

Vaderschapstests – Wijziging advies van 19 oktober 1996

Doc	a133013
Publicatiedatum	05/03/2011
Origine	NR
	Persoonlijke levenssfeer
	Minderjarigen
Thema's	Rechten van de Mens
	Genetica

In zijn vergadering van 5 maart 2011 heeft de Nationale Raad van de Orde van geneesheren kennis genomen van uw brief van 26 november 2010 betreffende het doorsturen van de kopie van de e-mail van professor X i.v.m. een bericht gepubliceerd door de firma Gendia betreffende vaderschapstesten.

De Nationale Raad verwijst hierover naar zijn advies van 16 juni 2001 en naar de nota van mevr. Hustin-Denies die in dit advies werd opgenomen. Door een tussengekomen wijziging van het Burgerlijk Wetboek diende deze nota te worden aangepast.

Als bijlage vindt u de aangepaste versie van deze nota.

Bijlage :

Door de wet van 1 juli 2006 tot wijziging van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het vaststellen van de afstamming en de gevolgen ervan (B.S. 29 december 2006) dient het advies van de Nationale Raad van 19 oktober 1996, TNR nr. 75, p. 26-30 waarnaar wordt verwezen in het advies van de Nationale Raad van 16 juni 2001, Toenemend en ongeregeld uitvoeren van vaderschapstests, TNR nr. 93, p.11 te worden gewijzigd.

In zijn vergadering van 5 maart 2011 heeft de Nationale Raad van de Orde van geneesheren het advies van de Nationale Raad van 19 oktober 1996, TNR nr. 75, p. 26-30 waarnaar wordt verwezen in het advies van de Nationale Raad van 16 juni 2001, Toenemend en ongeregeld uitvoeren van vaderschapstests, TNR nr. 93, p.11 gewijzigd.

Deze wijzigingen worden in cursief gedrukt in de tekst opgenomen.

Het advies van de Nationale Raad van 19 oktober 1996 wordt als volgt aangepast :

(...)

Nota van mevrouw Hustin-Denies, assistente aan de rechtsfaculteit van de UCL :
(officieuze vertaling)

Nota met betrekking tot het onderzoek naar het biologisch vaderschap van een minderjarige door vergelijking van genetische vingerafdrukken buiten het kader van een gerechtelijke procedure

Bij gebrek aan een nationale en deontologische reglementering aangaande de aanwending van genetische vingerafdrukken met bewijskrachtige doeleinden inzake afstamming is de aanwending ervan met privé-doeleinden, buiten elke gerechtelijke procedure, de laatste jaren flink toegenomen. Zowel in Frankrijk als in België bieden talrijke privé-laboratoria of universitaire ziekenhuizen hun diensten aan privé-personen, advocaten of artsen aan om dubieus vaderschap te bevestigen of te ontcrachten.

Bewust van de afdwalingen die schade kunnen berokkenen aan de vrede in het gezin (door het in twijfel trekken van een afstamming buiten procedures en vaak buiten de bij wet bepaalde termijn) en aan het maatschappelijk belang (aantasting van het gezag van de burgerlijke staat, van de fysieke integriteit en van de intieme persoonlijke levenssfeer van het individu) en die voortvloeien uit de aanwending van deze methode buiten elke procedurele waarborg, heeft de Franse wetgever de aanwending van genetische vingerafdrukken geregeld in de recente wet van 29 juli 1994 betreffende het burgerlijk statuut van het menselijk lichaam. Deze wet beperkt de mogelijkheid om een persoon in burgerlijke zaken te identificeren via genetische vingerafdrukken tot de gevallen waarin deze methode toegepast wordt met uitdrukkelijke toestemming van de betrokkenen en ter uitvoering van een onderzoeksmaatregel die bevolen werd door de rechter bij wie een vordering aanhangig werd gemaakt tot vaststelling of betwisting van een afstammingsband.

In België daarentegen worden de gevolgen van de aanwending van genetische vingerafdrukken buiten elke gerechtelijke context volkomen genegeerd door de wetgever en de huidige wetgevende leemte terzake werkt de aantasting van de rechten en vrijheden van het individu in de hand.

Het uitblijven van een wetgevende tekst mag echter niet misleidend zijn. De aanwending van genetische vingerafdrukken buiten elke procedurele context situeert zich volgens ons op het vlak van het onwettige. Wij herinneren in dit opzicht aan het adagium volgens hetwelk "alles wat niet verboden is daarom nog niet toegelaten is". De aanwending van genetische vingerafdrukken buiten elke procedurele context doet immers problemen rijzen op meerdere niveaus.

I. In de eerste plaats dienen enkele opmerkingen geformuleerd te worden met betrekking tot de aansprakelijkheid van de arts die de testen uitvoert of zelfs die zijn patiënt aanraadt er gebruik van te maken.

Ofschoon de afname die nodig is voor de verwezenlijking van een genetische vingerafdruk of de expertise-procedure zelf de tussenkomst van een arts, nu eens practicus, dan weer geneticus, noodzakelijk kunnen maken, lijkt deze ingreep moeilijk ondergebracht te kunnen worden in de categorie van de bij wet gelegaliseerde medische handelingen.

In dit verband brengen wij kort in herinnering binnen welke grenzen de verwezenlijking van een invasieve medische activiteit toegelaten is door de wet en in het bijzonder door artikel 11 van het KB nr. 78 betreffende de geneeskunst.

Deze grenzen dienen enerzijds begrepen te worden als de door de wet of door de jurisprudentie bepaalde cumulatieve voorwaarden voor de formele wettigheid en anderzijds als de zogenaamde voorwaarden voor de elementaire wettigheid van elke handeling.

De voorwaarden voor de formele wettigheid van de medische activiteit eisen dat de handelingen verricht worden door een bevoegd persoon met het therapeutische doel te waken over de gezondheid van de patiënt door hem de beste zorg te verstrekken, na zijn vrijwillige en voorgelichte toestemming verkregen te hebben.

De algemene voorwaarden voor de elementaire wettigheid van elke handeling sluiten aan bij het perspectief van een geneeskunde die eerbied heeft voor de menselijke persoon. Zij impliceren dat de practicus geen maatregel mag nemen die niet nuttig is of niet absoluut noodzakelijk is voor de gezondheid van zijn patiënt of, meer uitzonderlijk, gericht is op de verwezenlijking van een niet-therapeutisch doeleinde. Bovendien mag hij geen enkele maatregel nemen die, ofschoon hij tegemoet komt aan de doelstelling "zo weinig mogelijk kosten", een ander belang, of zelfs een andere waarde, op een buitenmaatse, onevenredige wijze schaadt.

In de veronderstelling dat de afname die bij de ouders en bij het minderjarige kind verricht wordt voor de verwezenlijking van een genetische vingerafdruk niet tot doel heeft te waken over de gezondheid en de veiligheid van de patiënten door hen de beste zorg te verstrekken door het uitvoeren van diagnostische, therapeutische of preventieve handelingen, moeten wij vaststellen dat deze afname niet binnen het klassieke wettige kader van elke medische activiteit valt. Overeenkomstig het algemene beginsel van artikel 70 van het strafwetboek is het evenwel zo dat bepaalde bijzondere wetten medische ingrepen buiten elke therapeutische context rechtvaardigen, onder meer met betrekking tot de orgaantransplantatie of de vrijwillige zwangerschapsafbreking. In de lijn hiervan ligt ongetwijfeld de tekst van artikel 331octies van het burgerlijk wetboek, die door de magistratuur de bevoegdheid toe te kennen gelijk welke beproefde wetenschappelijke methode te gelasten in het kader van een vordering betreffende de afstamming, de niet-therapeutische activiteit van de arts onrechtstreeks rechtvaardigt. Van een dergelijke rechtvaardiging is in het onderhavige geval echter geen sprake aangezien de afname gebeurt buiten elke gerechtelijke context en bijgevolg los van het bevel van een magistratuur.

Daarnaast blijkt ook de vereiste van de instemming van de patiënt met de medische ingreep geschonden te worden, althans gedeeltelijk. De ouders die, louter ter informatie, een vaderschap waaraan zij twijfelen wensen te bevestigen of te ontkrachten, beschikken natuurlijk vrij over hun eigen lichaam. Zij beschikken echter niet vrij over het lichaam van hun kind. Wel zijn de ouders bevoegd om hun kind te vertegenwoordigen in alle handelingen die hun kind betreffen en in het bijzonder om rechtens dit kind in te stemmen met de medische handelingen. Deze vertegenwoordigingsbevoegdheid vloeit rechtstreeks voort uit de regels van het ouderlijk gezag, dat door de ouders uitgeoefend wordt op grond van de afstammingsband en uitsluitend met eerbiediging van het primordiale belang van het kind. Eens te meer moeten wij vaststellen dat de ouders, ofschoon zij hun kind kunnen vertegenwoordigen in het kader van de medische handelingen, niet geldig in zijn naam kunnen instemmen met een handeling die, door de regels van de formele wettigheid te schenden, niet langer een medische handeling is maar een ongerechtvaardigde schending van de fysieke integriteit van het kind. Deze in naam van het kind gegeven toestemming vormt volgens ons misbruik van het ouderlijk gezag daar zij gegeven wordt ten koste van het belang en de fundamentele rechten van het kind en uitsluitend in het voordeel van de ouders. Verder in de tekst komen wij hierop uitvoeriger terug.

Deze twee opmerkingen leiden noodzakelijk tot de volgende vaststelling : de officieuze opsporing van de bewijzen van de afstamming van een minderjarig kind door middel van genetische vingerafdrukken schendt de voorwaarden voor de formele wettigheid van elke medische handeling omdat zij een aantasting van de fysieke integriteit van het kind met een niet-therapeutisch doeleinde en zonder geldige toestemming van de betrokkene impliceert. Zij brengt dus de aansprakelijkheid van de arts met zich, die op strafrechtelijk vlak vervolgd kan worden voor slagen en verwondingen, daar het goedaardige karakter van deze aantasting niet in aanmerking kan worden genomen bij de aansprakelijkheidstoewijzing.

Bovendien lijkt het ons onmogelijk aan deze aantasting een, al zij het onrechtstreeks, therapeutisch karakter toe te kennen, dat bijvoorbeeld zou bestaan in de psychologische noodzaak voor een koppel de mogelijkheid te krijgen om de waarheid betreffende de afstamming van hun kind te kennen. Het aanwenden van de persoon van het kind en het op de helling zetten van zijn fundamenteel recht op een gewoon gezinsleven (waarop wij later terugkomen) zijn volgens ons buitenmaatse aantastingen in vergelijking met de doelstelling waartoe deze methode zou strekken. Het criterium van de psychologische noodzaak blijkt bovendien niet verdedigbaar wanneer men bedenkt dat het bedreigde koppel de mogelijkheid heeft een beroep te doen op gezinstherapieën of psychologische hulpverlening waarin geen enkele tussenkomst van de persoon van het kind vereist is. De niet-verdedigbaarheid van de criteria van noodzaak en evenredigheid belet dit soort ingreep bijgevolg te voldoen aan de voorwaarden voor de elementaire wettigheid van elke handeling.

II. In de tweede plaats dienen enkele opmerkingen geformuleerd te worden met betrekking tot de fundamentele rechten van het kind die op de helling komen te staan door de aanwending van deze methode.

Voorafgaandelijk zij opgemerkt dat de wetgever voorziet in een bijzondere bescherming van de afstamming van een kind wanneer zij wettelijk bewezen is. Zonder in juridisch-technische details te treden gaan wij dieper in op de bescherming van de afstamming van een kind dat geboren is binnen het huwelijk en op die van een kind geboren buiten het huwelijk.

Zowel voor een kind geboren buiten het huwelijk als voor een kind geboren binnen het huwelijk komt het moederschap in de meeste gevallen vast te staan door de akte van geboorte. Dit vloeit voort uit de bepaling van artikel 312 van het Burgerlijk Wetboek. Met betrekking tot het vaderschap daarentegen maakt de wetgever een onderscheid naar gelang het kind geboren is binnen of buiten het huwelijk.

Voor een kind geboren binnen het huwelijk bepaalt artikel 315 van het Burgerlijk Wetboek dat de afstamming van vaderszijde vastgesteld wordt via een vermoeden van vaderschap. Het belang van dit vermoeden van vaderschap mag niet worden onderschat daar het slechts door een paar betrokkenen kan worden betwist, met name : de echtgenoot van de moeder, de moeder zelf en alleen voor haarzelf , het kind wanneer het de leeftijd van meerderjarigheid heeft bereikt **en de persoon die de vaderschap van het kind opeist** (artikel 318, § 1, B.W.).

Bovendien zijn de termijnen voor de betwisting van dit vermoeden en bijgevolg voor de mogelijkheid voor het kind om de vermoedelijke afstamming op een wettige wijze te zien vervangen door een andere afstamming, namelijk een biologische, zeer kort. **De vordering van de moeder moet worden ingesteld binnen een jaar na de geboorte. De vordering van de echtgenoot moet worden ingesteld binnen een jaar na de ontdekking van het feit dat hij niet de vader van het kind is, die van de man die het vaderschap van het kind opeist moet worden ingesteld binnen het jaar na de ontdekking van het feit dat hij de vader van het kind is en die van het kind moet worden ingesteld op zijn vroegst op de dag waarop het de leeftijd van twaalf jaar heeft bereikt en uiterlijk op de dag waarop het de leeftijd van tweeëntwintig jaar heeft bereikt of binnen een jaar na de ontdekking van het feit dat de echtgenoot zijn vader niet is (artikel 318, § 2, B.W.).**

Voor een kind geboren buiten het huwelijk bepaalt artikel 319 van het Burgerlijk Wetboek dat de afstamming van vaderszijde vastgesteld kan worden door erkenning. **Tenzij het kind bezit van staat heeft ten aanzien van degene die het heeft erkend, kan de erkenning van het vaderschap worden betwist door de**

moeder, het kind, de man die het kind heeft erkend en de man die het vaderschap van het kind opeist (artikel 330, B.W.).

De vordering van de vader, de moeder of de persoon die het kind erkend heeft, moet worden ingesteld binnen een jaar na de ontdekking van het feit dat de persoon die het kind erkend heeft, niet de vader of de moeder is; die van de persoon die de afstamming opeist moet worden ingesteld binnen een jaar na de ontdekking van het feit dat hij of zij de vader of de moeder van het kind is; die van het kind moet op zijn vroegst worden ingesteld op de dag waarop het de leeftijd van twaalf jaar heeft bereikt en moet uiterlijk worden ingesteld op de dag waarop het de leeftijd van tweeëntwintig jaar heeft bereikt of binnen een jaar na het ontdekken van het feit dat de persoon die het erkend heeft noch zijn vader, noch zijn moeder is (artikel 330, § 1, B.W.).

De op deze manier vastgestelde afstamming wordt door de wetgever echter beschermd op twee manieren. Ten eerste hebben diegene die het kind erkend heeft of diegene die erin toegestemd heeft slechts het recht om deze afstamming te betwisten voor zover zij aantonen dat aan hun toestemming een gebrek kleefde (bijvoorbeeld bij vergissing, door bedrog of geweld). Ten tweede is iedere betwisting onontvankelijk wanneer het kind bezit van staat heeft (hieronder dient een hele reeks van vermoedens verstaan te worden die in hun geheel of afzonderlijk gezien het bestaan van de afstammingsband aantonen, onder meer : het feit dat het kind altijd de naam heeft gedragen van zijn vader, het feit dat de vader het kind altijd heeft beschouwd als het zijne en het feit dat de omgeving het kind en zijn vader altijd als dusdanig heeft beschouwd).

Dit korte overzicht van de wettelijke regels betreffende de afstamming van vaderszijde laat ons toe vast te stellen dat de wetgever in heel wat gevallen de bewezen afstamming definitief heeft willen beschermen.

Het clandestien onderzoek naar het vaderschap in gevallen waarin geen enkele wettelijke betwisting van de afstamming mogelijk is, lijkt ons uiterst gevaarlijk. In werkelijkheid wordt immers aan het kind of aan zijn wettige ouders een biologische waarheid onthuld die in heel wat gevallen het serene gezinsleven waarop het kind nu aanspraak kan maken, zou kunnen verstoren. Artikel 8 van het Internationaal Verdrag van de Rechten van het Kind, dat door het Hof van Cassatie rechtstreeks toepasbaar werd verklaard, bepaalt immers dat het kind het recht heeft om zijn familiebetrekkingen te behouden zoals zij erkend zijn door de nationale wetgeving van het land waarvan het onderdaan is (Cass., 11 maart 1994, Pas. 1994, I, 247).

De onthulling van deze waarheid, in tegenspraak met een onbetwistbare en definitieve wettelijke afstamming, lijkt ons niet alleen strijdig met het belang van het kind maar in sommige gevallen ook gevaarlijk voor het kind. Het kind zou immers het slachtoffer kunnen worden van psychisch of fysiek geweld vanwege een bedrogen wettige vader. Hierbij zij opgemerkt dat in deze veronderstelling de arts of de instelling die de test uitgevoerd heeft burgerrechtelijk aansprakelijk gesteld zou kunnen worden.

Wanneer het recht van het kind op eerbiediging van zijn persoonlijke en familiale levenssfeer, bekrachtigd door de artikelen 8 en 14 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, begrepen dient te worden als zijn recht op geheimhouding van zijn afstamming, moeten wij tot slot vaststellen dat dit recht ten stelligste wordt geschonden door de onthulling van een biologische waarheid die in tegenspraak is met de wettelijke werkelijkheid en waarin het kind niet heeft toegestemd, die volkomen nutteloos is en in strijd is met zijn belang. Om al deze redenen moet zij volgens ons afgekeurd worden.

III. In verband met het recht om het kind te vertegenwoordigen, wijzen wij erop dat de

ouders aan wie het ouderlijk gezag over de persoon en de goederen van het kind werd toegekend op grond hiervan het recht hebben het te vertegenwoordigen in alle handelingen van het dagelijkse leven. Zij zijn evenwel verplicht dit ouderlijk gezag uit te oefenen in het belang van het kind.

Volgens ons kan de door de ouders gegeven instemming met een handeling die de fysieke integriteit van het kind op een ongerechtvaardigde wijze aantast (zoals wij hierboven gepreciseerd hebben) dan ook niet beschouwd worden als een vertegenwoordiging.

Bovendien kan de instemming van de ouders, in naam van het kind, met de onthulling van een waarheid die duidelijk in strijd is met zijn belang (schending van zijn recht op een vredig gezinsleven, op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer) geen deel uitmaken van de bevoegdheden van het ouderlijk gezag dat, het zij nogmaals gezegd, uitsluitend uitgeoefend wordt met eerbiediging van dit belang. De in naam van het kind gegeven instemming met dergelijke handelingen is dan ingegeven door de nieuwsgierigheid van de ouders en maakt volgens ons misbruik uit van het ouderlijk gezag, waardoor ook de ouders burgerrechtelijk aansprakelijk gesteld zouden kunnen worden. Een dergelijke toestemming kan volgens ons niet beschouwd worden als een geldige vertegenwoordiging van het kind.

Wij beperken ons ertoe hieraan toe te voegen dat artikel 7 van het Internationaal Verdrag van de rechten van het kind bepaalt dat het kind, voor zover mogelijk, het recht heeft zijn ouders te kennen en door hen te worden opgevoed.

Bij deze tekst kunnen de volgende opmerkingen geformuleerd worden.

Eenzijds kan dit recht om zijn ouders te kennen volgens ons niet losgemaakt worden van het recht om zijn afstamming ten aanzien van hen te doen vaststellen, iets wat onmogelijk is in vele gevallen van clandestien onderzoek naar de afstamming.

Daarnaast kunnen de termen "voor zover mogelijk" begrepen worden in de zin van: "wanneer de wet het niet verhindert." Deze wettelijke hindernissen kunnen ons inziens reeds vastgestelde en onmogelijk te betwisten afstammingen zijn.

Ten slotte kan dit recht van het kind om zijn oorsprong te kennen alleen aangezien worden als een zuiver persoonlijk recht, dat niet vatbaar is voor vertegenwoordiging. In deze omstandigheden is een in naam van het kind door zijn ouders aangevraagd clandestien onderzoek naar zijn oorsprong, ondenkbaar.