

Avis n° 38 du 13 novembre 2006 relatif aux tests génétiques en vue d'établir la filiation après le décès

Demande d'avis du 26 mai 2004 de Monsieur A. De Decker, Président du Sénat, concernant la proposition de loi modifiant l'article 331octies du Code civil, visant à limiter les tests génétiques après le décès en vue d'établir la filiation, déposée par M. Philippe Mahoux (Sénat 3-30/1-SE 2003).

La demande a été déclarée recevable à la réunion plénière du 14 juin 2004 (dernière réunion du deuxième mandat) et a été renvoyée au Comité consultatif suivant, lequel fut installé le 21 avril 2005.

CONTENU DE L'AVIS

I. Présentation synthétique de la proposition de loi

II. Aspects juridiques

III. Enjeux éthiques

A. La question d'une possible discrimination

B. La question du consentement

a) Consentement explicite au test génétique de filiation

b) Refus explicite du test génétique de filiation

c) Ni consentement explicite, ni refus explicite du test génétique de filiation

C. La question des délais fixés par la loi

IV. Recommandations

I. Présentation synthétique de la proposition de loi

L'objet de cette proposition de loi¹ est de limiter la possibilité d'une identification génétique dans le cadre de la détermination de la filiation d'une personne décédée.

Cette problématique voit se confronter deux domaines distincts: l'approche du décès (le respect dû au mort et à ses proches, l'intégrité de la dépouille mortelle) et le droit de l'enfant à pouvoir établir sa filiation et à connaître ses origines. Selon l'auteur de la proposition de loi elle génère des discriminations entre les morts et entre les descendants : discrimination entre les personnes incinérées et inhumées quant à la possibilité d'être soumis au test génétique et par conséquent inégalité de traitement entre les descendants quant à la possibilité de mener à bien leur action de recherche de filiation. Cette pratique atteste que la volonté de la personne exprimée de son vivant de ne pas se soumettre à une identification génétique pourrait ne pas être respectée.

Pour ces diverses raisons, la proposition de loi suggère « d'inscrire au sein du Code civil l'interdiction de procéder à des tests génétiques après la mort dans le but d'établir la filiation, à l'exception d'une acceptation expresse et certaine donnée préalablement et de son vivant par la personne intéressée » (doc. parl. Sénat 3-30/1-SE 2003, p.2).

Le texte suggère de compléter l'article 331 octies du Code civil - « Les tribunaux peuvent ordonner, même d'office, l'examen du sang ou tout autre examen selon des méthodes scientifiques éprouvées » - par les mots suivants : «-, à l'exception de l'examen génétique pratiqué après le décès, sauf si celui-ci a été autorisé expressément par le défunt ».

II. Aspects juridiques

Le juge, saisi d'une action relative à la filiation (qu'il s'agisse d'une action en contestation ou en réclamation d'état), peut ordonner un examen sanguin ou génétique mais il ne peut contraindre le défendeur à s'y soumettre, car cela heurterait son droit au respect de son intégrité physique. S'il refuse, le juge est cependant autorisé à tenir compte de son attitude et à en déduire les conséquences qui s'imposent, soit en pratique une présomption de fondement de la demande de détermination de la filiation, présomption qui doit cependant être corroborée par les autres éléments de la cause.

Dans un important arrêt du 17 décembre 1998, la Cour de cassation rappelle que « l'interdiction de la contrainte contre les personnes et de l'ingérence dans le domaine de la personnalité constitue un principe général de droit. Cette interdiction consiste en ce que toute contrainte physique sur une personne, et notamment la forcer à une action ou la soumettre à une expertise corporelle ou mentale, est interdite ». Mais, poursuit la Cour, « le droit à l'intégrité corporelle n'est pas illimité et doit être interprété à la lumière des autres droits fondamentaux. Ainsi le principe de droit susmentionné n'interdit-il pas l'expertise prévue à l'article 331 octies du Code civil, dans la mesure où la personne n'est pas forcée de se soumettre à cette expertise ». Et dans ce cas, conclut l'arrêt, « le juge peut apprécier le refus de se soumettre à une expertise sanguine. Il peut déduire une présomption de fait du refus opposé sans motif légitime »².

¹ Cette proposition de loi reprend le texte d'une proposition déposée au Sénat le 14 juillet 1999 (doc. parl., Sénat, S.E. 1999, n°2-19/1).

² Cass., 17 décembre 1998, *Pas.*, 1998, I, 1233, *R.W.*, 1998-1999, p.1144, note Swennen F., *J.D.J.*, 1999, n° 185, p.44, note Jacquain J., *J.L.M.B.*, 1999, p.1681; dans le même sens, Cass., 25 mai 1999, inédit : « *Le juge peut apprécier le refus d'une personne de se soumettre à un examen du sang ou à tout autre examen selon des méthodes scientifiques* »
Avis n° 38 du 13 novembre 2006 - Avis définitif

D'une manière générale, le fait de pratiquer un test génétique sur une personne se heurte à son droit au respect de son intégrité physique, droit de la personnalité fondamentale, à la source notamment de tout le droit médical. Mais ce droit n'est pas absolu et peut se heurter à d'autres intérêts, créant ainsi un conflit de valeurs qu'il convient d'arbitrer (que cet arbitrage soit imposé par la loi ou délaissé au juge). L'atteinte à l'intégrité physique d'une personne est par principe interdite mais peut parfois être légitime, selon le contexte et le but poursuivi.

La Cour européenne des droits de l'Homme a eu l'occasion d'arbitrer ce conflit de valeurs en se prévalant d'une conception extensive de la notion de "vie privée", qui englobe, conformément à sa jurisprudence, « le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables ». Dans un arrêt du 7 février 2002, elle juge que l'article 8 de la C.E.D.H. est applicable à une **action en recherche de paternité** et inclut clairement dans le champ de cet article le droit de connaître ses origines et d'établir « les détails de son identité d'être humain », faisant prévaloir le droit de l'enfant à connaître ses origines sur l'intérêt du père prétendu au respect de son intégrité physique (§ 64)³. Au contraire de la matière pénale où intervient l'ordre public, en matière civile, seuls des intérêts privés sont en jeu. Le consentement de la personne concernée est, partant, toujours exigé. Cela n'est pas le cas partout : en Allemagne, un examen biologique peut être effectué sous la contrainte en matière de filiation⁴. Autoriser l'examen génétique sous la contrainte lorsque seule une question de filiation est en jeu conduirait à modifier la nature même du rapport de filiation, qui quitterait le giron du droit privé pour s'abriter sous la bannière de l'ordre public social, seul susceptible de justifier que l'on passe outre l'exigence du consentement. Cette orientation n'a jamais été sérieusement soutenue.

Après le décès du parent prétendu, l'obstacle du consentement disparaît. Il est dès lors largement admis, en jurisprudence, que le juge peut ordonner une expertise génétique sur la dépouille d'un défunt. C'est à lui que l'on confie le soin d'arbitrer les valeurs en présence. L'on considère généralement que le droit de réunir les éléments probatoires à l'appui d'une action en recherche de filiation, et donc le droit de connaître ses origines, prévalent sur le respect dû à la dépouille mortelle et aux proches du défunt. Il en va de même en France⁵.

La proposition de loi Mahoux vise à compléter le texte de l'article 331octies du Code civil en vue d'interdire les examens génétiques destinés à établir la filiation après le décès de la personne dont la filiation est recherchée, sauf dans le cas où cet examen a expressément été autorisé par le défunt durant sa vie.

L'hypothèse est donc particulière : soit l'action en recherche de filiation est intentée après le décès du parent prétendu, soit celui-ci décède en cours d'instance avant que le juge n'ait rendu une décision définitive. Pour rappel, cette action peut être intentée - par l'enfant ou l'un de ses auteurs (art. 332ter C.civ.) - dans un délai de 30 ans à compter de la naissance, la prescription de l'action

éprouvées et il peut déduire une présomption de l'homme du refus opposé sans juste motif. Le fait de refuser de se soumettre à un examen génétique sans juste motif équivaut à une présomption de l'homme qui, jointe aux autres éléments de fait et aux circonstances du dossier, conforte la présomption de la paternité ».

³ Cour européenne des droits de l'Homme, 7 février 2002, *Mikulic c. Croatie*, J.C.P., 2002, I, 157, n° 13, obs. Sudre F., J.C.P., 2003, I, 148, obs. Rubellin-Devichi J.; *adde* Van Grunderbeeck D., *Beginnselen van personen- en familierecht. Een mensenrechtelijke benadering*, Antwerpen/Groningen/Oxford, *Intersentia*, 2003, p.420, n° 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.

⁵ Voir la jurisprudence citée par Leleu Y.-H., *op. cit.*, p.499, note 101.

de l'enfant pouvant même, selon certains auteurs, être interrompue durant sa minorité, de sorte qu'il pourrait agir jusqu'à l'âge de 48 ans.

Ce cas de figure évoque – les développements de la proposition de loi le confirment – le célèbre précédent de "l'affaire Yves Montand" où l'exhumation du corps du défunt a été autorisée⁶ afin de vérifier son éventuel lien biologique avec Aurore Drossard⁷, lien ensuite exclu.

Ainsi que le rappellent ces développements, la jurisprudence belge autorise parfois l'exhumation pour arbitrer le conflit d'intérêts en présence en faisant prévaloir le droit de l'enfant à voir établie sa filiation paternelle sur le respect dû aux morts, à l'intégrité de la dépouille mortelle et au droit moral des proches. Le texte proposé entend mettre un coup d'arrêt à cette jurisprudence, sauf pour le cas, statistiquement rare sans doute, d'un consentement donné de son vivant et de manière expresse par la personne concernée.

En l'absence de directive légale, c'est à l'heure actuelle au juge saisi de l'action qu'il appartient de trancher le conflit de valeurs en présence, et cela en fonction d'un ensemble de paramètres qui peuvent être différents dans chaque cas d'espèce. Il lui revient de déterminer au cas par cas lequel des intérêts juridiquement dignes de protection doit prévaloir.

III. Enjeux éthiques

Si l'élaboration du récit de son origine permet à l'être humain de s'appréhender et de se développer de manière constructive, les composants socio-affectifs et biologiques de ce récit peuvent être multiples et présents en diverses proportions. De la filiation exclusivement affective et sociale (l'adoption) à la famille recomposée en passant par la certitude biologique d'une procréation médicalement assistée, la filiation repose sur une combinaison complexe d'éléments variés. Un aspect de cette complexité réside dans le fait que, d'un point de vue humain, la filiation est avant tout une relation et non un état. Elle implique au minimum trois individus qui déploient chacun, et partiellement en commun, une vie personnelle en plusieurs strates : vie intime, vie de couple, vie de famille, vie sociale... chaque strate comportant en elle-même et par rapport aux autres, des dimensions potentiellement conflictuelles (droits et devoirs, vie privée et vie publique, intérêt personnel et intérêt partagé, etc.). Pris dans ce réseau et constitué par lui, chacun prend connaissance de sa filiation sous des modalités différentes et en fonction de ce qui lui est tu ou dit. Le doute quant à la filiation peut devenir une question qui se pose à certains moments de

⁶ Paris, 6 novembre 1997, *D.*, 1998, jur., p.122, note Malaurie Ph., *J.C.P.*, 1998, I, 101, n° 21-3, obs. Rubellin-Devichi J., *Dr. fam.*, 1997, p.4, obs. Catala P., *Gaz. Pal.*, 12-13 décembre 1997, p.14, note Garé Th., *D.*, 1998, somm., p.161, obs. Gaumont-Prat H. et p.296, obs. Nevejans N., *Defr.*, 1998, p.314, obs. Massip J., *J.T.*, 1998, p.812, note Denies N.: « L'article 16-11 du Code civil énonce que l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ne peut être recherchée que dans le cadre de mesures d'enquête ou d'instruction ordonnées par le juge saisi d'une action tendant notamment à l'établissement d'un lien de filiation ou à l'obtention de subsides et elle suppose le consentement exprès et préalable de l'intéressé. Spécialement, le consentement propre du défunt ne pouvant bien évidemment plus être recherché et ses ayants droits ayant fait connaître qu'ils ne s'opposaient pas à une analyse génétique après exhumation de leur auteur si elle était estimée nécessaire, il convient, dans ces conditions, alors qu'il est de l'intérêt essentiel des parties d'aboutir dans toute la mesure du possible à une certitude biologique, d'ordonner dans les termes du dispositif du présent arrêt un complément d'expertise confié à trois experts à l'effet de procéder, si cela est encore possible, après exhumation du corps, à l'identification génétique du défunt pour déterminer s'il peut ou non être le père de l'enfant ».

⁷ Paris, 17 décembre 1998, *D.*, 1999, jur., p.476, note Beignier B.: « A l'évidence, la concordance parfaite de tous les résultats des analyses génétiques, exactement identiques, à une exception près, pour tous les marqueurs communs utilisés séparément par les quatre experts et qui conduisent tous à l'exclusion de paternité du défunt, démontre à elle seule leur fiabilité et le défaut de fondement des critiques dont ils font l'objet. Ni les attestations produites, déjà jugées insuffisantes pour démontrer à elles seules la paternité alléguée, ni l'existence d'une prétendue ressemblance de l'enfant à l'égard du défunt ne sont de nature à remettre en cause les résultats scientifiques, précis et exempts de toute incertitude, des analyses génétiques effectuées, qui excluent précisément cette paternité ».

l'existence. La possibilité d'effectuer un test ADN pour déterminer la filiation, et même d'en faire usage sur le corps d'une personne décédée ou sur du matériel prélevé et conservé antérieurement, s'offre alors comme une réponse possible à cette interrogation.

S'agissant des enfants mineurs, on notera à cet égard l'incidence de l'article 7, § 1er, de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant, signée le 20 novembre 1989 et ratifiée par la Belgique le 16 décembre 1991. Cette disposition prévoit que l'enfant a, « dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux ». Sans doute le § 2 dispose-t-il que les Etats signataires veillent à mettre ces droits en oeuvre conformément à leur législation nationale, suggérant ainsi qu'ils disposent d'une large marge d'appréciation; il reste qu'aux termes des articles 2 et 4 de la Convention, les Etats s'engagent non seulement à respecter les droits qu'elle énonce et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, mais aussi à prendre toutes les mesures législatives, administratives et autres qui sont nécessaires pour mettre en oeuvre les droits reconnus dans la Convention. Or, empêcher par voie légale l'établissement de la filiation biologique pose assurément problème au regard du droit précité que consacre cet instrument supranational.

La proposition de loi Mahoux soumise au Comité relève deux problèmes liés au prélèvement sur une personne décédée ou à l'usage de matériel prélevé et conservé antérieurement, celui de la discrimination et celui du consentement, qui interpellent le respect de la vie privée et de l'intégrité physique. Ces deux questions doivent s'analyser et il s'agit de trouver une pondération entre les intérêts de la personne défunte et le droit du descendant de connaître son origine. A ces deux questions, nous ajouterons celle des délais fixés par la loi.

A. La question d'une possible discrimination

La proposition de loi formule ce premier problème en ces termes : « D'une part, il y a une discrimination devant la mort. En effet, les personnes qui se font incinérer ne pourront être soumises aux tests. D'autre part, de cette première discrimination découle la seconde, car les enfants qui intentent l'action ne sont pas placés sur le même pied ». Il va sans dire que ceci n'est plus pertinent quand il s'agit de matériel prélevé et conservé antérieurement.

Le terme « discrimination » a deux sens principaux dans le langage courant : celui d'une distinction ou celui d'une ségrégation. Qu'il existe des différences entre des personnes ou des situations ne signifie pas nécessairement qu'il y ait là une intention de favoriser l'une au détriment de l'autre ou qu'il y ait une obligation d'annuler ces différences. Que signifie alors « une discrimination devant la mort » ? Que chacun vit de manière différente ses derniers instants, sans doute. Mais ce n'est pas de cela dont il s'agit ici. Cette formulation évoque en fait les conséquences possibles d'une différence de traitement du corps après le décès : l'inhumation permet un prélèvement d'ADN, tandis que l'incinération le rend impossible. Chaque personne est libre de décider du sort qui sera réservé à son cadavre, exprimant par là sa volonté que rien ne subsiste de lui et que celui-ci échappe désormais à toute forme de manipulation ou d'intervention, ou au contraire que ce cadavre subsiste et qu'il puisse éventuellement être manipulé, fût-ce contre la volonté du défunt. Dans ce dernier cas de figure, la question éthique soulevée est celle du risque que la volonté de la personne quant à l'utilisation de son cadavre ne soit pas respectée. Cette question est abordée dans la réflexion menée sur la notion de consentement.

« La discrimination devant la mort » soulève aussi la question de la définition de la mort. La proposition de loi évoque la possibilité d'exhumer un corps pour le soumettre à un test génétique. Elle devrait également s'interroger en amont, c'est-à-dire sur l'éventualité de pratiquer ce test sur une personne déclarée en mort cérébrale et non encore inhumée ou incinérée. Aujourd'hui, le décès est en effet prononcé lorsque la mort cérébrale est confirmée. Cette nouvelle détermination de la mort permet d'effectuer un prélèvement d'organes sur ce qui est alors défini comme un cadavre. Cette nouvelle définition de la personne décédée doit être incluse dans la présente réflexion.

Venons-en à la deuxième discrimination relevée par la proposition de loi : la différence de traitement du cadavre génère pour les descendants une différence quant à la possibilité d'intenter une action de détermination de la filiation. Les descendants peuvent regretter de ne pouvoir déterminer leur lien de filiation mais cette impossibilité n'est pas une discrimination. En effet, le choix de l'inhumation ou de l'incinération sera dans la plupart des cas dicté par des considérations tout à fait étrangères à l'éventualité d'un test de filiation (convictions philosophiques et religieuses, motifs économiques, hygiène). Les descendants sont confrontés à un état de fait dont la finalité n'est pas nécessairement de les empêcher de connaître leur filiation. Il est d'ailleurs techniquement possible de contourner cet état de fait en établissant un lien de filiation avec le défunt sans effectuer de prélèvement sur son corps : un test génétique comparatif peut être réalisé à partir de l'ADN d'autres membres de la famille (grands-parents, tantes et oncles, frères et sœurs, etc.). De plus, il est possible d'effectuer un test ADN à partir de restes de cheveux du défunt traînant, par exemple, sur une brosse, même après l'incinération de celui-ci. On peut également envisager que lorsqu'un juge considère la demande de détermination de la filiation suffisamment motivée, il ordonne d'effectuer un test génétique sur du matériel de la personne incinérée ou enterrée sauvegardé notamment en laboratoire.

En conclusion, les membres du Comité estiment que l'usage de la notion de discrimination n'est pas pertinent pour décrire la possibilité ou non pour le descendant d'effectuer un test de filiation sur le corps du défunt.

B. La question du consentement

Cette réflexion sur le consentement met en jeu la question du respect de la vie privée au-delà de la mort.

Avant d'analyser les différentes situations qui peuvent se présenter, signalons dès à présent que pour certains membres du Comité, ce respect doit perdurer après la fin de la vie. Un test génétique sur la personne décédée n'est, pour eux, possible qu'à la condition que celle-ci y ait consenti de son vivant ou à condition qu'elle ne s'y soit pas expressément opposée. Ces membres s'inscrivent dans la cohérence de la pratique médicale courante qui institue le maintien du secret médical au-delà de la mort du patient. Aucun élément concernant sa vie privée et confié à son médecin ne peut être révélé en ce compris des indications relatives à la paternité biologique.

Dans la loi relative aux droits du patient du 22 août 2002, l'article 9, § 4, octroie sous de strictes conditions un droit de regard sur le dossier du décédé à « l'époux, le partenaire cohabitant légal, le partenaire et les parents jusqu'au deuxième degré inclus [...] par l'intermédiaire du praticien professionnel désigné par le demandeur [...] pour autant que leur demande soit suffisamment motivée et spécifiée et que le patient ne s'y soit pas opposé expressément ».

Il y a trois raisons principales pour lesquelles la consultation du dossier médical pourrait être accordée :

- la vérification du lien de parenté génétique (par exemple, en raison de risque de maladie héréditaire) ;
- la contestation d'un testament (manque de lucidité, etc) ;
- la présomption d'une erreur médicale à l'origine du décès.

Seules les pièces du dossier qui répondent à cette demande précise d'informations leur seront soumises.

D'autres membres du Comité estiment qu'après le décès, le respect de la vie privée du défunt n'est plus aussi contraignant. En matière de filiation ils estiment que le droit de l'enfant à vérifier ses liens biologiques avec le parent défunt l'emporte, d'un point de vue éthique, sur le droit de celui-ci au secret.

En pratique, trois situations peuvent se présenter.

a) Consentement explicite au test génétique de filiation

La première situation concerne celle où de son vivant la personne a donné son consentement explicite à un test génétique de filiation post mortem. Dans la proposition de loi « Mahoux », qui exige « une acceptation expresse et certaine donnée préalablement et de son vivant par la personne intéressée », c'est la seule situation qui autorise un test génétique de filiation post mortem.

Le consentement donné de manière expresse par la personne peut être diversement motivé : soit il permet au descendant de trouver dans le test génétique une confirmation de ce que le défunt lui avait dit sincèrement mais dont il continuait à douter ; soit il communique au descendant une information sur sa filiation que le défunt n'est pas parvenu à lui transmettre pour différentes raisons ; soit le consentement au prélèvement est animé par l'espoir que la mère informera elle-même les descendants.

Cette démarche est paradoxale sur le plan relationnel, tant dans le chef du parent que du descendant : elle s'assimile à un acte relationnel et témoigne en même temps d'un déficit relationnel. Elle exprime le désir de répondre à l'attente de l'autre ou de se déterminer par rapport à l'autre mais elle est aussi l'indice que le dialogue n'a pas eu lieu ou qu'une question cruciale n'a pas été posée : « avons-nous des liens biologiques ? ». Un consentement donné explicitement et de son vivant par une personne sans que la demande lui en ait été faite par son descendant peut semer le trouble dans l'esprit de ce dernier : « quel message concernant ma filiation cette personne veut-elle me communiquer à travers l'expression de son consentement ? ».

D'une manière générale et non personnalisée, on peut aussi supposer que, conscient qu'il a eu de multiples partenaires, un homme accepte des prélèvements sur son cadavre pour vérification génétique, refusant l'idée de laisser d'éventuels descendants dans l'ignorance.

Même si dans cette situation il peut y avoir des problèmes psychologiques pour les descendants, d'un point de vue éthique, quand il y a consentement explicite, il ne peut y avoir atteinte à la vie privée.

b) Refus explicite du test génétique de filiation

La deuxième situation est celle du refus de consentir au cours de sa vie à un test génétique de

filiation après son décès. Ce refus est respectable en tant que libre expression d'une personne et en vertu du droit de disposer de son corps, même au-delà de sa mort. Il peut néanmoins poser problème sur le plan éthique s'il est consciemment motivé par la volonté de priver un descendant de ses droits successoraux. Ce serait le cas si un parent soupçonne qu'un enfant est issu d'une de ses relations et qu'il désire uniquement transmettre son héritage à ses enfants légalement reconnus. Son refus de permettre un test génétique de filiation sur son cadavre priverait alors son descendant de la possibilité de voir confirmer sa filiation et de jouir de ses droits successoraux. Dans certains cas, un père légal, conscient qu'il n'est vraisemblablement pas le père biologique des enfants qu'il a élevés, pourrait refuser de se soumettre après sa mort à un test ADN qui officialiserait la non existence de liens biologiques avec ces enfants. Il en va de même pour la mère qui a soigneusement caché durant toute sa vie à ses enfants qu'ils étaient nés grâce à un don d'ovule ou par l'intermédiaire d'une mère porteuse. Elle pourrait pour cette raison refuser toute recherche de filiation post mortem.

La question se pose cependant de savoir comment pondérer le respect de la vie privée de la personne et le respect de son intégrité physique par rapport au droit du descendant de connaître son origine lorsque l'auteur de ces jours est décédé.

Certains membres considèrent que ce refus doit être impérativement respecté.

D'autres membres considèrent que le respect de la vie privée de la personne et le respect de son intégrité physique s'effacent devant les intérêts des vivants. La protection de la vie privée est un motif qui justifie un refus de consentement : une personne peut désirer que certains aspects de son existence passée ne ressurgissent pas de son vivant. Mais une fois qu'elle est décédée, ce secret doit-il être préservé ? Les actes posés dans le passé - et principalement ceux qui ont permis la conception et la naissance d'un enfant - sortent de la protection de la sphère privée à la mort de la personne. La volonté de cacher de son vivant des actes qui concernent au premier chef une autre personne n'a plus lieu d'être respectée une fois la personne décédée. Ce respect ne s'impose plus au droit qu'à le descendant d'œuvrer à la construction de sa vie en y intégrant des informations qui concernent sa filiation génétique. Ce raisonnement vaut également pour le cas où différentes personnes désirent connaître leur lien de parenté avec un défunt et acquérir ainsi la certitude d'être membres d'une même fratrie (par exemple dans le cas d'une séparation précoce).

Notons pourtant que si l'on tient compte d'un refus d'un test génétique de filiation, une interrogation surgit quant à la limitation dans le temps de ce refus, limitation qui permettrait de retrouver scientifiquement la trace des origines (cfr. l'affaire des prétendus descendants du dauphin de Louis XVI).

c) Ni consentement explicite, ni refus explicite du test génétique de filiation

Il est également envisageable que la question de la filiation ne se pose qu'après le décès de la personne. Imaginons qu'un homme n'ait jamais soupçonné qu'un enfant soit né d'une de ses relations de jeunesse. Certain d'être le père des enfants de son épouse, et cette question de la filiation ne taraudant aucun membre de sa famille, il n'a pas donné explicitement et de son vivant son consentement à un prélèvement génétique sur son cadavre. Parvenu à l'âge adulte, l'enfant issu de la relation de jeunesse soupçonne que cet homme est son père et il veut tirer les choses au clair. Malheureusement, ce dernier décède avant qu'il ait pu prendre contact avec lui. Dans ce

cas de figure, d'après la proposition de loi, la recherche de sa filiation s'arrête là, même si les enfants légitimes, l'épouse et la mère du demandeur ne s'opposent pas à ce que la lumière soit faite sur ce lien génétique.

En l'absence d'un consentement ou d'un refus explicite, certains membres estiment qu'on est là face à un consentement implicite. Ils s'appuient de manière analogique sur le statut du consentement au prélèvement d'organes tel qu'il est prévu en Belgique. La personne qui n'a pas explicitement exprimé son refus d'un prélèvement d'organes est supposée l'accepter. De même, une personne qui n'aurait pas émis d'objection à un prélèvement d'ADN pour déterminer une filiation (ou qui n'avait pas émis d'objection à l'usage de matériel prélevé et conservé antérieurement) serait supposé accepter l'éventualité d'une détermination de filiation après son décès. La question de la valeur et de l'opportunité de ce type de consentement donné de manière implicite reste toutefois posée.

D'autres membres sont en faveur d'un respect absolu de la vie privée du défunt.

C. La question des délais fixés par la loi

Au problème du consentement des personnes s'ajoute celui de la limitation dans le temps de la recherche de détermination de la filiation. La loi prévoit un délai de 30 ans à compter de la naissance, délai qui peut dans une certaine interprétation des textes aller jusqu'à 48 ans.

Selon certains membres, cette limitation dans le temps ne se justifie guère sur le plan psychologique et éthique. On peut concevoir qu'une personne d'une cinquantaine d'années entreprenne d'éclaircir le problème de sa filiation une fois parvenue à cette période de l'existence où sa vie professionnelle est bien ancrée et où ses enfants sont devenus adultes. Selon quel critère éthique pourrait-on lui interdire d'effectuer cette démarche au delà de l'âge de 30 ans ou de 48 ans ? Le droit de connaître son origine et de construire son existence vaut pour toutes les périodes de la vie. Ainsi, pour tous les cas de figure envisagés ci-dessus (voir « La question du consentement »), la demande d'un test de filiation devrait pouvoir être introduite sans limitation d'âge.

D'autres membres estiment qu'en cette matière la prescription trentenaire doit s'appliquer.

IV. Recommandations

Les enjeux éthiques portent sur le droit au respect de la vie privée et de l'intégrité physique, sur la prise en compte ou non de l'avis du défunt ainsi que sur le droit des descendants de connaître leur origine génétique. Le Comité a été interpellé par la notion de discrimination avancée dans la proposition de loi mais il considère, après réflexion, que son usage n'est pas pertinent ici.

Il ne paraît guère opportun d'empêcher le juge, arbitre naturel des valeurs et des paramètres, d'accomplir son office en fermant presque radicalement, par la voie législative, l'une des options. Cela équivaut à empêcher l'enfant demandeur de rassembler les preuves nécessaires à l'éclatement de la vérité et à la construction de son identité. Et cela n'est pas conforme à son intérêt.

Certains membres du Comité trouvent que la détermination de la filiation post mortem peut être traitée par analogie avec ce qui prévaut en matière de prélèvement d'organes. Dans cette

perspective, le consentement de la personne est supposé, ce qui signifie que la personne doit formuler de manière expresse et de son vivant son refus qu'un prélèvement génétique soit effectué sur son cadavre. Cette option tient compte du droit au respect de l'intégrité physique de la personne (elle peut exprimer son refus du prélèvement ou se faire incinérer) et elle favorise le caractère volontaire et responsable de sa démarche. Elle exige également que le public soit clairement informé, notamment des démarches à effectuer pour exprimer son refus en cette matière.

D'autres membres estiment que le droit à la protection de la vie privée doit céder, une fois la personne décédée, devant le droit du descendant de connaître son origine génétique (ou du proche parent supposé à établir un lien de parenté avec le défunt).

D'autres membres encore estiment que le droit à la protection de la vie privée doit inconditionnellement être respecté, même après la mort.

Certains membres du Comité souhaitent enfin que la demande des personnes concernées puisse être prise en considération sans limitation dans le temps. D'autres estiment au contraire que la prescription trentenaire doit s'appliquer.

L'avis a été préparé en commission restreinte 2005/4 composée de :

Coprésidents	Corapporteurs	Membres	Membres du 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	

Membre du Secrétariat

Lieven Dejager

Experts auditionnés

Monsieur J.-J. Cassiman, professeur ordinaire à la KULeuven, chef de service du département "Menselijke mutaties en polyformismen" du Centrum voor Menselijke Erfelijkheid (CME), KULeuven

Mme Vinciane Despret, psychologue et philosophe, chargée d'enseignement à l'Université de Liège et à l'Université Libre de Bruxelles

Les documents de travail de la commission restreinte 2005/4 – demande d'avis, contributions personnelles des membres, procès-verbaux des réunions, documents consultés – sont conservés sous forme d'Annexes 2005/4 au centre de documentation du Comité et peuvent y être consultés et copiés.

Cet avis est disponible sur le site www.health.belgium.be/bioeth
