

# De juridische 'status' van het embryo: een op drift geraakte fictie

*Dr mr W. van der Burg*

Volgens de heersende leer in het gezondheidsrecht krijgt het embryo eerst vanaf de innesteling, 14 dagen na de conceptie, een juridische bescherming in de vorm van een 'status nascendi'. Deze 14–dagengrens berust echter op een onjuiste interpretatie van de fictie van art. 2: 1 BW. Hiermee vervalt het voornaamste wettelijke aanknopingspunt voor de huidige juridische doctrine rond embryo's. De idee van een groeiende beschermwaardigheid blijkt dan eveneens moeilijk houdbaar; er is slechts een zeer beperkte en gedifferentieerde bescherming. Het embryo in vitro is zelfs geheel vogelvrij. Deze rechtsdogmatische kritiek heeft belangrijke implicaties voor de juridische beoordeling van experimenten met embryo's. Nu een beroep op analogieredeningen niet mogelijk is om de lacune in het recht op te vullen, is adequate wetgeving dringend noodzakelijk.

## 1. Inleiding <sup>1</sup>

De ontwikkeling van de reageerbuisbevruchting stelt de samenleving voor een moeilijk probleem: wat mag men doen met menselijke embryo's in vitro? Is ermee experimenteren toelaatbaar? Mogen ze speciaal worden gecreëerd met het oog op onderzoek? Mag men ze gebruiken als 'weefselbank' voor transplantaties, bijvoorbeeld bij Parkinson–patiënten?

Rond deze problematiek zijn de laatste decennia tal van rapporten, artikelen en boeken verschenen. In de maatschappelijke en ethische discussies zijn verschillende standpunten te onderscheiden. <sup>2</sup> In sommige opvattingen is het embryo vanaf de conceptie volledig of in hoge mate beschermwaardig en mag er daarom geen enkele vorm van niet–therapeutisch onderzoek mee plaatsvinden. Aan de andere kant zijn er ethici die menen dat tot aan het moment dat het zenuwstelsel zich ontwikkelt of zelfs tot aan de levensvatbaarheid, de beschermwaardigheid zeer gering is, zodat men met jongere embryo's – binnen bepaalde randvoorwaarden – mag experimenteren.

Momenteel heeft in de meeste Westerse landen een tussenpositie de overhand. Hierbij gaat men uit van een groeiende beschermwaardigheid van het embryo. <sup>3</sup> Daarbij hebben er in de continue ontwikkeling enkele tijdstippen een bijzondere morele betekenis: de conceptie, de voltooide nidatie of innesteling (14 dagen na de conceptie <sup>4</sup>), de levensvatbaarheid (rond 24 weken) en de geboorte. (Overigens is het eigenlijk misleidend om van 'tijdstippen' te spreken: zo kan de conceptie 24 uur duren en de nidatie vijf dagen.) Bij elk van deze tijdstippen is er een schoksgewijze toename van de beschermwaardigheid. Met name de 14–dagengrens is in deze opvatting van groot belang. Rond dit tijdstip is zowel de innesteling in het lichaam van de moeder voltooid als de individuatie, dat wil zeggen dat vanaf dat moment er sprake is van één individu, dat niet meer kan splitsen in een tweeling. <sup>5</sup> Op

deze grond wordt bijvoorbeeld in diverse officiële rapporten <sup>6</sup> het experimenteren met embryo's in vitro slechts toelaatbaar geacht tot 14 dagen na de conceptie.

De 14–dagengrens is zelfs reden voor een onderscheid in de medische terminologie. Voor dit tijdstip pleegt men te spreken van een pre–embryo, daarna van een embryo (en vanaf drie maanden van een foetus). In dit artikel zal ik deze onderscheidingen niet overnemen, omdat ik meen dat zij juridisch en moreel niet relevant zijn en mogelijk een onhoudbare juridische constructie ten onrechte een schijn van legitimiteit geven. Voor het ongeboren menselijk leven van conceptie tot geboorte, ongeacht de leeftijd, zal ik daarom de termen embryo en vrucht gebruiken.

Bij Nederlandse juristen heeft de genoemde tussenopvatting grote aanhang gekregen, ook als juridische doctrine. Leenen formuleert deze doctrine als volgt:

‘Die beschermwaardigheid wordt groter naarmate het embryo groeit. De nidatie is een fase in die ontwikkeling waaraan het recht gevolgen toekent.’ <sup>7</sup>

De idee van een groeiende juridische beschermwaardigheid is weliswaar niet geheel onomstreden, maar steunt toch op een zeer ruime meerderheid van de auteurs. <sup>8</sup> De 14–dagengrens staat in de gezondheidsrechtelijke literatuur eveneens centraal. In navolging van Leenen wordt deze grens vrijwel unaniem aanvaard als het begin van de status nascendi, de status waarin het embryo vooruitgrijpend op de geboorte al een zekere bescherming krijgt. <sup>9</sup>

Een wettelijk aanknopingspunt voor de 14–dagengrens wordt door Leenen gevonden in art. 2: 1 BW: ‘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.’ Volgens Leenen geldt dit artikel eerst vanaf de nidatie; pas vanaf dat moment zou een vrouw zwanger zijn en is er door de individuatie sprake van één toekomstig kind. Voorafgaand aan de nidatie zou art. 2: 1 BW niet van toepassing zijn en heeft het embryo dus ook niet de status nascendi. <sup>10</sup> Het vooruitlopen op de geboorte is eerst na de nidatie mogelijk. Niettemin meent Leenen dat ook vóór de nidatie een zekere mate van eigenstandigheid en de potentie om onder de daartoe benodigde omstandigheden tot mens uit te groeien, grond zijn voor een speciale status. Het embryo heeft daarom tot de nidatie de status potentialis. Het spreken over status dient hier overigens niet misverstaan te worden: noch vóór de nidatie, noch erna kan het embryo in de heersende leer drager zijn van subjectieve rechten, maar het heeft wel een vorm van juridische bescherming.

Ook in de Wet Afbreking Zwangerschap is de nidatie relevant. Een behandeling gericht op het voorkomen van de innesteling (zoals de morning–after pil) wordt niet als abortus provocatus beschouwd (art. 1 lid 2 WAZ).

Deze beide wettelijke bepalingen zijn van toepassing als er sprake is van een zwangerschap; ze zijn daarmee de aanknopingspunten voor een juridische statutetheorie voor het embryo in vivo. Volgens Leenen kan een verschil in omstandigheden (of in intenties) echter geen verschil in status of beschermwaardigheid uitmaken; de in vivo statutetheorie wordt daarom onverkort analoog van toepassing geacht op het embryo in vitro. <sup>11</sup>

De concrete uitwerking van de groeiende beschermwaardigheid is overigens nog wel controversieel. Zo zijn verschillende antwoorden mogelijk op de vraag of het recht niet–therapeutische experimenten met embryo's of het

speciaal kweken van embryo's voor onderzoek toelaat.<sup>12</sup> Alle auteurs wijzen echter, op grond van een analogieredenering die embryo's in vitro en in vivo dezelfde bescherming toekent van de status nascendi, het doorkweken voorbij de 14–dagengrens af.<sup>13</sup>

De juridische doctrine inzake embryo's lijkt aldus stevig gefundeerd. Er is een duidelijk wettelijk aanknopingspunt voor een status nascendi en over de belangrijkste uitgangspunten bestaat een vrijwel unanieme overeenstemming onder gezondheidsjuristen. Slechts over de details van de uitwerking lijkt nog discussie mogelijk.

Toch lijkt het op zijn plaats bij deze fundering vragen te stellen. Want de gedachte dat de bescherming van art. 2: 1 BW eerst begint bij de nidatie is minder vanzelfsprekend dan zij misschien lijkt. Sterker nog, vanuit het privaatrecht beschouwd is dit een uiterst merkwaardige interpretatie die in de praktijk onwenselijke implicaties heeft.

## 2. De onhoudbaarheid van de 14–dagengrens

Dat de gangbare gezondheidsrechtelijke interpretatie van art. 2: 1 BW onjuist is, kan met een simpel hypothetisch voorbeeld worden geïllustreerd. Een diplomaat die enkele maanden in Afrika heeft gewerkt, komt na een afwezigheid van maanden thuis in Nederland. Door een auto–ongeluk overlijdt hij een week na thuiskomst. Enige tijd later blijkt dat zijn echtgenote in deze week zwanger geworden is. Voor dit soort situaties lijkt art. 2: 1 BW bedoeld. Het kind dat negen maanden later wordt geboren, is niet alleen een wettig kind van de overleden vader (art. 197: 1 BW) maar zal ook van die vader moeten kunnen erven.

Volgens de heersende leer in het gezondheidsrecht zou het kind dat negen maanden later geboren wordt, echter niet kunnen erven, omdat nog niet van een zwangerschap gesproken zou kunnen worden ten tijde van het overlijden van de man. Volgens Leenen geldt art. 2: 1 BW immers eerst vanaf de nidatie en het kind is verwekt korter dan 14 dagen voor het overlijden van de man, dus voordat de nidatie was voltooid. Zelfs al zou men door DNA–onderzoek aantonen dat het biologisch een kind van de overleden echtgenoot is, dan nog zou dit hieraan niets veranderen. Het kind krijgt wel de status van wettig kind van de vader (omdat art. 197:1 BW een ruime termijnbepaling kent), maar het kan niet erven.

Dit is een inhoudelijk onaanvaardbare, maar logisch onvermijdelijke consequentie van de gangbare leer in het gezondheidsrecht. Op zich lijkt dat al voldoende reden om die leer te verwerpen. Hoogstwaarschijnlijk zal geen rechter bereid zijn deze toepassing van art. 2: 1 BW in zo'n geval te volgen. Nadere reflectie op de betekenis van art. 2: 1 BW maakt bovendien duidelijk dat er een interpretatie mogelijk is, die meer recht doet aan de historische achtergronden en de achterliggende doelen van dit artikel.

Artikel 2: 1 BW bevat een juridische fictie, de zogenaamde nasciturus fictie.<sup>14</sup> De bepaling is overgenomen uit het oude BW, maar de fictie was reeds bekend in het Romeinse recht. Noch de Romeinse juristen, noch de wetgever in de negentiende eeuw hadden kennis van de moderne embryologie. De idee dat de fictie eerst vanaf de nidatie, 14 dagen na de conceptie, zou gelden, is dan ook vanuit historisch perspectief niet houdbaar.<sup>15</sup> Een historische interpretatie van art. 2: 1 BW leidt dus tot verwerping van de nidatiegrens.

Bij de uitleg van een fictie dient men volgens Olivier altijd terug te grijpen op de achterliggende norm die de grond is voor de fictie.<sup>16</sup> Het probleem bij de fictie van art. 2: 1 BW is dat er meerdere mogelijkheden zijn om een achterliggende norm te formuleren.<sup>17</sup> De eerste mogelijkheid is dat de fictie beoogt het juridische persoonsbegrip uit te breiden tot voor de geboorte. In 1975 meende Olivier, in navolging van Petit, dat in de rechtsontwikkeling inmiddels de fictie zo ruim was geïnterpreteerd dat er van een volledige persoonsstatus sprake was; daarmee was de fictie als fictie overbodig geworden.<sup>18</sup> Het recht zou het embryo vanaf de conceptie als persoon beschouwen. De liberalisering van de abortus heeft inmiddels duidelijk gemaakt dat dit – zo het destijds al houdbaar was – een voortijdige conclusie was. Door abortus toe te staan, zonder daarbij inhoudelijke eisen te stellen aan de noodtoestand van de zwangere vrouw, heeft de wetgever duidelijk gemaakt dat het embryo niet dezelfde status heeft als een persoon.<sup>19</sup> Daarom moet deze eerste poging om de achterliggende norm te formuleren verworpen worden.

De tweede mogelijkheid neemt het fictie–karakter serieuzer. 'De bepaling betekent dat – binnen zekere grenzen – aan een persoon na zijn geboorte die rechten toekomen, die hem zonder die bepaling slechts zouden toekomen indien hij bij de aanvang der zwangerschap reeds geboren was.'<sup>20</sup> De belangen van een persoon die in de toekomst zal leven, moeten ook nu al in bepaalde gevallen worden beschermd door een vooruitgrijpen naar deze toekomstige status. Dat wil zeggen dat niet het huidige embryo wordt beschermd, maar een in de toekomst levende persoon<sup>21</sup> wanneer die – hetgeen eerst achteraf kan blijken – voortkomt uit een reeds aanwezige zwangerschap. Leenen spreekt in dit verband van reflexwerking: de geboorte werpt als het ware zijn schaduw vooruit.<sup>22</sup>

Als de bescherming van een in de toekomst levende persoon het doel van de fictie is, is er geen reden om de juridische bescherming pas bij de nidatie te laten beginnen. Na negen maanden zal bekend zijn of er een levend kind geboren wordt of niet; eerst dan kan bepaald worden of er bij de erfrechtelijke regeling rekening mee gehouden moet worden of niet. Bepalend is niet of op het tijdstip van overlijden het embryo al twee weken oud was, maar of er – terugredenerend – t.z.t. kan worden gezegd dat er toen reeds een kind op komst was.

Zowel een historische als een teleologische interpretatie van art. 2: 1 BW leiden dus tot een verwerping van de 14–dagengrens. Op het eerste gezicht lijkt een letterlijke interpretatie deze echter wel te ondersteunen. Eerst na 14 dagen kan immers gezegd worden dat er een kind is waarvan een vrouw zwanger is; voordien is nog onduidelijk of het gaat om één kind of meerdere, en is er nog geen voltooide nidatie. Vanuit medisch–biologisch perspectief zou men dus kunnen zeggen dat de vrouw nog niet zwanger is van een kind.

Maar er zijn ook andere opvattingen mogelijk omtrent de vraag wanneer de zwangerschap geacht moet worden te beginnen. Waarom zou men eerst de voltooide nidatie (die vijf dagen duurt) als uitgangspunt nemen – waarom is innesteling als zodanig noodzakelijk? Misschien is de zwangerschap eerst aantoonbaar vanaf de nidatie (met een zwangerschapstest), maar de bewijsbaarheid van een feit is niet identiek met het feit zelf. Medici berekenen bovendien de zwangerschap doorgaans vanaf een tijdstip dat in plaats van twee weken na de conceptie ongeveer twee weken voor de conceptie ligt, namelijk vanaf de laatste menstruatie. In de meldingsformulieren voor abortus provocatus op grond van de WAZ kan de arts kiezen uit twee tijdstippen om te berekenen hoe lang de zwangerschap heeft geduurd: de laatste menstruatie en de conceptie. Bij de berekening van de driemaandstermijn vanaf welke abortus in een ziekenhuis moet plaatsvinden, rekent men ook vanaf de conceptie en niet vanaf de

nidatie. Hetzelfde geldt voor de grens vanaf welke abortus niet meer is toegestaan i.v.m. de mogelijke levensvatbaarheid van de vrucht (ongeveer 24 weken): de levensduur van de vrucht is hier het criterium.

Ook het feit dat er voor de 14–dagengrens nog geen individuatie heeft plaatsgehad is geen doorslaggevend argument. Terugredenerend zal immers achteraf het volstrekt duidelijk zijn of de zwangerschap een of twee levendgeboren kinderen heeft voortgebracht. Dat dit bij het begin van de zwangerschap nog niet vaststond, is van geen belang: ook na drie of acht maanden staat dit immers nog niet vast.

Een letterlijke interpretatie van art. 2: 1 BW levert dus aanknopingspunten voor verschillende tijdstippen voor de aanvang der zwangerschap, maar zeker niet eenduidig voor de nidatie. Zowel de onaanvaardbare erfrechtelijke consequenties van de 14–dagengrens als de historische en teleologische interpretatie leiden tot verwerping van deze grens. De conclusie is daarom dat de gangbare gezondheidsrechtelijke interpretatie van art. 2: 1 BW, die wel van deze grens uitgaat, moet worden verworpen.

### 3. Roomser dan de paus?

Er zijn dus overtuigende argumenten om de 14–dagengrens bij de interpretatie van art. 2: 1 BW te laten vallen ten gunste van een eerder tijdstip. De vraag is nu: welk tijdstip? Het lijkt voor de hand te liggen om hiervoor de conceptie te nemen, omdat dat het moment is dat er voor het eerst sprake is van een nieuw menselijk leven. Toch moet ook deze benadering verworpen worden ten gunste van een vroeger tijdstip, namelijk de coïtus. Dit kan een belangrijk verschil maken, doordat ten eerste de bevruchting een proces is dat ongeveer 22–24 uur duurt en ten tweede er afhankelijk van het tijdstip van de eisprong enige dagen kunnen liggen tussen coïtus en begin van de bevruchting. Alleen al bewijsrechtelijk levert overigens het aanhouden van de conceptie als begintijdstip grote problemen op, omdat dit tijdstip niet precies valt vast te stellen. (Ditzelfde geldt overigens nog sterker voor het tijdstip van de voltooide nidatie.)<sup>23</sup>

Dat gekozen moet worden voor de coïtus<sup>24</sup> wordt duidelijk wanneer we elk van de eerder besproken argumenten nalopen die leiden tot de verwerping van de 14–dagengrens. Noch de Romeinse juristen, noch de negentiende–eeuwse wetgever konden vermoeden dat er een mogelijk tijdsverschil was tussen de coïtus en het begin van het nieuwe menselijk leven, laat staan aangeven hoe groot dit tijdsverschil was. Vanuit de historische interpretatie ligt het dus voor de hand om bij art. 2: 1 BW te rekenen vanaf de coïtus.

Hetzelfde geldt voor de teleologische interpretatie. Als het doel is het in de toekomst levend geboren kind mee te laten delen in de erfenis van de verwekker,<sup>25</sup> dan is het in dat verband niet relevant of de verwekker meteen na of zelfs tijdens de coïtus stierf danwel eerst enige tijd nadien. Stel dat de eerder genoemde diplomaat bij de eerste gelegenheid dat hij weer met zijn echtgenote gemeenschap heeft, tengevolge van de emoties sterft aan een hartaanval. Op het moment van overlijden heeft de bevruchting aantoonbaar nog niet plaatsgehad. Het zou wel zeer onrechtvaardig en wrang zijn om daaraan te verbinden dat het aldus verwekte kind niet zou kunnen erven.

Natuurlijk is de hier voorgestelde interpretatie van de in art. 2: 1 BW genoemde zwangerschap in strijd met de biologische werkelijkheid, en dus met de letterlijke betekenis van de tekst, althans in het licht van de moderne inzichten in de embryologie.<sup>26</sup> Maar zoals Leenen terecht opmerkt, biologische feiten bepalen niet de juridische

normen.<sup>27</sup> Zeker wanneer het gaat om de interpretatie van een juridische fictie, dient de precieze bepaling van de inhoud – ook indien men beschikt over nieuwe wetenschappelijke kennis – plaats te vinden op basis van de achterliggende norm. Vanuit die norm zijn er goede gronden om de bescherming die art. 2: 1 BW verleent, te laten aanvangen vanaf de coïtus.

Maar dit heeft een merkwaardige consequentie: het recht lijkt roomser dan de paus. De juridische bescherming van het ongeboren leven lijkt niet slechts te beginnen vanaf de conceptie, zoals in de rooms-katholieke doctrine, maar al eerder. Ook de afzonderlijke gameten – voorzover die ooit zullen samensmelten – hebben dan reeds een juridische status. Dit lijkt een belangrijk bezwaar tegen de hier voorgestelde interpretatie.

Het bezwaar verdwijnt zodra we beseffen dat het in art. 2: 1 BW niet gaat om de juridische status van het ongeboren leven. Het gaat hier om een fictie. In het gezondheidsrecht is deze fictie ten onrechte beschouwd als het aanknopingspunt om een statutheorie van het embryo te ontwikkelen. Maar dat is helemaal niet aan de orde in art. 2: 1 BW. Dit artikel zegt niets over de beschermwaardigheid van het beginnend menselijk leven als potentieel persoon. Het beoogt slechts de belangen, in het bijzonder de vermogensrechtelijke belangen, veilig te stellen van een nauwkeurig omschreven categorie in de toekomst levende personen, namelijk die waarvan achteraf kan worden gezegd dat nu reeds een proces in gang is gezet dat tot hun geboorte zal leiden. Dat proces begint met de coïtus. Daar kan tussen coïtus en geboorte nog van alles tussenkomen. Er kan geen bevruchting plaatsvinden of geen innesteling, er kan een spontane abortus of een abortus provocatus plaatsvinden, het kind kan dood geboren worden. Om daarin te voorzien is de tweede volzin van art. 2: 1 BW toegevoegd. Het gaat hier dus niet om een statutheorie over beschermwaardigheid van het nu aanwezige beginnend menselijk leven, maar slechts om een bescherming van de belangen van in de toekomst levende personen. Wanneer we de gedachte van een statutheorie loslaten, is er geen enkel bezwaar om de bescherming van art. 2: 1 BW reeds vanaf de coïtus te laten aanvangen.

De gedachte dat het in art. 2: 1 BW om een statutheorie zou gaan, heeft het gezondheidsrecht op een verkeerd spoor gezet. Met de wettelijke nasciturus-fictie is men in tweeërlei opzicht onjuist omgegaan: ze is qua tijdsduur ingeperkt, en vervolgens weer verzelfstandigd en qua inhoud opgerekt. Ten eerste is het tijdstip waarop de bescherming van het embryo zou beginnen onjuist geïnterpreteerd als de 14-dagengrens, een interpretatie die vermoedelijk mede door discussies in de medische ethiek is geïnspireerd. Ten tweede is de fictie ten onrechte gebruikt om er een statutheorie ten aanzien van het ongeboren leven aan te koppelen die verder gaat dan het doel van de fictie rechtvaardigt.

#### **4. Gedifferentieerde bescherming in plaats van groeiende beschermwaardigheid**

Wat betekent dit nu voor de leer van de toenemende beschermwaardigheid van het embryo? Het voornaamste juridische aanknopingspunt hiervoor blijkt niet bruikbaar: de 14-dagengrens vindt geen steun in het BW. In het privaatrecht is zelfs geen enkel aanknopingspunt te vinden voor enige differentiatie tussen de beschermwaardigheid of status van het embryo meteen na de conceptie en die vlak voor de bevalling. De toekomstige persoon krijgt geen grotere erfenis of schadevergoeding omdat het embryo ten tijde van het overlijden van de verwekker reeds verder ontwikkeld zou zijn.

Opmerking verdient dat zelfs nog ruim vóór de verwekking het privaatrecht een zekere bescherming kan bieden aan de belangen van de toekomstige persoon. De aansprakelijkheid voor onrechtmatige daad begint niet pas bij handelingen die verricht zijn na de verwekking. Zo kan onder omstandigheden een arts aansprakelijk zijn voor schade die optreedt bij het kind voor medicaties die werden voorgeschreven aan de moeder lang voor de zwangerschap begon.<sup>28</sup> Deze privaatrechtelijke bescherming van het toekomstige kind wettigt echter geenszins de conclusie dat het recht al een zekere beschermwaardigheid of status toekent aan het nog niet verwekte kind, of aan de gameten die t.z.t. tot een embryo zullen versmelten.<sup>29</sup> Spreken in termen van beschermwaardigheid of status van de gameten is hier een categoriefout. Evenzo kunnen we concluderen dat de bescherming die art. 2: 1 BW biedt aan het verwekte, maar nog niet geboren kind niet in termen van beschermwaardigheid of status mag worden vertaald.

Biedt het strafrecht dan wel een grondslag voor een groeiende beschermwaardigheid? De Wet Afbreking Zwangerschap als geheel is natuurlijk op zich een uitdrukking van de erkenning door de wetgever dat het embryo een zeker respect verdient en dat een beslissing tot abortus niet lichtvaardig zou dienen te geschieden.<sup>30</sup> Bij sommige leden van parlement en regering zal de ethische idee van een groeiende beschermwaardigheid mogelijk ook een rol gespeeld hebben. Maar uit deze achterliggende overwegingen van de wetgever kan niet een juridische leer van beschermwaardigheid worden afgeleid, laat staan een leer van groeiende beschermwaardigheid.

In de Wet Afbreking Zwangerschap zelf komen verschillende tijdstippen voor. Verhinderen van de innesteling valt buiten het bereik van de wet, die daardoor eerst twee weken na conceptie van toepassing wordt (art. 1 lid 2 WAZ).<sup>31</sup> Abortussen vanaf drie maanden dienen in een ziekenhuis plaats te vinden (art. 6 lid 2 WAZ). Abortus van een levensvatbare vrucht is strafbaar (art. 82a Sr).

Ook deze bepalingen geven onvoldoende houvast voor de leer van de groeiende beschermwaardigheid. De nidatiegrens lijkt primair vanuit praktische gronden verdedigbaar: voordien kan de vrouw niet eens weten dat ze zwanger is.<sup>32</sup> Bovendien zouden anders ook het spiraaltje en de morning-afterpil en toepassing van de lavagetechniek onder het bereik van de WAZ gevallen zijn.<sup>33</sup> De verplichte beraadstermijn van vijf dagen zou de morning-afterpil zelfs feitelijk onmogelijk hebben gemaakt.

De drie maanden termijn ex art. 6 lid 2 WAZ is ingegeven door de zorg voor de gezondheid van de moeder. Bij late abortussen bestaat een groter risico op complicaties; daarom is het wenselijk dat deze plaatsvinden binnen een goed geoutilleerd ziekenhuis. Beschermwaardigheid van het embryo speelt bij deze grensbepaling geen rol.

De enige termijn waarbij een beschermwaardigheid van het embryo wel centraal staat, is de levensvatbaarheidsgrens. Sutorius stelt daarom dat men juridisch eigenlijk pas van een beschermwaardigheid van het embryo kan spreken vanaf dit moment.<sup>34</sup> Overigens verandert ook hier de bescherming slechts in één opzicht: abortus provocatus is niet meer toegestaan. In alle andere opzichten is er geen juridisch verschil tussen het embryo voor of na de levensvatbaarheidsgrens. De moeder kan noch voor noch na de levensvatbaarheid verplicht worden om een gezond leven te leiden of te stoppen met roken en drinken. Artsen zijn in principe zowel voor als na de levensvatbaarheid aansprakelijk jegens het toekomstige kind voor behandelingsfouten. Omdat de bescherming van

de levensvatbare vrucht zo specifiek en beperkt is, lijkt het minder juist om van een 'status' te spreken. Met een juridische bescherming correspondeert immers nog niet per definitie een eigen status van het te beschermen goed.

Het ongenueanceerd spreken over een groeiende beschermwaardigheid zou bovendien het gevaar kunnen inhouden dat de door de WAZ aan de levensvatbare vrucht geboden bescherming tegen abortus ten onrechte wordt verruimd tot bescherming tegen iedere aantasting van gezondheid en leven van de vrucht. Hiermee zou gemakkelijker een juridische grondslag geconstrueerd kunnen worden voor dwangmaatregelen tegen zwangere vrouwen in het belang van hun kind. Dit lijkt me onwenselijk.<sup>35</sup> Het zou bovendien de grondslag leggen voor juridische acties waarbij wordt gevorderd dat een hersendode zwangere vrouw 'in goede conditie' wordt gehouden, teneinde te proberen de vrucht alsnog ter wereld te brengen.<sup>36</sup>

De conclusie zal duidelijk zijn. De leer van een toenemende juridische beschermwaardigheid van het embryo lijkt niet houdbaar, c.q. zodanig beperkt van toepassing dat we geen reden hebben om haar als algemene leer aan te nemen.<sup>37</sup> Er is wel sprake van een gedifferentieerde bescherming die zich zelfs uitstrekt tot handelingen vóór de verwekking; een geleidelijke of schoksgewijze toename van deze bescherming valt niet te verdedigen. Alleen ten aanzien van één specifieke handeling (abortus provocatus) is er een specifiek tijdstip (levensvatbaarheid) dat juridisch van belang is, maar het gaat te ver daaraan een zelfstandige status te koppelen.<sup>38</sup>

Deze grondslagenkritiek is niet alleen van belang voor de juridische doctrine inzake het embryo in vivo. Veel belangrijker nog zijn de implicaties ten aanzien van het embryo in vitro. Het uitgangspunt van de heersende leer inzake de juridische status van het embryo in vitro lijkt in het licht van de bovenstaande analyse niet houdbaar. De rest van dit artikel is daarom gewijd aan de rechtsdogmatische en praktische consequenties ten aanzien van het embryo in vitro.

## 5. Het embryo in vitro: vogelvrij

In de gangbare benadering leidt analoge toepassing van de mede aan art. 2: 1 BW verbonden juridische status van het embryo in vivo ook tot een identieke juridische status voor het embryo in vitro. Dat wil zeggen dat er vanaf de 14-dagengrens een juridische status nascendi is, en tot dat tijdstip een status potentialis. Nu dit artikel geen aanknopingspunt blijkt te bieden voor een statutetheorie van het embryo in vivo, komen we ook ten aanzien van het embryo in vitro met lege handen te zitten. Het geldende recht biedt geen bruikbare aanknopingspunten om het embryo in vitro juridische status of beschermwaardigheid toe te kennen.<sup>39</sup>

Embryo's in vitro (met inbegrip van ingevroren embryo's) vallen ook in de hier voorgestelde benadering niet onder de bescherming van art. 2: 1 BW. Er is – ongeacht welke interpretatie men ook zou kiezen voor het tijdstip van aanvang van de zwangerschap – nog geen sprake van een zwangerschap. In dit opzicht is er geen verschil tussen de opvatting van Leenen en de door mij verdedigde opvatting. Ingevroren embryo's van een overleden miljonair zijn dus geen rijke erfgenaam.<sup>40</sup>

Een eerste verschil met de heersende leer betreft de status potentialis van het embryo in vitro jonger dan 14 dagen. Leenen verdedigt dat het embryo ook voor de 14-dagengrens nog een juridische status heeft: de status potentialis. Hij meent dat het als potentieel menselijk leven bescherming verdient. Vanuit moreel gezichtspunt ben ik dit



volledig met hem eens. Ook het prille embryo is reeds menselijk leven en een potentieel persoon; het verdient als zodanig een zeker respect. Een andere vraag is echter of dit morele respect in ons huidige recht ook erkenning heeft gevonden. Er is sprake van toekomstig recht in enkele wetgevingsprojecten; er zijn uitspraken van het Europees en het Nederlands parlement. Het probleem is echter dat op dit moment iedere specifieke wetgeving ontbreekt en het dus onmogelijk is om bij de interpretatie van bestaande regels te anticiperen op toekomstige wetgeving of op discussies in samenleving en parlement. Anticiperen door de rechter lijkt slechts mogelijk indien er reeds een elementair juridisch kader is dat nog nadere interpretatie behoeft. Anticipatie lijkt echter buiten de bevoegdheid van de rechter te vallen, indien dit zou neerkomen op het volledig ex nihilo creëren van nieuwe rechtsnormen.

Leenen stelt dat het Kantiaanse principe dat mensen nooit alleen als middel mogen worden gebruikt, ook analoog geldt ten aanzien van embryo's. Hij maakt hier echter een fout waar hijzelf regelmatig tegen waarschuwt, namelijk het direct vertalen van morele argumenten in juridische. Het genoemde Kantiaanse beginsel is misschien een goede morele grond voor bescherming van embryo's.<sup>41</sup> Maar het vindt geen steun in het recht, en de analoge toepassing op embryo's vindt dat zeker niet. Nu het recht hierover niets regelt en er ook geen goede juridische aanknopingspunten zijn te vinden voor analogieredeneringen of andere vormen van constructie, moeten we constateren dat dit analoog toegepaste Kantiaanse principe geen deel uitmaakt van ons recht. Recht en moraal staan ook in mijn optiek zeker niet los van elkaar.<sup>42</sup> Maar de incorporatie van zeer controversiële morele normen in het recht, zonder dat daar enige wettelijke grondslag voor is, is in een rechtsstaat een stap te ver, zeker wanneer dit een belangrijke vrijheidsinperking van medici en onderzoekers zou inhouden.

Broekhuijsen–Molenaar heeft voorgesteld om ten aanzien van het embryo in vitro een 'rechtssubjectieve reflexwerking' te construeren, omdat het embryo als potentieel menselijk leven al een zeker respect verdient.<sup>43</sup> Het lijkt me dat dit geen juiste benadering is. Persoon is men juridisch gezien vanaf de geboorte: voor specifieke, primair vermogensrechtelijke doelen heeft de wet via de fictie van art. 2: 1 BW een uitzondering op deze hoofdregel geconstrueerd. Om naast deze wettelijke reflexwerking ook nog een buitenwettelijke reflexwerking aan te nemen, gaat te ver. In plaats van een analogieredenering lijkt hier eerder een a contrario–redenering van toepassing: het recht heeft één welomschreven uitzondering gemaakt op de hoofdregel dat persoon–zijn begint vanaf de geboorte. Andere uitzonderingen lijken zonder expliciete wettelijke grondslag niet mogelijk. Bovendien is het – juist door het ontbreken van enig wettelijk aanknopingspunt – juridisch volstrekt onduidelijk wat precies de inhoud van die 'rechtssubjectieve reflexwerking' zou moeten zijn.<sup>44</sup> Men komt hier onvermijdelijk terecht in niet door de rechter te beslechten ethische controverses.

Een tweede verschil met de heersende leer openbaart zich ten aanzien van een embryo in vitro dat ouder is dan 14 dagen. Hierbij leidt het verzelfstandigen en uitbreiden van de nasciturus–fictie in de heersende leer tot merkwaardige consequenties. Op dit ogenblik is doorkweken tot voorbij de 14–dagengrens nog niet mogelijk, maar het lijkt niet onwaarschijnlijk dat dit in de toekomst zal veranderen. De these van de groeiende beschermwaardigheid zou inhouden dat wanneer een embryo in vitro tot voorbij de 14 dagen doorgekweekt wordt, het ineens een andere status krijgt, de status nascendi. Volgens de gangbare gezondheidsrechtelijke dogmatiek kunnen immers de omstandigheden geen verschil uitmaken voor de status.

Zou men in de toekomst erin slagen om in vitro een embryo door te kweken tot voorbij de 14-dagengrens, dan zou de heersende statutheorie paradoxale implicaties hebben. Enerzijds vallen niet-genideerde embryo's in vitro niet onder de vermogensrechtelijke bescherming van art. 2: 1 BW: er is nog geen zwangerschap. Maar anderzijds wordt er uit ditzelfde artikel wel via een analogieredenering een juridische status nascendi afgeleid voor een embryo in vitro van vijftien dagen. Simpel gezegd: het embryo kan niet erven, maar moet in andere opzichten wel beschermwaardig geacht worden. Het artikel levert dan enerzijds via een analogieredenering de basis voor een algemene juridische status, maar sluit anderzijds via een a contrario-redenering juist de bescherming van die belangen uit waarvoor het artikel oorspronkelijk is bedoeld. Art. 2: 1 BW beschermt dus het embryo in alle opzichten behalve die waarvoor het artikel ooit bedoeld was. Dit is een bijna absurd resultaat; ik zie echter niet hoe men het in de heersende leer kan vermijden.

Dit probleem ontstaat niet indien men de gedachte van een statutheorie laat varen. In de hierboven door mij ontwikkelde visie is er geen enkel juridisch verschil tussen het embryo in vitro voor en na de 14-dagengrens. Beide vallen niet onder de bescherming van art. 2: 1 BW omdat het embryo's in vitro zijn. Voor beide is ook geen enkel ander wettelijk houvast om ze een juridische bescherming of status te bieden. De conclusie is dat ze onder de huidige wetgeving vogelvrij zijn.

## 6. Praktische implicaties: experimenten met embryo's

De hier door mij voorgestelde alternatieve interpretatie van art. 2: 1 BW maakt ook in de praktijk verschil met de gangbare opvattingen in het gezondheidsrecht. Een eerste verschilpunt is al uitgebreid besproken: in de context van zijn vermogensrechtelijke belangen wordt de vrucht al geacht te hebben bestaan vanaf de coïtus en niet eerst vanaf de nidatie, ruim twee weken nadien. In bepaalde gevallen kan dit erfrechtelijk van groot belang zijn. Een tweede verschil ligt in de mogelijkheid van dwangmaatregelen tegen zwangere vrouwen. Wanneer we uitgaan van een statutheorie, zal juridische legitimatie van dergelijke dwangmaatregelen veel meer voor de hand liggen dan wanneer we de retrospectieve fictie van art. 2: 1 BW restrictief interpreteren. Relatief lichte inbreuken op het grondrecht van artikel 11 Grondwet zijn eerder te rechtvaardigen wanneer daar een wezen met een zelfstandige juridische status en eigen belangen tegenover staat.

De belangrijkste implicaties liggen echter op het terrein van het experimenteren met embryo's in vitro.<sup>45</sup> In de literatuur komt men drie stellingen tegen over hoe het geldende recht de vrijheid van experimenteren zou inperken. Vrij algemeen wordt de stelling aanvaard dat het doorkweken voorbij de 14-dagengrens niet is toegestaan. Meer controversieel zijn de stellingen dat experimenteren alleen zou mogen indien het gaat om therapeutische experimenten bij embryo's die zullen worden teruggeplaatst en dat het speciaal kweken ten behoeve van onderzoek niet zou zijn toegestaan. Voor elk van deze drie stellingen bestaat m.i. geen grond in het geldende recht.<sup>46</sup>

Ter voorkoming van misverstanden: ik acht dit zelf een hoogst ongelukkige situatie. Ik meen dat er moreel gezien goede gronden zijn om het experimenteren met embryo's juridisch te reguleren, omdat ze als vorm van menselijk leven en als entiteiten met het vermogen om uit te groeien tot een persoon ons respect verdienen.<sup>47</sup> Maar vanuit een juridisch perspectief zie ik binnen het geldende recht geen goede gronden voor beschermwaardigheid van

embryo's in vitro. Wil men hier iets aan doen, dan is dus dringend wetgeving nodig.<sup>48</sup> Wat niet kan, is zonder wettelijke grondslag stellingen te poneren en dus als het ware uit het niets te creëren over wat het geldend recht ten aanzien van embryo's zou inhouden. 1. Mag men experimenteren met embryo's in vitro? Volgens een van de twee door Leenen weergegeven opvattingen is dit niet toegestaan, tenzij het gaat om therapeutische experimenten, waarbij de bedoeling is de embryo's na het experiment te implanteren.<sup>49</sup> Analoge toepassing van de Kantiaanse regel dat de mens nimmer geheel instrumenteel mag worden gebruikt, zou zich hiertegen verzetten. In de door mij ontwikkelde juridische theorie is het eerder andersom. Aangezien het embryo in vitro juridisch vogelvrij is, staat niets het hiermee experimenteren in de weg.<sup>50</sup> Er is slechts één uitzondering. Wanneer het embryo later zou uitgroeien tot een levendgeboren mens, dan zal deze toekomstige persoon recht hebben op bescherming van zijn belangen en deze bescherming kan ook betrekking hebben op handelingen gepleegd voor de geboorte, zoals medische experimenten met schadelijke gevolgen. Deze bescherming dient echter niet te worden gefundeerd op art. 2: 1 BW, maar op aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.<sup>51</sup>

Mochten er door de experimenten schade zijn ontstaan voor het later geboren kind (bijvoorbeeld in de vorm van aangeboren afwijkingen), dan kan op grond van 'wrongful life'-acties de onderzoeker/behandelend arts aansprakelijk zijn voor de ontstane schade. Dit hoeft overigens het experimenteren met terug te planten embryo's niet geheel uit te sluiten; van sommige experimenten hoeft geen schade voor de vrucht te worden gevreesd. Het bepaalt alleen wel duidelijke grenzen, waaraan gezien de onzekerheid over de lange-termijneffecten niet eenvoudig zal kunnen worden voldaan. De risico's die genomen worden met het experiment moeten aanvaardbaar zijn in het licht van de binnen het aansprakelijkheidsrecht ontwikkelde normen. 2. Mogen er embryo's speciaal worden gecreëerd met het oog op onderzoek? In veel rapporten wordt bepleit dat, voorzover men niet-therapeutisch onderzoek wil toestaan, dit alleen met 'rest-embryo's' mag geschieden, dat wil zeggen met embryo's die overgebleven zijn van reageerbuisbevruchting en waarvan zeker is dat ze niet zullen worden gebruikt voor toekomstige implantatiepogingen.<sup>52</sup> Leenen signaleert twee mogelijke benaderingen.

Volgens de ene gedachtengang is het speciaal kweken juridisch niet toegestaan. Analoge toepassing van de Kantiaanse norm dat menselijk leven nooit alleen als instrument mag worden gebruikt, zou zich hiertegen verzetten. Als ethicus vind ik dit een steekhoudend moreel argument. Maar als jurist kan ik niet anders dan constateren dat deze morele norm in het geldende recht niet erkend is. In het geldende recht is er dus niets dat zich tegen het speciaal kweken van embryo's verzet.<sup>53</sup>

De tweede opvatting houdt in dat speciaal kweken wel is toegestaan.<sup>54</sup> Maar hoewel de uitkomst van de gevolgde gedachtengang mijns inziens naar geldend recht juist is, leidt ook hier de statutetheorie tot dwaalwegen. Deze gedachtengang vertrekt van de correcte premisse dat onder het geldende recht het experimenteren met embryo's (al dan niet tot 14 dagen) is toegestaan. Vervolgens wordt – eveneens correct – gesteld dat voor de status van een embryo de omstandigheden of intenties waarmee dit embryo tot stand is gekomen, er niet toe doen. Daaruit zou men kunnen concluderen dat als experimenteren met embryo's mag, het niet uitmaakt of deze embryo's speciaal gekweekt zijn met het oog op het onderzoek of niet.

Maar dit is een drogreden. Het recht acht, bijvoorbeeld bij de beoordeling van het doden van mensen, intenties en omstandigheden wel degelijk van belang: er is een verschil tussen moord, doodslag en noodweer. Zo is het ook

goed verdedigbaar dat we bij een toekomstige wettelijke regeling van het experimenteren met embryo's niet primair kijken naar de status van het embryo, maar naar intenties en omstandigheden. Ook wanneer men geen juridische statutetheorie aanneemt, kunnen er goede gronden zijn om het speciaal kweken van embryo's juridisch te verbieden als een handeling die in strijd is met onze normen van humaniteit. 3. Mogen embryo's worden doorgekweekt na 14 dagen? In vrijwel alle literatuur en rapporten over het experimenteren met embryo's wordt de 14-dagentermijn voorgesteld als de uiterste grens tot welk tijdstip nog met embryo's zou mogen worden geëxperimenteerd.<sup>55</sup> Zeker nu bij de huidige stand van de wetenschap deze duur toch nog niet gehaald wordt, is dit een grens waar de meeste mensen mee kunnen leven.<sup>56</sup> Deze 14-dagengrens lijkt een pragmatisch compromis te zijn tussen hen die iedere vorm van experimenteren afwijzen en hen die misschien ook niet zoveel bezwaar zien tegen experimenten met iets oudere embryo's maar geen evenzeer intuïtief aantrekkelijke grens kunnen vinden na die 14 dagen.

Volgens Leenen – in dit opzicht gevolgd door de meeste Nederlandse gezondheidsjuristen – leidt een analoge toepassing van de 14-dagengrens ex art. 2: 1 BW ertoe dat het doorkweken van embryo's na die 14 dagen juridisch niet toegestaan is.<sup>57</sup> In mijn opvatting spreekt het geldend recht zich over de status van embryo's in vitro op geen enkele wijze uit en is de 14-dagengrens juridisch irrelevant. Er zijn dus geen juridische gronden om het experimenteren met embryo's te beperken tot maximaal 14 dagen na de conceptie. In principe zou men hiermee zelfs onbeperkt mogen doorgaan tot aan de levensvatbaarheid.

## 7. Tot slot

Olivier waarschuwde in 1975 in zijn boek over ficties tegen de gevaren van een verzelfstandiging van de fictie als uitgangspunt voor een 'Begriffsjurisprudenz'.

'A second objection to the use of dogmatic fictions is that they are easily extended beyond their natural and original scope, thereby affording apparent but fake justification of undesired rules. The fiction tends to minimise the differences between existing and new norms and entices us into a process of 'logical' but untrue deductions.'<sup>58</sup>

Deze woorden geven een uitstekende karakteristiek van wat er is gebeurd in de rechtsdogmatiek rond embryo's. Deze is, zo is in dit artikel betoogd, gebaseerd op een weliswaar qua tijdsduur te restrictieve, maar in andere opzichten veel te extensieve interpretatie van de in art. 2: 1 BW vastgelegde nasciturus-fictie. Dit heeft geleid tot een stelsel van schijnbaar gerechtvaardigde, maar onhoudbare normen. Op één punt is de karakteristiek van Olivier echter niet geheel toereikend. Sommige van de op basis van deze dogmatiek ontwikkelde normen zijn namelijk niet 'undesired'. De meeste mensen zullen het wenselijk achten dat in onze samenleving niet naar willekeur kan worden gemanipuleerd met het beginnend menselijk leven. De heersende leer leek althans op dit punt enige waarborgen te bieden. Nu in het licht van de bovenstaande analyse die heersende leer onhoudbaar lijkt, is het des te noodzakelijker om door middel van wetgeving snel in deze lacune te voorzien. Of daarbij de 14-dagengrens een op zich verdedigbare grens of misschien slechts een aanvaardbaar compromis is, danwel dat deze verworpen moet worden, staat nog ter discussie. Juridisch gezien is deze vraag vooralsnog geheel onbeslist.

## Noten

**1** Frans W.A. Brom, Alex Huibers, Babette de Kanter–Loven, Egbert Schroten, Ina Smalbraak–Schieven, Paul van Seters, Willem Witteveen en de redactie van het Tijdschrift voor Gezondheidsrecht ben ik zeer erkentelijk voor hun commentaren en suggesties bij eerdere versies van dit artikel. Mijn speciale dank gaat uit naar Martine Leutscher voor haar hulp bij het verzamelen van documentatie en andere informatie.

**2** Voor een overzicht zie Reinders 1993 en verschillende bijdragen in Brom et al. 1993.

**3** In Nederland onder meer verdedigd door Schroten 1988.

**4** Tenzij anders aangegeven, zijn alle in dit artikel genoemde termijnen gerekend vanaf de conceptie, dat wil zeggen de versmelting van eicel en zaadcel.

**5** Hoe verwarrend de medisch–biologische materie soms kan zijn, wordt goed geïllustreerd in Pitlo/Van der Burght/Rood–de Boer 1993, 28. Hier wordt gesteld dat de nidatie waarschijnlijk tot maximaal 4 weken na de conceptie zou kunnen plaatsvinden, terwijl dit in feite slechts 2 weken is. Men heeft zich hier vermoedelijk niet het verschil gerealiseerd tussen de gangbare medische berekeningswijze van de zwangerschapsduur die begint vanaf de laatste menstruatie, en de definiëring van het begin van de zwangerschap in termen van de conceptie, die twee weken later plaats vindt. Dit gebrek aan inzichtelijkheid van de medische materie is misschien mede verantwoordelijk voor het standhouden van de in dit artikel bekritiseerde dogmatiek.

**6** Voorbeelden zijn het Warnock–rapport in het Verenigd Koninkrijk en in Nederland het rapport van de Gezondheidsraad uit 1989. Voor een overzicht van de Nederlandse politieke discussie zie Den Hartogh–van Ter Tholen 1993.

**7** Leenen 1988, 121.

**8** De groeiende beschermwaardigheid wordt onder meer geponeerd door Leenen 1988; Te Braake 1989, 87; Fernhout 1992, 5. Een belangrijke tegenstem vormt Sutorius 1993. Smits 1993 stelt dat het embryo vanaf de conceptie volwaardig persoon is. Dit standpunt wordt ondersteund door een beroep op een merkwaardige combinatie van voornamelijk buitenlandse auteurs en niet–juristen, zodat zijn betoog voor het Nederlandse recht vrijwel irrelevant is.

**9** De 14–dagengrens als begin van de status nascendi wordt onder meer verdedigd door Leenen 1988, 119v; Gevers 1988, 40; Te Braake 1989, 90; Fernhout 1992, 6; Sluyters 1990, 134. Ook hier is Sutorius de voornaamste tegenstem, die de status nascendi eerst laat beginnen vanaf de levensvatbaarheid.

**10** Overigens laat ook Sutorius 1993, 243 de werking van art. 2: 1 BW eerst beginnen bij de nidatie, maar hij verbindt daaraan geen statutheorie.

**11** Vgl. Leenen 1988, 130; Te Braake 1989, 88.

**12** Zie voor beide standpunten Leenen 1988, 130.

**13** Daarbij moet wel worden aangetekend dat bij de huidige stand van de wetenschap doorkweken langer dan tien dagen nog onmogelijk is.

**14** Zie hierover uitgebreid Petit 1944 en Olivier 1975, 106–110.

**15** De wijsgerige gedachte dat de ongeborene pas mens zou zijn vanaf een zeker tijdstip na de conceptie is overigens historisch niet nieuw. Petit 1944, 170 en Schroten 1988, 8 verwijzen naar Thomas van Aquino, die de bezieling en menswording bij een mannelijke vrucht stelde op veertig dagen en bij een vrouwelijke vrucht op het dubbele. Het lijkt echter niet aannemelijk dat deze wijsgerige idee in het recht zou hebben doorgewerkt bij de interpretatie van de nasciturus–fictie.

**16** Vgl. Olivier 1975, 138 en 142.

**17** Petit 1944, vgl. ook Asser/De Ruiters/Moltmaker 1992, 17.

**18** Olivier 1975, 108; Petit 1944, 172–179. Zie ook Smits 1992. Het Duitse recht lijkt deze laatste stap wel te hebben gezet door het embryo vanaf de conceptie als persoon te beschouwen. Zie Fernhout 1992, 10. Ook Pitlo/Van der Burght/Rood–de Boer 1993, 26v. (met instemming geciteerd door Nieuwenhuis 1992, 58) lijkt in deze richting te gaan, maar is niet geheel duidelijk.

**19** Een interessant detail is dat Petit 1944, 181 meent dat de curator ventris (in het nieuwe BW in art. 284: 1) ook tot taak heeft de ongeboren vrucht tegen afdrijving te beschermen. Volgens de huidige rechtsopvatting behoort dit nu juist niet tot zijn taak, maar is een eventuele abortus een vrije keuze van de zwangere vrouw. Vgl. hierover Asser/De Ruiters/Moltmaker 1992, 21.

**20** Asser/De Ruiters/Moltmaker 1992, 17.

**21** Ik verkies deze omslachtige formulering boven de uitdrukking 'toekomstige persoon', omdat deze de onjuiste suggestie wekt dat het om een nu reeds levende, op een bepaalde manier gekwalificeerde persoon zou gaan.

**22** Leenen 1985, 195.

**23** In uitzonderlijke gevallen doet dit probleem zich ook voor bij de keuze voor de coïtus als begintijdstip, omdat er meerdere geslachtsgemeenschappen – of meerdere inseminaties – kunnen zijn geweest. Indien de verwekker overlijdt na de gemeenschap, zijn er geen bewijsproblemen. Indien echter een derde–erflater overlijdt tussen twee geslachtsgemeenschappen, ontstaan er mogelijk wel problemen. Een simpele oplossing is hier niet beschikbaar, maar de keuze voor de coïtus als begintijdstip is ook in dit opzicht bewijsrechtelijk altijd nog eenvoudiger dan een keuze voor conceptie of nidatie.

**24** Dat het feitelijk soms onduidelijk is welke coïtus moet worden genomen, werd al in de vorige noot genoemd. Rechtsdogmatisch ligt het echter simpel: het gaat om de coïtus die geleid heeft tot de zwangerschap.

**25** Ik richt mij hier eenvoudigheidshalve op het meest simpele voorbeeld. De nasciturus–fictie kan ook van belang zijn in andere gevallen, zoals de erkenning door een niet met de moeder gehuwde verwekker of de voorziening in de kosten van een verantwoorde zwangerschapsbegeleiding en bevalling. Voor mijn betoog maakt dat echter geen verschil.

**26** Bij termen als 'conceptie', 'bevruchting', 'zwangerschap' bestaat het gevaar van een anachronistische interpretatie. Het spraakgebruik is hier onder invloed van de moderne wetenschap veranderd. De hier voorgestelde interpretatie was dan ook in 1838 zeker niet strijdig met een letterlijke interpretatie. Het hele meningsverschil zou simpelweg onbegrijpelijk zijn geweest.

**27** Leenen 1985, 194.

**28** Voor dergelijke acties zie Schoonenberg 1986; Schoordijk 1988; Sluyters 1990; Sutorius 1992, 243–250.

**29** Het is zelfs mogelijk dat ook de gameten nog niet eens bestaan ten tijde van het onrechtmatig handelen. De vorming van zaadcellen kan bijvoorbeeld nadelig beïnvloed worden door bepaalde medische behandelingen.

**30** Vgl. Sutorius 1993, 237v.

**31** De Minister van justitie heeft deze 14–dagertermijn vervolgens nog met ruim twee weken uitgebreid door te stellen dat een 'overtijdbehandeling' eveneens niet onder de WAZ valt. Vgl. Sutorius 1993, 239; Leenen 1988, 135. Wanneer men al uit de WAZ een begintermijn van beschermwaardigheid of van een status nascendi wil afleiden, zou men dus eerder op een termijn van rond de vier weken na conceptie uitkomen.

**32** Vgl. ook Trappenburg 1993, 199.

**33** Het is echter niet uitgesloten dat sommige bij de wetgeving betrokken personen op een dwaalspoor gebracht zijn door de onder gezondheidsjuristen gangbare gedachte dat de juridische status van het embryo ex art. 2: 1 BW eerst aanvangt bij de nidatie. Een interessante rechtstheoretische vraag waar ik hier niet op in zal gaan, is hoe een dergelijke dwaling ten aanzien van het recht bij de wetgever zelf van invloed dient te zijn op de interpretatie van de resulterende wetgeving.

**34** Sutorius 1993, 236–240, die de leer van de toenemende beschermwaardigheid zelfs in bepaalde opzichten misleidend noemt. Voor een kritische reactie op deze 'onorthodoxe visie' zie Gevers 1994, 49.

**35** De Bruijn–Lückers 1986, 610; Schoonenberg 1986, 61v; bepleiten dergelijke maatregelen; Hammerstein–Schoonderwoerd 1987, Leenen 1985, 200 verwerpen ze met kracht. Gevers 1987, 41–42 noemt ze zelfs 'heilloos'. De vraag is of men, wanneer men uitgaat van een toenemende beschermwaardigheid, wel voldoende juridische gronden heeft om in een belangenafweging tussen de belangen van moeder en vrucht dit standpunt overeind te houden. Alleen een zeer vergaande interpretatie van artikel 11 GW zou hier een oplossing kunnen bieden, maar die weg is m.i. noch houdbaar, noch wenselijk. Zie daarover Van der Burg en Oevermans 1994. Nieuwenhuis 1992, 60 lijkt hier consequent, door de voor de hand liggende conclusie te trekken dat wanneer de vrucht juridisch beschermwaardig is en juridische status heeft, relatief lichte dwangmaatregelen ten behoeve van de vrucht juridisch mogelijk zouden moeten zijn.

**36** Deze problematiek kwam in de publieke belangstelling te staan n.a.v. een dergelijke poging in Erlangen eind 1992.

**37** Ook ethisch gezien komt deze doctrine overigens steeds meer onder kritiek. Zie Reinders 1993, die verdedigt dat de intuïtieve aantrekkelijkheid van deze doctrine niets te maken heeft met de status of met bepaalde kwaliteiten van het embryo, maar met de toenemende betekenis die de vrucht voor anderen, in het bijzonder voor de zwangere vrouw, krijgt.

**38** Men zou nog kunnen proberen een statutheorie te ontwikkelen aan de hand van bepalingen in internationale verdragen. Het zou te ver voeren hierop in te gaan (voor een uitgebreid overzicht zie het proefschrift van Smits 1992), maar ook daar is m.i. geen aanknopingspunt te vinden voor een juridische statutheorie voor het embryo.

**39** Aldus ook Sutorius 1993, 240.

**40** Vgl. de casus van de zich in Australië bevindende ingevroren embryo's van een Chileens/Californisch miljonairsechtpaar dat bij een vliegtuigongeluk was omgekomen. Daarover Loeb en Van Straten 1984.

**41** Ethici verschillen hier overigens sterk van mening; vgl. Reinders 1993. De meeste utilisten hebben bijvoorbeeld weinig bezwaren tegen instrumenteel gebruik van prille embryo's. Opmerkelijk is de positie van Nieuwenhuis 1992, 54v. in dit verband. Terwijl hij elders regelutilistische argumenten hanteert, kiest hij voor een Kantiaanse benadering van de embryo-problematiek.

**42** Voor een overzicht van deze thematiek zie Van der Burg en Ippel 1994.

**43** Broekhuijsen–Molenaar 1992, 37.

**44** Iets wat overigens ook geldt voor de praktische implicaties van een leer der toenemende beschermwaardigheid. De grote variatie in opvattingen over welke experimenten hiermee verenigbaar zijn, is al een indicatie dat dit juridisch en ethisch een weinig houvast biedende doctrine is.

**45** Voor een kort overzicht van de problematiek, zie Leenen 1988, 130v.; Te Braake 1989; De Wert 1989.

**46** Ook Trappenburg 1993, 196 signaleert de wankele basis voor de juridische dogmatiek rond experimenten met embryo's: 'De juridische lijn ten aanzien van embryo-experimenten berust op een 'ondergrondredenering' die zo evident discutabel is, dat zij bij een of twee goed geplaatste tegenargumenten in elkaar stort.'

**47** Voor de argumenten voor een dergelijk ethisch standpunt, zie Reinders 1993, 206v.

**48** Vgl. hierover de brief aan de Tweede Kamer dd 11 februari 1994 van de staatssecretaris van WVC (Simons) en de Minister van justitie (Hirsch Ballin) waaruit blijkt dat een wetsvoorstel naar de Raad van State is gestuurd, dat elk van de genoemde drie stellingen beoogt in wetgeving vast te leggen, met een uitzondering voor polyploïde embryo's.

**49** De meeste auteurs menen overigens dat experimenteren met embryo's, ook los van therapeutische oogmerken wel is toegestaan, juist omdat het embryo tot aan de 14-dagengrens een geringere beschermwaardigheid zou hebben. Zie bv. Gezondheidsraad 1986, 75. Afgezien van de inperking tot de 14-dagengrens lijkt me de conclusie van deze gedachtengang juist; alleen de argumentatie ervoor is een andere dan ik hier ontwikkel. Zie voor een weergave van beide opvattingen Leenen 1988, 130–131.



**50** Ik laat hier even buiten beschouwing dat er voor dit soort experimenten op grond van de bestuurlijke organisatie van onderzoek en gezondheidszorg meestal een bepaalde vergunning of toestemming noodzakelijk is, vaak na een advies van de ethische commissie van het ziekenhuis of van de KEMO (Kerncommissie Ethiek Medisch Onderzoek). Verder is natuurlijk toestemming nodig van de gametendonoren. De kern van mijn betoog wordt hierdoor niet geraakt, namelijk dat de grondslag voor dergelijke regulering niet gevonden kan worden in een binnen het geldende recht neergelegde statutetheorie.

**51** In hoeverre naast onrechtmatige daad ook wanprestatie een grond kan zijn, is onduidelijk. Zie daarover de in noot 29 genoemde literatuur.

**52** Vgl. hierover Te Braake 1989, 89; Gevers 1988, 46v.; Gezondheidsraad 1986, 75; Leenen 1988, 130. In plaats van rest-embryo's wordt soms ook onderzoek met polyplöide embryo's toelaatbaar geacht, omdat die niet kunnen uitgroeien tot een levensvatbaar mens.

**53** Aldus ook Gezondheidsraad 1989, 178.

**54** Leenen 1988, 130; Te Braake 1989, 89–90.

**55** Voor een overzicht zie De Wert 1989, 83v.; Reinders 1992.

**56** Binnen afzienbare tijd zal overigens de 'consensus' rond de 14-dagengrens op een heel andere manier ter discussie komen te staan. Het lijkt in principe mogelijk om embryo's ruim voor de 14-dagengrens onder invloed van bepaalde stoffen te laten afwijken van de gewone embryonale ontwikkeling en ze te laten uitgroeien tot een soort 'weefselbank'. Deze 'weefselbank' zou kunnen worden gebruikt voor transplantaties, met name voor hersenweefsel ten behoeve van Parkinson-patiënten. (Zie voor een overzicht van de ontwikkelingen tot dusverre waarbij geaborteerd foetaal weefsel werd gebruikt voor transplantatie KEMO 1992.) Deze 'weefselbank' zou aanzienlijk langer kunnen worden doorgekweekt dan 14 dagen. De 14-dagengrens is hierop – afhankelijk van de interpretatie – misschien niet van toepassing, omdat de natuurlijke ontwikkeling van het embryo wordt afgebogen ruim voor de 14 dagen. Vermoedelijk hebben sommigen die wel vrede hebben met het compromis van de 14-dagengrens niettemin bezwaar tegen dit soort puur instrumenteel gebruik van menselijke embryo's. Het zal duidelijk zijn dat in mijn visie het geldende recht zich niet zou verzetten tegen dergelijke ontwikkelingen. De gangbare statutetheorie biedt hiervoor overigens evenmin aanknopingspunten.

**57** De 14-dagengrens wordt onder meer verdedigd in Leenen 1988, 131; Ter Braake 1989, 90; Fernhout 1992, 8.

**58** Olivier 1975, 164 en 165.