir quelques racines de son histoire dans le respect de la préservation des intérêts des tiers » a été un élément important ayant permis à la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme, dans son arrêt *Odièvre c. France* du 13 février 2003, d'admettre la conventionnalité de ladite législation en matière d'« accouchement sous X » ([39](#)) .

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

III.A.5.3. Le régime applicable à ces données non identifiantes doit en outre être précisé, notamment sur la nature des « renseignements sur [l]a santé [de la mère] et celle du

père », sur le contrôle de l'exactitude de ces informations, sur la notion d'« origine(s) de l'enfant » et sur l'étendue des informations attendues sur ce dernier point.

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

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

6. Les droits du père

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

Cette disposition soulève différentes questions.

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

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

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

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

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

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

Plusieurs cas de figure paraissent pouvoir se présenter, qui ont toutefois en commun que l'établissement de la filiation paternelle ne pourra se faire que par une reconnaissance ou par une action en recherche de paternité. En effet, lorsque la mère est mariée, la

présomption légale de paternité prévue l'article 315 du Code civil ne peut être mise en œuvre puisqu'à défaut de connaître officiellement la mère, l'on ne connaît pas davantage officiellement son mari.

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

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

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

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

La proposition doit régler ces questions.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B. Les aspects procéduraux de la proposition de loi

1. Observation préalable

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

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

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

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

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

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

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

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

III.B.2.3. Dans la mesure où il s'agit d'un contentieux obéissant à des impératifs de célérité mais à l'issue duquel « les liens de filiation normaux entre le père et l'enfant sont rétablis » si la requête est « acceptée », c'est-à-dire fondée, il est logique que la procédure

soit diligentée « comme en référé », en ce sens que la décision est rendue au fond et est revêtue de l'autorité de la chose jugée (l'article 1039, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire est donc inapplicable), mais sans préjudice de l'exercice des voies de recours.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

D. Réserve

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

Observations particulières

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

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

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

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

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

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

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

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

Article 5 (article 62^{quater} proposé du Code civil)

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

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

— s'il est majeur, par l'enfant lui-même;

— si l'enfant est mineur, par son ou ses représentants légaux ou par lui-même avec l'accord de ceux-ci;

— si l'enfant est majeur placé sous tutelle, par son tuteur.

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

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

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

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

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

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

En conséquence, en cas d'accouchement discret, il paraît nécessaire de permettre la consultation à partir de 12 ans. Le Commissariat aux droits de l'enfant de la Communauté flamande et le Conseil d'État, dans l'avis précité n° 33.294/3, suggèrent même de prévoir la possibilité de consultation au-dessous de la limite d'âge de 12 ans, si la capacité de discernement peut être démontrée (71) . À partir de 12 ans, la condition selon laquelle le représentant légal doit donner son accord semble être inconciliable avec le droit à la vie privée et familiale du mineur. L'opposition du représentant légal pourrait toutefois constituer un élément lors d'une mise en balance éventuelle des intérêts par une instance indépendante.

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

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

Article 7 (article 314, alinéa 2, *in fine*, proposé du Code civil)

Mieux vaudrait remplacer le premier « et » avant « lorsque » par « ou ».

Article 8 (article 348-4, alinéa 4, proposé du Code civil)

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

Trois hypothèses doivent être distinguées.

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

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

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

première hypothèse. Il appartient au législateur d'examiner si telle serait bien son intention.

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

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

M. R. Andersen, premier président du Conseil d'État,

MM. Van Damme, Y. Kreins et Ph. Hanse, présidents de chambre,

MM. P. Liénardy, J. Baert, J. Smets, P. Vandernoot, J. Jaumotte, B. Seutin, W. Van Vaerenbergh et P. Barra, conseillers d'État,

MM. H. Cousy, M. Rigaux, J. Velaers, H. Bosly, G. Keutgen et G. de Leval, assesseurs de la section de législation,

Mme D. Langbeen, greffier en chef,

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

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

Le greffier,
D. LANGBEEN.

Le premier président,
R. ANDERSEN.

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

(2) Doc. parl., Sénat, 2008-2009, no 4-1138/1.

(3) Sur la prise en considération de ce type d'éléments par la Cour européenne des droits de l'homme, voir, plus bas, le no III.A.3.2.

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

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

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

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

(8) Voir sur ce point l'avis portant les nos 39.474/AG, 39.475/AG, 39.476/AG, 39.477/AG, 39.478/AG et 39.525/AG, donné le 24 janvier 2006 sur les propositions de loi « relative aux mères porteuses », « réglementant la maternité de substitution », « relative aux mères porteuses », « complétant le Code pénal par des dispositions relatives à la commercialisation de la maternité de substitution et à la médiation aux fins de celle-ci », « interdisant la maternité de substitution et le recours aux mères porteuses » et « relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes » (doc. Sénat, 2003-2004, no 417/3).

(9) Voir aussi, sous le no III.C, les observations faites sur l'incidence de la levée de l'anonymat de la naissance sur les possibilités de reconnaissance maternelle ou d'action en recherche de maternité, qui tiennent compte de certains aspects du droit au respect de la vie privée et familiale des personnes concernées.

(10) Voir, ci-après, le no III.A.3.2.

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

(12) Avis 44.521/AG, donné le 20 mai 2008 sur une proposition de loi « visant à appliquer la séparation de l'État et des organisations et communautés religieuses et philosophiques non confessionnelles » (doc. Sénat, 2007-2008, no 4-351/2, p. 11).

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

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

(15) No III.A.2, ci-avant.

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

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

(18) Comité des droits de l'enfant, observations finales sur le rapport présenté par le Luxembourg, no 29, CRC/C/15/Add.250, 31 mars 2005, http://www.ork.lu/PDFs/droits_enfant.pdf, cité dans la version originale en langue anglaise in P. Senaeve, F. Swennen et G. Verschelden (éds.), *De hervorming van het afstammingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, p. 341, et in S. Michaux, « L'accouchement sous X au regard de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant », *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, pp. 313 à 346, ici p. 344; voir aussi J. Van Broeck, « Het recht van een geadopteerde om zijn geboortouders te kennen — Het bloed kruipt waar het niet gaan kan », note sous *Cour. eur. dr. h., Odièvre c. France*, précité, T.B.B.R., 2003, pp. 407 à 423, ici no 11, p. 410. Dans le même sens, les observations finales sur le rapport présenté par l'Autriche, recommandant « de prendre toutes les mesures nécessaires pour éviter le recours aux « berceaux d'accueil » » (observations finales, no 30, CRC/C/15/Add.251, 31 mars 2005, <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf>, cité dans la version originale en langue anglaise in P. Senaeve, F. Swennen et G. Verschelden (éds.), *op. cit.*, p. 341).

(19) Il importe toutefois de relever qu'après avoir émis la considération précitée sur le rapport présenté par le Luxembourg, l'observation finale considère aussi ce qui suit: « Si cette pratique devait se poursuivre, il appartiendrait à l'État partie de prendre les mesures qui s'imposent pour que toutes les informations sur les parents soient enregistrées et archivées afin que l'enfant puisse, autant que possible et au moment opportun, connaître l'identité de son père et/ou de sa mère » (*loc. cit.*). De même, à l'égard de l'Autriche, l'observation finale précitée énonce ce qui suit: « Il lui recommande en outre d'adopter et d'appliquer sans tarder des dispositions juridiques et une réglementation relatives à l'enregistrement séparé de toutes les données médicales et autres données pertinentes sur le ou les parents — en particulier le nom et la date de naissance du ou des parents —, et de permettre à l'enfant d'y avoir accès au moment approprié » (*loc. cit.*). L'année précédente, l'observation finale émise à l'égard de la France ne s'était pas située sur le terrain du principe même de l'« accouchement sous X » dans ce pays mais sur celui du droit de l'enfant de connaître ses parents: « Le Comité recommande à l'État partie de prendre toutes les mesures voulues pour assurer la pleine application des dispositions de l'article 7, en particulier le droit de l'enfant à connaître dans la mesure du possible ses parents, eu égard aux principes de la non discrimination (art. 2) et de l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 3) » (observations finales sur le rapport présenté par la France, no 24, CRC/C/15/Add.240, 30 juin 2004, <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf>, cité dans la version originale en langue anglaise in P. Senaeve, F. Swennen et G. Verschelden (éds.), *op. cit.*, p. 341, in S. Michaux, *loc. cit.*, p. 344; voir aussi J. Van Broeck, *loc. cit.*, no 11, p. 410). Sur la question de l'accès ultérieur de l'enfant aux données concernant ses parents, il est renvoyé aux observations faites sous les nos III.A.4 et III.A.5, plus bas.

(20) Voir notamment le no III.A.3.8, ci-après.

(21) Voir l'observation no II.A.3.5, plus haut.

(22) Voir l'observation no II.A.3.7, ci-avant.

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

(24) Voir notamment l'observation no III.A.5, plus bas.

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

(26) Voir sur ce point l'observation no III.A.5, plus bas.

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

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

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

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

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

(32) Voir les observations faites sous le no III.B.3, plus bas.

(33) Avis 33.294/3, donné le 12 novembre 2002 sur une proposition devenue le décret du 30 avril 2004 réglant l'adoption nationale et internationale d'enfants. Dans cet avis, le législateur n'avait toutefois pas inscrit de préférence absolue pour la vie privée de la

mère, comme dans le dossier à l'examen, mais bien une préférence absolue pour le droit d'accès de l'enfant. L'extrait de cet avis est rédigé comme suit: (traduction) « Les affaires Gaskin, M.G. c. Royaume-Uni et Odièvre [c. France] démontrent que l'octroi d'un droit d'accès absolu de l'enfant au dossier d'adoption le concernant n'est nullement évident, et qu'un tel droit peut au contraire s'opposer aux droits (notamment au droit au respect de la vie privée) et aux intérêts de tiers. Pensons plus particulièrement aux droits et aux intérêts des parents biologiques (qui en cas d'adoption internationale résident à l'étranger) ainsi qu'à ceux des adoptants. Le Conseil d'État estime que ces droits et intérêts devraient être mieux sauvegardés, sans qu'il soit porté atteinte de manière illicite à l'« intérêt vital » de l'adopté, tel que la Cour européenne définit cet intérêt, en prévoyant un régime permettant d'évaluer au cas par cas si, et dans quelle mesure, la demande d'un adopté peut être accueillie. Dans un tel système, les intérêts respectifs pourraient être concrètement mis en balance. Pour être en conformité avec l'enseignement des arrêts Gaskin et M.G. c. Royaume-Uni, la possibilité de former un recours devant une instance indépendante devrait alors également être prévue » (Doc. parl., Parl. fl., 2001-2002, no 956/4, pp. 23-24). Voir aussi dans le même sens l'avis 38.458/3, donné le 26 mai 2005 (c'est-à-dire après l'arrêt au fond de la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire Odièvre c. France) sur un avant-projet devenu le décret du 15 juillet 2005 réglant l'adoption internationale d'enfants: (traduction) « Entre-temps, la Grande Chambre de la Cour européenne a statué au fond dans l'affaire Odièvre [c. France] précitée. Par arrêt du 13 février 2003, la Cour a jugé que le refus de communiquer à la requérante, un enfant adopté, l'identité de sa mère biologique, ne violait pas le droit au respect de sa vie privée garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ce faisant, la Cour a eu égard au fait qu'en instaurant le système de l'époque des accouchements anonymes, le législateur français visait la sauvegarde des intérêts de la mère. Au demeurant, les intérêts de l'enfant n'ont pas été complètement sacrifiés à ceux de la mère: l'enfant s'est vu accorder l'accès à certaines informations concernant ses origines sans qu'elles lui permirent toutefois d'identifier sa mère. Comme le souligne l'exposé des motifs, les auteurs du projet de décret à l'examen optent pour le droit « absolu » de l'adopté de consulter son dossier. En d'autres termes, il n'est pas prévu de mettre en place un système permettant de prémunir les intérêts de tiers. Ceci serait par exemple possible en prévoyant l'obligation de vérifier au cas par cas si, et dans quelle mesure, la demande d'un adopté de consulter son dossier peut être accueillie. Si les auteurs du projet entendent s'en tenir à l'option retenue, ils devraient en tout cas préciser dans l'exposé des motifs pourquoi le droit absolu d'accès au dossier d'adoption n'est pas contraire en l'espèce au droits de tiers intéressés » (Doc. parl., Parl. fl., 2004-2005, no 371/1, p. 57).

(34) Avis portant les nos 39.474/AG, 39.475/AG, 39.476/AG, 39.477/AG, 39.478/AG et 39.525/AG, précité, loc. cit., pp. 60-61 (italiques ajoutées).

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

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

(37) Voir, plus haut, le no III.A.3.8.

(38) Il convient de se référer, dans les textes proposés, au paragraphe 5, alinéa 2, 2o, de l'article 62quater proposé du Code civil et non à son paragraphe « 5, 2o ».

À l'article 62quater, § 5, alinéa 2, 1o, in fine, proposé, on écrira simplement « visées au 2o », les mots « de ce même article » devant être supprimés.

(39) Paragraphe 48 de l'arrêt.

(40) Voir aussi l'observation particulière no 2 formulée sur l'article 5 de la proposition.

(41) Sur les aspects strictement procéduraux de cette disposition, voir le no III.B.2, plus bas.

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

(43) C. Neirinck, « L'accouchement sous X: le fait et le droit », Sem. jur., 1996, I, 3922, nos 9 et 10, pp. 151 et 152.

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

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

(46) Voir le no III.A.6.3, plus haut.

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

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

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

(50) Voir le no III.A.6, plus haut.

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

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

(53) Il est également fait référence à ce délai de deux mois dans d'autres dispositions insérées ou modifiées par la proposition: articles 313, § 2, alinéa 2, et 348-4, alinéa 4,

proposés du Code civil et article 25 proposé de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994; articles 6, 8 et 9 de la proposition).

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

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

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

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

(58) Voir notamment le no III.A.4, plus haut.

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

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

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

(62) Voir l'observation no III.A.3.7, plus haut.

(63) Voir l'observation no III.A.3.7, plus haut.

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

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

(66) Ceci pourrait se justifier dans la mesure où les titulaires de l'action en recherche de filiation sont l'enfant et ses père et mère agissant personnellement (article 332ter, alinéa 1er, du Code civil; Y.H. Leleu, Droit des personnes et des familles — Mise à jour — La filiation et l'autorité parentale, Larcier, 2007, p. 55, no 665 et note 229; P. Senaeve, F. Swennen et G. Verschelden (eds.), De hervorming van het afstammingsrecht, Antwerpen, Intersentia, 2007, p. 248).

(67) Voir aussi l'observation no III.A.3.7, plus haut.

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

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

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

(71) Commissariat aux droits de l'enfant de la Communauté flamande, avis, Discreet bevallen, 16 février 2009. Dans l'avis no 33.294/3 précité, le Conseil d'État énonce même que l'âge ne peut jouer aucun rôle lors de la recevabilité mais seulement lors de la mise en balance des intérêts.

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

(73) Voir, sur cette question, l'observation no III.C.

(74) Ibid.
