

H. DUFAUX

Het ongeboren leven tussen fictie en werkelijkheid

De menselijke natuur van het menselijk wezen van verwekking tot hoge ouderdom is geen metafysische hypothese. Het is een proefondervindelijk vastgestelde evidentie

Jérôme Lejeune, geneticus, toespraak tot de Amerikaanse Senaat, 23 april 1981

Samenvatting

In wetteksten (deel van het objectieve recht) is geen definitie van ‘de persoon’ te vinden. Subjectieve rechten zijn wel gedefinieerd als concrete aanspraken die een persoon krachtens wet of rechtspraak kan laten gelden op een ander persoon. Volgens de algemene rechtstheorie vangen ze aan bij de geboorte van een ‘levend en/of levensvatbaar’ kind. Dit is de zogenaamde ‘burgerlijke voorwaarde’. De auteur stelt dat *aangezien subjectieve rechten een attribuut zijn van de persoon, het lichaam deze rechten draagt. Ze zijn er van nature mee verbonden vanaf het prille begin tot zelfs na het overlijden.*

Biologie en medische wetenschap leren dat, na de fusie van een eicel met een zaadcel, van buitenaf (‘exogeen’, zeggen de medici) niets nog wordt toegevoegd aan de verdere ontwikkeling van de zygote tot de geboorte. Tijdens dit proces kunnen interne oorzaken de geboorte in de weg staan, maar evengoed externe. Gelet op deze biologische en medische context, onderzoekt de auteur in welke mate het recht deze evidenties kan integreren of dat hoort te doen.

Naar Romeins recht werd het kind fictief voor geboren gehouden telkens zijn belangen het vereisten. De opstellers van de “Code Napoléon” gingen uit van een fictieve (rechts)persoonlijkheid die pas na levensvatbare geboorte effectief werd. Het ongeboren kind is geen rechtssubject en de vraag, die niemand stelt, is wat het dan wel is.

De ‘burgerlijke’ regeling werkt door in het strafrecht. Dit brengt vaak veel leed toe aan ouders die een kind verliezen door een ongeval. Aan hen om aan te tonen dat hun kind, zonder dat ongeval, levensvatbaar zou zijn geboren. Dit zeer moeilijke bewijs trad in het zgn. Dinantse tweelingenarrest heel sterk naar voor. Door gebrek aan medische zorgen overleefde één baby de geboorteweëën, terwijl de andere stierf in de moederschoot. De hoogste Belgische rechtsinstantie achtte het misdrijf ‘onvrijwillige doodslag’ toepasbaar op een doodgeboren kind. Een ommekeer? Toch niet. Het Hof sprak zich immers niet uit over het aanvangstijdstip. Op die uitzondering na, blijft de algemene regel van (levensvatbare) geboorte (ook strafrechtelijk) overeind.

Nochtans is het tweelingendilemma perfect vermijdbaar als, binnen de subjectieve rechten, persoonlijkheidsrechten van vermogensrechten worden onderscheiden. De eerstgenoemde ‘vertalen’ mensenrechten, zoals recht op leven, op

bescherming van de fysieke integriteit en op de best mogelijke zorgen, in subjectieve rechten. De vermogensrechten focussen op de sociale aspecten (erven, contracten sluiten). De ene zijn niet afhankelijk van de geboorte en beschermen de persoon vanaf zijn ontstaan; de andere regelen de interactieve dimensie. Toch is dit onderscheid tot vandaag onontgonnen terrein. De auteur komt tot het besluit dat het ongeboren kind drager kan zijn van *grondrechten* die van nature met het menszijn verbonden zijn, en dat deze omslag, in de meeste wetgevingen gebaseerd op de “Code civil”, geen verregaande ingrepen vraagt en niet leidt tot tegenstrijdigheden.

1. Aanleiding

Elk jaar houdt de Franse vereniging “Alliance Vita” haar vormingscyclus in bio-ethiek. Het bijzondere aan deze cyclus is dat de Alliance deze live doorstraalt via het web. Aude Mirkovic, de gekende pro-life juriste, hield er tijdens de 12^{de} sessie vorig jaar een vurig pleidooi voor een ‘*juridisch statuut voor het embryo*’. Dit statuut dient coherent te zijn: “*il ne s’agit pas d’un ensemble de dispositions juxtaposées, mais d’un ensemble de règles cohérent*”, en in overeenstemming met de natuur van de ongeborene¹. In de jaren ’80 ondernamen Belgische parlementariërs pogingen om een wettelijk statuut te verlenen aan embryo en foetus. Alhoewel de drie wetsvoorstellen (één op burgerrechtelijk, één op grondwettelijk en één op strafrechtelijk gebied) nooit in behandeling werden genomen, hebben ze vandaag nog niets aan belang ingeboet². Ze zetten de krijtlijnen uit voor het coherente statuut waarvoor Aude Mirkovic pleit.

De prenatale periode verschilt weinig van de postnatale. We zullen zien dat het huidige statuut uitsluitend, alleszins te, patrimoniaal is gedacht en de kenmerken draagt van een verleden dat reeds ver achter ons ligt.

In welke mate dient het recht het biologische en feitelijke gegeven te integreren dat, vanaf het prilleste begin tot de dood, hetzelfde lichaam, dezelfde persoonlijkheid draagt? Moet het recht de ongeborene niet de subjectieve rechten toekennen die hem of haar vanaf het begin en van nature toebehoren? Deze aangrijpende vragen werpt Mirkovic ons voor de voeten.

2. De ongeborene: een rechtssubject?

Het Romeinse recht hanteerde rechtsspreuken (adagia) om juridische beginselen bondig samen te vatten. De vraag wie drager is van rechten bekommerde de Romeinse civilisten en geeft aan dat ze niet uitsluitende bekommerd waren met de dualiteit slaaf/vrij man. Het adagium ‘*infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis eius agitur*’³ drukt een grote humanitaire reflex uit

1 De conferentie van Aude Mirkovic op www.universitedelavie.fr/statut-embryon-aude-mirkovic/.

2 Het wetsvoorstel nummer 1033/1 van 19 december 1989 bepaalde: “*Het ongeboren kind heeft rechtspersoonlijkheid vanaf de verwekking. Het geniet de burgerlijke rechten en oefent ze uit onder de bij de wet gestelde voorwaarde*” (nieuw artikel 6 BW). www.dekamer.be/digidoc/DPS/K2050/K20501520/K20501520.pdf. Enkel dit voorstel kreeg een zeker gevolg, een kritisch advies van de Raad van State: hoe zal dit kind vertegenwoordigd worden?

3 Vrij vertaald: ‘*Het kind wordt geacht geboren te zijn als het in zijn belang is*’.

ten aanzien van het infans (letterlijk ‘*het kind dat nog niet spreekt*’). Zodra het belangen heeft, hield het recht het infans ‘*voor geboren*’. En een ander adagium drukt dit nog sterker uit: ‘*qui in utero sunt, in toto paene iure civili, intelleguntur in rerum natura esse*’. Vrij vertaald: ‘*het recht aanziet het kind in de moederschoot alsof het (in werkelijkheid) bestaat* (d.w.z. bestaat als een werkelijkheid los van de moeder) *en kent er nagenoeg (paene) alle burgerlijke rechten aan toe*’. Deze twee uitdrukkingen bevatten de kiem van het statuut waarvoor wij pleiten, alle tijdsomstandigheden in acht genomen. Het Romeinse recht stelde het kind in utero gelijk met een geboren kind en verleende het ‘*nagenoeg alle burgerlijke rechten*’ als was het een minderjarig kind. Het nam het leven van het kind in bescherming, zelfs als het in de moederschoot op natuurlijke wijze of door een externe oorzaak zou overlijden.

Het moderne recht benadert dit anders. Het Nederlands burgerlijk wetboek lijkt op het eerste gezicht nog dicht bij de Romeinse visie aan te sluiten. Artikel 1:2 Nederlands BW luidt: ‘*Het kind waarvan een vrouw zwanger is wordt als reeds geboren aangemerkt, zo dikwijls zijn belang dit vordert. Komt het dood ter wereld, dan wordt het geacht nooit te hebben bestaan*’. Conform het Romeinse, lijkt het Nederlandse recht embryo en foetus als toekomstig kind te beschouwen. Meer dan een nuance is het echter niet. Zowel in het Nederlandse als in het Belgisch burgerlijk recht kan slechts sprake zijn van rechtssubject bij levensvatbare geboorte. Dan zal dit kind, door een zogenaamde juridische fictie, geacht worden van meet af aan te hebben bestaan en zal het erfaanspraken kunnen opnemen of begunstigde zijn van (patrimoniale) rechten.

Het burgerrechtelijk beginsel dat *in andere rechtsdisciplines (strafrecht, zorgen medisch recht, ...)* doorwerkt, biedt geen soelaas wanneer het leven in utero of in vitro is bedreigd. De rechter kan wie verantwoordelijkheid draagt voor een fatale aanslag op het leven niet bestraffen met het misdrijf van doodslag. Om recht te verschaffen moet hij op zoek naar andere strafbepalingen die embryo of foetus beschermen. Ouders kunnen het *patiëntenrecht* niet inroepen voor medische handelingen bij het kind dat zij verwachten. Diens grondrechten (recht op leven, op bescherming van de fysieke integriteit en op de best mogelijke zorgen) kunnen zelfs conflicteren met die van de ouders (en van de moeder in het bijzonder). Foutief gedrag van anderen kan ze bedreigen. Toch kan, naar Nederlands recht, op de zwangere vrouw een prenatale zorgplicht rusten die tegemoetkomt aan de *medische belangen* van haar kind⁴.

Ondanks de vele raakvlakken, is het *strafrecht* niet louter hulprecht van andere rechtstakken en kan het best een eigen bijdrage leveren tot rechtsvorming. In een *Belgische strafrechtelijke zaak* besliste de rechter de burgerlijke voorwaarde niet toe te passen. In zijn arrest van 11 februari 1987 verklaarde het Hof van Cassatie de bepalingen inzake *onopzettelijke doding* (artikel 419 Strafwetboek) toepasselijk op een *levensvatbaar doch doodgeboren kind*, wat voordien nooit was gebeurd. In dit (volgens mij grensverleggende) ‘*Dinantse tweelingenarrest*’ was, wegens een gebrek aan medische zorgen vanwege het behandelende ziekenhuis,

4 Thessa van Gils, *De juridische geboorte van het ongeboren kind*, Masterscriptie Rechtsgeleerdheid Tilburg University, 2012, nummer 2.4.1: het ongeboren kind heeft als ‘patiënt’ eigen rechten te onderscheiden van die van de moeder. <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=127600>

één van de tweelingen bij de bevalling dood ter wereld gekomen, terwijl de andere de dag erna overleed. De verdediging hanteerde de klassieke theorie dat de aansprakelijkheid wegens gebrek aan zorgen slechts kan bestaan ten aanzien van personen. Toch beschouwde het Hof *beide tweelingen* als slachtoffers van doodslag. Ook het levensvatbare, doch doodgeboren kindje dat, buiten de moederschoot, nochtans nooit had geleefd. Toch gaat dit niet ver genoeg. Het '*enfant en train de naître*' is dan wel als persoon strafrechtelijk beschermd, maar in het arrest ontbrak elke verwijzing naar het startpunt van die bescherming⁵.

Enkele jaren later, na de aanneming in 1989 van het *Europees Verdrag inzake de Rechten van het Kind*⁶, interpreteerde hetzelfde Hof artikel 2.1 van dit Verdrag: '*het recht van één ieder op het leven wordt beschermd door de wet*', als volgt: met dit recht wordt '*het fysieke leven in de gebruikelijke betekenis van het woord bedoeld, of het nu al of niet menswaardig zal zijn*'. De beoogde rechtsbescherming geldt dus evenzeer voor als na de geboorte, met dien verstande dat het Hof geen uitspraak deed over het aanvangspunt ervan⁷.

Beide arresten werden onmiddellijk kritisch onthaald. De rechter, zo luidt het, kan de strafwet niet uitbreiden buiten de strikte grenzen van strafrechtelijke begrippen die tot dan toe nooit toegepast waren op een ongeboren kind⁸.

Alhoewel talrijke *Europese verdragen en aanbevelingen*, refererend naar de biologische realiteit, een betere omkadering van het ongeboren leven vragen, blijven *Belgische wetgevendende initiatieven in de bio-ethiek* uitermate schaars. Ze doen geen uitspraak over de natuur van embryo en foetus, laat staan over het aanvangstijdstip van 'het leven voor de geboorte'⁹:

- de *Patiëntenwet* van 22 augustus 2002 is niet toepasselijk (zie boven);
- de wet van 11 mei 2003 *inzake het wetenschappelijk onderzoek op embryo's in vitro* laat onderzoek voor stamcellen toe, verbiedt wel het reproductief, maar niet het therapeutisch klonen¹⁰;
- de wet van 6 juli 2007 *inzake de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van overtollige embryo's* laat 'donatie' toe, stelt een termijn in voor post mortem-implantatie, voorziet in de vernietiging van overtollige embryo's binnen de 5 jaar '*na het beëindigen van de kinderwens*' en laat gebruik ervan

5 In Frankrijk gebeurde exact het omgekeerde: alhoewel het artikel 16 Code civil bepaalt: *La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie*, verklaarde het Franse Hof van Cassatie *met een beroep op de autonomie van het strafrecht* de bepalingen van onvrijwillige doodslag niet van toepassing op een kind in utero.

6 Belgische wet van 20 november 1989 houdende toetreding tot het Europees Verdrag inzake de Rechten van het Kind van 1959, raadpleegbaar op: www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=nl&la=N&cn=1989112035&table_name=wet

7 Belgische Hof van Cassatie, 22 december 1992, Baeteman en Gerlo, Overzicht van rechtspraak Personen- en familierecht 1988-1994 TPR 1994, p. 2082, nr. 9 & 10, raadpleegbaar op: <http://tpr.be/logging/logpdf.php?file=content/1994/1994-2073>

8 De Belgische assisenvoorzitter Koen Defoort (Gent) kende in september 2013 in de zaak Kim De Gelder een schadevergoeding toe aan ongeboren kinderen voor het verlies van een vermoord broertje of zusje dat ze nooit zouden kennen. Raadpleegbaar op: www.knack.be/nieuws/belgie/kim-de-gelder-kan-schadevergoeding-nooit-betalen/article-normal-109649.html

9 Ontleend aan de website van de Franstalige Gezinsbond www.laligue.be/Files/media/etudes/2013/2013-03-Bioethique-chap2--cadre-legal-belge.pdf

10 www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=nl&la=N&cn=2003051131&table_name=wet

- voor wetenschappelijk onderzoek toe¹¹;
- de wet van 5 mei 2014 houdende *de vaststelling van de afstamming van de meemoeder*¹².

De Belgische biomedische wetten behandelen het ongeboren leven onrechtstreeks, fragmentarisch en beperkt. Het Raadgevend Comité inzake bio-ethiek heeft geen wettelijke basis, maar vloeit voort uit een *'samenwerkingsakkoord'* tussen de staat en de gemeenschappen uit 1993. Het contract tussen het fertiliteitscentrum en de 'wensouders' is het centrale begrip. Het embryo (*'dat wordt aangemaakt'*) krijgt volgende definitie *'een cel of een samenhangend geheel van cellen met het vermogen uit te groeien tot een mens'*. Embryo en foetus zijn uitdrukkelijk uitgesloten uit het toepassingsgebied van de *wet van 13 juni 1986* op het wegnemen en transplanteren van organen. Samen met (sic) gameten en beenmerg, zijn ze *'geen organen'* (art 1 quater ingevoegd bij de *wet van 3 juli 2012*). Ons land kent ook geen wettelijke regeling inzake het draagmoederschap, alhoewel de 'techniek' sinds 2007 wordt toegepast¹³.

Het antwoord op de vraag bovenaan deze paragraaf is dus negatief, zowel naar Nederlands als naar Belgisch recht. Voor beide wordt het rechtsstatuut bepaald door de vermogensrechtelijke aspecten en is de levende geboorte als voorwaarde voor de verkrijging van persoonlijkheidsrechten gesteld.

3. Embryo en foetus, meer werkelijkheid dan fictie

In schril contrast daarmee geven genetica en embryologie een heel andere kijk op het prille leven. Ze leren dat de geboorte in de levenscyclus helemaal niet bepalend is. Het menselijk leven begint bij de bevruchting, als een menselijk wezen duidelijk onderscheiden van de (vader en de) moeder. Het bezit een unieke genetische code uit een combinatie van erfelijk materiaal van ei- en zaadcel van moeder en vader. Het zal geen nieuwe bijkomende informatie meer krijgen, noch voor noch na de fase van levensvatbaarheid, noch bij of na de geboorte. In alle stadia gaat het om hetzelfde menselijk wezen dat zich volstrekt geleidelijk ontwikkelt met een *eigen (foetale) bloedsomloop*, die zich vanaf het begin onderscheidt van die van de moeder. Embryo en foetus zijn zeker geen onderdeel van het lichaam van de moeder (*pars viscerum matris*)¹⁴.

De embryologie relativiseert de notie *'zelfstandig leven'* als uitgangspunt van rechtsregeling. Ze behandelt embryo en foetus vanaf het begin als menselijke wezens, als kwetsbare individuen. Enkel de bevruchting is bepalend. Ervoor is er geen, erna is er 100% menselijk leven.

De technologische (r)evoluties hebben de Europese wetgever niet onberoerd

11 Het Wetsvoorstel Daniel Bacquelaine van 17 januari 2002 (dat de verhindering van de geboorte op zich als voorwerp van een schadeclaim beoogde) geraakte niet gestemd. Met zijn arrest C.13.0441 N van 14 november 2014 heeft het Belgische Hof van Cassatie de piste afgesloten. www.dekamer.be/FLWB/PDF/50/1596/50K1596001.pdf

12 www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=nl&la=N&cn=2014050508&table_name=wet

13 www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=nl&la=N&table_name=wet&cn=2012070308

14 Bekijk het filmpje (4,14') www.youtube.com/watch?v=vCbB44O7LkK

gelaten. De navolgende lijst van teksten – waaruit een grote bekommernis voor bescherming van het ongeboren leven blijkt – is indrukwekkend lang. De lidstaten worden aangemaand tot het nemen van wetgevende initiatieven die het ongeboren kind *in utero* en *in vitro* een wettelijk statuut geven:

1. het *Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens van 4 november 1950* (artikel 2 – zie boven);
2. het *Europees Verdrag inzake de Rechten van het Kind van 20 november 1959* (door België geratificeerd bij wet van 20 november 1989) (Preambule);
3. de *Aanbeveling nummer 874 van de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa van 4 oktober 1979* voor een Europees Handvest van de Rechten van het Kind (nummer 17 en artikel VI a en b)¹⁵;
4. de *Aanbeveling nummer 1046 van zelfde Raad van 24 september 1986* over het gebruik van menselijke embryo's en foetussen voor diagnostische, therapeutische, wetenschappelijke en andere doeleinden (vooral §5);
5. de *Aanbeveling nummer 1100 van 2 februari 1989 over het gebruik van menselijke embryo's* en foetussen voor wetenschappelijk onderzoek;
6. het *Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens in biologie en geneeskunde* gesloten te Oviedo op 4 april 1997 (vooral artikels 1 en 18)¹⁶;
7. de *Europese Richtlijn 98/44/EC 'on the legal protection of biotechnological inventions'*;
8. de *Gezamenlijke Ontwerpresolutie van 6 september 2000* van het Europees Parlement over het klonen van mensen (eerste overweging)¹⁷;
9. de *Aanbeveling nummer 1352 van 2 oktober 2003* over het onderzoek op menselijke stamcellen;
10. het *eerste Additionele Protocol* bij het Verdrag voor de rechten van de mens en de biomedische wetenschappen met betrekking tot *biomedisch onderzoek van 25 januari 2005* (artikel 1)¹⁸.

De lijst kan wellicht nog worden aangevuld.

Met haar *Aanbeveling nummer 1046* (1986) herinnert de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa haar lidstaten eraan dat: “5. (...) *vanaf de bevruchting van de eicel, menselijk leven zich op een voortschrijdende wijze ontwikkelt en het niet mogelijk is een duidelijke drempel waar te nemen tijdens de eerste fases van deze embryonale ontwikkeling, maakt een juiste omschrijving van het biologische statuut van het embryo noodzakelijk. De vergadering is er zich van bewust dat wetenschappelijke ontwikkelingen het wettelijk statuut van embryo en foetus zeer*

15 Aanbeveling 478: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=14908&lang=en>

16 Het Oviedo-verdrag www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007cf98 werd (2017) nog niet door België geratificeerd. Zie de lijst van de landen: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=14908&lang=en>

17 Deze Overweging luidt: “1. *is van mening dat de mensenrechten en de eerbiediging van de menselijke waardigheid en het menselijk leven een voortdurend doel dienen te zijn van de wetgevende politieke activiteit, en in geval van twijfel in die zin moeten worden uitgelegd dat de bescherming wordt uitgebreid en niet beperkt*”. www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+MOTION+P5-RC-2000-0710+0+DOC+XML+V0//NL

18 Het Protocol is *niet van toepassing op embryo's in vitro*. Deze vallen wel onder de bescherming van het Verdrag van Oviedo (artikel 18). www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168008371a

precair hebben gemaakt en dat dit statuut vandaag niet wettelijk is bezegeld”.

Zoals de Aanbeveling aangeeft, zijn menselijke genetica, moleculaire biologie, embryologie en hun medische toepassingen (transplantaties, stamcellen, foetale chirurgie,...) op fenomenale wijze geëvolueerd en hebben ze ongekende mogelijkheden gecreëerd. Ze hebben het prille leven in een nieuwe context geplaatst. Elke nieuwe stap bespreken de onderzoekers op *bio-ethische fora*, waaraan politiek, journalistiek en zelfs bedrijven in de sector deelnemen¹⁹. Het recht kan noch mag daarbij aan de kant staan en dient, bij twijfel, te opteren voor maximale bescherming van de menselijke waardigheid tot alle actoren hun stem hebben ingebracht. Het menselijk genoom, dat alle genen van een individu omvat die samen alle erfelijke informatie bevatten, behoort tot het “gemeenschappelijke erfgoed van de mensheid” (UNESCO-verklaring)²⁰.

De juridische wereld mag niet voorbijgaan aan de essentie. Aude Mirkovic herinnert aan de cruciale vraag die moet gesteld worden: Is het ongeboren kind een persoon of niet? En zo het geen persoon is, wie of wat is het dan wel? Wat is zijn natuur? Zolang wetgever, rechtsleer en rechter zich deze vragen niet stellen en zich blijven hullen in neutraliteit, zal het infans het statuut ontberen dat zijn plaats in de maatschappij bepaalt. Zelfbewustzijn of relationele bekwaamheid kunnen geen criterium zijn omdat ze niet de voorwaarde, maar het gevolg zijn van het bestaan als mens.

Een recent voorbeeld moge dit illustreren. In 2015 werd het Europees Hof voor de Rechten van de Mens gevat i.v.m. de toelaatbaarheid van een (Italiaanse) wettelijk verbod op embryo-‘donatie’. In grote lijnen, luiden de arrestbesluiten:

- een staat kan aan het privéleven van zijn burgers beperkingen opleggen in het algemeen belang;
- het Italiaanse wettelijk verbod op afstand van cryo-geconserveerde embryo’s voor wetenschappelijk onderzoek is niet strijdig met de verdragsbepalingen;
- het embryo is (naar Italiaans recht) een rechtssubject wiens fysieke integriteit bescherming behoeft (§§ 165 en 167).

Dit laatste punt is enorm belangrijk: naar Italiaans recht bezitten cryo-geconserveerde embryo’s persoonlijkheidsrechten. Doch niets is wat het lijkt. Het Hof acht het Italiaanse wettelijke verbod op ‘donatie’ van dergelijke embryo’s niet strijdig met de Verdragsbepalingen. Tegelijk wordt dit recht ondergeschikt aan het zelfbeschikkingsrecht van de biologische ‘ouders’. Andreea Popescu wijst op de dubieuze paragraaf 215 van het arrest. De rechters ontwijken daar de vraag of het in vitro-embryo een persoon is door te stellen dat het *‘zeker geen zaak is’*. Nochtans wijst de term ‘donatie’ op een zakelijk voorwerp. Ook de vraag of het embryo onder de bescherming kan vallen van het *“één ieder”* bedoeld in artikel 2.1. Europees Verdrag van de Rechten van de Mens, gaan zij uit de weg. De lidstaten dienen deze kwestie te beslechten, zo luidt het. Dit leidt onvermijdelijk tot tegenstrijdige regionale verschillen, zodat men terecht van Italiaanse, Duitse, Belgische embryo’s ..., kan spreken. Van het vereiste coherente statuut is dan geen sprake.

19 Zie <https://als.be/nl/stamcelonderzoek-en-statuut-embryo>

20 Zie www.etikkom.no/en/library/practical-information/legal-statutes-and-guidelines/unescos-verklaring-om-det-menneskelige-genom/

De wijsheid van de Italiaanse wetgever die ‘donatie’ van embryo’s voor medisch-wetenschappelijke doeleinden resoluut verbiedt omdat het ‘menselijke personen’ zijn, maakt het Hof niet tot de zijne. Het gebruik van term ‘donatie’ verwijst immers naar een zich ‘dadelijk en onherroepelijk van een geschenken zaak ontdoen’. Naar Europese normen is ‘donatie’ derhalve toegelaten waar geen wettelijk verbod geldt of, zoals in België, de wet ze regelt... Biologische ouders, zo beslist het Hof, kunnen wettelijk het zelfbeschikkingsrecht over ‘hun’ ingevroren embryo’s krijgen omdat het om ‘hun’ eigen genetisch patrimonium gaat. Dit miskent de ware natuur van het embryo, want iedere mens ontvangt zijn biologische entiteit van zijn verwekkers en geeft deze door. Doch precies omdat het kind vanaf het begin ‘zijn’ eigen genetisch materiaal heeft, is het onttrokken aan het zelfbeschikkingsrecht van zijn biologische ouders. In een gezamenlijke ‘*dissenting opinion*’ bij het arrest hebben zich daarom 5 van de 17 rechters uitdrukkelijk gedistantieerd van dit zelfbeschikkingsrecht, dat het rechtsstatuut van embryo’s tot nul herleidt²¹.

4. Het onuitsprekelijke uitspreken

Wat is mogelijk? Vele internationale teksten die door Nederland en België bij een interne wet zijn aangenomen en bekrachtigd geven incentives. Het rechtsstatuut naar Nederlands en Belgisch *burgerlijk recht* maakt de patrimoniale belangen van de ongeborene ondergeschikt aan de voorwaarde van levende geboorte. Voor vermogensbelangen blijft het perfect verdedigbaar de geboorte als referentiepunt te nemen.

De wetbepalingen inzake bezit van staat, afstamming, minderjarigheid en vertegenwoordiging refereren naar het tijdstip van de verwekking. Het burgerlijk recht definieert de minderjarige als “*de persoon die de leeftijd van achttien jaar niet heeft bereikt*”. Wij pleiten er dus voor het statuut van de ongeborene uit te breiden met de drie grondrechten die het recht (internationaal) toekent aan alle levende personen: recht op leven, op het behoud van de fysieke integriteit en op de best mogelijke zorgen.

Het *strafrecht* speelt hierbij een rol. Als een kind in de moederschoot leeft, kan het daar ook sterven²². Dat rechtsbescherming van de ongeborene als levende persoon incoherent zou zijn met andere strafwetbepalingen, is een paradox. De wetbepalingen inzake zwangerschapsafbreking zijn immers strafopheffingsbepalingen voor handelwijzen die, buiten de beoogde context, strafbaar blijven. Handelingen die het menselijk leven of de fysieke integriteit bedreigen dan wel tekortkomingen in de zorgplicht dienen strafbaar te zijn, ook ten aanzien van ongeboren leven, en dit vanaf het prille begin. Het Dinantse tweelingenarrest heeft hier letterlijk grenzen verlegd.

Ook de *rechtsleer* dient zijn rol te spelen en in concreto na te gaan hoe de

21 Arrest Parrillo, Italië, EHRM 27 augustus 2015. Voor een commentaar, zie Andreea Popescu, in: *Village de la Justice*, 2 oktober 2015, www.village-justice.com/articles/arret-Parillo-Italie-considerable,20381.html Popescu besluit: “*Cet arrêt est un considérable pas en arrière, malgré la protection de l’embryon humain in vitro italien*”.

22 E. Wolf (BRD), in: Wolf und Naujoks, *Anfang und Ende der Rechtsfähigkeit des Menschen*, Frankfurter Wissenschaftliche Beiträge, Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Reihe, Band 11, 1955.

ongeborene, in utero en in vitro, naast vermogensrechten, ook drager kan zijn van alle persoonlijkheidsrechten verbonden met de menselijke natuur²³.

Gezaghebbende auteurs omschrijven de *persoonlijkheidsrechten* als het *geheel van fundamentele rechten van elk menselijk wezen die van nature met de persoon verbonden zijn*. Ten aanzien van de ongeborene gaat om een *drie grondrechten*: recht (1) op leven, (2) op fysieke integriteit en (3) op de best mogelijke gezondheidszorgen. Deze rechten zijn buiten de handel want niet in geld waardeerbaar. Ze zijn de concretisering, in het positief recht, van mensenrechten. De ‘klasieke’ persoonsrechten (zogenaamde ‘extra-patrimoniale’ rechten) zijn daarvan afgeleid: de familiale rechten (afstamming, naam, nationaliteit,...) en het recht op privacy. Een aantal persoonlijkheidsrechten hebben ook een patrimoniaal aspect (eerherstel, beeltenis,...)²⁴. De patrimoniale aspecten kunnen bij wet afhankelijk blijven van de levensvatbare geboorte.

De menselijke natuur is niet fictief noch een metafysische hypothese. Wetgever en rechter mogen zich in dit opzicht niet neutraal blijven opstellen. Menselijke natuur en persoonlijkheid zijn verknocht en vanaf het eerste ogenblik geeft het menselijk lichaam ze gestalte en draagt ze. Deze benadering van de subjectieve rechten als ‘lichaamgebonden’ grondrechten vergt geen ingrijpende wijziging in de wetgevingen gebaseerd op de “Code civil” en maakt een afzonderlijk statuut voor de ongeborene overbodig. De retroactieve toekenning van de rechtspersoonlijkheid bij de geboorte daarentegen is een artefact uit een ver verleden. Door de vraag naar de natuur van embryo of foetus te blijven ontwijken, houden de Europese rechtssystemen vast aan begrippen uit het tijdperk dat aan de afschaffing van de burgerlijke dood is voorafgegaan²⁵.

Het kiezen voor de mens raakt de essentie van een beschaving en is een basiswaarde van elke democratische samenleving; het brengt vrede en maatschappelijke rust en is een lofzang aan zijn Schepper.

Herwig Dufaux (1951) is erenotaris. Na zijn studies licentiaat rechten en notariaat aan de KU Leuven richtte hij zich (naar familiale traditie) onmiddellijk op het notariaat en was ruim 25 jaar notaris. De ethiek in recht en wetgeving heeft hem altijd geboeid. Hij is gehuwd en vader van acht volwassen kinderen.

23 Lang geleden, in een Verslag van het Colloquium *Herziening van het Burgerlijk Wetboek*, heeft het redactioneel team van het Tijdschrift voor Privaatrecht 1966, p. 528, nr. 10, gepleit voor de inlassing in het Wetboek van een algemene inleidende titel die de persoonlijkheidsrechten zou definiëren. Zie <http://tpr.be/logging/logpdf.php?file=content/1966/1966-517>

24 Walter VAN GERVEN, ‘*Algemeen personenbeschermingsrecht: de persoonlijkheidsrechten*’ in P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 2008, 179. Voor de vermogensrechten, zie: <https://nl.wikipedia.org/wiki/Vermogensrecht>

25 Door de (rechterlijke) verklaring van burgerlijke dood verloor een misdadiger al zijn rechten als persoon, zijn burgerlijke en politieke rechten, maar tegelijk werd ook zijn nalatenschap open verklaard, zijn huwelijk desgevallend ontbonden (voormalige artikels 22 tot 33 BW, wet van 15 december 1949)