

# Het ongeboren leven : kiezen tussen werkelijkheid en fictie

Pleidooi voor een uitbreiding van het algemeen juridisch kader voor de menselijke persoon

Herwig Dufaux, licentiaat rechten en notariaat

*Het is geen kwestie meer van smaak of opinie dat bij de bevruchting een nieuw menselijk wezen in onze leefwereld is ingetreden. De menselijke natuur van het menselijk wezen van verwekking tot hoge ouderdom is geen metafysische hypothese. Het is een proefondervindelijke vastgestelde evidentie.*

Professor Jérôme Lejeune, Toespraak tot de Amerikaanse Senaat op 23 april 1981 <sup>1</sup>



## Samenvatting

Enkele jaren na Professor Lejeune toespraak dienden enkele Belgische verkozenen twee wetsvoorstellen bij het parlement in om aan het ongeboren leven een wettelijk statuut te verlenen vanaf de verwekking. De centrale gedachte daarbij was dat dit leven een proefondervindelijk vastgestelde evidentie was waarmee het recht diende rekening te houden.

De auteur van dit beknopte onderzoek werkte mee aan het opstel van deze wetsvoorstellen en gaat na wat op vandaag de rechtstoestand is van het ongeboren leven in het Belgische recht, met terloops een uitweiding naar het recht van enkele andere Europese landen. Hij onderzoekt daarbij in welke mate deze landen gevolg gaven aan de incentive vervat in verschil-

lende internationale verklaringen en verdragen, waaraan ze meewerkten, om de rechtstoestand van embryo en foetus bij wet te regelen.

In welke mate hebben recht en rechtspraak daarop ingespeeld? Beantwoorden ze de vraag naar de ware natuur van het embryo? In welke mate houden ze rekening met de wetenschappelijke evidentie dat het leven een continuüm is van verwekking tot de dood?

De auteur stelt anno 2018 vast dat het juridisch statuut van het ongeboren leven in de interne rechtsorde van de meeste Europese landen nog niet is bezegeld. De wetgever, de rechtsleer en de rechters nemen niet dezelfde essentiële opties. Daardoor krijgt het ongeboren leven niet de plaats die het toekomt. De uitwerking van een apart statuut ziet hij niet als prioritair. Hij geeft een concrete aanzet tot herformulering van het **Algemene Kader van de juridische persoonlijkheid dat de wetenschappelijke evidentie integreerd dat éénzelfde lichaam dezelfde persoonlijkheid draagt van verwekking tot de dood**. In een democratische samenleving dient dit juridisch kader de waarde van elk menselijk wezen te erkennen en allen gelijk te behandelen.

<sup>1</sup> Jérôme Lejeune, Quand commence la vie humaine ? in *Amour et famille*, Paris, 1983, 139, blz. 20-23, aangehaald door Pascal Ide in 'Le zygote, est-il une personne humaine ?', Pierre Tequi, 2004, blz. 50

## I. Aanleiding

1. Enkele jaren voor de toetreding van België tot het Kinderrechtenverdrag<sup>2</sup>), namen enkele parlementariërs het initiatief om een wettelijk statuut te verlenen aan embryo en foetus. Twee wetsvoorstellen werden ingediend, het ene op burgerrechtelijk vlak tot inlassing van een wetsbepaling in het Burgerlijk Wetboek die aan het ongeboren kind vanaf de verwekking rechtspersoonlijkheid toekent; het andere tot inschrijving van het recht op leven in de grondwet<sup>3</sup>. Wat het juridisch statuut van het ongeboren leven<sup>4</sup> op vandaag is, vormt het onderwerp van dit beknopte onderzoek: kreeg het intussen vorm en inhoud? En in welke mate is het coherent en in overeenstemming met de natuur van het infans? Of beperkt het zich tot wat naast elkaar bestaande wetsbepalingen<sup>5</sup>?

2. Voor ons onderwerp is het belangrijk te onderlijnen dat in de meeste rechtssystemen de omschrijving wie als persoon rechten heeft (in de rechtstaal: **rechtssubject** is), niet in de wet, maar bij rechtsleer en rechtspraak te zoeken valt.

Het eerstgenoemde wetsontwerp dat handelde over de burgerlijke rechtspersoonlijkheid vertrok vanuit de vaststelling dat het **kind voor zijn geboorte geen rechtssubject** was. Dit wetsvoorstel wilde dus een aanzet te geven tot een statuut dat rekening houdt met het biologische en feitelijke gegeven dat **vanaf het prilste begin tot de dood hetzelfde lichaam dezelfde persoonlijkheid draagt**. Dit statuut had volgende uitgangspunten:

- a. **alleen de menselijke persoon** kan drager zijn van subjectieve rechten, geeft ze gestalte en is ervoor het referentiepunt
- b. het **menselijk lichaam**, hoe fragiel en onvolgroeid ook, **draagt de rechten** die toekomen aan ieder menselijk persoon<sup>6</sup>.

Uitgaande van deze principes, die wij ook op vandaag nog ten volle onderschrijven, willen we hierna nagaan wat (in België en in enkele andere Europese landen) het **huidige statuut** is **van het ongeboren kind** en in welke mate het aanspraak maakt op de **grondrechten** welke volgens supranationaal recht van nature toekomen aan ieder mens. Tegelijk bekijken we de vraag naar een eventuele aansprakelijkheid van derden bij een voortijdig overlijden.

---

<sup>2</sup> De **wet van 20 november 1989** waarbij België toetrad tot het **UNO-Verdrag inzake de Rechten van het Kind**, formaliseerde de gelijknamige Verklaring van de Algemene Vergadering van de UNO van 20 november 1959.

<sup>3</sup> Het **wetsvoorstel nummer 1033/1 van 19 december 1989** (ingediend door Leonard, Van Parys en anderen) houdende inlassing van een artikel 6bis in het Belgisch Burgerlijk Wetboek (hierna steeds geciteerd met landelijk toevoegsel: BBW, FBW, NBW,...) luidt: *'Het ongeboren kind heeft rechtspersoonlijkheid vanaf de verwekking. Het geniet de burgerlijke rechten en oefent ze uit onder de bij de wet gestelde voorwaarden'*. Dit ontwerp werd oorspronkelijk als nummer 745/1 ingediend bij de Kamer door Dhr. Emile Wauthy en anderen, op 27 januari 1987 en maakte het voorwerp uit van een advies van de Raad van State. Het **wetsvoorstel nr 1355 van 29 augustus 1985 tot herziening van de Belgische Grondwet** voorziet inlassing van een artikel 7bis tot erkenning van een recht op leven vanaf de verwekking (herindiening: [377/1 op 18 maart 1986](#))

<sup>4</sup> Het 'Infans' verwijst naar het hierna besproken Romeins adagium 'infans conceptus' en is te verstaan in de betekenis van: *'het ongeboren leven'*

<sup>5</sup> Aude Mirkovic op de 12<sup>e</sup> sessie (2017) van de Vormingscyclus van de Franse vereniging Alliance Vita. Bekijk deze video op <http://www.universitedelavie.fr/statut-embryon-aude-mirkovic>. Zie ook haar studie uit 2010, [Le statut de l'embryon, la question interdite](#)

<sup>6</sup> Marie-Thérèse Meulders Klein, Rapport sur le corps humain, Personnalité et famille en droit belge, in Travaux de l'Association Henri Capitant, Dalloz, V. XXVI, 1975

## II. Het ongeboren kind: een rechtssubject ?

3. Vooreerst willen we een aantal begrippen van het recht in de landen met Code civil traditie in herinnering brengen. In de **algemene rechtsleer** volgende '*summa divisio*' die '*personen*' duidelijk onderscheidt van '*goederen*' of '*zaken*':

- alleen '*personen*' kunnen 'rechtssubject' zijn en aanspraak maken op afdwingbare rechten. De minderjarige kan zijn rechten niet persoonlijk uitoefenen en dient daartoe vertegenwoordigd te worden door een meerderjarige
- zaken, zijnde al wat geen persoon is, zijn altijd voorwerp van recht.
- een tussencategorie bestaat niet of kan men zich althans niet inbeelden en evenmin zou een zaak zich, na verloop van tijd, kunnen ontwikkelen tot een persoon <sup>7</sup>.

Het **personenrecht** wordt verder opgedeeld in **publieke en private rechten**. De eerstgenoemde regelen de rechtsverhoudingen tussen de overheid en zijn burgers. Het zijn de politieke en de grondwettelijke rechten. De **private of burgerlijke rechten** regelen de rechtsverhoudingen tussen de burgers onderling en worden traditioneel onderverdeeld in **drie categorieën: personenrechten, extra-patrimoniale rechten en vermogensrechten**.



Dit recht definieert de '*persoon*' als het '*menselijk wezen dat drager is van subjectieve rechten*'. **Subjectieve rechten** zijn dan '*concrete aanspraken, die een persoon put uit wet of recht en die een ander persoon verplichten tot welbepaald gedrag of tot onthouding*' <sup>8</sup>. Ze zijn van nature verbonden met het menselijk lichaam vanaf het prille begin tot zelfs na het overlijden. Het is met andere woorden **het menselijk lichaam dat deze rechten draagt**. We zullen hierna zien dat het **internationaal of supranationaal recht drie grondrechten** onderscheidt die in direct verband staan met de toestand van het infans voor de geboorte: het **recht op leven**, op **fysieke integriteit** en op de **best mogelijke zorgen**.

4. Evenwel uit hoofde van een **principe van algemeen geldend (personen)recht**, wordt alleen het **levensvatbaar geboren kind** als een **persoon** beschouwd die als dusdanig rechten kan laten gelden. Algemeen wordt aangenomen dat dit principe is overgenomen uit het **vermogensrecht**, meer bepaald de

<sup>7</sup> Uitgebreid behandeld door Aude Mirkovic in haar doctoraatschrift '*La notion de personne (étude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître)*', Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003. Het excerpt over ongeboren leven kan u lezen op de [website van de PUAM](#) nr 1134. In dezelfde zin: François Desses *La situation juridique de l'enfant à naître en droit français: entre pile et face*, in *Revue Générale de droit*, 1999/2000, blz 607-661. Desses besluit dat naar Frans recht '*het lot van het ongeboren kind heen en weer gaat tussen rechtssubject en rechtsobject*' (blz 660).

<sup>8</sup> Zie Walter Van Gervens '*Algemeen Deel, Titel II: Het Subjectieve Recht*', in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, SWU 1969, nummers 30 en volgende.

artikelen 725 en 906 van het Burgerlijk Wetboek<sup>9</sup>. Tot de geboorte heeft het kind **voorwaardelijke rechten**. Indien een embryo of een foetus de geboortedrempel niet haalt, zullen al zijn voorbehouden rechten, **ongeacht de oorzaak van dit voortijdig overlijden**, door een juridische fictie retroactief worden uitgewist en als nooit bestaande beschouwd. Komt het kind levensvatbaar ter wereld, dan zijn alle hem voordien toegevalven rechten retroactief bevestigd<sup>10</sup>. We noemen deze regel hierna kortweg de **'burgerrechtelijke voorwaarde'**. Ze houdt in dat het recht met het bestaan van het infans rekening houdt, **zonder evenwel dat hij voor zijn geboorte als een persoon wordt beschouwd**<sup>11</sup>. Dit statuut waarin de geboorte allesbepalend is, is niet alleen de standaard in het **burgerlijk recht**, maar ook **alle andere takken van het recht die de persoon beschermen**.

We zullen hierna in het overzicht van de rechtspraak zien dat toepassing van het principe meer dan problematisch is, wanneer het leven van het infans bedreigd is. Dat is met name het geval in het **strafrecht**, het **medisch recht** of in het **aansprakelijkheidsrecht** of meer algemeen, **in alle gevallen waarin de persoonlijkheidsaspecten ter sprake komen**. Bij gebrek aan geboorte, worden alle rechten van het infans door de werking van de burgerrechtelijke voorwaarde retroactief uitgewist en voor onbestaande gehouden, zonder dat rekening kan worden gehouden met de oorzaken van het voortijdig overlijden.

5. Als we terugblikken naar de ontstaansgeschiedenis van dit **voorwaardelijke rechtsstatuut**, zullen we in de meeste handboeken van burgerlijk recht lezen dat hij **teruggaat op het Romeinse recht**. Naast de problematiek van de dualiteit slaaf/vrij man, bogen de Romeinse civilisten zich evenzeer over de vraag wie drager is van rechten en vanaf wanneer, wat, zoals blijkt uit Justinianus Digesten<sup>12</sup>, in vooral twee adagia tot uiting komt:

- **'infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis eius agitur'** (D. 1.5.7.), vrij vertaald: *'Het kind wordt geacht geboren te zijn als het in zijn belang is'*
- **'qui in utero sunt, in toto p(a)ene iure civili, intelleguntur in rerum natura esse'** (D. 1.5.26.), vrij vertaald: *'het recht aanziet het kind in de moederschoot alsof het (in werkelijkheid) bestaat (dwz bestaat als een werkelijkheid los van de moeder) en kent er nagenoeg (paene) alle burgerlijke rechten aan toe'*.

---

<sup>9</sup> De levensvatbaarheidsregel, die beoordeeld wordt bij de geboorte, is op vandaag neergeschreven in de artikelen 725 (erfrecht) en 906 (schenkingsrecht) BBW. De regel verhindert dat een kind dat (om welke reden ook) in de moederschoot overlijdt, een vermogen zou erven of door schenking of een ander contract zou verkrijgen, dat door erfenis zou toekomen aan zijn erfgenamen (moeder, eventuele broers en zussen, verdere erfgenamen in de erfelijke graad...). Die omweg heeft natuurlijk geen enkele zin. De meeste landen met Code civil-traditie (zoals België, Nederland, Frankrijk...) stellen de levensvatbaarheid als voorwaarde voor de verkrijging van vermogensrechten.

<sup>10</sup> In Nederland is het fictieve bestaan van het infans duidelijk ingeschreven in artikel 1:2 NBW: een eerste zin neemt het (eerste) Romeinse adagium (infra) letterlijk als algemeen beginsel over: *'Het kind waarvan een vrouw zwanger is wordt als reeds geboren aangemerkt, zo dikwijls zijn belang dit vordert'*. Een tweede zin voegt eraan toe: *'Komt het dood ter wereld, dan wordt het geacht nooit te hebben bestaan'*.

<sup>11</sup> De burgerrechtelijke voorwaarde ligt aan de basis van het [Advies nummer 17.582/2](#) dat de Belgische Raad van State uitbracht op het Wetsvoorstel nummer 745/1 (waarvan sprake in de inleiding), aangezien: *'het embryo geen rechten heeft zolang het niet geboren is als levensvatbaar kind'*. Als het ongeboren kind als persoon wordt aanzien, zo stelt het Advies, dient het voorstel te verduidelijken door wie en hoe het zijn rechten zal uitoefenen. Deze vraag wekt verbazing aangezien de de ontvankelijkheid en het nut van een rechtsvordering ten name van een verwekt kind ingeleid voor zijn geboorte nooit zijn betwist (Omer Coenen en Louis Van Orshoven, [Het rechtsstatuut van het ongeboren kind in vergelijking met de Nederlandse, Duitse en Zwitserse wetgevingen](#), in Rechtskundig Weekblad, 1958, nr 9, 1675-1676).

<sup>12</sup> De Digesten of Pandecten zijn een onderdeel van het Corpus Iuris Civilis dat in 529 na C op initiatief van keizer Justinianus tot stand kwam en een mijlpaal betekende op het vlak van wetgeving.

In tegenstelling tot wat blijkbaar algemeen wordt aangenomen, **stelt het Justiniaanse recht het infans gelijk met een geboren kind**, verleent hem nagenoeg (*'paene'*) alle burgerlijke rechten en beschermt diens levensrecht, zelfs als het in de moederschoot sterft door een externe oorzaak<sup>13</sup>. Ten tijde van Justinianus zou op dit punt afstand zijn genomen van het *'paternalisme'* dat het recht uit de klassieke periode kenmerkte en waarin de pater familias onbeperkte macht bezat over (leven en dood van) zijn familie<sup>14</sup>. Deze aanpak die het kind in utero gelijkstelt met een geboren kind, zijn **belangen** veiligstelt, het **'nagenoeg alle burgerlijke rechten'** verleent als was het een minderjarig kind (vgl: de *'curator ventris'*) en zijn leven beschermt als het in de moederschoot zou overlijden door een externe oorzaak, is toch wel een belangrijke nuance die we in het moderne recht missen.

6. Het staat vast dat de opstellers van de **Franse Code civil uit 1807** (ook **Code Napoléon** genoemd) zich lieten inspireren door deze adagia. Ze vertrekken evenwel vanuit een visie die het infans als *'deel van de moeder'* beschouwt. Daarom laten zij de persoonlijkheid aanvangen, niet bij de verwekking, maar bij de geboorte, meer nog: bij de **levensvatbare geboorte**<sup>15</sup>. Toch gunnen ze het infans, voor zijn geboorte, het voordeel van bepaalde rechten, waarvan het anders ten onrechte verstoken zou blijven. De *'belangen'* die de Romeinse civilisten beoogden, begrijpen ze vooral, zo niet uitsluitend, **patrimoniaal** en ze schrijven dat neer in de hierboven geciteerde artikelen 725 en 906 van de Code. Zij waren van mening dat een **juridische fictie** het beste overeenkwam met de situatie van het infans: een levensvatbaar geboren kind zal geacht worden vanaf zijn verwekking te hebben bestaan. Komt het kind niet levensvatbaar ter wereld, dan wordt het geacht nooit te hebben bestaan. Op die manier werd de vraag of het infans, voor zijn geboorte drager van rechten kan zijn vermeden. Meteen is ook de vraag of iemand voor het overlijden aansprakelijk kan gesteld worden, niet aan de orde. Zo kan de **strafrechter** onopzettelijke doding op het prille ongeboren leven niet bestraffen, want dit kan alleen personen treffen. Hij dient op zoek te gaan naar andere strafbepalingen die het leven of de fysieke integriteit van embryo of foetus beschermen, hetzij rechtstreeks, hetzij via de moeder. Zelfs **buiten de strafrechtelijke context**, biedt een **voorwaardelijke rechtsbescherming** van de persoon of de gezondheid van de infans **geen rechtszekerheid**: de ouders krijgen (zoals we hierna bespreken) te maken met, vaak zeer pijnlijke, **procedureslagen** waarvan de uitslag zeer onzeker is.

7. Uit het voorgaande trekken we een eerste besluit, namelijk dat het voorwaardelijke statuut van het ongeboren kind met de Code Napoléon in het burgerlijke recht is ingevoerd en op die manier is overgenomen in de meeste Europese wetgevingen. Voor zijn geboorte wordt het kind niet als persoon of rechtssubject beschouwd. Dit geldt ook in de andere takken van het recht telkens een rechtsvraag betrekking heeft op een ongeboren kind. In dezelfde logica is de geboorte als levensvatbaar kind een voorwaarde

<sup>13</sup> De Romeinse keizer Hadrianus (2<sup>e</sup> E na Christus) vaardigde verbod uit de doodstraf uit te voeren op een zwangere vrouw.

<sup>14</sup> Paolo Ferretti, *'In rerum natura esse, in rebus humanis nondum esse'*. L'identità del concepito nel pensiero giurisprudenziale classico', *Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Trieste*, Giuffrè Editore, Milano 2008, XIV-222 pp. In deze monografie komt de auteur tot het besluit dat, volgens recent onderzoek van de rechtsbronnen, de rechtspraak ten tijde van keizer Justinianus, bij toepassing van deze adagia en behoudens zeer beperkte uitzonderingen, het infans als een rechtssubject beschouwde.

<sup>15</sup> De Franse auteur François Riese (*'La situation juridique'*, blz 646 en volg. geciteerd in voetnoot 7) maakt brandhout van de stelling dat de voorwaardelijke rechtsbescherming van het infans zijn oorsprong zou vinden in het Romeinse recht. Wel integendeel. **Indien er al sprake was van een fictie**, dan nog beschouwden de Romeinen nooit het bestaan of de persoonlijkheid van het infans als fictief, wel zijn **geboorte**. In elk geval is de **voorwaarde van levensvatbaarheid onbestaande in het Romeinse recht**.



**voor de verkrijging van grondrechten (leven, fysieke integriteit, best mogelijke zorgen), zelfs als schuldig verzuim of opzet die geboorte in de weg staan. Dit statuut staat zelfden of nooit ter discussie.**

### III. Embryo en foetus, meer werkelijkheid dan fictie

8. Biologie, embryologie en genetica leren dat, na de fusie van eicel en zaadcel, van buitenaf ('exogeen' zouden medici zeggen) niets nog wordt toegevoegd aan de verdere ontwikkeling van zygote. De **geboorte is in de levenscyclus helemaal niet bepalend noch voegt ze er iets aan toe**. Zowel interne als externe oorzaken kunnen, voor of na de levensvatbaarheidsgrens of de geboorte, de levenscyclus verstoren. Vanaf de bevruchting of



fertilisatie begint nieuw menselijk leven dat duidelijk is te onderscheiden van dat van de (vader en de) moeder. De **zygote**, het nieuwe levende menselijke wezen dat ontstaat, bezit een **unieke genetische code**, een combinatie van erfelijk materiaal van ei- en zaadcel van moeder en vader. Het krijgt nadien geen nieuwe bijkomende genetische informatie meer: in alle stadia (zygote, embryo, foetus, baby, peuter, kind, enz) gaat het om **hetzelfde menselijk wezen dat zich onophoudelijk en geleidelijk ontwikkelt**. Het kind in de moederschoot heeft niet alleen een eigen en uniek genetisch patrimonium, maar ook een [eigen \(foetale\) bloedsomloop](#), welke zich, vanaf het begin, onderscheidt van die van de moeder. Biologie noch embryologie beschouwen embryo (tot de 8<sup>ste</sup> week) of foetus (in de stadia *erna*) **op geen enkel ogenblik als deel van het moederlichaam** <sup>16</sup>. Ze beschouwen ze als menselijke wezens en kwetsbare individuen. Enkel de bevruchting is bepalend. Ervoor is er geen, *erna* is er 100% menselijk leven. Met de zygote ontstaat een nieuw menselijk wezen.

9. De technologische vooruitgang inzake embryonaal leven staan centraal in vele supranationale teksten die zich bekommeren om de rechtsbescherming van het ongeboren leven. Onder deze teksten die de lidstaten vaak aanmanen initiatieven te nemen **om het ongeboren leven in utero en in vitro een wettelijk statuut te geven**, kunnen we citeren <sup>17</sup>:

<sup>16</sup> Zie voor meer details de video: <https://www.youtube.com/watch?v=vCbB44O7Lkk> (vanaf 4'14). Het ongeboren kind kan zonder enig probleem een **andere bloedgroep** kan hebben dan die van de moeder. Kankerbehandeling bij de moeder is mogelijk: door radiochemotherapie tijdens het 1<sup>e</sup> en 2<sup>de</sup> trimester en door chemotherapie vanaf de 12 week (de placenta filteren de schadelijke medicatie).

<sup>17</sup> Voor de volledige lijst van de teksten van de Raad van Europa inzake bio-ethiek: zie het [Tweede boekdeel opgesteld door de Algemene diensten](#) uitgegeven door de Raad in mei 2010 en raadpleegbaar op zijn website [www.COE.int](http://www.COE.int)

- a. Het [Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden](#) (EVRM) van **4 november 1950** (artikel 2)
- b. 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**, waarin onder meer een hoofdstuk over sociale en medische bescherming in volgende termen (vertaling): *'a. te voorzien in de rechten voor elk kind op het leven vanaf de conceptie, op huisvesting, voldoende voeding en adequate begeleiding, mat als speciale aanbeveling aan de regeringen alles in het werk stellen om deze rechten te bewerkstelligen en te verwezenlijken en b. het recht op de best mogelijke zorgen, daarin begrepen adequate bescherming tegen ziektes en ongevallen et op passende medische begeleiding en opvolging'* (einde citaat).
- c. de [Aanbeveling nummer 1046](#) van zelfde Raad van **24 september 1986** over het **gebruik van menselijke embryo's** en foetussen in diagnostische, therapeutische, wetenschappelijke en andere doeleinden (vooral § 5)
- d. de [Aanbeveling nummer 1100](#) van **2 februari 1989** over het **gebruik van menselijke embryo's** en foetussen voor wetenschappelijk onderzoek.
- e. het [Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens in biologie en geneeskunde](#) genaamd het **Oviedooverdrag** van **4 april 1997** (vooral artikelen 1 en 18). België heeft dit verdrag echter niet ondertekend.<sup>18</sup>
- f. de [Aanbeveling nummer 1352](#) van **2 oktober 2003** over het **onderzoek op menselijke stamcellen** (artikel 11 cijfer i)<sup>19</sup>
- g. 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)<sup>20</sup>

**10.**       Andere teksten:

- a. het [Internationaal Verdrag inzake de Burger- en Politieke Rechten](#) (IVBP) ondertekend te New York op **16 december 1966** door de Algemene vergadering van de Verenigde Naties 2200 A (XXI), dat in zijn artikel 6.1.: *'Een ieder bezit een inherent recht op het leven. Dit recht wordt door de wet beschermd. Niemand mag naar willekeur van zijn leven worden beroofd.'*
- b. het [Verdrag inzake de Rechten van het Kind van 20 november 1989](#) (kortweg: **Kinderrechtenverdrag**), opgemaakt te New York, stelt in artikel (artikel 1 bepaalt dat onder kind wordt verstaan: *'ieder menselijk wezen jonger dan 18 jaar'*; zie ook artikel 6<sup>21</sup>
- c. de **Gezamenlijke Ontwerpresolutie van 6 september 2000 van het Europees Parlement** over het **klonen van mensen** luidt de eerste overweging: *'1. mensenrechten en de eerbiediging van de menselijke waardigheid en het menselijk leven dienen een voortdurend doel te zijn van de wetgevende politieke*

---

<sup>18</sup> [Daarover ondervraagd in 2016](#), antwoordt de Belgische Minister van Volksgezondheid dat de niet-ondertekening onder meer toe te schrijven is aan het feit dat België de 'aanmaak' van in vitro embryo's toelaat. Het is bijzonder teleurstellend uit de mond van een politiek verantwoordelijke te moeten vernemen dat het Belgische biomedische kader in grote lijnen in overeenstemming is met het verdrag, terwijl het op een essentieel punt daarvan afwijkt, namelijk het toelaten van wetenschappelijk onderzoek op overtollig 'geproduceerde' embryo's.

<sup>19</sup> De Aanbeveling n° 1352 kan geraadpleegd worden op het document ['Les textes du Conseil de l'Europe en matière de bioéthique Volume II'](#) op de website van de Raad **blz 64-65**

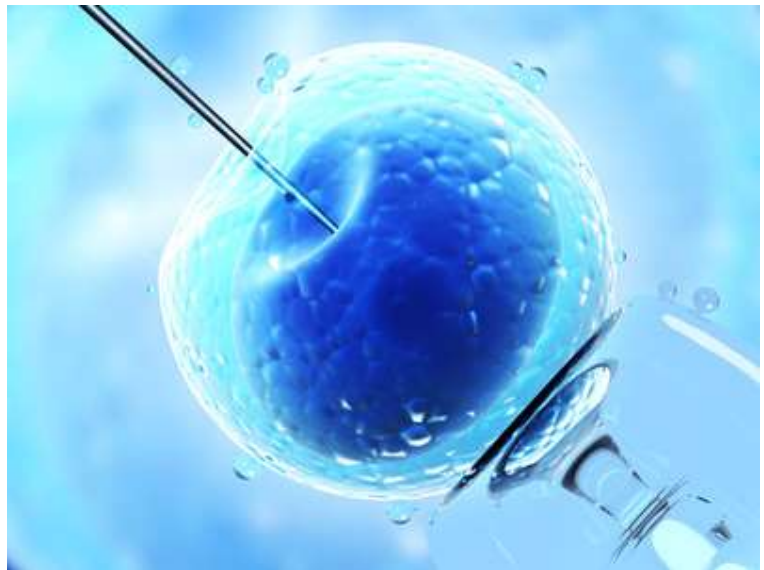
<sup>20</sup> Het Protocol is **niet van toepassing op embryo's in vitro**. Deze vallen wel onder de bescherming van het Verdrag van Oviedo (artikel 18).

<sup>21</sup> België onderschreef dit Verdrag bij wet van zelfde datum en ondertekende het toetredingsprotocol op 16 december 1991.

*activiteit, en in geval van twijfel in die zin moeten worden uitgelegd dat de bescherming wordt uitgebreid en niet beperkt'*

- d. het [Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie](#), uitgevaardigd door het Europees Parlement en de Commissie aangenomen op **18 december 2000** (artikelen 1, 2 en 3)
- e. de [Universele Verklaring inzake de bio-ethiek en de Rechten van de Mens](#) ondertekend door de lidstaten van de **UNESCO** op **19 oktober 2005**, vooral artikel 3.2: *'De belangen en het welzijn van het individu moeten steeds de bovenhand halen op de belangen van de wetenschap of de samenleving.'*

**11.** Interessant is de **Aanbeveling nummer 1046** (1986) de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa, hierboven aangehaald. In verband met het 'gebruik' van menselijke foetussen herinnert ze zijn 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'* en de vergadering is er zich van bewust dat *'(6.) de wetenschappelijke ontwikkelingen het wettelijk statuut van embryo en foetus zeer precair hebben gemaakt en dat dit statuut op vandaag niet wettelijk is bezegeld'*. Een geconcentreerde reglementering onder de lidstaten wordt ten sterkste aangeraden omdat: *'(12) elke uitsluitend landelijke regeling van de kwestie het risico inhoudt dat welke activiteit ook op dit vlak wordt overgebracht naar een ander land met andere mindere dwingende regelingen'*.

Een apart **Hoofdstuk IV van het Verdrag van Oviedo** beveelt de bescherming aan van het menselijk genoom (zijnde, alle genen van het individu omvat die samen al diens erfelijke informatie bevatten). Dit genoom is door de [UNESCO in 1997](#) tot '[gemeenschappelijke erfgoed van de mensheid](#)' verklaard.

Het recht is het instrument bij uitstek om de technieken die ingrijpen in het menselijk leven in ontwikkeling te reglementeren daarbij een **maximale rechtsbescherming van de menselijke waardigheid en zeker niet de een vermindering van rechten** als richtlijn te nemen <sup>22</sup>. Of zelfbewustzijn dan wel relationele bekwaamheid criterium kunnen zijn, wordt ten eerste in twijfel getrokken omdat *'die niet voorwaarde, maar wel gevolg zijn van het bestaan als mens'* <sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Zoals artikel 1 van de Ontwerpresolutie van 6 september 2000 inzake menselijk klonen dit zo nadrukkelijk stelt

<sup>23</sup> Aude Mikovic, '[Le statut de l'embryon, la question interdite](#)' in JCP G 2010, no 99, p. 177. 1 en haar doctoraats thesis: [La notion de personne](#) (Etude visant à clarifier le statut juridique de l'enfant à naître), Faculté de droit d'Aix-Marseille, 2003



12. Als besluit van dit hoofdstuk over de internationale context moeten we vaststellen dat, ondanks de vele incentives, **wetteksten die de rechtsbescherming laten samenvallen met het fertilisatiemoment bijzonder schaars zijn**<sup>24</sup>. Nochtans biedt de parlementaire weg de beste waarborg voor rechtszekerheid voor het infans. Het niet aanpakken van de essentiële vragen rond de plaats van embryo en foetus in onze samenleving, **plaatst het prille leven bij elke nieuwe technologische stap in een veranderde context**. Een vaak moeizaam verworven zekerheid wordt dan telkens opnieuw in vraag gesteld.

#### IV. Verwerking in het interne recht van de lidstaten

Bekijken we nu even enkele voorbeelden van de wijze waarop de lidstaten onderschreven Verdragen of Aanbevelingen omtrent de wettelijke omkadering van ongeboren leven in hun intern recht hebben verwerkt.

##### A. Belgische regelingen

13. 1. Inzake bio-ethiek, noteren we<sup>25</sup> :

- a. de [wet van 13 juni 1986 op het wegnemen en transplanteren van organen](#): het embryo is uitdrukkelijk uitgesloten uit het toepassingsgebied. Samen (sic) met gameten en beenmerg, omdat ze 'geen organen' zijn<sup>26</sup>.
- b. de [wet van 22 augustus 2002, genaamd 'Patiëntenwet'](#). Deze wet definiëert 'patiënt' als: 'de natuurlijke persoon aan wie gezondheidszorg wordt verstrekt, al dan niet op eigen verzoek'. Alhoewel de wet hem niet uitdrukkelijk uit zijn toepassingsgebied sluit, kan hij niet worden toegepast op het ongeboren kind omdat het, voor zijn geboorte, geen persoon is<sup>27</sup>.
- c. de [wet van 11 mei 2003 inzake het wetenschappelijk onderzoek op embryo's in vitro](#) laat onderzoek op stamcellen toe, doch verbiedt het reproductief (maar niet het therapeutisch) klonen
- d. de [wet van 6 juli 2007 inzake de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van overtollige embryo's en de gameten](#) laat 'embryodonatie' 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 voor wetenschappelijk onderzoek toe
- e. de [wet van 5 mei 2014 houdende de vaststelling van de afstamming van de meemoeder](#).

---

<sup>24</sup> In het Angelsaksisch recht beschermen de zogenaamde 'feticide laws' uitdrukkelijk het ongeboren leven tegen misdrijven die dit leven in de moederschoot bedreigen en dit volledig losstaand van een eventueel misdrijf tegen de persoon van de moeder. Volgens een advies uit 2015 van het [American Center for Law and Justice](#) te Washington hebben 38 Amerikaanse staten dergelijke wetten aangenomen. In 23 ervan gelden ze vanaf de verwekking. Op die wijze verwerken deze 'laws' in intern recht het principe van artikel 6 §1 van het Internationaal Verdrag inzake burger- en politieke rechten (IVPR) dat luidt: 'Every human being has the inherent right to life' en van het [Amerikaanse Verdrag voor de Rechten van de Mens van 22 november 1969](#), waarvan artikel 4 stelt: 'de wet beschermt het recht op leven in het algemeen vanaf de verwekking'.

<sup>25</sup> De lijst is ontleend aan de [website van de Franstalige Gezinsbond](#)

<sup>26</sup> Art 1 quater van de wet van 13 juni 1986, zoals gewijzigd bij de [wet van 3 juli 2012](#)

<sup>27</sup> In Nederland is een zekere rechtsleer van mening dat de **belangen**, waarvan sprake in artikel 1:2 NBW ('Het kind wordt als reeds geboren aangemerkt, zo dikwijls zijn belang dit vordert'), **niet louter patrimoniaal, doch ook persoonlijk** kunnen zijn. Op de zwangere vrouw rust dan een **prenatale zorgplicht** die tegemoetkomt aan de **medische belangen van haar kind** dat als patiënt **eigen rechten** heeft te onderscheiden van die van zijn moeder (Thessa van Gils, [De juridische geboorte van het ongeboren kind](#), *Master-scriptie Rechtsgeleerdheid Tilburg University*, 2012, nummer 2.4.1).

- f. Het [Raadgevend Comité inzake Bio-Ethiek](#) is in België het officieel erkende orgaan, maar heeft **geen wettelijke basis**, alhoewel zijn site is geïntegreerd in deze van het Ministerie van Volksgezondheid. Het kwam 15 januari 1993 tot stand door een *'samenwerkingsakkoord'* tussen de staat en de gemeenschappen. In zijn jaarlijkse rapporten verleent het dus onofficiële adviezen en voorstellen. Nochtans lag het aan de basis van de IVF-wet van 2007. Voordien had het Comité immers een contract uitgewerkt, af te sluiten tussen het fertiliteitscentrum en de 'wensouders'. In de wet wordt het embryo (*'dat wordt aangemaakt'*) als volgt gedefiniëerd *'een cel of een samenhangend geheel van cellen met het vermogen uit te groeien tot een mens'* (art 2).
- g. België kent geen wettelijke regeling inzake het **draagmoederschap**, alhoewel de 'techniek' sinds 2007 wordt toegepast
- h. een *'wrongful life-vordering'* ingesteld door een gehandicapt kind onontvankelijk is. Het gaat om de vordering tegen een arts die zou nalaten de ouders tijdens de zwangerschap te wijzen op een mogelijks zware handicap bij het kind dat ze verwachten <sup>28</sup>.



Inzake biomedische regelingen mogen we besluiten dat ze het ongeboren leven **onrechtstreeks, fragmentarisch en beperkt** behandelen. Uitspraken over de natuur van embryo en foetus of over de plaats van *'het leven voor de geboorte'* als menselijk leven in het geheel van de rechtsregeling of nog over het aanvangstijdstip ervan, worden niet gedaan.

## 2. Belgische rechtspraak

In **strafzaken** wordt de burgerrechtelijke voorwaarde soms terzijde geschoven.

**14.** Dat gebeurt in het arrest van het Hof van Cassatie van **11 februari 1987**, het zogenaamde **Dinantse tweelingenarrest**. Wegens een gebrek aan medische zorgen vanwege het behandelende ziekenhuis, beviel een vrouw van een tweeling. Eén ervan kwam evenwel dood ter wereld, terwijl de andere enkele uren later overleed. De verdediging verwijst naar de algemene regel van burgerlijk recht dat de aansprakelijkheid wegens gebrek aan zorgen slechts kan bestaan ten aanzien van personen, wat een levende geboorte veronderstelt. Het Belgische Hof van Cassatie beslist de burgerlijke voorwaarde niet toe te passen

---

<sup>28</sup> over de notie *'wrongful life'*: zie het [Wetsvoorstel van 17 januari 2002](#) (Daniel Bacquelaine) tot invoegen van een artikel 1383bis in het Burgerlijk Wetboek strekkende tot het uitsluiten van schadeclaims die het louter feit van de geboorte als rechtsgrond hebben omdat de schadeclaim deze als schadelijk ervaart. Het wetsvoorstel geraakte niet gestemd. Met zijn **arrest van 14 november 2014** (C.13.0441 N) heeft het Belgische Hof van Cassatie de *'wrongful-life'*-piste afgesloten. In Frankrijk bij wet van 4 maart 2002 geregeld (Ant-Perruche-wet).

en **beide tweelingen als slachtoffer van onopzettelijke doding** te beschouwen, alhoewel één van hen buiten de moederschoot nooit had geleefd. Met het afwijzen van de burgerrechtelijke voorwaarde nam het Hof een zeer innoverend standpunt in. Toch kan men zich afvragen of de omschrijving *'enfant en train de naître'* (zoals het Hof het doodgeboren kindje benoemt) de centrale vraag niet verdoezelt, te weten vanaf welk ogenblik het recht een niet-geboren persoon beschermt.<sup>29</sup>

In een arrest van **22 december 1992** zal hetzelfde Hof in een zeldzaam voorgelegd geval van onwettig uitgevoerde zwangerschapsafbreking ook het **leven voor de geboorte beschermingwaardig** achten. Het *'recht van éénieder op het leven'* in **artikel 2.1 EVRM**<sup>30</sup> zo stelt het Hof doelt op *'het fysieke leven (...) in de gebruikelijke betekenis van het woord en niet (op) wat men volgens eigen subjectieve opvatting zou kunnen achten een al of niet menswaardig leven te zijn'*. De beoogde rechtsbescherming geldt dus evenzeer voor het ongeboren kind, alhoewel het Hof zich ook hier niet uitsprak over het aanvangstijdstip.<sup>31</sup>

En in zijn arrest van **22 maart 2013** kent het **Gentse Hof van Assisen** een **schadevergoeding wegens moreel leed in utero** aan de ongeboren kinderen voor het verlies van hun vermoorde broertje of zusje dat ze nooit zouden kennen in de dramatische assisenzaak Kim De Gelder<sup>32</sup>.

**15.** Alhoewel deze arresten geen uitspraak doen over het **begin van de strafrechtelijke rechtsbescherming**, worden ze onmiddellijk bijzonder kritisch onthaald. De rechtsleer bestempelt het Dinantse tweelingenarrest uit 1987 als een *'uitschuiver'* en *'terloops gedaan'*. De rechter, zo luidt het, kan de strafwet niet uitbreiden buiten de strikte grenzen van strafrechtelijke begrippen die, tot dan toe, nooit waren toegepast op een ongeboren kind. Er is ook kritiek op het arrest uit 1992, alhoewel het zeker volledig in lijn is met andere aangenomen teksten die het leven voor de geboorte viseren. Zo stelt **artikel 6.1. VN-Verdrag inzake de Rechten van het Kind** (het zogenaamde Kinderrechtenverdrag, enkele jaren voordien aangenomen): *'dat ieder kind het inherente recht op leven heeft'*. Alhoewel dit verdrag de kwestie van het **begin van de juridische persoonlijkheid** niet uitdrukkelijk regelt, is in de Preambule ervan volgende considerans opgenomen: *'Indachtig dat, zoals aangegeven in de Verklaring van de Rechten van het Kind, aangenomen door de Algemene Vergadering van 20 november 1959, "het kind op grond van zijn lichamelijke en geestelijke onrijpheid bijzondere bescherming en zorg nodig heeft, met inbegrip van geëigende wettelijke bescherming, zowel voor als na de geboorte."*<sup>33</sup>

<sup>29</sup> Het *'Dinantse tweelingenarrest'* van het **Belgische Hof van Cassatie 11 februari 1987** is uitvoerig besproken door Justine Deprest, a.w. *L'homicide involontaire d'un enfant à naître*, blz 8 en volgende

<sup>30</sup> Artikel 2 EVRM luidt als volgt: *'Het recht van éénieder op leven wordt beschermd door de wet. Niemand mag opzettelijk van het leven worden beroofd, behoudens door de tenuitvoerlegging van een gerechtelijk vonnis wegens een misdrijf waarvoor de wet in de doodstraf voorziet.'*

<sup>31</sup> Baeteman en Gerlo, [Overzicht van rechtspraak Personen- en familierecht 1988-1994](#) TPR 1994, blz 2082, nrs 9 & 10. Het Belgische hoogste Hof innoveert hierbij want het neemt uitdrukkelijk afstand van het besluit van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (voorganger tot 1998 van het gelijknamige Europese Hof), die in 1980 oordeelde dat art 2.1. het recht op leven van de foetus NIET waarborgt.

<sup>32</sup> De zwaar gestoorde Kim De Gelder (20) viel op 23 januari 2009 het kinderdagverblijf Fabeltjesland binnen en stak in het wilde weg baby's neer. Tijdens het onderzoek bekent hij ook de moord op een bejaarde dame de dag voordien. Twee baby's en een kinderverzorgster werd gedood, terwijl 23 kinderen en twee volwassenen zwaargewond raakten. De [kritiek op de schadevergoeding geeft blijk van onbegrip](#) (blz 93-94).

<sup>33</sup> De Preambule is afgedrukt als bijlage van de [wet van 20 november 1989 houdende aanneming van het Verdrag inzake de rechten van het kind](#) die in zijn artikel 1 stelt dat minderjarig is *'wie de leeftijd van 18 jaar niet heeft bereikt'*. De minderjarige kan, per definitie, zijn rechten niet zelf uitoefenen en is daarbij aangewezen op een vertegenwoordiger. Deze wetsbepaling kan dus zonder probleem (en toch...) worden toegepast op het ongeboren kind.

In de ogen van de critici van deze arresten is een uitbreiding van de strafrechtelijke bescherming tot het ongeboren leven ondenkbaar: nagenoeg éénstemmig gaan ze ervan uit dat ze in geen geval verder kan reiken dan tot de periode van de weeën... Dat dit aanleiding geeft tot dramatische situaties waarbij ouders die een kind verloren door schuldig gedrag van anderen geconfronteerd worden met lange en pijnlijke processen, zou toch tot nadenken moeten stemmen.

## B. De regeling in enkele andere Europese landen

### 1. Frankrijk

#### a. Interne rechtspraak

Alhoewel een specifiek wetsartikel het **recht op leven vanaf de verwekking** beschermt<sup>34</sup>, ging een zekere rechtspraak toch de andere kant op.

16. Zo besliste het Hof van Cassatie tot driemaal toe (arresten van 1999, 2001 en 2002) dat **in strafzaken**, bij onrechtmatig **overlijden** van een kind **in utero** dus, **onopzettelijke doding nooit aan de orde** kan zijn als de (burgerlijke) voorwaarden om te kunnen spreken van een persoon (levende geboorte en/of het feit van te hebben geademd) niet vervuld zijn. Dit arrest werd in Frankrijk zeer bekritiseerd<sup>35</sup>. Maar zelfs een beroep op het **Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) te Straatsburg** kon deze Cassatierechtspraak niet ombuigen (het arrest Vo, hierna besproken). Gelukkig bleven sommige lagere rechtbanken die strafbepaling toch toepassen: het is niet omdat een kind niet levend ter wereld komt, dat het in utero niet heeft geleefd. Het is daarom beschermwaardig.

Zeer recent evenwel gaat het de andere richting uit: het Franse Hof van Cassatie brengt met een arrest van **14 december 2017** een ommekeer teweeg **in het aansprakelijkheidsrecht**. In zijn arrest AXA France t. Nadjete kent het Hof een belangrijke schadevergoeding toe wegens **moreel leed geleden in utero**<sup>36</sup>. Een kind, alhoewel niet geboren op het moment van het overlijden door arbeidsongeval van zijn vader, krijgt een belangrijke schadevergoeding van 25.000 € toegekend. In tegenstelling tot wat de verzekeringsmaatschappij stelde, was dat kind, volgens het Hof, wees geworden niet bij zijn geboorte, maar bij het overlijden van zijn ouder. Dit overlijden was immers de oorzaak van de morele schade dat het kind heeft geleden, want het zou zijn vader nooit kennen. Men mag zeggen dat **billijkheid** aan de basis ligt van zo'n **radicale ommekeer**<sup>37</sup>: de rechter oordeelde dat het tijdens het proces geboren kindje éénzelfde schadevergoeding diende te ontvangen als zijn oudere broertje.

---

<sup>34</sup> Het arrest is gegrond op artikel 16 FBW dat luidt als volgt: *'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'*. Deze versie werd ingevoerd bij de **wet van 17 januari 1975 'relative à l'interruption volontaire de grossesse'**, maar er vervolgens opnieuw uit geschrapt met de wet nummer 94-653 van 29 juli 1994 *'relative au respect du corps humain'*.

<sup>35</sup> Franse Hof van Cass, in Verenigde kamers van 29 juni 2001. Uitvoerig besproken door Justine Deprest [L'homicide involontaire d'un enfant à naître](#) in haar masterscriptie (UCL, 2014, blz 24 en volgende, die zich volgende uitspraak laat ontvallen: *'Cette jurisprudence plonge cet enfant dans le néant pénal (quel que soit son degré de développement) et vide l'article 16 du Code civil français de sa substance'* (blz 35).

<sup>36</sup> Arrest AXA France tegen Nadjete: het [Franse Hof van Cassatie van 14 december 2017](#) bevestigt het [arrest van het Hof van Beroep van Metz van 29 september 2016](#). Zie de [commentaren](#) op [etudiant.lextenso.fr](#).

<sup>37</sup> Inzake **vergoeding aan een kind voor in utero geleden moreel leed** is het ook in België wachten op een kentering: zie de bespreking van de rechtspraak door Karen Verstraete in haar masterproef Ugent [De Indicatieve Tabel](#) van door de rechtspraak toegekende schadevergoedingen voor immateriële schade, 2014, randnummer 126. In een alleenstaand geval gebeurde dit toch: in de

## b. Rechtspraak van het EHRM

In de rechtszaak [Vo tegen Frankrijk van 8 juli 2004](#) dateren de feiten van november 1991: een zes maand zwangere Franse vrouw doet beroep op het Hof om haar gelijk te halen, nadat het Franse Hof van Cassatie had geweigerd de strafbepalingen inzake onopzettelijke doding toe te passen op het kind dat zij verloor door een medische fout. Tijdens een routineonderzoek verwisselt de gynaecoloog haar met een gelijknamige Vietnamese patiënte en past een verkeerde behandeling toe. Tegen haar wil dient Mevrouw Vo daarop een therapeutische abortus te ondergaan. Zij legt klacht neer met burgerlijke partijstelling. Acht jaar later beslist het hoogste Franse gerechtshof (in tegenstelling tot de lagere rechtbanken) dat de strafbepalingen inzake doodslag niet toepasbaar zijn op haar ongeboren kind omdat het geen persoon kan worden genoemd en diens levensrecht derhalve strafrechtelijk niet is beschermd<sup>38</sup>. Eind 1999 klaagt Mevrouw Vo bij het EHRM de Franse staat aan wegens schending van [artikel 2 EVRM](#) luidend: *'Het recht van éénieder op leven wordt beschermd door de wet'*.



In zijn motivering stelt het EHRM dat **het vertrekpunt van het recht op leven tot de eigen beoordeling van iedere staat behoort**. Het is van mening dat geen wetenschappelijke noch juridische consensus bestaat omtrent het begin van het leven (§ 82). Er is geen schending van het Verdrag, zo stelt de meerderheid van de Europese rechters, *'omdat het niet wenselijk, noch zelfs mogelijk is in abstracto te antwoorden op de vraag of het ongeboren kind een 'persoon' is, die onder de bescherming van artikel 2 EVRM valt'* (§ 85). Toch heeft een staat niet alleen de verplichting doodslag op een persoon te bestraffen, maar ook om actief het leven te beschermen (§ 88). Mevrouw Vo hoopte dus van het Hof een positieve injunctie te bekomen aan het adres van de Franse staat om het leven voor de geboorte strafrechtelijk te beschermen. Het Hof wijst dat af en zegt in de voorlaatste paragraaf (§ 94) van het arrest dat zij beter vergoeding **voor haar leed** had gevraagd via een procedure voorzien in het Gezondheidswetboek, dat een schadeloosstelling voorziet bij foute medische handelingen.

Verskillende rechters zagen echter wel een verdragsschending omdat het Franse juridische kader overduidelijk het ongeboren leven niet of onvoldoende beschermt. En ze verwerpen met klem de kritiek van het Hof aan het koppel om de strafrechtelijke weg te hebben gevolgd eerder dan een schadevergoeding te hebben geclaimd<sup>39</sup>.

---

zaak Kim De Gelder kende het Assisenhof van Gent een schadevergoeding toe aan de ongeboren kinderen die hun vermoorde broertje of zusje nooit zouden kennen (blz 93-94).

<sup>38</sup> Eerder had het Hof van Beroep van Lyon van 1997 de dokter veroordeeld wegens onopzettelijke doding op het ongeboren kind, verwijzend naar artikel 2 EHRM, artikel 6.1. IVBP en artikel 6 van het Kinderrechtenverdrag, beslissing die het Franse Hof van Cassatie dus op 30 juni 1999 verbrak.

<sup>39</sup> Dissenting opinions vanaf blz 43.



## 2. Italië

### a. Het EHRM-arrest [Parrillo tegen Italië van 27 augustus 2015](#)<sup>40</sup>

17. Het gaat om een Italiaanse vrouw die postuum vijf embryo's van haar en haar overleden man wenste te 'schenken aan de wetenschap'. Een Italiaanse wet van 19 februari 2004 verbiedt evenwel wetenschappelijk onderzoek op menselijke embryo's. De dame wendde zich tot het Hof omdat zij in dat verbod een schending zag van haar familieleven beschermd door artikel 8 EVRM<sup>41</sup>. Het Hof vindt het Italiaanse verbod niet strijdig met het verdrag omdat een staat beperkingen kan opleggen aan het recht op privéleven om redenen van algemeen belang (§§ 197-198). Naar Italiaans recht is het embryo een rechtssubject en een beschermwaardig persoon (§§ 165-167). 'Italiaanse cryo-geconserveerde embryo's' hebben bijgevolg persoonlijkheidsrechten, meer bepaald het recht op leven en op bescherming van de fysieke integriteit, die wettelijk zijn erkend. Diezelfde wet verbiedt met zware straffen 'embryodonatie' voor medisch-wetenschappelijke doeleinden omdat het 'menselijke personen' zijn<sup>42</sup>.

Het Hof stelt daar evenwel een **zelfbeschikkingsrecht van de biologische ouders** tegenover (§159). Zij

zouden dat recht over 'hun' ingevroren embryo's hebben omdat het om 'hun' eigen genetisch patrimonium gaat. Vijf van de 17 rechters hebben zich uitdrukkelijk gedistantieerd van dit recht dat 'het (Italiaans) rechtsstatuut van embryo's tot niets herleidt'. Het arrest (§ 167) sluit ook uit dat het ongeboren kind onder de term 'anderen' in artikel 8 § 2 EVRM kan vallen, terwijl het EHRM dit principe elders wel had aanvaard (§31 van de dissenting opinion Pinto).<sup>43</sup> De kritiek op het zelfbeschikkingsrecht dient te worden bijgetreden: ieder mens verkrijgt zijn biologische identiteit van zijn verwekkers. En precies omdat de genetische identiteit zich bij elk kind bij de bevruchting vormt, is het **kind definitief onttrokken aan het zelfbeschikkingsrecht van diens biologische ouders**<sup>44</sup>. Commentatoren wijzen verder op de dubieuze formulering van de voorlaatste 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', alhoewel 'donatie' in de gebruikelijke, maar ook juridische zin van het woord, 'het kosteloos afstaan van een zaak of recht' inhoudt.

### b. Het EHRM-arrest [Paradiso en Campanelli tegen Italië van 24 januari 2017](#)

---

<sup>40</sup> Het arrest handelt over artikel 8 van EVRM; het eerste protocol en artikel 2 van het Oviedoverdrag met noot van 2 oktober 2015 door [Andreea Popescu](#) op de website van Village de la Justice.

<sup>41</sup> Artikel 8 EVRM luidt: §1. *Een ieder heeft recht op respect voor zijn privé leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.* §2. *Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.*

<sup>42</sup> Artikel 1 §1 van de Italiaanse wet 40/2004 stelt: 'Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana, è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, **che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito.**' (vertaling van de vet gedrukte tekst: 'op voorwaarde dat de rechten van alle betrokken rechtssubjecten verzekerd zijn, inbegrepen deze van het ongeboren kind').

<sup>43</sup> Rechter Pinto de Albuquerque in zijn dissenting opinion bij het arrest Parrillo (blz 50 en volgende). Voor de interpretatie van de term 'anderen': zie §§ 58-59 van het arrest Costa en Pavan tegen Italië van 28 augustus 2012.

<sup>44</sup> Zie artikel 17.1. a. van de **Aanbeveling nummer 874** (Eerste principe van het **Handvest van de Rechten van het Kind**, besproken in randnummer 11): **kinderen zijn** niet langer eigendom van de ouders, maar zijn **individuen met hun eigen rechten en noden** (vertaling)

Deze rechtszaak handelt eveneens over een beweerde schending van artikel 8 EVRM. Geconfronteerd met een onoplosbaar probleem van infertiliteit en aangezien de Italiaanse wet *'draagmoederschap'* verbiedt, sluit een Italiaans koppel in 2011 in Moskou een (vergoede) overeenkomst met een Russisch plaatsingskantoor voor draagmoeders. In de Russische geboorteakte was de Italiaanse vrouw onterecht genoteerd als moeder en haar partner als vader. Eens in Italië vraagt het koppel de overschrijving van de geboorteakte bij de burgerlijke stand. Intussen had het parket een onderzoek geopend en een DNA-onderzoek bevolen op aanwijzing van de Italiaanse ambassade in Moskou die de geboorteakte als een vervalsing beschouwde. Bovendien was gebleken dat het koppel 50.000 € betaalde aan het Russische kantoor... Als uit het DNA-onderzoek blijkt dat het kind geen enkele biologische band had met de beweerde ouders, plaatst de rechter het kind in een pleeggezin in afwachting van de normale afwikkeling van een internationale adoptie.

De zogenaamde ['Grote Kamer'](#) van het Hof (17 rechters) oordeelt dat de Italiaanse rechter het privéleven van het koppel niet heeft geschonden door de **belangen van het kind** af te wegen tegen die van de wensouders en te besluiten dat er terecht kon worden gevreesd dat deze laatste het kind louter als instrument van eigen belang (persoonlijke ontwikkeling, sociale positie) gebruikten (§207). Zoals bij adoptie, veronderstelt een familieleven in de zin van het Verdrag het vooraf bestaan van een stabiel gezin. Het verdrag *'bevat geen enkel recht op ouderschap'* en stelt als principe dat *'het algemeen belang prevaleert op een ouderschapswens'* (§ 215). De weigering van het verzoek om een vervalste en onwettig opgestelde geboorteakte als rechtsgeldig te beschouwen was een bijkomend argument om de eis van het koppel af te wijzen en de Italiaanse staat in het gelijk te stellen.

Dit arrest handelt niet rechtstreeks over het ongeboren leven. Toch is het van groot belang omdat de rechter een stem geeft aan het jonge kind. Diens situatie verschilt weinig van die van een ongeboren kind. Het Hof treedt de Italiaanse rechter bij en neemt de **belangen** van de onfortuinlijke jongen ter harte en weegt ze af tegen de puur individuele verlangens van twee volwassenen, die het ouderschap claimen. De rechters laten het recht van elk kind om opgevoed te worden in een stabiel gezin prevaleren.

Tegelijk roept het arrest een halt toe aan uitwijkgedrag van burgers die in het buitenland op zoek gaan naar praktijken die in het eigen land bij wet verboden zijn (§ 203)<sup>45</sup>.

## V. Wat nooit wordt uitgesproken, uitspreken

18. Uit ons beknopte onderzoek blijkt dat de **kernvraag of en vanaf wanneer het infans de grondrechten bezit** waarvoor zo talrijke internationale teksten het opnemen in de meeste Europese landen eigenlijk **niet wordt gesteld**. Buiten de burgerrechtelijke context is de erkenning of de bescherming van ongeboren leven zeker niet onbestaande. Toch is die bescherming, die van land tot land verschilt, **bepert en fragmentarisch** te noemen. De rechters hebben **geen algemene richtlijn** omdat rechtstheoretisch de vraag naar de natuur van het embryo niet is gesteld noch beantwoord. Er bestaat ook veel weerstand om aan het infans rechtspersoonlijkheid toe te kennen, terwijl biologie en medische wetenschappen de zekerheid brachten dat **hetzelfde lichaam dezelfde persoonlijkheid draagt vanaf het begin**. De logische conclusie **dat rechtsbescherming derhalve begint op het moment dat het leven begint**, wordt nooit getrokken. Ons besluit is dat niet in de eerste plaats moet worden uitgekeken naar een apart statuut voor het infans. Om uit die impasse te geraken en het infans de plaats te geven die het in onze samenleving toekomt, is de uitwerking van een apart statuut naar onze mening niet prioritair. Wel de uitwerking van een **Algemeen**

---

<sup>45</sup> Zie randnummer 11 en de bespreking aldaar van de Aanbeveling nr 1046 (12<sup>e</sup> principe) dat dit aspect behandelt

**juridisch Kader van de menselijke persoonlijkheid dat het infans uitdrukkelijk opneemt onder verwijzing naar zijn biologische status.** Dit Kader moet ook aandacht hebben voor mogelijk uitwijkgedrag naar buurlanden.

19. In grote lijnen kan dit Kader als volgt verwezenlijkt worden:

a. elk persoon, **ongeacht de levensvatbaarheid of kwaliteit van zijn leven**, bezit **vanaf zijn verwekking** de volgende **persoonlijkheidsrechten** die zijn levensstaat onmiddellijk aanbelangen, namelijk: 1. het recht op leven; 2. het recht op bescherming van de fysieke of geestelijke integriteit en 3. het recht op de best mogelijke zorgen <sup>46</sup>.

Deze rechten zijn **universeel, buiten de handel en niet in geld waardeerbaar**. Ze zijn de concretisering, in het interne recht, van mensenrechten. Het recht dient ze **vanaf de verwekking** in bescherming te nemen als positieve injunctie, maar het infans evenzeer te vrijwaren als foutief of onopzettelijk handelen ze bedreigen. Vanzelfsprekend kan enkel de wet daarvan afwijken.

Behoudens **wettelijke** uitzonderingen dus en aangezien het om de menselijke persoon gaat, hebben ze de **verwekking als vertrekpunt, namelijk het moment waarop het nieuwe leven is ontstaan** <sup>47</sup>.

b. **Vermogensrechten** (waarover het goederen-, verbintenissen- en aansprakelijkheidsrecht handelen) en de **vermogensrechtelijke aspecten van de persoonlijkheidsrechten** (bijvoorbeeld: de schadevergoeding voor moreel leed in hoofde van het kind) blijven bij wet ondergeschikt aan de **voorwaarde van levensvatbare geboorte**. De vermogensrechten vereisen dus tegelijk het bestaan van de begunstigde op het moment dat het recht hem toevalt en een levende geboorte. De oorzaken die de geboorte eventueel



<sup>46</sup> Deze 'vitale grondrechten' worden door rechtsleer en rechtspraak (EHRM) als **persoonlijkheidsrechten** geacht inherent verbonden te zijn aan de menselijke persoon. Zie Yves-Henri Leleu et Gilles Genicot '*Le statut juridique du corps humain, Rapport belge*', 2009, nr 3 blz 4. Zie ook het [Handvest van de grondrechten](#) van de EU aangenomen op 12 december 2000 : art 2: 'Eenieder heeft **recht op leven**' - art 3: '*Eenieder heeft recht op lichamelijke en geestelijke integriteit*' - art 24 : '*Kindereen hebben recht op de bescherming en de zorg die nodig zijn voor hun welzijn*'. Zoals voorzien in internationale verdragen, slaat het **recht op de best mogelijke zorgen** voor embryo en foetus niet alleen op de **medisch noodzakelijke zorgen**, maar evenzeer op het **recht om zijn verwekkers te kennen en te worden opgevoed in een stabiel gezin**.

<sup>47</sup> Artikel 1 van het Kinderrechtenverdrag en de meeste wetgevingen definiëren de minderjarige als '*de persoon die de leeftijd van achttien jaar niet heeft bereikt*' en hanteren als algemene regel de verwekking als vertrekpunt inzake bezit van staat, afstamming, minderjarigheid en vertegenwoordiging van een minderjarig kind.

in de weg zouden staan zijn daarbij irrelevant, voor zover zij worden bewaakt door het straf- of internationaal recht. De wettelijke verankering hier zijn de artikelen 725 en 906 BW.

Doordat enerzijds de persoonlijkheidsrechten niet bij wet, maar door rechtsleer en rechtspraak zijn omschreven en universeel zijn en het Algemeen Kader anderzijds niets wijzigt aan de voorwaarden voor de verkrijging van vermogensrechten (bestaan en levende geboorte), kan het in de rechtsstelsels gebaseerd op de Code civil worden ingepast. De invoering van een dubbel aanknopingspunt als vertrekpunt voor rechtsregeling (verwekking of geboorte) behoeft dus in principe geen wetswijziging en wordt door internationale verdragsbepalingen afgedekt.

De beoogde rechtsbescherming van de ongeboorene als levende persoon komt niet in tegenspraak met andere wetsbepalingen, zoals bijvoorbeeld inzake zwangerschapsafbreking: het gaat om strafopheffingsbepalingen voor handelwijzen, die, buiten de beoogde context, strafbaar blijven. Handelingen die het prille menselijk leven of de fysieke integriteit ervan bedreigen dan wel tekortkomingen zijn aan een wettelijke zorgplicht, dienen strafbaar te zijn **ongeacht de levensvatbaarheid of kwaliteit van dat leven**.

## VI. Naschrift

**20.** Een tweeling waarvan het éne kindje strafrechtelijk beschermwaardig zou zijn, het andere niet; een kindje dat sterft in de moederschoot door gebrek aan medische zorgen; embryo's die worden geschonken of besteld in het buitenland... De rechters, geconfronteerd met praktijkgevallen **waarin andere dan patrimoniale belangen prevaleren**, stappen daarom uit billijkheid af van de regel dat om rechten te hebben men moet geboren worden of zijn. Het wordt dan goed duidelijk dat de menselijke natuur niet fictief is, noch een metafysische hypothese. Wat mij betreft is de retroactieve toekenning van de rechtspersoonlijkheid bij de geboorte een artefact uit een ver verleden, dat ik durf te vergelijken met het tijdperk dat de afschaffing van de burgerlijke dood voorafging <sup>48</sup>.

**Het recht op leven begint als het leven begint.** Het behoort tot de opdracht van de rechtsleer of de wetgever om dit gegeven in het Algemeen Kader van de (juridische) persoonlijkheid te integreren. Kiezen voor de mens raakt de essentie van een beschaving en is een basiswaarde van elke democratische samenleving. Het brengt vrede en maatschappelijke rust. <sup>49</sup>

December 2018

---

<sup>48</sup> 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 artikelen 22 tot 33 BW, wet van 15 december 1949)

<sup>49</sup> **Eerste Overweging van de Preambule van het UNO-Verdrag inzake de Rechten van het Kind van 20 november 1989:** 'Overwegende dat, in overeenstemming met de in het Handvest van de Verenigde Naties verkondigde beginselen, erkenning van de waardigheid inherent aan, alsmede van de **gelijke en onvervreembare rechten van alle leden van de mensengemeenschap de grondslag is voor vrijheid, gerechtigheid en vrede in de wereld**'.