

**Advies nr. 38 van 13 november 2006
betreffende genetisch onderzoek met het
oog op het vaststellen van de
afstamming na het overlijden**

Vraag om advies van 26 mei 2004 van de h. A. De Decker, Voorzitter van de Senaat, betreffende het wetsvoorstel tot wijziging van artikel 331 octies van het Burgerlijk Wetboek, ten einde perken te stellen aan genetisch onderzoek bij overledenen met het oog op het vaststellen van de afstamming, ingediend door de heer Philippe Mahoux (Senaat 3-30/1-SE 2003).

De vraag werd ontvankelijk verklaard op de plenaire vergadering van 14 juni 2004 (laatste vergadering tweede mandaat) en doorverwezen naar het volgende Raadgevend Comité, dat werd geïnstalleerd op 21 april 2005.

Inhoud van het advies

- I. **Beknopte voorstelling van het wetsvoorstel**
- II. **Juridische aspecten**
- III. **Ethische aspecten**
 - A. *De kwestie van een mogelijke discriminatie*
 - B. *De kwestie van de toestemming*
 - a) *Uitdrukkelijke instemming met de genetische afstammingstest*
 - b) *Uitdrukkelijke weigering van de genetische afstammingstest*
 - c) *Noch uitdrukkelijke instemming, noch uitdrukkelijke weigering van de genetische afstammingstest*
 - C. *De kwestie van de wettelijk vastgestelde termijnen*
- IV. **Aanbevelingen**

I. Beknopte voorstelling van het wetsvoorstel

Het doel van dit wetsvoorstel¹ is het beperken van de genetische identificatie in het kader van een afstammingsbepaling als de betrokken persoon overleden is.

Hier stellen zich problemen op twee vlakken: het omgaan met de dood (respect voor de overledene, integriteit van het stoffelijke overschot...) en het vastleggen van de afstamming (recht van het kind om zijn afstamming te doen vaststellen en zijn oorsprong te kennen). Het gaat volgens de indiener van het wetsvoorstel zowel om een discriminatie tussen de doden als tussen hun afstammelingen. Er is volgens hem discriminatie wat betreft het onderworpen kunnen worden aan een genetische test tussen overledenen die gecremeerd werden en overledenen die begraven werden. Hieruit zou ook een ongelijkheid voortvloeien in de behandeling van de afstammelingen qua mogelijkheid om hun zoektocht naar het vaststellen van het ouderschap tot een goed einde te brengen. Deze praktijk kan tot gevolg hebben dat de wilsbeschikking om niet onderworpen te worden aan genetische identificatie, die geuit werd tijdens het leven, niet gerespecteerd wordt.

Omwille van al deze redenen voorziet het wetsvoorstel dat *“in het Burgerlijk Wetboek een verbod ingesteld wordt om na de dood genetisch onderzoek te verrichten met het oog op de vaststelling van de afstamming, tenzij de betrokkene vooraf en tijdens zijn leven daartoe uitdrukkelijk zijn toestemming gegeven heeft”* (Parl. St. Senaat 3-30/1-SE 2003, p.2).

Het wetsvoorstel stelt voor om artikel 331 octies van het Burgerlijk Wetboek (*“De rechtbanken kunnen, zelfs ambtshalve, een bloedonderzoek of enig ander onderzoek volgens beproefde wetenschappelijke methode gelasten.”*) als volgt aan te vullen: *“ ..., met uitzondering van het genetisch onderzoek dat na het overlijden verricht wordt, behalve indien dat onderzoek door de overledene uitdrukkelijk toegestaan is”*.

II. Juridische aspecten

De rechter bij wie een rechtsvordering met betrekking tot afstamming aanhangig is (ongeacht of het gaat om een rechtsvordering tot betwisting dan wel een rechtsvordering tot inroeping van staat) kan een bloedonderzoek of een genetisch onderzoek gelasten, maar hij kan de verweerder er niet toe dwingen zich daaraan te onderwerpen, want dat zou botsen met diens recht op eerbiediging van zijn fysieke integriteit. Als hij weigert, is de rechter evenwel gerechtigd om met die houding rekening te houden en er de gevolgen die zich opdringen uit te trekken: in de praktijk zal dit neerkomen op een vermoeden van gegrondheid van de eis tot afstammingsbepaling, vermoeden dat evenwel moet worden gestaafd door de andere elementen van de zaak.

In een belangrijk arrest van 17 december 1998 herinnert het Hof van Cassatie eraan dat *“het verbod van dwanguitoefening tegen de persoon en van het binnendringen in het gebied van de persoonlijkheid een algemeen rechtsbeginsel uitmaakt, hetwelk inhoudt dat elke fysische dwanguitoefening op een persoon, onder meer om hem tot een daad te dwingen of zich aan een lichamelijk of geestesonderzoek te onderwerpen, verboden is”*. Maar, zo gaat het Hof verder, *“het recht op de lichamelijke integriteit is niet onbeperkt en moet worden uitgelegd in het licht van andere fundamentele rechten. Dit algemeen rechtsbeginsel verbiedt het deskundigenonderzoek van een bloedproef of enig ander onderzoek bepaald bij artikel 331 octies van het Burgerlijk Wetboek niet, voor zover de persoon niet gedwongen wordt zich aan dat onderzoek te onderwerpen”*. En in dat geval, zo besluit het arrest: *“De rechter mag de weigering om zich aan*

¹ Dit wetsvoorstel herneemt de tekst van een voorstel neergelegd in de Senaat op 14 juli 1999 (Parl. St. Senaat, n°2-19/1-SE 1999).

*een bloedonderzoek te onderwerpen, beoordelen en uit de weigering zonder rechtmatige reden een feitelijk vermoeden afleiden*².

In het algemeen botst het uitvoeren van een genetische test bij een persoon met diens recht op eerbiediging van zijn fysieke integriteit, een fundamenteel persoonlijkheidsrecht, dat met name aan de bron ligt van elk medisch recht. Maar dat recht is niet absoluut en kan in botsing komen met andere belangen, en aldus een waardenconflict creëren dat moet worden beslecht (ongeacht of die arbitrage door de wet wordt opgelegd dan wel wordt overgelaten aan de rechter). De aantasting van de fysieke integriteit van een persoon is principieel verboden, maar kan soms gewettigd zijn, afhankelijk van de context en het nagestreefde doel.

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft de gelegenheid gehad een uitspraak te doen in dit waardenconflict door zich te beroepen op een uitgebreide interpretatie van de notie "privéleven", die overeenkomstig de rechtspraak van het Hof "*het recht van elk individu om met zijn medemensen betrekkingen aan te knopen en te ontwikkelen*" omvat. In een arrest van 7 februari 2002 oordeelt het Hof dat artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) van toepassing is op een vordering tot onderzoek naar het vaderschap en sluit in het toepassingsgebied van dat artikel het recht in om zijn oorsprong te kennen en "*de bijzonderheden van zijn identiteit als menselijk wezen*" vast te stellen, waarbij het Hof het recht van het kind om zijn oorsprong te kennen laat primeren op het belang dat de vermeende vader heeft bij eerbiediging van zijn fysieke integriteit (§ 64)³.

In tegenstelling tot strafrechtelijke zaken, waar de openbare orde een rol speelt, staan in burgerlijke zaken alleen privébelangen op het spel. De toestemming van de betrokken persoon is bijgevolg altijd vereist. Dat is niet overal het geval: in Duitsland kan onder dwang een biologisch onderzoek met betrekking tot de afstamming worden uitgevoerd⁴. Het toelaten van genetisch onderzoek onder dwang wanneer alleen een afstammingskwestie op het spel staat, zou leiden tot een wijziging van de aard zelf van de afstammingsverhouding, die het domein van het privaatrecht zou verlaten en terecht komen onder de sociale openbare orde, die als enige kan rechtvaardigen dat de toestemmingsvereiste wordt genegeerd. Deze piste werd nooit ernstig ondersteund.

Na het overlijden van de vermeende ouder verdwijnt de hindernis van de toestemmingsvereiste. Het is in de rechtspraak dan ook algemeen aanvaard dat de rechter een genetisch onderzoek op het stoffelijk overschot van een overledene kan gelasten. Aan de rechter wordt dus de zorg overgelaten om een uitspraak te doen in de tegenover elkaar staande waarden. Algemeen wordt geoordeeld dat het recht om de bewijskrachtige elementen ter staving van een vordering tot onderzoek naar de afstamming te verzamelen, en dus het recht om zijn oorsprong te kennen,

² Cass., 17 december 1998, *Pas.*, 1998, I, 1233, *R.W.*, 1998-1999, p.1144, noot Swennen F., *J.D.J.*, 1999, nr. 185, p.44, noot Jacquain J., *J.L.M.B.*, 1999, p.1681; in dezelfde zin, Cass., 25 mei 1999, onuitgegeven: "*De rechter mag de weigering van de persoon om zich te onderwerpen aan een bloedonderzoek of enig ander onderzoek volgens beproefde wetenschappelijke methodes beoordelen en mag uit de weigering zonder rechtmatige reden een feitelijk vermoeden afleiden. Het zich onttrekken aan een genetisch onderzoek zonder enige rechtmatige reden geldt als feitelijk vermoeden dat samen met andere feitelijke gegevens en omstandigheden van het dossier, het vermoeden van vaderschap versterkt.*"

³ Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 7 februari 2002, *Mikulic t/ Kroatië*, *J.C.P.*, 2002, I, 157, nr. 13, opm. Sudre F., *J.C.P.*, 2003, I, 148, opm. Rubellin-Devichi J.; adde Van Grunderbeeck D., *Beginnelen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, Antwerpen/Groningen/Oxford, Intersentia, 2003, p. 420, nr. 566.

⁴ Frank R., *L'examen biologique sous contrainte dans le cadre de l'établissement de la filiation en droit allemand*, *R.I.D.C.*, 1995, p. 905.

voorrang hebben op de eerbied die aan het stoffelijk overschot en aan de naasten van de overledene verschuldigd is. Dat geldt ook in Frankrijk⁵.

Het wetsvoorstel Mahoux heeft tot doel de tekst van artikel 331*octies* aan te vullen om genetische onderzoeken die bedoeld zijn om de afstamming vast te stellen na het overlijden van de persoon van wie wordt getracht te achterhalen of men ervan afstamt, te verbieden tenzij de overledene gedurende zijn leven uitdrukkelijk toestemming heeft gegeven tot dat onderzoek.

Het gaat dus om een bijzondere hypothese: ofwel wordt de vordering tot onderzoek naar de afstamming ingesteld na het overlijden van de vermeende ouder, ofwel overlijdt die in de loop van het onderzoek voordat de rechter een definitieve beslissing heeft genomen. Ter herinnering, die rechtsvordering kan worden ingesteld - door het kind en door elk van zijn ouders (art. 332*ter* Burgerlijk Wetboek) - binnen een termijn van 30 jaar, te rekenen vanaf de geboorte; volgens sommige auteurs kan de verjaring van de rechtsvordering zelfs worden onderbroken gedurende de minderjarigheid van het kind, zodat hij/zij tot 48-jarige leeftijd zou kunnen optreden.

Deze situatie doet - zoals ook blijkt uit de toelichting van het wetsvoorstel - denken aan het beroemde precedent van "de zaak Yves Montand", waarin toestemming werd gegeven tot opgraving van het lichaam van de overledene⁶ om een eventuele afstammingsband met Aurore Drossard⁷ vast te stellen, band die niet werd bevestigd.

Zoals in de toelichting in herinnering wordt gebracht, staat de Belgische rechtspraak soms opgraving toe om het aanwezige belangenconflict te beslechten door het recht van het kind om

⁵ Zie de rechtspraak aangehaald door Leleu Y.-H., *op. cit.*, p.499, noot 101.

⁶ Parijs, 6 november 1997, *D.*, 1998, jur., p.122, noot Malaurie Ph., *J.C.P.*, 1998, I, 101, nr. 21-3, opm. Rubellin-Devichi J., *Dr. fam.*, 1997, p. 4, opm. Catala P., *Gaz. Pal.*, 12-13 december 1997, p.14, noot Garé Th., *D.*, 1998, samenv., p.161, opm. Gaumont-Prat H. en p.296, opm. Nevejans N., *Defr.*, 1998, p.314, opm. Massip J., *J.T.*, 1998, p.812, noot Denies N.: "Artikel 16-11 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat de identificatie van een persoon door middel van zijn genetische afdruk alleen kan worden nagestreefd in het kader van maatregelen van ambtelijk of strafonderzoek die zijn gelast door de rechter bij wie een rechtsvordering aanhangig is die met name gericht is op het vaststellen van een afstammingsband of op het verkrijgen van toelagen, en zulke identificatie veronderstelt de uitdrukkelijke voorafgaande toestemming van de betrokkene. Aangezien de eigen toestemming van de overledene uiteraard niet meer kan worden gevraagd en aangezien zijn rechthebbenden hebben meegedeeld dat zij zich niet verzetten tegen een genetische analyse na opgraving van hun vader als die analyse noodzakelijk werd geacht, is het in deze omstandigheden, terwijl het in het fundamentele belang van de partijen is om in alle mate van het mogelijke tot biologische zekerheid te komen, met name raadzaam binnen de bepalingen van het beschikkend gedeelte van onderhavig arrest een aanvullend onderzoek te gelasten dat wordt toevertrouwd aan drie experts om na opgraving van het lichaam over te gaan tot de genetische identificatie van de overledene, indien dat nog mogelijk is, om vast te stellen of hij al dan niet de vader kan zijn van het kind."(eigen vertaling)

⁷ Parijs, 17 december 1998, *D.*, 1999, jur., p.476, noot Beignier B.: "De perfecte overeenstemming van alle resultaten van de genetische analyses, die op één uitzondering na exact identiek zijn voor alle gemeenschappelijke markers, die door de vier experts afzonderlijk zijn gebruikt, en welke resultaten stuk voor stuk leiden tot het uitsluiten van het vaderschap van de overledene, bewijst op zich alleen al duidelijk hun betrouwbaarheid en de ongegrondheid van de kritiek die ze krijgen. Noch de aangevoerde verklaringen, die al ontoereikend werden geoordeeld om zonder meer het beweerd vaderschap aan te tonen, noch het bestaan van een vermeende gelijkenis van het kind met de overledene, zijn van aard om de nauwkeurige en van elke onzekerheid gespeende wetenschappelijke resultaten van de uitgevoerde genetische analyses, die dat vaderschap precies uitsluiten, weer op losse schroeven te zetten".(eigen vertaling)

zijn vaderlijke afstamming te laten vaststellen, te laten primeren op het respect dat verschuldigd is aan de doden, op de integriteit van het stoffelijk overschot en op het moreel recht van de naasten. De voorgestelde tekst beoogt die rechtspraak te stoppen, behalve in het wellicht zeldzame geval dat de betrokkene bij leven zijn uitdrukkelijke toestemming heeft gegeven.

Bij gebrek aan wettelijke richtlijn is het momenteel aan de rechter bij wie de rechtsvordering aanhangig is, het waardenconflict in kwestie te beslechten, in het licht van een aantal essentiële factoren die in elk concreet geval kunnen verschillen. Het komt hem toe geval per geval te bepalen welk van de juridisch beschermenswaardige belangen dient te primeren.

III. Ethische aspecten

Het reconstrueren van het verhaal van z'n oorsprong kan het voor de mens mogelijk maken zichzelf te begrijpen en zich op constructieve wijze te ontwikkelen. Dit neemt niet weg dat in dit verband veelvuldige socio-affectieve en biologische elementen voorkomen in onderling verschillende verhouding. De afstamming berust op een ingewikkelde combinatie van gevarieerde elementen. Dit gaat van de uitsluitend gevoelsmatige en sociale afstamming (de adoptie), over de biologische zekerheid van de medisch begeleide voortplanting, tot de nieuw samengestelde familie. Een aspect van deze complexiteit ligt in het feit dat afstamming, vanuit menselijk oogpunt, vooreerst een relatie is en geen toestand. Zij veronderstelt minstens drie individuen die elk (en gedeeltelijk samen) een persoonlijk leven in verschillende lagen ontvouwen: intiem leven, leven als koppel, familiaal leven, sociaal leven ... Elke laag omvat op zichzelf en in relatie met de andere, mogelijke conflictuele dimensies (rechten en plichten, privé- en openbaar leven, persoonlijk en gedeeld belang, enz.). Gevangen in en tegelijk gevormd door dit netwerk, neemt elkeen kennis van zijn afstamming op verschillende wijze en in functie van wat hem gezegd of verzwegen wordt. Twijfel betreffende de afstamming kan zich op verschillende momenten van het leven manifesteren. De mogelijkheid om een DNA-test uit te voeren om de afstamming te bepalen, zelfs op materiaal, afgenomen van het lichaam van een overledene of op materiaal dat vroeger afgenomen en bewaard werd, kan aldus een antwoord bieden op deze vragen.

Wanneer het minderjarigen betreft, kan verwezen worden naar artikel 7, § 1, van het Verdrag van 20 november 1989 inzake de rechten van het kind, opgemaakt te New York en geratificeerd door België op 16 december 1991. Dit artikel voorziet dat een kind "*...voor zover mogelijk, het recht [heeft] zijn ouders te kennen en door hen te worden verzorgd*". In §2 wordt gezegd dat de Staten die partij zijn de verwezenlijking van deze rechten waarborgen in overeenstemming met hun nationale recht. Dit suggereert dat ze over een grote appreciatiemarge beschikken. Niettemin engageren de ondertekenende landen zich om, in navolging van de artikelen 2 en 4 van het verdrag, de in het verdrag omschreven rechten voor ieder kind onder hun rechtsbevoegdheid te eerbiedigen en te waarborgen, maar tevens om alle wettelijke, bestuurlijke en andere maatregelen te nemen die noodzakelijk zijn om de in het verdrag erkende rechten te verwezenlijken. Het bij wet verhinderen van de vaststelling van de biologische afstamming, druist ongetwijfeld in tegen voornoemd recht dat erkend wordt door dit supranationaal instrument.

Het wetsvoorstel Mahoux dat voorgelegd wordt aan het Comité brengt twee problemen aan het licht die samenhangen met het afnemen van een staal bij een overledene of het gebruiken van vroeger afgenomen en bewaard materiaal, namelijk het probleem van de discriminatie en dat van de toestemming, waarbij het respect voor de privacy en de fysieke integriteit aan bod komen. Deze beide problemen dienen geanalyseerd te worden en er moet een afweging plaatsvinden tussen het belang van de overleden persoon en het recht van de nabestaande om zijn oorsprong te kennen. Hier werd nog de vraag van de wettelijke termijnen aan toegevoegd.

A. De kwestie van een mogelijke discriminatie

Het voorstel formuleert het eerste probleem aldus: *“Enerzijds bestaat er een probleem van discriminatie ten aanzien van de dood. Mensen die zich laten cremieren kunnen immers niet meer aan een onderzoek onderworpen worden. Anderzijds vloeit uit deze eerste discriminatie een tweede voort, want de kinderen die de vordering instellen, worden niet op gelijke voet behandeld.”* Uiteraard is dit niet het geval bij vroeger afgenomen en bewaard materiaal.

De term “discriminatie” heeft twee belangrijke betekenissen in het dagelijkse taalgebruik: enerzijds de betekenis van onderscheid en anderzijds die van onrechtmatig onderscheid. Dat er verschillen bestaan tussen mensen of toestanden betekent niet noodzakelijk dat er een intentie is om de ene te bevoordelen ten opzichte van de andere of dat er een verplichting zou bestaan om deze verschillen uit te schakelen. Wat betekent dan “discriminatie ten aanzien van de dood”? Dat elkeen op een verschillende manier die laatste ogenblikken beleeft, zonder twijfel. Maar daarover gaat het hier niet. Deze formulering duidt op de mogelijke gevolgen van een verschillende behandeling van het lichaam na het overlijden: in geval van een begrafenis is afname van materiaal voor DNA-onderzoek mogelijk, terwijl crematie dit onmogelijk maakt. Iedereen kan vrij beslissen wat er met zijn lichaam gebeurt na zijn overlijden: op die manier kan hij eventueel uitdrukken dat hij wil dat er niets van hem overblijft zodat er geen onderzoek meer mogelijk is, of integendeel dat zijn lijk blijft bestaan en dat er eventueel nog onderzoek kan op uitgevoerd worden, ook al is dat tegen de wil van de overledene. In dat laatste geval rijst de ethische vraag of er een risico bestaat dat de wil van de overledene in verband met het gebruik van zijn lijk, niet gerespecteerd wordt. Deze vraag komt aan bod in het kader van de beschouwingen rond het begrip toestemming.

“Discriminatie ten aanzien van de dood” doet ook de vraag ontstaan naar de definitie van de dood. Dit wetsvoorstel vermeldt de mogelijkheid om een lichaam op te graven om het te onderwerpen aan een genetische test. Het voorstel zou zich echter ook moeten buigen over de problematiek van het uitvoeren van de test op lichaamsmateriaal afgenomen van een persoon die hersendood is en nog niet begraven of gecremeerd is. Heden ten dage wordt inderdaad het overlijden geacteerd wanneer de hersendood wordt bevestigd. Deze nieuwe definitie van de dood laat ons toe om organen weg te nemen bij wat dan gedefinieerd wordt als een stoffelijk overschot. Deze nieuwe definitie van overledene moet opgenomen worden in de ethische reflectie die ons hier bezighoudt.

Laten we terugkomen op het tweede type discriminatie, aangehaald door het wetsvoorstel: het verschil in behandeling van het stoffelijk overschot van de overledene creëert voor de afstammelingen een verschil wat betreft de mogelijkheid om stappen te ondernemen in het vaststellen van de afstamming. De nabestaanden kunnen betreuren dat zij geen mogelijkheid meer hebben hun afstamming te laten vaststellen, maar deze onmogelijkheid maakt geen discriminatie uit. Immers, de keuze tussen begrafenis of crematie zal meestal ingegeven zijn door overwegingen die losstaan van de afstammingsstest (zoals filosofische en religieuze overtuiging, economische en gezondheidsmotieven). De afstammelingen worden geconfronteerd met een feitelijke situatie die er niet noodzakelijkerwijs op gericht is hen te beletten hun afstamming te kennen. Het is overigens technisch mogelijk om deze feitelijke situatie te omzeilen: een afstammingsverband met de overledene kan vastgesteld worden zonder materiaal af te nemen van zijn lichaam. Een vergelijkend genetisch onderzoek kan uitgevoerd worden op basis van het DNA van andere familieleden (grootouders, tantes en ooms, broers en zussen, enz.). Het is ook mogelijk om een DNA-onderzoek uit te voeren op haarresten van de overledene, die men bv. op een borstel terugvindt, zelfs na zijn crematie. Het is tevens mogelijk dat een rechter oordeelt dat de vraag tot afstammingsbepaling voldoende gemotiveerd is om een genetische test te bevelen op materiaal dat voor het overlijden van de gecremeerde of begraven overledene afgenomen werd en in een laboratorium bewaard wordt.

De leden van het Comité besluiten dus dat het gebruik van de term “discriminatie” niet pertinent is om het verschil in behandeling van het stoffelijk overschot (begrafing of crematie) of de (on)mogelijkheid voor de verwanten om nog een verwantschapstest te laten uitvoeren op materiaal afkomstig van het stoffelijk overschot, aan te geven.

B. De kwestie van de toestemming

De kernvraag die hier rijst betreft het respect voor iemands privacy na zijn dood.

Vooraleer de verschillende mogelijke situaties te onderzoeken, willen we er hier al op wijzen dat volgens sommige leden van het Comité het respect voor de persoonlijke levenssfeer ook blijft gelden na het overlijden. Uitvoering van een genetische test op een overledene kan volgens hen enkel op voorwaarde dat de overledene er tijdens zijn leven uitdrukkelijk de toestemming toe gaf of er zich niet tegen verzet heeft. Deze visie ligt volledig in de lijn van de gangbare medische praktijk, waarbij het de regel is het beroepsgeheim te bewaren na de dood van de patiënt. Elementen uit zijn privéleven, die hij had toevertrouwd aan zijn arts, worden niet meegedeeld aan derden, dus evenmin eventuele aanwijzingen over al dan niet biologisch vaderschap.

Artikel 9 § 4 van de wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt, verleent onder strikte voorwaarden een inzage-recht in het medisch dossier van een overledene *“aan de echtgenoot, de samenlevende partner en de bloedverwanten tot en met de tweede graad, via een door de verzoeker aangewezen beroepsbeoefenaar [...] voor zover hun verzoek voldoende gemotiveerd en gespecificeerd is en de patiënt zich hiertegen niet uitdrukkelijk heeft verzet”*.

De drie voornaamste redenen waarom inzage in het medisch dossier kan worden verleend zijn:

- het verifiëren van een genetische verwantschapsband (bv. wegens risico op erfelijke ziekte);
- de betwisting van een testament (helderheid van geest...);
- een vermoeden van medische fout die oorzaak was van het overlijden.

Enkel de stukken die een antwoord bieden op de precies gesteld vragen, worden ter beschikking gesteld.

Anderé leden van het Comité oordelen dat het respect voor de persoonlijke levenssfeer, na de dood, minder dwingend is. Inzake afstamming zijn ze van mening dat het recht van een kind om zijn biologische band met een overleden ouder te verifiëren, vanuit een ethisch standpunt voorrang heeft op het recht van de overledene op geheimhouding.

In de praktijk kunnen zich drie situaties voordoen.

a) Uitdrukkelijke instemming met de genetische afstammingstest

De eerste situatie is deze waarbij een persoon bij leven zijn expliciete instemming heeft gegeven, met een genetische afstammingstest post mortem. In het wetsvoorstel “Mahoux”, dat een *“uitdrukkelijke en zekere toestemming, voorafgaandelijk en bij leven gegeven door de betrokkene”* eist, is dit de enige situatie waarin een genetische afstammingstest post mortem is toegelaten.

Voor de toestemming, die op uitdrukkelijke wijze door de persoon wordt gegeven, kunnen er verschillende motieven zijn: ofwel laat hij de afstammeling toe om in de genetische test een bevestiging te vinden van wat de overledene hem oprecht had gezegd maar waarover de afstammeling zelf bleef twifelen; ofwel verkrijgt de afstammeling informatie over zijn afstamming die de overledene omwille van verschillende redenen niet heeft medegedeeld; ofwel is de toestemming tot de staalname ingegeven door de hoop dat de moeder de afstammelingen zal informeren.

Deze stap is op relationeel vlak paradoxaal, zowel in hoofde van de ouder als in hoofde van de afstammeling: zij is gelijk te stellen met een relationele handeling en getuigt tegelijkertijd van een relationeel tekort. Zij spreekt het verlangen uit om aan de verwachtingen van de ander te beantwoorden of om ten opzichte van de andere een plaats te veroveren. Maar deze stap is

eveneens een aanwijzing dat de dialoog niet heeft plaatsgevonden of dat een cruciale vraag niet werd gesteld namelijk: "Hebben wij een biologische band?" Een uitdrukkelijke toestemming, gegeven bij leven door iemand zonder dat een afstammeling het hem gevraagd had, kan bij deze laatste twijfel zaaien: "Welke boodschap betreffende mijn afstamming heeft hij/zij mij willen geven via zijn uitdrukkelijke toestemming?"

Meer in het algemeen kan men er ook van uitgaan dat een man die zich ervan bewust is dat hij talrijke partners heeft gehad, zal aanvaarden dat stalen van zijn lijk voor genetisch onderzoek kunnen worden afgenomen om aldus te vermijden dat mogelijke afstammelingen in het ongewisse blijven. Zelfs indien er zich in deze situatie psychologische problemen kunnen stellen voor de afstammelingen, kan er - wanneer er uitdrukkelijke toestemming is - vanuit ethisch oogpunt geen sprake zijn van inbreuk op het privéleven.

b) Uitdrukkelijke weigering van de genetische afstammingstest

De tweede situatie is deze waarbij iemand gedurende zijn leven uitdrukkelijk weigert toestemming te geven voor een genetische afstammingstest na zijn overlijden. Die weigering is respectabel als vrije meningsuitdrukking van een persoon en krachtens het recht om over zijn lichaam te beschikken, zelfs na zijn dood. De weigering kan niettemin een ethisch probleem stellen als ze bewust is ingegeven door de wil om een afstammeling van zijn erfrecht te beroven. Dat zou het geval zijn als een ouder vermoedt dat uit een van zijn jeugdrelaties een kind is geboren en als hij zijn erfenis alleen aan zijn wettig erkende kinderen wenst na te laten. Zijn weigering om een genetische afstammingstest te laten uitvoeren op zijn latere stoffelijk overschot zou zijn afstammeling dan beroven van de mogelijkheid om zijn afstamming bevestigd te zien en het genot te hebben van zijn erfrecht.

In sommige gevallen zou een wettige vader, die er zich van bewust is dat hij allicht de biologische vader niet is van de kinderen die hij heeft opgevoed, kunnen weigeren om na zijn overlijden een afstammingstest te laten uitvoeren, omdat hij wil voorkomen dat bevestigd wordt dat hij geen biologische band heeft met zijn kinderen. Ook een moeder, die haar leven lang voor haar kinderen heeft verzwegen dat ze na eiceldonatie of tussenkomst van een draagmoeder op de wereld kwamen, kan om die reden elk post mortem afstammingsonderzoek weigeren.

De vraag rijst evenwel hoe de bescherming van het privéleven en de fysieke integriteit van een persoon moet afgewogen worden tegen het recht van de nabestaande om zijn afstamming te kennen na het overlijden van zijn verwekker.

Sommige leden menen dat deze weigering absoluut dient te worden gerespecteerd.

Andere leden menen dat het respect voor de privacy en voor de fysieke integriteit moet wijken voor de belangen van de levenden. De bescherming van het privé-leven kan een toestemmingsweigering rechtvaardigen: een persoon kan verlangen dat bepaalde aspecten van zijn verleden niet tijdens zijn leven bekend worden. Maar moet dit geheim bewaard worden na diens overlijden? Handelingen uit het verleden - en vooral dan die waaruit een kind is voortgekomen - vallen buiten de beschermde sfeer van het privé-leven na het overlijden van die persoon. De wil om gedurende zijn leven bepaalde zaken te verbergen die in de eerste plaats andere personen aangaan, dient niet langer gerespecteerd te worden, éénmaal de persoon in kwestie overleden is. Dit recht op privacy weegt niet op tegen het recht van een afstammeling om zijn levensgeschiedenis te reconstrueren door er de informatie over zijn genetische afstamming in te integreren. Dezelfde redenering kan gevolgd worden wanneer verschillende personen hun verwantschapsband met een overleden persoon wensen te kennen om met zekerheid te weten of ze broers en zussen zijn (bv. ingeval van vroegtijdig van elkaar gescheiden zijn).

We merken tenslotte op dat wanneer rekening gehouden wordt met de weigering van een genetische afstammingstest, de vraag rijst of deze in de tijd moet beperkt worden of dat de weigering na lange tijd vervalt, waardoor wetenschappelijk historisch onderzoek mogelijk wordt (cfr. de zaak van de vermeende afstammelingen van de troonopvolger van Lodewijk XVI).

c) *Noch uitdrukkelijke instemming, noch uitdrukkelijke weigering van de genetische afstammingstest*

Het is eveneens mogelijk dat de vraag betreffende de afstamming slechts rijst na het overlijden van betrokkene. Nemen we het geval van een man die nooit had vermoed dat uit een jeugdrelatie een kind was voortgesprongen. Zeker van het vaderschap van zijn kinderen bij zijn echtgenote en met niemand in de familie die zich hierom vragen stelde, heeft hij bij leven geen uitdrukkelijke toestemming gegeven voor DNA-afname op zijn stoffelijk overschot. Op volwassen leeftijd gekomen, vermoedt het kind geboren uit de jeugdrelatie dat de man zijn vader is. Jammer genoeg is deze laatste overleden vóór de jongeman met hem contact heeft kunnen opnemen. In de hypothese die we onderzoeken, houdt de zoektocht naar de afstamming hier op, zelfs als de wettige kinderen, de echtgenote van de overledene en de moeder van de jongeman zich niet verzetten tegen het verzoek om opheldering van de genetische verwantschap.

In afwezigheid van een uitdrukkelijke instemming of weigering menen sommige leden dat men zich bevindt in de situatie van een impliciete toestemming. Zij zien hierin een analogie met de impliciete instemming in geval van orgaandonatie in ons land: de persoon die de orgaandonatie niet expliciet heeft geweigerd, wordt verondersteld ze te aanvaarden. Op analoge wijze zou een persoon die geen bezwaar tegen een afname van materiaal voor DNA-onderzoek ter bepaling van de afstamming heeft geuit (of geen bezwaar heeft geuit tegen het gebruik van reeds afgenomen en bewaard materiaal), geacht worden een eventuele afstammingsbepaling na zijn overlijden te aanvaarden. De vraag naar de waarde en wenselijkheid van dergelijke impliciete toestemming tot afstammingsbepaling blijft evenwel gesteld.

Andere leden staan een absoluut respect voor het privé-leven van de overledene voor.

C. *De kwestie van de wettelijk vastgestelde termijnen*

Bij het probleem van de toestemming van de personen komt dat van de beperking in de tijd voor het onderzoek naar de afstamming. De wet voorziet in een termijn van 30 jaar vanaf de geboorte, termijn die volgens een bepaalde interpretatie tot 48 jaar zou kunnen gaan. Sommige leden vinden dat er om psychologische en ethische redenen nauwelijks grond is voor die beperking in de tijd. Men kan zich het geval indenken van iemand van vijftig jaar die heeft gewacht tot zijn beroeps carrière stevig op poten staat en zijn kinderen volwassen zijn om het probleem van zijn afstamming pogen op te helderen. Volgens welk ethisch criterium zou hem kunnen worden verboden die stappen te doen als hij de leeftijd van 30 of 48 jaar voorbij is? Het recht om zijn oorsprong te kennen en zijn bestaan op te bouwen geldt in elke periode van het leven. Zo zou het verzoek om een afstammingstest te laten uitvoeren, in alle hierboven beschouwde gevallen (zie het punt "De kwestie van de toestemming" hiervoor) zonder leeftijdsbeperking moeten kunnen worden ingediend.

Andere leden van het Comité pleiten voor het behoud van de dertigjarige verjaring.

IV. Aanbevelingen

De ethische afweging betreft het recht op eerbiediging van de privacy en de fysieke integriteit, het al dan niet rekening houden met de wil van de overledene, en het recht van afstammelingen om hun genetische oorsprong te kennen. De notie discriminatie die in het wetsvoorstel naar voren wordt geschoven, heeft het Comité niet onberoerd gelaten, maar bij nader inzien meent het Comité dat het gebruik van dat begrip hier niet ter zake is.

Het lijkt weinig gepast de rechter, die in het kader van zijn functie waarden en belangen afweegt, te beletten zijn ambt te vervullen door een van de mogelijkheden langs wetgevende weg bijna radicaal af te sluiten. Dit heeft tot gevolg dat het kind dat de test aanvraagt, verhinderd wordt de nodige bewijzen te verzamelen om de waarheid klaar en duidelijk aan het licht te brengen en zijn identiteit op te bouwen, wat niet strookt met het belang van dat kind.

Sommige leden van het Comité menen dat afstammingsbepaling na het overlijden behandeld kan worden naar analogie met de wetgeving inzake orgaandonatie. Vanuit dat perspectief wordt de toestemming van de persoon verondersteld, wat betekent dat de persoon zijn weigering om een genetische afname op zijn stoffelijk overschot te laten uitvoeren, uitdrukkelijk bij leven moet formuleren. Die optie houdt rekening met het recht op eerbiediging van de fysieke integriteit van de persoon (betrokkene kan de staalname uitdrukkelijk weigeren of zich laten cremieren) en bevordert het vrijwillige en verantwoordelijke karakter van zijn beslissing. Deze optie vereist ook dat het publiek duidelijk wordt ingelicht, met name over de stappen die moeten worden ondernomen om een weigering ter zake te formuleren.

Andere leden zijn van oordeel dat, eens een persoon overleden is, het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer moet wijken voor het recht van de afstammeling om zijn genetische oorsprong te kennen (of het recht van een vermeende naaste verwant om een bloedverwantschapsband met de overledene vast te stellen).

Nog andere leden menen dat, zelfs na de dood, het recht op privacy onvoorwaardelijk dient te worden gerespecteerd.

Sommige leden van het Comité wensen ten slotte dat het verzoek van de betrokken personen in aanmerking kan worden genomen, ongeacht de leeftijd van de verzoeker. Andere leden vinden het behoud van de dertigjarige verjaring wenselijk.

Het advies werd voorbereid in de beperkte commissie 2005-4, samengesteld uit:

Covoorzitters	Coverslaggevers	Leden	Lid van het Bureau
G. Evers-Kiebooms	M.-G. Pinsart	M. Bonduelle	M. Dupuis
M.-G. Pinsart	M. Roelandt	E. De Groot	
	G. Genicot	A. De Paepe	
		F. De Smet	
		N. Meunier	
		Y. Oschinsky	
		G. Pennings	
		J.-A. Stiennon	
		C. Van Geet	
		C. Van Vaerenbergh	

Lid van het secretariaat

Lieven Dejager

Gehoorde deskundigen

De h. J.-J. Cassiman, gewoon hoogleraar aan de KULeuven, hoofd van de afdeling "Menselijke mutaties en polyformismen" van het Centrum voor Menselijke Erfelijkheid, KULeuven.
Mevr. Vinciane Despret, filosofe en psychologe, docente aan de Université de Liège en de Université Libre de Bruxelles.

De werkdocumenten van de beperkte commissie 2005-4 - vraag om advies, persoonlijke bijdragen van de leden, notulen van de vergaderingen, geraadpleegde documenten - zijn bewaard als Bijlagen 2005-4 op het documentatiecentrum van het Comité en kunnen aldaar worden geraadpleegd en gekopieerd.