



**Universiteit
Leiden**
The Netherlands

Personen en hun rechten

Nieuwenhuis, J.H.

Citation

Nieuwenhuis, J. H. (1992). Personen en hun rechten. In . Brussel, Zwolle: Story-Scientia, W.E.J. Tjeenk Willink. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36288>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36288>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).



© 1993



E. Story-Scientia

Kluwer Rechtswetenschappen België
(Kluwer Rechtswetenschappen België, E. Story-Scientia, Service)
E. Bockstaellaan 230
1020 Brussel



W.E.J. Tjeenk Willink

uitgevers van juridische boeken en tijdschriften
Koestraat 8¹
8011 NK Zwolle
Tel: 038/21.14.44

Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd en/of openbaar gemaakt worden door middel van druk, fotocopie, microfilm of op welke andere wijze ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

No part of this book may be reproduced in any form by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Diep is de bron van het recht. Meekijkend over de schouder van GAIUS, een rechtsgeleerde uit de tweede eeuw na Christus, ontwaren we, ergens in de vijfde eeuw voor Christus, de oorsprong van ons burgerlijk recht. GAIUS beschrijft de oudste vorm van het eigendomsproces.

Wie eiste hield een staf in zijn hand; greep de zaak vast, bijvoorbeeld een slaaf, en sprak als volgt: 'Ik verklaar dat deze slaaf van mij is, op grond van het recht der Romeinse burgers' (*Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio*) en tegelijkertijd legde hij de staf op de slaaf. Zijn tegenstander deed hetzelfde en sprak dezelfde woorden. Vervolgens zei de praetor: 'Laat allebei de slaaf los' (*Mittite ambo hominem*). Wie het eerst had geëist vroeg dan aan de ander: op welke rechtsgrond steunt uw vordering? (*Postulo, anne dicas, qua ex cause vindicaveris*).¹

De eerste schreden van het burgerlijk recht. Wapengeweld wordt woordenstrijd. Het geschil dient beslecht te worden door de kracht van het argument. Toch is de herinnering aan het gewapend conflict, als voorloper van het civiele proces, nog niet geheel verdwenen. GAIUS vermeldt dat de staf werd gebruikt 'als het ware in plaats van een speer' (*Quasi hastae loco*), omdat in vroeger dagen verovering op de vijand bij uitstek de manier was om eigendom te verwerven.

'Ik verklaar dat deze slaaf van mij is op grond van het recht der Romeinse burgers.' De tegenpartij verklaarde vervolgens precies hetzelfde. In dit rollenspel ligt de kiem van wat veel later zou uitgroeien tot de leer van het subjectieve recht. Subjectieve rechten zijn aanspraken gestaafd door gronden ontleend aan het objectieve recht.

1. GAIUS, *Instituten IV*, 16.

Zij komen pas tot leven als zij worden tegengesproken. Het aanspraakkarakter van rechten wordt goed zichtbaar wanneer beide partijen het voorwerp van geschil vastgrijpen. Zij zien echter af van verdere eigenrichting, en zij zijn bereid de strijd te voeren met louter retorische middelen. Op bevel van de praetor laten zij de slaaf los en in het vervolg van de procedure zullen zij trachten hun aanspraak zo sterk mogelijk te maken met behulp van argumenten ontleend aan het recht van de burgers van Rome (*Ex iure Quiritium*). Het recht van de sterkste wordt zo het recht van het sterkste verhaal. Wie heeft recht op de slaaf? Aulus of Brutus? Hij die zijn aanspraak staft met argumenten die beter zijn dan de gronden die zijn tegenstander aanvoert. Uit dit antwoord vloeit voort dat wanneer Brutus wint, diens recht niettemin iets 'relatiefs' houdt. Zijn recht is beter dan dat van Aulus, maar dat sluit niet uit dat Brutus de slaaf in een volgende procedure verliest aan Cornelius die een nog beter recht heeft, hetgeen wil zeggen, dat Cornelius zijn aanspraak kan doen steunen op gronden die op hun beurt weer steviger zijn dan de argumenten aangevoerd door Brutus.²

Aanspraak en titel

De gang van zaken bij het oudste eigendomsproces bevat ook reeds de aanzet van wat zich later zou ontwikkelen tot het dubbele aspect van het subjectieve recht: enerzijds aanspraak en anderzijds titel. Uit enkele schaarse aanwijzingen van GAIUS kan worden afgeleid dat het oordeel van de *iudex* aan de winnaar het verlof gaf de zaak, zo

2. Zie hierover M. KASER, *Das Römische Zivilprozessrecht*, München, 1966, blz. 71.

nodig tegen de wil van de verliezer, mee te voeren.³ Met andere, modernere woorden: het recht dat door de rechter in zijn vonnis werd toegekend, fungeerde als *titel* voor reële executie.

'Eiser heeft recht op levering van het huis'. Deze woorden, voorkomende in een dagvaarding en de daarmee overeenstemmende conclusie van eis hebben een geheel andere betekenis dan precies dezelfde woorden, neergeschreven in een vonnis. In het eerste geval markeren zij een aanspraak. Eiser is bereid zijn aanspraak te staven met argumenten: het huis is door gedaagde aan eiser verkocht. Gedaagde zal de aanspraak dat eiser recht heeft op levering van het huis trachten te ontkrachten door bijvoorbeeld aan te voeren dat de koop nietig is. Als de rechter vervolgens van oordeel is dat dit verweer faalt en in zijn vonnis vaststelt dat eiser recht heeft op levering van het huis, dan betekenen die woorden dat aan de eiser verlof wordt verleend zich de eigendom van het huis, zo nodig zonder medewerking van de gedaagde, te verschaffen door het vonnis te laten inschrijven in de openbare registers (zie de art. 3:300 en 3:301 B.W.). Het recht dat in een vonnis wordt toegekend is een titel, de rechtvaardiging voor het optreden van de eiser tegen de gedaagde.

Maar het recht waarop door eiser aanspraak wordt gemaakt moet toch wel hetzelfde zijn als het recht dat door de rechter wordt toegekend? Deze voor de hand liggende tegenwerping onthult het gevaar van hypostasering. Het recht is geen ding. Als de moeder van Wim tegen de dokter zegt: 'Wim heeft platvoeten', en de arts antwoordt

3. GAIUS, *Instituten IV*, 48, zie hierover J.G. VAN OVEN, *Leerboek van Romeinsch privaatrecht*, Leiden, 1948, blz. 98.

na enig onderzoek: 'Inderdaad mevrouw, Wim heeft platvoeten', dan spreken zij beiden over de zelfde zaak, de voeten van Wim. Zij zeggen daarover, zij het met wisselend gezag, hetzelfde. Als daarentegen eerst de eiser en vervolgens, na het horen van de gedaagde, de rechter zegt: eiser heeft recht op levering van het huis, dan zeggen eiser en rechter ieder iets wezenlijk anders. De rechter verleent door zijn uitspraak de eiser een recht dat er zonder het vonnis niet zou zijn: de bevoegdheid om zich de eigendom van het huis te verschaffen. Aanspraak en titel zijn de beide onderling onherleidbare verschijningsvormen van het subjectieve recht.

Heeft de mens rechten die vanzelf spreken?

'Een zaak, bijvoorbeeld een slaaf'. Het gemak waarmee GAIUS dit neerschrijft, bewijst dat met de eerste woorden gesproken in het burgerlijk recht het laatste woord nog niet is gezegd. Met het '*hunc hominem meum*' is het recht nog niet aan het eind van zijn Latijn.

'Allen die zich in Nederland bevinden, zijn vrij en bevoegd tot het genot van de burgerlijke rechten. Persoonlijke dienstbaarheden, van welke aard of onder welke benaming ook, worden niet geduld.' Aldus het eerste artikel van het Burgerlijk Wetboek. Deze bepaling valt zonder veel omwegen terug te voeren op de verlichtingsidealen van de achttiende eeuw, belichaamd in de *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (1789) en de Amerikaanse *Declaration of Independence* (1776). 'We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal; that they are endowed by their Creator with certain inalienable rights; that among these are life, liberty and the pursuit of happiness.' Vrijheid en gelijkheid als onvervreembare rechten van de mens; zijn het waarhe-

den die vanzelf spreken? In ieder geval betekent hun vanzelfsprekendheid niet dat ze zonder tegenspraak worden geëerbiedigd. Zo heeft de auteur van de *Declaration of Independence*, Thomas JEFFERSON, de vanzelfsprekendheid van de door hem geformuleerde waarheden nooit opgevat als een aansporing om zijn talrijke slaven vrij te laten. Toch zijn Jeffersons schitterende woorden niet vergeefs geweest. Te zamen met de kanonnen van de Noordelijke legers hebben zij uiteindelijk geleid tot de afschaffing van de slavernij in de Verenigde Staten.

Het invoeren van een recht kan klaarblijkelijk nog een ander doel dienen dan het verkrijgen van een zaak of een prestatie waarop men aanspraak maakt op grond van argumenten ontleend aan het *geldende* recht. Het beroep op de onvervreembare rechten van de mens is bij uitstek het middel om de grenzen van het geldende recht te verleggen. Nieuwe belangen die aanspraak maken op rechtsbescherming, en die in conflict geraken met vanouds gevestigde machten beroepen zich stevast op gelijke rechten. Ieder rechtssysteem is exclusief, het sluit allerlei belangen uit, maar geen enkel rechtssysteem zit potdicht. Als maar lang en luid genoeg wordt geklopt gaan de poorten uiteindelijk open. Het Romeinse *ius civile* van de vijfde eeuw vóór Christus was zeer exclusief, uitsluitend bestemd voor een handvol krijgsmachtige boeren aan de monding van de Tiber. Naarmate de handel met het buitenland toenam, werd het belang dat vreemdelingen een met een Romein gesloten overeenkomst in rechte konden afdwingen, steeds dringender. Een en ander heeft ertoe geleid dat de *fides*, de trouw aan het gegeven woord, op een bepaald moment ook door het *ius civile* werd erkend als grondslag van contractuele gebondenheid. Weer later werd deze uit het *ius gentium* stammende plicht afgeleid uit de 'natuurlijke rede' die alle mensen, ongeacht hun

nationaliteit hieraan onderwerpt (*Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit*).⁴

Een beroep op de natuurlijke rede en de vanzelfsprekendheid van deze of gene waarheid ('We hold these truths to be self-evident') vormt een vast onderdeel van de retoriek waarmee de strijd om de vernieuwing van het recht wordt gevoerd. Het is een steeds terugkerend overredingsmiddel bij het streven om nieuwe inzichten ingang te doen vinden in situaties waarin men kan rekenen op tegenspraak van de gevestigde belangen.

'I see it as so unarguably a basic right for a woman to decide whether she will have an abortion or not that I am convinced the right will eventually be legally recognized and our children's children will look back on the present situation with horror – you mean in those days a *stranger* could decide whether you had the baby or not?''⁵

Abortus als een fundamenteel recht van de vrouw dat geen tegenspraak duldt ('unarguably'). Maar het tegenargument is er wel degelijk: het onvervreembare recht van het ongeboren leven op leven. Een beroep op een recht is steeds het middel van de strijdende partijen om de eigen aanspraak immuun, althans zo sterk mogelijk, te maken. Het retorisch kader waarbinnen een en ander zich afspeelt, verklaart dat de partij die de wederzijdse aanspraken tegen elkaar moet afwegen (de wetgever, de rechter), er belang bij heeft de 'onafdwingbare rechten' waarmee de tegenstanders elkaar bestoken aanmerkelijk af te zwakken. In de aanhef van de Wet afbreking zwangerschap wordt geen keuze gemaakt tussen het funda-

4. JUSTINIANUS, *Instituten*, I, II, 1.

5. JILL TWEEDIE in de *Gardian* 1972, opgenomen in Jonathan GLOVER, *Causing death and saving lives*, Londen, 1990, blz. 129.

mentele recht van de vrouw op abortus en het onvervreembare recht van het ongeboren kind op leven, maar wordt gewag gemaakt van enerzijds het 'recht van de vrouw op hulp bij ongewenste zwangerschap' en anderzijds 'de rechtsbescherming van het ongeboren menselijk leven'.

Wat is het verschil tussen een loodgieter en een waterpomptang?

Achter ieder recht staat noodzakelijkerwijs een persoon. Het recht opgevat als aanspraak veronderstelt dat er iemand is die, al dan niet door middel van een vertegenwoordiger, aanspraken kan doen gelden, en die met andere woorden recht van spreken heeft. De strijd om het subjectieve recht gaat vroeger of later steevast over in de strijd om de persoon. Het ontkennen van een recht op abortus wordt door de voorstanders van legalisering gepresenteerd als een aantasting van de persoon van de vrouw, een inbreuk op haar autonomie. Ook het debat over het 'recht' van het ongeboren menselijk leven wordt door voor- en tegenstanders van de legalisering van abortus gevoerd en toegespitst op de vraag of de ongeboren vrucht al dan niet moet worden aangemerkt als persoon.

'De ingenestelde vrucht is geen persoon en de vrucht is geen zaak. Was de vrucht een persoon, dan zou abortus moord zijn; was de vrucht een zaak dan zou de hele abortus-discussie overbodig zijn.'⁶

Ook het beroep op de onaantastbaarheid van de persoon moet worden begrepen als een poging het aangevoerde

6. H.J.J. LEENEN, *Handboek gezondheidsrecht*, Alphen aan den Rijn, 1988, blz. 123.

belang tot ongenaakbare hoogte te verheffen en het aldus te immuniseren.

De ethiek van KANT⁷ is de zuiverste bron van inspiratie voor een dergelijke strategie. Wat is het verschil tussen een loodgieter en een waterpomptang? Een waterpomptang is een instrument, een middel ter bereiking van een buiten haarzelf gelegen doel. Ze is een zaak. Een loodgieter is een mens en als zodanig een doel omwille van zichzelf (*Zweck an sich selbst*). De mens is een persoon. Met behulp van deze ingrediënten formuleert KANT zijn categorisch imperatief:

‘Handle so, dass du die Menschheit, sowohl in deiner Person als in der Person eines jeden anderen, jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloss als Mittel brauchst.’

KANT zegt hier niet dat ik een loodgieter niet als middel mag gebruiken. Als ik te kampen heb met een lekkage, mag ik overwegen of ik eerst een waterpomptang uit de schuur zal halen, of maar meteen een loodgieter zal bellen. Ik mag tot het laatste besluiten zonder enig moreel gebod te overtreden. Het categorisch imperatief verbiedt wel een *louter* instrumenteel gebruik van de loodgieter (*niemals bloss als Mittel*). Hierin is het verschil tussen een waterpomptang en een loodgieter gelegen. De eerste mag ik opofferen ten behoeve van het doel. Om een moer los te draaien mag ik willens en wetens zoveel kracht zetten dat mijn waterpomptang daarna definitief onbruikbaar is. Een zo verregaand gebruik van een loodgieter is ongeoorloofd. Ik mag hem niet blootstellen aan zeer gevaarlijke situaties, zoals het mogelijk contact met giftige

7. Zie voor de bron van de navolgende beschouwingen I. KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 428-430.

stoffen, althans niet zonder hem daarin te kennen, zodat aldus zijn autonomie wordt gerespecteerd.

Zo gezien, bevat het burgerlijk recht een onmisbare Kantiaanse kern. Zij komt bijvoorbeeld tot uiting in de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt jegens eens anders persoon of goed, en de eis dat men in (pre-)contractuele relaties rekening houdt met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. Het gebruik van de medemens wordt door deze geboden niet uitgesloten, maar wel aan banden gelegd.

Het is overigens de vraag of KANT niet al te rigoreuze consequenties verbindt aan het door hem gekozen richtsnoer: de ander nimmer louter als middel gebruiken. Ter illustratie geeft KANT een contractueel voorbeeld. Mag ik, door financiële nood gedrongen, geld lenen en toezeggen de geleende som op een bepaalde datum terug te betalen, terwijl ik weet dat ik daartoe niet in staat zal zijn? Neen, aldus KANT, omdat ik in dat geval de ander slechts als middel gebruik en dusdoende zijn autonomie schend. Maar is KANT hier niet al te categorisch? Stel, Nijhof, geconfronteerd met lekkages die zijn voorraden leer dreigen te beschadigen, belt een loodgieter, wijs geworden door zijn vroegere ervaringen met de Zutphense juffrouw, wier doen en laten zo indringend werd beschreven door HR 10 juni 1910, W 9038. De loodgieter is bereid te komen, maar eist betaling binnen tien dagen. Om verder tijdverlies te voorkomen zegt Nijhof dit toe, hoewel hij weet dat hij daartoe niet in staat zal zijn. Drie maanden later betaalt Nijhof de loodgieter, met vergoeding van diens renteverlies.

Moet het gedrag van Nijhof zonder pardon als immoreel worden bestempeld, aangezien het stellig een inbreuk vormt op de autonomie van de loodgieter, wiens instemming met het betalingsuitstel niet werd verkregen?

Een gezonde dosis aarzeling is hier geboden. Respect voor de autonomie van de ander is een groot goed, maar het is niet zo, dat *iedere* schending van de autonomie ongeoorloofd is. De geringe ernst van de inbreuk en het grote belang dat erdoor werd gediend kunnen meebrengen dat die inbreuk aanvaardbaar, of zelfs geboden is. Absolute waarden, die voor niets en niemand wijken, kennen we niet. Dat geldt ook voor verheven waarden als het ongeboren leven en de autonomie van de vrouw. Het ontbreken van een vaste hiërarchie in ons waardenpatroon noopt tot grote terughoudendheid bij het erkennen van het recht op leven van de ongeboren vrucht of het recht van de vrouw om zelf te bepalen of zij haar zwangerschap al dan niet zal doen afbreken.

Het kind waarvan een vrouw zwanger is

Is de ongeboren vrucht een persoon en heeft zij dus een recht op leven en lichamelijke integriteit? Ja of Nee? Een onfortuinlijke vraag die in deze vorm maar beter kan worden ontweken. Het kan geen kwaad eerst drie problemen te onderscheiden. Is het geoorloofd eicellen te bevruchten door ze buiten het lichaam van de vrouw in contact te brengen met zaadcellen (*in vitro fertilisatie*), met als doel de pre-embryo's te gebruiken voor wetenschappelijk onderzoek? Van een zwangerschap is in dit geval geen sprake. Een tweede probleem rijst wanneer het gaat om een ingenestelde vrucht en er dus wel sprake is van een zwangerschap. Mag een zwangerschap worden afgebroken, en zo ja, tot welk moment? In de derde plaats is er het probleem of het recht op lichamelijke integriteit van het *geboren* kind meebrengt dat van de vrouw kan worden geëist dat zij tijdens de zwangerschap

medische ingrepen gedooft, in het belang van de post-natale gezondheid van het kind waarvan zij zwanger is.

Wat het eerste vraagstuk betreft: als het oogmerk van het onderzoek van de pre-embryo's zuiver wetenschappelijk is, en het dus niet de bedoeling is om het pre-embryo te laten innestelen in het lichaam van een vrouw te laten uitgroeien tot een kind, is sprake van een louter instrumenteel gebruik. Een confrontatie met KANT kan dan niet uitblijven. Twee Neo-Kantiaanse geluiden:

'Weliswaar is de Kantiaanse regel dat de mens nimmer als middel mag worden gebruikt, strikt genomen, op het pre-embryo in vitro niet van toepassing, maar een analoge toepassing ervan is zeer wel te verdedigen (LEENEN).⁸

'Verdedigbaar is dat aan het pre-embryo dat weliswaar geen persoon is, toch een bepaald respect toekomt omdat het de potentie in zich heeft om tot rechtssubject uit te groeien. Een afspiegeling van het respect dat aan rechtssubjecten wordt gegeven, vinden we terug bij het pre-embryo. Ik zou dit respect voor het pre-embryo willen aanduiden met de term 'rechtssubjectieve reflexwerking' (BROEKHUIJSEN-MOLENAAR).⁹

Mevrouw BROEKHUIJSEN-MOLENAAR maakt melding van een notitie van de Minister van Justitie en WVC waarin twee eisen worden geformuleerd. Het wetenschappelijk onderzoek aan de pre-embryo's moet van fundamenteel belang zijn voor de volksgezondheid en de te verwachten wetenschappelijke inzichten moeten niet op andere wijze kunnen worden verkregen. Zij concludeert vervolgens: 'Gesteld kan worden dat als aan deze eisen is voldaan, er

8. H.J.J. LEENEN, *Handboek gezondheidsrecht*, 1988, blz. 131.

9. A.M.L. BROEKHUIJSEN-MOLENAAR, *Kleijn bundel*, blz. 37.

voldoende rekening is gehouden met de rechtssubjectieve reflexwerking'. Dit lijkt een wat mager respect jegens het pre-embryo als potentieel rechtssubject om zo, zonder zijn instemming, ter beschikking te worden gesteld van de wetenschap. KANT spreekt echter in zijn categorisch imperatief niet slechts over individuele personen die niet louter als middel gebruikt mogen worden, maar ook over de mensheid als zodanig (*Handle so, dass du die Menschheit (...) jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloss als Mittel brauchst*). En hier raken wij de kern. Het gaat niet zozeer om het respect verschuldigd aan het individuele pre-embryo, opgeslagen in de vrieskist van een Academisch Ziekenhuis, als wel om de diepgewortelde schroom te sleutelen aan de menselijke soort. Frankenstein en King Kong horen science-fiction te blijven.¹⁰

Het tweede probleem: heeft het kind waarvan de vrouw zwanger is een recht op leven? De Europese Commissie voor de Rechten van de Mens heeft uitvoerig verslag gedaan van de wijze waarop zij de vraag onbeantwoord heeft gelaten.¹¹

Het betrof een klacht van een man die tevergeefs had gepoogd zijn vrouw te doen verbieden haar zwangerschap af te laten breken. De Engelse rechter had zijn eis afgewezen met een beroep op de Abortion Act 1967. De klacht hield in dat deze wet in strijd is met artikel 2 van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens (het recht van een ieder op leven wordt beschermd door de wet). De Commissie onderscheidt drie mogelijkheden met betrekking tot de reikwijdte van art. 2:

10. Zie LEENEN, *Handboek gezondheidsrecht*, 1988, blz. 63 e.v.

11. Europese Commissie voor de Rechten van de Mens, 13 mei 1980, NJ, 1981, 110.

1. Het artikel verleent de ongeboren vrucht een absoluut recht op leven.
2. Op grond van dit artikel heeft de ongeboren vrucht een recht op leven dat is onderworpen aan een aantal uitzonderingen die niet expliciet zijn vermeld.
3. Art. 2 E.V.R.M. heeft in het geheel geen betrekking op de ongeboren vrucht.

Het eerste alternatief (de ongeboren vrucht heeft een absoluut recht op leven) wordt kordaat van de hand gewezen. In dat geval zou abortus verboden zijn, ook indien de voortzetting van de zwangerschap een ernstig gevaar zou opleveren voor het leven van de zwangere vrouw. Dit zou betekenen dat aan het ongeboren leven van de vrucht een hogere waarde wordt toegekend dan aan het leven van de zwangere vrouw. Vervolgens weigert de Commissie te kiezen tussen de alternatieven twee (een recht op leven dat is onderworpen aan een aantal uitzonderingen) en drie (art. 2 E.V.R.M. is niet van toepassing op de ongeboren vrucht). De weigering wordt gemotiveerd met de stelling dat zelfs indien art. 2 de vrucht, ook met betrekking tot de beginperiode van de zwangerschap, een recht op leven zou verlenen, in dit geval toch sprake zou zijn van een uitzondering, te weten de bescherming van leven en gezondheid van de moeder. Waarom deze terughoudende opstelling? Waarom niet helder uitgesproken dat de ongeboren vrucht een *recht* op leven heeft dat in een aantal gevallen zal moeten wijken voor een beter recht van de zwangere vrouw?

De aarzeling om uit te gaan van een recht op leven van de ongeboren vrucht is volstrekt begrijpelijk. De altijd dreigende inflatie van rechten dient krachtig te worden bestreden. Zo niet, dan devalueert de tekst van verdrag en wet op den duur tot pamflet. Should trees have

standing? Toward legal rights for natural objects, Animal rights, Rechten voor toekomstige generaties, Prikkelende geluiden, de onmisbare retoriek waarmee nieuwe belangen hun plaats binnen de rechtsorde opeisen. De vraag zal altijd het aanbod overtreffen. Alleen schaarse rechten¹² zijn waardevol. Zo heeft het met betrekking tot de beginfase van de zwangerschap weinig zin te spreken van een recht op leven van de ongeboren vrucht, als de vrouw met inachtneming van de procedure voorgeschreven in de wet afbreking zwangerschap, zelfstandig kan besluiten tot abortus zonder dat zij ten aanzien van haar beslissing namens de ongeboren vrucht kan worden tegengesproken. Uiteraard laat dit onverlet de bevoegdheid van tegenstanders van de geldende abortuswetgeving om aan te dringen op herziening van de wet, met een beroep op de fundamentele rechten van het ongeboren leven.

Maar heeft het, ook wat het geldende recht betreft, wellicht zin te spreken van het recht op leven van een vrucht die in staat is buiten het moederlichaam in leven te blijven? Onder die omstandigheden is het afbreken van een zwangerschap in beginsel verboden (art. 82a Wetboek van Strafrecht). Met de plicht van de zwangere vrouw om haar zwangerschap niet te doen afbreken, correspondeert niet noodzakelijkerwijs een recht van de ongeboren vrucht op leven. Keerzijde van de plicht de Pieterskerk niet te slopen, is niet het recht van de Pieterskerk om te blijven voortbestaan.

Toch is er een argument om de vrucht die in staat is om buiten het moederlichaam in leven te blijven wel een recht op leven te verlenen, zoals dat in art. 2 E.V.R.M. 'aan een ieder' wordt toegekend. Het systeem van de wet. Art. 82a Wetboek van Strafrecht bepaalt dat onder

12. Zie SLAGTER, Afscheidsrede Rotterdam.

een kind bij of kort na de geboorte van het leven beroven mede moet worden begrepen: het doden van een vrucht die naar redelijkerwijs verwacht mag worden in staat is buiten het moederlichaam in leven te blijven. Deze gelijkheid voor de wet doet het voor de hand liggen het recht op leven van gelijkelijk toe te kennen, aangezien het zeker is dat art. 2 E.V.R.M. het recht op leven toekent aan pasgeborenen.

Vloeit een en ander ook niet reeds voort uit art. 1:2 B.W.?

'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'.

Zoals bekend, wordt deze bepaling op zeer uiteenlopende wijze gelezen. 'De natuurlijke persoonlijkheid vangt aan met de geboorte. De ongeboren vrucht is nog geen persoon' (ASSER-DE RUITER).¹³ 'Op de regel dat de persoonlijkheid begint bij de geboorte kunnen wij één uitzondering noemen. Wanneer het belang van het kind zulks medebrengt wordt een kind, van hetwelk een vrouw zwanger is, als reeds geboren aangemerkt' (PITLO-ROOD-DE BOER).¹⁴ De tweede lezing verdient de voorkeur. De vraag is niet of de ongeboren vrucht als zodanig, als ongeboren vrucht, persoon is of niet. De vraag is of het kind waarvan de vrouw zwanger is, dat wil zeggen de vrucht als mens in wording, als persoon, en daarmee als drager van rechten, moet worden erkend. De gelijkstelling door de wet van de ongeboren vrucht en het kind

13. ASSER-DE RUITER, I, blz. 4.

14. PITLO-ROOD-DE BOER, blz. 33.

na de geboorte ('wordt als reeds geboren aangemerkt') wordt geheel en al in het teken geplaatst van de latere hoedanigheid van de vrucht: het geboren leven. Blijft de vrucht een vrucht, dan ontvalt aan die gelijke behandeling haar rechtvaardiging: (Komt het kind dood ter wereld, dan wordt het geacht nooit te hebben bestaan). De structuur van art. 1:2 is retrospectief. Vanuit de situatie *na* de geboorte wordt de daaraan voorafgaande fase, de zwangerschap, bezien: dreigde toen reeds een aantasting van post-natale belangen. Deze retrospectieve structuur brengt mee dat art. 2 eerder kan dienen als grondslag voor een verbod om tijdens de zwangerschap activiteiten te ontplooiën die de gezondheid van het kind na zijn geboorte bedreigen, dan als fundament voor een verbod van abortus.

Het derde probleem: heeft het kind waarvan de vrouw zwanger is recht op een pre-natale bescherming van zijn post-natale belangen? Het valt moeilijk te ontkennen dat de pre-natale fase een onmisbaar bestanddeel vormt van de ontwikkeling van de mens. Gedurende de negen maanden van haar zwangerschap is de vrouw niet alleen maar 'in verwachting'. Haar doen en laten is van beslissende invloed op de gezondheid van het kind. Roken en alcoholgebruik zijn schadelijk. Kunnen deze activiteiten haar met behulp van een rechterlijk vonnis worden verboden, of stuit dit af op het recht van de vrouw op eerbiediging van haar persoonlijke levenssfeer? Evenmin denkbeeldig is een botsing in de rechtszaal tussen het belang van het kind waarvan de vrouw zwanger is met betrekking tot zijn toekomstige gezondheid en het recht van de vrouw op lichamelijke integriteit. De prenatale diagnostiek maakt zeer snelle vorderingen. Allerlei medische ingrepen, reeds tijdens het verblijf van het kind in de baarmoeder, zijn thans al mogelijk, of verlaten binnenkort het

experimentele stadium. Kan de vrouw door een vonnis tot het ondergaan van dergelijke ingrepen worden gedwongen?¹⁵ Het Kantiaans perspectief van het recht verbiedt de zwangere vrouw louter te bezien als middel tot voortplanting. Haar autonomie verdient respect. Maar er is nog een andere kant: de lichamelijke integriteit van het kind dat geboren wordt is onlosmakelijk verbonden met de lotgevallen van het kind waarvan de vrouw zwanger was.

Een en ander leidt tot zeer moeilijke afwegingen. Een bevel van de rechter dat de bevalling niet thuis, maar in een ziekenhuis dient plaats te vinden, als medische indicaties daartoe aanleiding geven, eerder voorstelbaar, dan een vonnis waarbij de vrouw wordt bevolen een, ook voor haar riskante, ingreep *in utero* te ondergaan.

In ieder geval is het niet zo dat de belangen van de vrouw op voorhand als van hogere orde moeten worden aangemerkt dan de belangen van het kind. Als daarom de vrouw haar aanspraken in het geding mag brengen in de vorm van *rechten* (haar recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en haar recht op lichamelijke integriteit) dan ligt het in de rede ook de belangen van het kind, voor zover die pre-nataal moeten worden beschermd, de status van recht te verlenen. Als eenmaal het trieste punt is bereikt dat moeder en kind in de rechtszaal tegenover elkaar staan, dan hebben zij in ieder geval recht op gelijke wapens. *Wordplay/Swordplay*.

Oegstgeest, december 1991.

15. Zie enerzijds M.L.C.C. DE BRUIJN-LÜCKERS, NCJM 11-7, blz. 599 e.v. en anderzijds W. HAMMERSTEIN-SCHOONDERWOERD, NJB, 1987, blz. 1221 e.v.