https://boeken.medische-ethiek.nl/hoofdstuk-iii-de-juridische-status-van-het-embryo/
Versie/version: 23 maart 1994

Hoofdstuk III: De juridische status van het embryo

door dr. M. de Blois (1)
Hoofdstuk III uit "Wat is menswaardige gezondheidszorg ?", onder redactie van prof.dr. W.J. Eijk en prof.dr. J.P.M. Lelkens, Colomba Oegstgeest, 1994

1. Inleiding

Nadenkend over de plaats van de jurist in een discussie over medisch-ethische onderwerpen, schiet mij het puntdicht van P.A. de Génestet te binnen: "Wees u-zelf, zei ik tot iemand; Maar hij kon niet: hij was niemand." (2) Het is de vraag of de jurist nog wel een eigen gezicht heeft als het om vragen betreffende de status van het embryo gaat. Is het niet zo dat hij te rade gaat bij de medicus waar het om de feiten gaat, terwijl hij de ethicus consulteert als de normen in het geding zijn?

Het is langzamerhand niet meer ongebruikelijk dat de rechter als deskundigen medici en ethici oproept in een proces betreffende de vragen op het terrein van de rechtspositie van het menselijk embryo. Heeft hij dan zelf niets meer te zeggen? Of is zijn taak slechts, door zijn machtswoord gelding te verlenen aan wat "medisch-ethisch gesproken" gangbaar is? De organisatoren van dit symposium hebben in ieder geval de behoefte gevoeld naast de medicus en de ethicus een jurist aan het woord te laten. Het is aan de toehoorders om te beoordelen of hij inderdaad iemand is.

2. Recht en moraal

Het is goed meteen gelijk aan het begin duidelijk te maken dat het recht nooit in zuivere vorm aanwezig is. Het is niet alleen steeds verbonden met de maatschappelijke werkelijkheid, maar vertoont ook steeds de trekken van morele overtuigingen van degenen, die geroepen zijn rechtsregels op te stellen of uit te leggen en toe te passen, kortom van de wetgevers, rechters en bestuurders.

Dat komt natuurlijk heel duidelijk aan het licht als het gaat om een controversieel maatschappelijk probleem als de vraag naar de juridische status van het embryo. Een voorbeeld kan dit verhelderen.(3) Een aantal jaren geleden moest de Inter-Amerikaanse Commissie voor de rechten van de mens – die functioneert in het verband van de Organisatie van Amerikaanse Staten – zich uitspreken over de vraag of het in de Verenigde Staten van Amerika vigerende recht met betrekking tot de abortus in overeenstemming was met artikel I van de Amerikaanse Verklaring inzake de rechten en verplichtingen van de mens. Zoals bekend kende (en kent) het Amerikaanse recht een vrijwel ongebreidelde abortusvrijheid.

Artikel I van genoemde Verklaring begint als volgt: "Every human being has the right to life … ". De vraag was uiteraard of ook het leven van ongeboren kinderen hieronder begrepen zou kunnen worden. Vallen ongeboren kinderen onder het begrip everyone?

De meerderheid van de commissie beantwoordde deze vraag ontkennend. Daarbij werd verwezen naar de travaux préparatoires (voorgeschiedenis) van de Verklaring. Met name werd naar voren gebracht, dat een aanvankelijk voorstel om expliciet te verwijzen naar de bescherming van het leven vóór de geboorte het niet haalde.

Een minderheid van twee leden van de commissie kwam tot een andere conclusie blijkens de twee bij de uitspraak gevoegde dissenting opinions. Ook zij verwezen – onder andere – naar de travaux préparatoires. Het niet-opnemen van een expliciete verwijzing naar het recht op leven van de ongeborene was nooit expliciet gemotiveerd vanuit een ontkenning van dit recht. Ook een expliciete verwijzing naar ongeneeslijk zieken,

imbecielen en geesteszieken was in de loop van de onderhandelingen weggelaten zonder dat ook maar iemand er aan twijfelde dat aan deze mensen een recht op leven toekwam.

Het verschil tussen meerderheid en minderheid was uiteindelijk niet te herleiden tot een technisch-juridisch verschil van mening over de betekenis van de ontstaansgeschiedenis van de Verklaring voor de uitleg daarvan. De fundamenteel andere keuze was ten diepste ingegeven door een verschil in mensvisie en de daaruit voortvloeiende consequenties voor de interpretatie van het recht en de feiten (m.n. betreffende de biologische ontwikkeling van het menselijk leven). Dit wordt met name geïllustreerd door de volgende passage uit de *dissenting opinion* van Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra:

"The intentional and illegal interruption of the physiological process of pregnancy, resulting in the destruction of the embryo or death of the fetus, is unquestionably an offense against life and, consequently, a violation of Article 1 of the American Declaration of the Rights and Duties of Man. The maternal womb in which the flame of life is lighted is sacred and may not be profane to extinguish what God has created in his image and in his likeness." (4)

Het is overigens betrekkelijk zeldzaam dat een rechter of een lid van een internationaal toezichthoudend orgaan zich zo duidelijk uitspreekt. De gegeven illustratie maakt in ieder geval duidelijk dat een juridische opinie niet slechts te maken heeft met "zuiver juridische" overwegingen, maar steeds ook met overwegingen van meta-juridisehe aard.

3. Probleemstelling

Tegen deze achtergrond kom ik toe aan mijn eigenlijke probleemstelling. Mij is gevraagd in te gaan op de juridische status van het embryo. Ik versta hier onder embryo de mens-in-zijn-ontwikkeling vanaf de conceptie tot aan de geboorte. De vraag naar de juridische status van het embryo wil ik in de eerste plaats beantwoorden aan de hand van het internationale recht inzake de rechten van de mens. Dit om een tweetal redenen. In de eerste plaats omdat de rechten van de mens, zoals verankerd in internationale rechtsbronnen, de uitdrukking vormen van fundamentele rechtsbeginselen van morele signatuur, die ten grondslag liggen aan onze rechtsorde. In de tweede plaats geeft hun internationale status aan dat zij (voorzover voor Nederland verbindend) in rang vóórgaan boven het nationale recht. Zij kunnen vaak rechtstreeks worden ingeroepen voor de nationale rechter, terwijl nationale bepalingen die daarmee strijdig zijn buiten toepassing moeten worden gelaten (vgl. art. 93 en 94 GW.).

Mijn voordracht zal zich dan ook in eerste instantie richten op de vraag naar het subject van de mensenrechten aan de hand van de internationale bronnen. Kan het embryo als zodanig erkend worden? Daarna volgt een toespitsing op de Nederlandse rechtsorde. Onze nationale bepalingen moeten immers met de internationale in overeenstemming zijn. Internationale rechtsnormen inzake de rechten van de mens hebben het karakter van minimumnormen (vgl. bijv. art. 60 EVRM). Zij verhinderen niet dat nationale rechtsnormen een verdergaande bescherming beogen. Ook daarom is het van belang in te gaan op het nationale recht.
Zoals te doen gebruikelijk volgen de slotopmerkingen aan het eind.

4. Het subject van de mensenrechten

a. Algemeen

Artikel 1 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens luidt als volgt: *"All human beings are born*

free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of brotherhood."

De Universele Verklaring (UV) zet met deze eerste bepaling gelijk de toon, als het om de vraag naar het subject van de mensenrechten gaat. Deze rechten komen toe aan elke mens. Zij zijn verbonden met het menszijn als zodanig, los van enige nadere kwalificatie van sociale of politieke aard. Dit wordt bevestigd door de volgende artikelen van de UV, waarin steeds sprake is van een ieder als suhject van de daarin opgenomen rechten. Wat geldt voor de UV is ook van toepassing op de mensenrechtenverdragen, die als een juridisch bindende uitwerking daarvan gezien kunnen worden.

Als voorbeeld noem ik artikel 2 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, waarvan de aanhef als volgt geformuleerd is: *"Everyone's right to life shall be protected by law."* In dezelfde trant bepaalt artikel 6 van het Internationale verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (tot stand gekomen in VN-kader): *"Every human being has the inherent right to life. "* Het is de vraag of deze algemene aanduidingen van het subject van de rechten van mens ook ongeborenen omvat.

Uitgaande van de algemene aanduiding kan men natuurlijk stellen dat dat zonder meer het geval is. Het is immers een biologisch vaststaand feit dat de zelfstandige ontwikkeling van de menselijke persoon aanvangt met de conceptie, dat wil zeggen met de versmelting van eicel en zaadcel. Vanaf dat moment is er sprake van een human being. In de woorden van de bekende geneticus Lejeune: *"It has been shown that all the genetic qualities of the individual are already present in that first cell, that the embryo, seven days af ter fertilization ... emits a chemical message that stops the menstruation of his mother ... that at twenty days after fertilization ... his heart (as large as a grain of wheat) begins to beat ... at two months ... he already has human form completely: he has a head, he has arms, he has his fingers and toes ... and even the lines on his hands drawn ... and between the second and third month ... the fingerprints are already indicated ... and will not change to the end of his life ... at three months he is already able to close his eyes, to clench his fists, and if at that moment his upper lip were caressed with a thread, he would make a face ... A human being exists ... there is no doubt about that ... The fetus is a human being. Genetically he is complete. This is not an appearance; it is a fact."* (5)

De vanzelfsprekende relatie tussen de biologische gegevens en de normatieve conclusie die wij in dit citaat aantreffen wordt helaas niet door een ieder gelegd. Het zou daarom belangrijk zijn dat de verdragen inzake de rechten van de mens, en met name de bepalingen inzake het recht op leven daaruit, expliciet zouden maken dat dit recht ook toekomt aan de ongeborene. Op één uitzondering na treffen wij een zodanige uitdrukkelijke verwijzing niet aan. Die ene uitzondering is te vinden in artikel 4 van de Amerikaanse Conventie voor de rechten van de mens, dat ten aanzien van het recht op leven bepaalt, dat dit door de wet moet worden beschermd "*and, in general, from the moment of conception.*" Dit verdrag is echter voor Nederland niet van belang.

In een van de voor Nederland relevante verdragsbepalingen, artikel 6 BUPO-Verdrag, is wel een aanwijzing te vinden voor de bescherming van het recht op leven van de ongeborene. Ik doel met name op lid 5 van deze bepaling, dat de tenuitvoerlegging van de doodstraf op zwangere vrouwen verbiedt. Dit verbod is uiteraard gegeven ter bescherming van de ongeborene. (6) Dit blijkt ook uit de voorgeschiedenis van de bepaling. (7) Voor de interpretatie van het begrip "everyone" in het eerste lid van artikel 6 is dit van belang. Wanneer daaronder niet de ongeborene wordt begrepen, hebben we te maken met een niet te rechtvaardigen discriminatie. Het is immers ongerijmd het ongeboren kind van een ter dood veroordeelde moeder beter te beschermen dan het leven van het ongeboren kind van een moeder, die niet door de tenuitvoerlegging van de doodstraf wordt bedreigd. Helaas is deze voor de hand liggende systematische interpretatie geen gemeengoed.

Tenslotte moeten we ten aanzien van de algemene mensenrechtenverdragen, die voor Nederland van belang

zijn, vaststellen dat pogingen om bij de onderhandelingen over de tekst daarvan een expliciete verwijzing naar de bescherming van de ongeborene op te nemen, mislukt zijn. (8) Hierbij moet overigens bedacht worden dat aan de voorgeschiedenis van verdragen bij de uitleg – ten opzichte van de tekst en de context – slechts een aanvullende betekenis mag worden toegekend (zie artikel 32 van het Weens Verdragenverdrag).

b. Rechten van het kind

Behalve deze algemene instrumenten inzake de rechten van de mens, zijn voor onze vraagstelling de specifieke teksten inzake de rechten van het kind van belang. In de eerste plaats de Verklaring inzake de rechten van het kind, die in 1959 door de Algemene Vergadering van de VN is aanvaard. Dit is op zichzelf genomen geen bindende tekst. Hij kan echter gebruikt worden als een gezaghebbende bron bij de uitleg van andere, wèl verbindende teksten.

In de Preambule van de Verklaring lezen we dat “the child, by reason of his physical and mental immaturity, needs special safeguards and care, including *appropriate legal protection, before as well as after birth.*” Verder is het van belang te wijzen op het vierde beginsel van de Verklaring, dat ten aanzien van het kind stelt: “He shall be entitled to grow and develop in health; to this end, special care and protection shall be provided both to him and his mother, *including adequate prenatal and post-natal care.*“

Hoewel ook de opneming van een apart beginsel, met daarin de bescherming van het recht op leven vanaf de conceptie het bij de opstelling van deze Verklaring niet gehaald heeft, kunnen aan de geciteerde passages toch argumenten ontleend worden voor de erkenning van de ongeborene als subject van mensenrechten in het algemeen en van het recht op leven in het bijzonder.

Die argumenten kunnen we ook vinden in het Verdrag inzake de Rechten van het Kind, dat in 1989 – na een voorgeschiedenis van 11 jaar – tot stand gekomen is. (9) Nederland heeft dit verdrag nog niet geratificeerd, maar is wel van plan dit te doen. Voor onze vraagstelling is in de eerste plaats de preambule van belang. Het oorspronkelijke door Polen ingediende ontwerp voor een verdrag, kwam in belangrijke mate overeen met de tekst van de hierboven genoemde Verklaring, inclusief de verwijzing in de preambule naar de rechtsbescherming van het leven van de ongeborene. In het gewijzigde ontwerp, dat het uitgangspunt vormde voor de discussie in de werkgroep van de VN Commissie voor de rechten van de mens, belast met het opstellen van een ontwerp-verdrag, ontbrak die verwijzing. Het wekt dan ook geen verwondering dat verschillende delegaties, waaronder die van de Heilige Stoel, in de werkgroep een pleidooi voerden voor een verwijzing naar de bescherming van de ongeborene in de preambule. Daartegenover werd door met name de delegatie van de VS de “neutraliteit” van de tekst van het verdrag op het punt van de abortus benadrukt. Dit is opmerkelijk, aangezien de onderhandelingen plaatsvonden tijdens het presidentschap van Reagan en Bush, die toch steeds – voor binnenlands publiek – een pro-life standpunt uitdroegen. Daarbij moet bedacht worden dat in de VS de president verantwoordelijkheid draagt voor het buitenlands beleid.

Uiteindelijk is – met name dankzij de inspanningen van de Bondsrepubliek Duitsland – in de definitieve tekst van de preambule van het verdrag een letterlijk citaat van de preambule van de Verklaring opgenomen, met daarin de verwijzing naar de rechtsbescherming van de ongeborene. In verband daarmee deed zich wel een bijzonderheid voor. De voorzitter van de betreffende werkgroep liet in de travaux préparatoires van het verdrag opnemen dat de betreffende alinea niet
het doel heeft op de uitleg van artikel 1 van het verdrag (recht op leven) of van enige andere bepaling te prejudiciëren. De status van deze wel zeer ongebruikelijke verklaring is onzeker. Het is de vraag of daarmee aan de preambule de bij de uitleg van een verdrag gebruikelijke functie kan worden ontnomen.

Krachtens artikel 31 van het Weens Verdragenverdrag dient de uitleg van een verdrag in overeenstemming te

zijn met de gewone betekenis van de daarin gebruikte begrippen in hun context en in het licht van voorwerp en doel van het verdrag. Blijkens het tweede lid van deze bepaling omvat de context uitdrukkelijk ook de preambule van een verdrag. Naast deze algemene interpretatieregel noemt artikel 32 van het Verdragenverdrag een aantal aanvullende middelen die bij de uitleg van verdragen gebruikt kunnen worden, waaronder de travaux préparatoires. Deze aanvullende middelen komen echter pas aan de orde wanneer de uitleg overeenkomstig artikel 31 de betekenis van een verdragsbepaling dubbelzinnig of duister laat, of wanneer die uitleg leidt tot een resultaat dat duidelijk ongerijmd of onredelijk is. Daaruit volgt, naar mijn oordeel, dat bij de uitleg de preambule duidelijk voorrang heeft boven de travaux préparatoires. De genoemde verklaring van de voorzitter kan dan ook aan de betekenis van de preambule niets af doen. Dit lijkt mij een belangrijke vaststelling omdat daarmee een uitleg van het verdrag, waarbij uitgegaan wordt van de rechtsbescherming van het ongeboren kind, voor de hand ligt.

Dit is in de eerste plaats van belang voor artikel 1 van het Verdrag, dat omschrijft wat onder het begrip “kind” moet worden verstaan. Aanvankelijk was voorgesteld daarin op te nemen, dat daaronder een mens vanaf het moment van zijn geboorte tot zijn 18e levensjaar (of de meerderjarigheid) zou moeten worden begrepen. Tegen deze uitdrukkelijke uitsluiting van de bescherming van de ongeborene rees verzet. Uiteindelijk werd besloten het “beginpunt” open te laten en de bepaling stelt nu, dat: “for the purposes of the present Convention a child means every human being below the age of 18 years unless, under the law applicable to the child, majority is attained earlier.”

Deze bepaling, gecombineerd met de ondubbelzinnige verwijzing in de Preambule levert belangrijke argumenten voor de rechtsbescherming van de ongeborene, al zou een expliciete verwijzing naar het moment van de conceptie, als startpunt van de bescherming, nog beter zijn geweest.

Andere bepalingen in het Verdrag bieden geen duidelijke aanknopingspunten voor de bescherming van het ongeboren kind. Helaas is een aanvankelijk voorstel om in de bepaling over pre- en post-natale gezondheidszorg te verwijzen naar de zorg voor moeder én kind niet aangenomen. Nu wordt in die bepaling (artikel 24 lid 2(d) slechts gewag gemaakt van de zorg voor de moeders.

Samengevat kunnen we vaststellen dat er in het Verdrag inzake de Rechten van het Kind belangrijke aanknopingspunten te vinden zijn voor de erkenning van de rechten van de ongeborene.

c. Internationale jurisprudentie

Van de verdragsteksten zou ik nu willen overgaan naar de bespreking van een aantal uitspraken van een internationaal orgaan, belast met het toezicht op de naleving van de rechten van de mens: de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens. Helaas geven deze maar weinig aanknopingspunten voor een juridische bescherming van het embryo.

In de eerste plaats noem ik de zaak van Paton tegen het Verenigd Koninkrijk, waarin de Commissie zich uitsprak over de in het Verenigd Koninkrijk vigerende abortuswetgeving. (10) Een opmerkelijk gegeven van deze ontvankelijkheidsuitspraak is, dat voor wat betreft de procedure aan de ongeborene, in zekere zin rechtssubjectiviteit werd toegekend. Artikel 25 EVRM behoudt het klachtrecht voor aan degenen die kunnen claimen slachtoffer te zijn van een schending van de Conventie. Nu is het in geval van een abortus onmogelijk voor het directe slachtoffer om een klacht in te dienen. In de jurisprudentie heeft de Commissie het slachoffer-begrip geleidelijk aan uitgebreid door o.a. de figuur van het indirecte slachtoffer. Dat is iemand die door een (beweerde) schending van de Conventie ten aanzien van een ander persoonlijk getroffen wordt. De aanwezigheid van een indirect slachtoffer veronderstelt dus dat er ook een direct slachtoffer is, dat niet in de gelegenheid is zelf een klacht in te dienen. In casu werd aanvaard dat de vader van de ongeborene, wiens leven

door een abortus beëindigd was, als indirect slachtoffer een klacht kon indienen. Impliciet werd daarmee de slachtoffer-status van de ongeborene erkend.

Voor wat betreft de uitleg van artikel 2 van de Conventie (recht op leven) heeft de Commissie deze lijn niet doorgetrokken. Bij de uitleg van het begrip “everyone” in die bepaling stond de Commissie in de eerste plaats stil bij de systematiek van de Conventie. Overwogen werd dat het genoemde begrip in de meeste bepalingen van de Conventie alleen betrekking kon hebben op reeds geboren mensen. Vervolgens stelde de Commissie dat de samenhang van de verschillende onderdelen van artikel 2 ook wees in de richting van een uitleg, waarbij het begrip “everyone” zou duiden op reeds geboren mensen. De in die bepaling voorziene uitzonderingen op het recht op leven (zoals bijvoorbeeld de doodstraf) zouden naar hun aard slechts betrekking kunnen hebben op reeds geboren mensen.

Verder overwoog de Commissie dat wanneer de ongeborene onder de bescherming van artikel 2 zou vallen, dit zou betekenen dat het recht op leven van de ongeborene een absoluut karakter zou krijgen, zodat zelfs in geval van gevaar voor het leven van de moeder, abortus niet zou zijn toegestaan. Artikel 2 bevat immers niet een daarop toegesneden uitzonderingsgrond. Dit werd door de Commissie als onaanvaardbaar beschouwd. De Commissie kwam tot de conclusie dat er in artikel 2 in ieder geval geen absoluut recht op leven voor de ongeborene besloten lag. De vraag of er sprake was van een beperkte bescherming van het recht op leven voor de ongeborene onder artikel 2, of van geen enkele bescherming, liet de Commissie open. De abortus in casu, uitgevoerd in het beginstadium van de zwangerschap (10 weken) vanwege de bescherming van de fysieke of psychische gezondheid van de moeder, was in ieder geval niet in strijd met artikel 2. Op de door de Commissie gevolgde redenering valt heel wat aan te merken. Terwille van de omvang van deze bijdrage verwijs ik daarvoor naar mijn eerder genoemde artikel.

In de meest recente beslissing van de Commissie inzake een geval van abortus vinden we een aantal belangrijke elementen uit de eerdere beslissing terug. (ll) Daarnaast komen we een aantal nieuwe aspecten tegen. In deze nieuwe zaak ging het om de Noorse abortuswetgeving. De klacht werd ingediend door een vader van een aanvankelijk ook door de moeder zeer gewenst kind. Tijdens een bezoek aan Israël hadden de ouders drie bomen geplant: voor het kind en de beide ouders elk een. Bij terugkeer in Noorwegen veranderde de moeder van gedachten en liet het kind (na een zwangerschap van ruim 14 weken) aborteren conform de daartoe in Noorwegen geldende procedure. De redenen daarvoor waren niet van medische, maar van sociale aard. De abortus werd uitgevoerd door middel van de toediening van een medicijn aan de moeder, waardoor de “geboorte” op gang kwam. Het kind zou onder die omstandigheden “stikken” (de aanhalingstekens staan in de uitspraak).

De beslissing van de Commissie bevat een aantal nieuwe elementen in vergelijking met de Paton-zaak, al is er geen sprake van een principiële koerswijziging. Net zoals in de Paton-zaak laat de Commissie de vraag of een ongeborene aan artikel 2 enige bescherming kan ontlenen open. Zij voegt daar echter nu aan toe dat zij: “will not exclude that in certain circumstances this may be the case notwithstanding that there is in the Contracting States a considerable divergence of views on whether or to what extent Article 2 protects the unborn life.” (12)

Op zichzelf kan dit nauwelijks als een positief punt worden genoteerd. In verband met een van de meest fundamentele rechten van de mens kan men zich toch niet uitspreken voor slechts een zékere bescherming in bepáálde omstandigheden? Een opmerkelijk aspect van de beslissing in de Noorse abortuszaak is, dat ook geklaagd werd over een schending van artikel 3 EVRM: het verbod van foltering en van onmenselijke en vernederende behandeling of bestraffing. Het ging daarbij om de mogelijke pijn die de ongeborene geleden zou hebben bij het uitvoeren van de abortus. Deze klacht werd van de hand gewezen omdat de Commissie niet

beschikte over materiaal waaruit de pijn van de ongeborene zou blijken. Opmerkelijk is wel dat de Commissie impliciet lijkt aan te nemen, dat de ongeborene wel als subject van het in artikel 3 gegarandeerde recht beschouwd kan worden. Anders had de vraag of er een schending van deze bepaling aan de orde was toch niet aan de orde gesteld behoeven te worden? Dit lijkt niet in overeenstemming met het in het midden laten van de rechtssubjectiviteit van de ongeborene in de overwegingen met betrekking tot artikel 2.

Samenvattend moeten we vaststellen dat de beide beslissingen, waarin de Commissie inhoudelijk op de vraag naar de rechtsbescherming van de ongeborene ingaat, weinig aanknopingspunten bieden voor de erkenning van de ongeborene als subject van mensenrechten. Ik betreur dat. De Commissie heeft besloten deze zaken in de ontvankelijkheidsfase te laten stranden, daar de klachten als kennelijk ongegrond niet-ontvankelijk werden verklaard (art.27). Daarmee is de weg naar het Europese Hof voor de rechten van de mens afgesneden. Een gezaghebbende uitspraak van dit college op het punt van de rechtsbescherming van de ongeborene behoeven we dus niet te verwachten. Dit temeer, nu het Hof in een recente uitspraak een gelegenheid om zich uit te spreken over de rechten van de ongeborene, onbenut heeft gelaten. Het ging daar om de vrijheid van meningsuiting in verband met in Ierland geldende restricties ten aanzien van informatie over abortus. Ter rechtvaardiging daarvan had de Ierse regering onder andere gewezen op het recht op leven van de ongeborene. Het Hof liet echter expliciet de vraag of artikel 2 bescherming biedt aan het recht op leven van de ongeborene onbeantwoord. (13)

5. Nationaal recht

Na een vogelvlucht over het voor Nederland relevante internationale recht, komen wij toe aan een bespreking van de vraag naar de rechtsbescherming van de ongeborene in het nationale recht. Dit dient zich te bewegen binnen de door het internationale recht getrokken grenzen. Deze grenzen hebben zoals gezegd het karakter van minimumnormen, die een verdergaande rechtsbescherming van de ongeborene niet uitsluiten.

a. Grondwet

Wanneer wij ons allereerst concentreren op de Grondwet (Gw) moeten we vaststellen dat de oogst bijzonder schraal is. De Gw geeft nergens een definitie van het subject van de daarin opgenomen grondrechten. In verschillende bepalingen wordt verwezen naar “allen” of “een ieder” als subject van het betreffende recht, soms wordt slechts van “iedere Nederlander” gesproken. Het is niet duidelijk of onder “een ieder” ook de ongeborene begrepen wordt. De Gw kent ook geen bepaling inzake het recht op leven, zoals de hierboven genoemde verdragen, zodat we ook daarbij niet te rade kunnen gaan voor een nadere invulling van het subject daarvan.

De ongeborene komt slechts aan de orde in één van de bepalingen betreffende het koningschap, artikel 26: “Het kind waarvan een vrouw zwanger is op het ogenblijk van het overlijden van de koning, wordt voor de erfopvolging als reeds geboren aangemerkt. Komt het dood ter wereld, dan wordt het geacht nooit te hebben bestaan.” Aan deze bepaling wordt in het staatsrecht in het algemeen geen conclusie verbonden ten aanzien van de status van de ongeborene in het algemeen, los van de vraag of hij van koninklijken bloede is.

b. Burgerlijk recht

In het Burgerlijk Wetboek (BW) treffen we een bepaling aan die lijkt op het zojuist geciteerde voorschrift uit de Gw. Ik doel op artikel 2: “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.”

Aan deze bepaling wordt in het algemeen geen conclusie verbonden ten aanzien van de juridische status van de ongeborene in het algemeen. In het gezaghebbende commentaar van Asser-De Ruiter wordt gesteld dat het niet gaat om een uitbreiding van het begrip persoonlijkheid tot de ongeboren vrucht, maar om een fictie met betrekking tot het tijdstip van de geboorte. (14) Het levend-ter-wereldkomen is een vereiste voor de toepassing van deze bepaling. Over de betekenis van deze bepaling wordt overigens wel anders gedacht. Smits verdedigt in zijn proefschrift het standpunt, dat deze bepaling gezien moet worden als een mensenrecht, waarbij de rechtssubjectiviteit van de ongeborene erkend wordt. (15) Hetzelfde geldt voor De Bruijn-Lückers, die stelt dat deze bepaling als een fundamenteel rechtsbeginsel moet worden gezien, dat het recht op leven van de ongeborene garandeert. (16) Zij wijst op een uitspraak van de Haarlemse rechtbank (uit de zestiger jaren) dat onder de door artikel 2 BW beschermde belangen ook het belang valt van de ongeborene op een voorspoedige geboorte valt. Hierbij moet aangetekend worden dat deze uitspraak dateert van vóór de Wet Afbreking Zwangerschap (WAZ).

c. Strafrecht

Daarmee zijn wij toegekomen aan het strafrecht. De zojuist genoemde WAZ heeft zo goed als een einde gemaakt aan de bescherming van het leven van de ongeborene door middel van het strafrecht, zoals die voorheen bestond krachtens de in het Wetboek van Strafrecht (WvS) opgenomen strafbepalingen. Abortus provocatus staat nog steeds in artikel 296 WvS. Blijkens het vijfde lid van die bepaling is het echter niet strafbaar, wanneer de behandeling is verricht door een geneeskundige in een ziekenhuis of kliniek, waarin de “behandeling” volgens de WAZ mag worden verricht.

Dit brengt ons op de hoofdlijnen van deze wet. In de eerste plaats geldt, dat van het afbreken van de zwangerschap slechts sprake is vanaf het moment van de innesteling van het embryo. (17) Vervolgens wordt bepaald dat abortus provocatus alleen mag worden uitgevoerd in een ziekenhuis of kliniek met een vergunning. De WAZ verplicht verder tot het inachtnemen van een bedenktijd van 5 dagen tussen het indienen van het verzoek tot de abortus en de uitvoering daarvan. De WAZ bevat geen toetsbare inhoudelijke criteria, die aangeven in welke gevallen een abortus mag worden uitgevoerd en in welke niet, zoals wij dat in allerlei buitenlandse wetgevingen wel aantreffen (bijv. medische, sociale, eugenetische of criminele indicaties). De WAZ bepaalt slechts dat de handeling alleen mag worden uitgevoerd nadat, in een zorgvuldige besluitvorming, is vastgesteld dat “de noodsituatie van de vrouw deze onontkoombaar maakt”.

De daarbij behorende zorgvuldigheidseisen strekken ertoe te verzekeren, dat aan de vrouw voorlichting wordt gegeven over mogelijke andere “oplossingen” dan abortus. Verder is het de plicht van de arts zich ervan te vergewissen, dat het verzoek van de vrouw vrijwillig is gedaan na een zorgvuldige overweging en in het besef van haar verantwoordelijkheid voor het ongeboren leven en van de gevolgen voor haarzelf en de haren. Ook moet de arts de ingreep verantwoord achten. Daarnaast moet voorzien zijn in nazorg voor de vrouw, mede in de vorm van voorlichting over anti-conceptie. Tenslotte kent de WAZ een gewetensclausule, zodat artsen of verpleegkundigen niet gedwongen kunnen worden aan een abortus mee te werken ...

Het is goed hierbij nog op te merken dat de WAZ niet voorziet in een termijnstelling, zoals wij die in buitenlandse wetgevingen soms aantreffen. Alleen geldt, dat het afbreken van zwangerschappen van meer dat 13 weken alleen in bepaalde klinieken en ziekenhuizen mag plaats vinden. De enige grens ligt in feite bij de zelfstandige levensvatbaarheid van de ongeborene buiten de baarmoeder. Dit volgt uit artikel 82a WvS, waarin staat dat: “onder een ander, of een kind, bij of kort na de geboorte, van het leven beroven wordt begrepen: het doden van een vrucht die *naar redelijkerwijs verwacht mag worden* in staat is buiten het moederlichaam in leven te blijven.” Het lijkt erop alsof de rechtsbescherming hier een functie wordt van de ontwikkeling van de neonatologie!

Na dit overzicht van de inhoud van de Nederlandse wetgeving op het punt van de abortus provocatus is het goed ons de vraag te stellen naar het effect ervan. Is het waar dat de WAZ althans tot op zekere hoogte een beperking van de abortusvrijheid inhoudt, zoals rondom de totstandkoming van de WAZ wel eens is opgemerkt? Voor velen, waaronder de schrijver van deze bijdrage, was het vanaf het begin duidelijk dat de WAZ slechts een onmogelijk politiek compromis was, dat weliswaar de rechtsbescherming van de ongeborene beleed, maar waarvan geen enkele inperking van de abortuspraktijk kon worden verwacht. Mr. P.H.A.J Cremers, Advocaat-Generaal bij het Gerechtshof te Arnhem, concludeerde in 1990 in een lezing op de thema-dag van de VBOK, dat de WAZ niet geresulteerd heeft in het terugdringen van het aantal gevallen van abortus in Nederland. Hij wees in dat verband met name op de gebrekkige controle op de naleving van de voorwaarden van de WAZ. (18) In zijn Preadvies voor de vergadering van de Nederlandse Juristenvereniging in 1993 over het “Manipuleren met leven” (19), concludeert E.Ph.R. Sutorius naar aanleiding van de WAZ: “van rechtsbescherming van het embryo is (...) eigenlijk geen sprake.” (20)

Hij baseert zijn conclusie met name op het ontbreken van een specifieke indicatiestelling. De omschrijving “indien de noodsituatie van de vrouw deze onontkoombaar maakt” is zeer rekbaar. Bovendien ontbreekt een specifieke strafsanctie op overtreding van de norm, waarin deze vage omschrijving is opgenomen.

6. Slotopmerkingen

Ik vrees dat de conclusie van Sutorius ten aanzien van de WAZ moet gelden ten aanzien van het Nederlandse recht als zodanig. Ook voor wat betreft het voor Nederland relevante internationale recht zijn mijn conclusies niet erg hoopvol. Er zijn weliswaar aanknopingspunten voor de erkenning van de rechtsbescherming van de ongeborene, maar deze zijn helaas zeer omstreden. Dat geldt ook voor de naar mijn oordeel vrij sterke argumenten, die ontleend kunnen worden aan het verdrag inzake de rechten van het kind. Dus ook wanneer dit verdrag in werking zal treden, zal er wellicht in de rechtspraktijk niets veranderen.

Om toch niet al te somber te eindigen is het goed nog te wijzen op het thans bij de Tweede Kamer voorliggende wetsvoorstel inzake handelingen met menselijke embryo’s en geslachtscellen. (21) Hierin wordt voorgesteld experimenten met embryo’s aan banden te leggen. Het is blijkens artikel 4a met name verboden om:
a. een menselijke kloon te doen ontstaan;
b. een menselijke en dierlijke geslachtscel samen te brengen gericht op het doen ontstaan van een meercellige hybride;
c. een menselijke en dierlijke embryonale cel samen te brengen gerlcht op het doen ontstaan van een chimère;
d. een embryo in te brengen in de baarmoeder van een dier;
e. een samensmelting van dierlijke geslachtscellen in te brengen in de baarmoeder van een mens;
f. in te grijpen in het genetisch materiaal van een geslachtscel of een embryo;
g. een embryo buiten de baarmoeder, dat zich langer dan veertien dagen heeft ontwikkeld, voor onderzoek of anderszins te gebruiken;
h. een embryo te doen ontstaan door samensmelting van geslachtscellen waarmee wetenschappelijk onderzoek is verricht;
1. een embryo te doen ontstaan met het oog op het daarmee verrichten van wetenschappelijk onderzoek.

In artikel 4b wordt de mogelijkheid geopend om bij algemene maatregel van bestuur te bepalen dat, gedurende maximaal twee jaar, wetenschappelijk onderzoek met door ivf tot stand gebrachte embryo’s wordt verboden. Het lijkt erop dat dit ontwerp een aantal elementen bevat, die vanuit het oogpunt van de rechtsbescherming van de ongeborene en het respect voor het menselijk leven als zodanig positief te noemen zijn, al zou het wenselijk zijn geweest wanneer elke vorm van wetenschappelijk onderzoek met embryo’s zonder therapeutisch

karakter op ondubbelzinnige wijze verboden was. Blijkens de Memorie van Toelichting heeft de beschermwaardigheid van het menselijk leven vanaf het moment van de bevruchting voorop gestaan.

“De opvatting dat embryo’s bescherming verdienen leeft in brede lagen van de bevolking. Zij is dikwijls gegrond op een emotionele notie, een verbazing over het wonder van het leven, die in respect en piëteit voor dit wonder tot uitdrukking komt. Meer rationeel is de constatering, dat vanaf het moment van de bevruchting het embryo kan uitgroeien tot een individu dat onverwisselbaar is met elk ander individu. Alle (genetische) informatie voor de ontwikkeling tot een volwassen mens is aanwezig. Eerbied voor en bescherming van het menselijk leven ook in dit ontwikkelingsstadium en in deze verschijningsvorm is daarom naar onze mening geboden. De waardigheid en daarmee beschermwaardigheid van de mens, c.q. het menselijk leven, kunnen immers niet afgemeten worden aan de mate waarin zich de geestelijke en lichamelijke vermogens hebben ontwikkeld, noch de wijze waarop zij zich hebben ontwikkeld.” (22)

Prachtige woorden, die mijn hartelijke instemming krijgen! Het lijkt wel alsof er sprake is van een wezenlijke verandering in de morele uitgangspunten van het overheidsbeleid ten gunste van de bescherming van de ongeborene. Toch twijfel ik daar ernstig aan, wanneer ik denk aan de abortuspraktijk en het ontbreken van ook maar enige aanwijzing, dat men voornemens is de wetgeving terzake fundamenteel te wijzigen. Mooie woorden zijn niet genoeg om een daadwerkelijke rechtsbescherming van het embryo te verzekeren!

Noten

1. Matthijs de Blois is als universitair docent verbonden aan de Vakgroep Rechtstheorie/Encyclopedie van de Faculteit Rechtsgeleerdheid aan de Universiteit Utrecht.
2. P.A. de Génestet, De dichtwerken, Amsterdam 1873, p.311
3. Zie voor dit voorbeeld Res. 23/81 in zaak 2141 van 6 maart 1981 (“Baby Boy” abortion case) van de Inter-Amerikaanse Comnlissie voor de rechten van de mens, Human Rights Law Journal 1981, pp. 110-130
4. idem p.123
5. Aangehaald in de Dissenting Opinion van Dr. Luis Demetrio Tinoco Castro bij de eerder genoemde beslissing van de Inter-Amerikaanse Commissie voor de rechten van de mens in de “Baby-boy” zaak, Human Rights Law Journal 1981, p. 127
6. Zie voor soortgelijke bepalingen uit het humanitair oorlogsrecht: Artikel 76 lid 3 van het Eerste Protocol bij de Geneefse Conventies (1977) en artikel 6 lid 4 van het Tweede Protocol bij de Geneeefse Conventies (1977).
7. Zie m.n.: The drafting history of Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, Note by the editor, in: B.G. Ramcharan (editor), The Right to life in International Law, pp. 42-56, op p. 45
8. Zie daarover het proefschrift van P.W. Smits, The right to life of the unborn child in international documents, decisions and opinions, Bedum 1992, pp. 17-27
9. Zie hierover uitvoeriger mijn bijdrage: Rechten voor het ongeboren kind? in Mededelingenblad van de Juristenvereniging Pro Vita, februari 1990, pp.19-21
10. Zaak 8416/79, D&R 19, p.244. Zie hierover mijn bijdrage “Abortus en artikel 2 van de Europese Conventie voor de rechten van de mens”, NJB 1981, pp.141¬150.
11. Zaak 17004/90, H tegen Noorwegen. Zie daarover mijn bijdrage “Opnieuw: abortus en artikel 2 EVRM” in Pro Vita maart 1993, pp. 17-22
12. idem p.18
13. Arrest van 29 oktober 1992 in de zaak van Open Door and Dublin Well Woman v.Ireland, Series A no. 246
14. Asser-De Ruiter, Personen- en Familierecht, Zwolle 1988, p.4
15. P.W. Smits, a.w., pp.288-289
16. M.L.C.C. de Bruijn- Lückers, Baas in eigen buik en de grondrechten, NJCM Bulletin 1986, p. 599

17. Vgl. P.H.A.J. Cremers, Is abortus een overheidszaak? (De niet-remmende werking van de wet), VBOK Themadag IX, 15 september 1990, PR-publikatie nr. 20, pp .22- 38, op p .24
18. P.H.A.J. Cremers, a.w ..
19. Zwolle 1993
20. op p. 239
21. Hand. 11, 1992-1993, 23016, nrs.1-3
22. Hand. 11, 1992-1993, 23016, nr.3, p.1 en 2

Overgenomen met toestemming van uitgeverij Colomba.