

DE COMMERCIALISATIE VAN HET MENSELIJKE LICHAAM EN DE BIOTECHNOLOGISCHE OMWENTELING: VLEESGEWORDEN WAARDIGHEID OF ONWAARDIGE VLEESHANDEL

« Liber homo non recipit aestimationem »

(...)
Waarde confraters,
Dames en Heren,
Mijnheer de Voorzitter van het Vlaams Pleitgenootschap,

Beste Tim,

Toen ik het genoeg had u na de Plechtige Openingszitting van vorig jaar te spreken, was uw eerste opmerking dat verschillende confraters de wens hadden geuit dat het onderwerp van het volgende jaar nu eens niet van juridische aard zou zijn.

Helaas....., stond het onderwerp van mijn rede toen reeds vast en leek het mij niet opportuun om het roer om te gooien. Enige wetenschappelijke uiteenzetting van mijn kant zou slechts bestaan uit weinig zeggende vulgarisaties en ik ben hoogstens in staat om u voor te schotelen wat door één van mijn voorgangers als “garnalenfilosofie” is bestempeld. U zult het mij dan ook niet kwalijk nemen indien ik mij – gelet op de beperktheid van mijn kennis en kunde - niet te ver uit de buurt van de veilige juridische haven zal wagen.

Ik wens desalniettemin vandaag te spreken over een onderwerp dat een aantal thema's bestrijkt waarmee de jurist, en in het bijzonder de advocaat - althans naar wij mogen hopen - niet echt vertrouwd is, nl. het menselijke lichaam en meer bepaald de exploitatie van dit lichaam en van de bestanddelen ervan door wetenschap en industrie.

1) Het lichaam in de kijker

De problematiek van het menselijke lichaam als vermogensbestanddeel dan wel als bron van inkomsten is uiteraard niet nieuw. Hij is bij wijze van spreken zelfs zo oud als de wereld...

Sta mij echter toe om mij toe te spitsen op een fenomeen dat zich pas in de laatste decennia in volle hevigheid heeft geopenbaard met de ontwikkeling van de medische wetenschappen sinds de tweede wereldoorlog en dat een nieuwe dimensie heeft bekomen sinds de ontdekking van de structuur van het DNA in 1953 door de Engelse en Amerikaanse wetenschappers Francis Crick en James Watson en de ontwikkeling van de biotechnologie.

Het is in dit verband een gemeenplaats geworden om in navolging van de industriële revolutie te spreken over de wetenschappelijke of meer bepaald de biotechnologische revolutie.

Het is een omwenteling – en het woord is op zijn plaats – die heeft geleid tot verregaande wijzigingen in de wijze waarop de geneeskunde en de wetenschap en uiteindelijk wijzelf het menselijke lichaam aanschouwen...

Enerzijds wordt het menselijke lichaam – en de mens zelf - als het ware herontdekt en wel vanuit de enge, reductionistische visie van de genetica. Het is het fenomeen van de ‘gene of the week’ of de ‘genohype’, waar geen week voorbijgaat of er wordt een nieuwe ontdekking aangekondigd omtrent de werking van één of ander gen op bepaalde aandoeningen, dan wel ons fysiek voorkomen, onze intelligentie, onze karaktertrekken of enigerlei ander aspect van onze menselijke persoonlijkheid.¹

Anderzijds krijgt het menselijke lichaam, door het ontsluiten van de mechanismen van het leven en de toepassing hiervan in de geneeskunde en de techniek, ook bijkomende dimensies. De genetica leert ons dat het genetische patrimonium van bepaalde dieren niet zo verschillend is van het menselijke genotype, hetgeen heeft geleid tot nieuwe mogelijkheden, zoals de xenotransplantatie, of de transplantatie van organen en weefsels van genetisch gemanipuleerde dieren. Er is de ontwikkeling van de zgn. ‘tissue engineering’ technieken die toelaten om het lichamelijke weefsel te regenereren en reeds de ontwikkeling mogelijk hebben gemaakt van diverse biologische producten zoals bijvoorbeeld huidimplantaten voor de behandeling van brandwonden, orthobiologische implantaten of zelfs biologische hartkleppen van menselijke of dierlijke oorsprong². De invoering van de electronica, de informatica en de materialenleer in de geneeskunde gaat van zijn kant gepaard met een explosie van het aantal mechanische implantaten, gaande van de insulinepomp voor diabetes patiënten tot de ‘Female remote-control Oorgasm Implant’, zijnde een implantaat dat recentelijk het voorwerp heeft uitgemaakt van een Amerikaanse octrooiaanvraag en dat bij vrouwelijke subjecten een orgasme zou moeten activeren³. De Franse schrijver Michel Onfray spreekt in dit verband over een ‘multiplicité combinatoire’, waarin levende materies worden gecombineerd met machines en het zgn. post-humane lichaam wordt gecreëerd, deels mens, deels machine en zelfs deels dier⁴.

Meer nog, de convergentie van digitale technieken en de biomedische wetenschappen – ook bioinformatica genaamd – leidt ertoe dat het lichaam als therapeutisch object a.h.w. ontdekt wordt en een apart gecomputeriseerd bestaan leidt, via elektronische patiëntendossiers of in het kader van zgn. bio-banken of DNA-banken. Er wordt zelfs gesteld dat de ontwikkeling van medische technologieën en de genetica leidt tot een verlegging niet alleen van de spatiale doch zelfs van de temporale grenzen van het menselijke leven⁵. Het voorbeeld van Henrietta Lacks is in dit verband sprekend: Lacks was een jonge, uiteraard arme, zwarte vrouw die in de jaren vijftig

¹ De genetische opbouw van onze cellen presenteert zich bij wijze van spreken niet als een ingebonden boek van de natuur, doch als een losbladige uitgave waaruit naar believen bepaalde pagina's op selectieve wijze kunnen worden vervangen, zelfs door pagina's van niet-menselijke oorsprong. Of zoals Francis Crick het zelf stelde: *“the astonishing hypothesis is this; that you, your memories and your ambitions, your sense of personal identity and free will are in fact no more than the behaviour of a vast assembly of nerve cells and their associated molecules.”* (geciteerd door White, S., “The myth of Techno-science and human identity”, *The Bible in Transmission*, 1999).

² Hüsing B., Bühren B. en Gaisser S., *Human Tissue Engineered Products – Today's Markets and Future Prospects*, Fraunhofer Institute, Karlsruhe, 2003.

³ European Group on Ethic in Science and New Technologies, Ethical aspects of ICT implants in the human body, Opinion N° 20 dd. 16/03/2005.

⁴ Onfray, M., *Féeries anatomiques – Généalogie du corps Faustien*, Grasset, Parijs, 2003: Michel Onfray spreekt in dit verband ook over Daedaliaanse handelingen, met verwijzing naar de Griekse mythologische figuur die de Minotaurus – half mens half stier - heeft gecreëerd.

⁵ Zie Brown, N. & Webster, A., *New medical technologies and society – Reordering life*, Polity Press, Cambridge, 2004.

in het John Hopkins Hospitaal in Washington is gestorven aan baarmoederkanker en waarvan de cellen aan de basis liggen van de onsterfelijke HeLa cellijn en die kan worden teruggevonden in de catalogus van elke zgn. 'tissue bank' die zich zelf respecteert^{6 7}.

Wij kunnen niet om de vaststelling heen dat geneesheren ingenieurs en sommigen onder hen zelfs ondernemers zijn geworden. Daar waar het menselijke lichaam in de geneeskunde in eerste instantie een voorwerp van zorg is geweest⁸, blijken het lichaam en haar bestanddelen meer en meer een instrument en zelfs een grondstof te zijn voor de geneeskunde, de wetenschap en de industrie, naar analogie met micro-organismen of plantaardige of dierlijke organismen. Volgens de woorden van de Franstalige auteur Meulders-Klein wordt de 'logica van de therapie' verdrongen door andere denkwijzen, zoals de 'logica van de kennis' of 'de logica van de winst'⁹...

Ook het recht dient zich aan te passen aan deze nieuwe ontwikkelingen¹⁰. Zoals het een oude dame past, doet zij dit in kleine stappen en zonder zich te haasten. Alhoewel ook oude dames zich soms laten meeslepen... Het is aangewezen om even in de geschiedenis terug te gaan en de verschillende stadia te duiden waarin het menselijke lichaam zich aan het recht heeft opgedrongen.

2) Historische achtergrond: het menselijke lichaam als grote afwezige in het recht:

Het menselijke lichaam als dusdanig heeft slechts in een zeer laat stadium zijn intrede gedaan in het recht. Het recht handelt sinds de Romeinse tijden niet over lichamen, doch wel over personen, als gedescarneerde rechtsobjecten, dragers van rechten en plichten^{11 12}.

De 'summa divisio' tussen zaken en personen die wij van de Romeinen hebben geërfd, hield dus geen rekening met het menselijke lichaam als onderscheidend criterium. Er waren rechtssubjecten en rechtsobjecten, en deze laatsten konden ook mensen betreffen. De invloed

⁶ Josefson, D., "US hospitals to ask patients for right to sell their tissue", *British Medical Journal*, 2000, 321, 658.

⁷ Meer algemeen, wordt gevreesd dat de technieken van genetische manipulatie en embryonale cloning zullen leiden tot een verlies van de essentiële kenmerken van onze menselijkheid, hetgeen de Amerikaanse politieke denker Francis Fukuyama in een studie over de gevolgen van de biotechnologische revolutie aanduidt als de Factor X, nl. de gelijkheidwaardigheid van alle mensen die deelnemen aan de genetische loterij en het idee van de menselijke (gelijk)waardigheid die hiermee samenhang. Zie Fukuyama, F., *Our posthuman future – Consequences of the biotechnology revolution*, Londen, Profile Books, 2002. Dat de vrees van Fukuyama niet ongegrond is, moge blijken uit het feit dat zelfs in ons eigenste R.W. recentelijk een pleidooi is verschenen ten voordele van het reproductief kloneren: Jeger, N., "Menselijk reproductief kloneren en het recht op menselijke waardigheid", *R.W.*, 2002-2003, 201.

⁸ Zoals blijkt uit het centrale element in de eed van Hippocrates: 'Primum Non Nocere'.

⁹ Geciteerd in Van Neste, F., "Ethische en juridische aspecten van het medische handelen", *T. Gez.*, 1995-1996, 111, nr 10.

¹⁰ Zie in dit verband De Koekelaere, A., "Geneeskunde, bio-ethiek en recht", *R.W.*, 1993-1994, 481, nr 1; Guldix, E., "De impact van de medische wetenschap en techniek op het personen- en gezinsrecht", *R.W.*, 1993-1994, 1105, nr 6.

¹¹ Scheltema H.J., *Klapper Romeins Recht*, Faculteit der rechtsgeleerdheid, Groningen, 1979, 74; Baud, J.P., *L'affaire de la main volée – une histoire juridique du corps*, Parijs, Ed. du Seuil, 1993, 60.

¹² Het zal dus geen verwondering wekken dat etymologie van de Latijnse term 'persona' teruggaat tot het Griekse 'prosoopon' dat staat voor het woord 'masker'. Niet iedere mens kon trouwens aanspraak maken op het masker van de rechtspersoonlijkheid (ook als 'caput' (hoofd) omschreven). Dit was voorbehouden aan de Romeinse burgers en de barbaren die in de loop der jaren met hen werden geassimileerd.

van het christendom heeft deze tweedeling niet fundamenteel gewijzigd. Weliswaar wordt de mens in de christelijke visie, als zijnde geschapen naar het beeld van God, nooit gelijkgesteld met een zaak¹³.

Ook in deze context verdween het lichaam echter op de achtergrond. In de Napoleontische codificaties is er geen enkele sprake van het lichaam. Als noodzakelijk substraat dat onlosmakelijk met de persoon verbonden is, wordt het volledig met de persoon geassimileerd.

Het klassieke Romeinse recht en de latere rechtstelsels die zich op de Romeinse traditie beriepen, kenden het menselijke lichaam dus niet. De zorg voor het lichaam –dood of levend - werd aanvankelijk overgelaten aan de godsdienstige instellingen en vanaf het einde van de Middeleeuwen aan de geneeskunde waarvan men vergeten is dat het oorspronkelijk werd onderwezen in de theologische faculteiten.

Het lichaam als de spreekwoordelijke “tempel van de ziel” – volgens de woorden van de Heilige Augustinus¹⁴ – dan wel als de “tempel van de Heilige Geest” – volgens de woorden van de Apostel Paulus¹⁵ kon uiteraard niet aan de belangstelling van de Kerk ontsnappen. In tegenstelling tot het burgerlijk recht, had het lichaam in de theologie en in het kanonieke recht wel degelijk een belangrijke plaats, en trouwens niet alleen voor wat betreft de seksuele zedenleer en de klassieke kanonieke visie van het huwelijk als een wederzijdse overdracht van lichamen¹⁶. Als zetel voor de ziel heeft het lichaam in de Christelijke traditie een sacraal karakter. Volgens de klassieke christelijke leer toegeschreven aan Thomas van Aquino was de mens slechts vruchtgebruiker van zijn lichaam dat aan zijn Schepper toebehoorde¹⁷.

Deze sacrale visie van het lichaam is ook blijven doorwerken in ons hedendaags recht. Zelfs in de recente rechtsleer wordt het menselijke lijk nog omschreven als een “res sacra”, “*essentiellément un objet d’hommage et de piété*”¹⁸ zoals Dierkens het stelde, waarop men in de regel geen patrimoniale aanspraken kan doen gelden. Ook het levende lichaam is volgens voorwerp van respect en dient beschermd als essentieel en onvervreemdbaar bestanddeel van de menselijke persoon.¹⁹

3) De klassieke visie op het menselijke lichaam – het lichaam als persoon

Het is enkel vanaf de 19^{de} eeuw en de industriële revolutie en de toename van arbeidsongevallen, verkeersongevallen en andere soortgelijke toestanden die gepaard gaan met de gestage mechanisatie van de samenleving dat het recht zich opnieuw op consistente wijze inlaat met het

¹³ Crignon-De Oliveira, C. & Gaille-Nikodomov M., *A qui appartient le corps humain? Médecine, politique et droit*, Les Belles Lettres, Parijs, 2004, 107.

¹⁴ St. Paulus, eerste epistel aan de Korinthiërs, III, 16-17 en VI, 19 - geciteerd in Dierkens, R., *Les droits sur le corps et le cadavre de l’homme*, Parijs, Masson & Co, 1966, 141, nr. 222.

¹⁵ St. Augustinus, *De Civitate Dei*, I, 12-13 - geciteerd in Dierkens, R., *o.c.*, 141, nr. 222.

¹⁶ Baud, J.P., *o.c.*, 106-121.

¹⁷ Waarschijnlijk ligt hierin ook één van de oorzaken van de verering van relikwiën in de katholieke godsdienst. Zeker is het niet dat dit concept van Thomas van Aquino afkomstig is: zie Velaers, J., *Over Zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Maklu, Antwerpen, 1996, 7, nr. 1.

¹⁸ Dierkens, R., *o.c.*, 131, nr. 201.

¹⁹ Zoals Grotius het stelde: “*Onwandelbare zaken zijn, die iemand zoo toebehooren, dat de zelve een ander niet en zoudde kunnen toebehooren, als een yder sijn leven, lichaem, vrijheid, eer*”. Grotius, H., *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid*, II, 1 (42) – geciteerd in Dierkens, R., *o.c.*, 34, nr. 40.

menselijke lichaam, in het bijzonder via de ontwikkeling van het aansprakelijkheidsrecht en de vergoeding van de lichamelijke schade²⁰.

Men heeft ook toen reeds de reductionistische tendens betreurd, die deze ontwikkeling kenmerkte, nl. dat het lichaam in patrimoniale termen werd gevat²¹. Het juridische statuut van het lichaam – als grondslag van de persoon en derhalve als onderscheiden van een zaak – kwam hierbij echter niet in opspraak²².

De stand van wetenschap en techniek maakte het gewoonweg niet noodzakelijk om aan het menselijke lichaam of menselijke lichaamsdelen enige juridische kwalificatie toe te kennen. Hiervoor was er geen behoefte en de enkele precedënten waar deze vraag zich heeft gesteld, hadden bijna allemaal betrekking op eerder uitzonderlijke situaties, zoals bijvoorbeeld het onsmakelijke dispuut omtrent de eigendomsrechten op een tweehoofdige foetus die het voorwerp uitmaakte van een Australische rechtszaak uit het begin van de 20 ste eeuw.²³

Een interessant voorbeeld betreft een zaak die in de jaren veertig van vorige eeuw door de Nederlandse Hoge Raad werd beslecht²⁴. Deze zaak – merkwaardig genoeg – had betrekking op de diefstal van gouden tanden, die de dief op één of andere wijze uit de mond van een overleden persoon had getrokken. De dief werd vervolgd en veroordeeld voor diefstal en zijn advocaat vond er niet beters op dan om in cassatie de kwalificatie van het misdrijf te betwisten op grond van de overweging dat de door hem ontfutselde kronen en stifttanden vereenzelvigd waren met het lichaam van de overledene en dus geen zaken betroffen die behoorden tot het patrimonium van de vooroverledene en konden worden gestolen. Hij werd hierin bestreden door de Advocaat-Generaal Jonkheer van Asch van Wijck bij de Hoge Raad die in zijn conclusie de toen toch wel opmerkelijke stelling verdedigde dat een lichaam bij leven en dood als een zaak dient beschouwd te worden waarover de betrokkene – uiteraard binnen bepaalde grenzen – kan beschikken. De Hoge Raad heeft deze stelling ook in zekere zin gevolgd door te beschouwen dat de gouden kiezen behoorden tot de nalatenschap van de vooroverledene, alhoewel men zich kan afvragen of dit oordeel niet eerder was ingegeven door de aard van de gestolen voorwerpen.²⁵

De stelling van Advocaat-Generaal van Asch van Wijck was voor deze tijd uitzonderlijk en strijdt nog steeds met de visie van de overgrote meerderheid van de rechtsleer in België en alle omliggende landen. In deze visie die wij als klassiek kunnen bestempelen, wordt het lichaam – levend en zelfs dood – steeds als een onafscheidelijk deel van de persoon beschouwd. Het lichaam mag dan wel voorkomen als een lichamenlijk roerend goed, het wordt door het recht enkel gevat als matereel substraat voor de persoon²⁶. Als dusdanig is het lichaam niet alleen onaantastbaar – volgens het beginsel ‘*noli me tangere*’ – doch eveneens onbeschikbaar. Het heeft een fundamenteel extra-patrimoniaal karakter en de betrokkene kan er enkel in beperkte mate

²⁰ Baud, J.P., *o.c.*, 179-186.

²¹ Josserand, L., “La personne humaine dans le commerce juridique”, *Rec. Dalloz*, chron., 1932, 1-4.

²² De Page, H., *Traité*, V, Brussel 1975, 535, nr. 531: “*Dans l'état actuel de la civilisation, tout ce qui existe, sauf l'être humain, est une chose*”.

²³ Doodeward v. Spence, [1908] 6 CLR 406, geciteerd in Mason, J.K., McCall Smith R.A. & Laurie G.T., *Law and Medical Ethics*, Lexis Nexis, London, 2002, 462-463, nr 15.22.

²⁴ H.R., 25 juni 1946, *N.J.*, 1946, 645, nr. 503.

²⁵ Vgl. met de zaak Kelly in Engeland waar het London Court of Appeal een kunstenaar die bewerkte lichaamsdelen had gestolen uit de kelder van het Royal College of Surgeons ook voor diefstal heeft veroordeeld: R. v. Kelly, [1998] 3 All ER 741, geciteerd in Mason, J.K., McCall Smith R.A. & Laurie G.T., *o.c.*, 461-462, nrs. 15.20 en 15.21.

²⁶ Trouet, C., *Van lichaam naar lichaamsmateriaal*, Intersentia, Antwerpen, 2003, 53-54, nr. 79.

over beschikken in het kader van overeenkomsten of rechtshandelingen die stroken met zijn hogere rechtsbelangen dan wel deze van de maatschappij²⁷.

4) Maatschappelijke achtergrond: de ontwikkeling van het lichamelijke zelfbeschikkingsrecht

Deze klassieke visie van de beperkte beschikkingsvrijheid van de mens over zijn lichaam is de laatste jaren in de tocht komen te staan. Wij leven in een samenleving waar het lichaam en het lichamelijk voorkomen centraal staan. Onze samenleving is ge-BIO-logeerd door het lichaam. De media organiseren enquêtes over de meest populaire lichaamsdelen – deze eer is de navel van Madonna is te beurt gevallen²⁸ - filosofen bedrijven de bio-ethiek, sociologen spreken over bio-politiek, de kunstenaars doen zelfs aan body-art of aan bio-kunst²⁹ ...

Ontegensprekelijk vindt deze obsessie mede zijn oorsprong in het feit dat de medische wetenschap het menselijke leven en lichaam a.h.w. ‘maakbaar’ heeft gemaakt³⁰. De esthetische chirurgie, maar ook de beheersing van de vruchtbaarheid, de medisch begeleide voortplanting, transsexualiteit, abortus, euthanasie en weldra het draagmoederschap zijn hiervan slechts enkele uitingen.

Deze groeiende maakbaarheid gaat uiteraard gepaard met een steeds grotere aanspraak van de mens om van deze nieuwe mogelijkheden gebruik te maken teneinde zijn eigen beperkingen op te heffen of zijn wensen te verwezenlijken, aanspraak die ook gevoed wordt door de moderne cultus van de persoonlijke vrijheid en zelfontplooiing³¹. En volgens het gezegde ‘u vraagt, wij draaien...’ worden deze aanspraken ook snel erkend en overgenomen door de medische wereld en uiteindelijk door de wetgever. Deze dynamiek heeft geleid tot een merkwaardig brede definitie van het begrip gezondheid door de Wereldgezondheidsorganisatie, niet als de afwezigheid van ziekte of verminking, maar als een reclame uit de folder van één of andere ‘wellness-kliniek, met name “een toestand van algeheel fysisch en geestelijk welzijn, die de volle ontplooiing van de persoonlijkheid toelaat”^{32 33}.

Door dergelijk allesomvattend gezondheidsconcept wordt de poort uiteraard wagenwijd opengezet voor een ongebreidelde medicalisatie van zowat alle aspecten van de menselijke

²⁷ Dierkens, R., *o.c.*, 193, nr. 346; Velaers, J., “Het menselijke lichaam en de grondrechten”, in *o.c.*, 189-192, nrs. 96-98; Trouet, C., *o.c.*, 55-57, nrs. 82-84; zie ook Cass. 3 juli 1899, *Pas.* 1899, I, 318 voor wat het recht betreft om te beschikken over de bestemming van zijn lichaam na overlijden.

²⁸ Zie www.hln.be/hln/ccl/det/art_116711.html met verwijzing naar een ‘top 25’ opgesteld door het Amerikaanse tijdschrift ‘Spin’ (laatste bezoek op 18 februari 2006).

²⁹ Interview met Joe Davis, *De Standaard* 3 september 2005, p. 15.

³⁰ Zie Velaers, J., *o.c.*, 120, nr. 1.

³¹ Hennau-Hublet, H., “Les droits de la personnalité au regard de la médecine et de la biologie contemporaines”, *J.T.*, 1994, 374.

³² Hierin schuilt ook een paradox, in de mate dat de menselijke zelfontplooiing afhankelijk wordt gesteld van steeds verdergaande onderwerping aan de eisen en dictaten van de geneeskunde. Merkwaardig genoeg trouwens dateert deze definitie reeds uit 1946: “*Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity*” – Preamble to the Constitution of the World Health Organization as adopted by the International Health Conference, New York, 19 June-22 July 1946, signed on 22 July 1946 by the representatives of 61 States (Official Records of the World Health Organization, no. 2, p. 100) and entered into force on 7 April 1948; zie ook Velaers, J., *o.c.*, 197, nr 109.

³³ Men kan zich terecht de vraag stellen of de wetgever zoiets voor ogen had toen hij het ‘recht op gezondheid’ als economisch en sociaal grondrecht heeft ingevoerd...

persoonlijkheid en ontwikkeling³⁴. Het zal dan ook niet verwonderen dat de uitdijnde aanspraken op het lichaam zich bijna exclusief in een medische context plaatsen en dat vooral in het medisch recht – ondanks de reserves van meer conservatieve auteurs³⁵ – het concept van een subjectief zelfbeschikkingsrecht over het eigen lichaam, weliswaar in de vorm van een extra-patrimoniaal persoonlijkheidsrecht, zeer snel ingang heeft gevonden³⁶, hierin gesteund door de rechtspraak van het Europees Hof van de Rechten van de Mens betreffende het recht op privacy³⁷. Uiteindelijk is dit zelfbeschikkingsrecht ook in even zoveel bewoordingen door het Hof van Cassatie bevestigd in een arrest van 14 december 2001 in een zaak over sterilisatie.³⁸

Aldus is niet meer de het beginsel van de menselijke integriteit doch eerder het autonomiebeginsel het centrale beginsel geworden in het medisch recht.³⁹ Dit autonomiebeginsel heeft in de medische context zijn beslag gekregen in het recht op vrije en geïnformeerde toestemming – het prior and informed consent van de Angelsaksers – dat thans is uitgewerkt in de wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt. Zoals de recente discussies inzake de invoering van een wettelijke regeling van het draagmoederschap aantonen, is aan de uitwerking van dit beginsel nog geen einde gekomen en blijft vooralsnog de vraag onbeantwoord welke de grenzen te stellen aan het lichamelijke zelfbeschikkingsrecht...

5) De fragmentering van het lichaam:

Naast de aanspraken die het menselijke subject zelf formuleert t.a.v. zijn eigen lichaam, worden thans in toenemende mate door derden en wel door de bio-medische wetenschap en de bio-industrie aanspraken geformuleerd op dit lichaam en op bepaalde delen ervan.

Met de ontwikkeling van de biomedische wetenschappen in de tweede helft van de 20^{ste} eeuw kwam het lichaam naar voren als een object voor wetenschappelijk onderzoek of zelfs als een potentiële bron van grondstoffen voor de aanmaak van producten.

Het verschijnsel van het menselijke lichaam als bron voor commercialiseerbare producten was niet volledig nieuw, maar was tot dan marginaal gebleven⁴⁰.

³⁴ Men is bij wijze van spreken niet meer ongelukkig, maar depressief ; men drinkt rode wijn niet om het plezier, maar omdat de tannines goed zijn voor ons cardiovasculair bestel, enz...

³⁵ Hennau-Hublet, Ch., “Les droits de la personnalité au regard de la médecine et de la biologie contemporaine”, *J.T.*, 1994, 369 ; Van Neste, F., “Het zelfbeschikkingsrecht – een kritische studie”, *R.W.*, 1991-1992, 689; Velaers J., *o.c.*, 7.

³⁶ Guldix, E. en Wylleman, A., “De positie en de handhaving van persoonlijkheidsrechten in het Belgisch privaatrecht”, *T.P.R.*, 1999, 1604-1607, nr 8; Leleu, Y.-H. en Genicot, G., “La maîtrise de son corps par la personne”, *J.T.*, 1999, 589; Leleu, Y.-H., “Regelgeving inzake het zelfbeschikkingsrecht”, *T.P.R.*, 2002, 1373-1380; Senaev, P., *Compendium van het Personen- en Familierecht*, Leuven, Acco, 2004, 217-237, nrs. 464 e.v.

³⁷ Van de Lanotte, J., e.a., *Handboek EVRM*, Dl. 2, Antwerpen, Intersentia, 2004, 722 e.v.; De Hert, P., *Artikel 8 EVRM en het Belgisch recht*, Gent, Mys & Breesch, 1998, 60 e.v.

³⁸ Cass. 14 december 2001, www.cass.be.

³⁹ Hennau-Hublet, Ch., “Le projet de Convention de Bioéthique du Conseil de l’Europe: l’espoir d’une protection élevée des droits de l’homme”, *T. Gez.*, 1995-1996, 30.

⁴⁰ Aldus bestond reeds in de 19^{de} eeuw ook een zeer levendige handel in artefacten van menselijke oorsprong. Een product dat bijvoorbeeld in het begin van de negentiende eeuw bij de Engelsen bijzonder populair was, betrof getatoëerde Maori-hoofden uit Nieuw-Zeeland. Het was een gewoonte van de Maori’s om de hoofden van hun stamhoofden, dan wel van hun overwonnen vijanden te balsemen en te tatoeëren en te bewaren. Dergelijke hoofden waren toen zeer gezocht als verzamelobjecten voor musea en private collecties, zodat zich vanaf het einde van de 18de eeuw een belangrijke handel had ontwikkeld

Dergelijke fenomenen bleven echter zo beperkt dat zij niet hebben geleid tot enige juridische bevraging omtrent het statuut van afgescheiden lichaamsmateriaal. De ontwikkeling van de biomedische wetenschappen heeft hierin een fundamentele omwenteling teweeggebracht. Men spreekt in dit verband van de zgn. fragmentering van het menselijke lichaam, waarbij het menselijke lichaam wordt gereduceerd tot een geheel van weefsels en organen⁴¹, hetgeen door Amerikaanse schrijvers ook wordt omschreven met de term ‘puzzle man’, en die zijn historische wortels zou vinden in de ontwikkeling van de anatomie⁴².

Deze gefragmenteerde visie heeft zich in volle hevigheid gemanifesteerd toen het menselijke lichaam ook daadwerkelijk een bron van onderzoeksvoorwerpen en therapeutische producten en bestanddelen bleek te zijn. Men kan zich thans geen bestanddeel of product van het menselijke lichaam meer inbeelden, of het nu gaat om bloed, beenmerg, organen, weefsels, stamcellen, tot urine toe - en uiteraard ook het menselijke DNA en menselijke embryo's - of het kan dienen voor een bepaalde therapie, als onderzoeksobject dan wel als grondstof voor de aanmaak van therapeutische producten, of enige andere aanwending van wat men naderhand is gaan bestempelen als het ‘nader gebruik’ van lichaamsmateriaal^{43 44}.

Een van de meest toonaangevende zaken die de aandacht hebben gewekt voor de problematiek van het nader gebruik van lichaamsmateriaal en die ondertussen een klassieker is geworden in elke discussie hieromtrent, betreft de John Moore-zaak⁴⁵. John Moore was een Amerikaanse zakenman bij wie in 1976 leukemie werd gediagnosticeerd en wiens milt operatief werd verwijderd door zijn behandelende arts, Dr. Golde, van het Universitair Ziekenhuis verbonden aan de University of California in Los Angeles. Deze laatste had blijkbaar zijn naam niet gestolen, want hij stelde al gauw vast dat de bloedcellen van John Moore zeer bijzonder waren in de mate dat zij bepaalde proteïnen -lymphokinen genaamd - in abnormale hoeveelheden produceerden die vervolgens als basis konden dienen voor de aanmaak van bepaalde geneesmiddelen. Dr. Golde heeft dan ook het miltweefsel en diverse stalen van lichaamsmateriaal die John Moore over de jaren heen had afgestaan, aangewend om zgn. onsterfelijke, d.w.z. zichzelf reproducerende, cellijnen te kweken (onder de naam ‘Mo cell line’) waarvoor hij een octrooi bewam dat hij overdroeg aan de Universiteit van Californië en dat aan een biotechnologische firma in licentie werd gegeven en uiteindelijk in onderlicentie aan het farmaceutische concern Sandoz.

die zelfs dergelijke proporties aannam dat deze hoofden als zgn. ‘baked heads’ apart werden vermeld in de nomenclatuur van de doeanen van de haven van Sydney. Deze situatie werd zelfs de Engelse overheid te veel zodat onder druk van de missionarissen de gouverneur van New South Wales uiteindelijk de invoer van dergelijke artefacten heeft verboden. Zie Joergensen, H., “Exchanging the inalienable – The politics and practice of repatriating human remains from Museum and Maori tribal perspectives”, www.anthrobase.com/Txt/J/Joergensen_H_01.htm (laatste bezoek op 26 september 2005).

⁴¹ Crignon-De Oliveira, C. & Gaille-Nikdomov, M., *o.c.*, 81 e.v.

⁴² Zonder twijfel is dergelijke analyse overtrokken en houdt zij geen rekening met de betrachting van de geneeskunde om de patiënt als persoon te bejegenen en zich niet op te sluiten in enge specialisaties.

⁴³ Trouet, C., *o.c.*, 74-86, nrs. 109-139.

⁴⁴ Men is inderdaad ver voorbij het stadium van de bokalen met lichaamsdelen of foetussen in formol; dit is het tijdperk van de al dan niet commerciële weefselbanken, biobanken en andere verzamelingen van DNA-stalen of lichaamsbestanddelen, al dan niet gecombineerd met persoonsgegevens, waarin wereldwijd miljoenen stalen van miljoenen mensen worden bewaard en die gebruikt worden voor al dan niet toegepast wetenschappelijk onderzoek.

⁴⁵ Court of Appeal, 21 juli 1988, 2d District California, J. Moore vs the Regent of the University of California, 249 Cal. R.P.T.R. 494; Supreme Court of California, 8 juli 1990, J. Moore vs the Regent of the University of California, 51 Cal. 3d 120.

Gedurende al deze jaren werd John Moore hierover in het ongewisse gelaten; in tegendeel werd hem wijs gemaakt dat de stalen die bij hem werden afgenomen dienden voor laboratoriumtesten en toen hij achterdochtig werd, werden verschillende pogingen ondernomen om hem een document te doen ondertekenen waardoor hij enige rechten op zijn lichaamsmateriaal aan de Universiteit van Californië zou afstaan.

Toen John Moore uiteindelijk te weten kwam hoe de vork in de steel zat, startte hij een rechtszaak. Het belang hiervan ligt voornamelijk in het feit dat hij zich hiervoor ondermeer beriep op de Common Law theorie van de 'conversion', zijnde de onrechtmatige daad van miskenning van zijn eigendomsrecht op zijn lichaamsmateriaal. Hij werd hierin gevolgd door het Court of Appeal van het Second District van Californië in een beslissing gewezen in 1988, doch uiteindelijk besliste de Supreme Court van deze Staat twee jaar later dat John Moore zich in deze context niet op enig eigendomsrecht op zijn lichaamsmateriaal kon beroepen. Hierbij werd door het Hof in grote mate rekening gehouden met meer utilitaristische overwegingen, zoals de mogelijke implicaties van de toekenning van een eigendomsrecht op het wetenschappelijk onderzoek; met name oordeelde het Hof dat de toekenning van dergelijk recht ertoe zou leiden dat elke verwerving door een onderzoeker of onderzoeksinstelling van enigerlei cellijn zou gelijk te stellen zijn aan de aankoop van een 'ticket in a litigation lottery'. Het Supreme Court oordeelde wel dat Dr Golde een inbreuk had gepleegd op zijn 'fiduciary duty' als geneesheer door niet vooraf de geïnformeerde instemming van John Moore te bekomen met het op het gebruik van het bij hem geëxciseerde lichaamsmateriaal ⁴⁶.

Alhoewel de eigendomsrechten van John Moore uiteindelijk dus niet werden erkend, wordt deze zaak paradoxalerwijze stevast ingeroepen als voorbeeld voor het gevaar van de verzakelijking of de reïficatie - om niet te zeggen de veramerikanisering van het menselijke lichaam.

Waarschijnlijk is de interesse voor deze zaak ook te wijten aan het feit dat zij alle ingrediënten groepeert die relevant voor deze discussie: de onwetende patiënt, de onscrupuleuze en hebzuchtige wetenschapper, de universitaire instelling die haar ogen sluit omwille van de financiële voordelen, en het farmaceutische concern dat het menselijke lichaam exploiteert door middel van octrooien.

Meer bepaald doet de John Moore-zaak de vraag rijzen naar het juridische statuut van afgescheiden lichaamsmateriaal en hoe toegemoet te komen aan de vraag van wetenschap en industrie om hierover te kunnen beschikken. Deze vraag is zelf ingebed in de meer algemene vraag hoe om te gaan met met de noodzaak voor de medische sector om te kunnen beschikken over het menselijke lichaam. Zoals met alle nieuwe fenomenen het geval is, poogt het recht hierop in eerste instantie een antwoord te bieden aan de hand van de vertrouwde referentiekaders en dit is precies wat ook in de afgelopen decennia is gebeurd.

Om dit binnen de Belgische context te illustreren wens ik kort enkele wetten te overlopen die in de loop der jaren zijn ingevoerd om tegemoet te komen aan de nieuwe noden van de geneeskunst en de medische industrie – hetgeen men thans bio-ethische wetten zou noemen - met name de wetgeving inzake bloedtransfusies die teruggaat tot het begin van de jaren '60, de wetgeving inzake orgaantransplantaties uit de jaren '80 en tenslotte de recente wetgevingen inzake menselijke experimenten en inzake de octrooiering van biotechnologische uitvindingen en in het

⁴⁶ Uiteindelijk werd ook op deze basis een dading tussen partijen bereikt waarbij aan John Moore beweerdelijk een bedrag van 200.000 USD werd uitbetaald – zie Grubb, Ph., *Patents for chemicals, pharmaceuticals and biotechnology*, Oxford University Press, 2004, 284.

bijzonder de octrooiëring van het menselijk gen en biologische elementen van menselijke oorsprong⁴⁷.

Het feit dat het fenomeen van de bio-ethische wetgeving een aanvang heeft genomen met de transfusie van bloed – zijnde het symbool voor het leven – en dat de eerste wetgevingen op bloed betrekking hadden, is niet zonder belang. Stel dat de eerste regeling van gebruik van stoffen afkomstig uit het menselijke lichaam betrekking zou gehad hebben op minder edele bestanddelen, zoals bijvoorbeeld de aanmaak van hormonenpreparaten gezuiverd uit menselijke urine – die nog steeds gebruikt worden voor de behandeling van vrouwelijke onvruchtbaarheid – kan men zich inbeelden dat de insteek van onze wetgever misschien fundamenteel verschillend zou zijn geweest.

6) De wetgeving inzake bloed(producten)

De vroegste gevallen van bloedtransfusie gaan terug tot de 17^{de} eeuw⁴⁸. Het is echter pas in de 20^{ste} eeuw dat bloedtransfusies algemeen werden toegepast, na de ontdekking door de Oostenrijkse geleerde Landsteiner van de onderscheiden bloedgroepen. Men moet zich goed voor ogen houden dat voor de tweede wereldoorlog bloedtransfusies van arm tot arm plaatsvonden onder controle van de arts, waarbij donor en patiënt zich bij wijze van spreken in de ogen konden kijken. Het was in deze context niet ongevoel dat een arts beroep deed op een persoonlijk netwerk van donoren die hij op elk moment van de dag kon oproepen.

Het zal dan ook geen verwondering wekken dat het Hof van Beroep te Parijs in één van de eerste uitspraken omtrent deze praktijk heeft geweigerd om de theorie van de verborgen gebreken toe te passen op een geval waar de patiënt – het moet je maar overkomen - syphilis had opgelopen door transfusie van een niet vooraf gescreende donor⁴⁹. In deze context kon men inderdaad bezwaarlijk spreken over een verkoop van bloed door bemiddeling van de arts, maar diende de bloedtransfusie te worden gesitueerd in het kader van een medische behandeling. De betrokken arts werd dan ook logischerwijze veroordeeld op grond van diens medische aansprakelijkheid.

Deze situatie is echter fundamenteel gewijzigd toen technieken zijn ontwikkeld om het bloed en de bloedderivaten te bewaren, te zuiveren en te bewerken. De juridische wereld kon vanaf dan niet meer om het feit heen dat het menselijke lichaam, of beter gezegd bestanddelen van het menselijke lichaam, op recurrente wijze in het juridische verkeer verschenen.

De vraag stelde zich hoe men dit nieuwe fenomeen diende te regelen? Zou het mogelijk zijn dat het menselijke bloed, waaraan zo'n symbolische waarde wordt gehecht, gelijkgesteld zou worden aan om het even welk ander voorwerp in de handel?

In navolging van de Franse wet over de bloedtransfusies van 21 juli 1952, heeft de Belgische wetgever in de wet van 7 februari 1961 betreffende de therapeutische bestanddelen van menselijke oorsprong het vertrouwde referentiekader van de persoon-lichaam niet echt durven verlaten. Er werd gekozen voor de optie om deze 'edele bestanddelen' – zoals deze worden

⁴⁷ Al deze wetten worden gekenmerkt door de spanning tussen de onderscheiden waarden en doelstellingen die de wetgever wilde realiseren: enerzijds is er de tanende invloed van het verleden en de traditionele onschendbaarheid en onbeschikbaarheid van het lichaam, anderzijds is er de noodzaak om hiervan af te stappen, hetgeen in principe de vrije en geïnformeerde toestemming vereist van de patiënt, doch niet in dergelijke mate – althans zo redeneert de wetgever - dat zijn lichaam tot een voorwerp in de handel mag worden gereduceerd.

⁴⁸ Zie de beschrijving in Brown N. & Webster A., *o.c.*, 110-111.

⁴⁹ Parijs, 25 april 1945, *Rec. Dalloz*, Jur., 1946, noot Tunc.

omschreven in de voorbereidende werken - te behoeden voor dit lot⁵⁰. De wet bepaalde dat de bereiding, bewaring en terhandstelling van bloed en andere therapeutische bestanddelen van menselijke oorsprong uitsluitend werd toevertrouwd aan erkende instellingen, met een verbod van elke publiciteit en waarbij de Minister van Volksgezondheid de opdracht kreeg om de prijs alsdus te bepalen dat 'elke winst is uitgesloten'⁵¹

De rechtsleer heeft deze wetgeving en de latere wetgeving inzake orgaantransplantatie ingeroepen om te stellen dat deze uiting gaven aan een algemeen rechtsbeginsel van het Belgische gezondheidsrecht, nl. van het beginsel van de niet-commercialiteit van het lichaam en van lichaamsmateriaal⁵² dat zou verbieden dat het lichaam en haar bestanddelen te gelde gemaakt worden. Volgens de meer recente rechtsleer steunt dit beginsel op de noodzaak om de menselijke waardigheid te waarborgen die zou verbieden dat het menselijke lichaam als koopwaar wordt behandeld⁵³. Deze stelling mag echter niet verabsoluteerd worden. Artikel 2, 2^{de} lid van de wet van 7 februari 1961 stelde reeds dat de Koning een lijst kon opmaken van derivaten die wegens hun door farmacologische of scheikundige bewerking verworven hoge graad van stabiliteit voor normale farmaceutische distributie in aanmerking kwamen. Dit betreft meer bepaald bepaalde therapeutische proteïnen die het statuut van geneesmiddel hebben. Het menselijke bloed bleek m.a.w. niet zo edel te zijn dat het zijn bijzondere waarde zou behouden bij verdere verwerking.

Men vindt dezelfde gespletenheid terug in de wet van 5 juli 1994 betreffende bloed en bloederivaten van menselijke oorsprong die de wet van 7 februari 1961 heeft vervangen. Enerzijds herneemt deze wet het verbod van enige winstneming en voorziet zij dat bloed enkel kan worden afgenomen bij vrijwillige niet vergoede donors; vrijwilligheid omwille van de vrijwaring van de lichamelijke integriteit, en afwezigheid van vergoeding omwille van het beweerde superioriteit van het niet-commerciële model zowel op ethisch vlak als inzake de volksgezondheid. Anderzijds stelt ook de wet van 5 juli 1994 dat stabiele bloederivaten niet onderworpen zijn aan het verbod van commercialiteit, en voorziet zij daarenboven een apart statuut voor in het buitenland afgenomen bloed bestemd voor de fabricage van stabiele bloederivaten die voor de export bestemd zijn. Volgens de Memorie van Toelichting was deze uitzondering vereist teneinde de fabricage in België mogelijk te maken van derivaten op basis van bloed dat verzameld werd volgens de normen van de Verenigde Staten, waar bloed een commercieel product is, met het oog op de heruitvoer van deze derivaten naar de Verenigde Staten of andere landen^{54 55}. De bescherming van de moraliteit en van de volksgezondheid houdt m.a.w. op aan de Belgische grens...⁵⁶

⁵⁰ Kamer van Volksvertegenwoordigers, 621 (1959-1960) – N. 2.

⁵¹ Zie artikelen 4, 6 en 8 van de wet.

⁵² Trouet, C., *o.c.*, 100-103, nrs. 163-166 en de daar geciteerde rechtsleer.

⁵³ Trouet, C., *o.c.*, 100-101, nr 163.

⁵⁴ Kamer van Volksvertegenwoordigers, 1229/1 – 93/94 – toelichting bij artikel 2.

⁵⁵ De Koning heeft trouwens ook gebruik gemaakt van de mogelijkheid voorzien door de wetgever om van de wet af te wijken voor wat betreft de stabiele bloederivaten in een koninklijk besluit van 19 april 1996 dat de invoer en commercialisatie van dergelijke producten van vreemde oorsprong enkel onderwerpt aan vereisten inzake kwaliteit en veiligheid.

⁵⁶ Het weze vermeld dat binnen de Europese context de vrijwillige onbetaalde donatie van bloed en plasma wordt gestimuleerd, zoals blijkt uit de Aanbeveling 98/463/EG van de Raad van 29 juni 1998 inzake de geschiktheid van bloed- en plasmadonors en de screening van donorbloed in de Europese Gemeenschap (PB L 203 van 21 juli 1998, 14) en artikel 20 van Richtlijn 2002/98/EG van 27 januari 2003 van het Europees Parlement en van de Raad tot vaststelling van kwaliteits- en veiligheidsnormen voor het inzamelen, testen, bewerken, opslaan en distribueren van bloed en bloedbestanddelen van menselijke oorsprong en tot wijziging van Richtlijn 2001/83/EG van de Raad (PB L 33 van 8 februari 2003, 30).

7) De wetgeving inzake orgaantransplantaties

Na bloedtransfusies was de mogelijkheid om organen te transplanteren de volgende stap in de medische wetenschap die de wetgever met nieuwe vragen omtrent het gebruik van het menselijke lichaam confronteerde⁵⁷.

In tegenstelling tot bloed, dat regenererbaar is en op reguliere basis kan worden gedoneerd, kunnen organen – vooralsnog – niet teruggroeien. Het is dan ook geen wonder dat de wetgever in de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen een zeer principiële houding heeft aangenomen en deze tak van het medische handelen volledig buiten het commerciële circuit heeft gehouden⁵⁸.

Hierin ligt waarschijnlijk ook het bijzondere belang van deze wet die in navolging van de wet inzake bloedafnames het principe heeft geponereerd dat een mens over zijn lichaam kan beschikken in het kader van een medische relatie zelfs indien dit vanuit therapeutisch oogpunt niet in zijn voordeel is⁵⁹. De wetgever heeft dit zelfbeschikkingsrecht in de wet van 13 juni 1986 echter enkel als geoorloofd beschouwd in het kader van een donatie, nl. indien zij is ingegeven door een altruïstisch opzet, waarbij de afstand van organen of weefsels niet met een oogmerk van winst mag geschieden⁶⁰. Dit wordt opnieuw en voornamelijk verantwoord door de klassieke stelling dat het menselijke lichaam geen patrimoniaal karakter heeft en als dusdanig niet kan worden verkocht of gekocht, waardoor enkel een vergoeding van de donor voor de gemaakte kosten of het geleden ongemak aanvaardbaar is. Aldus wordt geopperd dat “menselijke organen enkel het voorwerp van een gift kunnen uitmaken, in de mate dat de gift als zuivere en belangeloze relatie maatschappelijk noodzakelijk zou zijn als compensatie voor de ontbindende effecten van de markteconomie waar menselijke relaties alleen maar volgens de berekening van belangen tellen”⁶¹. Deze gift dient ook gebaseerd te zijn op de vrije en geïnformeerde toestemming van de patiënt die zelf aan specifieke formaliteiten is onderworpen, nl. dat in geval van wegneming bij levenden schriftelijk in het bijzijn van een getuige gegeven te worden en

Krachtens dit laatste artikel dienen de Lidstaten in zoverre als mogelijk deze vorm van bevoorrading te bevorderen.

⁵⁷ De eerste transplantatie van een nier vond plaats in 1954 (J. Murray) en de eerste transplantie van een hart dateert uit 1967 (C. Barnard). Deze praktijk heeft zich vooral ontwikkeld sinds de invoering van cyclosporine in de jaren '70, zijnde een stof die toeliet om de afstotingsverschijnselen te behandelen, en heeft zich verder uitgebreid naarmate de medische praktijk op dit vlak vooruitgang boekte door betere chirurgische technieken en medische therapieën en de ontwikkeling van nieuwe producten voor de behandeling van afstotingsverschijnselen.

⁵⁸ De afstand van organen, nog meer dan de afstand van regenererbare weefsels of lichaamssappen, betreft immers vooral de vraag in hoeverre een persoon over zijn eigen lichaam kan beschikken en sluit dus eerder aan bij de uitoefening van grondrechten zoals het recht op lichamelijke zelfbeschikking en op de bescherming van de lichamelijke integriteit. Zie Boone, I., “Het wegnemen en transplanteren van organen volgens het Belgische recht”, *T.P.R.*, I, 1996, 11-102, nrs. 22-24.

⁵⁹ Bij wijze van spreken tapt deze wet uit hetzelfde vaatje als de recentere wetgeving inzake medische experimenten, waar het zelfbeschikkingsrecht nogmaals is geponeerd door de mogelijkheid in te voeren om te participeren aan medische experimenten die geen rechtstreeks therapeutisch nut hebben voor de betrokken deelnemers. Zie de wet van 7 mei 2004 inzake experimenten op de menselijke persoon.

⁶⁰ Cf. artikel 9, 3e al. en artikel 4 §1 van de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen.

⁶¹ Raadgevend Comité voor Bio-ethiek, advies Nr 11 dd. 20 december 1999 betreffende het wegnemen van organen en weefsels bij gezonde levende personen, met het oog op transplantatie, www.health.fgov.be/bioeth/nl/advies/advies-nr.11.htm (laatste bezoek op 10 september 2005).

gecontroleerd te worden door een geneesheer⁶². Enkel in geval van wegneming na overlijden, wanneer er geen sprake meer is van inbreuk op het recht op lichamelijke integriteit, wordt dit formalisme vervangen door een vermoeden van instemming in het kader van een zgn. geen-bezwaar regime⁶³.

De problematiek van de orgaantransplantaties is voor ons onderwerp van bijzonder belang in de mate dat hier nog veel meer dan inzake bloed de spanning zich doet gevoelen tussen het principe van de niet-commercialiteit van het menselijke lichaam en de concrete noden van de patiënten – zeg maar tussen een principiële en een utilitaristische aanpak. Het bestaan van ellenlange wachtlijsten voor de transplantatie van hart, long, nier of lever en de constante toename van de gemiddelde wachttijden⁶⁴, met het vroegtijdige overlijden van vele potentiële receptoren als gevolg hiervan, heeft vanaf het begin aanleiding gegeven tot controverses binnen de medische wereld. Deze krijgen ondermeer hun beslag in een niet aflatende polemiek, vnl. in gespecialiseerde tijdschriften in de Angelsaksische wereld zoals *The Lancet* of *The British Medical Journal*, omtrent de vraag of een markt voor organen dient te worden toegelaten – specifiek voor nieren waarvan één kan worden afgestaan zonder afbreuk te doen aan de levenskwaliteit van de donor. Niet helemaal ten onrechte wordt gesteld dat een stervende patiënt geen boodschap heeft aan preken omtrent de ethische noodzaak om de voor hem levensnoodzakelijke organen te betrekken via altruïstische donaties, wanneer hij deze organen onmiddellijk zou kunnen bekomen door betaling van een donor. Deze vraag zal zich des te meer stellen in een situatie zoals vandaag, waar de lengte van de wachtlijsten in dezelfde mate toeneemt als de overheid erin slaagt om de lijst van verkeersdoden in te perken en als de vergrijzing van de bevolking en derhalve het aantal potentiële receptoren toeneemt. Het is en blijft bevragswaardig dat het enige land waar geen wachtlijsten voor nierpatiënten zouden bestaan, zijnde de Islamitische Republiek van Iran (sic), ook een systeem hanteert waarbij de overheid optreedt als makelaar tussen donoren en receptoren en een minimumprijs oplegt in het kader van geremunereerde donaties⁶⁵.

De media vinden er niet beter op dan deze kwestie te benaderen door het opvoeren van ‘horror’ verhalen omtrent illegale trafieken van organen met derde wereld landen en de ontwikkeling van het zogenaamde ‘transplantatie toerisme’ naar landen zoals Indië of Turkije, om niet te spreken over de exploitatie van organen en weefsels van geëxecuteerde gevangenen in China⁶⁶. Zonder de ernst van deze fenomenen te onderschatten, dient men vast te stellen dat bij een recente rondvraag door de Raad van Europa slechts enkele Europese regeringen bevestigend hebben geantwoord op de vragen omtrent het bestaan van een illegale orgaanhandel of transplantatie toerisme⁶⁷ in hun land. Het is en blijft dus een eerder beperkt verschijnsel in de Europese context, in tegenstelling misschien tot de situatie in het Midden-Oosten of in Indië.

Eerder dan zich toe te spitsen op dergelijke sensationele berichtgeving, stelt de vraag zich of het invoeren van marktmechanismen, dan wel van financiële retributies aan donoren zou kunnen

⁶² Cf. artikels 8 en 9 van de wet.

⁶³ Cf. artikel 10 van de wet.

⁶⁴ Tussen 1990 en 2000 nam volgens De Artsenkrant het aantal patiënten op de wachtlijst in België gemiddeld toe met 141,1 % per jaar terwijl het aantal donoren slechts toenam met 2,9 %.

⁶⁵ Ram, V., “International traffic in human organs”, *Frontline*, vol. 19, issue 07 – www.frontlineonnet.com/fl1907/19070730.htm (laatste bezoek op 10 september 2005).

⁶⁶ Charatan, F., “Doctor testifies to China’s reuse of prisoners’ organs”, *British Medical Journal*, 2001, 323; zie ook De Morgen, 14 september 2005, “China exporteert cosmetica gemaakt uit huid van ter dood veroordeelden”.

⁶⁷ Council of Europe, Steering Committee on Bioethics – European Health Committee, Replies to the questionnaire for member states on organ trafficking, CDBI/INF (2003) 11 rev. 2.

leiden tot een oplossing van het probleem van de wachtlijsten. Ik moet u bekennen dat het antwoord mij onduidelijk is. Er bestaat hieromtrent een vrij gestoffeerde literatuur waarin de onderscheiden mogelijkheden en opties, gaande van een overheidsmonopsonie tot een volstrekt vrije markt, worden besproken en waarbij iedere auteur zijn gelijk wil halen. Bij gebreke aan controleerbare toepassingen, Iran misschien uitgezonderd, blijft het uiteraard koffiedik kijken welk systeem de grootste efficiëntie zal vertonen.

De vraag naar een mogelijke betaling van de donor dient in het bijzonder gesteld worden voor wat betreft de beschikking door een individu over zijn organen na zijn dood. Diverse Angelsaksische auteurs hebben in dit verband – uiteraard vanuit een utilitaristisch perspectief want wat kun je anders verwachten van een Engelse bio-ethicus? – zeer pertinente bijdragen geleverd omtrent het nut en de ethische aanvaardbaarheid van een zgn. ‘futures’ markt in organen, waarbij een donor de mogelijkheid zou krijgen om zich tijdens zijn leven in te schrijven in een systeem waar hij tegen betaling afstand zou doen van de organen die bij zijn dood nog bruikbaar zouden zijn⁶⁸. Dergelijk systeem vertoont niet de nadelen verbonden aan een markt voor levende donoren – waar zich ontegensprekelijk de vraag zal stellen omtrent de exploitatie van de arme donor door de rijke receptor⁶⁹, dan wel omtrent de repercussies op de gezondheidstoestand van de donor. Meer nog, dergelijk systeem lijkt mij meer respectvol te zijn voor de autonomie van het individu en diens beschikkingsrecht over zijn lichaam, dan het huidige wettelijke systeem van ‘opting out’ waarin de overleden persoon wordt vermoed in te stemmen met de wegneming van zijn organen en deze organen a.h.w. worden gecollectiviseerd⁷⁰.

Deze vraag stelt zich des te meer in de mate dat ook in dit domein de regelgever in België, net zoals in diverse andere landen, blijk heeft gegeven van een flinke dosis pragmatisme wanneer het erop neer komt om de wachtlijsten in te perken of tegemoet te komen aan bepaalde medische ontwikkelingen. Het invoeren van een vermoeden van instemming met het oog op de weghaling van organen na overlijden is hiervan uiteraard een voorbeeld, evenzeer als de uitbreiding van de definitie van het menselijke overlijden door de medische praktijk tot gevallen van hersendood, teneinde het aantal zgn. ‘heart beating donors’ waarvan de organen in betere staat verkeren te vermeerderen⁷¹. Of denk maar aan de mogelijkheid die in de Belgische wet is ingelast teneinde donaties mogelijk te maken van regenererbare weefsels tussen minderjarige broers en zusters, waardoor ook het fenomeen van zgn. ‘geneesmiddel babies’ een wettelijke justificatie heeft bekomen in ons land⁷². De wet voorziet weliswaar dat in dit laatste geval de voorafgaande toestemming vereist is wanneer de donor ouder dan 12 jaar is, dan wel dat een kind jonger dan 12 jaar de mogelijkheid moet krijgen zijn mening te uiten – wat dit ook moge betekenen – maar men kan zich inbeelden dat er van keuzevrijheid in hoofde van het betrokken kind weinig of geen sprake zal zijn.

Kan men in dergelijk verband wel spreken over een altruïstische gift in de volle betekenis van het woord? Men dient vast te stellen dat de door de wetgever op dit vlak gehuldigde principes hier op de helling komen te staan doordat bepaalde situaties worden mogelijk gemaakt waar de vrije instemming van de donor, het minderjarige kind, buiten spel wordt gezet en vervangen door dit van een derde, zijn ouders. Blijkbaar heeft de wetgever geacht dat de druk die op een minderjarige wordt uitgeoefend door zijn naaste omgeving met het oog op het afstaan van

⁶⁸ Zie bv. Blumstein J.F., “Legalizing Payment for Transplantable Cadaveric Organs”, in H. Kuhse en P. Singer, *Bioethics – an anthology*, Oxford, Blackwell Publishing, 1999, 390.

⁶⁹ Zie Cohen L.R., “Increasing the supply of transplant organs. The virtue of a futures market”, *George Washington Law Review*, 1989, 58, 1: “In the cadaver market the vendors are neither rich nor poor, merely dead”.

⁷⁰ Cf. artikel 10 §1 van de wet van 13 juni 1986 betreffende het wegnemen en transplanteren van organen.

⁷¹ Zie Nys, H., “Eigendom in het medisch recht”, *R.W.*, 1983-1984, 2374, nr. 22.

⁷² Cf. artikel 7 van de voormelde wet, zoals gewijzigd door de wet van 7 december 2001.

bepaalde levensnoodzakelijke weefsels, minder ethische bezwaren oproept dan de mogelijke invloed die het bekomen van een financiële retributie – in welke context dan ook – zal hebben op een vrije volwassen persoon. In deze zin wordt het kind dus door onze wetgever als een volwassene behandeld en de volwassene als een kind⁷³ ...

8) De wetgeving inzake menselijke experimenten

Dat het principe van de vrije en geïnformeerde toestemming een relatief begrip is geworden dat soms moet wijken voor andere belangen, blijkt ook uit de recente wet van 7 mei 2004 inzake experimenten op de menselijke persoon. Deze wet heeft terecht een lacune opgevuld in ons recht door een wettelijk kader te scheppen voor medische proeven op mensen. Dit is uiteraard belangrijk niet alleen met het oog op de bescherming van de deelnemers aan dergelijke proeven, maar ook voor het creëren van de nodige rechtszekerheid voor de opdrachtgevers. Bij nader toezicht blijkt deze wet eerder het prototype te zijn van de moderne bio-ethische wetgeving, waarbij constant wordt geschipperd tussen de onderscheiden belangen die op het spel staan⁷⁴. Hierbij spelen ook economische en sectoriële belangen een rol; het was trouwens de uitgesproken bedoeling van onze wetgever was om door de wet op medische experimenten de know-how en de leidende positie van de Belgische medische sector in stand te houden voor wat betreft de organisatie van klinische proeven voor geneesmiddelen.

In tegenstelling tot de wet 13 juni 1986, voorziet deze wet een algemeen kader waarin niet alleen minderjarigen doch ook wilsonbekwamen – zij het onder striktere voorwaarden en enkel wanneer het experiment rechtstreeks verband houdt met hun klinische toestand – kunnen ‘deelnemen’ – ik zou eerder zeggen worden onderworpen - aan een medisch experiment. De wetgever bepaalt in dit verband dat de toestemming van de wettelijke vertegenwoordiger de ‘vermoedelijke wil’ van de deelnemer moet uitdrukken, waarbij deze beslissing zoveel mogelijk en in verhouding tot zijn begripsvermogen betrokken moet worden bij het nemen van een beslissing.⁷⁵ Indien dit een vrije en geïnformeerde toestemming is, dan wordt het tijd om de leer van de wilsovereenstemming in ons burgerlijk wetboek te herzien... Meer nog, de wet voorziet in de mogelijkheid om personen waarvan de toestemming niet kan worden verkregen wegens hoogdringendheid – d.w.z. u of ik of wie dan ook die het bewustzijn verliest in een ongeval – te betrekken in medische experimenten⁷⁶.

Indien zelfs aan het principe van de vrije en geïnformeerde instemming in bepaalde door de medische praktijk geïnspireerde gevallen afbreuk wordt gedaan, lijkt het voor de hand te liggen dat mettertijd ook het principe van niet-commercialiteit in bepaalde gevallen zal worden aangetast, of misschien zelfs uitgehold.

Ook hier wijst de wet inzake experimenten op de menselijke persoon in een zekere richting. Zoals gezegd heeft de wetgever het mogelijk gemaakt om deel te nemen aan experimenten zelfs wanneer deze geen therapeutisch voordeel voor de deelnemer inhouden. Uiteraard rijst hierbij de vraag of deelnemers die geen enkele reden hebben om hun gezondheid op het spel te zetten, door een financiële retributie gemotiveerd mogen worden om deel te nemen aan experimenten. Daar waar enige bijkomende financiële aansporing (behalve een vergoeding voor kosten en geleden ongemak) expliciet door de wetgever is verboden t.a.v. minderjarigen of

⁷³ Zie ook Mason J.K., McCall Smith R.A. & Laurie G.T., *o.c.*, 434, nr. 14.33.

⁷⁴ Langenaken, E., “Commentaires et réflexions à propos de la loi du 7 mai 2004 relative aux expérimentations sur la personne humaine”, *J.T.*, 2005, 476, nr. 46.

⁷⁵ Cf. artikel 8, 1° van de wet.

⁷⁶ Cf. artikel 9 van de wet.

wilsonbekwamen of hun vertegenwoordigers⁷⁷, wordt dergelijk verbod niet voorzien t.a.v. wilsbekwame volwassenen. In tegendeel stelt de wet dat het aan het bevoegde ethische comité binnen het hospitaal waar het experiment plaats vindt, toekomt om over de eventuele bedragen en regels inzake de betaling van de deelnemers te adviseren⁷⁸. Enkel indien men de voorbereidende werken van de wet erop nakijkt, vindt men de commentaar dat het niet passend is om de deelnemers aan te moedigen om aan het experiment deel te nemen via financiële vergoedingen⁷⁹.

Dergelijke regeling kan alleen maar leiden tot hetgeen op pudieke wijze in de Angelsaksische context wordt omschreven als 'rewarded gifting'. Indien geen expliciete regels in de wet worden opgenomen, kan het niet anders of de grens tussen de toegelaten vergoeding voor het geleden ongemak en de niet-toegelaten financiële aanmoediging zal komen te vervagen. Ik kan van mijn kant enkel concluderen dat naar huidig Belgisch recht het niet verboden is voor deelnemers aan medische experimenten om hun lichaam tegen betaling ter beschikking te stellen van medische onderzoeksteams.

9) De wetgeving inzake de octrooiering van biotechnologische uitvindingen

U zult zich bij deze diverse overwegingen wellicht de bedenking maken dat zelfs al mochten de spreekwoordelijke taboes van de therapeutische noodzaak voor een aantasting van de lichamelijke integriteit en van de vrije en geïnformeerde toestemming gesneuveld zijn, ten minste het beginsel van het niet-patrimoniaire of althans het niet-commerciële karakter van het menselijke lichaam en menselijke lichaamsdelen niet door de wetgever in vraag is gesteld, zelfs indien de praktijk soms te wensen zou overlaten.

Dit is echter buiten de wetgeving omtrent de octrooiering van biotechnologische uitvindingen gerekend. Door de wet van 28 april 2005 tot wijziging van de wet van 28 maart 1984 op de uitvindingsoctrooien werd de Europese richtlijn 98/44/EG van 6 juli 1998 betreffende de rechtsbescherming van biotechnologische uitvindingen – weliswaar met een flinke vertraging waarvoor België ook door het Hof van Justitie is gesanctioneerd – in de Belgische rechtsorde ingevoerd.

Met de invoering van deze wetgeving, is mijns inziens - althans op conceptueel vlak - een zeer belangrijke stap gezet in de richting van de verdere verzakelijking, ook wel commodificatie genoemd, en daarmee gepaard gaande commercialisatie van het menselijke lichaam.

De Europese Biotechnologie-richtlijn is gebaseerd op de algemene premisse dat biologisch materiaal, dat genetische informatie bevat en zichzelf kan repliceren of gerepliceerd kan worden, het voorwerp kan uitmaken van een octrooi. Hiermee heeft de Europese wetgever niets anders gedaan dan in de voetsporen te treden van de rechtspraak o.m. van de Amerikaanse Supreme Court die reeds in 1980 in de zaak *Chakrabarty* – met de meest nipte meerderheid - het principe heeft aanvaard dat levende materie octrooieerbaar is⁸⁰. De zaak *Chakrabarty* had betrekking op

⁷⁷ Cf. artikelen 7, 7°, 8, 6° en 9,5° van de wet.

⁷⁸ Cf. artikel 11, §4, 10° van de wet.

⁷⁹ Langenaken, E., *l.c.*, 470, nr 20. Het is enigszins bevreemdend dat ook het Raadgevend Comité voor Bio-ethiek aan deze kwestie nauwelijks of geen aandacht heeft besteed: zie diens Advies Nr 13 van 9 juli 2001 betreffende experimenten met mensen.

⁸⁰ US Supreme Court, 447 US 303, 66 L Ed 2d 144 (1980). In feite was de octrooieerbaarheid van biologisch materiaal reeds lang gekend, en wel sinds Louis Pasteur in de 19de eeuw octrooien had bekomen op de door hem ontwikkelde gistvariëties.

een genetisch gewijzigd bacterie dat petroleum kon afbreken, maar in navolging van de vaststelling door het Hof dat “anything under the sun” octrooieerbaar is, werden vanaf 1987 in de V.S.A. ook octrooien toegekend t.a.v. meercellige levensvormen, te beginnen met een gehybridiseerde oester in hetzelfde jaar en de befaamde Harvard Onco-Mouse een jaar later^{81 82}.

In de aldus gehuldigde unitaire visie op de octrooieerbaarheid van biologische materialen, duurde het ook niet lang of octrooien werden toegekend op menselijk biologisch materiaal, zoals een cellijn of de sequentie of partiële sequentie van een gen.

Deze evolutie is ook na heel wat polemieken die in het korte tijdsbestek van deze rede niet aan bod kunnen komen, door de Europese wetgever erkend en met name in artikel 5 van de Biotechnologie-richtlijn. Dit artikel stelt in een eerste paragraaf dat *“het menselijke lichaam in de verschillende stadia van zijn vorming en zijn ontwikkeling, alsmede de louter ontdekkings van één van de delen, met inbegrip van een sequentie of partiële sequentie van een gen”* niet octrooieerbaar zijn. Het vervolgt echter in een tweede paragraaf dat *“een deel van het menselijke lichaam dat werd geïsoleerd of dat anderszins door een technische werkwijze werd verkregen, met inbegrip van een sequentie of een partiële sequentie van een gen”* vatbaar is voor octrooiering, zelfs indien de structuur van dit deel identiek is aan die van een natuurlijk deel.

Men heeft terecht gesteld dat dit artikel het onderscheid poneert tussen een niet-octrooieerbare ontdekking (het identificeren van een bepaald gen) en een octrooieerbare uitvinding (het aanwenden van dit gen in een concrete toepassing)⁸³.

Het belang van deze richtlijn ligt m.i. vooral in het feit dat de wetgever voor het eerst expliciet heeft gesteld dat zelfs ongewijzigde elementen van het menselijke lichaam, en dan nog in het bijzonder een gen of een gensequentie die deel uitmaken van de genetische identiteit van de mens, als dusdanig het voorwerp kunnen uitmaken van een octrooi, en derhalve van een patrimoniaal recht.

Weliswaar betreft dit geen eigendomsrecht; een octrooi is essentieel een ‘negatief recht’ dat enkel rechten verleent op een uitvinding en met name een exclusief recht toekent om derden al dan niet toe te laten om deze uitvinding toe te passen. In deze zin vergissen organisaties zoals Greenpeace zich als zij stellen dat octrooien op genen gelijk te stellen zijn met octrooien op het

⁸¹ Mason, J.K., McCall Smith, R.A. & Laurie, G.T., *o.c.*, 464, nr 15.27.

⁸² Deze laatste zaak betreft een genetisch gemanipuleerde muis die spontaan kanker ontwikkelt en die dus nuttig kan blijken in het kader van het onderzoek naar deze aandoening, en waarvoor de Europese octrooiaanvraag tengevolge van opposities door verschillende niet-goevernementele organisaties gebaseerd o.a. op de immoraliteit van deze uitvinding een ware procedurele lijdensweg heeft gekend waar zelfs voor het eerst demonstraties werden georganiseerd voor de vestiging van het Europees Octrooibureau in München – in zoverre zelfs dat men binnen deze instelling de wens zou geuit hebben dat iemand een Onco-Cat zou uitvinden om de Onco-Mouse uit de weg te ruim - en pas eind vorig jaar definitief werd toegekend.

⁸³ Echter, door te aanvaarden dat het volstaat om een deel van het menselijke lichaam te isoleren om dit te kunnen octrooieren – uiteraard zonder afbreuk te doen aan de andere voorwaarden voor octrooieerbaarheid zoals de vereisten van nieuwheid en uitvinderswerkzaamheid en het bestaan van een industriële toepassing - heeft de wetgever dit onderscheid wel vertroebeld, hetgeen heeft geleid tot een nog steeds voortdurende polemiek. Zie Van Overwalle, G., « Van groene muizen met rode oortjes : de EU-Biotechnologierichtlijn en het Belgisch wetsontwerp van 21 september 2004 », *I.R.D.I.*, 2004, 370, nr 22.

menselijke leven en dus immoreel zijn en dienen te worden verworpen als een afgeleide vorm van slavernij.^{84 85}

Het slavernij-argument is niet overtuigend. Zoals een Britse commentator heeft gesteld m.b.t. de John Moore-zaak, indien het octrooi op de cellen van John Moore enige macht over deze laatste zou verstrekt hebben, het toch voor de hand ligt dat de octrooihouder hem reeds lang geleden de mond zou gesnoerd hebben⁸⁶.

Toch blijft enig onbehagen bestaan t.a.v. de mogelijkheid tot octrooiering van menselijke genen. Octrooirechten zijn niet ethisch neutraal zoals wel eens wordt gesteld⁸⁷. Integendeel: de toekenning van een octrooi is in se niets anders dan de veruitwendiging van een sociaal contract tussen de samenleving en de uitvinder, waarbij deze laatste zijn uitvinding kenbaar maakt en uiteindelijk ter beschikking van de samenleving stelt in ruil voor een wettelijke exclusiviteit van 20 jaar na bekendmaking. Indien een octrooi wordt toegekend, dan houdt dit ergens de bevestiging in dat zoiets wenselijk is in het licht van het hoger belang van de samenleving en in het bijzonder de verdere ontwikkeling van techniek en wetenschap.

Nog belangrijker voor onze discussie is de vaststelling dat de octrooiwetgeving volledig gebaseerd is op de verwachting en zelfs de vereiste dat de geoctrooierde voorwerpen of methodes een industriële –zeg maar commerciële- toepassing hebben. Wanneer het dus octrooien betreft die het menselijke lichaam als voorwerp hebben, vormt de commercialiteit van dit menselijke lichaam geen ongewenst of getolereerd neven-effect of gevolg van de betrokken wetgeving, doch maakt deze er precies het voorwerp van uit.

Een en ander is de tegenstanders van de Biotechnologie-richtlijn ook niet ontgaan⁸⁸. In de procedure die Nederland had aangespannen met het oog op nietigverklaring van deze richtlijn, was één van de argumenten dat artikel 5 van de richtlijn het levende menselijke lichaamsmateriaal zou reduceren tot een instrument en dat dit strijdig zou zijn met het beginsel van de menselijke waardigheid. Dit argument werd echter door het Hof van Justitie in haar arrest van 9 oktober 2001 verworpen met verwijzing naar het feit dat de richtlijn erop gericht is om bescherming te verlenen aan de resultaten van een inventieve wetenschappelijke of technische werkzaamheid en zich enkel uitstrekt tot biologisch lichaamsmateriaal in zijn natuurlijke staat voorzover dit vereist is voor het verwezenlijken van de geclaimde industriële toepassing. Volgens het Hof zou de richtlijn de octrooiwetgeving aldus op voldoende strikte wijze inkaderen dat het menselijke

⁸⁴ Deze beschuldiging gaat hand in hand met de beschuldiging van 'biokolonialisme' volgens hetwelke onscrupuleuze wetenschappers en bedrijven het genetisch patrimonium van geïsoleerde populaties in de Derde Wereld zouden octrooieren en exploiteren.

⁸⁵ Dit argument was ontwikkeld in de zgn. Relaxine-zaak die in 1995 door de Oppositie-afdeling van het Europees Octrooibureau is beslist en die betrekking had op een octrooiaanvraag ingediend door het Howard Florey Institute voor de DNA-sequenties van een natuurlijk voorkomend proteïne – H2 relaxine - dat door het vrouwelijke lichaam wordt geproduceerd tijdens de geboorte van een kind en dat blijkbaar een relaxerend effect heeft. De Oppositie-afdeling van het Europees Octrooibureau heeft op dit argument geantwoord met de stelling dat DNA geen leven vormt doch slechts een chemische substantie die kan dienen voor de aanmaak van therapeutische producten.

⁸⁶ Grubb Ph., *o.c.*, 2004, 284.

⁸⁷ Drahos, P., « Biotechnology Patents, Markets and Morality », *E.I.P.R.*, 1999, 441.; Saelen, P., *Biotechnologische uitvindingen, octrooien en informed consent*, Vlaamse Raad voor Wetenschapsbeleid, Brussel 2002, 178-180, nrs. 344-357.

⁸⁸ Zie ook Denies, M., "Regard critique sur la directive européenne relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques", *J.T.*, 2001, 537.

lichaam onbeschikbaar en onvervreemdbaar zou blijven en dat de menselijke waardigheid behouden zou blijven⁸⁹.

10) De ontwikkeling van de biomedische wetenschappen en de vraag naar een eenvormig statuut van menselijke lichaamsmateriaal

De analyse van de diverse wetten die wij hebben overlopen, toont ontegensprekelijk aan dat de spanning tussen de klassieke visie van het zogezegd onschendbare en onbeschikbare lichaam en de vraag van de medische wereld en de bio-industrie om over dit lichaam en de bestanddelen ervan te beschikken soms tot tegenstrijdige, om niet te zeggen bevreemdende resultaten kan leiden. De bevestiging van het autonomiebeginsel en het lichamelijke zelfbeschikkingsrecht hebben geleid tot de ontwikkeling van het recht op vrije en geïnformeerde toestemming als noodzakelijk corrolarium hiervan, maar dit zelfde recht wordt in een aantal gevallen zonder meer gefnuikt. De angst voor de instrumentalisering van het lichaam heeft geleid tot het verbod om lichaamsmateriaal te gelde te maken, maar dit mooie principe blijkt in een aantal gevallen niet stand te houden, meer zelfs het dreigt als concept helemaal op de helling komen te staan in het kader van het octrooirecht.

Zonder twijfel is deze toestand mee veroorzaakt door het feit dat al deze wetten geroepen waren om punctuele kwesties op te lossen, hetgeen door een Franse auteur “les ravages des choix ponctuels” wordt genoemd⁹⁰, met name dat de opeenstapeling van bijzondere wetten en de imperatieven die zij verwoorden uiteindelijk een volstrekt vertekend beeld geven van wat het gemeenrechtelijk beeld zou moeten zijn van de menselijke persoon en zijn lichamelijke en immateriële attributen.

Sinds enkele jaren is er dan ook een reflectie aan de gang omtrent de mogelijkheid om zoniet het menselijke lichaam dan toch minstens het menselijke lichaamsmateriaal of beter de rechten die het individu t.a.v. zijn lichaamsmateriaal kan doen gelden, te vatten in een algemeen statuut dat deze ad hoc-regelingen zou overstijgen en omvatten.

Alvast in Frankrijk heeft het Parlement, zonder twijfel mede geïnspireerd door de discussies omtrent de John Moore-zaak, in 1994 de zogenaamde “lois bio-éthiques”⁹¹ gestemd. Ondermeer werden door deze wetgeving een aantal principes in het Franse burgerlijk wetboek ingelast die bepalend dienden te zijn voor de juridische benadering van het menselijke lichaam en de bestanddelen hiervan en die verder werden toegepast in specifieke regelingen – hetgeen de Franse magistraat en rechtsgeleerde Christian Byk het ‘binaire model’ heeft genoemd⁹².

Aldus bepaalt artikel 16-1 van het Franse burgerlijk wetboek dat het menselijke lichaam onschendbaar is en meer nog, dat het menselijke lichaam, zijn elementen en producten niet het

⁸⁹ H.v. J., 9 oktober 2001, zaak C-377/98, Koninkrijk Nederland t. Europees Parlement en Raad van de Europese Unie, *Jur.* 2001, I-7079, r.o. 69-77.

⁹⁰ Labrusse-Riou, C., « Le corps hors du droit », in *Du Corps humain à la dignité de la personne humaine – Génèse, débats et enjeux des lois d'éthique biomédicale*, Centre national de documentation pédagogique, Parijs, 1999, 165.

⁹¹ Loi N° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain; Loi N° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation Loi N° 94-630 du 25 juillet 1994 modifiant le livre IIbis du code de la santé publique relatif à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales. De Franse bio-ethische wetgeving is grondig hervormd in 2004 door de Loi N°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique.

⁹² Byk, C., “Le monde du droit face aux sciences de la vie – Société du risque, droit et démocratie », *J.C.P.*, 2002, I 164, 1612.

voorwerp kunnen uitmaken van enig patrimoniaal recht; en stelt artikel 16-5 dat de overeenkomsten die tot gevolg hebben dat een patrimoniale waarde aan het menselijke lichaam, zijn elementen en producten wordt toegekend, nietig zijn.

Wat hier onmiddellijk opvalt is de absolute vereenzelviging van lichaamsbestanddelen met het lichaam zelf. Het lichaam is als dusdanig onbeschikbaar en valt buiten de juridische handel en blijkbaar dienen ook afgescheiden lichaamsdelen hetzelfde lot te volgen. Het is duidelijk dat deze traditioneel te noemen visie kan worden gevolgd voor wat betreft het lichaam zelf - alhoewel men zich de vraag kan stellen of de Franse wetgever in zijn grootsprakerigheid de zaken niet te scherp heeft gesteld. Hoe dient men bijvoorbeeld de testamentaire schenking door een individu van zijn lichaam aan een medische faculteit in dergelijke context duiden?

Echter, zelfs de Fransen hebben snel moeten erkennen dat deze principes niet opgaan voor afgescheiden lichaamsmateriaal dat het voorwerp kan uitmaken van diverse types van overeenkomsten, zoals bijvoorbeeld de bewaargeving van geslachtcellen door centra voor in vitro fertilisatie, of zelfs van bepaalde rechten van patrimoniale aard. Ook de Franse rechtspraak had deze evidentie reeds erkend, zoals bijvoorbeeld blijkt uit de zaak Daoud uit 1985. Janel Daoud was een gedetineerde in de gevangenis van Avignon die zich een vingerkootje had afgesneden met het klaarblijkelijke doel om deze in het kader van een protestactie te verzenden naar de Franse Minister van Justitie. De gevangenisadministratie had dit plan echter vrijdeld door het kootje dat hij van het hospitaal in een plastic potje had meegekregen bij zijn terugkomst van het hospitaal in bewaring te nemen op grond van het Franse strafprocesrecht dat de gevangenisadministratie toelaat om de eigendommen van gedetineerden tijdelijk te bewaren. De Heer Daoud meende dat dit een geval van eigenrichting betrof en is hiertegen in kortgeding opgekomen ondermeer met het argument dat zijn kootje hem niet in eigendom kon toebehoren, aangezien het een deel van zijn lichaam betrof. Dit was duidelijk niet naar de zin van de Voorzitter van de Tribunal de Grande Instance van Avignon die spontaan heeft geoordeeld dat het kootje in eigendom toebehoorde aan de heer Daoud en hiermee zijn voogdijminister van een onaangename ervaring heeft gespaard⁹³. Men kan zich dan ook inbeelden dat vrij snel na de inwerkingtreding van de Bio-ethische wetten bakzijl werd gehaald en werd gesuggereerd dat de wetgever in feite had bedoeld om enkel commerciële handelingen dan wel overeenkomsten ten bezwarende titel betreffende het lichaam te verbieden⁹⁴.

Men vindt dezelfde vereenzelviging van lichaam en lichaamsmateriaal en het klaarblijkelijk onvermogen om beiden te onderscheiden, geïnspireerd door de angst voor de instrumentalisering van het lichaam, terug bij de Franstalige auteurs in België⁹⁵. De zeggenschap over afgescheiden materiaal wordt in deze visie uitgeoefend via een persoonlijkheidsrecht eerder dan een zakelijk recht.

De keuze aan beschikbare modellen is uiteraard beperkt: ofwel leunt men aan bij het statuut van het lichaam als zodanig en kiest men voor een bescherming van afgescheiden lichaamsmateriaal via een persoonlijkheidsrecht, ofwel opteert men voor een zakenrechtelijk statuut voor dit materiaal, ofwel voor een combinatie van beide modellen.

In tegenstelling tot de meeste Franstalige auteurs die in navolging van de Franse traditie lichaam en lichaamsmateriaal blijven assimileren, lijken de Vlaamse rechtsgeleerden die hieromtrent hebben gepubliceerd en die ongetwijfeld meer oog hebben voor de Angelsaksische en de

⁹³ Trib. de Grande Instance Avignon (référés), *Gazette du Palais*, N° 45-46, 15 februari 1986, 91.

⁹⁴ Trouet, C. *o.c.*, 169-172, nrs.286-290.

⁹⁵ Dijon, X., *Le sujet de droit en son corps – Une mise à l'épreuve du droit subjectif*, Larquier, Brussel, 1982 ; Leleu, Y.-H. en Genicot, G., *l.c.*, 589.

Nederlandse auteurs, een meer pragmatische visie aan te kleven. Deze visie is gebaseerd op de voor de hand liggende vaststelling dat afgescheiden lichaamsmateriaal niet vereenzelvigd kan worden met het menselijke lichaam waarvan het zakelijke karakter ondergeschikt is aan de persoon aan wie het toebehoort. De recente rechtsleer laat er dan ook weinig twijfel over bestaan dat lichaamsmateriaal, eens het afgescheiden is, a.h.w. een ontologische transformatie doormaakt en als een zaak – een rechtsobject – dient gekwalificeerd en wel als een zaak in de handel in de zin van artikel 1128 B.W., die namelijk het voorwerp kan uitmaken van overeenkomsten^{96 97}.

Dezelfde auteurs stellen eveneens dat het afgescheiden materiaal als dusdanig in eigendom toebehoort aan degene van wie het afkomstig is⁹⁸. Dit eigendomsrecht kan door deze laatste vervolgens worden verloren via *derelectio* – zoals traditioneel het geval was met medisch afval na een medische ingreep - of zoniet overgedragen aan derden⁹⁹.

Meer algemeen lijkt de keuze van een zakenrechtelijk statuut voor afgescheiden lichaamsmateriaal de logische keuze in het licht van de vaststelling dat er eenmaal een juridisch verkeer in lichaamsmateriaal bestaat. Deze keuze leidt quasi-automatisch tot de erkenning van een eigendomsrecht in hoofde van de persoon van wie het lichaamsmateriaal afkomstig is. Wie anders kan er op credibele en gerechtvaardigde wijze aanspraak op maken¹⁰⁰? Het toekennen van een eigendomsrecht leidt aldus tot een zekere zeggenschap en derhalve een zekere bescherming van de bron t.a.v. aanspraken die op zijn lichaam worden gemaakt door derden. Het lijkt aldus een nuttig corollarium te zijn van het autonomiebeginsel.

Desalniettemin wordt ook in toenemende mate geargumenteed dat een benadering van afgescheiden lichaamsdelen die louter op het eigendomsrecht is gestoeld, niet voldoet om de patiënt te beschermen en dat een adequate bescherming van de bron ook vereist dat deze een (persoonsgebonden) zeggenschap behoudt over zijn afgescheiden lichaamsmateriaal. Dit zou dan de vorm aannemen van een persoonlijkheidsrecht gebaseerd op de beginselen van lichamelijke onschendbaarheid en integriteit, dan wel in het bijzonder de bescherming van de *privacy*¹⁰¹. Dit recht zou in concreto kunnen worden uitgeoefend door de invoering van de verplichting om omtrent het nader gebruik van afgenomen weefsels de vrije en geïnformeerde toestemming van de donor te bekomen.

Van dergelijk recht is in het Belgische recht vooralsnog geen sprake, noch in de wet betreffende de patiëntenrechten noch in enige andere wet, alhoewel dit principe reeds voorkomt in het zgn.

⁹⁶ Trouet, C., *o.c.*, 340-347, nrs. 615-623 en de aldaar geciteerde rechtsleer; zie ook Senaev, P., “Juridische implicaties van nieuwe ontstaansvormen van menselijk leven”, *R.W.*, 1985-1986, 628, nrs. 6-7; Guldix, E., “De impact van de medische wetenschap en techniek op het personen- en gezinsrecht”, *R.W.*, 1993-1994, 1113, nr 42; Trouet, C., “Nader gebruik van lichaamsmateriaal en rechten van patiënten en proefpersonen”, *T.P.R.*, 2003, I, 88-91, nrs. 11-13; Nys, H., *Geneeskunde – Recht en medisch handelen*, A.P.R., 2005, 504-505, nrs. 1175-1177.

⁹⁷ De wetgever heeft dit ook – ik zou zeggen - intuïtief begrepen, zoals bijvoorbeeld blijkt uit artikel 44 §2 1° van het Wetboek BTW dat de “levering van menselijke organen, van menselijk bloed en moedermelk” vrijstelt van BTW.

⁹⁸ Trouet, C., *o.c.*, 351-359, nrs. 629-640.

⁹⁹ Indien men deze visie volgt, ziet het er dus naar uit dat John Moore voor een Belgische rechtbank misschien meer succes zou behaald hebben. Als eigenaar van zijn lichaamsmateriaal, had hij zich kunnen beroepen op de theorie van de *specificatio* of *zaaksvorming* en op grond van artikelen 571 en/of 577 B.W. een schadevergoeding kunnen vorderen voor het feit dat zijn lichaamscellen als grondstof zijn gebruikt voor de aanmaak van de Mo cellijn. Zie in dit verband Trouet, C., *l.c.*, TPR. 2003, I, 89, voetnoot 33.

¹⁰⁰ Hopelijk niet de Belgische Staat, alhoewel de wetgeving inzake transplantatie in deze richting wijst.

¹⁰¹ Dit is althans de thesis van C. Trouet.

Verdrag Mensenrechten en Biogeneeskunde dat in het kader van de Raad van Europa is totstandgekomen, doch dat door België niet is geratificeerd¹⁰².

Persoonlijk heb ik twijfels bij de noodzaak om in aanwezigheid van een eigendomsrecht nog een bijkomende bescherming van de patiënt te voorzien op grond van een nieuw in te voeren persoonlijkheidsrecht dat zelfs op geanonimiseerd lichaamsmateriaal toepasselijk zou zijn en dus zou toegepast worden los van en in combinatie met de wetgeving op de bescherming van persoonsgegevens. Niet alleen zou dit aanleiding geven tot schier onoverkomelijke praktische problemen, gelet op de tienduizenden stalen die alleen reeds in Belgische bio-banken zijn opgenomen en waarvoor geen adequate toestemming is bekomen, maar men kan zich de vraag stellen welke bijkomende bescherming de patiënt dan wel zal bekomen door de enkele mogelijkheid om al dan niet in te stemmen met het voorgenomen gebruik van zijn lichaamsmateriaal¹⁰³. Indien de patiënt enkel kan weigeren, zit het er dubbel en dik op dat hij hiervan zal afzien in het licht van de mogelijke nadelige gevolgen die uit zijn weigering zullen voortvloeien.

Dergelijke oplossing zou ook tot gevolg hebben dat het onderscheid tussen persoon en zaak zou komen te vervagen. Het doet mij denken aan de opmerking van de Franse rechtsgeleerde Carbonnier dat zoiets gelijk te stellen is aan een terugkeer naar de pre-Romeinse tijden, toen de primitieve mens de neiging had om de hem omringende leefwereld te personifiëren en zaken als subject te ervaren, hetgeen een einde heeft genomen met het Romeinse rationalisme¹⁰⁴.

De positie van de patiënt kan m.i. minstens even goed worden gewaarborgd door het invoeren van de verplichting van de medici om de patiënten op adequate wijze in te lichten omtrent het voorgenomen gebruik van het afgenomen lichaamsmateriaal, bijvoorbeeld door een wijziging van de wet betreffende de rechten van de patiënt, gepaard met een erkenning van het eigendomsrecht van de patiënt op 'zijn' lichaamsmateriaal. In het bijzonder – en dit is misschien nieuw voor het medische korps - lijkt het mij aangewezen dat de patiënt ook wordt geïnformeerd over de mogelijke belangenconflicten waarmee zijn behandelende geneesheer behept is en die zijn verplichtingen t.a.v. de patiënt mogelijk zouden kunnen doorkruisen – wanneer de logica van de therapie wordt ontduddeld door de logica van het onderzoek dan wel van het winstbejag¹⁰⁵. Misschien zouden medische onderzoekers hier een puntje kunnen zuigen aan de deontologie van de advocaat¹⁰⁶...

11) Commercialiteit vs. menselijke waardigheid ?

De keuze van een zakelijk statuut voor afgescheiden lichaamsmateriaal lijkt onafwendbaar in het licht van de fragmentering van het lichaam, doch bevestigt deze eveneens. Vraag is of door deze keuze het beginsel van de niet-commercialiteit van het menselijke lichaam op de helling komt te staan?

Men zou inderdaad kunnen stellen dat dit een noodzakelijk gevolg is van de keuze die wordt gemaakt voor de eigendomsfiguur. Indien bijvoorbeeld de wetgever toelaat dat lichaamsmateriaal

¹⁰² Cf. artikel 22 van dit Verdrag.

¹⁰³ Mason, J.K., McCall Smith R.A. & Laurie G.T., *o.c.*, 460, nr 15.17.

¹⁰⁴ Zie Derine, K., Van Neste, F. & Vandenberghe, H., *Beginselen van Belgisch privaatrecht – Zakenrecht*, I, A, 5, voetnoot 2.

¹⁰⁵ Van Neste, F., "Ethische en juridische aspecten van het medisch handelen", *l.c.*, 111, nr 10.

¹⁰⁶ De Code van Geneeskundige plichtenleer opgesteld door de Nationale Raad van de Orde van Geneesheren bevat geen enkele bepaling inzake dergelijke belangenconflicten.

bij wijze van spreken wordt onteigend ten behoeve van de geneeskunde, in het bijzonder in het kader van het wettelijke vermoeden ingesteld door de wet inzake orgaantransplantaties, stelt de vraag zich of een weigering van enige vergoeding wel strookt met het eerste protocol bij de Europese Conventie voor de Rechten van de Mensen en trouwens ook van het ontwerp van Europese Handvest van Grondrechten dat een soortgelijke bescherming van de eigendom voorziet en in het bijzonder de verplichting voor de onteigenende overheid tot betaling van een billijke vergoeding¹⁰⁷.

Indien wij de rechtsleer mogen geloven, blijft het beginsel van niet-commercialiteit nochtans onverkort van kracht in onze rechtsorde¹⁰⁸. Overeenkomsten van pecuniaire aard die het lichaam betreffen, zouden volgens deze visie absoluut nietig zijn wegens strijdigheid met de openbare orde en de goede zeden, dan wel met de menselijke waardigheid om de hedendaagse terminologie te gebruiken.

Zonder twijfel gaat deze stelling op voor de donatie van bloed en weefsels en organen met het oog op transplantatie, gelet op de stringente bepalingen in de betrokken wetgeving en de beperkingen die deze inhoudt voor wat betreft de vergoeding van de donor die zich enkel mag beperken tot de door deze laatste gemaakte kosten en het geleden ongemak.

Echter, ook de recente pogingen om op internationaal vlak een harmonisatie door te voeren inzake het statuut van menselijke lichaam en lichaamsmateriaal gaan in dezelfde richting. Het Verdrag Mensenrechten en Biogeneeskunde van de Raad van Europa stelt dat het menselijke lichaam en haar onderdelen 'als zodanig' geen aanleiding mogen geven tot financieel gewin.¹⁰⁹ En ook het ontwerp van Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voorziet onder haar artikel 3 betreffende het recht op menselijke integriteit een verbod om het menselijke lichaam en bestanddelen daarvan 'als zodanig' als bron van financieel voordeel aan te wenden, hetgeen dus in strijd lijkt met de bescherming die door het Handvest wordt geboden aan het eigendomsrecht op afgescheiden lichaamsmateriaal. Op het Europese vlak wordt alvast door Richtlijn 2004/23/EG van het Europese Parlement en de Raad van 31 maart 2004 tot vaststelling van kwaliteits- en veiligheidsnormen voor het doneren, verkrijgen, testen, bewerken, bewaren en distribueren van menselijke weefsels en cellen (andere dan bloed of transplanteerbare organen) aan de Lidstaten opgelegd om de vrijwillige, onbetaalde donaties van weefsels en cellen te verzekeren en om ervoor te zorgen dat het verkrijgen van weefsels en cellen 'als zodanig' zonder winstoogmerk geschiedt¹¹⁰.

Het concept van de menselijke waardigheid neemt hierbij een centrale plaats in. Dit concept staat centraal in het Verdrag Mensenrechten en Biogeneeskunde van de Raad van Europa¹¹¹. Het figureert in het eerste artikel van het Europese Handvest van Grondrechten dat stelt dat de menselijke waardigheid onschendbaar is. De toelichting bij het Handvest stelt zelfs – in navolging van de Duitse grondwet – dat de menselijke waardigheid niet alleen een grondrecht op

¹⁰⁷ In deze optiek zou dus niemand tegen zijn wil van zijn lichaamsmateriaal afstand kunnen doen dan tegen vergoeding van de tegenwaarde ervan – hetgeen uiteraard de vraag doet rijzen naar de waardebeoordeling van dergelijk materiaal.

¹⁰⁸ Trouet, C., *o.c.*, 100-101, nr 163 en de verwijzingen aldaar.

¹⁰⁹ Cf. artikel 21 van het Verdrag.

¹¹⁰ Cf. artikel 12 van deze Richtlijn. Zie ook artikel 9 van het koninklijk besluit betreffende de wefselbanken en het wegnemen, bewaren, bereiden, invoeren, vervoeren, distribueren en afleveren van wefsels dat stelt dat de Minister de prijs waartegen allogreffes mogen worden afgeleverd door een wefselbank, derwijze bepaalt dat elke winst is uitgesloten.

¹¹¹ Verdrag voor de bescherming van de Rechten van de Mens en de waardigheid van het menselijke wezen ten aanzien van de toepassingen van de biologie en de geneeskunde.

zich is, maar ook de grondslag van alle grondrechten, waaraan geen afbreuk kan worden gedaan. Omtrent onze menselijke waardigheid worden dus – althans in deze optiek - geen compromissen gesloten, in tegenstelling tot andere grondrechten die wel beperkt kunnen worden omwille van bepaalde redenen van algemeen belang.

Het concept van menselijke waardigheid heeft in ons recht manifest een fulgurante carrière gemaakt! Het is bijna uit het niets opgedoken – los van een vermelding in de preambule van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens¹¹² – om in enkele decennia op te klimmen tot een “fundamenteel beginsel waarin alle grondrechten convergeren”¹¹³ en uiteindelijk – mocht de Europese grondwet per impossible toch in werking treden - tot grondrecht van de grondrechten, zoals reeds het geval is in de Duitse grondwet.

Maar wat betekent het eigenlijk? De menselijke waardigheid wordt in geen enkele wettekst gedefinieerd en naar mijn weten heeft geen enkele rechtbank of hof zich gewaagd aan het formuleren van een alomvattende definitie. Meestal wordt verwezen naar de definitie die teruggaat tot de Duitse filosoof Immanuel Kant en in het Duitse constitutioneel recht ingang heeft gevonden, nl. dat de menselijke persoon als een doel op zich en niet als object kan behandeld worden¹¹⁴.

Het betreft dus een negatief concept – nl. dat de menselijke waardigheid geen prijs heeft, hetgeen als dusdanig om het even wat kan betekenen, in functie van de eigen visie omtrent hetgeen menswaardig is of niet. Aldus heeft het Europese Hof van Justitie in antwoord op een prejudiciële vraag van het Duitse Constitutioneel Hof erkend dat het Europese recht zich niet verzet tegen het verbod op grond van de bescherming van de menselijke waardigheid van een spel waarbij het doden van mensen wordt gesimuleerd¹¹⁵. Op deze wijze treedt het concept van menselijke waardigheid naar voren – en dit is zeker het geval wanneer men de bio-ethische context verlaat - als een meer geëxalteerde om niet te zeggen politiek-correcte versie van onze oude vertrouwde ‘openbare orde en goede zeden’; als een ‘principe tentaculaire’ volgens de woorden van een Franse auteur, waarvan de toepassing niet alleen onvoorspelbare gevolgen zal hebben en dit in zowat alle gebieden van het recht, maar meer nog, die zich zal opdringen als een moreel dictaat: iets is menswaardig of niet en tussenoplossingen lijken niet mogelijk.¹¹⁶

Of misschien toch wel? Laat mij dit met het volgende voorbeeld illustreren: daar waar Greenpeace stelt dat de octrooieerbaarheid van elementen van het menselijke lichaam een aanslag betekent op de menselijke waardigheid, wordt aan de andere kant gesuggereerd dat de octrooieerbaarheid van elementen van het menselijke lichaam zoals deze is geregeld en omkaderd in de Biotechnologie-richtlijn, bijdraagt tot de realisatie van de menselijke waardigheid, door de positieve gevolgen die dit zal hebben op de ontwikkeling van de medische wetenschap¹¹⁷.

¹¹² “Overwegende dat erkenning van de inherente waardigheid en de gelijke en onvervreemdbare rechten van alle leden van de menselijke gemeenschap grondslag is voor de vrijheid, gerechtigheid en vrede in de wereld”.

¹¹³ Dirix, E., “Overeenkomsten en menselijke waardigheid”, *R.W.*, 1989-1990, 686; zie ook de bespreking van het Europese Handvest van Grondrechten op www.europarl.eu.int/comparl/libe/elsj/charter/art01/default_en.htm (laatste bezoek op 28 juli 2005).

¹¹⁴ Klein, E., “Human dignity in German law”, in Kretzmer, D. en Klein, E., *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*, Kluwer Law International, Den Haag 2002, 149-152.

¹¹⁵ H.v.J., 14 oktober 2004, zaak C-36/02, Omega, *Jur.*, 2004, I-9609.

¹¹⁶ Saint-James, V., « Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français », *Rec. Dalloz*, 1997, Chron., 64-66.

¹¹⁷ David, F., “Brevetabilité d'éléments isolés du corps humain et dignité de la personne en droit communautaire”, *Rec. Dalloz*, 2004, Sanit. Soc., 40 (2), 326.

De menselijke waardigheid wordt hier dus ingeroepen ter staving van diametraal tegenovergestelde visies en lijkt aldus een zeer flexibel en relatief begrip te zijn. Dit manifesteert zich ook voor wat betreft het principe van de niet-commercialiteit van het menselijke lichaam dat voornamelijk gejustifieerd wordt met verwijzing naar de noodzaak om de menselijke waardigheid te vrijwaren. Laten wij de proef op de som nemen...

Men dient vooreerst vast te stellen dat zowel de Europese Grondwet als de Conventie Mensenrechten en Biogeneeskunde van de Raad van Europa de woorden 'als zodanig' gebruiken. Enkel het onbewerkte materiaal aan de bron wordt er door gevat. Bewerkt lichaamsmateriaal kan aldus vrij verhandeld worden, wat dit ook moge betekenen, en maakt geen aanslag uit op de menselijke waardigheid. Men houdt bij wijze van spreken de bron rein door elke winstbejag in hoofde van de donor van wie het materiaal afkomstig is te verbieden, doch bekommert zich niet om hetgeen 'stroomafwaarts' gebeurt. Vraag is wel hoe dergelijk concept zich verhoudt tot de vaststelling dat menselijke genen – weliswaar nadat zij geïsoleerd zijn – voor octrooiering in aanmerking komen: wat zou u denken van een regeling waarbij de sinaasappel niet verkocht mag worden, behalve indien zij geschild is?

Meer nog, er dient vastgesteld dat sinds jaar en dag in zowat elk rechtstelsel de zgn. 'discarded tissues' zoals haar, nagels of excrementen zowat buiten elke regeling vallen¹¹⁸ en dat de commercialisatie ervan algemeen wordt getolereerd, aangezien dit beweerdelijk niet strijdig met de menselijke waardigheid zou zijn. Aldus bestaat nog steeds een handel in menselijk haar dat uit Indië wordt ingevoerd met het oog op de aanmaak van pruiken. Het lichaam wordt in deze visie niet-commercialiseerbaar verklaard enkel en alleen voor wat betreft de organen en weefsels die door een medische tussenkomst kunnen worden bekomen in de mate dat het bekomen ervan een inbreuk op de lichamelijke integriteit vereist. Moeten wij hieruit afleiden dat ons medisch korps garant staat voor onze waardigheid als mens? Of moeten wij besluiten dat het verkopen van bloed mensonwaardiger is dan het verkopen van zijn haardos?

Ik zou hierop antwoorden dat niet alleen de bestaande tradities hier het overwicht hebben gehaald, doch ook dat het een kwestie van gradatie is. Het beginsel van de menselijke waardigheid dringt zich met des te meer intensiteit op naarmate de daad van zelfbeschikking voor het subject meer verstrekkende gevolgen heeft. Men kan aldus stellen dat de menselijke waardigheid een begrip is dat aan intensiteit verliest naarmate men zich verwijderd van het levende, menselijke subject. Dit is trouwens niet alleen het geval in de spatiale zin van het woord, doch ook in de temporele zin. Respect voor het menselijke lichaam blijkt zeer tijdsgebonden te zijn. Toen Italië en Oostenrijk in een dispuut verwickeld waren omtrent de genoemde Ötzi, de persoon uit het Neolithicum waarvan het lichaam in 1991 in de Alpen is gevonden, werd dit beslecht met verwijzing naar de internationaalrechtelijke principes inzake de eigendom van cultuurgoederen¹¹⁹. Ötzi is geen stoffelijk overschot van een menselijke persoon dat met respect bejegend moet worden, maar in eerste instantie een erfgoed dat in een museum thuishoort en niemand heeft ooit geopperd dat dit strijdig zou zijn met zijn menselijke waardigheid.

12) Niet-commercialiteit als bio-ethisch doekje voor het bloeden

De discussie omtrent de commercialiteit van menselijke lichaamsdelen toont hoe dan ook het gevaar aan om in bio-ethische kwesties het zgn. binaire model te hanteren waarin principes voorop worden gesteld waarvan de inhoud vervolgens wordt gecompromitteerd in de concrete uitwerking ervan, dan wel strijdt met de principes die in andere wetgevingen worden

¹¹⁸ Zie de Toelichting bij artikel 21 van het Verdrag Mensenrechten en Biogeneeskunde, nr 133.

¹¹⁹ Zie de bespreking op www.american.edu/ted/iceman.htm (laatste bezoek op 24 augustus 2005).

vooropgesteld. Een verabsoluterend begrip als de menselijke waardigheid lijkt aldus in de context van de instrumentalisatie en commercialisatie van het menselijke lichaam enkel werkbaar te zijn indien het zichzelf bij wijze van spreken verloochent, nl. indien het moduleerbaar wordt in functie van de omstandigheden.

Zonder twijfel moet het verband hier gelegd worden met het feit dat de bio-ethische wetgeving in stijgende lijn wordt gekenmerkt door een pragmatische en positivistische – om niet te zeggen utilitaristische - ingesteldheid die elk dogmatisch denken weert¹²⁰ en dat deze wetgeving daarenboven tot stand komt in een klimaat van cultuurrelativisme waar de opdeling tussen ‘goed’ en ‘kwaad’ niet voor de hand liggend is en waar er sprake is van zgn. ‘éthiques plurielles’.¹²¹ De bio-ethiek presenteert zich aldus als een constante evenwichtsoefening tussen verschillende waarden en belangen die op één of andere wijze verzoend dienen te worden. Dergelijke visie strookt niet met absolute verbodsbepalingen en het is typerend dat gepleit wordt voor een geregelde herziening van de bio-ethische wetten¹²², hetgeen de meer ‘fundamentalistische’ critici van dit systeem aanzet om te spreken over een “machine à transgression” gebaseerd op tijdelijke compromissen¹²³ in functie van de stand van de wetenschap.

Indien er in deze context dan toch sprake is van een morele rode draad, dan kan waarschijnlijk gewezen worden op hetgeen de Amerikaanse theoloog Gerald McKenny heeft omschreven als een “*technological utopian quest of medicine: to eliminate suffering and bring the body under the rule of our choices and desires.*”¹²⁴ Indien iets wenselijk wordt geacht om het menselijke leed te lenigen of de kwaliteit van het menselijke leven te verbeteren, om niet te zeggen de menselijke frustraties omtrent de beperking van leven en lichaam tegemoet te komen, krijgt het in deze optiek een morele justificatie, zonder dat hierbij genoeg rekening wordt gehouden met ethische context of gevolgen hiervan. Een mooi voorbeeld hiervan lijkt mij de wet van 11 mei 2003 betreffende het onderzoek op embryo’s in vitro, zijnde opnieuw een domein waarin de Belgische wetenschap aan de top staat en waar de economische en sectoriële imperatieven in grote mate meespelen: zonder twijfel is het noodzakelijk om dit delicate domein te reguleren, doch ik heb toch de stellige indruk dat deze wet op maat van de Belgische wetenschappelijke sector is gesneden¹²⁵ wanneer ik bijvoorbeeld in artikel 4 lees dat het aanmaken van embryo’s in vitro toegelaten wordt als het doel van het onderzoek niet kan worden bereikt door overtollige embryo’s afgestaan door IVF-patiënten en dat met het oog hiertoe eierstimulatie toegestaan is indien dit wetenschappelijk (en dus niet therapeutisch) verantwoord is. Om het anders uit te drukken: het vrouwelijke lichaam als legbatterij ten behoeve van de wetenschap¹²⁶...

In dergelijke context, is een verbod van commercialiteit aan de bron niet veel meer dan een schaamlap – een bio-ethisch doekje voor het bloeden - voor het feit dat het menselijke lichaam en haar bestanddelen reeds door de wetenschap en de industrie zijn ingepalmd. Velen schijnen

¹²⁰ Van Neste, F., “Ethische en juridische aspecten van het medisch handelen”, *L.c.*, 111-112, nr. 11.

¹²¹ Zoals ook blijkt uit de adviezen van het Belgische Raadgevend Comité voor Bio-ethiek die slechts een juxtapositie van opinies blijken te zijn wanneer de meer delicate of controversiële onderwerpen besproken worden.

¹²² Jeger, N., *L.c.*, 211, nr. 34 met verwijzing naar de stelling van de Nederlandse jurist J.K.M. Gevers.

¹²³ Monfort, E., “Les différentes conceptions de la dignité humaine”, in *Aimer et protéger la vie*, Ed. De l’Emmanuel, Parijs 203, 33.

¹²⁴ McKenny, G., *To Relieve the Human Condition – Bioethics, Technology and the Body*, State University of New York, Albany, 1997. McKenny spreekt in dit verband van een ‘Baconian Project’, met verwijzing naar de Engelse filosoof Francis Bacon die deze doelstelling vooropstelde.

¹²⁵ Behalve voor wat betreft het absolute verbod op het reproductief kloneren in artikel, hetgeen dan weer door sommigen wordt betreurd (zie Jeger, N., *L.c.*, 201).

¹²⁶ Vreemd is dat de wetgever geen regeling voorziet t.a.v. de levering van zaadcellen, vermoedelijk doordat hier geen medische behandeling bij te pas komt.

nochtans te denken dat men de gevaren van de commodificatie van het menselijke lichaam kan bezweren door de commercialisatie ervan te verbieden in hoofde van de bron. Niet alleen wordt hiermee de realiteit van de stroomafwaartse commercialisatie van het menselijke lichaam straal genegeerd, maar het goede geweten dat de wetgever zich aldus aanmeet, lijkt hem blind te maken voor de gevaren die schuilen in de utilitaristische aanpak van de bio-ethiek – de *'utopian quest'* die wij besproken hebben - en de tendens die hiermee gepaard gaat om belangrijke waarden, zoals de vrije en geïnformeerde toestemming, in toenemende mate op te offeren aan de vooruitgang van de wetenschap en de geneeskunde.

Waarom trouwens in deze context aan de bron van het lichaamsmateriaal ontnemen wat aan anderen wel wordt toegekend? De toekenning van patrimoniale rechten en de daarmee gepaard gaande afzwakking van het beginsel van niet-commercialiteit, althans in de situatie waar het lichaamsmateriaal van de patiënt wordt aangewend voor wetenschappelijk onderzoek en uiteindelijk mee aan de basis ligt van winstgevendende producten of diensten, lijken integendeel eerder te stroken met de elementaire rechtvaardigheid en het respect voor de autonomie van het menselijke subject. Net zoals bij het betalen van gezonde vrijwilligers om deel te nemen aan medische experimenten, lijkt het niet misplaatst om de donoren van lichaamsmateriaal mee te laten participeren in de eventuele winsten, eerder dan de huidige hypocrisie in stand te houden¹²⁷. Of afgescheiden lichaamsmateriaal wordt gevat door een persoonlijkheidsrecht dan wel door een eigendomsrecht doet dan zelfs niet terzake: daar waar het recht toelaat om bepaalde persoonswaarden zoals de afbeelding of de stem te gelde te maken¹²⁸, is er geen reden om dit uit te sluiten voor lichaamsmateriaal. Uiteraard kan dit door de wetgever worden geregeld en in goede banen geleid. Dit hoeft trouwens ook niet de vorm aan te nemen van een individuele betaling, zoals blijkt uit de talrijke pleidooien voor de ontwikkeling van alternatieve vergoedingssystemen via bijvoorbeeld de 'charitable trust'-figuur die in de Angelsaksische literatuur wordt gepromoot en waarbij het door patiënten afgestane lichaamsmateriaal zou worden toevertrouwd aan een trust die de opbrengsten ervan zou investeren in menslievende projecten¹²⁹. Indien men opteert voor het utilitarisme, zoals ontegensprekelijk en in stijgende mate het geval is voor de recente bio-ethische wetgeving, zal men op een bepaald moment moeten aanvaarden dat geld niet per definitie een negatieve connotatie hoeft te hebben.

Om te besluiten, wij kunnen niet om het feit heen dat lichaamsmateriaal 'in de handel' is, meer nog dat ons recht zich er niet principieel tegen lijkt te verzetten – zoals blijkt uit de octrooiwet – dat het als zodanig wordt gecommmercialiseerd. Eerder dan zich vast te klampen aan een algemeen principe van niet-commercialiteit, dat mettertijd toch uitgehold zal worden, dient de wetgever deze realiteit te erkennen om ze ook des te beter te kunnen beheersen. Dat dergelijke visie geen rekening houdt met andere niet-materiële aspecten van de menselijke persoonlijkheid is voor de hand liggend en wij kunnen hier evenmin blind voor zijn. Het recht moet het echter rooien met de beperkte concepten en referentiekaders die voorhanden zijn en deze zijn m.i. noodzakelijkerwijze gestoeld op het vermogensrecht wanneer het van personen onderscheiden zaken betreft zoals lichaamsmateriaal¹³⁰.

Het feit dat lichaamsmateriaal de facto en juridisch een van de persoon afgescheiden zaak vormt, waarop patrimoniale rechten gevestigd kunnen worden, laat trouwens toe om dergelijke bekommernissen te relativeren en misschien ligt daarin ook de oplossing voor een meer

¹²⁷ Zie de gedetailleerde bespreking in Trouet, C., *o.c.*, 476-484, nrs 852-866.

¹²⁸ Senaeve, P., *Compendium, o.c.*, 237 e.v.; Guldix, E., *l.c.*, 1113, nr 43; zie ook Leleu en Génicot, *l.c.*, 589.

¹²⁹ Blumstein J.F., "Legalizing Payment for Transplantable Cadaveric Organs", in *o.c.*, 390.

¹³⁰ Voor een mooie analyse van de beperktheid van het eigendomsrechtelijk referentiekader in deze context: zie Gold, E.R., *Body parts – Property Rights and the Ownership of Human Biological Materials*, Georgetown University Press, Washington, 1996.

realistische - ik zou zeggen menswaardige - basis voor de ontwikkeling van bio-ethische wetten op dit vlak. Eerder dan dat beide categorieën elkaar overlappen, om niet te zeggen zichzelf contamineren, lijkt het noodzakelijk om zaak en persoon, lichaam en lichaamsmateriaal, strikter gescheiden te houden, ook en vooral op juridisch vlak. Indien zaken een persoonsgebonden statuut krijgen, zoals in het pre-Romeinse recht waarover Carbonnier het had, moet men niet verwonderd zijn dat personen uiteindelijk ook ‘verzakenlijkt’ – geïnstrumentaliseerd - worden. Zoals een hagedis zijn staart verliest om te kunnen ontsnappen aan zijn belagers, moet het afgescheiden lichaamsmateriaal misschien prijsgegeven worden teneinde een betere bescherming van het menselijke lichaam en de menselijke persoon als zodanig te bewerkstelligen. Het principe van de menselijke waardigheid zal aldus in eerste instantie haar essentiële rol kunnen vervullen als noodzakelijke grens voor het lichamelijke beschikkingsrecht, ten einde het individu tegen zichzelf te beschermen en in dit verband bepaalde minimale maatschappelijke normen te handhaven¹³¹. Terwijl de patrimoniale rechten van dit individu op zijn afgescheiden lichaamsmateriaal hem in tweede instantie zullen beschermen tegen de aanspraken van de wetenschap en de industrie. Aldus zal de mens als vleesgeworden waardigheid ook kunnen deelnemen aan een waardige vleeshandel...

¹³¹ Dirix, E., *l.c.*, 686-687.