

B.C. van Beers, *Persoon en lichaam in het recht*

Menselijke waardigheid en zelfbeschikking in het tijdperk van de medische biotechnologie

Martin Buijsen

B.C. van Beers, Persoon en lichaam in het recht. Menselijke waardigheid en zelfbeschikking in het tijdperk van de medische biotechnologie. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, 775 p.

Voor een beoefenaar van een theoretisch zo verwaarloosd vakgebied als het mijne, het gezondheidsrecht, is *Persoon en lichaam in het recht* een geschenk uit de hemel. Maar ik zou het proefschrift waarmee de schrijfster in 2009 aan de Vrije Universiteit de graad van doctor verkreeg, beslist tekort doen wanneer ik de lezer in de waan zou laten met een gezondheidsrechtelijke studie van doen te hebben. Het boek is namelijk zo veel meer ...

De medische biotechnologie vermag tegenwoordig enorm veel. De mogelijkheden tot ingrijpen in het menselijk lichaam hebben de laatste jaren een hoge vlucht genomen, zodanig dat – zoals de schrijfster op de achterflap stelt – zelfs de grenzen van de geboorte, de dood, het sekseverschil en de menselijke soort niet meer vanzelfsprekend zijn, maar in toenemende mate het product vormen van menselijke keuzen. Deze mogelijkheden worden door middel van het positieve recht uiteraard begrensd. Donororganen mogen niet worden verkocht, embryoselectie is aan een vergunningregime onderworpen, reproductief kloneren en kiembaan-getherapie zijn verboden, enzovoort. Regulering van medische biotechnologie pleegt plaats te vinden onder verwijzing naar beginselen als zelfbeschikking, menselijke waardigheid en respect voor menselijk leven. Welke betekenis komt beginselen als deze eigenlijk toe in de context van medische biotechnologie?

Duidelijk is dat de snelle ontwikkeling van biomedische technieken het traditionele juridische mensbeeld geweldig uitdaagt. De grote toename van de feitelijke beschikkingsmacht over het lichaam die ermee gepaard gaat, maakt immers de mens niet alleen tot subject, maar meer en meer ook tot object van die technologie. Is dat lichaam dan te kwalificeren als een zaak waarover men vrijelijk kan beschikken? Of hebben we het nog steeds over de persoon, met alle juridische beperkingen ten aanzien van de beschikbaarheid over dat lichaam van dien? Bij de normering van moderne biomedische technieken lijkt men met de aloude centrale juridische categorieën van zaak en persoon niet uit de voeten te kunnen.

Persoon en lichaam in het recht bestaat uit twee delen. Het eerste deel opent met een rechtshistorische analyse van het privaatrechtelijke persoonsbegrip. Aansluitend bij Frans rechtshistorisch onderzoek betoogt de schrijfster dat het huidige recht een vermenging laat zien van twee persoonsbegrippen, afkomstig uit twee tradities: een artificialistische en een naturalistische. In de eerste benadering ziet men de persoon als een van lichamelijkheid gespeende abstractie, met als gevolg

de kwalificatie van het lichaam als zaak. In de andere, naturalistische traditie ziet men in de juridische persoon een weerspiegeling van de ware persoon, waardoor het lichaam bezwaarlijk wat anders kan zijn dan deel van de menselijke persoon.

In het huidige recht is het menselijk lichaam soms zaak, getuige de regelgeving met betrekking tot de omgang met afgescheiden lichaamsmateriaal, en soms deel van de persoon, zoals wanneer men lichamelijk letsel opvat als een aantasting in de persoon. Dit feit bemoeilijkt beantwoording van de vraag naar de toelaatbaarheid van biomedische ingrepen in het lichaam. Het lichaam lijkt aan het onderscheid tussen zaak en persoon voorbij te gaan. De vraag of het nu de ene kwalificatie verdient, of de andere, kan alleen maar worden beantwoord aan de hand van beginselen die niet eigen zijn aan het privaatrecht.

De bespreking van die beginselen vormt voor een beoefenaar van het gezondheidsrecht veruit het interessantste deel van het proefschrift. Britta van Beers doet in het derde hoofdstuk haarfijn uit de doeken dat gezondheidsjuristen te onzent er tamelijk unieke denkbeelden op na houden waar het de grondslagen van hun rechtsgebied betreft. Zij wijst erop dat in het Nederlandse gezondheidsrecht de nadruk van oudsher ligt op het beginsel van individuele zelfbeschikking, een fenomeen dat samenhangt met de grote invloed die is uitgegaan (en uit blijft gaan) van het werk van wijlen Henk Leenen, in veel opzichten de grondlegger van het Nederlandse gezondheidsrecht. De schrijfster staat er niet echt lang bij stil, maar diens aanwijzing van het beginsel van individuele zelfbeschikking (of zelfbeschikkingsrecht) als pijler van het gezondheidsrecht stamt uit een tijd waarin de rechten van de patiënt nog moesten worden bevochten. Uit emancipatoire overwegingen was het destijds rechtspolitiek gezien meer dan prudent om aan dit beginsel veel waarde toe te dichten. Het probleem is echter dat het zich niet leent voor de constructie van een deugdelijke rechtstheorie. De schrijfster signaleert terecht dat men vanuit de zelfbeschikkingsthese geredeneerd nauwelijks de beperkingen kan verklaren die in de regulering van de biomedische praktijk aan de beschikking over het eigen lichaam (maar ook over de eigen voortplanting) worden gesteld. Als individuele zelfbeschikking de normatieve grondslag vormt van het gezondheidsrecht, hoe kan het dan dat het mij niet is toegestaan financieel voordeel te behalen met het afstaan van een nier?! Waarom zijn er dan regels die eraan in de weg staan dat wensouders de ten behoeve van IVF tot stand gebrachte embryo's op geslacht selecteren?! De verklaring voor het bestaan van beperkende regels als deze moet alvast niet gezocht worden in het recht van individuele zelfbeschikking van anderen.

De erfenis van Leenen heeft het academische rechtsgeleerden die studenten serieus in het rechtsgebied willen inleiden, bepaald niet gemakkelijk gemaakt. En daarnaast ondervinden nog steeds veel gezondheidsjuristen die werkzaam zijn in de rechtspraktijk de problemen van het moeten werken met een bijzonder weinig adequaat interpretatief kader. De nadruk op het zelfbeschikkingsrecht geeft een vertekend beeld van het positieve recht. Van Beers verwoordt het kernachtig wanneer zij stelt dat terwijl persoon en lichaam in toenemende mate van elkaar gescheiden kunnen worden, men in het recht eigenlijk is blijven vasthouden aan de eenheid van lichaam en persoon. Het is de bijzondere band tussen individu en lichaam die dat lichaam meerwaarde geeft boven andere rechtsobjecten. Die

meerwaarde brengt men juridisch tot uitdrukking via een ander beginsel, namelijk dat van de menselijke waardigheid. Zeker in het internationale recht is dat het geval en reflectie over de betekenis van menselijke waardigheid is daarom zeer wenselijk, aldus de schrijfster. Ik kan dat alleen maar beamen.

Het beginsel van de menselijke waardigheid ligt onmiskenbaar aan het mensenrechtenrecht ten grondslag, vooral zoals dat ontwikkeld is binnen het raamwerk van de Raad van Europa. De geringe belangstelling van Nederlandse gezondheidsjuristen uit de school van Leenen voor het internationale recht hangt ongetwijfeld samen met het feit dat dit deel van de rechtsorde in hun ogen ongerijmd is. Ook hun gebrek aan belangstelling voor rechtsvergelijking kan zo worden verklaard.

In het eerste deel van *Persoon en lichaam in het recht* wordt wel een blik over de landsgrenzen geworpen. Franse rechtsgeleerden blijken het beginsel van de menselijke waardigheid uit te leggen als een beginsel dat een belichaming van het rechtssubject tot stand brengt, als een symbolische representatie van de mens waarin de verbondenheid tussen persoon en lichaam tot uitdrukking komt. Het is op grond van dit rechtsbeginsel dat de beschikkingsmacht die het gevolg is van biomedische technologie aan banden wordt gelegd. Het is dit beginsel dat uiteindelijk de grondslag vormt voor bescherming tegen de risico's van instrumentalisering, commercialisering en uiteindelijk ook dehumanisering van de mens. Een analyse van de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens leert vervolgens dat daarin beide tradities, zowel de Nederlandse als de Franse, zijn terug te vinden. Een uitvoerige beschouwing van bekende EVRM-jurisprudentie met betrekking tot hulp bij zelfdoding, transseksualiteit, seksuele vrijheid en lijkschennis ontlokt aan de schrijfster de conclusie dat menselijke waardigheid voor het Hof weliswaar uitgangspunt vormt, maar dat de subjectieve invulling ervan door betrokkenen aan invloed blijkt te winnen, vooral via artikel 8 EVRM: het recht op eerbiediging van het privéleven. Zozeer zelfs dat het Hof een recht op lichamelijke zelfbeschikking inmiddels lijkt te hebben erkend.

Eenzelfde subjectivering neemt Van Beers waar in de regelgeving met betrekking tot het embryo, waar de juridische bescherming niet in het teken van de menselijke waardigheid staat, maar in dat van respect voor menselijk leven. Embryo's kunnen weliswaar worden afgestaan, gebruikt en zelfs vernietigd, maar in de voorwaarden die aan dergelijke handelingen gesteld worden (zorgvuldigheid, toestemming van de ouders, enz.) toont zich toch het beginsel van respect voor menselijk leven. De theorie van de progressieve rechtsbescherming, volgens welke de beschermwaardigheid van embryonaal leven toeneemt met de ontwikkeling, is volgens de schrijfster bij nader inzien onvolkomen. De biologische ontwikkeling is niet irrelevant, maar studie van de Embryowet leert dat de intenties van de ouders belangrijker zijn. Het embryo in vitro bestemd voor een zwangerschap heeft juridisch een wezenlijk andere status dan het zogenoemde restembryo, ook als het laatste zich in hetzelfde stadium van ontwikkeling bevindt. In de Franse rechtsdogmatiek blijkt de verbrokkelde status van het embryo al veel eerder te zijn ondervangen in een theoretisch kader dat niet de biologische ontwikkeling van het embryo maar zijn socialisering en symbolisering centraal stelt als factoren van bescherming.

De problematiek van *wrongful birth* en *wrongful life* komt aan de orde in hoofdstuk 5. Betoogd wordt dat toewijzing van vorderingen van het eerste soort vanuit menselijke waardigheid toelaatbaar is. Het toekennen van schadevergoeding aan de ouders impliceert geenszins dat het leven van het ongebooren kind ondergeschikt gemaakt wordt aan de belangen van de ouders. De jurisprudentie leert immers dat het recht op eerbiediging van de menselijke waardigheid pas met de geboorte ontstaat. Ook in *wrongful life*-zaken als *Baby Kelly* komt ouders dat recht op schadevergoeding toe. Echter, vooral met de toekenning van immateriële schadevergoeding aan de ouders heeft de Hoge Raad impliciet het belang van ouders erkend om tot een genetische selectie van hun nageslacht te kunnen komen door middel van abortus van embryo's met genetische afwijkingen. De ouders van Kelly waren aangetast in hun zelfbeschikkingsrecht en abortus op grond van genetische aandoeningen is nu eenmaal toegestaan. Toewijzing van de vordering als compensatie voor het eigen leven – aan Kelly als vergoeding van *alle* kosten – is naar het oordeel van de schrijfster in strijd met de menselijke waardigheid *in haar collectieve dimensie*. In die zin komt ieder mensenleven een absolute waarde toe, hetgeen maakt dat het leven niet aan een bepaalde externe (financiële) maatstaf kan worden afgemeten. Hoe je het ook wendt of keert, de omvang van de vergoeding getuigt van een waardeoordeel over het leven van Kelly. Van strijd met waardigheid *in haar individuele dimensie* is weer geen sprake. De toegekende middelen stellen het kind immers in staat een menswaardig leven te leiden. Of veel privatisten zich kunnen vinden in dit scholastieke oordeel, waag ik te betwijfelen. Hoe dan ook, uitspraken als *Baby Kelly*, die rechtssubjecten in staat stelt zich in rechte te beklagen over hun aangeboren lichamelijke tekortkomingen, verbreken volgens Van Beers de eenheid tussen persoon en lichaam die het beginsel van de menselijke waardigheid toch veronderstelt. Hiermee wordt de vraag opgeroepen in hoeverre het recht zich van de biologische werkelijkheid mag verwijderen. In het tweede deel van *Persoon en lichaam in het recht*, waarin de positiefrechtelijke en rechtstheoretische invalshoek wijkt voor het wijsgerige, diept de schrijfster de verhouding uit van het juridische persoonsbegrip tot de biologische aspecten van het menselijk leven. In een drietal hoofdstukken passeren evenzoveel opvattingen over de mens in het recht de revue: de technisch-juridische, de biologisch-juridische en de symbolisch-juridische. Dat Van Beers uiteindelijk de meeste voordelen ziet in een symbolische voorstelling van de mens als eenheid van persoon en lichaam, waarbij de lichamelijke aspecten van het menselijk bestaan in het recht worden geïncorporeerd zonder de persoon te reduceren tot zijn fysieke verschijningsvorm, mag geen verbazing wekken. Of en in hoeverre dit juridische mensbeeld voldoende handvatten kan bieden voor de verdere normering van de biomedische praktijk is zeer de vraag, zoals ook de schrijfster terdege beseft. Naar het oordeel van schrijver dezes doet het wel recht aan de wijze waarop met name de EVRM-rechter met het begrip van menselijke waardigheid in het recente verleden is omgegaan.

Met *Persoon en lichaam in het recht* heeft Britta van Beers een proefschrift afgeleverd dat geweldig rijk aan inhoud is. Soms heeft de schrijfster erg veel woorden nodig om een punt te maken. Het voordeel daarvan is weer dat haar gedachtegang goed navolgbaar is. Meer dan eens is deze lezer onverhoeds geconfronteerd

geweest met tekortkomingen in het eigen denken. De ervaring leert echter dat in deze tijden de lijevigheid van een dissertatie de receptie geen goed doet. Het zou zeer te betreuren zijn indien om die reden dit boek niet de aandacht zou krijgen die het verdient.