

HET BEGRIP 'MENSELIJKE PERSOON' IN HET BELGISCHE STRAFRECHT

Dirk Lybaert*

1. Probleemstelling

De enorme groei van internationale en supranationale organisaties die zich, sinds het einde van de Tweede Wereldoorlog, toeleggen op de bescherming van de rechten van de mens en het groeiende aantal verdragen in deze materie, laten er weinig twijfel over bestaan dat vandaag, in onze maatschappij, de menselijke persoon de eerste en belangrijkste waarde is die door het recht wordt beschermd.¹

Het Belgische strafrecht verleent deze bescherming in het bijzonder door de incriminaties vermeld in boek II, titel VIII: 'Misdaden en wanbedrijven tegen personen'.

Alle mensen genieten deze bescherming. Zij komt immers minder toe aan elk individu afzonderlijk, dan wel aan elk menselijk wezen als deel van de gehele mensheid.² Vandaar dat tussen de mensen geen enkel onderscheid mag gemaakt worden naar 'geslacht, ras, godsdienst, politieke of andere overtuiging, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status'.³

Betwisting bestaat er echter over het begrip 'menselijke persoon' in de tijd beschouwd.⁴ Gaat het om elk menselijk wezen vanaf zijn geboorte tot aan zijn dood, of is men voor het strafrecht ook een 'persoon' voor zijn geboorte en na zijn dood?

Nergens wordt dit door de strafwetgever omschreven. Het legaliteitsbeginsel 'Nullum crimen, nulla poena, sine lege' vereist nochtans een duidelijke omschrijving van dit begrip, vermits het een constitutief bestanddeel vormt van de verschillende misdrijven.

We zullen dus enerzijds moeten bepalen vanaf welk ogenblik de menselijke persoonlijkheid een aanvang neemt. Dit zal ons toelaten een onderscheid te maken tussen de vrucht en het kind, wat o.m. van belang is voor de incriminatie van het misdrijf 'onopzettelijke doding' (art. 418 en 420 Sw.).⁵

* Kapitein bij de rijkswacht, onderwijsgelastigde in de Koninklijke Militaire School. Deze studie werd bekroond met de A.P.R.-prijs 1992.

1. In het bijzonder denken wij aan de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens van 10 december 1948 en aan het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, ondertekend op 4 november 1950 te Rome, goedgekeurd bij Wet 13 mei 1955, B.S., 19 augustus 1955.

2. NYPELS en SERVAIS, *Le code pénal belge interprété*, Brussel, Bruylant, 1897, II, 591.

3. Art. 14 E.V.R.M.

4. DOUCET, J., *La protection pénale de la personne humaine*, Marcinelle, Imprimerie Nouvelle Maison d'Edition, 1979, p. 25.

5. DE NAUW, A., *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, Gent, E. Story-Scientia, 1984, p. 99.

Anderzijds zullen we moeten nagaan welke de grens is tussen leven en dood. Dit zal vooral noodzakelijk zijn om uit te maken hoelang een geneesheer aan een stervende zijn bijstand moet verlenen⁶, zo o.m. of er al dan niet sprake is van euthanasie.⁷ Euthanasie valt immers in de huidige stand van het recht onder de bepalingen van het Strafwetboek (art. 393 Sw.).⁸ Ook is een doodscriterium belangrijk om uit te maken of er al dan niet onrechtmatige inbreuken op de lichamelijke integriteit of tegen het leven zijn gepleegd, o.m. in het geval van transplantatie van organen.

2. Het begin van het bestaan van de persoon

Een individu heeft slechts recht op juridische bescherming voor zover het behoort tot de menselijke samenleving.⁹ Om deze drempel te bepalen, moeten wij het ogenblik vaststellen waarop het menselijk leven van elk individu een aanvang neemt en meer in het bijzonder het ogenblik waarop dit leven eerbied verdient.¹⁰

Deze vraag beantwoorden is niet eenvoudig en niet zonder gevaar, omdat elk antwoord onmiskenbaar het innemen van een moreel standpunt impliceert. Het onderwerp is in de rechtsleer dan ook zeer omstreden¹¹, wat in de rechtspraak aanleiding heeft gegeven tot een zekere evolutie.

A. DE KLASSIEKE OPVATTING

De klassieke opvatting is deze van het burgerlijk recht. Het bestaan van de natuurlijke persoon begint bij de geboorte.¹² Het juiste ogenblik, bepalend voor de geboorte, is in die opvatting de volledige afscheiding van het kind van de moeder door het doorsnijden van de navelstreng.¹³

Het materiële feit van de geboorte volstaat echter niet om de persoonlijkheid te doen ontstaan. Twee voorwaarden moeten zijn vervuld: het kind moet levend en levensvatbaar zijn geboren.¹⁴

6. DIERKENS, R., 'De biologische mens in het recht', *T.P.R.*, 1972, p. 198.

7. Euthanasie bestaat in 'opzettelijk levensverkortende handelingen, inclusief nalaten van verdere behandeling t.a.v. een stervende of ongeneeslijk zieke, op diens verzoek', SENAEVE, P., *Compendium van het personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 1989, I, p. 167, nr. 416.

8. GOFFIN, C. en LAMBRECHT, L., 'Euthanasie in het Belgisch strafrecht: situering, rechtszekerheid en problematiek', *VI. T. Gez.*, 1986-87, p. 5.

9. KEFER, F., 'La protection pénale de l'enfant à naître', *J.T.*, 1987, p. 740.

10. MEULDERS-KLEIN, M., 'Considérations sur les problèmes juridiques de l'avortement', *Ann. Dr.*, 1971, p. 162.

11. Zie o.m. *Abortion and Protection of the Human Fetus*, FRANKOWSKI, S.J. en COLE, G.F. (ed.), Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1987, 339 p.; *La vie prénatale, biologie, morale et droit*, Confédération des juristes catholiques de France (ed.), Paris, Téqui, 1986, 189 p.; *Débuts biologiques de la vie humaine. Des chercheurs chrétiens s'interrogent*, Fédération internationale des universités catholiques (ed.), Louvain-la-Neuve, Ciaco, 1988, 331 p.

12. DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, II/1, Brussel, Bruylant, 1990, p. 10.

13. BAETEMAN, G., *Overzicht van het Personen- en Gezinsrecht*, I, Brussel, E. Story-Scientia, 1991, p. 41.

14. DE PAGE, H., *o.c.*, p. 11.

Het kind moet levend geboren zijn. Het doodgeboren kind is geen persoon.¹⁵ De vraag of een kind al dan niet levend is geboren, behoort tot het domein van het deskundig onderzoek. Algemeen neemt men aan dat het voldoende is dat het kind heeft geademd, al was dit maar gedurende een ogenblik.¹⁶

Dit wordt aangetoond door een onderzoek van de longen. De ademhaling veroorzaakt daar immers blijvende veranderingen die ook na de dood kunnen worden teruggevonden: 'longen die niet geademd hebben zijn niet ontplooid en vullen slechts gedeeltelijke de borstholte. Zij hebben een vaste, vlezig consistente. Hun sneevlak en hun oppervlak zijn homogeen glad. Hun werkelijk gewicht is zwaarder dan dit van water. Longen die wel geademd hebben zijn ontplooid en vullen grotendeels de borstholte. Zij bedekken zelfs een gedeelte van het hartzakje. Zij knetteren bij palpatie. Het sneevlak heeft een sponsachtig uitzicht. Het soortgelijk gewicht van longen die geademd hebben, is kleiner dan water'.¹⁷

Het kind moet bovendien levensvatbaar zijn, d.w.z. dat het lichaam als organisme potentieel in staat moet zijn het eigen leven te dragen en dat het de levensnoodzakelijke organen moet hebben.¹⁸

Traditioneel neemt men aan dat een vrucht leefbaar is vanaf de achtentwintigste week na de verwekking.¹⁹ De graad van ontwikkeling van de vrucht wordt bepaald door metingen van het gewicht en de lengte, de maten van de schedel, de aanwezigheid van ontwikkelde beenderkernen in de onderste epifysen van de dijbeenderen en in de hielbeenderen.²⁰

Aan beide voorwaarden dient cumulatief te zijn voldaan, in die zin dat zelfs indien het kind levend is geboren maar niet levensvatbaar, de juridische persoonlijkheid geacht wordt nooit te hebben bestaan.

De geboorte als levend en levensvatbaar kind heeft daarenboven een retroactieve werking tot op het ogenblik van de verwekking. Dit wordt uitgedrukt door het adagium 'Infans conceptus pro nato habetur...'. Maar de regel wordt enkel toegepast wanneer de aanstaande persoon daarbij belang heeft: '... quotiens de commodo eius agitur'. Het gevolg van deze stelling is dat op het ogenblik van de verwekking niet alleen biologisch, maar ook juridisch een nieuw leven ontstaat.²¹

Dit wordt trouwens in het Strafwetboek uitdrukkelijk erkend: het artikel 11 bepaalt immers dat wanneer een ter dood veroordeelde vrouw blijkt zwanger te zijn, zij haar straf eerst na de bevalling zal ondergaan.

Het Hof van Cassatie heeft in een arrest van 27 maart 1893, op conclusie van Procureur-Generaal MESDACH DE TER KIELE, uitdrukkelijk stelling genomen voor de toepassing van deze regels van het burgerlijk recht: 'Attendu que l'adage romain *Infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis eius agitur* est un principe de droit public, lequel n'a pas cessé de recevoir son application en matiè-

15. Turnhout, 17 november 1961, *R.W.*, 1961-62, kol. 1065; Rb. Tongeren, 8 mei 1973, *R.G.A.R.*, 1973, nr. 9914.

16. DE PAGE, H., *o.c.*, p. 11.

17. TIMPERMAN, J. en PIETTE, M., *Gerechtelijke geneeskunde*, Brussel, E. Story-Scientia, 1988, p. 128.

18. DIERKENS, R., *Lichaam en lijk*, Brugge, Die Keure, 1962, nr. 29.

19. DEROBERT, L., *Médecine légale*, Paris, Flammarion, 1974, p. 654.

20. TIMPERMAN, J. en PIETTE, M., *o.c.*, p. 127.

21. DIERKENS, R., *Lichaam en lijk*, Brugge, Die Keure, 1962, nr. 41.

re civile; qu'il doit être appliqué également en matière pénale, les dispositions qui la régissent n'ayant introduit à cet égard aucune dérogation'.²²

In casu ging het erom te weten of een vrouw die in Frankrijk abortus had laten plegen kon vervolgd worden op basis van artikel 7 van de Wet van 17 april 1878, houdende de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering. Volgens dit artikel kan een Belg die zich, buiten het grondgebied van het Rijk, schuldig maakt aan een misdaad of wanbedrijf jegens een Belg, vervolgd worden in België.

Het Hof stelde dat 'le législateur a voulu protéger l'enfant jusque dans le sein de sa mère, comme s'il était né, par le motif d'ordre social que l'homme, dès qu'il est conçu, a droit à la vie; que, partant, l'infraction à cette disposition constitue un véritable attentat contre l'être humain, dont la femme se trouve enceinte'.²³

Deze zienswijze van het Hof van Cassatie, namelijk dat, voor de beoordeling van de aanvang van de persoonlijkheid, de regels van het burgerlijk recht integraal moeten worden gevolgd, vinden we terug in talrijke beslissingen van de lagere rechtbanken, vooral in die zaken waarbij de fysieke integriteit van een foetus aangetast werd door een verkeersongeval.

Zo besliste de Correctionele Rechtbank van Luik dat er geen sprake kon zijn van onvrijwillige doodslag op een kind dat niet levend geboren wordt. In casu ging het om een verkeersongeval waarbij de moeder op het ogenblik van het ongeval zeven maanden zwanger was en er een causaal verband bestond tussen het ongeval en de latere misval.²⁴

In dezelfde zin oordeelde de Politierechtbank van Tongeren, dat 'het onopzettelijk doden van een foetus – van minder dan drie maanden – niet onder toepassing valt van de artikelen 418-419 Sw.'. De rechter baseerde zich voor zijn beslissing op de argumentatie dat de Europese rechtsleer, steunend op het Romeinse recht de doding verdeelde in 'homocidium dolosum' en 'homocidium causale'. Het begrip 'homocidium' omvatte, zowel voor de opzettelijke als voor de onopzettelijke doding, enkel de levende mens. Het doden van de ongeboren mens, de foetus, werd steeds als een apart misdrijf, de vruchtafdrijving, en nooit als homocide beschouwd.²⁵

De Correctionele Rechtbank van Verviers stelde uitdrukkelijk dat de foetus slechts persoonlijkheid verwerft wanneer hij volledig gescheiden is van de moeder en levend en levensvatbaar is geboren.²⁶

In al deze gevallen²⁷ werd door het verkeersongeval de dood van de foetus veroorzaakt. Deze problematiek wordt ook wel de 'onopzettelijke vruchtafdrijving' genoemd, een uitdrukking die niet als dusdanig in het Strafwetboek voorkomt.²⁸ Wanneer het kind levend en levensvatbaar geboren wordt maar verwondingen heeft opgelopen die veroorzaakt werden terwijl het nog in de buik van de moeder was, weerhoudt de rechtspraak enkel de inbreuk slagen en verwondingen jegens de moeder.

22. Cass., 27 maart 1893, *Pas.*, 1893, I, 139.

23. *Ibidem*, p. 138.

24. Corr. Luik, 20 maart 1957, *J.T.*, 1957, p. 541.

25. Pol. Tongeren, 8 mei 1973, *R.W.*, 1973-74, kol. 1512, met noot PEYTIER, M.

26. Corr. Verviers, 11 april 1978, *J.L.*, 1978, p. 275.

27. Zie eveneens Corr. Turnhout, 17 november 1961, *R.W.*, 1961-62, kol. 1065; Corr. Leuven, 27 april 1966, *R.G.A.R.*, 1967, nr. 7844. *Contra*: Gent, 1 februari 1882, *Pas.*, 1882, II, p. 242.

28. PEYTIER, M., noot onder Pol. Tongeren, 8 mei 1973, *R.W.*, 1973-74, kol. 1512.

Zo besliste de Correctionele Rechtbank van Gent dat de kwalificatie onvrijwillige slagen en verwondingen niet kon weerhouden worden t.a.v. een kind dat de verwondingen opgelopen had voor de geboorte. Het was ten tijde van het ongeval immers nog geen persoon.²⁹

B. AUTONOMIE VAN HET STRAFRECHT

Deze uitbreiding van de begrippen van het burgerlijk recht is echter weinig verenigbaar met de algemene systematiek van het Strafwetboek, dat een duidelijk onderscheid maakt tussen de notie 'persoon' in de artikelen 392 e.v. Sw. en de notie 'vrucht' in het artikel 348 Sw.³⁰

Het probleem is inderdaad dat de Strafwet bij de vrijwillige aanslagen een onderscheid maakt tussen het leven in de baarmoeder, welk het beschermt door de incriminatie van het misdrijf abortus (art. 348 Sw.), en het leven buiten de baarmoeder, welk het beschermt door de incriminatie van de misdrijven kindermoord, moord en doodslag (art. 392 e.v. Sw.), terwijl ze bij de onvrijwillige aanslagen dit onderscheid niet herneemt.³¹

Om die reden kwam er op de overname van het begrip 'persoon' uit het burgerlijk recht in het strafrecht kritiek vanuit de leer van de autonomie van het strafrecht.

Volgens deze leer dient het materiële strafrecht niet gebonden te zijn aan begrippen, theorieën en normen afkomstig uit andere rechtsgebieden, daar een dergelijke binding een optimale beantwoording van het materiële strafrecht aan zijn doel zou frustreren.³²

Het strafrecht is weliswaar een sanctierecht en als dusdanig dienstig voor het sanctioneren van wetsbepalingen uit andere rechtstakken, maar men mag het strafrecht niet beschouwen als louter sanctierecht. Het heeft daarenboven een autonoom karakter.³³ De strafrechtelijke incriminatie hangt altijd en noodzakelijk af van een voorafgaande plicht, maar het hoeft niet noodzakelijk te gaan om een plicht die geformuleerd wordt door een andere rechtstak, het kan eveneens gaan om een zuiver morele of sociale plicht.³⁴

De vraag rijst natuurlijk of dit geen probleem van interpretatie oplevert. Omwille van het legaliteitsprincipe kan men in het strafrecht geen extensieve interpretatie toestaan. Men moet zich houden aan de regel van de strikte interpretatie. Maar wie zegt dat die interpretatie daarom noodzakelijkerwijze deze is uit een andere rechtstak? De bedoeling van de strikte interpretatie is immers enkel er over te waken dat de rechter niet arbitrair kan oordelen.³⁵

29. Corr. Gent, 25 maart 1980, *Bull. Ass.*, 1980, p. 483.

30. Corr. Leuven, 27 april 1966, *R.W.*, 1966-67, kol. 605.

31. DOUCET, J., *La protection pénale de la personne humaine*, Marcinelle, Imprimerie Nouvelle Maison d'Édition, 1979, p. 108.

32. DEMEERSSEMAN, H., *De autonomie van het materiële strafrecht*, Arnhem, Gouda Quint, 1985, p. 1.

33. DE NAUW, A., *Syllabus strafrecht*, Brussel, Cursusdienst V.U.B., 1991, p. 60; DUPONT, L. en VERSTRAETEN, R., *Handboek Belgisch Strafrecht*, Leuven, Acco, 1990, p. 73-76; VAN DEN WYNGAERT, C., *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 1991, p. 74.

34. LEGROS, R., 'Essai sur l'autonomie du droit pénal', *R.D.P.*, 1956-57, p. 147.

35. *Ibidem*, p. 151.

Het strafrecht richt zich niet enkel tot juristen of specialisten maar veeleer tot de gewone man. Daarom moet het strafrecht een eenvoudige en directe taal gebruiken. In de leer van de autonomie van het strafrecht opteert men er dan ook voor, aan de woorden de betekenis te geven die ze in het normale taalgebruik hebben. Dat dit de eenheid van het recht in het gedrang brengt, is een verkeerde gevolgtrekking. Deze eenheid wordt immers niet bereikt door het gebruiken van een uniforme terminologie maar door de diepere ratio legis die zorgt voor een evenwicht tussen de verschillende rechtstakken.³⁶

In een arrest van 11 februari 1987 heeft het Hof van Cassatie voor het eerst het burgerrechtelijk criterium verlaten om de aanvang van de persoonlijkheid te beoordelen, en heeft het geopteerd voor een eigen criterium, dit volgens de leer van de autonomie van het strafrecht.³⁷

De feiten zijn vrij eenvoudig samen te vatten. Mevrouw D. is zwanger van een tweeling. Op 14 januari 1981 wordt ze opgenomen in het ziekenhuis om er te bevallen. Om 11 h 30, bij de aanvang van haar dienst onderzoekt de vroedvrouw M. Mevrouw D. waarbij ze zeer duidelijk twee afzonderlijke foetale geluiden onderscheidt. Wanneer ze gedurende de bewaking van de evolutie van de bevalling om 16 h 30 een wijziging hoort in de foetale geluiden tracht ze in contact te komen met geneesheer D. die van wacht is en consultaties verricht in een andere gemeente in de buurt. Deze oordeelt dat hij de betrokkene niet moet onderzoeken, omdat het geen patiënte van hem is, maar om de vroedvrouw gerust te stellen beveelt hij een radiografie. Uit de radiografie, die genomen wordt tussen 17 h 00 en 17 h 30 blijkt duidelijk dat een keizersnede onmiddellijk bij de vrouw moet worden toegepast. De vroedvrouw die dit vanuit haar vorming en ervaring moest weten, neemt geen contact op met de geneesheer D. omdat ze weet dat deze gewoonlijk zijn consultaties beëindigt rond 18 h 00. Pas wanneer de vroedvrouw omstreeks 19 h 20 hoort dat de hartslag van één van de twee foetussen wegvalt, neemt zij opnieuw contact op met de geneesheer. Ze vraagt hem zo vlug mogelijk het hospitaal te verzoegen. De geneesheer oordeelde, omwille van de omstandigheden waarin hij zich bevond, dat hij niet onmiddellijk op deze oproep kon ingaan en kwam pas om 20 h 40 in het hospitaal aan. Na een keizersnede, uitgevoerd door dokter P., beviel de vrouw die dag van een tweeling, waarvan het ene kindje dood, het andere kindje levend maar niet levensvatbaar werd geboren. Als gevolg van deze feiten werden de twee betrokkenen, vroedvrouw M. en dokter D. door de Correctionele Rechtbank van Dinant veroordeeld op basis van onopzettelijke doding (art. 419 Sw.).³⁸ De veroordeelden gaan in beroep. De Correctionele Kamer van het Hof van Beroep bevestigt niet alleen het vonnis van de Rechtbank van Eerste Aanleg, maar veroordeelt de dokter eveneens op grond van schuldig verzuim (art. 422bis Sw.).³⁹

Het probleem dat zich stelde was te weten of men zich in casu schuldig kon maken aan onopzettelijke doding van een persoon. Procureur-Generaal JANSSENS DE BISTHOVEN formuleerde het als de vraag 'of de wetgever in het strafrecht en meer bepaald betreffende de misdrijven opgesomd in de titel over de misdaden en wan-

36. *Ibidem*, p. 153.

37. Cass., 11 februari 1987, A.C., 1987, nr. 350.

38. Corr. Dinant, 29 mei 1984, niet uitgegeven.

39. Luik, 25 juni 1986, *Pas.*, 1986, 165.

bedrijven tegen personen, zich strikt heeft willen houden aan de criteria van de juridische persoonlijkheid, zoals deze geformuleerd zijn in het burgerlijke recht'.⁴⁰

Het Hof stelde dat het strafrecht een eigen definitie moet hanteren van het begrip 'persoon': '... que les critères du droit civil, pour reconnaître le droit à la personnalité sont étrangers à cette matière'.⁴¹ In zijn motivering stelde het Hof dat dit volgt uit het feit dat een bewust gepleegde aanslag op een levend doch niet levensvatbaar geboren vrucht tijdens de bevalling kindermoord wordt genoemd en gestraft wordt krachtens artikel 396 Sw. Vermits het kind dat op het punt staat geboren te worden, hoewel het nog niet van de moeder gescheiden is, beschermd is tegen elke opzettelijke handeling die zijn dood tot gevolg heeft door het als een persoon te aanzien, moet het kind dezelfde bescherming genieten tegen elke onopzettelijke handeling die rechtstreeks datzelfde kwaad veroorzaakt.

Met dit arrest stelt het Hof van Cassatie dat het leven van het kind in het Belgische strafrecht beschermd wordt, zowel tegen de opzettelijke als tegen de onopzettelijke daden, dit van bij de geboorte. De constitutieve bestanddelen van artikel 396 Sw. zijn hierbij zeer belangrijk: vereist is dat het kind levend is geboren, doch niet dat het bovendien levensvatbaar is.⁴² De persoonlijkheid neemt dus een aanvang bij de geboorte als levend wezen, een criterium dat duidelijk verschillend is van dat van het burgerlijk recht. Het is een bevestiging van het standpunt dat door een deel van de doctrine reeds vroeger werd verdedigd.⁴³

'Bij de geboorte' moet worden verstaan als 'tijdens de bevalling'.⁴⁴ Het ogenblik van het begin van de bevalling blijft natuurlijk een begrip dat moet worden gedefinieerd. In een arrest van het Hof van Cassatie van 3 december 1941 hanteerde het Hof het criterium van de eerste barensweeën als het ogenblik van het begin van de bevalling.⁴⁵

Voor F. KEFER is het nochtans onmogelijk het ogenblik van de eerste barensweeën in abstracto te formuleren: 'De verloskundigen nemen, al naargelang het geval, de regelmaat, de duur en de amplitude van de weeën, de graad van opening, het breken van het vruchtwater, ... in aanmerking'.⁴⁶ O.i. gaat het hier om een feitenkwesitie waarover de rechter ten gronde zal oordelen, een beoordeling die het Hof van Cassatie enkel marginaal kan toetsen.

De vraag rijst of het kind dat niet levend of levensvatbaar wordt geboren als gevolg van een fout die begaan werd voor de bevalling eveneens van deze strafrech-

40. JANSSENS DE BISTHOVEN, conclusie bij Cass., 11 februari 1987, *R.D.P.*, 1987, p. 815.

41. Cass., 11 februari 1987, *A.C.*, 1987, nr. 350.

42. SCHUIND, G., *Traité pratique de droit criminel*, Brussel, Swinnen, 1980, I, p. 379; TIMPERMAN, J. en PIETTE, M., *Gerechtelijke geneeskunde*, Brussel, E. Story-Scientia, 1988, p. 126; DEROBERT, L., *Médecine légale*, Paris, Flammarion, 1974, p. 650.

43. Zie o.m. NYPELS en SERVAIS, *Le code pénal belge interprété*, Brussel, Bruylant, 1898, III, p. 119; GOEDSEELS, *Commentaire du code pénal belge*, Brussel, Bruylant, 1948, II, nr. 2516; DOUCET, J., *La protection pénale de la personne humaine*, Marcinelle, Imprimerie Nouvelle Maison d'Édition, 1979, p. 108; HENNAU-HUBLET, C., 'La protection pénale du fœtus en droit belge face aux expérimentations biomédicales', *J.T.*, 1983, p. 338.

44. ANDRÉ, J., 'De bescherming van de fysieke integriteit van het kind in utero bij de geboorte', *Vl. T. Gez.*, 1987, p. 47.

45. Cass., 3 december 1941, *Pas.*, 1941, I, p. 441.

46. KEFER, F., 'La protection pénale de l'enfant à naître', *J.T.*, 1987, p. 741.

telijke bescherming kan genieten.⁴⁷ R. DIERKENS, die deze bescherming onafhankelijk ziet van de rechtspersoonlijkheid, is hier duidelijk voorstander van.⁴⁸

De Franse rechtspraak weerhoudt de strafrechtelijke aansprakelijkheid wanneer vaststaat dat 'het kind in normale omstandigheden zonder de gewraakte aantasting van zijn fysieke integriteit, levend en levensvatbaar ter wereld zou zijn gekomen'.⁴⁹ Zo veroordeelde het Hof van Beroep van Parijs op basis van onopzettelijk doden, de dader van een verkeersongeval waarbij het slachtoffer een acht maanden zwangere vrouw was. Deze beviel voortijdig van een levensvatbaar kind, dat later overleed als gevolg van een hersenschudding die het had opgelopen terwijl het nog in de buik van de moeder zat.⁵⁰

In Nederland geldt deze bescherming tegen onopzettelijke aanslagen enkel van bij de geboorte.⁵¹

Duidelijk moet worden gesteld dat deze vraag niet aan het Hof van Cassatie werd voorgelegd. Maar indien het Hof, vertrekkende vanuit artikel 396 Sw., stelt dat het kind van bij de geboorte moet beschouwd worden als een persoon, kan men dan per analogiam stellen dat dit ook geldt voor de foetus, dit vertrekkende vanuit artikel 348 Sw.?

Dit lijkt niet waarschijnlijk. In tegenstelling tot kindermoord (art. 396 Sw.), wordt abortus (art. 348 Sw.) door het Strafwetboek niet beschouwd als een misdrijf tegen personen (titel VIII), maar als een misdrijf tegen de orde der familie en tegen de openbare zedelijkheid (titel VII). Deze indeling van het Strafwetboek is voorwaar geen doorslaggevend argument. Zo is ook het misdrijf verkrachting (art. 375 Sw.), een incriminatie die duidelijk tot doel heeft de fysieke en seksuele integriteit van een persoon te beschermen, opgenomen in titel VII.⁵² Belangrijker is dat de wetgever nooit de onderbreking van de zwangerschap door een onvoorzichtigheid, hoe zwaar deze ook zou wezen, als abortus heeft willen bestraffen.⁵³

De nieuwe abortuswetgeving van 3 april 1990⁵⁴ bracht hierin geen wijziging. Alhoewel het nieuwe artikel 350 van het Strafwetboek niet vermeldt dat de vruchtafdrijving opzettelijk dient te gebeuren, blijkt uit de voorbereidende werkzaamheden duidelijk dat opzet wel degelijk vereist is.⁵⁵

In het arrest nr. 39/91 van 19 december 1991⁵⁶ stelt het Arbitragehof in dezelfde zin dat de artikelen 6 en 6bis van de Grondwet 'niet uit zichzelf vaststellen dat de mens al vanaf zijn verwekking de bescherming geniet die zij waarborgen'.

47. HENNAU-HUBLET, C., noot onder Cass., 11 februari 1987, *R.D.P.*, 1987, p. 828.

48. DIERKENS, R., *Lichaam en lijk*, Brugge, Die Keure, 1962, nr. 41.

49. ANDRÉ, J., 'De bescherming van de fysieke integriteit van het kind in utero bij de geboorte', *VI. T. Gez.*, 1987, p. 47.

50. Paris, 10 januari 1959, *Gaz. Pal.*, 1959, I, p. 233; HUGUENEY, L., 'Crimes et délits contre les personnes', *Rev. sc. crim.*, 1959, p. 678.

51. DEMEERSSEMAN, H., *De autonomie van het materiële strafrecht*, Arnhem, Gouda Quint, 1985, p. 17.

52. PREUMONT, M., noot onder Cass., februari 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 639.

53. NYPELS, P., *Le code pénal belge interprété*, Brussel, Bruylant, II, 1878, p. 74.

54. Wet van 3 april 1990 betreffende de zwangerschapsafbreking, tot wijziging van de artikelen 348, 350, 351 en 352 van het Strafwetboek en tot opheffing van artikel 353 van hetzelfde Wetboek, *B.S.*, 5 april 1990.

55. NYS, H., 'De nieuwe wetgeving inzake zwangerschapsafbreking', *R.W.*, 1990-91, p. 1190.

56. *B.S.*, 24 januari 1992.

Daarenboven kan uit de bepalingen van het internationale recht, meer in het bijzonder uit artikel 2 E.V.R.M. niet worden afgeleid dat de instemming die de Belgische Staat ermee heeft betuigd, de grondwettelijke waarborg van identieke rechten voor levende personen en ongeboren kinderen inhoudt. 'Hoewel de verplichting het menselijk leven te eerbiedigen de wetgever verplicht maatregelen te treffen om ook het ongeboren leven te beschermen, kan hieruit nochtans niet worden afgeleid dat de wetgever, op straffe van miskening van de artikelen 6 en 6bis van de Grondwet, zou verplicht zijn om het geboren en het ongeboren kind op dezelfde wijze te behandelen'.

In de huidige stand van het Belgisch positief recht zou het o.i. dan ook verkeerd zijn de bescherming ruimer te zien dan de grenzen getrokken door het Hof van Cassatie in zijn arrest van 11 februari 1987.

Men kan zich afvragen of het criterium voor de aanvang van een persoon, dat in de Franse rechtspraak wordt gehanteerd, niet zuiverder aansluit bij de leer van de autonomie van het strafrecht. In Frankrijk neemt men aan dat er sprake is van een persoon, van zodra de foetus in normale omstandigheden, zonder de aantasting van zijn fysieke integriteit, levend en levensvatbaar ter wereld zou zijn gekomen.⁵⁷ Wordt zulke foetus in de huidige Westerse maatschappij inderdaad niet als een persoon beschouwd? Indien men nu aanvaardt, zoals bij de leer van de autonomie van het strafrecht, dat men aan de woorden de betekenis moet geven die ze in het normale taalgebruik hebben, moet de voorrang gegeven worden aan de Franse stelling.

In het licht van de vooruitgang van de medische wetenschap kan men zich dan de vraag stellen of de levensvatbaarheid van een foetus niet samenvalt met het leven zelf.⁵⁸ De lege ferenda zou de strafrechtelijke bescherming van de foetus tegen onopzettelijke aanslagen dan ook moeten uitgebreid worden tot op het ogenblik van de verwekking.⁵⁹ Het begrip 'persoon' in het Belgische strafrecht zou analoog moeten worden opgevat. Dit zou in overeenstemming zijn met de rechtspraak die nu reeds de burgerlijke partijstelling aanvaardt van het kind, voor schade geleden voor zijn geboorte, schade voortkomend uit de inbreuk 'slagen en verwondingen' jegens de moeder.⁶⁰

Deze stellingname zou tevens een gedeeltelijke oplossing geven aan het zeer prangende probleem van de strafrechtelijke bescherming van de foetus. In de huidige stand van het positief recht kunnen embryo's en foetussen immers straffeloos het voorwerp uitmaken van medische experimenten. Niemand stelt zich hierbij de vraag of die experimenten al dan niet om therapeutische redenen verantwoord zijn.⁶¹ Door te aanvaarden dat de strafrechtelijke bescherming zich zou uitstrekken vanaf de verwekking, zouden experimenten op foetussen in utero vallen onder de

57. Zie *supra*.

58. DIERKENS, R., 'De biologische mens in het recht', *T.P.R.*, 1972, p. 196.

59. DOUCET, J., *o.c.*, p. 104.

60. Brussel, 16 februari 1978, *R.G.A.R.*, 1981, nr. 10.362; Gent, 25 maart 1980, *Bull. Ass.*, 1980, p. 483; Corr. Charleroi, 26 maart 1982, *R.G.A.R.*, 1984, nr. 10.723.

61. HENNAU-HUBLET, C., 'La protection pénale du foetus en droit belge face aux expérimentations biomédicales', *J.T.*, 1983, p. 334; SENAËVE, P., 'Juridische implicaties van nieuwe ontstaansvormen van het menselijk leven', *R.W.*, 1985-86, kol. 625; VAN GERVEN, W., 'Ontluikend leven, groeiend recht', in *Recht en medisch begeleide bevruchting*, Antwerpen, Kluwer, 1991, p. 187.

toepassing van artikel 418 e.v. Sw. Wel dient dan nog gezocht te worden naar een oplossing voor de experimenten op foetussen ex utero. Voor dit probleem kan geen antwoord gevonden worden in de interpretatie van de vigerende bepalingen van het Strafwetboek maar moeten door de wetgever nieuwe teksten worden opgesteld.

3. Het einde van de persoonlijkheid

A. PROBLEMATIEK

Het einde van het leven van de persoon en van zijn persoonlijkheid wordt bepaald door de lichamelijke dood. Terzake wordt geen onderscheid gemaakt tussen de natuurlijke, misdadige of toevallige dood.⁶² Wanneer de dood intreedt, d.w.z. wanneer het leven uit het lichaam verdwijnt, zet dit zich om in een lijk. Het einde van het lichaam is aldus synoniem voor het ontstaan van een lijk.⁶³ Anderzijds impliceert het bestaan van een lijk de voorafgaande aanwezigheid van een lichaam.⁶⁴

Het lijk geniet een zekere juridische bescherming.⁶⁵ Toch is het niet in dezelfde mate onschendbaar als het lichaam van een levende. De strafrechtelijke bescherming van een persoon strekt zich enkel uit tot de levende personen. Men kan b.v. geen moord of verkrachting plegen op een lijk.

Dat de lichamelijke dood een einde stelt aan de persoonlijkheid wordt algemeen aanvaard. De problemen doen zich echter voor bij de bepaling van die lichamelijke dood. Tot nog toe heeft de wetgever er zich nooit over bekommerd de wetenschappelijke criteria voor de vaststelling van de dood te bepalen.

De regeling van het bewijs van het ogenblik van overlijden dateert van een tijd waarin de vaststelling van de dood geen technische problemen stelde. Om zich van het overlijden te vergewissen, volstond het aan hem wie de wet deze opdracht had toevertrouwd het lijk te zien. Bewijsmoeilijkheden rezen enkel wanneer het lijk niet kon worden teruggevonden of zijn identificering onzeker bleef.

Weliswaar werd het vaststellen van de dood steeds met meer waarborgen omgeven. Zo moet, sedert de Wet van 13 juni 1986 betreffende de transplantatie van organen⁶⁶, het overlijden voorafgaandelijk worden vastgesteld door een college van drie geneesheren met uitsluiting van degenen die de receptor verzorgen en van degenen die de wegneming of transplantatie verrichten. Maar nergens in die Wet geeft men aan die geneesheren de criteria volgens dewelke zij hun beslissing moeten nemen.⁶⁷

Ook de Code van geneeskundige plichtenleer, opgesteld door de Nationale Raad van de Orde van de Geneesheren, stelt in artikel 98 enkel dat 'de beslissing

62. BAETEMAN, G., *Overzicht van het Personen- en Gezinsrecht*, I, Brussel, E. Story-Scientia, 1991, p. 44; DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, II/1, Brussel, Bruylant, 1990, p. 14.

63. DIERKENS, R., *Lichaam en lijk*, Brugge, Die Keure, 1962, nr. 30.

64. *Ibidem*, nr. 203.

65. Zie o.m. de regeling van de lijkopening, de lijkafstand, de transplantatie van organen, de begrafenis en de crematie.

66. *B.S.*, 14 februari 1987.

67. OSCHINSKY, N. en OSCHINSKY, Y., 'Prélèvements et transplantation d'organes', *J.T.*, 1987, 169.

om een einde te maken aan het kunstmatig overleven van een onomkeerbaar coma slechts zal genomen worden met inachtneming van de huidige medische kennis'.

B. IS EEN DOODSCRITERIUM NOODZAKELIJK?

In de rechtsleer bestaat er geen eensgezindheid over de noodzaak een doodscriterium in de wetgeving op te nemen.

In zijn openingsrede van 1 september 1971 stelde Procureur-Generaal bij het Hof van Beroep te Gent MATTHIJS dat 'het voor de jurist en voor de wetgever onmogelijk, en zeker niet gewenst is deze criteria in teksten te bepalen en derhalve daarin de dood te definiëren' (...) 'Zodanige wettelijke definitie zou zelfs gevaarlijk zijn, want snel voorbijgestreefd door de vorderingen van de biologie, zou zij in een korte tijdspanne onvolledig zijn en onbruikbaar worden' (...) 'Het is dan ook mijn persoonlijke overtuiging dat, ondanks de ontgoocheling die misschien talrijke geneesheren en biologen daardoor zullen opdoen, in de huidige toestand van de wetenschap het ogenblik nog niet is aangebroken voor het formuleren van een wettelijke definitie van de dood, gegrond op vaststaande criteria. De dood blijft een biologisch en is geen juridisch verschijnsel'.⁶⁸

Deze stellingsname leidt in de praktijk echter tot onzekerheid en onduidelijkheid, vooral bij de diagnose van de dood van beademde comateuze patiënten.⁶⁹ Men kan immers moeilijk aanvaarden dat elke arts zijn eigen doodsbegrip hanteert. Hierbij denken wij aan verschillende problemen.

Vooreerst stelt zich de vraag hoelang een arts geneeskundige zorgen moet verstrekken aan een bepaalde patiënt. Indien hij zijn behandeling te vroeg staakt zal hij immers vervolgd kunnen worden op basis van schuldig verzuim (art. 422bis Sw.). Interessant in dit kader is de zaak voor de Correctionele Rechtbank van Namen naar aanleiding van de dood van kunstschilder Luc PEROT. Deze werd opgenomen in het hospitaal St. Camille van Namen omdat hij verkeerde in het terminale stadium van de ziekte van Pick, welke gekenmerkt wordt door een ontaarding van de hersenen. Bij zijn opname kende de behandelende geneesheer de code NTBR: 'not to be reanimated' toe aan zijn medisch dossier. De schilder overlijdt de volgende dag. Zijn weduwe stelt zich burgerlijke partij bij de onderzoeksrechter en de geneesheer wordt vervolgd op basis van de artikelen 418, 419 en 422bis Sw. De vraag waarmee de rechtbank aldus geconfronteerd werd, was te weten of de arts terecht beslist had de reanimatieapparatuur niet te gebruiken.⁷⁰ De rechtbank oordeelde dat de dood van PEROT een onvermijdelijk gevolg was van de ziekte van Pick en sprak in haar vonnis van 25 oktober 1991 de geneesheer vrij. Nergens gaf de rechtbank aan op grond van welke criteria zij dit besluit velde. Zij liet zich dus helemaal niet uit over het begrip 'dood'.⁷¹

Vervolgens stelt zich de vraag vanaf welk ogenblik artsen straffeloos organen mogen verwijderen, een sectie mogen doen of het lichaam voor experimenten en onderwijs mogen gebruiken. Doen zij dit te vroeg, dan stellen ook zij zich immers

68. MATTHIJS, J., 'Bedenkingen ten behoeve van een transplantatiewet', *R.W.*, 1971-72, kol. 220.

69. Zie o.m. Pol. Hasselt, 30 juni 1986, *T. Vred.*, 1988, 253.

70. TOUSSAINT, P., 'La mort du peintre Luc Perot. Impérialisme médical?', *Journal des procès*, 18 oktober 1991, p. 12.

71. Corr. Namen, 25 oktober 1991, *Journal des Procès*, 31 oktober 1991, p. 26-27.

bloot aan vervolgingen op basis van artikel 418 Sw. Bovendien is het zo dat we moeten vaststellen dat vandaag ook in België een medische aansprakelijkheids- en verzekeringscrisis bestaat. Meer en meer artsen worden, o.m. als gevolg van de gewijzigde verhouding tussen de arts en de patiënt en zijn omgeving, met schadeclaims geconfronteerd.⁷²

Omwille van al deze praktische problemen pleit een deel van de rechtsleer dan ook, mijns inziens terecht, voor wetgeving betreffende de vaststelling van de dood. Dit teneinde de rechtszekerheid, zowel voor de patiënt als voor de geneesheer, te herstellen.⁷³ MATTHIJS stelt trouwens zelf dat de geneesheren de dood moeten vaststellen 'aan de hand van de meest veilige, adekwate en recente criteria en middelen verstrekt door de wetenschap'.⁷⁴ Er bestaan dus wel degelijk objectieve criteria om de dood vast te stellen! Dat deze criteria niet tijdloos zijn, in de zin dat ze onderhevig zijn aan de mogelijke ontwikkeling van de medische wetenschap, mag geen enkele verontschuldiging zijn om ze niet in het positief recht op te nemen. Een kenmerk van dat positieve recht is immers juist de eigenschap dat het in de tijd veranderlijk is en moet worden aangepast aan de evolutie in de maatschappij.

Zoals het omwille van het legaliteitsbeginsel belangrijk was het begin van het bestaan van de persoon te bepalen, zo is het dus evenzeer belangrijk het doodscriterium vast te leggen.

C. BEPALING VAN HET DOODSCRITERIUM

In de huidige westerse maatschappij wordt aangenomen dat het einde van het 'juridische' leven samenvalt met het einde van het 'medisch-biologische' leven.⁷⁵ Het doodscriterium dient dan ook noodzakelijkerwijze een medisch criterium te zijn.⁷⁶

Op dit punt doet zich geen disharmonie voor tussen het strafrecht en het burgerlijk recht.⁷⁷ Dit is ook niet aangewezen. Het zou immers kunnen leiden tot de vreemde toestand dat men voor b.v. fiscale zaken een ander doodscriterium gaat hanteren dan voor orgaantransplantatie.⁷⁸

Algemeen wordt aanvaard dat de mens meer is dan een lichaam: hij is drager van geestesgaven die hem onderscheiden van de andere levende wezens en waarbij lichaam en geest niet van elkaar te scheiden zijn.⁷⁹ Een lichaam dat niet anders

72. VANSWEEVELT, T., *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, Antwerpen, Maklu, 1992, nr. 1341 e.v.

73. Zie o.m. VAN TILL-D'AUBIN DE BOURRILL, H., 'Doodscriteria. Achtergronden van de verwarring en een poging tot verheldering', *T.P.R.*, 1974, p. 495-572; CAPRON, A. en KASS, L., 'A statutory definition of the standards for determining human death', *University of Pennsylvania Law Review*, 1972, I, p. 87-118.

74. MATTHIJS, J., 'Bedenkingen ten behoeve van een transplantatiewet', *R.W.*, 1971-72, kol. 221.

75. VAN TILL-D'AUBIN DE BOURRILL, H., *Medisch-juridische aspecten van het einde van het menselijk leven*, Deventer, Kluwer, 1970, p. 74.

76. GRADWOHL, B., *Legal medicine*, Bristol, John Wright & Sons, 1976, p. 50.

77. DEMEERSSEMAN, H., *De autonomie van het materiële strafrecht*, Arnhem, Gouda Quint, 1985, p. 18.

78. VAN TILL-D'AUBIN DE BOURRILL, H., 'Doodscriteria. Achtergronden van de verwarring en een poging tot verheldering', *T.P.R.*, 1974, p. 496.

79. BAETEMAN, G., *Overzicht van het Personen- en Gezinsrecht*, I, Brussel, E. Story-Scientia, 1991, p. 28; MATTHIJS, J., 'Bedenkingen ten behoeve van een transplantatiewet', *R.W.*, 1971-72, kol. 164; DIERKENS, R., *Lichaam en lijk*, Brugge, Die Keure, 1962, nr. 33.

dan op biologisch niveau kan reageren, wordt niet beschouwd als een persoon en wordt als dusdanig door het recht ook niet beschermd. Uit deze gegevens leidt men af dat de mens dood is bij het volledig en onomkeerbaar uiteenvallen van die psychosomatische eenheid.⁸⁰

Vroeger namen de artsen aan dat het einde van de menselijke persoon bepaald werd door het onherstelbaar uitvallen van hartslag en ademhaling. Dit is niet langer aanvaardbaar. De bloedsomloop en de ademhaling kunnen immers door apparatuur worden ondersteund of overgenomen. Vandaag wordt de cerebrale dood gezien als het juiste criterium voor het bepalen van het einde van het menselijk leven. De cerebrale dood wordt gedefinieerd als het volledig en onherstelbaar uitvallen van de hersenfunctie, inbegrepen de functie van de hersenstam.⁸¹

Het vaststellen van het tijdstip waarop de dood intreedt is in de huidige stand van de medische wetenschap niet mogelijk. Men heeft immers vastgesteld dat de dood een onderdeel is van een sterfproces.

De dood is 'dat ogenblik gedurende het sterfproces waarop een essentiële, zij het gedeeltelijke discontinuïteit optreedt in het overigens continu verloopend proces van lichamelijke achteruitgang, dat vanaf een ziekte of ongeval tot het einde der ontbinding voortduurt'.⁸² De dood is dus een proces dat zich geleidelijk voltrekt. Er bestaat een vrij langgerekte sequentie van doodgaan van de verschillende organen. Zo zullen ten gevolge van het zuurstoftekort dat in het lichaam ontstaat door de stilstand van de ademhaling of de bloedsomloop, na enkele minuten eerst de hersenen afsterven, na ongeveer 15 minuten de lever, na ongeveer 20 minuten de nieren en na ruim een uur het hart.⁸³

In het sterfproces onderscheidt men drie stadia: de schijndood, de klinische dood en de absolute dood.⁸⁴ 'De schijndood is de toestand waarbij de vitale functies in zulke mate zijn verhinderd, dat zij door geen uitwendig teken meer waar te nemen zijn. Niet alleen zijn de bewegingen, het gevoel, enz. afwezig, daarenboven zijn ook de bloedsomloop en de ademhaling zodanig verminderd, dat ze niet meer kunnen waargenomen worden. Toch kunnen de mensen die in zulk een toestand verkeren, soms tot het leven teruggebracht worden'.⁸⁵

De klinische dood verschilt van het vorige stadium enkel door de volledige en vooral verlengde opschorting van de bloedsomloop. Er is geen spontane terugkeer naar het leven meer mogelijk maar enkel dank zij de klinische wetenschap kan men in bepaalde gevallen een normaal leven herkrijgen.

De absolute dood volgt op de klinische dood. Het doodproces is dan zo ver gevorderd dat een terugkeer naar een normaal leven, zelfs met technische hulpmid-

80. VAN TILL-D'AUBIN DE BOURRILL, H., 'Doodscriteria. Achtergronden van de verwarring en een poging tot verheldering', *T.P.R.*, 1974, p. 506.

81. BAETEMAN, o.c., p. 45; zie hiervoor ook het advies uitgebracht door de Nationale Orde der Geneesheren in haar vergadering van 20 oktober 1984.

82. HIRSH, B.D., 'The medicolegal framework for clinical research in medicine', *Ann. New York Acad. Sci.*, 1970, p. 308-315.

83. VAN TILL-D'AUBIN DE BOURRILL, H., *Medisch-juridische aspecten van het einde van het menselijk leven*, Deventer, Kluwer, 1970, p. 61.

84. DEROBERT, L., *Médecine légale*, Paris, Flammarion, 1974, p. 155; CECCALDI, P.F. en DURIGON, M., *Médecine légale à usage judiciaire*, Paris, Ed. Cujas, 1979, p. 25.

85. TIMPERMAN, J. en PIETTE, M., *Gerechtelijke geneeskunde*, Brussel, E. Story-Scientia, 1988, p. 30.

delen, onmogelijk is. Alle functies, nodig voor het handhaven van het leven, zijn dan definitief en onomkeerbaar uitgevallen.⁸⁶

Alhoewel de geneeskunde bij de huidige stand van de wetenschap niet kan bepalen wanneer de toestand van dood zijn begint, kan zij wel achteraf constateren dat die toestand reeds begonnen is. Inderdaad bestaat er geen enkel zeker teken van de dood, maar het is mogelijk de dood vast te stellen wanneer er een geheel van tekenen, die elk op zichzelf onvoldoende zijn, samen voorhanden zijn.⁸⁷ Zo heeft een dode een iso-elektrisch EEG. Zulk een rechtlijnig EEG betekent op zich echter niet dat de persoon dood is. Een iso-elektrisch EEG kan ook veroorzaakt zijn door een herstelbare of gedeeltelijke stoornis van de hersenfunctie. Het moet dus aangevuld worden met andere waarnemingen.⁸⁸ Over de aard en de duur ervan bestaan internationaal in de medische literatuur verschillende valabele oplossingen.⁸⁹

Tussen deze oplossingen moet de Belgische wetgever een keuze maken teneinde de rechtszekerheid te herstellen. Hierbij verdient het aanbeveling dat de wetgever, aangezien de mens zo lang mogelijk als rechtssubject dient gehandhaafd te worden, restrictief te werk zou gaan. Hierbij dienen de artsen als vakspecialisten hun bijstand te verlenen.

De hele problematiek van het bepalen van de doodscriteria is natuurlijk onlosmakelijk verbonden met de problematiek van de transplantatie van organen.⁹⁰ Hoe verder het tijdstip van het aanvaarden of vaststellen van de dood verwijderd is van de werkelijke dood, hoe minder transplantaties er mogelijk zijn. De evolutie in de medische wetenschap laat toe om dat tijdstip aan de hand van steeds wisselende criteria dichterbij de werkelijke dood te brengen. Het opnemen van bepaalde criteria in de Wet heeft, omwille van het relatief starre karakter van die Wet, tot gevolg dat zekere nuttige organen voor transplantatie verloren gaan.

Dit probleem kan op praktische wijze worden opgelost: vermits men hoe dan ook vertrouwen moet geven aan de medische wereld voor het bepalen van die criteria, zou de wetgever zich er toe kunnen beperken te bepalen dat de dood moet worden vastgesteld volgens de actueel algemeen aanvaarde criteria in de medische wetenschap, criteria die door de Orde der Geneesheren periodiek aan haar leden zullen worden medegedeeld. Op die wijze vermijdt men enerzijds dat kostbare tijd verloren gaat door het niet aangepast zijn van de Wet. Anderzijds herstelt men de rechtszekerheid door aan de medische wereld de verplichting op te leggen uniforme criteria op te stellen voor gans België. Natuurlijk kan de wetgever hier zekere waarborgen aan toevoegen. Zo kan naar analogie met de Transplantatiewet van 13 juni 1986 worden bepaald dat de dood moet worden vastgesteld door een college van drie artsen.

86. DEROBERT, L., *o.c.*, p. 155.

87. TIMPERMAN, J. en PIETTE, M., *o.c.*, p. 31.

88. VAN TILL-D'AUBIN DE BOURRILL, H., *Medisch-juridische aspecten van het einde van het menselijk leven*, Deventer, Kluwer, 1970, p. 71

89. Voor een overzicht in historisch perspectief zie o.m. GRADWOHL, B., *Legal medicine*, Bristol, John Wright & Sons, 1976, p. 50-56.

90. Zie o.m. RAYMONDIS, L., 'Problème juridique d'une définition de la mort à propos des greffes d'organes', *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1969, p. 29-39; MATTHIJS, J., 'Bedenkingen ten behoeve van een transplantatiewet', *R.W.*, 1971-72, kol. 161-184 en kol. 209-236.

4. Besluit

Het bepalen van het begrip 'menselijke persoon' in het strafrecht is niet eenvoudig. Dit werk illustreert dat het hier zeker niet gaat om een eenduidig juridisch, zelfs niet om een louter medisch probleem.

Door een definitie te geven van de 'menselijke persoon' geven we immers aan vanaf welk ogenblik en tot welk ogenblik we bereid zijn te aanvaarden dat het menselijk leven behoort tot onze samenleving en het bijgevolg recht heeft op juridische bescherming. Het antwoord is dan ook tijds- en plaatsgebonden. Het weerspiegelt een maatschappijbeeld.

Wanneer we in de huidige westerse maatschappij spreken over de 'menselijke persoon', dan verstaan we daaronder alle mensen, zonder onderscheid naar geslacht, ras, godsdienst, politieke of andere overtuiging, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status.

De 'menselijke persoon' wordt gedefinieerd door de aanvang en het einde van zijn bestaan. Voor 1987 nam men in het strafrecht voor het bepalen van het begin van het bestaan van de persoon, het criterium over van het burgerlijk recht: het bestaan begon bij de geboorte als levend en levensvatbaar wezen.

Hierop kwam kritiek vanuit de leer van de autonomie van het strafrecht. De uitbreiding van de begrippen van het burgerlijk recht was immers weinig verenigbaar met de algemene systematiek van het Strafwetboek. In een arrest van 11 februari 1987 heeft het Hof van Cassatie dan ook geopteerd voor een eigen criterium: voor het strafrecht bestaat er een 'menselijke persoon' van bij de geboorte als levend wezen, zonder dat aan de voorwaarde van levensvatbaarheid moet voldaan zijn. 'Bij de geboorte' moet worden verstaan als 'tijdens de bevalling', waarbij men het criterium van de eerste barensweeën in aanmerking neemt.

De lege ferenda zijn we niet helemaal tevreden met dit criterium. Indien we immers aan de woorden de betekenis geven die ze in het normale taalgebruik hebben, bestaat de menselijke persoon dan niet reeds voor dat tijdstip? Het antwoord op deze vraag vereist een brede maatschappelijke discussie. Persoonlijk opteren we voor het criterium van de Franse rechtspraak, waar men spreekt van een persoon van zodra de foetus in normale omstandigheden levend en levensvatbaar ter wereld zou zijn gekomen.

Het einde van het leven van de persoon wordt bepaald door de lichamelijke dood. Tot nog toe heeft de wetgever er zich nooit over bekommerd de wetenschappelijke criteria voor de vaststelling van de dood te bepalen. In de rechtsleer bestaat er ook geen eensgezindheid over de noodzaak zulke criteria in de wet op te nemen. Praktische problemen tonen echter aan dat de dood omwille van het legaliteitsbeginsel moet worden gedefinieerd.

Het doodscriterium is noodzakelijkerwijze een medisch criterium. In België neemt men actueel aan dat de dood wordt bepaald door de cerebrale dood. Dit kan worden vastgesteld door een iso-elektrisch EEG, gecombineerd met een aantal andere waarnemingen. Over de aard en de duur van die andere waarnemingen bestaat geen eensgezindheid.

Gezien de permanente evolutie van de medische wetenschap en de band tussen het bepalen van het doodscriterium en de problematiek van de transplantatie van organen, pleiten wij ervoor dat de wetgever aan b.v. de Orde der Geneesheren zou

verplichten om periodiek doodscriteria te verspreiden onder haar leden. Dit zou de rechtszekerheid waarborgen, zonder dat we met de nadelen van het opnemen van vaststaande criteria in de Wet zouden worden geconfronteerd.

Van de wetgever wordt dus zowel voor het bepalen van de aanvang als van het einde van de menselijke persoon nog een ernstige inspanning verwacht. Deze criteria bepalen immers onze strafrechtelijke bescherming. Het lijkt ons evident dat dit niet kan zonder een voorafgaand multidisciplinair debat, waaraan ook de jurist zijn steentje moet bijdragen.