

Het recht van het toekomstige kind om niet geboren te worden

Lisette ten Haaf

Universitair docent Rechtstheorie, Universiteit Utrecht

Binnen het publieke debat is er toenemende aandacht voor de vraag of ingrijpen in de voortplanting gerechtvaardigd kan zijn omwille van het toekomstige kind. Vaak leidt dit ingrijpen omwille van het kind ertoe dat het kind in kwestie helemaal niet geboren wordt. Voorstanders van de bescherming van het toekomstige kind stellen zelfs dat er sprake kan zijn van een recht om niet geboren te worden, wat het weigeren van een vruchtbaarheidsbehandeling of zelfs gedwongen anticonceptie zou kunnen rechtvaardigen. In deze bijdrage onderzoek ik de mogelijkheid van een dergelijk recht om niet geboren te worden. Hierbij ga ik niet in op de normatieve vraag welke omstandigheden ertoe zouden kunnen leiden dat iemand beter af is bij niet-bestaan, maar op de rechtstheoretische vraag of de toeschrijving van het recht om niet geboren te worden aan het toekomstige kind in lijn is met de fundamentele uitgangspunten van het recht. Ik behandel eerst de vraag of het nog niet-verwekte, toekomstige kind een juridische persoon en daarmee het subject van rechten kan zijn. Vervolgens analyseer ik of een prenataal recht om niet geboren te worden überhaupt kan bestaan binnen het recht.

**Wrongful life – Toekomstig kind – Voortplanting – Juridische persoonlijkheid –
Recht om niet geboren te worden – Recht op niet-bestaan**

In public debate there is an increasing focus on intervening in procreation in order to protect the future child that may result from it. Often, the result of this interference is that the child in question is prevented from coming into existence. Those who emphasise the need for protection of the future child state that in some cases, the child has a right not to be born, which could justify refusing a fertility treatment, or even imposing compulsory contraception. This article scrutinises the possibility of a so-called ‘right not to be born’. It does not aim to assess under which circumstances the assumption of such a right could be justified. Instead, it addresses the legal-theoretical question of whether the idea of the future child’s right not to be born is in accordance with fundamental assumptions of law. First, this article explores the question of whether a not yet conceived, future child is a legal person, and therefore has legal rights. Second, it analyses whether a prenatal right not to be born can be assumed at all.

**Wrongful life – Future child – Reproduction – Legal personality – Right not to be
born – Right to non-existence**

INLEIDING¹

‘Een recht om niet geboren te worden’ klinkt wellicht als een onderwerp voor een wijsgerige discussie. Kan het immers zo zijn dat de kwaliteit van leven zo laag is dat een kind beter af zou zijn als het helemaal niet geboren wordt? Toch begint deze vraag een steeds belangrijker thema te worden binnen de juridische praktijk. Ten eerste is dit recht de inzet in zogenaamde *wrongful life*-zaken. In deze zaken wordt er een kind met ernstige aangeboren handicaps geboren, terwijl als de ouders dit

¹ Ik wil graag beide anonieme reviewers bedanken voor hun waardevolle commentaar en suggesties.

van tevoren hadden geweten ze de zwangerschap zouden hebben afgebroken. Echter, door een fout van de medisch professional beschikten ze niet over de juiste informatie.² Als gevolg rijst de vraag of niet alleen de ouders, maar ook het kind zelf de arts verantwoordelijk kan houden voor de schade die het lijdt nu het in een ernstig gehandicapt bestaan geboren is. Het toekennen van de schadevergoeding aan het kind, zoals gebeurde in de Franse *Perruche* zaak³, wordt vaak gezien als een erkenning van een recht om niet geboren te worden (Weber, 2001: 1972; Savulescu 2002).⁴

Naast het aansprakelijkheidsrecht speelt het beroep op een recht om niet geboren te worden ook een steeds belangrijker rol in de regulering van voortplanting. Met name in Nederland is er al langere tijd een terugkerend debat gaande over het onderwerp verplichte anticonceptie.⁵ In het geval van onverantwoord ouderschap⁶, waarbij is bewezen dat de ouders niet in staat zijn om voor hun bestaande kinderen te zorgen, zou anticonceptie als maatregel moeten kunnen worden opgelegd om te voorkomen dat ook toekomstige kinderen slachtoffer zouden worden van falend ouderschap. Zo stellen voorstanders van de gedwongen anticonceptie-maatregel dat deze toekomstige kinderen ‘een recht hebben om niet geboren te worden’.⁷ Tot een wettelijke anticonceptiemaatregel is het nooit gekomen. Ondanks verschillende initiatieven om de discussie in het parlement aan te wakkeren⁸, durft de Nederlandse politiek zich niet te wagen aan een dergelijke grote inbreuk op de voortplantingsvrijheid en (meer algemeen) het lichamelijke zelfbeschikkingsrecht. Kort werd door rechtbanken een mogelijkheid gezien via de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg (hierna: “Wvggz”), welke het mogelijk maakt om een dwangbehandeling op te leggen aan personen met een geestelijke stoornis. In 2022 zette de Hoge Raad een streep door deze jurisprudentielijn en oordeelde dat op basis van de Wvggz geen anticonceptie opgelegd kan worden omwille van het toekomstige kind, aangezien hier in de wetsgeschiedenis niets over werd gezegd. Volgens de Hoge Raad moet de wetgever bepalen of er ingegrepen mag worden in de zwangerschap omwille van het toekomstige kind.⁹ Het is dus aan de wetgever om te oordelen over de mogelijkheid van anticonceptie ter bescherming van het toekomstige kind en daarmee of een toekomstig kind inderdaad een recht kan hebben om niet geboren te worden.

² Er zijn ook zaken waarin de *wrongful life* claim vooraf werd gegaan door andere omstandigheden. In de zaak *Williams v. State of New York* eiste de klager een schadevergoeding voor het feit dat zij als bastaard buiten het huwelijk was geboren en daar nadeel van ondervond. *Williams v. State of New York*, 46 Misc. 2d 824, 260 N.Y.S.2d 953 (N.Y. Ct. Cl. 1965).

³ Cass. Ass. Plen. (FR) 17 november 2000, *JCP* 2000, II, 10438.

⁴ Ook in de media werd naar aanleiding van de *Perruche* zaak gesproken van een recht om niet geboren te worden. Zie bv. “Het recht om niet geboren te worden”, *demorgen.be*, 18 november 2000.

⁵ Ook in België heeft dit onderwerp media-aandacht gekregen. Oud-voorzitter van de sp.a heeft gepleit voor de mogelijkheid om tijdelijk anticonceptie op te kunnen leggen in sommige gevallen. “John Crombez: ‘we moeten sommige mensen minstens tijdelijk beletten om kinderen te krijgen’”, *demorgen.be*, 22 januari 2019.

⁶ De term is afkomstig van de initiatiefnota die is ingediend in de Nederlandse Tweede Kamer om de mogelijkheid van gedwongen anticonceptie op de politieke agenda te zetten. *Kamerstukken II* 2009-2010, 32.405, nr. 2.

⁷ ‘Hebben sommige kinderen het recht om niet geboren te worden?’, *Telegraaf* 22 januari 2015; “Rotterdamse wethouder: verplichte anticonceptie incompetent ouders”, *NOS* 1 oktober 2016.

⁸ *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 405, nr. 2; “Oud-kinderrechter dient petitie in voor verplichte anticonceptie”, *NRC* 27 oktober 2020.

⁹ HR 9 december 2022, nr. 22/01492, ECLI:NL:HR:2022:1850, R.O. 3.2.2.

Waar ingrijpen in de natuurlijke voortplanting omwille van de belangen van het toekomstige kind de Nederlandse wetgever nog een stap te ver gaat, is dat niet het geval bij medisch geassisteerde voortplanting. Niet alleen in Nederland, maar ook in andere landen is erkend dat vruchtbaarheidsartsen een dubbele verantwoordelijkheid hebben, en dus zorg moeten dragen voor zowel de belangen van hun patiënt als de belangen van het kind dat uit de behandeling voortkomt. In verschillende rechtssystemen bestaan dan ook regels en richtlijnen die voorschrijven dat als een bepaald welzijnsniveau voor het toekomstige kind niet gegarandeerd kan worden door bestaande risicofactoren, de aspirant-ouders een vruchtbaarheidsbehandeling geweigerd moet worden. Zo vereist Section 13(5) van de Britse Human Fertilisation and Embryology Act 2008 dat *“a woman shall not be provided with treatment services unless account has been taken of the welfare of any child who may be born as a result of the treatment [...]”*. De Code of Practice vult aan dat een vruchtbaarheidsbehandeling geweigerd moet worden als het toekomstige kind het risico loopt op ernstige schade of verwaarlozing.¹⁰ In België kan een behandeling geweigerd worden met een verwijzing naar de gewetensclausule¹¹ wat volgens het advies van het Raadgevend Comité voor Bio-Ethiek (2004: 41) mede inhoudt dat medische teams de vrijheid hebben een behandeling te weigeren als ze *“het risico voor het kind om in de toekomst geconfronteerd te worden met ernstige hindernissen als te hoog inschatten”*. In Nederland stelt het NVOG modelprotocol “Mogelijke morele contra-indicaties bij vruchtbaarheidsbehandelingen” (hierna: “NVOG modelprotocol”) dat *“artsen moeten afzien van hulp bij voortplanting als naar hun mening sprake is van een groot risico op ernstige schade voor het kind.”* (NVOG, 2010: 2) Met andere woorden, om het toekomstige kind te beschermen, zal dat kind nooit geboren worden.

Er is dus binnen het recht een toenemende aandacht voor de bescherming van het toekomstige kind. Het toekomstige kind duidt op de fase voor de verwekking, en moet onderscheiden worden van het ongeboren kind, te weten het kind dat al wel verwekt is, maar nog niet geboren. Beide entiteiten hebben gemeen dat ze een juridische constructie zijn, gecreëerd om te kunnen anticiperen op de rechten en belangen die het kind na de geboorte zal hebben, maar die mogelijk al geschaad worden door gebeurtenissen voor diens geboorte of zelfs voor diens verwekking. Bij het toekomstige kind wordt getracht deze belangen te beschermen door de conceptie van het kind in kwestie te voorkomen, waarbij een beroep wordt gedaan op het ‘recht om niet geboren te worden’ om de positie van deze complexe entiteit te versterken en te rechtvaardigen dat er wordt ingegrepen in de voortplantingsvrijheid en het zelfbeschikkingsrecht van de ouders in spe. Echter, in het debat wordt vaak voorbijgegaan aan de haalbaarheid van dit recht. In deze bijdrage wil ik de mogelijkheid van een preconceptioneel recht om niet geboren te worden nader onderzoeken. Daarbij gaat het mij niet om de vraag welke omstandigheden een dergelijk recht om niet geboren te worden aannemelijk maken. Centraal in deze bijdrage staat de rechtsfilosofische vraag of een nog niet-verwekt kind überhaupt het subject van rechten kan zijn, en in het bijzonder van een recht om niet geboren te worden. Juist vanwege deze rechtsfilosofische insteek is de analyse

¹⁰ HFEA Code of Practice 8th edition, 8.15.

¹¹ Art. 5 wet betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de overtallige embryo's en de gameten.

van het recht om niet geboren te worden relevant voor veel landen, aangezien jurisdicties wereldwijd steeds meer geconfronteerd worden met de vraag hoe ze het toekomstige kind kunnen duiden en bescherming kunnen bieden in de context van (medisch geassisteerde) voortplanting. Hoewel voor deze analyse het Nederlandse rechtssysteem als voornaamste voorbeeld zal dienen, wordt waar relevant ook ingegaan op hoe fundamentele concepten en juridische uitgangspunten terugkomen in andere West-Europese jurisdicties. Dit zal demonstreren dat interpretatie van deze concepten breder gedragen wordt dan enkel het Nederlandse recht en daarmee andere landen geconfronteerd worden met vergelijkbare juridische obstakels.

Hieronder zal ik eerst ingaan op het begrip juridische persoonlijkheden, om zo te onderzoeken of het nog niet-verwekte, toekomstige kind als subject van rechten begrepen kan worden (titel 1). Ik bespreek drie benaderingen die in de juridische literatuur onderscheiden worden en ga na in hoeverre deze benaderingen in staat zijn het toekomstige kind te duiden. Vervolgens ga ik in op de vraag of een recht om niet geboren te worden mogelijk is (titel 2). Hierbij bespreek ik zowel of dit recht wordt erkend binnen de rechtsdoctrines als de analyse van dit recht door rechtsfilosoof Joel Feinberg. Ik rond af met de conclusie dat het onmogelijk is voor het toekomstige kind om een recht om niet geboren te worden te hebben, en bespreek de implicaties van deze onmogelijkheid (titel 3).

1. JURIDISCHE PERSOONLIJKHEID

Juridische persoonlijkheden worden gezien als de capaciteit om rechten en plichten te hebben (Naffine, 2003: 347).¹² De aanname dat het niet-verwekte, toekomstige kind een recht om niet geboren te worden kan hebben, impliceert dus ook de aanname dat het toekomstige kind juridische persoonlijkheden heeft, zij het een beperkte vorm. Door uit te gaan van 'een recht om niet geboren te worden' wordt niet geïmpliceerd dat het toekomstige kind op dezelfde rechten aanspraak kan maken als iedere geboren persoon.

Binnen de rechtsdoctrines worden er twee categorieën van juridische personen onderscheiden. Ten eerste is er de rechtspersoon, zoals verenigingen en coöperaties. Daarnaast is er ook de natuurlijke persoon, oftewel de menselijke drager van juridische rechten en plichten. De natuurlijke persoon kan dus begrepen worden als de juridische tegenhanger van de mens van vlees en bloed, en ik zal me dan ook op deze vorm van juridische persoonlijkheden concentreren; het ongeboren kind kan immers begrepen worden als een anticipatie op het kind (en daarmee de juridische persoon) dat geboren zal worden, en daarmee is het nauw verwant aan de natuurlijke persoon. Hoewel de juridische persoon een fundamenteel begrip is binnen het recht, wordt het door het recht zelf zelden gedefinieerd. Door andere auteurs wordt er dan ook op gewezen dat de rechtsdoctrines met betrekking tot de juridische persoon en zeker de natuurlijke persoon gefragmenteerd (Fagundes, 2001: 1746-1747) en soms zelf inconsistent is (Naffine, 2009: 176). Het is dan ook niet verrassend dat er meerdere benaderingen zijn met betrekking tot de natuur-

¹² Asser/De Boer, Kolkman & Salomons 1-I 2020/33.

lijke persoon. De vraag is echter of een van deze benaderingen in staat is het toekomstige kind te duiden.

1.1. NATURALISTISCHE BENADERING

De eerste benadering van de natuurlijke persoon is de naturalistische benadering. Volgens deze benadering van juridische persoonlijkheid is de juridische persoon een representatie of een afspiegeling van de mens. De mens heeft bepaalde eigenschappen die de mens onderscheidt van andere entiteiten, zoals dieren, kunstmatige intelligentie of bomen, en juist deze eigenschappen zijn vertegenwoordigd in de juridische persoon. Zo wordt door sommige auteurs de rede benoemd als kenmerkend voor de mens, en vormt dit daardoor ook een fundamenteel aspect van de juridische persoon (Naffine, 2011: 195; Gray 1909, 27). Deze opvatting van de mens komt bijvoorbeeld expliciet tot uiting in Artikel 1 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, waarin beschreven wordt dat de mens is *“begiftigd met verstand en geweten”*. Als gevolg hiervan kan een juridische persoon zelf verbintenissen aangaan en verantwoordelijk gehouden worden voor zijn handelingen in bijvoorbeeld de context van het strafrecht. De naturalistische benadering is ook te herkennen in het feit dat het recht teruggrijpt op biologische eigenschappen en gebeurtenissen rondom het menselijk bestaan. Zo valt het begin van de juridische persoonlijkheid in principe samen met de biologische geboorte en eindigt deze in principe met het biologische overlijden van de mens.¹³

Het vergt niet veel voorstellingsvermogen om te begrijpen dat het toekomstige kind op grond van deze naturalistische benadering geen juridische persoonlijkheid toegekend kan worden. Het toekomstige kind bestaat immers niet, en door onze inmenging zal het ook nooit bestaan. Er is dus geen fysieke entiteit die de kenmerkende eigenschappen van de mens heeft die in de juridische persoon gerepresenteerd zijn. Het toekomstige kind heeft geen rede en ook geen biologisch bestaan. De naturalistische benadering van juridische persoonlijkheid biedt dus geen mogelijkheid om het toekomstige kind als een juridische persoon te zien.

1.2. DE CONSTRUCTIEVE BENADERING

Tegenover de naturalistische benadering staat de constructivistische benadering van juridische persoonlijkheid. Volgens deze benadering is de juridische persoon geen weerspiegeling van de mens, maar een juridisch construct. Zoals verwoord door de rechtsfilosoof Hans Kelsen, een prominente voorstander van deze benadering, is de juridische persoon het allocatiepunt voor juridische rechten en plichten, of zelfs niet meer dan die bundel rechten of plichten. (Kelsen, 1994: 52) De juridische persoon wordt door constructivisten gezien als een juridische metafoor (Fagundes, 2001: 1745) of een uitvinding (Naffine, 2011: 194) van het recht. Volgens deze benadering wordt juridische persoonlijkheid dan ook niet toegeschreven aan de mens omdat de mens bepaalde eigenschappen heeft waardoor hij aanspraak kan maken op persoonlijkheid. Kelsen (1994: 52-53) stelt dat de mens van

¹³ In sommige jurisdicties betreft het een impliciete aanname, zoals in Nederland. In andere landen is het expliciet in de wet opgenomen dat de juridische persoonlijkheid begint bij de geboorte. Zie bv. Duitsland: § 1 Bürgerliches Gesetzbuch, en Zwitserland: art. 31, eerste lid Schweizerisches Zivilgesetzbuch.

vlees en bloed juist los gezien moet worden van de juridische persoon: de mens in zijn totaliteit, met al zijn biologische en psychische eigenschappen, is niet relevant voor het recht. Enkel die handelingen die door het recht geadresseerd worden, zijn relevant. Het recht vormt dus geen afspiegeling van de geleefde werkelijkheid, eerder een abstractie daarvan, waarbij het recht zijn eigen, juridische werkelijkheid construeert.

Ook deze constructivistische benadering van de juridische persoon is zichtbaar in het recht. Hierboven werd al benoemd hoe de biologische grenzen van de geboorte en de dood ook de grenzen van de juridische persoon vormen. Deze grenzen zijn echter niet absoluut, en kunnen via juridische constructies verlegd worden. In het geval van hersendood, bijvoorbeeld, eindigt de juridische persoonlijkheden al terwijl er in biologisch opzicht nog tekenen van leven zijn. Daarnaast kent ook het begin van de juridische persoonlijkheden constructivistische elementen, namelijk in de vorm van de *nasciturus* fictie, ook bekend als de *infans conceptus*-regel.¹⁴ Al in het Romeinse recht ging men uit van de spreuk “*Infans conceptus pro iam nato habetur quoties de commodis eius agitur*”, ofwel “het ongeboren kind wordt als reeds geboren beschouwd, telkens wanneer zijn belang dit vereist”. Deze fictie maakt het dus mogelijk om een ongeboren kind, dat dus in werkelijkheid nog in de buik van zijn moeder zit, als geboren aan te merken voor het recht, en daarmee dus als juridisch persoon. Op die manier wordt het kind, wanneer het eenmaal geboren is, in staat gesteld om te reageren op gebeurtenissen die voor diens geboorte plaatsvonden. In het Romeinse recht werd de fictie ingeroepen om een kind, als de vader voor diens geboorte al overleden was, aan te merken als erfgenaam en in te bedden in de familielijijn. De *nasciturus* fictie is in verschillende Westerse rechtstelsels terug te vinden in verschillende hoedanigheden. Zo bepaalt het Duitse erfrecht bijvoorbeeld dat in principe enkel levende personen erfgenaam kunnen zijn, maar dat het kind dat nog niet geboren is, maar al wel verwekt, voor de verdeling van de erfenis als geboren aangemerkt wordt.¹⁵ Het Franse¹⁶ en het Belgische¹⁷ erfrecht kennen een soortgelijke rechtsregel. Volgens het Belgische recht kan het verwekte, ongeboren kind ook de houder van zakelijke rechten zijn.¹⁸ In het Verenigd Koninkrijk komt de *nasciturus* fictie terug in het aansprakelijkheidsrecht. De Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976 bepaalt dat een kind recht heeft op een schadevergoeding als het geboren is met handicaps als gevolg van een gebeurtenis tijdens de zwangerschap die aan een derde kan worden toegerekend.¹⁹ Het Nederlandse recht kent een algemene codificatie van de fictie. Artikel 1:2 van het Burgerlijk Wetboek stelt dat een kind waarvan de vrouw zwanger is als geboren wordt aangemerkt voor zover zijn belang dit vereist.²⁰ Dit artikel maakt het bijvoorbeeld mogelijk om namens het kind een schadevergoeding te eisen voor opgelopen prenatale schade, maar wordt ook gebruikt om prenataal kinderbeschermingsmaatregelen toe te

¹⁴ Om verwarring te voorkomen zal ik in het hiernavolgende de term “*nasciturus* fictie” hanteren.

¹⁵ § 1923(1) Bürgerliches Gesetzbuch.

¹⁶ Art. 725 Code Civil; Art. 906 Code Civil.

¹⁷ Art 4.4 en 4.137 BW.

¹⁸ Art 3.13 BW.

¹⁹ Section 1 Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976.

²⁰ Nederland kent ook een bijzondere vorm van de fictie voor de troonopvolging. Art. 26 Gw. (NL).

passen.²¹ In titel 1.3 zal ik nader ingaan op wat deze fictie betekent voor het toekomstige kind, maar voor nu wil ik concluderen dat de juridische persoon zowel naturalistische als constructivistische elementen kent.

De constructivistische benadering lijkt op het eerste gezicht meer mogelijkheden te bieden voor het toekomstige kind dan de naturalistische benadering. Volgens de eerste benadering is de juridische persoon geen weerspiegeling van de mens van vlees en bloed, en zijn die eigenschappen die de mens kenmerkt ook niet langer vereist voor de toekenning van persoonlijkheid. Sterker nog, Van Beers (2009: 396; 2017: 574) wijst erop dat de juridische persoon volgens de constructivistische benadering niet eens een lichaam hoeft te hebben, wat voor het lichaamloze toekomstige kind relevant is. Omdat juridische persoonlijkheid volgens deze benadering niet meer is dan een juridisch construct, moet het begrepen worden als een lege categorie die toegepast kan worden op alles wat rechten of plichten kan hebben. (Tur 1987: 121). Of iets een juridische persoon is, hangt slechts af van de rechtspolitieke keuzes die er binnen een rechtssysteem gemaakt worden. Op basis van de constructivistische benadering kunnen dus ook bomen, dieren, kunstmatige intelligentie, rivieren en zelfs ecosystemen juridische persoonlijkheid krijgen. Met betrekking tot het ongeboren kind merkte de negentiende-eeuwse Amerikaanse jurist J.C. Gray op dat er in juridisch opzicht geen enkel probleem is om het kind waarvan de vrouw zwanger is als juridische persoon aan te merken. Of een ongeboren kind ook daadwerkelijk als juridische persoon met rechten moet worden aangemerkt, is volgens hem louter een politieke vraag. Dat een ongeboren kind niet in staat is zelf zijn of haar rechten uit te oefenen vormt geen obstakel, omdat dit alsnog mogelijk is via de juridische fictie van vertegenwoordiging. De enkele toekenning van juridische persoonlijkheid is vanuit een juridisch-technisch perspectief “*just as easy to attribute the will of a guardian, tutor or curator to the one as to the other.*” (Gray, 1909: 38) Dus waarom zou de lege mal van de juridische persoon niet ook vervuld kunnen worden met het nog niet-bestaande, toekomstige kind?

Echter, zelfs met alle flexibiliteit die de constructivistische benadering biedt, kent ook deze benadering van de juridische persoon zijn grenzen. Volgens de constructivistische benadering is de juridische persoon slechts een juridische fictie, een gereedschap van het recht om de geleefde werkelijkheid om te buigen voor zijn eigen doeleinden (Van Beers, 2017: 580). Een juridische fictie maakt het dus mogelijk om de realiteit openlijk te ontkennen, maar op voorwaarde dat het een doel dient. Het doel van het toekennen van juridische persoonlijkheid is het bieden van bescherming aan de entiteit in kwestie. De wens om juridische persoonlijkheid van dieren of ecosystemen te erkennen is gebaseerd op het idee dat ze als subject van rechten beter beschermd zijn tegen bijvoorbeeld dierenmishandeling of uitputting door de mens.

Het toekomstige kind verschilt echter in een belangrijk opzicht van de andere genoemde voorbeelden. In tegenstelling tot dieren, rivieren, kunstmatige intelligentie of ecosystemen is het toekomstige kind geen onafhankelijke of zelfstandige

²¹ In het geval van prenatale kindbeschermingsmaatregelen, wordt er een nieuwe, mijns inziens problematische, interpretatie van de fictie toegepast, namelijk een proactieve interpretatie om al voor de geboorte te kunnen ingrijpen. Voor een uitgebreidere analyse, zie Ten Haaf, 2022.

entiteit met eigen belangen die bescherming nodig heeft. Het toekomstige kind bestaat enkel als juridisch construct om te kunnen anticiperen op de belangen die het kind na diens geboorte zal hebben. Dit komt onder meer duidelijk naar voren in het NVOG modelprotocol. Het protocol stelt dat een vruchtbaarheidsbehandeling geweigerd kan worden als er zorgen zijn over het verwachte welzijn van het toekomstige kind, waarbij het duidt op “*omstandigheden waarin het kind geboren wordt*”. (NVOG, 2010: 2) Ook Section 13(5) van de Britse HFE Act spreekt van “[...] *the welfare of the child who may be born as a result of the treatment* [...]”, wijzend op de belangen van het kind dat uiteindelijk geboren zou kunnen worden. Met andere woorden, het nog niet-verwekte, toekomstige kind is een juridisch construct, gecreëerd om te kunnen anticiperen op de mogelijke schending van de belangen of rechten van het hypothetische geboren kind. Dat maakt dat de twee figuren onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn (zie ook Petit, 1944: 179); sterker nog, de rechten en belangen van het kind dat mogelijk geboren wordt is de *raison d'être* van het toekomstige kind. Om die reden zou niet gekeken moeten worden welke benadering van juridische persoonlijkheid van toepassing kan zijn op het toekomstige kind, maar of de juridische persoonlijkheid van het kind na de geboorte uitgebreid kan worden tot het moment van voor de conceptie, zodat het ook het toekomstige kind kan omvatten.

1.3. DE ANTICIPERENDE BENADERING

Hiermee komen we aan bij een derde benadering van juridische persoonlijkheid voor het toekomstige kind: niet juridische persoonlijkheid als reflectie of als juridisch-technisch construct, maar juridische persoonlijkheid als anticipatie. Zoals hierboven al aangegeven, begint juridische persoonlijkheid in de meeste Westerse jurisdicties bij de biologische geboorte. Tegelijkertijd is die temporele grens van de juridische persoon niet absoluut dankzij de *nasciturus* fictie. Via deze fictie kan een kind waarvan de vrouw zwanger is als geboren worden aangemerkt voor zover diens belang dit vordert. Doordat het ongeborn kind via deze fictie als geboren wordt aangemerkt, verkrijgt het (met terugwerkende kracht) juridische persoonlijkheid.

De vraag is echter of via de *nasciturus* fictie de juridische persoonlijkheid zodanig kan worden uitgebreid dat deze ook het toekomstige kind omvat. Op het eerste gezicht lijkt dat niet het geval nu de formulering vaak spreekt over het verwekte, maar nog niet geboren kind. Zo wordt in de oorspronkelijke Latijnse spreuk verwezen naar “*infans conceptus*” en de Duitse variant vereist dat het kind “*bereits gezeugt war*”.²² In deze lezing zou de *nasciturus* fictie ook in vitro gecreëerde embryo's omvatten die nog niet zijn teruggeplaatst in de baarmoeder, zogenaamde pre-embryo's. De Nederlandse formulering van de fictie is strikter en spreekt van “het kind waarvan de vrouw zwanger is”²³, wat de bovengenoemde pre-embryo's lijkt uit te sluiten. Maar alle formuleringen van de fictie hebben gemeen dat ze zien op het kind dat al verwekt is. Dit lijkt erop te wijzen dat de aanvang van juridische per-

²² § 1923(2) Bürgerliches Gesetzbuch.

²³ Art. 1:2 BW.

soonlijkheid via de *nasciturus* fictie enkel verlegd kan worden tot het moment van de conceptie of de aanvang van de zwangerschap, maar niet daarvoor.

Deze beperking valt te verklaren door de historische context. De *nasciturus* fictie dateert uit het Romeinse recht. In die tijd was er geen reden om ook het toekomstige kind van juridische persoonlijkheid te voorzien. Immers, kennis ontbrak over hoe bepaalde gebeurtenissen gevolgen konden hebben voor een kind dat nog niet verwekt was. En als de echtgenoot al overleden was voor de verwekking van het kind, dan was hij zeker niet de vader, en daarmee was er dan ook geen reden om het kind in te bedden in de familielijn of mee te laten delen in de erfenis. In de huidige tijd ligt de situatie anders. Ten eerste is er veel meer kennis over hoe bijvoorbeeld middelenmisbruik en andere factoren de vruchtbaarheid beïnvloeden en daarmee sporen nalaten op de gezondheid van het kind. Bovendien maakt het invriezen van zaad- en eicellen en embryo's het mogelijk om het voortplantingsproces als het ware te vertragen, waardoor er zich in de tussentijd allerlei ontwikkelingen kunnen voordoen.²⁴ Deze redenen zouden de uitbreiding van de fictie naar het toekomstige kind kunnen rechtvaardigen.

Daarbij zijn er in verschillende jurisdicties voorbeelden te vinden van een bredere toepassing. De Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976 adresseert ook schade die ontstaan is door gebeurtenissen die hebben plaatsgevonden voor de verwekking, als gevolg waarvan de ouders geen gezond kind meer kunnen krijgen.²⁵ In 2008 is er zelfs een amendement ingevoerd gericht op vruchtbaarheidsbehandelingen, die het kind recht geeft op een schadevergoeding als het gehandicapt geboren is door een medische fout met betrekking tot bijvoorbeeld de selectie van het embryo of geslachtscellen of de bewaring daarvan, dus voordat er een zwangerschap tot stand is gebracht.²⁶ Ook in Duitsland is er een schadevergoeding toegewezen aan een persoon voor zogenaamde preconceptionele schade. De eiser was geboren met congenitale syfilis, doordat diens moeder een jaar voor de zwangerschap een bloedtransfusie had ontvangen met besmet bloed. Het Bundesgerichtshof oordeelde dat het ongebornen, of eigenlijk het nog niet verwekte kind ook als 'een ander' ex § 823(1) Bürgerliches Gesetzbuch kon worden aangemerkt, omdat het zonder deze medische fout gezond was geboren.²⁷ Daarmee werd het kind in staat gesteld om te reageren op gebeurtenissen die niet slechts voor zijn geboorte, maar voor zijn verwekking hadden plaatsgevonden. De *nasciturus* fictie hoeft dus niet noodzakelijk beperkt te worden tot het ongebornen kind.

Dat er goede redenen zijn om de *nasciturus* fictie ruimer te interpreteren, betekent echter nog niet dat het zonder meer een oplossing biedt voor het toekennen van juridische persoonlijkheid aan het toekomstige kind. In de rechtsdoctrine wordt benadrukt dat de fictie geen juridische persoonlijkheid aan de foetus toekent, maar bedoeld is om het kind, eenmaal geboren, in staat te stellen te reageren op

²⁴ Waardoor onder andere het fenomeen post-mortale voortplanting is ontstaan.

²⁵ Zie bv. Sections 1(2)(a) en 1(4) Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976. Dat de wet ook toeziet op gebeurtenissen voor de verwekking is bevestigd in de parlementaire behandeling: HC Deb (6 February 1976) vol. 904, col. 1593.

²⁶ Section 1A Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976.

²⁷ BGH 20 December 1952 – II ZR 141/51, BGHZ 8, 243.

gebeurtenissen die voor de geboorte plaatsvonden. (Van Beers, 2009: 232; Petit, 1944: 173, 183)²⁸ Dit betekent dat de fictie toegepast moet worden met terugwerkende kracht: pas als het kind geboren is, kan achteraf voor het recht gedaan worden alsof de geboorte al op een eerder tijdstip had plaatsgevonden.

Voor familierechtelijke betrekkingen en vermogensbelangen vormt de retrospectieve werking geen probleem. Er kan immers gewacht worden met het verdelen van een erfenis of het indienen van een schadeclaim totdat het ongeborn kind ter wereld is gekomen. Maar voor gezondheidsbelangen ligt dit anders. Als men steeds moet wachten totdat het kind geboren is voordat beschermingsmaatregelen mogelijk zijn, dan is de kans groot dat de schade zich al voltrokken heeft. Ingrijpen voor de geboorte maakt het mogelijk om de schade te beperken of wellicht zelfs te voorkomen. Dat is dan ook precies de reden waarom verschillende jurisdicties vereisen dat de belangen van het toekomstige kind in overweging worden genomen alvorens wordt besloten over te gaan tot een vruchtbaarheidsbehandeling. Kortom, aangezien de *nasciturus* fictie met terugwerkende kracht toepassen betekent dat gezondheidsbelangen van het kind onherstelbaar beschadigd zouden kunnen worden, kan men zich afvragen of een enkel retrospectieve werking nog wel houdbaar is, en of men niet ook moet kunnen uitgaan van een anticiperende toepassing.

Ook door het EHRM is erop gewezen dat de potentie van een ongeborn (of een toekomstig) kind om uit te groeien tot een juridisch persoon reden is om op die persoon te anticiperen. Dit komt onder meer naar voren in de EHRM-zaak *Vo tegen Frankrijk*, waarin het Hof werd geconfronteerd met de vraag of een levensvatbare foetus een recht heeft op leven *ex* artikel 2 van het EVRM. Het antwoord op deze vraag wordt uiteindelijk overgelaten aan de lidstaten, maar het Hof benadrukte wel dat een foetus, wegens zijn potentie en mogelijkheid om uit te groeien tot een persoon, bescherming verdient op grond van menselijke waardigheid, zonder dat daarmee juridische persoonlijkheid of het recht op leven wordt toegekend.²⁹ Ook de Duitse ethicus en filosoof Anja Karnein (2012: 28) stelt dat de fasen voor het begin van persoonlijkheid van relevantie zijn voor de persoon. Zo kan de wijze waarop de conceptie plaatsvindt, bijvoorbeeld in het geval van kiembaanmodificatie³⁰ of reproductief klonen, een aantasting vormen van de menselijke waardigheid en de fundamentele rechten van de latere persoon die daaruit geboren wordt. Om die reden stelt zij het *personhood dependent principle* voor: potentiële toekomstige personen behandelen in anticipatie op hun daadwerkelijke persoonlijkheid (Karnein, 2012: 18). Anders gezegd: wetende dat in de toekomst een persoon geboren kan worden, en dat daarmee bepaalde verplichtingen jegens die persoon met terugwerkende kracht ontstaan, moeten we nu alvast anticiperen op die mogelijke verplichtingen.

²⁸ Asser/De Boer, Kolkman & Salomons 1-I 2020/34; Vlaardingerbroek *GS Personen- en familierecht*, Art. 1:2 BW, aant. 7; zie ook het parlementaire debat van de Congenital Disabilities (Civil Liability) Act: “First, there is liability only to the living child. No legal rights are given to the foetus”. HC Deb (6 February 1976) vol. 904, col. 1592.

²⁹ EHRM 8 juli 2004, nr. 53924/00, *Vo/Frankrijk*, ECLI:CE:ECHR:2004:0708JUD005392400, § 84.

³⁰ Kiembaanmodificatie is het aanpassen van het genetisch materiaal in het embryo. Hiermee worden de genetische wijzigingen ook doorgevoerd in de zogenaamde kiembaancellen, die zich later zullen ontwikkelen tot de geslachtscellen. Dit betekent dat de genetische wijziging wordt doorgegeven op volgende generaties.

In lijn met het EHRM en Karnein zou men dus ook kunnen voorstellen om de *nasciturus* fictie niet retrospectief, maar indien nodig ook proactief toe te passen, om zo de belangen en rechten die de latere juridische persoon zal hebben te beschermen. Op deze manier wordt het dus mogelijk dat de juridische persoonlijkheid van het latere kind haar schaduw vooruit werpt. In Nederland gebeurt dit al in het kader van prenatale kinderbeschermingsmaatregelen zoals deze zijn ontwikkeld binnen de rechtspraak.³¹ Wanneer het gedrag van de zwangere vrouw een gevaar vormt voor de ontwikkeling van het ongeboren kind en zij geen hulp wil aanvaarden, dan kan de kinderbescherming aan de rechter vragen om het ongeboren kind onder toezicht te stellen. Omdat de wetgeving met betrekking tot kinderbeschermingsmaatregelen spreekt van ‘de minderjarige’ en daarom in beginsel alleen toeziet op geboren kinderen, worden deze wetsbepalingen gelezen in samenhang met artikel 1:2 van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek, waarin de *nasciturus* fictie is gecodificeerd. In deze zaken wordt de fictie proactief, dus al voor de geboorte van het kind, toegepast om zo diens belangen te beschermen.³²

Echter, zelfs met een ruimere en proactieve toepassing stuit de *nasciturus* fictie, en ook de anticiperende benadering van juridische persoonlijkheid, op een laatste, onoverkombaar obstakel. Een belangrijke vereiste van de fictie is namelijk dat het kind levend geboren wordt. Dit volgt bijvoorbeeld uit de Zwitserse codificering: “*Vor der Geburt ist das Kind unter dem Vorbehalt rechtsfähig, dass es lebendig geboren wird.*”³³ Eenzelfde voorwaarde is te herkennen in de tweede zin van de Nederlandse variant: “*Komt [het kind] dood ter wereld, dan wordt het geacht nooit te hebben bestaan.*”³⁴ Het kind moet dus levend geboren worden om de fictie te kunnen toepassen. Het Franse³⁵ en het Belgische³⁶ recht vereisen zelfs dat het kind niet alleen levend, maar ook levensvatbaar wordt geboren, en dat het dus niet direct na de geboorte alsnog komt te overlijden. Als niet aan deze voorwaarde is bestaan, kan de fictie niet worden toegepast en heeft er dus nooit een juridische persoon bestaan. Om dus te kunnen anticiperen op de juridische persoon, moet die op een gegeven moment wel bestaan. Bij het toekomstige kind wiens bestaan juist voorkomen dient te worden, omdat het een recht zou hebben om niet geboren te worden, zal er nooit een juridische persoon zijn die zijn schaduw vooruit kan werpen. En dat maakt dat ook de anticiperende benadering van juridische persoonlijkheid er niet in slaagt om het toekomstige kind te vatten.

³¹ Zie bv. Rb. Maastricht 13 april 2012, nr. 170023, ECLI:NL:RBAA:2012:BW5222; Rb. Limburg 19 januari 2015, nr. C/03/200859, ECLI:NL:RBLIM:2015:2187; Rb. Limburg, nr. C/03/308175, 23 augustus 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:6898.

³² Hierbij moeten wel twee belangrijke kanttekeningen geplaatst worden. In een zaak is bepaald dat een prenatale ondertoezichtstelling niet gepaard kan gaan met aanwijzingen op straffe van lijfdwang. Hierdoor is het onduidelijk wat een prenatale ondertoezichtstelling aan mogelijkheden biedt, behalve dat het kind na de geboorte sneller direct uit de ouderlijke macht kan worden gehaald. Rb. Noord-Nederland 5 december 2022, nr. 218732, ECLI:NL:RBNNE:2022:4532; Daarnaast wordt deze aanpak binnen de rechtspraak niet altijd consequent toegepast. In dezelfde zaak en in een ander, Rb. Noord-Nederland 12 januari 2023, nr. C/18/219186, ECLI:NL:RBNNE:2023:409, stelde de rechter dat gelet op de ontstaansgeschiedenis van art. 1:2 BW dit artikel enkel vermogensbelangen beschermt en dat kinderbeschermingsmaatregelen die worden ingezet voor de geboorte enkel het kind na de geboorte beschermen.

³³ Art. 31, tweede lid Schweizerisches Zivilgesetzbuch.

³⁴ Art. 1:2 BW.

³⁵ Art. 725 en art. 906 Code Civil.

³⁶ Art. 3.13, art. 4.4, tweede lid en art. 4.137 BW.

Concluderend, het toekomstige kind wordt als juridisch construct in het leven geroepen om te anticiperen op een situatie die zich mogelijk zal voordoen. Maar door de wijze van ingrijpen, namelijk door het bestaan van het kind te voorkomen, kan het toekomstige kind niet begrepen worden als een juridische persoon. De verschillende benaderingen lijken nog altijd bestaan (inclusief het toekomstige bestaan) als voorwaarde om juridische persoonlijkheid te erkennen. Zonder die juridische persoonlijkheid kan het toekomstige kind niet gezien worden als een subject van rechten, waaronder het recht om niet geboren te worden.

2. RECHT OM NIET GEBOREN TE WORDEN

Omdat diens veronderstelde juridische persoonlijkheid onhoudbaar is, kan een toekomstig kind dus niet het subject zijn van een recht om niet geboren te worden. Maar het recht om niet geboren te worden is nog om een tweede reden problematisch. De vraag is namelijk of zo'n recht, los van het subject, überhaupt aangenomen kan worden.

2.1. EEN RECHT OM NIET GEBOREN TE WORDEN IN *WRONGFUL LIFE*-ZAKEN

Zoals in de inleiding al aangegeven, worden juristen eerder met de vraag geconfronteerd of er een recht om niet geboren te worden, of een recht op niet-bestaan kan worden aangenomen. Deze vraag is wereldwijd aan bod gekomen in zogenaamde *wrongful life*-zaken. *Wrongful life*-zaken zijn een bijzonder fenomeen in het aansprakelijkheidsrecht, waarbij (vaak) een medische professional verantwoordelijk wordt gehouden voor de geboorte van een ernstig gehandicapt kind. Door een toerekenbare fout heeft de medisch professional ervoor gezorgd dat de aspirant-ouders relevante informatie over het ongeboren kind onthouden is, terwijl als ze die informatie wel hadden gehad, ze ervoor zouden hebben gekozen om de zwangerschap af te breken om hun kind ernstig leed te besparen. Wanneer het kind eenmaal geboren is, wordt er niet alleen namens de ouders, maar ook namens het kind een claim tot schadevergoeding ingediend. Hierbij is het van belang om te beseffen dat de arts de handicaps van het kind niet heeft veroorzaakt: deze vinden hun oorsprong in een genetische of aangeboren aandoening. De arts is enkel verantwoordelijk voor het feit dat de ouders niet over de correcte informatie beschikten om de zwangerschap al dan niet af te breken. Had de arts deze fout niet gemaakt, dan was het kind dus helemaal niet geboren. Kortom, het gehandicapte leven van het kind wordt als grond voor schadevergoeding opgevoerd. Om het leven zelf inderdaad als een juridische schadepost aan te merken, moet hard gemaakt worden dat het kind beter af zou zijn als het niet geboren zou zijn (Savulescu, 2002: 65; Steinbock, 1986: 15; Feinberg, 1984: 99). Met andere woorden, heeft het kind een belang bij zijn of haar eigen niet-bestaan of zelfs een recht om niet geboren te worden?

Je eigen leven als schadepost opvoeren is geen lichtzinnige kwestie. In veel jurisdicties, zoals België³⁷, het Verenigd Koninkrijk³⁸ en Duitsland³⁹ is de *wrongful life*-vordering dan ook afgewezen. Hiervoor werden verschillende argumenten aangedragen.

³⁷ Cass. 14 november 2014, AR C.13.0441.N.

³⁸ (*McKay v. Essex Area Health Authority*) [1982] QB 1166.

³⁹ BGH 18 januari 1983 – BGHZ 86. 240.

Zo stelde de Belgische rechter dat er geen sprake is van vergoedbare schade bij een vergelijking tussen een gehandicapt bestaan en niet-bestaan. De Britse en Duitse rechter redeneerden dat het leven, zelfs met handicaps, altijd beter is dan geen leven. Bovendien is het idee dat iemand beter niet had kunnen bestaan in strijd met menselijke waardigheid. Hiermee lijkt het idee van een recht om niet geboren te worden te worden afgewezen. Toch werd in sommige landen de *wrongful life*-vordering wel toegewezen, zoals in Nederland in het *Baby Kelly*-arrest.⁴⁰ Hierin stelde de rechter dat het toekennen van de vordering juist in lijn was met de waardigheid van het kind, omdat zij op deze manier de middelen kreeg om haar leven zo veel mogelijk naar eigen wens en behoefte in te richten.⁴¹ Maar meer van belang is wat de Nederlandse Hoge Raad stelde over het recht om niet geboren te worden. Door de verweerder in de zaak is aangevoerd dat het toekennen van de *wrongful life*-vordering impliceert dat het kind een recht had op haar eigen abortus. Deze erkenning zou ongewenste maatschappelijke gevolgen hebben, zoals een stortvloed aan schadeclaims, een defensieve uitoefening van de geneeskunst en zelfs kinderen die hun eigen ouders aanklagen omdat 'hun recht op hun eigen abortus' is geschonden. Hierop reageerde de Hoge Raad ontkennend: het recht op abortus behoort enkel de zwangere vrouw toe en dus heeft het kind geen recht op haar eigen niet-bestaan.⁴² Dus ondanks de erkenning van de *wrongful life*-claim ontkent de Nederlandse Hoge Raad een recht om niet geboren te worden.⁴³

2.2. EEN RECHT OM NIET GEBOREN TE WORDEN VOLGENS FEINBERG

Hoewel de rechtsdoctrine het recht om niet geboren te worden lijkt te ontkennen, is dat anders in de rechtsfilosofie. De voornaamste bepleiter van de mogelijkheid van dit recht is de Amerikaanse rechtsfilosoof Joel Feinberg. Indien voor de geboorte al duidelijk is dat het kind in zodanige omstandigheden geboren zal worden dat fundamentele rechten of belangen bij voorbaat al onherroepelijk geschonden zullen worden, is er volgens Feinberg een goede reden om het kind niet geboren te laten worden. Sterker nog, zo stelt hij, het voorkomen van de geboorte is iets wat we het kind verschuldigd zijn. Immers, als we het kind geboren laten worden in omstandigheden waarin bij voorbaat al vaststaat dat zijn meest basale rechten geschonden zijn, maakt dat ons medeverantwoordelijk voor de schending van die rechten. Hieruit leidt Feinberg af dat het recht op niet-bestaan een mogelijkheid is. (Feinberg, 1980: 216) Wel kan zo'n recht om niet geboren te worden enkel in uitzonderlijke gevallen aangenomen worden, namelijk enkel wanneer bij voorbaat duidelijk is dat die rechten zullen worden geschonden die onmisbaar zijn voor een leven met redelijk welzijn (Feinberg 1980: 219).

Het is echter onduidelijk aan wie Feinberg dit recht toeschrijft. Gaat het om het kind na de geboorte dat aanspraak kan maken op het recht om niet geboren te worden, of kan dit recht toegeschreven worden aan het kind voor de geboorte, of zelfs voor diens conceptie? Dit is relevant, want enkel in het laatste geval kan het

⁴⁰ HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:5213, *Baby Kelly*.

⁴¹ HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:5213, *Baby Kelly*, R.O. 4.15.

⁴² HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:5213, *Baby Kelly*, R.O. 4.13 en 4.16.

⁴³ Zoals Van Beers (2009: 317) uitlegt, gaat de Hoge Raad er wel vanuit dat Kelly's belangen geschaad zijn en dat er dus een *belang* bij niet-bestaan impliciet wordt aangenomen.

‘recht om niet geboren te worden’ ingeroepen worden als rechtvaardiging voor ingrijpen in de voortplanting. Wat Feinberg niet expliciet maakt, maar wat wel relevant is, is het onderscheid tussen enerzijds de foetus en anderzijds het ongeboren kind. De foetus is (net als het embryo) een prenatale vorm van menselijk leven en als vorm van menselijk leven beschermwaardig zonder dat het per sé juridische persoonlijkheid heeft. Het ongeboren kind is een juridisch construct, waarmee geanticipeerd kan worden op de juridische persoonlijkheid en de rechten die het kind heeft na diens geboorte. Maar zoals Dondorp en De Wert terecht opmerken, is het in juridische discussies lang niet altijd duidelijk om welke van deze twee entiteiten het gaat. (Dondorp & De Wert, 2022) Ook Feinberg lijkt zich schuldig te maken aan de verwarring tussen deze twee entiteiten. Enerzijds spreekt Feinberg (1980: 216) van het recht van de foetus zelf: *“I am suggesting then that the only non-contingent rights fetuses ever have is the right not to be born (when all chance of fulfillment of birth-rights is already destroyed).”* (eigen nadruk). Tegelijkertijd stelt hij dat het recht om niet geboren te worden gestoeld is op de belangen die het kind heeft na diens geboorte, aangezien de foetus zelf geen belangen kan hebben. *“That right is based on his future rather than his present interests (he [the fetus] has no actual present interests).”* (Feinberg, 1980: 216). Hiermee lijkt Feinberg het recht toe te schrijven aan het ongeboren kind. Maar ook als dit het geval is, dan blijft de vraag bestaan of we wel voor de geboorte kunnen spreken van een recht om niet geboren te worden, dat als rechtvaardiging kan dienen voor het voorkomen van het bestaan van het kind.

Uiteindelijk ziet Feinberg zich niet genoodzaakt om dit punt te verhelderen. Dat hij zich in de verdere uitwerking van het recht om niet geboren te worden voornamelijk richt op *wrongful life*-zaken en de vraag of kinderen in die situatie aanspraak kunnen maken op een schadevergoeding, suggereert dat hij uitgaat van het recht van het eenmaal geboren kind. Maar al met al is zijn betoog voornamelijk een kritiek op het veelgebruikte argument in *wrongful life*-zaken, dat de schadevergoeding ontzegd moet worden omdat er geen vergelijking met niet-bestaan gemaakt kan worden (of, zoals het Belgische Hof concludeerde, omdat deze vergelijking geen relevante schade oplevert die vergoed kan worden). *“Talk of a ‘right not to be born’ is a compendious way of referring to the plausible moral requirement that no child be brought into the world unless certain very minimal conditions of well-being are assured, and certain basic ‘future interests’ are protected in advance, at least in the sense that the possibility of his fulfilling those interests be kept open. When a child is brought into existence even though those requirements have not been observed, he has been wronged thereby.”* (Feinberg, 1980: 219). Met andere woorden, Feinberg lijkt dus een morele plicht om een kind niet geboren te laten worden te willen betogen in een situatie waarin de basisvoorwaarden voor een redelijk bestaan niet aanwezig zijn. Dat zo’n morele plicht aanwezig wordt geacht, volgt onder meer uit de toenemende regelgeving waarin wordt verwezen naar de belangen van het toekomstige kind. De vraag is echter of spreken van rechten van het toekomstige kind, en in het bijzonder het recht om niet geboren te worden, wel een rechtvaardiging kan bieden voor het ingrijpen. En daarvoor moet er sprake kunnen zijn van een prenataal, of zelfs een preconceptioneel recht om niet geboren te worden.

Hier stuiten we dan op een belangrijk probleem: juist de aanname van een prenataal of zelfs preconceptioneel recht om niet geboren te worden is onmogelijk, omdat het resulteert in een logische inconsistentie. Zoals hierboven uitgelegd, ver-

eist juridische persoonlijkheid, oftewel de capaciteit om rechten te kunnen hebben, dat het subject in kwestie geboren is. Dit volgt ook uit de *nasciturus* fictie, die vereist dat het kind levend geboren wordt voordat de aanvang van diens juridische persoonlijkheid met terugwerkende kracht kan worden verlegd. Komt het kind dood ter wereld, dan heeft het nooit bestaan. Maar wanneer men uitgaat van een prenatiaal of zelfs een preconceptioneel recht om niet geboren te worden, dan gaat men uit van een recht op een toestand waarin het onmogelijk is om rechten te hebben. Om die reden kan een recht om niet geboren te worden niet al voor de geboorte worden aangenomen. Immers, als dat recht wordt gerespecteerd, dan wordt het subject van het recht, en daarmee het recht zelf voorkomen. Zonder subject kan het recht niet bestaan, want het betreft immers een *subjectief* recht. Kortom, een prenatiaal (en daarmee ook een preconceptioneel) recht om niet geboren te worden is logisch inconsistent, oftewel in strijd met zijn eigen voorwaarden, en kan daarom geen rechtvaardiging bieden voor het ingrijpen in de voortplanting.

Deze paradoxale situatie wordt vaak over het hoofd gezien in discussies rondom ingrijpen in de voortplanting en reproductieve technologie. Een uitzondering hierop vormt de Nuffield Council on Bioethics, het belangrijkste adviserende orgaan voor bio-ethische kwesties in het Verenigd Koninkrijk. In haar rapport over kiembaanmodificatie, legde de Nuffield Council uit waarom het in kwesties rondom voortplanting lastig is om het welzijn en de belangen of rechten van de toekomstige personen die geraakt worden door onze keuzes mee te nemen: *“The difficulty we have is that of bringing the interests of future people into play in the evaluation of decisions on which their existence, and therefore their capacity to have interests or rights at all, depends.”* (Nuffield Council, 2018: 65-66). Ook zij zijn zich ervan bewust dat een beroep op het recht om niet geboren te worden dus vele malen complexer is dan het lijkt.

3. CONCLUSIE

Concluderend, inmenging in de voortplanting, bijvoorbeeld door middel van de gedwongen anticonceptiemaatregel, kan niet gerechtvaardigd worden met een beroep op het recht van het toekomstige kind om niet geboren te worden. De crux van het probleem zit hem juist in het doel dat dit beroep tracht te bereiken, namelijk voorkomen dat het kind geboren wordt. Want doordat het kind niet geboren zal worden, kan het niet aangemerkt worden als een juridische persoon. De verschillende benaderingen van juridische persoonlijkheid slagen er niet in om het toekomstige kind als zodanig te duiden, en zonder persoonlijkheid kan het geen rechten hebben, waaronder het recht om niet geboren te worden. Daarnaast is het recht om niet geboren te worden logisch inconsistent, tenminste als we uitgaan van een prenatale toepassing ervan. Het impliceert namelijk een recht op een situatie die het onmogelijk maakt om überhaupt rechten te hebben. Een recht om niet geboren te worden is in dit geval daarom een onmogelijkheid.

Een recht om niet geboren te worden toeschrijven aan een nog niet geboren kind is dus onhoudbaar. Maar wat betekent dit nu voor beslissingen rondom en de regulering van voortplanting. Is het dan helemaal niet mogelijk om rekening te houden met de toekomstige belangen van het kind? En is het toekennen van een schadevergoeding in een *wrongful life*-zaak nog wel mogelijk?

Ten eerste, in een *wrongful life*-zaak is het subject in kwestie al geboren. Dat betekent dat er een kind is, met juridische persoonlijkheid en dat rechten kan hebben. Uiteraard moet ook de juridisch-ethische vraag beantwoord worden of de toekenning van de schadevergoeding in strijd is met menselijke waardigheid. Maar het obstakel van het ontbreken van het subject en de daardoor ontstane logische inconsistentie speelt in *wrongful life*-zaken geen rol. Daarom is het in ieder geval in juridisch-technisch opzicht mogelijk om te spreken van een recht op niet-bestaan, wat bij de schending daarvan reden geeft tot een schadevergoeding.

Ten tweede betekent de onmogelijkheid van een recht om niet geboren te worden niet per definitie dat het perspectief van het toekomstige kind *niet* meegenomen kan of hoeft te worden. Ten eerste is het bijvoorbeeld wel mogelijk om te anticiperen op rechten die het kind na zijn geboorte zal hebben in situaties waarin het bestaan van het kind niet wordt voorkomen, zoals bijvoorbeeld Karnein betoogt (Karnein, 2012: 18). Zo kan men bijvoorbeeld al rekening houden met vermogensrechtelijke belangen die het latere kind zal hebben, of maatregelen nemen om te garanderen dat een kind verwekt via donorconceptie toegang heeft tot de identificerende gegevens van de donor, indien het zogenaamde *right to know* is erkend. De voorwaarde is wel dat het anticiperen op het recht in kwestie niet het mogelijke bestaan van het kind beïnvloedt, omdat het anders weer zou kunnen resulteren in een niet-bestaand subject en de impliciete aanname van een recht om niet te bestaan.

Tot slot sluit de onmogelijkheid van een recht om niet geboren te worden niet uit dat het gerechtvaardigd kan zijn om omwille van het kind in te grijpen in de voortplanting en bepaalde levens te voorkomen. De rechtvaardiging voor dit ingrijpen kan dan wel niet geformuleerd worden in termen van rechten en juridische persoonlijkheid, maar dat laat de mogelijkheid open dat het toekomstige kind op een andere manier dan als rechtssubject wordt geconceptualiseerd.⁴⁴ Het feit blijft dat het toekomstige kind wiens bestaan wordt voorkomen een haast ongrijpbare entiteit is, juist doordat het gekarakteriseerd wordt door zijn niet-bestaan. Dat maakt het niet onmogelijk om het toekomstige kind juridisch gestalte te geven. Echter, het toekomstige kind kan niet begrepen worden als een subject van een recht om niet geboren te worden.

REFERENTIES

- de Boer, J., Kolkman, W.D. & Salomons, F.R. (2020). *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 1. Personen- en familierecht. Deel I. De persoon, afstamming en adoptie, gezag en omgang, levensonderhoud, bescherming van meerderjarigen*, Deventer: Wolters Kluwer.
- Van Beers, B.C. (2009). *Persoon en lichaam in het recht. Menselijke waardigheid en zelfbeschikking in het tijdperk van de medische biotechnologie*. Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.

⁴⁴ In mijn proefschrift stel ik een alternatieve benadering voor, namelijk het begrijpen van het toekomstige kind als object van verantwoordelijkheid (Ten Haaf 2023: 199-244). Deze benadering is niet afhankelijk van het toekennen van rechten en belangen, wat het (toekomstige) bestaan van het kind vereist en kan daarom ook toegepast worden op het toekomstige kind wiens bestaan juist voorkomen wordt.

- Van Beers, B.C. (2017). The changing nature of law's natural person: the impact of emerging technologies on the legal concept of the person. *German Law Journal*, 18(3), 560-594.
- Dondorp, W.J. & De Wert, G.M.W.R. (2022). De foetus of het toekomstige kind? De rechtvaardiging van prenatale kinderbescherming vraagt om conceptuele helderheid. *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* (2), 114-128.
- Fagundes, D. (2001). Note: What we talk about when we talk about persons: The language of a legal fiction. *Harvard Law Review*, 114(6), 1745-1768.
- Feinberg, J. (1980). Is there a right to be born?: in J. Feinberg (Ed.), *Rights, justice and the bound of liberty* (pp. 207-220). Princeton: Princeton University Press.
- Feinberg, J. (1984). *Harm to others. The moral limits of the criminal law*. Oxford: Oxford University Press.
- Gray, J.C. (1909). *The nature and sources of the law*. New York: The Columbia University Press.
- Ten Haaf, L. (2022). De prenatale ondertoezichtstelling: de beperking en uitbreiding van de nasciturus fictie. In C. de Graaf, & G. Ruitenberg (Eds.), *100 jaar kinderrecht* (pp. 145-152). Deventer: Wolters Kluwer.
- Ten Haaf, L. (2023). *Regulating non-existence: the legal conceptualisation of the future child in the regulation of reproduction*. Den Haag: Eleven.
- Karnein, A.J. (2012). *A theory of unborn life. From abortion to genetic manipulation*. New York: Oxford University Press.
- Kelsen, H. (1994). *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Aalen: Scientia Verlag.
- Naffine, N. 2003). Who are law's persons? From Cheshire cats to responsible subjects. *The Modern Law Review*, 66(3), 346-367.
- Naffine, N. (2009). *Law's meaning of life. Philosophy, religion, Darwin and the legal person*. Portland: Hart Publishing.
- Naffine, N. (2011). Review essay: Liberating the legal person. *Canadian Journal of Law and Society*, 26(1), 193-203.
- Nuffield Council on Bioethics (2018). *Genome editing and human reproduction: social and ethical issues*. London: Nuffield Council on Bioethics
- NVOG (2010). Modelprotocol mogelijke morele contra-indicaties bij vruchtbaarheidsbehandelingen.
- Petit, Ch. (1944). De ongeboren vrucht als persoon. *Rechtsgeleerdheid Magazijn Themis*, 169-183.
- Raadgevend Comité voor Bio-Ethiek (2004), Advies nr. 27 van 8 maart 2004, betreffende de donatie van sperma en eicellen.
- Savulescu, J. (2002). Is there a "right not to be born"? Reproductive decision making, options, and the right to information. *Journal of Medical Ethics*, 28(2), 65-67.
- Steinbock, B. (1986). The logical case for "wrongful life". *Hastings Center Report*, 16(2), 15-20.
- Tur, R. (1987). The "person" in law. In A. Peacocke & G. Gillett (Eds.), *Persons and personality: A contemporary inquiry* (pp. 116-129). Oxford: Basil Blackwell.
- Vlaardingerbroek, P. (2024), De rechtspositie van de ongeborene, in S.F.M. Wortmann (Ed.), *Groene serie personen- en familierecht*, Deventer: Wolters Kluwer.
- Weber, W. (2001). France's highest court recognises "the right not to be born". *The Lancet*, 358(9297), 1972.