



Biotechnologische uitvindingen,
octrooi en informed consent

Pierre Saelen

“Truth lies in nuance”

Anatole France

*Voor alle CF- en CVS- patiënten,
voor alle CF- en CVS- onderzoekers
die ik de laatste jaren heb ontmoet,
omdat ik elk van hen
heb leren appreciëren als mens.*

BIOTECHNOLOGISCHE
UITVINDINGEN,
OCTROOIEN EN
INFORMED CONSENT

DE RELATIE TUSSEN DE VEREISTE
VAN VRIJE EN GEÏNFORMEERDE
TOESTEMMING EN DE OCTROOIEERBAARHEID
VAN UITVINDINGEN OP BASIS
VAN MENSELIJK LICHAAMSMATERIAAL

Pierre Saelen

*Wetenschappelijk medewerker
Centrum voor Intellectuele Rechten, K.U.Leuven¹*

*Promotor:
Prof. dr. Geertrui Van Overwalle*

¹ Adres voor correspondentie: CIR, Minderbroedersstraat 5, 3000 Leuven, tel: 016/32.37.52,
e-mail: pierre.saelen@law.kuleuven.ac.be

WOORD VOORAF

Enkel het schrijven op zich is een eenzame bezigheid, de intellectuele, maar ook emotionele activiteit waaruit dit schrijven is ontsproten, is dit bij lange niet. Dit juridisch rapport kon slechts tot stand komen dankzij de tussenkomst van velen.

Ik dank dan ook mijn projectpromotor, professor Geertrui Van Overwalle, omdat zij mij heeft gewezen op de twee fundamentele onderzoeksvragen die aan de basis van dit rapport liggen, namelijk hoe ethisch de informed consent-vereiste wel is en wat de begrippen openbare orde en goede zeden in het octrooirecht inhouden. Ook dank ik de directeur van ons Centrum voor Intellectuele Rechten, professor Frank Gotzen, voor de volledige intellectuele vrijheid die hij mij heeft gegund.

Verder wens ik ir. Paul Vancraesbeeck en Johan Verbruggen te bedanken voor de vele diepgaande intellectuele gesprekken die ik de voorbije twee jaren met elk van hen heb mogen voeren.

Samen met Stefan Coolsaet en Vinciane Vanovermeire en mijn vele tijdelijke 'roommates' hebben vooral zij er twee jaar lang voor gezorgd dat het centrum voor mij meer is geworden dan enkel een zakelijke werkplek.

Mijn erkentelijkheid gaat ook uit naar de Leuvense collega's van het Charles Taylor seminarie, in het bijzonder dr. Erik Claes voor de wijze waarop hij ons bij het lezen van het eerste deel van Charles Taylors "Sources of the Self" heeft begeleid. Dit seminarie heeft mijn onderzoek een hele stap vooruit geholpen. Ik kan enkel mijzelf verwijten dat ik het tweede deel, alsook enkele rechtstheoretische standaardwerken nog niet heb gelezen. Uitstel is echter nog geen afstel.

Dit onderzoek was slechts mogelijk dankzij de financiële bijdrage van de Vlaamse Raad voor Wetenschapsbeleid. In het bijzonder dank ik dr. ir. Elisabeth Monard en dr. Danielle Raspoet alsook voorzitter ere-rector Roger Dillemans voor hun geduld en praktische steun. Ook dank ik de leden van de VRWB en de stuurgroep voor de inhoudelijke kritieken waarmee ze mijn onderzoek hebben begeleid.

In het bijzonder dank ik de professoren Sigrid Sterckx en Dominique Willems van de Universiteit Gent voor hun interdisciplinaire kritiek.

Ik besef dat ik niet aan al hun opmerkingen heb kunnen tegemoetkomen. Tijd is daarbij slechts een mager excuus. Net zoals het biomedisch onderzoek naar menselijke aandoeningen, kan ook dit onderzoek nooit helemaal af zijn. Alle resterende incoherenties en fouten zijn dan ook enkel aan mezelf toe te schrijven.

Tenslotte dank ik de vele personen aan wie ik dit rapport opdraag, voor hun anonieme, maar substantiële bijdrage tot het welslagen van mijn onderzoek.

Leuven, 9 april 2002

Pierre Saelen

INHOUDSTAFEL

■	SAMENVATTING	15
■	INLEIDING	31
■	DEEL 1: INFORMED CONSENT	41
■	HOOFDSTUK 1: EEN JURIDISCH EN ETHISCH-FILOSOFISCH VERHAAL	43
■	HOOFDSTUK 2: VERKLARENDE EN RECHTVAARDIGENDE GRONDSLAGEN	45
	AFDELING 1: INLEIDING TOT HET ETHISCH-FILOSOFISCHE DEBAT	45
§1	Soorten ethiek en niveaus in het debat	45
A	Moraal en ethiek	45
	1 Definitie van moraal	45
	2 Definitie van ethiek	45
B	Subdisciplines en soorten discours	46
	1 Subdisciplines	46
	2 Normatief-ethische invalshoeken	47
	3 Een 'eng' en een 'ruim' ethisch-filosofisch discours	48
C	Uitgangspunt: het autonomiebeginsel en haar mensbeeld	50
§2	Verskillende opvattingen over de mens	52
A	De individualiteit van de mens	52
	1 Het individu: reductionistische versus niet-reductionistische opvattingen	52
	A Reductionistische	52
	B Niet-reductionistische	53
	2 De drie co-constitutie dimensies van het individu	53
	A De tijd-ruimtelijke dimensie	53
	I Een kwantitatieve en kwalitatieve mengeling	53
	II Het objectiveren van het menselijk lichaam	54
	III ... een begrensde mogelijkheid	54
	B De psychische dimensie	55
	C De sociale dimensie	56
	I Een sociaal gedetermineerd individu	56
	II De "paradox van de eindige vrijheid"	57
	3 Het individu als persoon...	58
	4 ... en de persoon als meervoudig individu	60
B	De autonomie van de individuele mens	63
	1 Het 'zelf' als autonome persoon	63
	2 Kants ideaal van de autonome persoon	64
	3 De adequate autonomie uit het werkelijke leven	65
	4 Een te grote klemtoon op het subjectieve en unieke	66
	5 Tot slot: een 'ruim' autonomiebegrip	67
C	De maatschappelijke invloed van het 'enge' autonomiebegrip	68
	1 Een succesvol maatschappelijk model	68
	2 Succesvol, mits...	70
	3 ... omwille van de huidige keerzijde van de medaille	71
D	Zelfbepaling als uitdrukking van onze autonomie	72
	1 Het streven naar authenticiteit – twee niveaus van discours...	72
	2 ... onder meer over gezondheid en geneeskunde	73

AFDELING 2: DE ETISCHE FUNDERING VAN INFORMED CONSENT	75
§1 Verschillende bio-ethische informed consent-concepten	75
A Ten gevolge van verschillende autonomieconcepten	75
B 'Enge' informed consent en de rationaliteit in het "toestemmingsspel"	76
C 'Ruime' informed consent en de zinvolheid van de toestemming	78
§2 Autonomie versus paternalisme	79
A Situering van het paternalisme in de geneeskunde	79
1 Paternalisme-'oude-stijl'	79
2 Paternalisme-'nieuwe-stijl'	81
B Het debat in een resultaatgerichte ethiek	82
C Het debat in een abstracte handelingsgerichte ethiek	83
1 Argumenten ten voordele van het paternalisme	83
A Intrinsieke oriëntering	83
B Savulescu's rationeel niet-tussenkomend paternalisme	84
C Wulffs inherent medisch paternalisme	86
D Beoordeling	86
2 Argumenten ten nadele van het paternalisme: de kritieken van Madder	87
3 Beoordeling van het debat in een abstracte handelingsgerichte ethiek	89
D Het debat in een context gevoelige handelingsgerichte ethiek	89
1 Bijkomend argument ten nadele van het paternalisme	90
A De immer ondoorzichtige toestemming	90
B Het bepalen van een substantiële autonomie	91
C Beoordeling en bijkomende vragen...	92
2 Bijkomend argument ten voordele van het paternalisme	93
§3 Een deconstructie van het debat	94
A Bescherming van het vertrouwen in de moderne geneeskunde	94
1 Informed consent ter bescherming van dit vertrouwen	94
2 Aanwijzingen tot deze conclusie	96
3 Het belang van het vertrouwen in de geneeskunde	97
4 Historiek van het vertrouwen in de geneeskunde	98
B Gevolgen voor de bio-ethiek	101
1 De begrensdsheid van de traditionele bio-ethiek	101
2 Het radicaal ethisch beantwoorden van het lijden om deze beperkingen te overstijgen	103
3 De onmogelijkheid om deze beperkingen te overstijgen	103
C De band tussen nut en lijden	105
1 Een objectiverende macht	105
2 Informed consent als praktisch antwoord op het lijden	105
AFDELING 3: DE WERKING VAN INFORMED CONSENT	107
§1 Huidige werking	107
A Vraagstelling	107
B Faden en Beauchamp betekenis (1) en betekenis (2) informed consent	108
C De verhouding tussen 'enge' en 'ruime' informed consent	110
1 Zoals gesteld door Faden en Beauchamp	110
2 Toegepast op dit rapport	111
§2 Potentiële werking	112
A Een potentieel Paard van Troje	112
B Het gebruik van menselijk lichaamsmateriaal	115
1 De tendens om het menselijk lichaam te objectiveren	115
2 De tendens om het menselijk lichaam te subjectiveren	116
3 Als uitdrukking van onze meervoudige individualiteit	117
4 Gevolg: onduidelijke beleidsopties	118

AFDELING 4: INFORMED CONSENT ALS SYMBOOL VAN ONZE DEMOCRATIE	120
§1 Benadering	120
§2 Bevindingen omtrent democratie...	121
A Democratie als hét antwoord	121
B Democratie als ideaal van maatschappelijk zelfbestuur	121
C Democratie als kritische theorie	122
D Democratie als adequate waardenmix	123
E Democratie als praktijk	124
§3 ... toegepast op informed consent	124
A Informed consent als hét antwoord	125
B Informed consent als ideaal van individuele zelfbepaling	125
C Informed consent als kritische theorie	126
D Informed consent als adequate waardenmix	127
E Informed consent als praktijk	127
AFDELING 5: BESLUIT	129
§1 Verantwoording van de omschrijving 'eng'/'ruim'	129
§2 Verklarende en rechtvaardigende redenen...	129
§3 ... als één onsplitsbaar geheel...	131
§4 ... en de gevolgen voor de rest van dit rapport	131
■ HOOFDSTUK 3: JURIDISCHE GRONDSLAGEN	133
AFDELING 1: EEN ETHISCHE BEVRAGING VAN HET RECHT	133
§1 De ethische dimensie van het recht...	133
§2 ... volgens de 'enge' ethiek	134
§3 ... volgens de 'ruime' ethiek	135
§4 De morele horizon van het moderne Westerse recht	136
§5 Het recht en de beantwoording van het lijden	137
AFDELING 2: DE INFORMED CONSENT-VEREISTE IN HET 'US TORT LAW'	138
§1 Ontwikkeld door het 'common law'	138
§2 Twee verschillende 'tort law theories of liability'	139
A Algemeen: al dan niet opzettelijk karakter van de 'tort'	139
B Hoofdonderscheid	140
C Bijkomend onderscheid, maar ook een gelijkenis	141
§3 De verschillende informatiestandaarden	142
A De 'professional practice standard'	142
B De 'reasonable person standard'	143
C De 'subjective person standard'	144
§4 Oorzakelijk verband bij 'negligence'	144
A De 'objective standard of causation'	144
B De 'subjective standard of causation'	145
§5 Besluit	145
A Een rationele invalshoek	145
B Het vertrouwen van de patiënt, maar ook dat van de arts	146

AFDELING 3: DE INFORMED CONSENT-VEREISTE IN DE CONVENTIE MENSENRECHTEN EN RAAD VAN EUROPA		147
§1	Algemene beschrijving van de Biomedische Conventie	148
A	Doelstellingen en werkwijze	148
B	De relatie tussen de Biomedische Conventie en het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden	149
C	Mogelijke beperkingen van de bepalingen van de Biomedische Conventie	150
	1 Beschrijving	150
	2 Voorlopige commentaar	151
D	Sanctionering van de inbreuken op de bepalingen van de Biomedische Conventie	151
E	Het van kracht worden en de potentiële internationale betekenis van de Biomedische Conventie	152
§2	Beschrijving van de informed consent-vereiste(n)	153
A	De algemene informed consent-vereiste	153
	1 Beschrijving	153
	2 Analyse	155
B	De bijzondere informed consent-vereiste voor bijzondere categorieën van personen	157
	1 Beschrijving	157
	2 Analyse	158
C	De bijzondere informed consent-vereiste voor bijzondere biomedische situaties	160
	1 Beschrijving	160
	A Indien fysisch invasief	160
	B Indien moreel invasief	161
	2 Analyse	162
	A Indien fysisch invasief	162
	B Indien moreel invasief: soms expliciete consent	162
§3	Informed consent en het verbod op winstoogmerk	163
A	Beschrijving	163
B	Analyse	164
§4	Besluit	166
■ HOOFDSTUK 4: OOK EEN OCTROOIRECHTELIJKE GRONDSLAG?		169
AFDELING 1: DE BIOTECHNOLOGIE RICHTLIJN EN INFORMED CONSENT		169
§1	Beschrijving van het wetgevend debat	169
A	Een verschijning te elfder ure	169
B	Het debat bij de Europese wetgever	171
C	Het voortwoeden van de discussie	173
§2	Analyse van het wetgevend debat	174
A	Opnemen of niet opnemen	174
B	De enge interpretatie door de Europese Commissie en de Raad	176
C	Het 'Belgische' voorstel	177
AFDELING 2: DE ETHISCHE BEVRAGING VAN HET OCTROOIRECHT		178
§1	De morele horizon van het octrooirecht	178
A	Het technische, maar niet ethisch neutrale karakter van het octrooirecht	178
B	Het octrooirecht als maatschappelijk positieve waardering van de techniek	179

§2	De toets van de 'openbare orde en goede zeden'	180
A	De invoering van de begrippen 'openbare orde' en 'goede zeden' in het octrooirecht	180
B	De concretisering van de begrippen 'openbare orde' en 'goede zeden' in de biotechnologie richtlijn	181
1	Een 'ethisch-technische' evenwichtsoefening	181
A	Met een delicaat karakter	181
B	Belangrijkste krachtlijnen in haar evolutie	182
2	Met als uiteindelijk resultaat	183
3	Beoordeling van het 'openbare orde en goede zeden'-luik	185
§3	De ethische bevraging van het octrooirecht	186
A	Een 'ruime' ethische bevraging	186
B	Een 'enge' ethische bevraging	187
C	Met een 'ruime' juridische bevraging op zoek	188
DEEL 2: OPENBARE ORDE EN GOEDE ZEDEN		189
HOOFDSTUK 1: PROBLEEMSTELLING EN KEUZE VAN INTERPRETATIEMETHODE		191
AFDELING 1: PROBLEEMSTELLING		191
AFDELING 2: DE INTERPRETATIEPROBLEMATIEK TAALKUNDIG BESCHOUWD		192
§1	De 'betekenis' van het woord betekenis in een algemene context	192
A	Een mededeling moet haar inhoud adequaat overbrengen	192
B	Een betekenis wordt altijd door de context beïnvloed	193
C	De kernbetekenis en de context verhinderen het arbitrair karakter van woorden	193
D	Meervoudige betekenissen en de objectiverende werking van een intersubjectieve consensus	194
§2	De 'betekenis' van het woord betekenis in een juridische context	195
A	Een normatieve of 'technisch-juridische' betekenis	195
B	De juridische context van deze normatieve betekenis	197
C	Keuze van de in acht te nemen context	198
§3	Overzicht van de bestaande interpretatiemethoden	198
A	Een zuivere zendercontext: het bestuderen van de voorbereidende werken	199
B	Het doorkruisen van een zender- en ontvangercontext	199
1	De grammaticale interpretatiemethode	199
A	Methodologie en doctrinaire onderbouw	199
B	Beoordeling	200
2	De systematische interpretatiemethode	201
A	Methodologie	201
B	Beoordeling	202
3	De historische interpretatiemethode	202
A	Methodologie	202
B	Beoordeling	204
C	Een zuivere ontvangercontext: de teleologische interpretatiemethode	204
1	Methodologie	204
2	Beoordeling	206
§4	De 'betekenis' van de woordcombinaties openbare orde en goede zeden in een juridische context	206
AFDELING 3: GEHANTEERDE INTERPRETATIEMETHODE		208
§1	Een synthetische interpretatiemethode	208
A	Een historisch-systematische afbakening van het onderzoekskader	208
B	... die in een systematisch-teleologische interpretatie overvloeit	209
1	Functie: privaatrechtelijk afbakeningscriterium	209
2	Toepasselijke contexten	210
3	Concrete invulling	210

§2	Volgorde van het onderzoek	211
■	HOOFDSTUK 2: DE OPENBARE ORDE EN GOEDE ZEDEN IN HET BELGISCHE INTERNE RECHT	213
	AFDELING 1: THEORETISCHE ANALYSE	213
§1	Twee cruciale begrippen	213
§2	Het begrip interne openbare orde	215
A	Inleiding	215
B	De betekenis van het begrip openbare orde in het Gerechtelijk Wetboek	216
	1 Afbakening van het te interpreteren systematisch-kader	216
	2 De voorganger van artikel 138, lid 2 Ger. W.: artikel 46 van de Wet van 20 april 1810	217
	A Rechtshistorische situering	217
	B Beschrijving van het debat	219
	I <i>De kernelementen in het debat</i>	219
	II <i>Het Cassatiearrest van 5 mei 1881</i>	221
	III <i>Het Cassatiearrest van 12 mei 1922</i>	223
	IV <i>Het Cassatiearrest van 22 maart 1923</i>	224
	V <i>Het Cassatiearrest van 3 mei 1958</i>	226
	C Commentaar	226
	3 Artikel 138, lid 2 Ger. W.	227
	A Het oorspronkelijke wetsontwerp: extensieve formulering	227
	B Correctie door de Raad van State: terug naar de restrictieve formulering	228
	C Het Hof van Cassatie: onveranderd standpunt	229
	4 Commentaar	230
C	De betekenis van het begrip openbare orde in het Burgerlijk Wetboek	231
	1 Afbakening van het te interpreteren systematisch-kader	231
	2 Rechtshistorische situering	233
	3 Beschrijving van het debat	236
	A Rechtspraak	237
	I <i>De opvatting van het Hof van Cassatie voor het arrest van 22 maart 1923</i>	237
	II <i>De opvatting van het Hof van Cassatie na het arrest van 22 maart 1923</i>	238
	III <i>De opvatting van het Hof van Cassatie sedert het arrest van 9 december 1948</i>	239
	IV <i>Commentaar</i>	239
	B Rechtsleer	240
	I <i>De rechtsleer tot aan De Page</i>	240
	II <i>De vernieuwing van De Page in 1933</i>	241
	III <i>De rechtsleer sedert De Page</i>	243
	4 Commentaar	245
	A De openbare orde verschilt van het algemeen belang	245
	B Teleologische ontleding van de opvatting van De Page	247
	C De noodzaak om het begrip goede zeden in relatie tot het begrip openbare orde uit te klaren	249
§3	Het begrip interne goede zeden	250
A	Uitgangspunt en werkwijze	250
B	De betekenis van het begrip goede zeden in het Gerechtelijk Wetboek	251
C	De betekenis van het begrip goede zeden in het Burgerlijk Wetboek	252
	1 Afbakening van het te interpreteren systematisch-kader	252
	2 Rechtshistorische situering	254
	3 Beschrijving van het debat	256
	A Rechtspraak	256
	B Rechtsleer	256
	I <i>De rechtsleer tot aan De Page</i>	256
	II <i>Het standpunt van De Page in 1933</i>	258
	III <i>De rechtsleer sedert De Page</i>	260

4	Commentaar	261
A	De goede zeden verschillen van "alle maatschappelijk aanvaarde zeden"	261
B	Teleologische ontleding van de opvatting van De Page	263
§4	Analyse	267
A	Vier assen	267
1	Uitgangspunt	267
2	Eng of ruim	267
A	De as van de domeinen van de maatschappelijke orde	267
B	De as van het wettelijk of niet-wettelijk bepaalde	268
C	De gradatie-as	269
D	De as van het abstract bepaalde of van de concrete situatie	269
3	Samengevat	270
B	Mogelijk nut van de tweedeling openbare orde/goede zeden	270
1	In het Gerechtelijk Wetboek	270
2	In het Burgerlijk Wetboek	271
C	Een sensu lato betekenis die de tweedeling soms overstijgt	271
AFDELING 2: DE GEOORLOOFDHEID VAN RECHTSHANDELINGEN		273
§1	De geldigheidsvoorwaarden van een rechtshandeling	273
§2	De niveaus van onderzoek naar het geoorloofd karakter van een rechtshandeling	274
A	Oppervlakkig onderzoek	274
B	Diepgaand onderzoek	274
AFDELING 3: DE INTERNATIONALISATIE VAN DE INTERNE OPENBARE ORDE EN GOEDE ZEDEN		275
§1	Rechtshistorische situering	275
§2	De diverse vormen van internationalisatie	276
A	Van de interne goede zeden	276
B	Van de interne openbare orde	277
1	Door externe referenties	277
2	Door internationale verdragen	277
3	Door een gemeenschappelijke Europese kern	278
§3	Commentaar	278
■ HOOFDSTUK 3: DE OPENBARE ORDE EN GOEDE ZEDEN IN HET INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT		281
AFDELING 1: PROBLEMATIEK		281
§1	Het verdraagzame internationaal privaatrecht	281
§2	Een begrensde verdraagzaamheid	282
AFDELING 2: ANALYSE		283
§1	Belgisch recht	283
A	Afbakening van het te interpreteren systematisch-kader	283
1	Overzicht van de wettelijke bepalingen	283
2	Situering van de syntaxis	284
B	Historisch-systematische situering	285
1	Rechtspraak	285
2	Rechtsleer	286
3	Teleologische verklaring	288
C	Het niet vermelden van de i.p.r.-goede zeden	290
§2	De internationale arbitrage	291

AFDELING 3: DE INTERNATIONALISATIE VAN DE NATIONALE I.P.R.-OPENBARE ORDE	292
■ HOOFDSTUK 4: DE OPENBARE ORDE EN GOEDE ZEDEN IN HET INTERNATIONAAL RECHT	295
AFDELING 1: DE WERKELIJK INTERNATIONALE OPENBARE ORDE EN GOEDE ZEDEN	295
§1 Problematiek	295
§2 Commentaar	296
§3 Besluit	297
AFDELING 2: DE 'EXCEPTIE' VAN DE INTERNE OPENBARE ORDE EN GOEDE ZEDEN	298
§1 Problematiek	298
§2 Principe	298
§3 Jurisprudentiële invulling en internationalisatie	299
■ HOOFDSTUK 5: EEN NOG ONAFGEWERKT BESLUIT	301
■ HOOFDSTUK 6: DE OPENBARE ORDE EN GOEDE ZEDEN IN HET OCTROOIRECHT	303
AFDELING 1: HET OUDE BELGISCHE DEBAT	303
§1 Rechtshistorische situering voor de BOW-1854	303
A Verticale en horizontale situering	303
B Voorbereidende werken	305
§2 Het Franse voorbeeld	306
§3 Rechtshistorische situering na de BOW-1854	307
§4 Rechtsleer	309
A Tot aan de Cassatiedefinitie van de interne openbare orde	309
1 Betekenis van de strijdigheid met de wetten, de goede zeden, of de veiligheid van de staat	309
2 Concrete invulling van de strijdigheid met de wetten, de goede zeden, of de veiligheid van de staat	311
A Voorbeelden waarover er eensgezindheid bestond	312
B Voorbeeld waarover er geen eensgezindheid bestond	312
B Sedert de Cassatiedefinitie van de interne openbare orde	314
1 Betekenis van de strijdigheid met de wetten, de goede zeden, of de openbare orde	314
2 Concrete invulling van de strijdigheid met de wetten, de goede zeden, of de veiligheid van de staat	316
AFDELING 2: ANALYSE	317
§1 Wijze van afbakenen	318
A Eerste as: de domeinen van de maatschappelijke orde	318
B Tweede as: het wettelijk of niet-wettelijk bepaalde	318
C Derde as: gradatie-as	319
D Vierde as: het abstract bepaalde of de concrete situatie	319
§2 Ongeoorloofde octrooibeschermining versus ongeoorloofde uitvinding	320
A De ongeoorloofde octrooibeschermining	320
1 Situering	320
2 Een ongeoorloofd voorwerp	322
3 Een ongeoorloofde externe oorzaak	323
B De ongeoorloofde uitvinding	324
1 Situering	324
2 Een ongeoorloofd voorwerp	326
3 Een ongeoorloofde externe oorzaak	328
4 Een ongeoorloofde beoordeling?	328

AFDELING 3: DE INTERNATIONALISATIE VAN DE OCTROOIRECHTELIJKE OPENBARE ORDE
EN GOEDE ZEDEN

§1	Soorten octrooiverdragen	329
§2	Aanloop: het internationale harmonisatieniveau	330
A	Historisch-systematisch kader	330
B	Artikel 4 Quater Unieverdrag van Parijs	331
	1 Beschrijving	331
	2 Analyse	332
C	Artikel 21, lid 6 PCT	333
	1 Beschrijving	333
	2 Analyse	334
§3	Uitdieping: het Europese harmonisatieniveau	334
A	Historisch-systematisch kader	334
B	Eerste fase: artikel 2 § a) van het Verdrag van Straatsburg	336
	1 Beschrijving	336
	2 Analyse	336
	A Permissieve bewoording, prohibitieve bepaling	336
	B Het verwerpen van de ongeoorloofde octrooi-bescherming, maar met overgangstermijn	337
	C Het aanvaarden van de ongeoorloofde uitvinding, mits voorwaarden	338
	D Het aanvaarden van de ongeoorloofde openbaarmaking van de uitvinding, mits voorwaarden	341
	E Geen ruimte voor toekomstige argumenten om niet te octrooieren	342
C	Tweede fase: artikel 53 § a) Europees Octrooiverdrag	343
	1 Beschrijving	343
	2 Analyse	344
	A Verplichte, maar begrensde ongeoorloofdheidsgronden	344
	B Het aanvaarden van de ongeoorloofde uitvinding, mits voorwaarden	345
	C Een 'technisch' ongeoorloofde octrooibescherming	346
§4	Mondiale harmonisatie	347
A	TRIPs	347
	1 Beschrijving	347
	2 Analyse	348
	A Permissieve bewoording, prohibitieve bepaling	348
	B Het gedogen van de uitsluiting van diagnostische, therapeutische en chirurgische methoden	349
	C Het aanvaarden van de ongeoorloofde uitvinding, mits onduidelijke voorwaarden	349
B	Gevolgen voor het EO	351
	1 In theorie	351
	2 In de praktijk	352
C	Gevolgen voor dit rapport: een onafgewerkt onderzoek	353
AFDELING 4: BEOORDELING VAN DE EVOLUTIE VAN DE VERDRAGSEXCEPTIE		354
§1	Onmogelijk, maar ook niet wenselijk, om ongeoorloofd tot stand gekomen uitvindingen niet te octrooieren	354
A	Nu niet mogelijk, maar in de toekomst	354
B	... niet wenselijk, want...	356
§2	Andere conclusies op basis van de evolutie van de verdragsexceptie	359
A	Geen trendsettende concretisering van de ethische dimensie	359
B	Wel het continu herbevestigen van een algemeen positief waardeoordeel	361
C	Wel een gegroeid 'ethisch' aanvoelend maatschappelijk onbehagen	362
D	Een bedreiging voor het open karakter van de openbare orde en goede zeden	364
E	Besluit: de noodzaak om de informed consent-vereiste adequaat te beantwoorden	366

■ DEEL 3: RESTERENDE OPTIES	367
■ HOOFDSTUK 1: INLEIDING	369
■ HOOFDSTUK 2: JURIDISCHE OPTIES	371
AFDELING 1: DE INTERNE BELGISCHE OPENBARE ORDE EN GOEDE ZEDEN	371
AFDELING 2: DE INFORMED CONSENT-VEREISTE ALS PATIËNTENRECHT	372
§1 Patiëntencontext is te eng	372
§2 Te zuiver juridisch als benadering	372
§3 Beperkt tot de nationale of de Europese context	373
§4 Nood aan een niet zuiver juridisch, wereldwijd antwoord	373
■ HOOFDSTUK 3: VOORSTEL TOT PRO-ACTIEVE, VRIJWILLIGE ZELFREGULERING	375
AFDELING 1: UITGANGSPUNT	375
§1 Lessen uit het verleden	375
§2 Enkele bestaande voorstellen en initiatieven	375
A Theoretische voorstellen	375
B Een praktisch initiatief	376
AFDELING 2: VOORSTEL: KWALITEITSLABELS	379
§1 Reden	379
§2 Aanpak	379
A Doelstellingen, criteria, opvolging	379
B Onbaatzuchtigheid, billijkheid tonen	381
C Actieve betrokkenheid van de patiënt(engemeenschap)	382
D Voorwaarde voor succes: een kleinschalig begin	382
§3 Twee labels	382
AFDELING 3: BESLUIT	383
■ ALGEMEEN BESLUIT	385
■ BIBLIOGRAFIE	389

SAMENVATTING

1 Deze samenvatting is bedoeld om de lezer reeds een elementair inzicht te verschaffen in de onderzochte problematiek, de daarbij gehanteerde werkwijze, de bekomen bevindingen en tenslotte in het geformuleerde voorstel om deze problematiek zo goed, maar ook zo praktisch mogelijk op te lossen.

Probleem hierbij is dat dit onderzoek ruwweg een kleine tiental verschillende invalshoeken heeft moeten hanteren. Voor de lezer van het volledige onderzoeksrapport is het geen evidentie om in al deze juridische, maar ook ethische en zelfs taalkundige domeinen thuis te zijn.

Het rapport probeert dit op te vangen door, voor zover mogelijk, alles zo eenvoudig, zo duidelijk, maar ook zo zakelijk mogelijk te beschrijven en te analyseren, waarbij aan de hand van vele vragen elk deelaspect vlot in het volgende deelaspect overvloeit. Hopelijk is dit opzet redelijk geslaagd.

Maar dit vormt nog geen garantie op een vlot leesbare en verstaanbare samenvatting voor de haastige lezer. Deze samenvatting gooit het dan ook over een andere boeg, maar zonder voor een sprookje te willen doorgaan... "Er was eens..."

2 Er was eens een patiënt in Californië, John Moore genaamd, van wie de milt moest worden weggenomen. Dit vormde de standaardbehandeling voor dit type aandoening. Moore had daartoe een informed consent-formulier ondertekend. Voordien had de arts reeds enkele cellen van de milt verwijderd om deze nader te kunnen onderzoeken. Moore herstelde goed, maar moest zich nadien geregeld laten controleren. De behandelende arts nam dan telkens wat lichaamsmateriaal van hem af.

Wat Moore echter niet wist, was dat de cellen van zijn milt bijzondere eigenschappen vertoonden. De arts had er daarom een cellijn uit ontwikkeld (dit is een verzameling cellen met eenzelfde afkomst), waarmee therapeutisch heel belangrijke stoffen werden vervaardigd. Omwille van hun commercieel belang had de universiteit van de arts een *octrooi* op deze cellijn en de daarmee te vervaardigen stoffen aangevraagd. Deze octrooiaanvraag vormde de basis voor enkele lucratieve contracten met de industrie.

Moore kwam dit alles uiteindelijk te weten en spande een proces tegen de arts en de universiteit aan. Uiteindelijk kwam de zaak voor het Hoog Gerechtshof van Californië, waar Moore slechts ten dele gelijk kreeg. Zo verwierp het Hof Moore's vordering wegens onrechtmatig gebruik van zijn lichaamsmateriaal, maar anderzijds erkende het wel zijn vordering wegens een ontoereikende *informed consent*. De arts had Moore immers niet meegedeeld dat hij als behandelende arts ook

betrokken kon zijn bij wetenschappelijke of economische projecten die zijn professioneel oordeel eventueel zouden kunnen doorkruisen. Nochtans was de voorgenomen ingreep levensnoodzakelijk voor Moore, die ze waarschijnlijk niet zou hebben geweigerd. Desalniettemin had de arts Moore's informed consent moeten bekomen.²

3 Deze problematiek vormt het voorwerp van dit onderzoeksrapport, maar dit vereist eerst een korte toelichting bij respectievelijk de begrippen octrooi en informed consent.

4 Het is namelijk zo dat in normale omstandigheden een uitvinder zijn uitvinding twintig jaar lang door de overheid kan laten beschermen, waardoor niemand anders die nog zonder zijn toestemming mag toepassen. Zijn toestemming zal dan natuurlijk van de (financiële) overtuigingskracht van de in de uitvinding geïnteresseerde partij afhangen, maar ook tussen de uitvinder en de overheid geldt het 'voor wat, hoort wat' beginsel.

De uitvinder moet immers beschrijven waaruit zijn uitvinding juist bestaat en wel zodanig dat iemand die in dit type techniek thuis is, deze kan namaken. Maar deze laatste moet dan nog wel twintig jaar geduld uitoefenen, voordat hij dit ook werkelijk kan doen. Doordat de overheid bekend heeft gemaakt dat zij deze uitvinding zo lang beschermt (= octrooi of patent verleent) en waaruit deze uitvinding nu wel allemaal bestaat, weten andere 'kandidaat-uitvinders' in ieder geval al dat ze deze uitvinding al niet meer moeten over doen.

De overheid gaat er daarbij van uit dat ze hierdoor twee vliegen in een klap slaat: kandidaat-uitvinders worden hierdoor gestimuleerd om de nodige onderzoeksinspanningen op te brengen (zoals geld, tijd en kennis) en de uitvinder wordt gestimuleerd om zijn uitvinding bekend te maken. Iets wat hij zonder octrooibescherming niet vlug zou doen, want iedereen zou zijn uitvinding dan zomaar zonder meer kunnen nabootsen. Hij heeft wel nog altijd de keuze om zo lang mogelijk zijn uitvinding geheim te houden, waarbij hij dan gewoon geen bescherming geniet voor de onvermijdelijke dag dat zijn uitvinding uitlekt of dat iemand anders die ook nog eens uitvindt. En met de huidige technologische en wetenschappelijke ontwikkelingen, kan die dag er heel vlug aankomen.

² Moore v. Regents of the University of California, 793, P2d, 479. Voor een gedetailleerde beschrijving van deze zaak, zie H. NYS, "Het nader gebruik van lichaamsmateriaal en biotechnologische uitvindingen" in G. VAN OVERWALLE, (ed.), *Octrooirecht, ethiek en biotechnologie* in CIR, XIII, Brussel, Bruylant, 1998, 168-169.

Deze verplichte openbaarmaking van de uitvinding is belangrijk omdat hierdoor de maatschappij veel meer kennis verwerft. Dit is dan wel kennis die anderen twintig jaar lang niet mogen toepassen, voor zover het de beschermde uitvinding zelf betreft, maar deze kennis kan hen nog altijd op nieuwe gedachten brengen. Bestaat er een betere stimulans om nog iets beters, iets anders te willen uitvinden, dan een bestaande uitvinding willen, maar niet te mogen toepassen?

5 Het octrooirecht vormt een bewijs van het grote belang dat onze maatschappij aan technologie en aan haar verdere ontwikkeling hecht. Wij beroemen er ons trouwens op dat wij tegenwoordig een technologische samenleving vormen. Onze maatschappij wenst dan ook om de wetenschappelijke en technologische ontwikkeling zo veel mogelijk te stimuleren, zij doet dit onder meer door uitvindingen octrooibeschermt te verlenen.

Zo leven we de dag van vandaag gemiddeld veel langer dan honderd jaar geleden, onder meer dankzij uitvindingen op medisch gebied: bijvoorbeeld nieuwe soorten geneesmiddelen, of precisierobotten om ons te opereren. Een van de meest beloftevolle technologische ontwikkelingen lijkt de biotechnologie te zijn, de eenentwintigste eeuw zou wel eens de eeuw van de biotechnologie kunnen worden.

De Biotechnologie Richtlijn van de Europese Unie heeft dan ook gesteld dat biotechnologische uitvindingen evengoed door octrooien kunnen worden beschermd.

Maar om zich te kunnen ontwikkelen, heeft de tak van de biotechnologie die zich op de mens richt, nood aan heel wat menselijk lichaamsmateriaal en aan de informatie die daarin vervat zit. Net zoals alle andere technologische sectoren, beschermt zij haar uitvindingen door middel van octrooien. Probleem is echter dat die John Moore en met hem vele anderen niet eens *weten* dat dit allemaal met hun lichaamsmateriaal gebeurt en dus zeker hun *toestemming* daartoe niet hebben verleend. Het gebruik van dit lichaamsmateriaal en de daaruit voortvloeiende uitvindingen en hun octrooibeschermt ontbeert het dan aan geïnformeerde toestemming, beter gekend als *informed consent*.

6 Dit rapport hanteert de term *informed consent* om de Amerikaanse wortels van dit begrip te beklemtonen alsook om aan te geven dat dit begrip niet zomaar op elke situatie waarin we een 'geïnformeerde' toestemming geven, van toepassing is. Per slot van rekening huwen we zogenaamd ook op basis van een 'geïnformeerde' toestemming. Of we ons dan wel degelijk goed genoeg hebben geïnformeerd, is nog een andere kwestie, zelfs al worden we tegenwoordig 'veiligheidshalve' eerst enkele jaren samen vooraleer we ons uitdrukkelijk aan elkaar willen binden.

Informed consent is dan ook een bijzonder begrip dat slechts op welbepaalde contexten van toepassing is. Wel is het zo dat dit aantal contexten steeds toeneemt. Zo ontstond informed consent omstreeks het begin van de twintigste eeuw in de Verenigde Staten van Amerika, terwijl de grote doorbraak er pas na de Tweede Wereldoorlog kwam, net zoals de grote oversteek naar Europa.

Informed consent dook het eerst op in rechtszaken over slecht afgelopen medische ingrepen (klinische context). Plots begonnen patiënten naar de rechter te stappen, toen zij ondervonden dat hun arts met hen iets gedaan had waarvan zij op voorhand niets af wisten en waarmee zij ook niet hadden ingestemd. In het begin van de twintigste eeuw was dit een totaal nieuw maatschappelijk gegeven. Sedertdien staat het naar de arts toestappen, niet meer gelijk met het toestemmen met om het even wat die arts nodig zou achten.

Bij de nazi-dokters was dit nog anders, daar stapten de patiënten zelfs niet naar hen toe. De nazi-gruweldaden die onder het mom van 'wetenschappelijk' onderzoek op onwillige gevangenen werden verricht, zijn maar al te goed bekend. Maar niet alleen de nazi-onderzoekers gingen hun boekje zwaar te buiten, want na verloop van tijd bleek dat ook onderzoekers in democratische landen zich in de jaren vijftig en zestig aan onmenswaardige praktijken hadden bezondigd. De onwetende slachtoffers-proefpersonen telden blijkbaar als *mens* niet mee, zij waren enkel een *voorwerp* van onderzoek. Sedertdien is het een vaststaand beginsel dat medisch, psychologisch of sociologisch onderzoek op menselijke *proef*personen slechts mag gebeuren na onder meer het bekomen van een informed consent. In de medische context is het uittesten van nieuwe geneesmiddelen op geïnformeerde en in toestemmende vrijwilligers (eerst op gezonde personen, pas nadien op patiënten) het best gekende en maatschappelijk het belangrijkste voorbeeld.

In de huidige derde fase breidt de informed consent-vereiste zich uit tot het gebruik van lichaamsmateriaal, zowel datgene wat om gezondheidsredenen tijdens een operatie moet worden verwijderd, als datgene wat om een andere reden wordt afgenomen, bijvoorbeeld voor het stellen van een diagnose, of voor wetenschappelijk onderzoek. Eenmaal het lichaamsmateriaal is afgenomen kan het ook voor andere dan de oorspronkelijke doeleinden worden gebruikt. Voor dit alles vereist de ethiek tegenwoordig ook een informed consent.

7 De Raad van Europa stelt dit immers uitdrukkelijk in haar Biomedische Conventie. Dit is een verdrag waarbij de staten die dit ratificeren zich engageren om de erin vervatte rechten in hun nationale wetgeving te beschermen. Voorlopig hebben nog maar weinig Europese landen dit gedaan, België is daar

nog niet bij. Deze Biomedische Conventie verbijzondert echter niet of de exploitatie van een uitvinding nog wel door de overheid mag worden beschermd, wanneer die uitvinding voortvloeit uit lichaamsmateriaal dat zonder geïnformeerde toestemming werd verkregen. Met andere woorden, het is onduidelijk of de overheid een dergelijke uitvinding nog wel mag belonen door anderen te verbieden dat zij zonder toestemming van de octrooihouder deze uitvinding zouden exploiteren.

Ook de Biotechnologie Richtlijn zegt hierover niets concreets, zij houdt het immers bij de *overweging* dat informed consent vereist is. Onder het motto "Wat niet verboden is, is toegelaten", ziet het er naar uit dat een dergelijke uitvinding nog wel octrooibeschermt kan genieten, maar is dit werkelijk ook zo en zelfs indien dit zo is, zou de wetgever dit niet beter veranderen?

Dit laatste is tot nog toe juist de bedoeling van de Belgische Wetgever. Het huidige wetsontwerp ontzegt immers octrooibeschermt aan uitvindingen die voortkomen uit het gebruik van menselijk lichaamsmateriaal, waarvoor de informed consent-vereiste niet werd nageleefd. De Belgische Wetgever gaat ervan uit dat zij dit kan doen, omdat zij bij het omzetten van de bepalingen van de Biotechnologie Richtlijn naar het nationale recht, nog over een zekere wetgevende interpretatievrijheid zou beschikken; anders zou de Europese wetgever wel een verordening hebben gebruikt. In de praktijk heeft de nationale wetgever echter vaak zo goed als geen bewegingsvrijheid meer.

8 Een jurist is hierbij niet enkel geïnteresseerd in de huidige wet en in de wijze waarop de rechters die toepassen, maar een jurist heeft daarnaast ook belangstelling voor de wijze waarop de toekomstige wet en rechtspraak er zouden kunnen uitzien. Vooral wanneer alles nog heel veel evolueert.

Bij gebrek aan een glazen bol, rest er niets anders dan te kijken naar de huidige maatschappelijke opvattingen en na te gaan waarop zij steunen en hoe dit alles evolueert of zou kunnen evolueren.

Dit is het zoeken naar verklaringen. Concrete maatschappelijke (en dus ook juridische) opvattingen en tendensen situeren zich in het maatschappelijke kader van wat de maatschappij allemaal als zedelijk goed of slecht beschouwt. Het is dan ook niet voldoende om verklaringen voor de steeds verdere uitdijning van de informed consent-vereiste aan te reiken, daarnaast is het ook nodig om na te gaan in hoeverre dit alles ethisch gerechtvaardigd is.

9 Door de band genomen, rechtvaardigen ethici de informed consent-vereiste door te stellen dat deze vereiste tegemoet komt aan het belangrijke ethische beginsel van de menselijke autonomie. De moderne ethiek stelt dat iedere mens autonoom moet kunnen zijn. Iedereen moet vrij zijn eigen normen kunnen

kiezen binnen de context van een maatschappij die zelf bepaalde ethische waarden aanhangt en ons bij onze keuze beïnvloedt. Onze maatschappij belijdt bijvoorbeeld een zo groot mogelijke mate van tolerantie voor de opvattingen van anderen. Precies dit ethische beginsel van tolerantie vormt een noodzakelijke voorwaarde om de menselijke autonomie mogelijk te maken. Dit toont meteen ook aan dat deze autonomie, dit kiezen van de eigen normen volgens dewelke men wil handelen, maar kan worden ingevuld in relatie tot de anderen, waarbij de andere als mens moet worden gerespecteerd.

Dit autonomiebeginsel zou zich tegen elke vorm van paternalisme verzetten. Dit 'op een vaderlijke wijze' opleggen van oordelen, van beslissingen aan iemand anders is immers een vorm van intolerantie, is een gebrek aan neutraliteit ten opzichte van de inhoudelijke opvattingen van de andere. Paternalisme staat dan voor het ontzeggen van autonomie aan de andere mensen, enkel de paternalist is dan (in die bepaalde context) autonoom.

Precies dit werd (en soms nog wordt) de medici nogal eens verweten. Zij zouden hun patiënten teveel als een ziek lichaam beschouwen dat kost wat kost moet worden genezen, bijvoorbeeld door er onderzoek op te verrichten. Zij zouden 'het doen van het goede' dan teveel vereenzelvigen met genezen, waarbij zij de rest, en dat is de patiënt als mens, over het hoofd zouden zien. Dit komt onder meer doordat onze moderne wetenschap om succesvol te zijn, zich vaak op slechts bepaalde aspecten focust, die het dan zo goed mogelijk probeert te begrijpen en daardoor kan beheersen. Daarbij wordt al het overige nogal eens over het hoofd gezien. En in de geneeskunde is dit nu eenmaal de mens als mens, die dan tot een te genezen of te onderzoeken voorwerp wordt herleid. Deze neiging bestaat natuurlijk nog veel meer bij reeds afgenomen lichaamsmateriaal.

Informed consent zou dus moeten bewerkstelligen dat de menselijke autonomie van de patiënt, van de donor, of van het onderzoekssubject, zou worden gerespecteerd. Tot zover zijn ethici het onderling min of meer eens, maar daar stopt het zo ongeveer. De ene beschouwt informed consent vooral als een procedure, een pak technische informatie en een document dat moet worden ondertekend. De andere beklemtoont dan weer dat informed consent geen eenmalig feit, maar wel een relationeel proces is. Lapidair gesteld, het 'ja' van de donor, moet inhoudelijk een 'ja' zijn en mag nooit slechts een 'vodje papier' zijn.

Gelukkig voor de jurist blijkt uit de ethische discussie dat beide zaken niet met elkaar in strijd hoeven te zijn, maar elkaar eigenlijk nodig hebben. Zo helpt het 'vodje papier' de omstandigheden te scheppen, waarin er zoveel mogelijk inhoudelijke ja's kunnen worden bekomen.

10 Maar dit zo belangrijke autonomiebeginsel vormt niet de enige ethische verantwoording en maatschappelijke verklaring voor het fenomeen informed consent. Informed consent tempert immers ook het wetenschappelijke en structurele machtsoverwicht van de medici en de onderzoekers in hun relatie tot de patiënt en de donor. Mede hierdoor draagt informed consent als techniek ertoe bij dat patiënten en donoren de andere partij blijven vertrouwen, ondanks dat die hen vaak tot een medisch, of wetenschappelijk interessant geval moet herleiden. Dit laatste mag dan wel geen extreme afmetingen aannemen.

Maar zelfs het in geringe mate herleiden van een mens tot een te genezen, te bestuderen voorwerp, veroorzaakt al een zeker lijden omdat die persoon zich *herleid* weet. Wij verlangen nu eenmaal allemaal dat wij door elkaar als mens, omwille van ons mens-zijn, zouden worden erkend. Wanneer dit niet of slechts ten dele gebeurt, voelen wij dit aan als een 'gemis', hetgeen lijden teweegbrengt. En waar er een zeker lijden is, ontbreekt vertrouwen. Wanneer informed consent als een inhoudelijke dialoog van mens tot mens wordt opgevat, kan het dit lijden, dit gebrek aan vertrouwen tegengaan.

Dit geldt voor beide partijen, zowel voor de patiënt, als voor de dokter, want ook de patiënt en de donor mogen de dokter en de onderzoeker niet als een financiële melkkoe beschouwen. Dit blijkt duidelijk uit de wijze waarop de Amerikaanse wetgever bepaalde ontwikkelingen in de Amerikaanse rechtspraak heeft teruggefloten. Informed consent helpt onder meer om *beide* partijen elkaar te doen vertrouwen.

Vertrouwen is nu eenmaal de noodzakelijke basis voor iedere bereidwillige medewerking, zeker in een maatschappij die op overredingskracht, op verantwoording steunt. Informed consent blijkt dan ook een heel belangrijk symbool van onze democratische samenleving te zijn en draagt daar ook toe bij. Kortom een maatschappij met een geneeskunde, met een biomedische technologie die van, door en voor de mensen is en waarbij informed consent de toelating is tot het toepassen van biomedische kennis en technologie op de burgers, door de burgers en voor de burgers.

11 Maar een echte democratie verlangt ook een zekere medewerking van haar burgers, in dit geval van haar patiënten en donoren. Wij worden immers allemaal zodanig door het wetenschappelijke en economische denken van onze maatschappij beïnvloed, dat wij soms de neiging vertonen om ook ons eigen lichaam als een voorwerp te benaderen. Het verkopen van wat lichaamsmateriaal zou zo wel eens een verleidelijke bron van inkomsten kunnen worden, vooral wanneer dit bijvoorbeeld slechts enkele bloedafnamen vereist.

Onze maatschappij staat dit echter niet toe. Zo stelt bijvoorbeeld de Biomedische Conventie dat de

donor met zijn lichaamsmateriaal geen winstoogmerk mag hebben. Er zou wel wat discussie bestaan over hoe scherp dit verbod wel geldt, maar dit valt buiten het kader van dit onderzoek. Wat wel mag, is het belonen van de geleverde intellectuele en andere inspanningen door de uitvinder die dit lichaamsmateriaal heeft gebruikt. Het octrooieren van de er uit voortvloeiende uitvinding mag dus wel. Daarnaast zijn wij allemaal geneigd om ons lichaam als een middel te beschouwen waarmee we aan ons leven zin kunnen geven, waarmee we 'goed kunnen doen'. De antimilitaristische donor zal zo niet enkel de militaire dienst weigeren, maar zal ook niet willen toestaan dat zijn lichaamsmateriaal voor militaire onderzoeksdoeleinden zou worden gebruikt. Iemand die zich verzet tegen het sterk economisch denken en handelen van onze maatschappij, zal misschien wel aanvaarden dat zijn lichaamsmateriaal voor wetenschappelijk onderzoek wordt gebruikt, maar zal waarschijnlijk niet toestaan dat de zo bekomen uitvinding door een octrooi zou worden beschermd. Kortom, wij wensen dat ook (het gebruik van) ons afgenomen lichaamsmateriaal in onze levensvisie past.

Praktisch zijn er echter grenzen, wij kunnen immers niet elk gebruik van ons lichaamsmateriaal tot in het detail regelen. In de mate dat dit niet mogelijk is en dit voor ons toch essentieel is, kunnen wij niet anders doen dan onze informed consent te weigeren. Wat natuurlijk gerespecteerd moet worden. De mate waarin de donor het gebruik van zijn lichaamsmateriaal gedetailleerd kan bepalen, is dan ook een evenwichtsoefening.

12 En evenwichtsoefeningen zijn iets waar het recht al altijd heel sterk mee vertrouwd is. (Vrouwe Justitia wordt dan ook altijd met een weegschaal in haar hand afgebeeld.) Een voorbeeld van een redelijk geslaagde juridische uitwerking van de informed consent-vereiste vormt de Biomedische Conventie. Informed consent verwordt er bijvoorbeeld niet tot een vodge papier en evenmin worden er starre of irrealistische procedures aan verbonden.

De concrete procedure hangt er van het soort context af. Zo vereist het gebruik van menselijk lichaamsmateriaal 'gepaste informatie en toestemmingsprocedures' afhankelijk van het privacy risico dat met het gebruik van dit lichaamsmateriaal gepaard gaat. Informed consent heeft dus ook te maken met het bewaren of opheffen van de privacy van de donor.

Daarnaast stelt de Biomedische Conventie heel duidelijk dat de lidstaten de door haar vastgelegde minimumnormen op een gepaste en proportionele wijze moeten beschermen. Concreet betekent dit dat de wetgever in een heel vlugge reactie moet voorzien om de overtreding te kunnen beëindigen, liefst om ze zelfs te voorkomen. De wetgever moet ook de gedane overtredingen zodanig bestraffen dat dit in

verhouding staat tot de zwaarte van de schending en van haar gevolgen voor het slachtoffer en voor de maatschappij.

13 De Biomedische Conventie spreekt zich niet uit over de vraag of het octrooirecht aan deze vereisten kan beantwoorden. Het antwoord hierop is echter dat dit niet zo is. Het octrooirecht kan immers nooit vlug genoeg reageren, want tussen het moment van de afname van het lichaamsmateriaal, het gebruik van dit lichaamsstaal, het bekomen van een uitvinding en uiteindelijk het verkrijgen van octrooi-bescherming, verlopen er vele jaren. Het octrooirecht kan evenmin proportioneel reageren. Het anderen de exploitatie van de ongeoorloofd tot stand gekomen uitvinding *niet verbieden*, ongeacht hoe zwaar de informed consent-vereiste wel werd geschonden, kan immers bezwaarlijk een proportionele sanctie worden genoemd. Tenslotte zou het octrooirecht de schendingen van deze informed consent-vereiste enkel dan kunnen bestraffen, wanneer er uit dit ongeoorloofd gebruik van lichaamsmateriaal uiteindelijk een uitvinding resulteert, wat lang niet met alle gebruikte lichaamsstalen het geval is. Het octrooirecht is dus in ieder geval niet het sanctieregime dat door de Biomedische Conventie wordt vereist, maar misschien kan het weigeren van octrooibeschermtng een uitstekende bijkomende sanctie vormen. Vooral het afschrikkingseffect zou dan belangrijk kunnen zijn.

In ieder geval zou het bij de octrooiverlening doen controleren of de informed consent-vereiste wel altijd werd nageleefd, een gigantische papiermolen op gang brengen. Een papiermolen die door de Biomedische Conventie voor het nader gebruik van lichaamsmateriaal niet wordt vereist. Meer nog, deze papiermolen zou een groot gevaar voor de privacy inhouden, terwijl dat de Biomedische Conventie de informed consent-vereiste voor het nader gebruik van lichaamsmateriaal juist verantwoordt op grond van het eventuele gevaar voor de privacy van de donor. Van een cirkelredenering gesproken...

Desondanks lijkt het er op dat de Belgische Wetgever nog steeds het niet naleven van deze informed consent-vereiste wil bestraffen door de er uit voortvloeiende uitvindingen octrooibeschermtng te weigeren, want het verlenen van octrooibeschermtng zou dan strijdig zijn met de openbare orde of de goede zeden. Dit is het enige argument waarmee een lidstaat van het Europees Octrooiverdrag een uitvinding die anders aan alle technische voorwaarden voldoet, toch nog op basis van haar eigen opvatting octrooibeschermtng kan weigeren. Of zij dit ook werkelijk kan en mag, hangt af van wat deze beide begrippen kunnen en mogen inhouden.

14 De openbare orde en de goede zeden komen in het recht vaak voor, hierdoor zijn zij geen klaar en duidelijke begrippen. De juridische discussie over de betekenis van beide begrippen is nogal vergelijkbaar met de ethische discussie over de verschillende opvattingen in de ethiek over wat de menselijke autonomie nu juist inhoudt. Het zijn in ieder geval fundamentele begrippen voor het recht. Het verwerven van een praktisch inzicht in de betekenis en in de functie van beide begrippen doorheen heel het recht was dan ook geen sinecure, maar aan de hand van een strikte combinatie van interpretatiemethodes is dit toch gelukt.

De zo bekomen vaststelling is dat deze begrippen in al deze uiteenlopende juridische contexten als functie gemeen hebben dat ze *absolute grenzen* aangeven. Nu bakent het recht wel vaker grenzen af, het betreft hier echter grenzen van een bijzondere aard. Het zijn namelijk absolute grenzen *die voor het voortbestaan van de gemeenschap essentieel zijn*. Zij geven dus aan waar de verdraagzaamheid voor de desbetreffende gemeenschap hoe dan ook stopt, omdat die gemeenschap anders de grondslagen van haar eigen maatschappelijke orde in het gedrang zou brengen.

De bespreking van de ethische verantwoording van de informed consent-vereiste heeft al getoond hoe belangrijk het autonomiebeginsel in onze Westerse, democratische rechtsstaten wel is. Ook bleek er dat de individuele autonomie samenhangt met verdraagzaamheid ten opzichte van de andere.

Verdraagzaamheid en een zo ruim mogelijke individuele autonomie vormen dan ook twee van de belangrijkste pijlers van onze democratische rechtsstaten. De openbare orde en goede zeden beschermen die door aan te geven vanaf waar deze verdraagzaamheid pas in een absolute onverdraagzaamheid omslaat.

15 Twee voorbeelden om dit even toe te lichten. Wij zijn allen autonoom om met elkaar overeenkomsten te sluiten, waaraan we dan verbonden zijn. Hebben we een bepaald aspect niet geregeld, dan kunnen we nog altijd op het recht terugvallen. We kunnen echter ook wel eens iets overeenkomen wat wettelijk niet mag. Het recht is echter zo verdraagzaam dat niemand dit kan inroepen om onze overeenkomst ongedaan te maken, tenzij de eiser daar een belang bij heeft. De enige uitzondering hierop is dat datgene wat we zijn overeengekomen, een wettelijke of zedelijke norm schendt die essentieel is voor het voortbestaan van onze maatschappelijke orde. Enkel dan toont de maatschappij zich absoluut onverdraagzaam en hoeft men er geen belang bij te hebben om deze overeenkomst door de rechter te doen nietig verklaren. Onze verdraagzame democratische rechtsstaten zouden immers een veel te grote onverdraagzaamheid vertonen, mocht iedere niet-belanghebbende elke ongeoorloofde overeenkomst kunnen doen nietig verklaren.

Het tweede voorbeeld betreft een proces tussen twee burgerlijke partijen. In onze verdraagzame maatschappijen aanvaarden we niet dat de overheid zich in een dergelijk geding als eisende partij zou kunnen opwerpen. Dat haar Openbaar Ministerie als pleitbezorger van het algemeen belang de rechter adviseert over deze aspecten van het geding die volgens haar het algemeen belang raken, is een andere zaak. Adviseren is nu eenmaal niet hetzelfde als in rechte vorderen. Wanneer de rechtszaak een situatie betreft die de grondslagen van onze maatschappelijke orde wezenlijk bedreigt, aanvaarden we dit dan weer wel. We aanvaarden zelfs dat het Openbaar Ministerie desnoods zelf een proces aanspant. Daarvoor hoeft er nog niet iets strafbaars te zijn gebeurd.

16 Wie het over de openbare orde en goede zeden heeft, heeft het dan ook automatisch over de individuele autonomie van ieder van ons en over de mate waarin onze maatschappij ons deze autonomie kan gunnen. De maatschappij gunt ons die (het is voor ons zelfs een recht) in zoverre dit haar voortbestaan niet bedreigt. Dit wordt aangegeven door de grenzen die de openbare orde en de goede zeden stellen. Maar niet in elk juridisch domein moeten deze grenzen op een identieke wijze worden aangegeven. Het verrichte onderzoek wijst uit dat het recht afhankelijk van het soort juridische context deze begrippen altijd zo eng mogelijk afbakt. De wijze waarop ze dit doet, verschilt echter naargelang de noodzaak om deze grenzen meer of minder ruim te stellen. Een enge afbakening van deze begrippen, duidt op een grote verdraagzaamheid, want houdt in dat de openbare orde en goede zeden zelden kunnen worden ingeroepen, waardoor het individu zo veel mogelijk ruimte krijgt om zijn autonomie te ontplooien. Aangezien wij ons steeds meer in een internationale context situeren, wordt deze (on)verdraagzaamheid steeds meer door deze internationale context ingevuld. Dit verplicht de nationale staten om zich te bezinnen over wat er nu werkelijk essentieel is voor dit voortbestaan van de grondslagen van hun maatschappelijke orde. Dit blijkt heel duidelijk in het octrooirecht, want ook in het octrooirecht hebben de openbare orde en de goede zeden als functie het eng afbakenen van de absolute maatschappelijke onverdraagzaamheid ten einde een zo groot mogelijke individuele vrijheid te waarborgen.

17 Maar juist in het octrooirecht is dit enigszins vreemd, want een octrooi is eigenlijk een verbod aan de niet-octrooihouders om deze uitvinding vrij te mogen toepassen. Het octrooirecht scheidt dus onvrijheid door de uitvinder de uitvinding voor een bepaalde tijd in eigendom te geven. Hierdoor geeft de overheid enkel aan de uitvinder een (keuze)vrijheid.

De uitvinder kan zo kiezen tussen het geheimhouden van zijn uitvinding of het door een octrooi laten beschermen. Van zodra zijn uitvinding van deze bescherming geniet, kan hij ze naar hartelust exploiteren, of daar anderen tegen vergoeding de toestemming toe geven. Voorwaarde is echter wel dat hij deze uitvinding ook werkelijk mag exploiteren en commercialiseren. Met andere woorden, dat hij, in zoverre dit wordt vereist, de nodige vergunningen weet te bemachtigen.

Het verlenen van een octrooi leidt immers niet tot een verlenen van een exploitatie- of commercialisatievergunning. Dit zijn twee onderscheiden zaken. Evenmin betekent het verlenen of publiceren van een octrooi dat de overheid deze uitvinding goedkeurt. Een overheid kan gerust niet akkoord gaan met de wijze waarop de uitvinding tot stand kwam en de uitvinder daar desnoods voor straffen zonder dat dit daarom een reden is om hem zijn octrooibeschermt te ontzeggen.

Het is reeds sedert 1854 dat de Belgische octrooiadministratie bij de individuele octrooiaanvraag geen afzonderlijk discretionair waardeoordeel meer mag vellen. Sindsdien komt het dus enkel de wetgever toe om te bepalen dat een bepaalde categorie van uitvindingen niet door middel van octrooien mag worden beschermd. De Franse Wetgever heeft dit bijvoorbeeld omstreeks 1850 voor farmaceutische bereidingen gedaan. Door het sluiten van octrooiverdragen hebben de staten zichzelf deze wetgevende vrijheid steeds meer ontzegd.

18 Sedert 1854 symboliseert elke individuele octrooiverlening dan ook het waardeoordeel van onze maatschappij dat technologie en haar verdere ontwikkeling *in globo* positief is voor onze samenleving. De technologie is er van, door en voor de maatschappij, zelfs indien een individuele uitvinding de morele afkeuring van de meerderheid van de bevolking wegdraagt. Dit laatste kan onder meer blijken door het feit dat haar exploitatie of commercialisatie of publicatie aan banden wordt gelegd, of zelfs totaal wordt verboden. De octrooihouder heeft dan brute pech, hij kan met zijn octrooi niet veel of in het geheel niets aanvangen.

Maar omwille van deze sterke symboliek ligt het vaak nogal moeilijk om aan een dergelijke ongeoorloofde uitvinding toch octrooibeschermt te verlenen. Bijvoorbeeld in de tijd dat abortus nog onder geen enkel beding mocht, werden uitvindingen die enkel maar voor abortus konden dienen, geacht in strijd met de openbare orde en de goede zeden te zijn. Bijgevolg werden dergelijke uitvindingen ook van octrooibeschermt uitgesloten, want ook dit zou strijdig zijn met de openbare orde en de goede zeden.

Het onderzoek van de wijze waarop in het octrooirecht deze grenzen van openbare orde en goede zeden werden afgebakend, toont aan dat deze grenzen nooit in hun meest nauwe betekenis werden

geïnterpreteerd. Met andere woorden, zij verboden en verbieden er meer dan wat voor het voortbestaan van de grondslagen van de maatschappij absoluut noodzakelijk is. Dit is een gevolg van de sterke symboliek van de octrooiverlening, alsook van het feit dat het verlenen van een octrooi, neerkomt op het beperken van ieders vrijheid ten voordele van de vrijheid van die ene octrooihouder.

19 De grote verandering kwam er met de octrooiverdragen. Een octrooi beschermt een uitvinding slechts op het grondgebied van de octrooiverlenende staat. Zeker de dag van vandaag is dit voor de uitvinder onvoldoende om de gemaakte kosten terug te winnen. Het is daarom belangrijk dat hij zijn uitvinding kan beschermen in alle landen waar de exploitatie van deze uitvinding belangrijk zou kunnen zijn. Daarom hebben vele landen hun octrooiwetgeving zoveel mogelijk op elkaar afgestemd. Zij deden dit aan de hand van verscheidene octrooiverdragen die elk een verschillend harmonisatiedoel nastreven. Al deze doelstellingen zouden echter kunnen worden ondergraven, indien een of andere staat zomaar wat uitzonderingssituaties zou kunnen opwerpen. Met andere woorden, niet de onderling overeengekomen verdraagzaamheid zou betonen. Daarom hebben de octrooiverdragen gaandeweg de ruime onverdraagzaamheid van de octrooirechtelijke openbare orde en goede zeden beperkt. Dit gebeurde telkens slechts in zoverre dit nodig was om de doelstellingen van elk specifiek verdrag niet te ondergraven. Ook de Belgische overheid heeft zich daartoe verbonden.

20 Zelfs de meest strenge octrooiverdragen laten nog steeds toe dat een verdragsstaat zich op de strijdigheid met zijn openbare orde of goede zeden beroept om een uitvinding toch geen octrooi-bescherming te verlenen, maar dit is aan strenge regels onderworpen. Tot op vandaag valt de onverdraagzaamheid van de openbare orde en goede zeden in het octrooirecht ruimer uit dan wat voor het voortbestaan van de maatschappij in haar essentie strikt noodzakelijk is. Hun onverdraagzaamheid is dus nog steeds ruimer dan in de overige juridische contexten.

Maar wat deze octrooiverdragen in ieder geval nooit toelaten, is dat (A) het verlenen van octrooi-bescherming aan een ongeoorloofd tot stand gekomen uitvinding in strijd zou zijn met de nationale openbare orde of goede zeden, tenzij (B) de overheid ook nog elke exploitatie van deze uitvinding zou verbieden, omdat ook de exploitatie en niet enkel de bescherming, van deze uitvinding de grondslagen van haar maatschappelijke orde zou bedreigen. Dit lijkt een irrealistische situatie te zijn, zeker wat betreft het niet bekomen van de vereiste informed consents.

Het huidige Belgische Wetsontwerp zegt wel A, maar niet B. De Wereldhandelsorganisatie die onder meer op de correcte naleving van TRIPs (een van de belangrijkste octrooiverdragen) toeziet, zal dit nooit dulden en zou België dan ook ter verantwoording roepen.

21 De begrippen openbare orde en goede zeden laten dus niet toe dat het niet-naleven van de informed consent-vereiste zou worden bestraft door de daar uit voortvloeiende uitvindingen geen octrooi-bescherming te verlenen.

Dit en andere voorstellen om via deze begrippen zogenaamd ethische beschouwingen in het octrooirecht binnen te loodsen zouden er enkel toe leiden dat deze begrippen er hun functie niet meer zouden kunnen vervullen. De octrooirechtelijke openbare orde en goede zeden bewerkstelligen immers dat de uitvinder van een zo groot mogelijke individuele vrijheid of autonomie zou kunnen genieten.

Hiervoor beperken zij de absolute maatschappelijke onverdraagzaamheid tot enkel datgene wat strikt noodzakelijk is voor het voortbestaan van de grondslagen van onze maatschappelijke orde.

Maar een dergelijke voorstel zou de werking van deze begrippen ook in de overige rechtstakken aantasten. Daarvoor zijn deze begrippen in al de onderzochte rechtstakken teveel met elkaar verbonden. Een dergelijke aantasting zou pas echt de grondslagen van onze maatschappelijke orde bedreigen.

22 Dit is het paradoxale aan het voorstel om de informed consent-vereiste in het octrooirecht af te dwingen. Een dergelijk voorstel is juist bedoeld om de autonome opvattingen van de donor zo adequaat mogelijk te beschermen, zodat het biomedische establishment deze opvattingen niet langer op een onverdraagzame wijze ter zijde zou kunnen schuiven.

Het kan echter nooit de bedoeling zijn om de bescherming van de individuele autonomie in een bepaalde maatschappelijke context zodanig te verabsoluteren, dat diezelfde autonomie in alle overige maatschappelijke contexten zou worden bedreigd, want dit zou twee van de belangrijkste juridische begrippen die deze individuele autonomie beschermen, ondermijnen.

23 Maar toch is het praktisch en ethisch noodzakelijk dat de biomedische sector voor het gebruik van menselijk lichaamsmateriaal zoveel mogelijk informed consents weet te bekomen, waarbij elke toestemming meer moet zijn dan slechts een getekend 'vodje papier'.

Daarom eindigt dit rapport met een voorstel om dit op basis van een vrijwillige zelfregulering door de biomedische sector te laten gebeuren. Kortweg komt het er op neer dat er een internationaal

kwaliteitslabel zou moeten worden gecreëerd, waarbij zowel de biomedische sector als de patiëntenorganisaties moeten worden betrokken. Het voorstel is voldoende bondig en kort opdat het voor deze samenvatting zou volstaan om naar het laatste hoofdstuk van dit rapport te verwijzen.

Enkel dient er nog eens te worden benadrukt dat dit geen 'kant-en-klaar' voorstel is. Een dergelijke paternalistische houding zou ongepast zijn. Het is veeleer een discussietekst, een aanzet tot het concreet uitwerken van wat nu precies wenselijk en haalbaar is. Maar uiteindelijk zal enkel de praktijk dit kunnen uitwijzen. Daarom is een kleinschalig begin met enkele proefprojecten absoluut noodzakelijk.

Het initiatief is nu aan de biomedische sector en aan de patiëntenorganisaties.

INLEIDING

A. PROBLEEMSTELLING

1 DE MAATSCHAPPELIJKE UITDAGINGEN VAN DE BIOTECHNOLOGIE

24 Biotechnologie is een verzamelterm die "verwijst naar het arsenaal van disciplines en technieken die gebruik maken van levende organismen of gedeelten ervan voor de productie van goederen en diensten."³

In de mate dat de biotechnologie steunt op de moleculaire biologie en op de erfelijkheidsleer vormt zij een geheel nieuwe industrietak.⁴ Deze 'nieuwe' biotechnologie, die hierna kortweg biotechnologie wordt genoemd, heeft zich de laatste decennia spectaculair ontwikkeld, een ontwikkeling die alleen maar lijkt te versnellen en steeds verder uit te deinen.

Zo slaagden de disciplines die zich binnen de biotechnologie op de mens en het menselijk lichaamsmateriaal richten, hierna kortweg de biomedische ~, er in om met betrekking tot de menselijke genetische grote vooruitgang te boeken. Deze vooruitgang zou te danken zijn aan de vergaande samenwerking tussen klinici en onderzoekers en tussen onderzoekers onderling. Een samenwerking waarin het uitwisselen van informatie of van lichaamsstalen die (tegenwoordig gemakkelijk ontcijferbare) genetische informatie bevatten, centraal staat. De mogelijkheden tot het uitwisselen van dergelijke informatie zijn met de nieuwste technologieën in de genetica en de informatica nog toegenomen en vooral veel gemakkelijker geworden.⁵

25 Deze spectaculaire ontwikkelingen van de biotechnologie bieden de moderne maatschappij het vooruitzicht op een hele resem maatschappelijke opportuniteiten. Tegelijk stelt diezelfde biotechnologische revolutie de moderne maatschappij voor een reeks gigantische en uiterst complexe uitdagingen, bijvoorbeeld door de praktijk om genetische informatie en lichaamsstalen uit te wisselen.

Deze uitdagingen vergen van de maatschappij een meervoudig antwoord. Dit rapport concentreert zich op de wijze waarop de *moderne Westerse* maatschappij dit antwoord probeert te formuleren. Dit rapport bestudeert slechts twee van die antwoordpogingen en hun onderlinge verhouding.

³ G. VAN OVERWALLE, *Octrooieerbaarheid van plantenbiotechnologische uitvindingen – Een rechtsvergelijkend onderzoek naar een rechtvaardiging van een uitbreiding van het octrooirecht tot planten* (verkort geciteerd *Octrooieerbaarheid*) in CIR, X, Brussel, Bruylant, 1996, 13.

⁴ G. VAN OVERWALLE, *Octrooieerbaarheid*, 14.

⁵ Zie B.M. KNOPPERS e.a., "Control of DNA Samples and Information", *Genomics* 1998, vol. 50, 397.

2 HET MAATSCHAPPELIJK ANTWOORD OP DIE UITDAGINGEN

a. De uitbreiding van de informed consent-vereiste

26 De enorme toename van het biomedisch gebruik en de daarmee gepaard gaande uitwisseling van menselijk lichaamsmateriaal, confronteert de moderne maatschappij met de vraag of de informed consent-vereiste ook in een dergelijke situatie geldt en zo ja, hoe dit dan kan worden afgedwongen.

27 Informed consent is geen eenduidig begrip. Er bestaat een veelheid aan meningen over wat nu de werkelijke betekenis van informed consent is. Voorlopig volstaat het om de meest elementaire definitie van informed consent te geven. Informed consent is de juridische of ethische *plicht* van de *professional* om een bepaald persoon over zijn voornemen ten aanzien van die persoon *te informeren* en op basis van de gegeven informatie daartoe *toestemming te verkrijgen*.⁶

28 Deze verplichting was tot voor kort maar op twee bijzondere contexten van toepassing. Historisch ontstond informed consent als vereiste voor de arts in de relatie met de patiënt, nadien breidde deze vereiste zich uit tot de onderzoeker die met menselijke proefpersonen werkt, zij het nu voor biomedische, sociologische of psychologische studies. Recentelijk wordt de informed consent-vereiste steeds vaker toepasselijk geacht op de professional die menselijk lichaamsmateriaal gebruikt, weze het nu voor wetenschappelijk onderzoek of voor commerciële doeleinden, ongeacht of dit lichaamsmateriaal al dan niet met die bedoeling werd afgenomen. Het niet actief betrekken van de donor bij het proces van uitwisseling van zijn lichaamsstalen of van de er uit verkregen informatie en het ontbreken van heldere regels hieromtrent, zou immers negatieve gevolgen kunnen hebben. Zo zou de goede verstandhouding bij de uitwisseling van lichaamsstalen wel eens kunnen verdwijnen. Een ander mogelijk negatief gevolg is dat de lichaamsstalen en hun informatie overbeschermd zouden worden.⁷

⁶ Woorden als 'hij of zij' en 'zijn of haar' worden in dit rapport zoveel mogelijk vervangen door geslachtsneutrale alternatieven. Waar dit niet mogelijk is, wordt de mannelijke vorm in een neutrale zin gehanteerd.

⁷ In die zin Knoppers die ook toename in de onverschilligheid ten aanzien van de gevoeligheid van genetische informatie als mogelijke uitkomst ziet. Zie B.M. KNOPPERS e.a., *l.c.*, 397.

b. Het uitbreiden van de octrooibeschermering tot biotechnologische uitvindingen

29 Daarnaast heeft het biomedisch gebruik van menselijk lichaamsmateriaal de moderne maatschappij met de vraag geconfronteerd wat ze met de daaruit voortkomende uitvindingen mag doen. De moderne Westerse maatschappij heeft immers een bijzondere relatie met uitvindingen. Technologie vormt een belangrijk kenmerk van deze maatschappij.

Zo is die moderne Westerse maatschappij onder meer bereid om uitvindingen door middel van octrooien te beschermen. Octrooien, die een intellectueel eigendomsrecht zijn, vormen een systeem dat ontworpen is om op het nationale niveau de commerciële exploitatie van elke uitvinding te beschermen, die nieuw en inventief is en industrieel kan worden toegepast.⁸ Octrooien verhinderen dat derden de geoctrooieerde uitvinding zonder toestemming van de octrooihouder zouden mogen exploiteren.

30 Aangezien biotechnologie onder meer het 'maken' van biotechnologische uitvindingen inhoudt, leidt het biotechnologisch gebruik van menselijk lichaamsmateriaal tot uitvindingen op basis van dit lichaamsmateriaal. De moderne biotechnologie stelt de maatschappij voor de vraag of dit soort uitvindingen, net zoals de overige uitvindingen, octrooibeschermering behoeft en verdient. Politiek werd hier eerder bevestigend op geantwoord.

c. Onafgewerkte antwoorden: de onduidelijkheid omtrent hun onderlinge verhouding

31 De conclusie is dat om de biotechnologische uitdagingen te kunnen beantwoorden, beide maatschappelijke fenomenen hun toepassingsdomein hebben uitgebreid. Beide aanpassingsprocessen zijn echter nog niet af, er resten nog onduidelijkheden die moeten worden uitgeklaard en verijnd. Zo is het onder meer nog onduidelijk hoe beide maatschappelijke fenomenen zich tot elkaar verhouden. Beiden werden zodanig uitgebreid, dat ze elkaar gedeeltelijk overlappen, met andere woorden ze zijn met

⁸ Art. 27 § 1 Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, including trade in counterfeit goods van 15 april 1994 (verkort geciteerd TRIPs, van kracht sedert 1 januari 1995), *Publ. L* 23 december 1994, 336/213; *B.S.* 23 januari 1997.

elkaar verbonden geraakt. Deze band is nog zodanig recent dat er nog onvoldoende inzicht bestaat over de wijze waarop beide fenomenen zich tot elkaar verhouden. Het ethisch-(octrooi)juridisch debat dat omtrent deze band is ontstaan, is er tot op heden nog niet in geslaagd om de nationale wetgever van voldoende duidelijke richtlijnen te voorzien.

32 De praktische nood aan dergelijke richtlijnen is sedert het recentelijk van kracht worden van de Biomedische Conventie⁹ en van de Biotechnologie Richtlijn¹⁰ duidelijk waar te nemen. Beide documenten zinspelen wel op die band, maar geen van beide spreekt zich daar ten volle over uit. Beide documenten vormen op het Europese niveau de juridische verschijningsvorm van de hoger beschreven maatschappelijke antwoorden op de uitdagingen die de biotechnologie ons stelt.

Ondanks deze onduidelijkheid zijn de Europese nationale wetgevers echter wel verplicht om hun nationale wetgevingen aan de vereisten uit *beide* juridische documenten aan te passen. Vooral de Belgische wetgever is zich van de noodzaak bewust om beide antwoordregimes met elkaar te doen overeenstemmen en beseft hoe moeilijk deze opgave wel is.

33 De maatschappij vergt van de wetenschap een inzicht in de onderlinge relatie tussen beide regimes, opdat beide regimes de biotechnologische uitdagingen *adequaat* zouden kunnen beantwoorden. Als gevolg van de steeds grotere maatschappelijke impact van de biotechnologie wordt het uitklaren van deze relatie er alleen maar belangrijker op.

⁹ Raad van Europa 19 November 1996, Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with Regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine (verkort geciteerd Biomedische Conventie), *DIR/JUR* (96) 14.

¹⁰ Richtlijn 98/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 juli 1998 "betreffende de rechtsbescherming van biotechnologische uitvindingen" (verkort geciteerd Biotechnologie Richtlijn), *PB. L* 30 juli 1998, 213/13-21.

B. DOELSTELLING VAN HET ONDERZOEK

34 Dit rapport beoogt (een aanzet te geven tot) het uitklaren van deze verhouding tussen de octrooieerbaarheid van biotechnologische uitvindingen op basis van menselijk lichaamsmateriaal en de ethisch-juridische informed consent-vereiste voor het gebruik van menselijk lichaamsmateriaal. Deze verhouding moet vanuit beide antwoordregimes worden uitgeklaard. Het voor dit rapport beschikbare tijds kader liet niet toe om alle ethisch-filosofische en juridische aspecten van deze verhouding volledig uit te klaren. Heel wat aspecten zullen nadien nog bijkomend op een diepgaande wijze moeten worden onderzocht. Behalve het al zoveel mogelijk uitklaren van deze band, beoogt dit rapport daarom ook om de reeds bestaande discussie te stimuleren en te verfijnen.

C. ONDERZOEKSMETHODE: EEN SPEUREN NAAR DE MAAT- SCHAPPELIJKE GRONDSLAGEN

35 Om deze band te kunnen uitklaren, speurt dit rapport naar de *maatschappelijke en juridische grondslagen* van zowel de informed consent vereiste, als van het moderne octrooirecht, als van de begrippen openbare orde en goede zeden, die volgens sommigen deze band juridisch zouden sanctioneren.

Maatschappelijke grondslagen duidt hier op de maatschappelijk fundamentele beweegredenen die aan bepaalde ethische of juridische opvattingen ten grondslag liggen.

Enkel het uitklaren van deze maatschappelijke beweegredenen en van hun dynamiek kan tot een correct inzicht in de daarop gebaseerde ethische en juridische opvattingen leiden.

36 In de vorige paragrafen werd de maatschappij systematisch omschreven als de *moderne Westerse maatschappij*. Dit rapport beperkt zich doelbewust tot deze maatschappelijke context, waarbij deze omschrijving niet als een tijd-ruimtelijke, maar wel als een metafysische afbakening dient. Dit begrip omvat dan alle maatschappijen over de hele wereld én doorheen de recente geschiedenis die doordrenkt zijn van de moderne Westerse metafysica en van haar twee meest duidelijke maatschappelijke bestanddelen, namelijk de democratische rechtstaat en het werkelijke kapitalisme (de ietwat sociaal gecorrigeerde vrije markt economie).

In wezen geven beide bestanddelen aan dat de Moderne Westerse maatschappij steunt op het fundamentele beginsel dat eenieder zich *in de praktijk* vrij moet kunnen ontwikkelen, onder meer op het politieke en economische domein. Alle door ieder individu genomen beslissingen vormen een *trial and error* proces dat deze moderne Westerse maatschappij voortdurend doet evolueren. De moderne Westerse maatschappij is dus vooral een *dynamiek van constante en vrije aanpassing aan een immer en steeds sneller veranderende omgeving*. Dit besef past goed bij onze moderne Westerse waarneming van onze wereld. Dit inzicht beïnvloedt de volledige aanpak van dit rapport.

37 Het verrichte onderzoek bestaat uit twee grote theoretische analyses die uiteindelijk tot een niet-juridisch, maar wel heel praktisch en concreet voorstel voor de biomedische sector leiden. Het eerste deel spitst zich op de informed consent-vereiste toe, terwijl het tweede deel haar focus op de begrippen openbare orde en goede zeden richt.

38 Na een heel korte schets (hoofdstuk 1) begint deel 1 met een analyse van het ethisch-filosofische discours over informed consent (hoofdstuk 2). Dit vormt de aanloop voor een relaas over de verhouding tussen de wijsgerige ethiek en het recht.

Dit relaas dient als basis om de bekomen ethisch-filosofische inzichten aan de juridische informed consent-vereiste te toetsen (hoofdstuk 3). Deze toetsing bestaat eerst uit een rechtsvergelijkend onderzoek van de wijze waarop de informed consent-vereiste in haar ontstaansdomein, namelijk in het U.S. tort law, wordt ingevuld. Nadien volgt een analyse van de informed consent-vereiste zoals die in de Biomedische Conventie wordt ingevuld.

De verwijzing in de Biomedische Conventie naar de Biotechnologie Richtlijn vormt de aanleiding om deze laatste meer van nabij te bestuderen (hoofdstuk 4). Nadat blijkt dat de informed consent-vereiste er enkel zou kunnen worden afgedwongen door zich te beroepen op de strijdigheid met het criterium van de openbare orde en de goede zeden, volgt een bespreking van de ontwikkeling van dit criterium in de Biotechnologie Richtlijn.

39 Daaruit blijkt dat er nog heel wat onduidelijkheid omtrent de begrippen openbare orde en goede zeden bestaat, waarop deel 2 deze sleutelbegrippen op een diepgaande wijze analyseert. Na een toelichting en verantwoording van de daarbij gehanteerde methodologie (hoofdstuk 1) komen enkele rechtstakken aan bod, die niet rechtstreeks met het octrooirecht te maken hebben (hoofdstukken 2-5). Deze rechtstakken dienen dan als basis om de begrippen openbare orde en goede zeden in een octrooirechtelijke context beter te kunnen begrijpen (hoofdstuk 6).

Tenslotte analyseert Deel 3 heel kort enkele alternatieve opties (hoofdstuk 2) en besluit het met een concreet praktisch voorstel (hoofdstuk 3).

¹¹ De juridische informatie waarop dit rapport steunt, werd bijgehouden tot 10 juni 2001.

40 Ondanks deze strikte opdeling is alles onlosmakelijk met elkaar verbonden. Daarom wordt er uitvoerig van kruisverwijzingen gebruik gemaakt. Vertrekpunt en eindpunt van dit alles vormt het voor onze moderne Westerse maatschappij zo cruciale autonomiebegrip, een begrip dat echter niet mag worden verabsoluteerd.

E. VERTREK PUNT: DE 'TELOORGANG' VAN HET RECHT ALS AUTONOME DISCIPLINE

41 Ooit werd het recht geacht een autonome discipline te zijn. Het recht werd toen opgevat als een rationele, niet met de buitenwereld relaterende en dialogerende discipline, of zoals Posner het omschrijft: "een onderwerp dat enkel toevertrouwd werd aan personen die in het recht en in niets anders waren getraind."¹²

Posner gaf deze omschrijving bij zijn bespreking van de opkomst en de neergang van het recht als autonome discipline in de Verenigde Staten van Amerika. Ondanks de 'regionale beperktheid' van Posners beschrijving is ze in zekere mate op alle Westerse rechtssystemen toepasbaar.¹³

42 Oorspronkelijk was het concept van het recht als een autonome discipline een politiek idee dat uit de zeventiende eeuw dateert. Omstreeks 1870 verkreeg dit idee academische ruggesteun. Dit geloof in het recht leek ook (juridisch) empirisch te worden ondersteund. Aangezien het recht door de andere wetenschappelijke disciplines niet al te grondig werd bestudeerd, konden die, bij gebrek aan belangrijke bevindingen, deze empirische bevestiging ook niet in twijfel trekken.

Deze autonome status van het recht hield uiteindelijk geen stand. Zo begonnen andere wetenschappelijke disciplines, zoals de economie, de filosofie en de politieke en sociale wetenschappen het domein van het recht te onderzoeken, wat andere (lees strijdige) empirische bevindingen met zich meebracht. Bovendien ging de politieke consensus in de jaren vijftig, zestig ook nog eens (in Europa, opnieuw) verloren.

43 Om als wetenschappelijk rapport relevant te kunnen zijn, poogt dit rapport dan ook om zoveel mogelijk rekening te houden met de gegevens en inzichten die de wijsgerige ethiek met betrekking tot de informed consent-vereiste bijbrengt. Op basis daarvan zal er worden gepoogd om een adequaat juridisch (begin van) antwoord te formuleren, zonder daarbij uit het oog te verliezen hoe moeilijk het kan zijn om een (politieke) consensus rond sommige van deze onderwerpen te bereiken.

Gezien deze moeilijkheid kan het al interessant zijn om de discussie vooruit te helpen door ze te verfijnen, maar ook door ze te stimuleren. Dit rapport stelt haar conclusies vaak nogal scherp, opdat zij juist een *prikkel* tot een open en diepgaande discussie zouden vormen.

¹² "[A] subject properly entrusted to persons trained in law and in nothing else." R. POSNER, "The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987", *Harvard Law Review* 1987, vol. 100, 762.

¹³ R. POSNER, *l.c.*, 761-780. Zie ook R. FOQUÉ, "De Autonomie van de rechtstaat", *Ars Aequi* 1995 (44), 675-677.

44 Het hoofdstuk over 'de verklarende en rechtvaardigende grondslagen' beschrijft hoe onze moderne metafysica twee verschillende autonomiebegrippen hanteert. Enerzijds is er een formeel, rationeel en afstandelijk concept (hierna 'enge' autonomie), anderzijds bestaat er ook een inhoudelijk, relationeel en dialogerend concept (hierna 'ruime' autonomie). Ook de discussie omtrent de autonome status van de juridische discipline situeert zich in dit relaas.

Het is immers in de maatschappelijke context van een zich ontwikkelend 'eng' ethisch-filosofisch discours dat het recht zich die autonome status had aangemeten. Dit vormde een van de vele toepassingen van de 'enge' autonomie gedachte, zoals de moderne positieve wetenschappen er een andere zijn.

Zo ook is dit zogenaamde verlies aan autonome status, dat het recht de laatste decennia zou hebben moeten incasseren, niet zozeer een verlies, dan wel een uiting van de geleidelijke opkomst van een 'ruim' ethisch-filosofisch autonomieconcept en van haar invloed op het recht. Het recht is met andere woorden bezig met naar dit nieuwe en 'ruime' autonomieconcept over te stappen. Een overstap die zich nog steeds verder moet voltrekken. Dit rapport poogt dan ook tot deze overstap bij te dragen.

Bij wijze van een vriendschappelijke speldenprik, wordt ook de autonomie van de wijsgerige ethiek bevraagd.

DEEL 1

INFORMED CONSENT

"Hominum causa omne ius constitutum – Alle recht komt tot stand ter wille van mensen."¹⁴

¹⁴ HERMOGENIANUS geciteerd door F. VAN NESTE, "Rechtspreken, ter wille van mensen" en "Ter wille van mensen – Persoonswaarden in het recht" (verkort geciteerd "Ter Wille") in F. VAN NESTE, *Ter wille van mensen*, Antwerpen, Maklu, 1997, respectievelijk 27-28 en 83.

HOOFDSTUK 1

EEN JURIDISCH EN ETHISCH-FILOSOFISCH VERHAAL

45 Informed consent heeft zowel een juridische als een ethische grondslag. De informed consent-vereiste ontstond in een juridisch kader, namelijk U.S. tort law. Het ethisch-filosofisch debat is van een iets latere datum. Tot op heden beheersen beide wetenschappelijke disciplines het informed consent-debat.¹⁵

46 Een chirurg mag tegenwoordig het been van zijn patiënt niet zonder toestemming van deze laatste amputeren, tenzij in bepaalde bijzondere situaties, zoals de hoogdringendheid die een noodtoestand kan vereisen. De toestemming van de patiënt kan enkel geldig zijn nadat de chirurg die patiënt de mogelijke voordelen en nadelen van de door hem overwogen amputatie heeft meegedeeld. Gelijkaardig hiermee is het feit dat een onderzoeker geen potentieel levensbedreigende onderzoeken op onwetende gezonde mensen mag verrichten.

Deze beide voorbeelden betreffen uitzonderlijke situaties waarvan we ‘spontaan’ aanvoelen dat die ethisch en juridisch onaanvaardbaar zouden moeten zijn. Er doen zich echter ook situaties voor waarbij er een subtiel evenwicht moet worden bereikt. De beide referentiekaders waaruit de informed consent-vereiste is ontsproten, formuleren voor dergelijke situaties soms een uiteenlopend antwoord. Zelfs binnen elk van die referentiekaders durven de meningen wel eens sterk uiteenlopen.

47 Het feit dat de beide referentiekaders met betrekking tot de informed consent-vereiste soms sterk op elkaar gelijkende beginselen en verantwoordingen bevatten, werkt verwarring in de hand. Ondanks deze gelijkenissen hanteert elk van beide referentiekaders de dagelijkse omgangstaal echter op een ‘autonome’ wijze. Dit autonoom taalgebruik spruit voort uit de normatieve functionaliteit van beide disciplines. Hiertoe herdefiniëren zowel de ethiek, als het recht bepaalde woorden uit de omgangstaal. Deze woorden krijgen dan een specifiek technische betekenis die voor de juridische of de ethisch-filosofische normatieve context relevant is.¹⁶

Om als jurist de ethische bevraging van het recht met betrekking tot de toepassing van het informed consent-beginsel beter te begrijpen wordt hierna dieper op het ethische discours ingegaan. Enkel mits een goed begrip van dit discours kan er een juridisch adequaat antwoord worden geformuleerd. Hierna volgt dan ook een ontleding van de ethisch-filosofische betekenissen van het informed consent-beginsel en van de ethische beginselen die er aan ten grondslag liggen.

¹⁵ R. FADEN en T. BEAUCHAMP, *A History and Theory of Informed Consent*, New York, Oxford University Press, 1986, 3 en 114-150.

¹⁶ Zie randnummers 375-382.

48 Deze aanpak verschilt van een historische benadering van de informed consent-vereiste, aangezien deze eerst in een juridisch kader tot stand is gekomen. Het jurisprudentieel kader waarbinnen de informed consent-vereiste het eerst tot stand kwam, heeft echter als intrinsiek nadeel dat dit onvermijdelijk een casuïstisch kader is. Rechtspraak kan nu eenmaal niet de voorliggende rechtszaken overstijgen en heeft bijgevolg een herhalend en onvolledig karakter. Zelfs de later ontstane wetgevingen behandelen vaak slechts enkele bijzondere problemen, in plaats van de gehele problematiek te codificeren.¹⁷

Het ethisch discours wordt echter niet door een dergelijke intrinsieke zwakte geplaagd. De ethiek bezit juist de 'luxe' om algemene normatieve beginselen en regels te kunnen ontwerpen.

¹⁷ Dit gaat zowel op voor Common Law als voor civiel rechtelijke rechtssystemen, ondanks dat beide rechtssystemen er in verschillende mate door worden gekenmerkt.

HOOFDSTUK 2

VERKLARENDE EN RECHTVAARDIGENDE GRONDSLAGEN

AFDELING 1

INLEIDING TOT HET ETHISCH-FILOSOFISCHE DEBAT

§1 Soorten ethiek en niveaus in het debat

A MORAALEN EN ETHIEK

1 Definitie van moraal¹⁸

49 Ethiek en moraal zijn geen synoniemen. Het woord moraal is afgeleid van het Latijnse *mos (mores)*, hetgeen zede(n) betekent. Moraal verwijst dan ook naar een sociaal gegeven, een sociaal instituut dat samengesteld is uit een geheel van gedragsnormen die vaag door de leden van die cultuur worden erkend. Met andere woorden, moraal is een "feitelijk geleefde gedragsconsensus", moraal is wat men doet.¹⁹ Elke samenleving of groep wordt immers gekenmerkt door de aanwezigheid van een bepaald normbesef, waaraan de leden zich bewust of onbewust houden.

Deze normen geven aan wat goed en wat slecht is en worden van generatie op generatie overgedragen. Dit betekent dat zij voorafgaan aan hun aanvaarding of verwerping door een bepaald individu. Deze normen steunen op een uitgesproken of onuitgesproken opvatting over wat het inhoudt om mens te zijn. Aangezien dit laatste veranderlijk is, zijn ook deze normen veranderlijk.

2 Definitie van ethiek²⁰

50 Zowel de menswetenschappen als de filosofie onderwerpen dit alles aan een systematische en kritische beschouwing. Beiden houden zich bezig met enerzijds de *grondslagen* van het menselijk handelen – zowel van individuen en groepen, als van de samenleving in haar geheel – en anderzijds met de *fundamentele tendensen* die in onze maatschappij leven.²¹

Terwijl de menswetenschappen speuren naar *verklaringen*, zoekt de filosofie naar *rechtvaardigende* redenen. Dit aspect van de wijsgerige (filosofische) beschouwing, wordt met de term ethiek aangeduid.

¹⁸ R. FADEN en T. BEAUCHAMP, *o.c.*, 4 en A. VAN DER AREND en Chr. GASTMANS, *Ethisch zorg verlenen – handboek voor de verpleegkundige beroepen*, Baarn, Intro, 1997, 18 en 21.

¹⁹ A. VAN DER AREND en Chr. GASTMANS, *o.c.*, 21.

²⁰ R. FADEN en T. BEAUCHAMP, *o.c.*, 4 en A. VAN DER AREND en Chr. GASTMANS, *o.c.*, 18-21 en 35.

²¹ J. VAN DER VEKEN, *Fundamentele Wijsbegeerte – Een historisch-systematische inleiding*, Leuven, H.I.W., 1985, 35.

Om geloofwaardig te zijn moet de ethiek daarbij vertrekken vanuit de doorleefde ervaringen van mensen. Daarbij bevragen ethici de geldende vooronderstellingen, beoordelen ze de ethische argumenten en stellen ze wijzigingen aan de bestaande opvattingen voor. De ethiek is dus "de wijsgerig verantwoorde wetenschap, die zoekt hoe de mens moet handelen, *rekening houdend met wat hij nu is*."²² Dit laatste betekent dat de ethiek bij haar werkzaamheden kritisch rekening moet houden met de verklarende redenen die door de menswetenschappen worden aangereikt.

51 Op basis van deze reflectie wordt gepoogd om het domein van de zeden meer helderheid, inhoud en correcte argumentatie te verlenen. Met andere woorden, de ethiek poogt de willekeur te overstijgen en de spontane ethische reflectie een breder draagvlak aan te reiken.

De ethiek heeft immers als doelstelling de mens te emanciperen "uit de ten onrechte als noodzakelijk geïnterpreteerde verhoudingen, in de richting van een echt menselijke maatschappij."²³ Daartoe pogen ethici om de zedelijke overtuigingen en gebruiken in een meer coherent, verdedigbaar en praktisch geheel te gieten. Ethiek heeft dus een verhelderende en opbouwende taak, ethiek als "een systematische begeleiding bij het maken van keuzen."²⁴

B SUBDISCIPLINES EN SOORTEN DISCOURS²⁵

1 Subdisciplines

52 De ethiek bestaat uit verscheidene subdisciplines, die elk een eigen functie hebben. Daartoe behoren onder meer de meta-ethiek, de beschrijvende ethiek en de normatieve ethiek.

De meta-ethiek analyseert of en in welke mate de verrichte ethische benaderingen wijsgerig-wetenschappelijk verantwoord zijn. Daartoe keurt de meta-ethiek het begrippenarsenaal, de ethische grondgedachten en de methoden (wijze van argumenteren) van de andere ethische sub-disciplines. De beschrijvende ethiek poogt het werkelijke menselijke handelen in samenhang met de economische, sociologische en psychologische context te beschrijven én te verklaren.

²² Zie G. MAERTENS, *Ethiek*, 1980, Acco, Leuven, 3. In dit rapport zal blijken dat het gecursiveerde deel niet altijd wordt toegepast. Het gaat hem hier dus eerder om een ideaal beeld van hoe de ethiek zou moeten zijn. Om de invloed van de filosofie op de ethiek te beklemtonen, hanteert dit rapport vaak de termen 'wijsgerige ethiek' en 'ethisch-filosofisch'.

²³ J. VAN DER VEKEN, *o.c.*, 35.

²⁴ A. VAN DER AREND en Chr. GASTMANS, *o.c.*, 35.

²⁵ Deze definities werden afgeleid uit het werk van A. VAN DER AREND en Chr. GASTMANS, *o.c.*, 21-28.

De normatieve ethiek behandelt de vraag wat ethisch verantwoord handelen is. Daarvoor zoekt het naar ethische criteria ter beoordeling van het menselijke handelen. Deze criteria leveren een bepaald beeld van het ethisch goede.

Meta-ethisch blijkt dat deze criteria niet enkel een bepaald beeld van het ethisch goede leveren, maar er zélf ook op steunen. Dit beeld van het ethisch goede hangt samen met een opvatting over wat mens-zijn inhoudt. Sommige (normatief-) ethische stromingen gaan hier (deels) aan voorbij en dienen daarom te worden bekritiseerd.

2 Normatief-ethische invalshoeken

53 Zo beschouwt een op resultaat gerichte ethiek (ook wel utilitarisme genaamd) het praktische resultaat (nut) als voornaamste beoordelingscriterium. De keuze van het gewenste praktische resultaat (productie van voorspoed of welzijn) en van de gebruikte argumentatiemethode 'sturen' echter het resultaat van die ethische beoordeling. Die keuze wordt stilzwijgend of uitdrukkelijk door een bepaald mensbeeld beïnvloed.

Deze ethische stroming is dan ook niet vrij van een sterk persoonlijk gekleurde betekenis van het te bekomen praktische resultaat, vaak omschreven als 'welzijn'. Dit geldt ook voor wat het goede is. Terwijl een verabsoluteren van het beginsel "zoveel mogelijk welzijn voor zoveel mogelijk mensen" altijd aan bepaalde individuen dreigt voorbij te gaan. Hetgeen deze laatsten forse schade kan berokkenen.

54 De handelingsgerichte ethiek (ook wel deontologische ethiek genaamd) hanteert net de omgekeerde benadering door de nadruk te leggen op de innerlijke kwaliteiten van de handeling zelf. In plaats van het resultaat is het uitgangspunt dan "de plicht om een bepaald ethisch beginsel te eerbiedigen". Dit leidt dan tot "een redeneren op basis van beginselen", ook wel "Principlisme" genaamd. Het werk van Faden en Beauchamp, *A History and Theory of Informed Consent*, is een goed voorbeeld van een dergelijke benadering.²⁶

²⁶ "[M]oral philosophy offers principles for the development and evaluation of moral arguments. Rights, duties, obligations, and the like derive from these principles. [] Such principles [] are the key to understanding the structure of moral reasoning employed so frequently in discussions of informed consent. Most of these principles are already embedded in public morality and policies, but only in a vague and imprecise form. The job of ethical theory is to lend precision without oversimplification." R. FADEN en T. BEAUCHAMP, *o.c.*, 5.

Volgens Faden en Beauchamp vormen drie ethische beginselen, namelijk autonomie, weldoen en gerechtigheid (autonomy, beneficence en justice) de ethisch-filosofische grondslag van de informed consent-vereiste.²⁷ Hun standaardwerk bestaat dan ook uit een beschrijving en een analyse van de soms conflictueuze relatie tussen deze beginselen met betrekking tot de informed consent-vereiste. Zo erkennen Faden en Beauchamp dat die conflictueuze verhouding tussen deze beginselen tot een zwaar afwegingsprobleem kan leiden om te bepalen welk beginsel er voorrang heeft.²⁸

55 Behalve deze eenzijdige benaderingen is er ook de optie om te kiezen voor een integrale benadering. Deze benadering erkent bij haar ethische evaluatie het gemeenschappelijke belang van doel, motivatie, gevolgen en omstandigheden van het menselijke handelen. In deze optiek kan een handeling slechts ethisch aanvaardbaar zijn, wanneer die zowel op het niveau van de gezindheid of houding, als op het niveau van de handeling zelf, als op het niveau van de veroorzaakte gevolgen aanvaardbaar is. Dit is echter moeilijk te beoordelen.²⁹

Een dergelijke benadering moet zowel rekening houden met de concrete ervaringen en omstandigheden, als een inhoudelijke (en gestaafde) visie op de mens en de wereld uitwerken. Zoals reeds in randnummer 51 werd aangegeven, hanteert dit rapport de menselijke persoon als centrale waarde én maatstaf.

3 Een 'eng' en een 'ruim' ethisch-filosofisch discours

56 Deze vaststelling dat er zowel een integrale benadering, als meerdere eenzijdige benaderingen mogelijk zijn, vormt de rode draad doorheen dit rapport en blijkt het duidelijkst in dit hoofdstuk. Omwille van de praktische haalbaarheid groepeerde dit rapport de verscheidene benaderingen in twee aan elkaar tegengestelde categorieën, namelijk de 'eng' ethische benadering en de 'ruim' ethische benadering. Deze opdeling gaat onvermijdelijk voorbij aan de rijke verscheidenheid aan ethische benaderingen en hun vele nuances.

Deze reductionistische tweedeling steunt op de vaststelling dat elk van de beide categorieën uitgaat van

²⁷ Ibid.

²⁸ R. FADEN en T. BEAUCHAMP, *o.c.*, 16.

Voor een kritiek op deze Principlistische benadering in het informed consent-debat, zie McGrath en de door haar vermelde auteurs, P. McGRATH, "Autonomy, Discourse, and Power: A Postmodern Reflection on Principlism and Bioethics", *The Journal of Medicine and Philosophy* 1998, vol. 23, no. 5, 516.

²⁹ Zie A. VAN DER AREND en Chr. GASTMANS, *o.c.*, 29.

een verschillende opvatting over ethiek. Een 'enge', eerder formeel-procedurele opvatting contrasteert er met een 'ruime', meer inhoudelijke, meer substantiële opvatting. Hierna vermeldt dit rapport beide categorieën gemakshalve als 'enge' en 'ruime' ethiek. Deze tweedeling en haar gevolgen komen bij de analyse van de betekenis van de informed consent-vereiste en van het onderliggende autonomiebeginsel uitgebreid aan bod.³⁰

57 Steunend op een meta-ethische kritiek rekent dit rapport zich tot de 'ruime' ethiek. Dit hoofdstuk poogt om aan de hand van een kritische beschrijving en analyse van het ethisch-filosofische debat de onvolkomenheden van dit huidige debat bloot te leggen. Hiertoe gaat het de geldigheid van de verscheidene aanspraken na.³¹

Hierbij stelt zich echter de moeilijkheid dat de meeste auteurs bij het ontwikkelen van hun argumenten en aanspraken niet aangeven of hun benaderingen tot de in dit rapport gehanteerde categorieën van 'enge' of 'ruime' ethiek behoren. Een adequate beoordeling van iedere informed consent-theorie vergt dat die eerst in de juiste categorie worden ondergebracht.³²

³⁰ Deze aanpak is gebaseerd op het feit dat sommige auteurs, zoals Lustig, aangeven dat het ethisch-filosofische debat uit verschillende niveaus bestaat. Elke ethische theorie situeert zich op een van die niveaus. Daarbij ontwikkelt elk van die theorieën aanspraken met betrekking tot informed consent. Zie A. LUSTIG, "Concepts and Methods in Recent Bioethics: Critical Responses" (verkort geciteerd "*Concepts and Methods*"), *Journal of Medicine and Philosophy* 1998, vol. 23, 452. Zie ook J. TAELS, "Ethiek en autonomie. Een socratisch perspectief" in UFSIA. CENTRUM GRONDSLAGEN VAN HET RECHT (ed.), *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, 16. Angelsaksische auteurs gebruiken ook wel eens de term "seculiere" ethiek in plaats 'enge' ethiek, zie C. CAMPBELL, "The Crumbling Foundations of Medical Ethics", *Theoretical Medicine and Bioethics* 1998, vol. 19, 146.

³¹ Voor een jurist is het een zware opgave om met eigen woorden de kracht van het ethische debat even treffend weer te geven. Daarom bevat dit hoofdstuk, in tegenstelling tot de rest van dit rapport, een ruime waaiër aan citaten in voetnoot. Alhoewel dit hoofdstuk uitdrukkelijk op het ethische debat inspeelt, steunt het ook op enig 'veldwerk', met name een reeks gesprekken met, of het beluisteren van gesprekken tussen, chronische patiënten (voornamelijk patiënten met mucoviscidose (CF), of met het chronisch vermoeidheidssyndroom (CVS)) en hun organisaties. Af en toe bevatten de voetnoten in dit hoofdstuk dan ook een treffend citaat uit een dergelijk gesprek. De in dit hoofdstuk geformuleerde inzichten steunen dan ook op een kritisch overdenken van deze ervaringen in samenhang met de opgedane ethisch-filosofische kennis.

³² Of zoals Lustig het formuleert: "Determining which level of discourse is under scrutiny affects our assessments of the adequacy of a particular ethical method." A. LUSTIG, "Concepts and Methods", 452.

C UITGANGSPUNT: HET AUTONOMIEBEGINSEL EN HAAR MENSBEELD

58 Dit hoofdstuk steunt op een continue verwondering omtrent de wijze waarop het debat wordt gevoerd, namelijk haar nagenoeg exclusieve focus op het autonomiebegrip. Deze verwondering mondt uit in een praktische kritiek. Dit hoofdstuk stelt dat het huidige ethisch-filosofische informed consent-debat zich veel te sterk toespitst op de rol van het autonomiebegrip als (al dan niet) ethisch *rechtvaardigende* redenen.

Hierdoor gaat het ethisch-filosofische debat voorbij aan de mogelijke *verklarende* redenen voor de opkomst en de blijvende aanwezigheid van de informed consent-vereiste in de biomedische context van onze moderne Westerse maatschappij.³³ Deze kritiek doet geen afbreuk aan het grote belang van het autonomiebegrip en erkent de vele interessante inzichten die het autonomiedebat ons oplevert. Dit hoofdstuk ontbloot deze verklarende redenen door het ethisch-filosofische autonomiedebat grondig te analyseren en te bevragen. Deze verklarende redenen bestaan uit enkele *maatschappelijke gegevens* die ons als individu onbewust in de bestaande maatschappelijke structuren doen schikken, vervolgens een existentiële noodzaak en tenslotte informed consent als een symbool van onze democratische samenleving dat ons aanspreekt, ons oproept als lid van die democratische samenleving.³⁴

59 Deze bevinding houdt meteen in dat het normatief-ethische aspect van dit hoofdstuk en van dit rapport niet beperkt blijft tot een plichtsethiek, maar nog veel meer een oproep, een aanzet wil zijn tot meer en diepere ethische bewogenheid. Kortom deze verklarende redenen dragen ertoe bij dat de ethische argumentatie die de informed consent-vereiste rechtvaardigt, meer nuances en diepgang verkrijgt.

60 De volgende inleidende paragraaf laat deze kritieken van de meta-ethiek op de 'enge' ethiek reeds ruimschoots aan bod komen. Deze inleiding situeert meteen de wijze waarop het huidige informed consent-debat in de tweede afdeling wordt beschreven en geanalyseerd.

Aangezien het onderwerp zodanig ruim is en er reeds zodanig veel literatuur over bestaat, kunnen noch alle auteurs ter zake, noch alle aspecten van het huidige informed consent-debat aan bod komen. Deze

³³ Voor het onderscheid tussen verklarende en rechtvaardigende redenen, zie randnummer 50.

³⁴ Het blootleggen van deze maatschappelijke beweegredenen is precies een afgeleide onderzoeksdoelstelling van dit rapport. Zie randnummer 35.

aanpak heeft als risico dat hierdoor sommige auteurs of sommige aspecten onrecht worden aangedaan. Waarvoor mijn excuses.

Het einde van de tweede afdeling onthult reeds twee verklarende redenen die nu niet of onvoldoende in het informed consent-debat aan bod komen. Allebei, maar voornamelijk de eerste reden, komen in de derde afdeling terug aan bod, zij het nu eerder vanuit een concrete, vanuit een praktische invalshoek, namelijk wat met de bevindingen van afdeling twee aan te vangen.

Uiteindelijk besluit de vierde afdeling met het blootleggen van de derde onbekende grondslag van de informed consent-vereiste en brengt die samen met de beide andere grondslagen én met het zo belangrijke autonomiebeginsel tot één samenhangend geheel van verklarende en rechtvaardigende redenen.

Hetgeen meteen het besluit van afdeling vijf uitmaakt. Deze bevinding dat alles één samenhangend geheel vormt, dient dan als uitgangspunt voor het vervolg van dit rapport.

61 Eerst vervolgt deze inleidende afdeling met een bespreking van het autonomiebeginsel zoals dit, zoals elk ander ethisch beginsel, op een zeker concept van de mens, het 'zelf', steunt.

Zoals al aangegeven, leiden uiteenlopende opvattingen over het mens-zijn tot uiteenlopende ethische beginselen, die nog eens uiteenlopend worden geïnterpreteerd. Dit gegeven verklaart de huidige tweedeling in een 'enge' en een 'ruime' ethiek.

Ondanks alle nuttige nieuwe inzichten die sommige wetenschappelijke disciplines ons al hebben opgeleverd, ontbreekt de empirische zekerheid omtrent "wat zeker tot het 'zelf' behoort." Als gevolg van deze empirische onzekerheid moet iedereen op een of andere *theorie* over het 'zelf' steunen.³⁵

Het doet er niet toe of dit impliciet, dan wel expliciet gebeurt.

Hierna volgt eerst een verkenning van de huidige antropologische opvattingen. Nadien volgt een analyse van de daar uit resulterende ethische waarden die de formulering van de informed consent-vereiste beïnvloeden.

³⁵ Voor zover het Principlisme voor dit rapport werd bestudeerd, lijkt deze benadering niet bepaald veel aandacht te besteden aan een goed begrip van het 'zelf'. Zo hebben Faden en Beauchamp het terloops over "[T]he unknowns [] of what really belongs to the self." R. FADEN en T. BEAUCHAMP, *o.c.*, 268. Nochtans kunnen de principlistische theorieën omtrent het autonomiebeginsel niet anders dan gebaseerd zijn op een bepaald (eventueel impliciet) begrip van het 'zelf'.

§2 Verschillende opvattingen over de mens

A DE INDIVIDUALITEIT VAN DE MENS

1 Het individu: reductionistische versus niet-reductionistische opvattingen

62 De filosofie poogt om het 'zelf', ook wel het individu genaamd, te definiëren. Het individu betekende oorspronkelijk het ondeelbare, het onherleidbare.³⁶

A REDUCTIONISTISCHE

63 De evolutie naar steeds hogere niveaus van abstractie en objectivering leidde ten tijde van de Verlichting tot een mensbeeld waarbij de mens werd opgevat als zijnde het spirituele, rationele subject van zijn bewustzijn. Zowel met betrekking tot ons bewustzijn als tot onze lichamelijke werking werkt dit antropologisch concept *herleidend*. Het herleidt bewustzijn tot geestelijke substantie en lichamelijke werking tot een object en een oorzaak van ons bewustzijn, hetgeen een dualistische voorstelling van de mens inhoudt.³⁷

Een filosofische theorie die dit Dualisme verwerpt is het Materialisme. Materialisme ontkennt het bewustzijn of herleidt het op zijn minst tot louter materiële processen. Bijvoorbeeld het Behaviorisme, dat een specifieke stroming binnen het Materialisme is, herleidt de mens tot een louter mechanisme dat op stimuli reageert.³⁸ We blijken een uitermate geconditioneerd 'ik' te zijn.³⁹ In werkelijkheid kan het bewustzijn (bijvoorbeeld intenties) niet tot louter fysische processen worden herleid.⁴⁰

³⁶ W. WEYNS, "Het 'meervoudig individu'. Een essay over zelfbeschikking in de postmoderniteit" in UFSIA. CENTRUM GRONDSLAGEN VAN HET RECHT (ed.), *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, 95.

³⁷ P. REYNAERT, "Het subject en zijn lichaam" UFSIA. CENTRUM GRONDSLAGEN VAN HET RECHT (ed.), *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, 56.

³⁸ Het Materialisme ontsproot aan sommige bevindingen van de moderne psychologie.

³⁹ G. VANHEESWIJCK, "Zelfbeschikkingsrecht of authenticiteit? Twee modaliteiten van de menselijke autonomie" in UFSIA. CENTRUM GRONDSLAGEN VAN HET RECHT (ed.), *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, 43.

Wij blijken echter ook een uitermate sociaal geconditioneerd ik te zijn. Zie randnummers 72-76 .

⁴⁰ P. REYNAERT, *l.c.*, 57. Zie ook F. VAN NESTE, "Genetica en samenleving" (verkort geciteerd "Genetica en samenleving") in F. VAN NESTE, *Ter wille van mensen*, Antwerpen, Maklu, 1997, 305.

B NIET-REDUCTIONISTISCHE

64 Sommige filosofische stromingen uit de twintigste eeuw pogen om een rijker, een ruimer begrip van het 'zelf' te bekomen, een begrip dat hierdoor ook meer realistisch zou zijn, dat dus meer met de werkelijkheid zou overeenstemmen. Hiervoor definiëren die filosofische stromingen het individu als drager van zowel geestelijke als van lichamelijke eigenschappen.⁴¹

Deze lichamelijke en geestelijke eigenschappen vooronderstellen elkaar wederzijds. Zij zijn co-constitutief voor onze individualiteit. Om praktische redenen synthetiseert dit rapport de diverse inzichten die de diverse filosofische stromingen en disciplines hebben aangereikt, tot een enkel *hedendaags* concept van het 'zelf'. Deze werkwijze doet onvermijdelijk afbreuk aan de rijkdom van deze inzichten.

2 De drie co-constitutieve dimensies van het individu

A DE TIJD-RUIMTELIJKE DIMENSIE

I *Een kwantitatieve en kwalitatieve mengeling*

65 Alhoewel het lichaam voor het individu co-constitutief is, kan deze laatste er nog steeds van worden onderscheiden.⁴² Het individu zal zijn identiteit niet verliezen wanneer zijn lichaam een zekere continuïteit of homogeniteit zou verliezen. Zijn lichaam is zijn fysisch continuüm dat, voornamelijk sedert de recente biomedische doorbraken, op een zonderlinge mengeling van kwantitatieve en kwalitatieve elementen steunt.⁴³

Onze fysische continuïteit heeft zowel nood aan bepaalde essentiële organen, zoals het hart of de lever, die behoorlijk moeten functioneren (het succes criterium voor orgaantransplantaties), als aan een tot op heden onbepaalde minimum hoeveelheid aan hersenmassa.⁴⁴

⁴¹ P. REYNAERT, *l.c.*, 56.

⁴² P. REYNAERT, *l.c.*, 64.

⁴³ Sedert duizenden jaren kunnen we bepaalde lichaamsdelen missen, zoals bijvoorbeeld de ledematen. Recentelijk kunnen we ook bloed, lichaamsweefsel en zelfs organen aan iemand anders doneren. De laatste decennia hebben ons geleerd dat al onze lichaamscellen (met uitzondering van de hersencellen) continu door nieuwe cellen worden vervangen. Dankzij orgaantransplantatie kunnen we andermans organen krijgen, we kunnen zelfs dierlijke organen, zoals die van varkens, krijgen. Onze eigen hersenstamcellen kunnen worden gekloond en nadien in onze hersenen terug worden ingeplant. In al deze voorbeelden blijven we hetzelfde individu. P. REYNAERT, *l.c.*, 53-55 en 60.

⁴⁴ P. REYNAERT, *l.c.*, 53-55.

II *Het objectiveren van het menselijke lichaam...*⁴⁵

66 Deze kwalificatie van onze fysische continuïteit (een dimensie waartoe het individu niet kan worden herleid) maakt het mogelijk om onze kwalitatieve, functioneel constitutieve lichaamsdelen te *objectiveren*. Zij zijn vervangbaar zonder dat dit onze identiteit wijzigt.

Deze praktijk om te objectiveren is het cultureel-historische gevolg van een evolutie naar steeds hogere niveaus van abstractie. Een dergelijke objectivering van ons lichaam doet zich geregeld voor.

Rekening houdend met de spectaculaire successen van de biogeneeskunde kan dit zelfs als zinvol worden beschouwd.

III *... een begrensde mogelijkheid*

67 De mate waarin ons lichaam kan worden geobjectiveerd, is nochtans begrensd: alhoewel we zowel ons, als andermans, lichaam kunnen objectiveren, kunnen we dit lichaam *niet op dezelfde wijze* als andere fysische zaken objectiveren.

Wanneer iemand anders mijn lichaam zou willen objectiveren, moet die om dit te kunnen doen, eerst een *abstractie maken* van de zinvolheid van mijn lichaam als expressie van mijn bewustzijn. Wanneer ik mijn eigen lichaam zou objectiveren, zou ik het *perspectief* moeten *innemen* van iemand anders die mijn lichaam objectiveert.

68 Door dit uit te leggen toont Husserl aan dat een dergelijke objectivering, in tegenstelling tot de objectivering van andere fysische zaken, inter-subjectiviteit vooronderstelt.⁴⁶ Deze abstractie van het menselijke lichaam houdt in dat het menselijke lichaam wordt *weggedacht* als zijnde co-constitutief voor onze individualiteit⁴⁷, bijgevolg kan het lichaam in werkelijkheid nooit louter een object zijn. Het menselijke lichaam moet dus als een integraal deel van ons bewustzijnsproces worden begrepen.

69 Het menselijke lichaam geeft niet alleen uitdrukking aan ons bewustzijn, maar het blijkt ook een beweeglijk waarnemingsorgaan te zijn, een waarnemingsveld. Waarneming is fysisch: wanneer we een object aanraken, nemen we tegelijkertijd datgene dat we aanraken, waar als zijnde ons lichaam die dat object aanraakt. Dit is de dubbele rol van ons lichaam.

⁴⁵ P. REYNAERT, *l.c.*, 62-63.

⁴⁶ P. REYNAERT, *l.c.*, 61.

⁴⁷ Bijvoorbeeld de wijze waarop wij ons kleden.

Hieruit besluit Husserl dat het bewustzijn fysisch is en dus ons lichaam bewust is. Husserl noemt dit het bewuste subject, het "fysische subject". Ons lichaam heet dan het beweeglijke waarnemingsorgaan, of het "subjectieve object".⁴⁸ *Deze antropologische ambiguïteit beïnvloedt ons juridisch systeem, dat ten opzichte van het menselijke lichaam bijgevolg evenzeer ambigu blijkt te zijn.*⁴⁹

B DE PSYCHISCHE DIMENSIE

70 In de psychische dimensie blijken onze *rationele mogelijkheden beperkt* te zijn.⁵⁰ Daarenboven heeft de psychoanalyse aangetoond dat ons bewustzijn meer blijkt te zijn dan enkel de rationaliteit uit de Verlichting.⁵¹ Onze rationele mogelijkheden blijken zodanig met de externe wereld en met onze neigingen en emoties uit onze menselijke activiteit *vermengd* te zijn dat het splitsen van de rede en de neigingen volslagen kunstmatig blijkt te zijn. Als een gevolg van de complexe interrelaties tussen de rede, de emoties en de externe wereld, is de menselijke *besluitvorming niet altijd (exclusief) op de rede gebaseerd*. Om te overleven en voor de kwaliteit van onze menselijke ervaringen zijn emoties trouwens even belangrijk als de rede.⁵²

71 Het individu is het subject van zijn ervaringen, waarmee hij een essentiële band onderhoudt, maar waartoe hij niet kan worden herleid. Juist zoals met zijn lichaam kan het individu een deel van zijn psychische continuïteit en homogeniteit verliezen.

Bijvoorbeeld iemand, die na een zware hersentrauma al zijn geheugen heeft verloren, blijft omwille van zijn lichamelijke continuïteit en omwille van zijn voortdurende sociale identiteit nog steeds hetzelfde individu. Voor de andere individuen waarmee hij voordien een band had, blijft hij hetzelfde individu, hoe zeer hij ook veranderd moge wezen.⁵³

⁴⁸ P. REYNAERT, *l.c.*, 60.

⁴⁹ P. REYNAERT, *l.c.*, 63-64. Zie ook randnummers 206-210.

⁵⁰ Zie E. HOWE, "Approaches (and Possible Contraindications) to Enhancing Patients' Autonomy", *The Journal of Clinical Ethics* 1994, 181.

⁵¹ Zie J. MARTA, "Whose consent is it anyway? A poststructuralist framing of the person in medical decision-making" (verkort geciteerd "Whose consent?"), *Theoretical Medicine and Bioethics* 1998, vol. 19, 354.

⁵² B. SECKER, "The Appearance of Kants Deontology in Contemporary Kantianism: Concepts of Patient Autonomy in Bioethics", *Journal of Medicine and Philosophy* 1999, vol. 24, 50-53.

⁵³ P. REYNAERT, *l.c.*, 55.

C DE SOCIALE DIMENSIE

72 De sociale dimensie die de derde co-constitutieve dimensie van het hedendaagse 'zelf' is, vormt het grootste contrast met de oude dualistische voorstelling van het 'zelf'. In het dualistische concept werd de sociale dimensie niet als co-constitutief beschouwd. De mens werd geacht *waarden en overtuigingen vooraf te gaan* en over een identiteit te beschikken die niet door een wijziging in doelstellingen of in levensopties kan worden beïnvloed.⁵⁴

I Een sociaal gedetermineerd individu

73 Het structuralisme heeft echter de onhoudbaarheid van deze visie aangetoond.⁵⁵ De structuralistische methode toont immers aan hoe het individu een product is van maatschappelijke machten en krachten die een logische structuur vormen. Deze structuur beheerst het individu zonder dat deze laatste zich daarvan bewust is. Het individu zou dan ook niets anders zijn dan een knooppunt van structuren, een resultaat van structurele samenhangen. Zijn zogenaamd vrije en autonome beslissingen blijken het resultaat te zijn van de logica van die structuur. Als lid van een talige cultuur moet het individu zich immers (onbewust) onderwerpen aan regels: zowel geboden als verboden.

Structuur staat in deze benadering voor het "geheel van blijvende relaties tussen de onderling verwisselbare elementen [bijvoorbeeld de individuele arts en patiënt] van een beperkt repertorium", waarbij de taal als model staat.⁵⁶ Het begrijpen van menselijke gedragingen (bijvoorbeeld informed consents) vergt het achterhalen van hun plaats in een samenhangend geheel, los van de context waarin die gedragingen zich afspelen. Met andere woorden de structurele samenhang tussen de elementen onderling begrijpen, waarbij alles als elementen van die structurele samenhang moet worden begrepen en niet vanuit een individu dat er buiten staat, dat op zichzelf staat.

Een dergelijk extreme vorm van het structuralisme verwerpt het vroegere geloof in de mens als het centrum van zichzelf en de werkelijkheid, waarbij de mens een zingevend wezen is dat zelf zijn leven bepaalt en de geschiedenis stuurt. Een mildere vorm van het structuralisme erkent echter dat niet alles structureerbaar is.

⁵⁴ J. TAELS, *l.c.*, 19.

⁵⁵ J. VAN DER VEKEN, *o.c.*, 66-72.

⁵⁶ J. VAN DER VEKEN, *o.c.*, 67, die Jacobson citeert.

74 De structuralistische methode helpt ons zicht te krijgen op de fundamentele tendensen die in onze maatschappij leven. Dit inzicht is een noodzakelijke voorwaarde opdat het individu zich uit de (bewust of onbewust) als noodzakelijk geïnterpreteerde verhoudingen zou kunnen emanciperen.⁵⁷ De menselijke vrijheid bij voorbaat als absoluut opvatten, verhindert immers dat de menselijke sociale gedetermineerdheid bij naam wordt genoemd.⁵⁸

En de dingen worden pas wat ze zijn, krijgen pas een eigen identiteit, wanneer ze bij hun naam worden genoemd. Door het inzicht in de structuren en in het ingeschakeld zijn van de mens in die structuren te vergroten, helpt de structuralistische methode om de menselijke vrijheid te nuanceren. De menselijke vrijheid blijkt slechts een vrijheid in (sociale) gegevenheid te zijn. Dit eeuwig spanningsveld van vrijheid in gegevenheid houdt historiciteit in, want binnen dit spanningsveld is er nog steeds de nodige ruimte voor de erkenning van de mens door de mens.

II De "paradox van de eindige vrijheid"⁵⁹

75 De menselijke bestaanswijze van vrijheid in sociale gegevenheid is dan ook een *dynamische* betrokkenheid en openheid op de wereld. Het individu is voldoende zichzelf om te kunnen zeggen 'ik', maar dit 'ik' is een 'zijn bij de andere(n), zijn in de wereld'. Het individu is noch volledig sociaal geconditioneerd⁶⁰, noch volledig onafhankelijk van een sociale gegevenheid. Het individu is daarentegen *zowel een afzonderlijk, als een verbonden 'zelf'* en is dus enkel *gedeeltelijk* bepaald door zijn socio-politieke context en door zijn relaties met de anderen.

Het is binnen het sociale geheel, binnen de relatie met de andere(n) dat het individu als 'zelf-in-gemeenschap' zijn identiteit, zijn individualiteit en zijn persoonlijkheid *verkrijgt*. Het verschil met de andere(n) is constitutief voor de persoonlijkheid van het individu. Persoonlijkheid vooronderstelt een originele, niet herleidbare socialiteit of alteriteit.

⁵⁷ Zie randnummers 50-51.

⁵⁸ J. VAN DER VEKEN, *o.c.*, 178.

⁵⁹ Zie B. SECKER, *l.c.*, 57; P. REYNAERT, *l.c.*, 59; J. TAELS, *l.c.*, 23 en J. VAN DER VEKEN, *o.c.*, 82; 119-123 en 185.

⁶⁰ Zo beschouwt het Communitarisme de samenleving als dermate constitutief voor de identiteit van het individu en voor zijn voorstelling van waarden, dat de traditie het individu een betekenisvolle wereld opent. Een betekenisvolle wereld waarin sommige waarden voor het individu als 'te overwegen waard' overkomen. Het individu zou er zijn identiteit uit afleiden. G. VANHEESWIJCK, *l.c.*, 34-36.

76 Wanneer de andere niet wordt herleid tot de vertegenwoordiger van een functie (bijvoorbeeld arts of patiënt), doorbreekt de komst van de medemens de zelfgenoegzame wereld waarvan het 'ik' het centrum is. Onze ervaring van andere individuen kan niet uit de ervaring van ons zelf worden afgeleid. De eerste ervaring van de persoonlijkheid van iemand anders is zijn bewust en betekenisvol gedrag, niet enkel zijn lichaam of enkel zijn bewustzijn. De komst van de andere roept het individu in zijn eindige vrijheid op tot menselijkheid. De relatie met de andere(n) leidt tot een relatie met zichzelf. Als fundamenteel relationeel wezen raakt al wat de mens doet, meer dan zichzelf.

3 Het individu als persoon...⁶¹

77 Het 'zelf', het 'ik' blijkt in essentie een *relatie* te zijn⁶², ook wel persoon genaamd. De 'persoon' is een onafhankelijke entiteit van de werkelijkheid. Als een entiteit kan het geïdentificeerd en gereïdentificeerd worden in een objectief, maar complex kader. Dit gebeurt in de tijd-ruimtelijke, in de psychische en in de sociale dimensie. Deze laatste dimensie maakt niet alleen iemands zelf-identificatie mogelijk, maar ook die van de andere als persoon.⁶³

⁶¹ Oorspronkelijk betekende persoon een masker dat in de oudheid in het theater werd gebruikt om de stem van de acteur ver te doen dragen. Zie F. VAN NESTE, "Hoe ethisch zijn recht en politiek?" (verkort geciteerd "Hoe ethisch?") in F. VAN NESTE, *Ter wille van mensen*, Antwerpen, Maklu, 1997, 53, oorspronkelijk gepubliceerd in *Publiek recht, ruim bekeken. Opstellen aangeboden aan Prof. J. Gijssels*, Antwerpen, Maklu, 407-426.

Uit deze oorspronkelijke betekenis heeft de ethiek het concept afgeleid van de persoon als "de specifiek formele waarde waartoe elk menselijk wezen als lid van de menselijke soort toe gerechtigd is." "La personne est la forme valeur également ascrite à tout individu en sa qualité de sociétaire du genre humain." Zie F. VAN NESTE, "Ter wille", 90-91, die citeert uit SEVE, L., *Pour une critique de la raison bioéthique*, Parijs, Ed. O. Jacob, 1994, 418 p.

Voor een kritiek op het gebruik van de persoon als centraal concept in het bio-ethische debat, zie B. GORDIJN, "The Troublesome Concept of the Person", *Theoretical Medicine and Bioethics* 1999, vol. 20, 347-359. Gordijn lijkt echter geen rekening te houden met het feit dat het persoonsconcept is geëvolueerd sedert dat Locke het voor het eerst als reactie op het Cartesiaanse dualisme gebruikte. Een persoonsconcept waarbij de persoon bestaat uit drie co-constitutive dimensies, waartoe hij niet kan worden herleid (de opvatting die in dit rapport wordt verdedigd), is iets anders dan een zuiver tactisch kiezen van constitutive eigenschappen. Voor een overzicht van sommige andere kritische bedenkingen bij het gebruik van het (of van een bepaald) persoonsconcept, zie M. AULISIO, "The Foundations of Bioethics: contingency and Relevance", *Journal of Medicine and Philosophy* 1998, vol. 23, 433-434.

⁶² R. COMMERS, "Overwegingen betreffende de menselijke zelfstandigheid en de toekomst van de gezondheidszorg", in VLAAMS PREVENTIECONGRES 1997 (ed.), *Preventieve gezondheidszorg*, Diegem, Kluwer, 1997, XIV, 344.

⁶³ Een persoon kan onmogelijk een psychisch leven zonder fysieke drager hebben (zelfs innerlijke gevoelens die niet worden geuit, hebben behoefte aan een fysisch lichaam), net zoals een fysisch leven zonder psychisch leven niet meer een 'persoon' kan worden genoemd. Zie P. REYNAERT, *l.c.*, 57-60

78 Paradoxaal genoeg gaat de *gegeven*, wel bepaalde en unieke identiteit van het individu op elk moment met een *eeuwig tekort* samen: gedurende het leven is deze relatie met de andere(n) en met zichzelf nooit af, nooit definitief. Deze dialectische spanning, is een spanning tussen activiteit en passiviteit en karakteriseert het individu.

Activiteit is het engagement van het individu in het leven om het kwade en het lijden te bestrijden.

Passiviteit is de aanvaarding door het individu van zijn eindigheid, waarbij het individu poogt om zijn leven zin te geven, wetende dat hij uiteindelijk zal sterven en dat het leven vergezeld wordt door tragiek en lijden.⁶⁴

79 Deze hedendaagse opvatting van een uit drie dimensies samengesteld individu is het gevolg van een voortdurend individualiseringsproces. De vier belangrijkste fases in dit individualiseringsproces van de Westerse cultuur zijn de Renaissance, de Reformatie, de Verlichting en de massaconsumptie. Dit individualiseringsproces leidde tot een opvatting van de mens als zijnde één enkel ondeelbaar, onherleidbaar individu.⁶⁵

Een individu voor wie het dagdagelijkse leven een van zijn belangrijkste, zo niet zijn belangrijkste, waarde is. In navolging van Taylor verwijst dit rapport met de uitdrukking 'het erkennen van het dagdagelijkse leven als zijnde heel belangrijk' ("affirmation of ordinary life"), naar de opvatting, het inzicht, dat het dagdagelijkse leven een zekere waardigheid en waarde in zich draagt. Er is dus een 'hoger iets' in de wijze waarop we dit dagelijkse leven *leven*. Sedert de Reformatie heeft dit waardeoordeel de voordien heersende elitaire opvattingen over wat het 'goede' leven inhoudt, vervangen.⁶⁶

⁶⁴ Zie ook randnummers 110-113.

⁶⁵ Herinner de oorspronkelijke betekenis van individu als ondeelbaar, onherleidbaar. Zie randnummer 62. Zo geloven wij in de Westerse cultuur niet in een gefragmenteerd, of vermenigvuldigd individu, zoals de reïncarnatie bij het Hindoeïsme. Zie W. WEYNS, *l.c.*, 86 en 88.

⁶⁶ Zoals de held, of de laatmiddeleeuws hooft ridder. Zie C. TAYLOR, *Sources of the Self, The Making of the Modern Identity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 14 en 23.

4 ... en de persoon als meervoudig individu

80 De neiging van onze moderne Westerse maatschappij om activiteit als levenshouding te overbeklemtonen, heeft tot een eenzijdige, een 'enge', invulling van de waarde van het dagdagelijkse leven geleid. Precies deze 'enge' invulling heeft in een wisselwerking met de sociaal-economische context ertoe geleid dat dit ene en ondeelbare individu in onze moderne maatschappij een meervoudig individu is geworden. Sociaal-economisch gezien bestaat onze Westerse samenleving, die het kader van onze sociale dimensie vormt, uit volledig verschillende en zelfs conflicterende (relationele) sferen die onze verschillende continua verstoren.⁶⁷

81 Enerzijds moeten we *rationele* individuen met zelfbeheersing zijn, opdat we in staat zouden zijn om in deze kapitalistische wereld te kunnen functioneren. Dit blijkt uit onze sociale waardering voor het zo succesvol mogelijk beklimmen van de carrièreladder, of voor een inhoudelijk interessante (bijvoorbeeld heel afwisselende) carrière, of voor het door beide ouders combineren van een beroeps carrière met het grootbrengen van kinderen.

Het zelfbeheerste, zeer productieve en controleerbare individu slaagde erin om de wereld te controleren. Een wereld waarin heel wat van de vroeger onbekende en bijgevolg niet-controleerbare risico's (zoals de pest) werden uitgeroeid. Activiteit werpt dus ontgensprekelijk vruchten af.

Er zijn echter altijd grenzen aan deze vruchten. Onze rationele benadering die alles tot objecten herleidt, verving deze vroegere risico's door nieuwe risico's, zoals auto-ongevallen, radioactiviteit, het broeikas-effect, het resistent worden van schadelijke organismen, enz. Wij pogen nu om deze nieuwe risico's op hun beurt te controleren.⁶⁸ Maar het lijkt er op dat hoe machtiger we zijn (hoe meer we controleren), hoe onmachtiger we worden (hoe minder we controleren). Ons moderne Westerse 'systeem' is immers zodanig perfect geworden dat het door elke onvoorziene omstandigheid ontredder kan geraken.⁶⁹

⁶⁷ W. WEYNS, *l.c.*, 89-90, waar hij verwijst naar de analyse van Max Weber die de gemeenschap analyseert als een geheel van sterk van elkaar verschillende sociale dimensies, waarbij elke sociale dimensie bepaalde waarden belichaamt. Weber omschreef die dimensies als "waardesferen". Vergelijk met Yeide's opmerkingen omtrent autonomie en authenticiteit "[A]t the expense of accepting radical alienation between different spheres of our existence." H. YEIDE Jr, "The Many Faces of Autonomy", *The Journal of Clinical Ethics* 1992, vol. 3, 272.

⁶⁸ W. WEYNS, *l.c.*, 91-92. Zie ook E. KRAKAUER "Prescriptions: Autonomy, Humanism and the Purpose of Health Technology", *Theoretical Medicine and Bioethics* 1998, 19, 531-535. Of zoals P.F. Pignatti het formuleert: "Can we solve an unsolvable problem? Because *life* is full of mistakes." Opgetekend te Leuven tijdens de CF Steering Committee Meeting van 2 februari 2002.

⁶⁹ Getuige daarvan de vliegtuigaanslagen op de WTC-torens in New York en op het Pentagon in Washington van 11 september 2001 en de daaropvolgende 'antrax-terreur', alsook de Belgische dioxine crisis in 1999, de Britse mond- en klauwzeer crisis in 2001, enz...

82 Als gevolg van de massaconsumptie heeft diezelfde kapitalistische wereld ons anderzijds *nodig* als narcistische consumenten, waarbij wij aan al onze *irrationele* dromen en wensen moeten toegeven.⁷⁰ Dit blijkt uit de sociale aantrekkingskracht van het model van de actieve, dynamische (pre)gepensioneerde, die zich na een 'geslaagde beroeps carrière' veel luxe en ontspanning kan (en moet) veroorloven.⁷¹

83 Het passievere aspect van ons dagelijkse leven komt hierdoor in de verdrukking te staan, namelijk het aspect waarbij wij zin aan ons (dagdagelijkse) leven pogen te geven, wetende dat we in onze mogelijkheden begrensd zijn, met andere woorden waarbij we beseffen dat we ook een bron van menselijkheid kunnen zijn.

Dit maatschappelijk negeren van passiviteit is iets wat vooral zwaar chronisch zieke patiënten en minder mobiele hoogbejaarden sterk aanvoelen. Zij worden geconfronteerd met de vraag naar de zin van (de rest van) hun leven. Een vraag die wij moderneren zo moeilijk kunnen beantwoorden, tenzij wij én de vraagsteller afstand nemen van de heersende 'enge' invulling van de waarde van het dagelijkse leven. Vaak wordt echter ook die vraagsteller gekenmerkt door een bijna pathologisch en niet-realiseerbaar streven naar beheersing. Dit streven is er niet enkel om zijn leven leefbaar te houden, maar ook ter bekamping van de voortdurende twijfel. Bijvoorbeeld behandelingen, zelfs experimentele behandelingen, *moeten* slagen, *moeten* zekerheid op slagen geven.⁷²

⁷⁰ Alhoewel deze twee sferen met elkaar conflicteren, lijkt het er toch op dat zij elkaar wederzijds versterken.

Zie R. COMMERS, *I.c.*, 343 en W. WEYNS, *I.c.*, 92-93.

⁷¹ De hedendaagse literatuur heeft zelfs nog meer soorten types blootgelegd die het individu kan of moet zijn.

Zie W. WEYNS, *I.c.*, 93-94. Weyns verwijst naar BAUMAN, *Life in Fragments*, Oxford, Blackwell, 1995, hoofdstuk 3.

⁷² Dit blijkt sterk uit bepaalde medische literatuur en artikelen in patiëntentijdschriften waarbij er op gehamerd wordt hoe belangrijk het wel is om als patiënt je grenzen te leren aanvaarden, want dit streven om alles te beheersen, dit niet aanvaarden van zijn grenzen, maakt de patiënt juist (psychologisch) kwetsbaarder voor onvoorziene omstandigheden (net zoals de maatschappij zie randnummer 81). Dit aanvaarden van hun grenzen is vooral moeilijk voor patiënten die bijvoorbeeld CF, CVS, MS of AIDS hebben, omdat dit voor hen betekent dat ze een nieuwe stap achteruit hebben gezet. Een besef dat onze maatschappij liever ontvlucht dan onder ogen ziet.

Zie ook Kestin die stelt dat sommige patiënten verrast zijn om de medische onzekerheid die bij een onderzoekscontext hoort, vast te stellen. Zie I.G. KESTIN, "Technical consent is inevitable in some circumstances", *B.M.J.* 1998, vol. 317, 948.

84 Onze uitermate ingewikkelde maatschappij spoort het individu op verscheidene en tegenstrijdige wijzen aan om zijn keuzevrijheid in elke maatschappelijke sfeer te beleven. Dat ene en zelfde individu moet op parallelle plaatsen en in parallelle tijdseenheden verscheidene parallelle levens leven. Het individu kiest (is verplicht) om verschillende personen te spelen (=zet verschillende maskers op), afhankelijk van de social-economische sferen die hij kiest (of verplicht wordt) om te betreden. Daarbovenop wordt het individu met een overdaad aan gebeurtenissen geconfronteerd: de nieuwsberichten hebben het bijvoorbeeld heel vaak over zogenaamd "historische" gebeurtenissen; in ons dagelijkse leven is het bijvoorbeeld alsof wij altijd "tijd tekort" komen. Tegelijk met deze overdaad aan gebeurtenissen heeft de ruimte als gevolg van de transport- en telecommunicatierevoluties haar afstand verloren. Als gevolg van dit alles kan het individu zijn eigen realiteit creëren door te kiezen uit "een eindeloos tijd-ruimtelijk reservoir aan gebeurtenissen" waarin het een tijdlang zal leven.⁷³

85 Hierdoor verliest het "episodische" individu zijn sociale en psychische continuïteit, wordt hij verward en verliest inhoud en samenhang.⁷⁴ Kortom het individu verliest uiteindelijk datgene wat zijn *werkelijke individualiteit* of persoonlijkheid uitmaakt. Deze werkelijke individualiteit wordt in de ethiek ook wel authenticiteit genoemd. Dit 'zelf' van het individu blijkt zowel intrinsiek beperkt te zijn, als een uitermate groot aanpassingsvermogen te hebben. Om die redenen vereist authenticiteit een positieve erkenning van onze grenzen. Dit is een positief inzicht in onze vrijheid.⁷⁵ Wanneer het individu hierin slaagt en erin slaagt om zich aan zijn moderne omgeving aan te passen, kunnen de diverse rollen (= aanpassingen) die het in de diverse sociale sferen moet spelen, zijn individualiteit zelfs versterken. Dit laatste kan slechts in zoverre het individu er in slaagt om al die rollen samen te houden.⁷⁶ Het is echter de vraag hoe autonoom het individu hierin wel is. Deze vraag wordt op haar beurt weer voorafgegaan door de vraag wat de ethisch-filosofische betekenis van (de menselijke) autonomie wel is.

⁷³ W. WEYNS, *l.c.*, 93-94.

⁷⁴ W. WEYNS, *l.c.*, 95.

⁷⁵ Zie randnummer 74 alsook randnummer 110 waar passiviteit wordt becommentarieerd. Zie ook R. COMMERS, *l.c.*, 344-345.

⁷⁶ Zie J. VAN DER VEKEN, *o.c.*, 122 en W. WEYNS, *l.c.*, 90.

B DE AUTONOMIE VAN DE INDIVIDUELE MENS

1 Het 'zelf' als autonome persoon

86 Aangezien het autonomiebegrip een centrale plaats in het bio-ethische debat bekleedt, is een correct begrip van wat door elke deelnemer hieronder wordt verstaan van het allergrootste belang. Deze oefening blijkt echter te weinig, of niet grondig genoeg te worden gemaakt.⁷⁷

87 Etymologisch gezien had autonomie oorspronkelijk een politieke betekenis: de Grieken uit de oudheid smolten de woorden autos (zelf) en nomos (recht) samen tot auto-nomos (wat zichzelf volgens haar eigen regels bestuurt). Hiermee verwezen de Grieken naar het politieke zelfbestuur in hun stadstaten.⁷⁸ Het politieke autonomiebegrip verloor doorheen de tijd het radicale element uit haar definitie, waardoor de huidige definitie niet meer zo absoluut is. Tegenwoordig duidt autonomie op een streek die binnen een staatkundig geheel een (in vele gevallen redelijk grote) vrijheid heeft om voor zichzelf te beslissen.⁷⁹

88 Het grote maatschappelijke belang dat onze moderne Westerse samenleving aan het autonomiebegrip hecht, sluit aan bij de opkomst van het belang van het dagdagelijkse leven als zijnde dé wijze waarop wij ons leven zinvol kunnen invullen.⁸⁰

⁷⁷ Secker en Yeide bekritisieren dit feit respectievelijk als volgt:

"Despite the moral premium placed on autonomy, it is common to find the term used rather intuitively. The concept of autonomy is rarely given much analysis and thus frequently operates in bioethics as a vague, ambiguous or elusive concept. [] Several different accounts of autonomy can be identified in the literature."

"Hardly anything seems so self-evident in current bioethical literature as the centrality of autonomy. [] Most writers have been content with fairly vague conceptions of autonomy – such as 'capacity for choice' or 'self-determination' – which serve well enough in many contexts."

B. SECKER, *l.c.*, 44 en H. YEIDE Jr, *l.c.*, 269. In de tweede quote citeert Yeide Jr ARRAS en R. HUNT, *Ethical Issues in Modern Medicine*, 2nd ed., Palo Alto, Ca., Mayfield, 1983, 36.

⁷⁸ D.P. ENGBERTS, *Met Permissie, Morele argumentaties inzake het toestemmingsbeginsel bij de totstandkoming van de Wet Geneeskundige Behandelings-Overeenkomst*, Deventer, Kluwer, 1997, 259; R. FADEN en T. BEAUCHAMP, *o.c.*, 8; J. MASSION, "L'éthique dans la législation sanitaire en Europe", *T.Gez.* 1998-1999, 209; J. SAVULESCU en R. MOMEYER, "Should informed consent be based on rational beliefs?", *Journal of Medical Ethics* 1997, vol. 23, 282.

⁷⁹ D.P. ENGBERTS, *o.c.*, 259. In voetnoot 644 stelt Engberts dat het huidige politieke concept van autonomie minder absolutistisch is dan het (huidige) politieke concept van soevereiniteit. Hierbij dient echter te worden opgemerkt dat het absolutistisch karakter van het politieke soevereiniteitsconcept door twee tendensen steeds meer onder druk komt te staan. De ene tendens is de devolutie naar de autonome regio's en de andere tendens zijn de almaar toenemende bevoegdheden van supranationale instellingen zoals de Europese Gemeenschap en de Europese Unie. Uiteindelijk zal het soevereiniteitsconcept moeten worden herdacht. Dit houdt niet noodzakelijk in dat het hierdoor een synoniem van autonomie zal worden, maar in ieder geval zal haar definitie een minder absolutistisch karakter krijgen.

⁸⁰ Zie randnummer 79.

Sedert de Verlichting, met haar dualistische voorstelling van de mens, gebruiken de filosofie en de ethiek het autonomiebegrip als *metafoor* voor zelf-bestuur, vrij van externe dwang, het onder controle hebben van persoonlijke zaken. Autonome personen zijn er *doelen op zich*, bepalen zelf hun lot en zijn niet te behandelen als louter middelen ten dienste van andermans doelen.⁸¹

2 Kants ideaal van de autonome persoon

89 In deze context ontwikkelt Kant zijn concept van de *rationele* mens die, als een *morele* actor, zijn eigen regels die zijn daden zullen beheersen, kan kiezen, die met andere woorden zelf-regulerend is. Hetgeen vrijheid vooronderstelt.⁸² Vrijheid bij Kant heeft "zowel negatieve als positieve aspecten, het is zowel een vrij van, als een vrij om".⁸³ Beide soorten vrijheid houden belangrijke filosofische gevolgen in.

Als gevolg van de nood om 'vrij van' te zijn, wordt ziekte gelijk gesteld met het verlies van de vrijheid om vrij zijn eigen leven te bepalen, kortom met het verlies van de persoonlijke autonomie.⁸⁴

'Vrij om' betekent volgens Kant dat de autonome persoon de enige is die in staat is om morele handelingen te stellen. Hierdoor is hij niet alleen verantwoordelijk voor zijn daden, maar ook voor de normen die zijn daden beheersen. Autonomie betekent dan niet alleen dat menselijke handelingen niet alleen oorzaken, maar ook redenen hebben die op zichzelf het beginpunt en de legitimering zijn.⁸⁵

90 Deze normen zijn niet zelf-legitimerend, om aanvaardbaar te zijn moeten zij met *rationele* argumenten worden gestaafd: "Zedelijk gezien is dit wat ik zou moeten doen?"⁸⁶

⁸¹ R. FADEN en T. BEAUCHAMP, *o.c.*, 8. Of zoals Savulescu en Momeyer het stellen: "Being autonomous involves freely and actively making one's own evaluative choices about how one's life should go." J. SAVULESCU, en R. MOMEYER, *l.c.*, 282. Zie ook J. SAVULESCU, "Rational non-interventional paternalism: why doctors ought to make judgements of what is best for their patients", *Journal of Medical Ethics* 1995, vol. 21, 327.

⁸² Secker omschrijft deze opvatting als volgt: "Thus, morality presupposes autonomy of the will which, in turn, presupposes freedom." Vrijheid betekent hierbij "successfully checking desires and dispositions against the law of pure practical reason". B. SECKER, *l.c.*, 45 en 53.

⁸³ "This negative freedom from foreign control corresponds to the positive freedom to assert dominion over oneself and thereby to act morally or virtuously." E. KRAKAUER, *l.c.*, 529.

⁸⁴ Illich en Krakauer formuleren dit respectievelijk als volgt:

"Above all, health designates the range of autonomy within which a person exercises control over his own biological states and over the conditions of his immediate environment. In this sense, health is identical with the degree of lived freedom."

"Health implies 'self-awareness, 'self-discipline', 'self-government', and 'subjective responsibility'."

E. KRAKAUER, *l.c.*, 526 die citeert uit I. ILLICH, *Medical Nemesis: The Expropriation of Health*, New York, Bantam, 1977, 238.

⁸⁵ D.P. ENGBERTS, *o.c.*, 15-17.

⁸⁶ D.P. ENGBERTS, *o.c.*, 259-260.

Kant beschouwt rationaliteit louter als instrumenteel en intern samenhangend.⁸⁷ De ethische zelf-relatie wordt hierdoor verengd tot een wetende, of rationele zelf-relatie. Zoals de wetenschapper zich tot zijn onderzoeksobject verhoudt, moet ik me ethisch met dezelfde afstandelijkheid en neutraliteit tot mij-zelf verhouden.⁸⁸

Kant beschouwde deze voorstelling van de autonome persoon als een *ideaal*. Mensen moeten pogen zo te worden, hiertoe dienen ze hun natuurlijke of aangeboren menselijke capaciteiten te ontwikkelen. Kant omschreef dit zelfs als "het hoogste ontwerp van de natuur".⁸⁹

Het zich continu gedragen als de ideale, autonoom rationele persoon houdt in dat een individu, alles wel beschouwd, altijd om ter best handelt. In werkelijkheid kan niemand, aan deze verwachtingen beantwoorden.⁹⁰

3 De adequate autonomie uit het werkelijke leven

91 Nochtans worden in het dagelijkse leven de meeste onder ons door de andere(n) als (rationeel) autonoom beschouwd.⁹¹ Dit laatste is minder dan Kants ideële autonomie, maar voor de andere(n) is dit nog steeds genoeg. Het blijkt een "adequate autonomie" te zijn. Volgens Gillon moet een individu bepaalde attributen hebben om als een adequaat autonome persoon *over te komen*. Een dergelijke persoon moet vooreerst rationeel zijn. Rationeel betekent echter niet langer 'het altijd om ter best handelen', maar wel 'voldoende redeneercapaciteit hebben'.⁹²

Dit laatste veronderstelt een adequaat kennisbestand, meer precies een adequate capaciteit om de wereld accuraat waar te nemen en een adequate ervaring van de wereld.⁹³ Daarnaast dient het individu een

⁸⁷ B. SECKER, *l.c.*, 48. Of zoals Yeide Jr. het stelt: "Kants views of autonomy led directly to the categorical imperative. One achieved autonomy to the extent that one acknowledged and willed as one's own the objective and universal duties prescribed by pure practical reason." H. YEIDE Jr, *l.c.*, 269.

⁸⁸ Zie J. TAELS, *l.c.*, 19 en G. VANHEESWIJCK, *l.c.*, 33.

⁸⁹ Zie E. KRAKAUER *l.c.*, 528, die Kant citeert en J. MARTA, "Whose consent?", 357.

⁹⁰ "[W]e are all less than fully autonomous, all less than fully informed, all less than fully wise clever and determined, and that we all manifest, at least intermittently, akrasia, incontinence or weakness of will." R. GILLON, "Autonomy, respect for autonomy and weakness of will", *Journal of Medical Ethics* 1993, vol. 19, 195-196.

⁹¹ Rationeel betekent hier "[M]aking sense to another, as opposed to making sense to oneself (one may make perfect sense to oneself without being deemed rational by others)" J. MARTA, "Whose consent?", 356.

⁹² R. GILLON, *l.c.*, 195-196.

⁹³ Deze aannemelijk eigenschap beweegt Gillon tot de volgende opmerking: "Maybe it is the lack of this experiential component that accounts for our tendency to ascribe inadequate autonomy to children even when their reasoning ability is adequate." R. GILLON, *l.c.*, 196.

adequate wilskracht te hebben en/of de adequate intentie om datgene te doen waarheen de rede leidt. Anderen die een individu op basis van deze attributen als autonoom *waarnemen*, zijn verplicht om dit individu *te respecteren*.⁹⁴

4 Een te grote klemtoon op het subjectieve en unieke

92 Deze empirische waarnemingen van een adequate autonomie helpen verklaren hoe een onnauwkeurige interpretatie van Kants *geïdealiseerde* "autonomie van de wil" heeft geleid tot een van Kant afwijkend ethisch-filosofisch autonomieconcept.

Autonomie staat daarbij niet voor een met de ethiek verbonden ideaal van zelfregulering, maar wel voor het subjectieve en unieke aan elk individu. Volgens dit autonomieconcept is de rede vrij van fysieke of psychologische beperkingen en helpt zij bij het nastreven van wensen en voorkeuren. Eerder dan verplichtingen zijn rechten er fundamenteel.⁹⁵

93 Als gevolg van een herleidend begrijpen van het 'zelf', accentueert dit laatste autonomieconcept, net zoals Kant, de rationaliteit, wat een eng autonomiebegrip oplevert, al sluit dit laatste autonomiebegrip al meer bij de realiteit aan. Omwille van dit gemeenschappelijk beperkend karakter horen beide autonomieconcepten onder de algemene noemer 'enge' autonomie thuis.⁹⁶

⁹⁴ Deze elementen weerklinken ook in de definitie van autonomie zoals die door Beauchamp en Childress wordt gesteld: "personal rule of the self that is free from both controlling interference by others and from personal limitations that prevent meaningful choice, such as inadequate understanding". Voor hen moet keuze *betekenisvol* zijn, hetgeen betekent zoals door de andere(n) waargenomen, en moet een beoordeling *adequaat* zijn. Behalve de vrijheidsvoorwaarde (onafhankelijk van beheersende invloeden, vrij van) vereist hun autonomieconcept de vervulling van een *handelingsvoorwaarde* (het vermogen tot opzettelijke daden). Hun definitie heeft een empirische achtergrond: het is de huidige doorsnee patiënt, die niet achterlijk is, die bewust en bedoeld een bepaalde beslissing neemt en die vrij van beheersende invloeden is. D.P. ENGBERTS, *o.c.*, 262, die citeert uit T. BEAUCHAMP en J.F. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, New York, Oxford University Press, 1994, 4th ed., 120-121.

⁹⁵ B. SECKER, *l.c.*, 47-49 en J. MARTA, "Whose consent?", 357. Yeide Jr. stelt het meer ongezouten: "But it is my impression that hardly anyone today means what Kant meant by autonomy." en "[T]his objectivity and universality seem muted or altogether absent from most contemporary notions of autonomy." of "The rationality that remains is often reduced to matching available means to subjectively selected ends." Zie H. YEIDE Jr, *l.c.*, 269.

⁹⁶ B. SECKER, *l.c.*, 48 and 53.

5 Tot slot: een 'ruim' autonomiebegrip

94 Tegenover deze 'enge' concepten van een autarkische autonomie staat de ethisch-filosofische categorie van de niet-herleidende, maar 'ruime' autonomiebegrippen. Deze laatste categorie is gebaseerd op de hoger vermelde vollere, ruimere opvatting over het 'zelf' als een driedimensionaal co-constitutief wezen, waarbij alle capaciteiten van de mens zijn geïntegreerd.⁹⁷

"De rationeel-irrationele dimensie wordt er noch afgesplitst, noch bevoorrecht, noch in tweeën gedeeld."⁹⁸ Het "zelf-in-gemeenschap" is er "een persoon met verscheidene facetten" die zich gedwongen ziet om over tegenstrijdige keuzes te beslissen. Om die redenen concipieert de strekking die een 'ruim' autonomiebegrip voorstaat, autonomie als een "*beslissings-*, als een *relationele autonomie*".⁹⁹

Wanneer het 'zelf' als een 'zelf-in-gemeenschap' wordt beschouwd, dan wordt het beslissingsproces eerder als medewerkend dan als vijandig gekarakteriseerd.¹⁰⁰ Onze beperkte menselijke autonomie is, zolang als we leven, nooit voltooid. Autonomie is altijd een vooruitlopen op: zij functioneert als een waarde en als een doel.¹⁰¹

95 Dit is een filosofisch model van de autonome persoon waarbij de ethiek de recente bevindingen in andere wetenschappelijke disciplines niet wegdenkt. Er doet zich juist het omgekeerde voor, aanhangers van het 'ruime' autonomiebegrip dialogeren met die andere disciplines over hun wederzijdse bevindingen.

⁹⁷ Zie randnummers 65-75.

⁹⁸ J. MARTA, "Whose consent?", 363. Zie ook E. HOWE, *l.c.*, 181, voor een kritische bedenking bij het gelijkstellen van autonomie met rationele piekcapaciteit.

⁹⁹ Zie B. SECKER, *l.c.*, 58-61 die hiervoor onder meer citeert uit S. HOAGLAND, *o.c.*, 230-231; cursivering door Hoagland. Secker stelt het als volgt:

- Beslissingsautonomie omdat: "Choice is at the very core of the concept of 'moral agency'. It is not because we are free and moral agents that we are able to make moral choices. Rather, it is because we make choices, choose from among alternatives, act in the face of limits, that we declare ourselves to be moral beings. That is what it means to be a moral being. [M]aking choices within limited situations is a matter of affirming moral agency, not undermining it."

Daarbij mag 'het kiezen' niet worden verabsoluteerd, zie hiervoor randnummer 113 en P. ALDERSON en C. GOODEY, "Theories of consent", *B.M.J.* 1998, vol. 317, 1313-1315.

- Relationele autonomie omdat: "Decisional autonomy is [] not simply an intrinsic, property [] more is required than the negative dimension of non-interference."

¹⁰⁰ B. SECKER, *l.c.*, 59-61.

¹⁰¹ R. COMMERS, *l.c.*, 342.

Door de persoonlijke autonomie op een niet abstracte wijze voor te stellen, bewijzen de ethisch-filosofische theorieën die een 'ruim' autonomiebegrip aanhangen, dat de ethiek als discipline geen abstractie van de andere wetenschappen moet maken om autonoom te kunnen zijn. Kortom, dit bewijst dat dit 'ruime' concept van (persoonlijke) autonomie, die door deze dialoog van de ethiek met de andere wetenschappen tot stand is kunnen komen, evengoed op de wijsgerige ethiek als discipline van toepassing kan zijn...

C DE MAATSCHAPPELIJKE INVLOED VAN HET 'ENGE' AUTONOMIEBEGRIP

1 Een succesvol maatschappelijk model

96 Ook na de opkomst van een 'ruim' autonomiebegrip blijft onze moderne Westerse maatschappij geneigd om een premie toe te kennen aan de rationaliteit in de betekenis van het rationeel nastreven van wensen en voorkeuren. Onze Westerse maatschappij is en blijft in sterke mate door dit 'enge' autonomieconcept en haar maatschappelijk model van het 'liberalisme van de neutraliteit' bepaald.¹⁰² Dit maatschappelijk model vereist van de maatschappij dat die het individu in zijn zelf-realisatie bijstaat.¹⁰³ Dit vereist een maatschappelijke ordening op basis van universele beginselen die *neutraal* zijn ten opzichte van elke opvatting over het "goede leven".¹⁰⁴ De maatschappij dient ons dus vrij te laten bij onze keuze van (ethische) opvattingen.¹⁰⁵

Deze vrijheid is enkel een negatieve vrijheid: een 'vrij van'. Deze negatieve vrijheid vereist een *rationele* ethiek (de hierboven vermelde 'enge' ethiek). Een dergelijke ethiek wordt enkel formeel, procedureel en niet langer inhoudelijk bepaald.¹⁰⁶ De beide cursief gedrukte begrippen verwijzen naar de beide wortels van het liberalisme: de Reformatie en de Verlichting.

97 De Reformatie lokte als tegenreactie de Contrareformatie uit. Uiteindelijk leidde dit tot de bloedige godsdienstoorlogen die op Europese schaal onbeslist eindigden.¹⁰⁷ Als gevolg van deze onbesliste afloop

¹⁰² G. VANHEESWIJCK, *l.c.*, 29-49.

¹⁰³ J. SAVULESCU, *l.c.*, 327 en G. VANHEESWIJCK, *l.c.*, 35.

¹⁰⁴ G. VANHEESWIJCK, *l.c.*, 32 en 37.

¹⁰⁵ "The 'transcendental moorings' of ethics have been relocated from God to the self: 'persons [are] the center and source of general secular meaning'. C. CAMPBELL, *l.c.*, 147, die citeert uit T. ENGELHARDT Jr, *The Foundations of Bioethics*, 2nd edn, New York, Oxford University Press, 1996, 446 p., 412.

¹⁰⁶ J. TAELS, *l.c.*, 17.

¹⁰⁷ In 1648 met de Vrede van Westfalen.

ontstond er in sommige delen van Europa een minimale consensus.

Deze consensus hield in dat de *inhoudelijke* ethische opvattingen deel uitmaken van het privé-leven van het individu. Beschermd door zijn pas verkregen autonomie geraakte het individu bevrijd van inmengingen. Deze consensus leidde tot een *ontwijkingstrategie*, waarbij debatten over inhoudelijke ethische opvattingen moesten worden vermeden.¹⁰⁸

98 Deze consensus en de daaruit voortkomende ontwijkingstrategie *vereisten een nieuwe ethiek*, een ethiek die neutrale en verdraagzame waarden begunstigde. Immers wanneer een individu voor zichzelf autonomie opeist, dan moet dit individu deze autonomie automatisch aan iedere persoon toestaan, verdraagzaamheid is dan het *logische gevolg*.

Opdat deze waarden onpartijdig en verdraagzaam zouden zijn, vergt dit dat ze uitsluitend formeel en procedureel zouden zijn. Hieruit vloeit voort dat onze cultuur een gewaarborgde coëxistentie van heel vage en gefragmenteerde inhoudelijke idealen heeft. Deze nieuwe ethiek blijkt een 'enge', een procedurele ethiek te zijn.¹⁰⁹ Hierin verschilt zij van de premoderne wijsgerige ethiek die een substantiële ethiek was die het ethos van de maatschappij *niet* als een relatief en kritisch te bevragen iets beschouwde. Voorwaarde voor het maatschappelijk succes van de 'enge' ethiek is dat de maatschappij zich niet meer in haar wezen bedreigd zou voelen door inhoudelijk afwijkende minderheidsopvattingen. Deze inhoudelijke vrijheid leidt dan ook tot minder maatschappelijk sanctioneren, misschien wel vooral in de vorm van een minder hévig sanctioneren wanneer inhoudelijk afwijkende opvattingen toch in inhoudelijk afwijkende daden worden omgezet.

99 Deze 'enge' ethiek vormt het kader van wat wij in onze Westerse cultuur als fatsoenlijk en goed waarden. Haar waarden blijken heel sterke idealen te zijn, zoals ('enge') autonomie, vrijheid, verdraagzaamheid, onpartijdigheid, machtsevenwicht, raadplegingsprocedures, anderen geen schade berokkenen, goed doen, onbaatzuchtigheid, universalisme, enz.¹¹⁰ Deze ethische theorie leidde tot onze huidige welvaartstaten en moderne democratieën die door een rationele legitimering en mensenrechten worden gekenmerkt.¹¹¹

¹⁰⁸ J. TAELS, *l.c.*, 17-18.

¹⁰⁹ "A morality of procedure." Zie C. CAMPBELL, *l.c.*, 146.

¹¹⁰ J. TAELS, *l.c.*, 18; G. VANHEESWIJCK, *l.c.*, 37.

¹¹¹ J. TAELS, *l.c.*, 22. Voor een diepgaandere beschouwing over het moderne democratiebegrip zie pagina 120 et seq.

2 Succesvol, mits...

100 Deze formele waarden kunnen enkel onpartijdige en dus universele beginselen blijven zolang zij geen inhoudelijke, geen substantiële betekenis krijgen. Zij moeten dus formeel blijven.¹¹² De Verlichting is immers niet in haar opzet geslaagd om "één enkele, inhoudsvolle conceptie van het goede te ontwikkelen".¹¹³ Om die reden is verdraagzaamheid zo belangrijk.

101 De moderne Westerse 'ruime' ethiek (die in dit rapport kortweg als 'ruime' ethiek wordt vermeld) wijst er op dat de 'enge' ethiek intrinsiek verbonden is met een abstract concept van het 'zelf', van de mens. Hoe formeel ze ook moge wezen, blijft de 'enge' ethiek in een 'ruime' ethiek ingebed. Iets wat de 'enge' ethiek zelf niet erkent.

De moderne 'ruime' ethiek verschilt van de premoderne 'ruime' of substantiële ethiek doordat ze *de verworvenheden van de moderniteit, die aan de 'enge' ethiek te danken zijn, beoogt te behouden*.

Daarenboven be vraagt zij kritisch rationeel het ethos van de maatschappij. Het is pas op basis van deze bevraging dat zij oordeelt.

102 De 'ruime' ethiek waardeert dus het succes van de 'enge' ethiek. Voor de 'ruime' ethiek kan de 'enge' ethiek een middel vormen om haar substantiële bekommernissen te helpen bewerkstelligen. Met andere woorden, het vormt er een voorwaarde toe.¹¹⁴ De 'ruime' en de 'enge' ethiek blijken elkaar wederzijds nodig te hebben om ten volle het (ethische) succes van de moderne maatschappij te kunnen bewerkstelligen.

Daartoe dienen ze elkaar eerst wederzijds (in hun mogelijkheden en in hun beperktheden) te erkennen. Totnogtoe is dit echter nog te weinig gelukt, waardoor de verworvenheden van de 'enge' ethiek in het gedrang blijken te komen.

¹¹² Of hard gesteld: "[S]ecular morality ['enge' ethiek] is a wasteland without moral content". C. CAMPBELL, *l.c.*, 146, die citeert uit P. SINGER, *Rethinking Life & Death: The Collapse of Our Traditional Ethics*, New York, Oxford University Press, 1995, 288. Zie ook M. AULISIO, *l.c.*, 432.

¹¹³ "This abject failure is attributable not to lack of intellectual dexterity, but rather to the nature of the problem." M. AULISIO, *l.c.*, 428. Deze poging is op zichzelf het gevolg van wat Engelhardt als de nalatenschap van de Westerse monotheïstische tradities aan de moderniteit beschouwt: een "geloof in de rede om een ethische consensus te bereiken." Zie C. CAMPBELL, *l.c.*, 146 (mijn cursivering).

¹¹⁴ Zie randnummer 108 en zie er ook voetnoot 126 en 127.

3 ... omwille van de huidige keerzijde van de medaille

103 De ‘enge’ ethiek heeft immers (onder meer als gevolg van haar successen) de neiging om zichzelf als volledig neutraal te beschouwen, waarbij ze volledig autonoom (in de ‘enge’ zin) functioneert, zonder daarbij gebruik te maken van ook maar enige vooronderstelling (premissie).¹¹⁵

Deze ontkenning door de ‘enge’ ethiek maakt haar fundamentele zwakheid uit. De ‘enge’ ethiek vormt zich enkel op het formele niveau een idee van haar waarden, zoals vrijheid en autonomie. De ‘enge’ ethiek is zich niet bewust van het feit dat, ondanks haar louter formele conceptualisering, haar waarden verbonden blijven met de heersende intrinsieke culturele opvattingen. Deze heersende culturele opvattingen vormen dan een *verborgen* achtergrond waartegen deze formele waarden worden geïnterpreteerd (= inhoud verkrijgen).¹¹⁶

104 Marx heeft aangetoond hoe onze sociaal-economische situatie ons tot in ons denken toe meebepaalt. Zo beïnvloedt onze sociaal-economische onderbouw onze culturele bovenbouw, bijvoorbeeld in de wijze waarop formele waarden inhoud verkrijgen.¹¹⁷ Onze autonomie is dus sociaal-economisch beïnvloed. Enkel wanneer we ons duidelijk van deze grenzen bewust zijn en ze positief erkennen, kunnen we werkelijk onze authenticiteit realiseren.¹¹⁸

Onze sociaal-economische onderbouw heeft echter mee toe geleid dat het actuele moderne Westerse individu een meervoudige identiteit heeft. Dit meervoudige en intern tegenstrijdige karakter van onze identiteit bemoeilijkt de opgave om de wijze te achterhalen waarop onze autonomie sociaal-economisch wordt beïnvloed.¹¹⁹

105 Een louter formele interpretatie van begrippen als vrijheid en autonomie zou de deur voor externe (sociaal-economische) manipulatie kunnen openen. Des te meer omdat de interpretatie die de ‘enge’ ethiek aan het begrip verdraagzaamheid geeft, gemakkelijk naar een zekere vorm van *onverschilligheid* kan evolueren. Bijgevolg houdt het schijnbare verlies van een ‘morele horizon’ in werkelijkheid een verlies van het zicht op de heersende morele achtergrond in.¹²⁰ Zo is bijvoorbeeld het kiezen tussen de verscheidene

¹¹⁵ J. TAELS, *l.c.*, 17 en 22.

¹¹⁶ G. VANHEESWIJCK, *l.c.*, 43-44.

¹¹⁷ J. VAN DER VEKEN, *o.c.*, 64-65.

¹¹⁸ Zie randnummer 85.

¹¹⁹ Zie randnummers 80-82.

¹²⁰ VanHeeswijck pleit voor een andere interpretatie van het concept van verdraagzaamheid. Daarbij zou het respect voor de andere persoon – gebaseerd op waarden als vrijheid en autonomie ons niet verbieden om een ethisch oordeel over de kwaliteit van zijn levenswijze te vellen. Zie G. VANHEESWIJCK, *l.c.*, 43-44.

voorhanden zijnde geneeskundige behandelingen, een onuitgesproken bevestiging van het erkennen dat de moderne geneeskunde met haar objectivering van de mens en het menselijke lichaam als 'goed', als weldadig wordt gewaardeerd.¹²¹

D ZELFBEPALING ALS UITDRUKKING VAN ONZE AUTONOMIE

1 Het streven naar authenticiteit – twee niveaus van discours...

106 Terwijl het begrip autonomie naar de duurzame status van het individu verwijst, heeft het begrip zelfbepaling¹²² een meer tijdelijk karakter: het (sociale) subject dat een zekere richting voor de toekomst van zich ('zelf'), ook wel van zijn werkelijke individualiteit, kiest (bepaalt). Zelfbepaling is het *uitdrukken* van onze individuele autonomie als persoon.¹²³

107 Als formele en procedurele ethiek slaagt het liberalisme van de neutraliteit er niet in om meer dan louter een afstandelijke ethiek te zijn: de zelfbepaling van het rationeel autonome individu is er enkel een formele zelfbepaling. Hierbij wordt aan de heersende morele achtergrond voorbijgegaan.

Het succes van het liberalisme van de neutraliteit betekent dan ook dat het individu hierdoor zijn (in)zicht in zijn grenzen ontbeert, hetgeen uiteindelijk zelfs zijn formele recht op zelfbepaling bedreigt.¹²⁴

108 Als *begin* van positieve erkenning van onze grenzen benadrukt de 'ruime' ethiek dat er naast de vormelijke discussie van de 'enge' ethiek, ook nog een inhoudelijke discussie over het wezenlijke van de menselijke handelingen moet plaatsvinden.¹²⁵

Op het formele niveau verwijst het ideaal van de *zelfbepaling* naar de *wijze waarop* we naar een bepaald doel streven. Hierbij kan niemand een bepaalde levenswijze worden opgelegd. De individuele levenswijze is het gevolg van de eigen levensoriëntering van elk individu.¹²⁶

¹²¹ Zie randnummers 112 en 162.

¹²² Zelfbepaling is de correcte vertaling van het Engelse "self-determination", het Franse "autodétermination", en het Duitse "Selbstbestimmung". Meestal worden deze begrippen in het Nederlands ten onrechte als *zelfbeschikking* vertaald. In die zin F. VAN NESTE, "Het zelfbeschikkingsrecht – Een kritische studie", in *Ter wille van mensen*, Antwerpen, Maklu, 1997, 98-99.

¹²³ T. VAN LOON, "Zelfbeschikking als recht. Een onderzoek naar duurzame ontwikkeling tot meer vrijheid, individuele en collectieve verantwoordelijkheid in het raam van preventieve gezondheidszorg en sterven", in VLAAMS PREVENTIECONGRES 1997 (ed.), *Preventieve gezondheidszorg*, Diegem, Kluwer, 1997, XIV, 303.

¹²⁴ Zie H. YEIDE, *l.c.*, 271. Voor een uitleg over authenticiteit of de werkelijke individualiteit, zie randnummer 85.

¹²⁵ Zie randnummers 101-102.

¹²⁶ Taylor erkent dit als een sleutelaspect van onze cultuur dat door de 'enge' ethiek als een formeel recht wordt verwoord. C. TAYLOR, *o.c.*, zoals bijgetreden en uitgelegd door G. VANHEESWIJCK, *l.c.*, 36-40 and 47.

Op het inhoudelijke niveau, stelt een eeuwige spanning het 'zelf-in-gemeenschap', op de proef. Voor een fundamenteel relationeel wezen, dat zich juist in zijn relatie met de andere(n) tot zichzelf verhoudt, heeft authenticiteit te maken met het beantwoorden van de aantrekkingskracht die van de (transcendentale) waarden uitgaat. Deze aantrekkingskracht stelt de mens op de proef.¹²⁷

109 Deze verschillende inzichten in de inhoud van het begrip zelfbepaling leiden tot een verschillende interpretatie van de positie van het individu in de context van de geneeskunde.

2 ... onder meer over gezondheid en geneeskunde

110 Als gevolg van haar wortels in het ontstaan van het rolmodel van het rationele, controlerende en controleerbare individu, beoogt de 'enge' ethiek al het lijden, al de tragiek te controleren, te bedwingen. Deze onderneming waardeert activisme en is geneigd om passiviteit als fataliteit te verwerpen. Het tegengaan van lijden is een van de belangrijkste waarden, het is een centraal thema in onze moderne Westerse cultuur. Als zodanig is het uniek onder de 'hogere' beschavingen. Samen met het autonomiebegrip en het belang dat wij hechten aan het dagdagelijkse leven is het een van de drie belangrijkste waarden van onze morele horizon. Voornamelijk het utilitarisme en het belang dat wij hechten aan het dagdagelijkse leven, hebben dit helpen bewerkstelligen.¹²⁸

111 Deze maatschappelijke waardering voor het bestrijden van lijden leidt tot een positieve beoordeling van technologie als uitdrukking van activiteit.¹²⁹ Door dit gelijkstellen van passiviteit met fataliteit ontzegt de 'enge' ethiek zichzelf de mogelijkheid om haar abstracte en formele begrippen zoals zelfbepaling in te vullen. De 'enge' ethiek abstraheert de realiteit. Een realiteit waarbij het individu is ingebed in een complex relationeel netwerk. Dit relationele netwerk bestaat uit de taal, de cultuur en de gemeenschap van dit individu. Het bij het begrip 'zelfbepaling' wegdenken van dit ingebed zijn, leidt tot een verlies aan menselijkheid. Zo sterven oude, zieke mensen niet meer met en in hun families, maar ze 'gaan heen' in een medische omgeving, ze 'verdwijnen'.¹³⁰

¹²⁷ C. Taylor stelde deze verzoening tussen de idealen van een formele zelfbepaling en een substantiële authenticiteit voor in zijn *Sources of the Self*. Door deze idealen te verzoenen, onderscheidt Taylor zich van de twee extremen zoals die door het Communitarisme en het liberalisme van de neutraliteit worden vertegenwoordigd. (Voor dit laatste zie de randnummers 96 - 99.) Zie G. VANHEESWIJCK, *l.c.*, 36-40 en 47.

¹²⁸ Zie C. TAYLOR, *o.c.*, 11-14, zie ook randnummers 78-81.

¹²⁹ J. TAELS, *l.c.*, 25. Zie ook randnummer 78.

¹³⁰ J. TAELS, *l.c.*, 26.

112 Met andere woorden onze formele, theoretische zelfbepaling kan in werkelijkheid tot situaties leiden waarbij lichamelijke en geestelijke opwellingen of grillen ons sturen; of waarbij machtsmechanismen of externe structuren en gegevens ons manipuleren.¹³¹

Dit creëert de schijnbare tegenstrijdigheid van de huidige medische ethiek. Terwijl het individu wordt geacht vrij zichzelf te bepalen, schikt dit individu zich naar de beslissingen die het medische systeem voor hem neemt.¹³² Onze rationeel wetenschappelijke en technische geneeskunde is zodanig 'autonoom' geworden dat het voor de individuele patiënt uiterst moeilijk is geworden om zich op grond van persoonlijke of morele gronden tegen de medische rationaliteit te verzetten.¹³³

113 Wij zijn zodanig met iedereen en met de wereld als een geheel verbonden (al de verschillende sferen waarvan we deel uitmaken), dat we nooit al de gevolgen van onze daden kunnen overzien.¹³⁴ De 'enge' ethiek veronderstelt echter dat zelfbepaling in een context van zekerheid gebeurt, omdat deze ethiek een absoluut autonoom individu vooronderstelt, een individu dat vrij en rationeel zijn eigen normen kiest. In werkelijkheid gebeurt de zelfbepaling van het individu in een context van *voortdurende twijfel*. Het individu evolueert in meerdere parallelle sferen. Dit individu weet dat in alles wat het doet, het wel iets verkeerd doet. Bijgevolg maakt het individu *nooit definitieve beslissingen*, maar kan het altijd van mening veranderen. Onze autonomie blijkt eerder "beslissingsspecifiek" dan algemeen te zijn.¹³⁵ Dit houdt in dat het individu geen bewustzijn heeft dat zo zuiver en helder is, als het rationele subject wordt geacht te hebben.¹³⁶ Dit individu ervaart dat in werkelijkheid de meest waardevolle zaken hem overstijgen.¹³⁷

114 Deze uiteenlopende opvattingen over zelfbepaling (ten opzichte van de geneeskunde) leiden tot tegenstrijdige opvattingen omtrent de betekenis van informed consent.

¹³¹ Zie bijvoorbeeld de kritiek van het structuralisme op de verabsoluteerde vrijheid in randnummer 73.

¹³² Zie ook randnummer 162 en 176.

¹³³ Zie E. KRAKAUER, *l.c.*, 527 en 533-538; P. McGRATH, *l.c.*, 516-532 en J. TAELS, *l.c.*, 22.

¹³⁴ Zie O. O'NEILL, "Paternalism and partial autonomy", *Journal of medical ethics* 1984, vol.10, 175.

¹³⁵ Zie voetnoot 99 en de verwijzingen aldaar.

¹³⁶ W. WEYNS, *l.c.*, 96-97 and O. O'NEILL, *l.c.*, 175.

¹³⁷ Door niet te pogen om deze transcenderende waarden in te vullen, riskeert het moderne individu om in een spirituele impotentie te leven. Zie L. BRAECKMANS, "De tragiek van het 'zelf'. Een filosofisch-historische reflectie" in UFSIA. CENTRUM GRONDSLAGEN VAN HET RECHT (ed.), *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, 80-81.

AFDELING 2

DE ETHISCHE FUNDERING VAN INFORMED CONSENT

§1 Verschillende bio-ethische informed consent-concepten

A TEN GEVOLGE VAN VERSCHILLENDE AUTONOMIECONCEPTEN

115 In hun argumentatie voor of tegen een informed consent-vereiste verwijzen de meeste bio-ethische auteurs naar het autonomiebegrip. Sommigen delen daarbij de principlistische benadering van Faden en Beauchamp.¹³⁸

Deze centrale plaats van het autonomiebeginsel in het bio-ethische debat omtrent informed consent gecombineerd met het bestaan van een 'enge' en een 'ruime' opvatting omtrent dit beginsel, leidt tot een soort Toren van Babel van bio-ethische theorieën omtrent informed consent. Elke poging om deze uiteenlopende opvattingen te categoriseren, is dus ten dele willekeurig. Daarbij hoort ook nog de waarschuwing van Alderson en Goodey dat "informed consent te complex is om op basis van één theoretisch model volledig te worden begrepen."¹³⁹

116 Dit artikel categoriseert deze Babel aan bio-ethische theorieën in een tweedeling tussen enerzijds een 'enge' en anderzijds een 'ruime' informed consent-theorie. Deze tweedeling weerspiegelt de hierboven gehanteerde tweedeling in een 'enge' en een 'ruime' ethiek. Dit kan ook moeilijk anders omdat de 'enge' en 'ruime' informed consent het logische gevolg zijn van het aanhangen van respectievelijk een 'eng' en een 'ruim' autonomieconcept.

Eerst wordt de 'enge' informed consent-vereiste besproken, nadien volgt een analyse van haar 'ruime' tegenhanger.

¹³⁸ Zoals in randnummer 52 al werd vermeld, omschrijft het Principlisme de genese van de huidige betekenis van informed consent als het gevolg van de conflictueuze relatie tussen de drie ethische beginselen van autonomie, weldoen en rechtvaardigheid.

¹³⁹ P. ALDERSON en C. GOODEY, *l.c.*, 1315.

B 'ENGE' INFORMED CONSENT EN DE RATIONALITEIT IN HET "TOESTEMMINGSSPEL"

117 In de 'enge' ethiek is de rol van informed consent van het allergrootste belang. Dit is een gevolg van het *verbrokkeld karakter* van deze ethiek.¹⁴⁰ Engelhardt, een vooraanstaand auteur in deze denkrichting, bestempelt het "*beginsel van de toestemming*" als de meest elementaire basis voor een 'enge' bio-ethiek. Dit "*toestemmingsspel*" (permission game) verbiedt het gebruik van macht en dwang tegen de niet-toestemmende "onschuldige". Dit is echter een inhoudsloos verbod dat het procedurele niet overstijgt.¹⁴¹ Volgens Engelhardt bestaat er geen zedelijke inhoud waarom iemand het "toestemmingsspel" zou moeten spelen. De enige andere keuze is echter het gebruik van macht, hetgeen 'het opleggen van inhoud aan onwillige personen' betekent.¹⁴²

118 De enige acteurs in Engelhardts "toestemmingsspel" zijn "bekwame" personen. Om als "bekwaam" te worden beschouwd, behoren ze een minimaal zedelijk gevoel te hebben, bewust, vrij en rationeel te zijn. Informed consent hoort immers "een rationele beslissing door een rationeel persoon" te zijn.¹⁴³ Rationeel wordt in deze betekenis tegengesteld aan irrationeel¹⁴⁴ en impliceert *voor de andere(n)* als zinnig overkomen.¹⁴⁵

Een dergelijke rationaliteit wordt bij een persoon voorondersteld.¹⁴⁶ De *andere(n)* beoordelen of dit individu er in slaagt om aan dit vermoeden van rationaliteit te beantwoorden. Dit gegeven doet zich ook in de arts-patiënt relatie voor: zowel de dokter (of een andere gezondheidszorgverstrekker) als de patiënt beoordelen of de andere aan zijn vooronderstelde rationaliteit beantwoordt.¹⁴⁷

¹⁴⁰ Aulisio omschrijft dit als volgt: "The implications of moral fragmentation for a secular bioethic have nowhere been more poignantly articulated than in the work of H. Tristram Engelhardt, Jr. [] Engelhardt sees consent or agreement as the only alternative to coercion in the resolution of moral controversies." M. AULISIO, *l.c.*, 429-430.

¹⁴¹ M. AULISIO, *l.c.*, 430. Voor een volledige beschrijving van dit toestemmingsbeginsel zie de door Aulisio geciteerde T. H. ENGELHARDT Jr., *The Foundations of Bioethics*, second edition, Oxford, Oxford University Press, 1996, 122. Zie ook C. CAMPBELL, *l.c.*, 146-149.

¹⁴² M. AULISIO, *l.c.*, 432-433.

¹⁴³ J. MARTA, "Whose consent?", 356.

¹⁴⁴ Irrationeel wordt dan vlug als pathologisch beschouwd. Voor enkele voorbeelden, zie J. MARTA, "Whose consent?", 356-359.

¹⁴⁵ Zie randnummer 91; J. MARTA, "Whose consent?", 356 waar hij verwijst naar AS. POMERANTZ en A. NESNERA, "Informed Consent, Competency, and the Illusion of Rationality", *General Hospital Psychiatry* 1991, vol. 13, 138-142.

¹⁴⁶ Vgl. Gillons '*prima facie*' rationaliteit. R. GILLON, *l.c.*, 195-196.

¹⁴⁷ E. HOWE, *l.c.*, 181.

Die vooronderstelde rationaliteit waaraan een persoon moet beantwoorden, geldt ongeacht de wijze waarop die rationaliteit wordt begrepen, hetzij in haar meest ideële vorm als, alles in beschouwing genomen, handelend voor het beste¹⁴⁸, hetzij als het rationeel nastreven van de eigen verlangens en voorkeuren¹⁴⁹, hetzij als een adequate rationaliteit¹⁵⁰. Dit leidt tot een krachtmeting omtrent rechten en verantwoordelijkheden¹⁵¹.

119 Dit grote belang die de 'enge' ethiek aan de rationaliteit hecht, verklaart waarom het wetenschappelijk onderzoek van het informed consent-proces zich zo heeft toegespitst op de mate waarin patiënten dan rationeel zijn. De beste voorbeelden hiervan zijn de zogenaamde herinnerings-testen¹⁵³ en de testen om de variabiliteit van de bekwaamheid te meten, de zogenaamde "sliding scale" testen.¹⁵⁴ In theorie dienen dergelijke testen alleen om te bepalen of er al dan niet een bijkomende bekwaamheidstest vereist is.

Het gevaar is echter dat een dergelijke test ook bij de beoordeling van de bekwaamheid van de patiënt een rol van betekenis zal spelen.¹⁵⁵ Dit is gevaarlijk omdat een dergelijke test geen rekening houdt met de waarden, ervaringen, sociale omstandigheden, enzovoort van de patiënt in kwestie om te beoordelen of de voorgestelde behandeling voor die welbepaalde patiënt een positieve risico/baten verhouding heeft of niet. Om die reden is een dergelijke test ook ongeschikt om er een voorlopig bekwaamheidsoordeel mee te vullen.

¹⁴⁸ Zie randnummer 89 et seq.

¹⁴⁹ Zie randnummer 92.

¹⁵⁰ Zie randnummer 91.

¹⁵¹ J. MARTA, "Whose consent?", 359.

¹⁵² E. HOWE, *l.c.*, 179.

¹⁵³ "Sliding scale" testen steunen op de *vooronderstelling* dat de patiënt bekwaam is en worden afgenomen wanneer de patiënt door de arts een voorstel wordt gedaan, bijvoorbeeld het ondergaan van een behandeling. Als maatstaf geldt de verhouding tussen het eventuele risico en de eventuele voordelen die de patiënt ervan mag verwachten. Is deze verhouding (volgens de voorsteller) positief en stemt de patiënt hiermee in, dan bevestigt die patiënt door middel van die toestemming dat het correct was om bij hem of haar rationaliteit te vooronderstellen. Wanneer een patiënt echter een voorgestelde behandeling met een dergelijke positieve risico/baten verhouding verwerpt, geeft dit aan dat de vooronderstelde rationaliteit (en dus bekwaamheid) van de patiënt met behulp van een meer precieze test moet worden beoordeeld. Wanneer de voorgestelde behandeling echter een ongunstige risico/baten verhouding inhoudt, geldt net de tegenovergestelde redenering. Zie ook M. GATTELARI, PH. BUTOW and M. TATTERSALL, "Informed consent: what did the doctor say?", *The Lancet* 1999, vol. 353, 1713.

¹⁵⁴ A. LUSTIG, "Informed Consent as a Tool for Medical Management", *Journal of Medicine and Philosophy* 1996, vol. 21, 107.

Zie ook A. COULTER, "Paternalism or partnership? Patients have grown up – and there's no going back", *B.M.J.* 1999, vol. 319, 719.

In deze strijd vormt de patiënt de zwakke partij. Ziek zijn, wordt gelijkgesteld met het (gedeeltelijke) verlies aan autonomie, want als patiënt is de persoon kwetsbaar en angstig, hetgeen zijn rationele autonomie kan verzwakken.¹⁵⁵

120 In het hierboven beschreven model beperkt de arts zich zogenaamd tot het aanreiken van de feiten op zich, vrij van waarden. De arts zou volgens dit model geen waardeoordeel maken. Waardeoordelen maken behoort uitsluitend tot de (eenzame) verantwoordelijkheid van de patiënt.¹⁵⁶ Dit model herleidt informed consent tot een sterk verbaal product ("Ik ga akkoord" of "Ik weiger") waarbij enkel de patiënt de verantwoordelijkheid draagt om waardeoordelen te maken.¹⁵⁷

C 'RUIME' INFORMED CONSENT EN DE ZINVOLHEID VAN DE TOESTEMMING

121 Deze 'enge' omschrijving van informed consent wordt door de 'ruime' ethiek verworpen als zijnde te procedureel, te legalistisch, zonder oog voor het werkelijke leven.¹⁵⁸ Daartegenover stelt de ruime 'ethiek' een informed consent die steunt op een drie dimensioneel model van een 'zelf-in-gemeenschap', die een relationele beslissingsautonomie bezit.

In plaats van een *louder product* wordt informed consent dan opgevat als een *voortdurend proces*.¹⁵⁹ Beide actoren, de arts en de patiënt, worden er als 'andere' en *als subject* beschouwd. Deze zienswijze laat ruimte voor de verscheidenheid tussen de personen en voor hun onderlinge afhankelijkheid via de taal,

¹⁵⁵ Zie randnummer 89. Of zoals Howe het stelt: "We do not know how much fear patients can experience (theoretically) before they become less autonomous..." E. HOWE, *l.c.*, 179-181.

Of het uitoefenen van autonomie enig therapeutische effect inhoudt, valt te betwijfelen. Gezien de kwetsbare situatie patiënten lijkt dit eerder ontmoedigend te werken. In die zin Yeide Jr. die vervolgt met: "It would appear that despite the tendency to view autonomy and respect for persons as two sides of the same coin, 'honouring' the autonomy of the other does not always result in respect for persons." H. YEIDE Jr, *l.c.*, 271.

¹⁵⁶ Dit model wordt ook wel eens als "feitenleveranciersmodel" (fact-provider model), of als "adviseursmodel" (adviser model) omschreven. Zie respectievelijk J. SAVULESCU, *l.c.*, 327-328 en H. WULFF, "The inherent paternalism in clinical practice", *The Journal of Medicine and Philosophy* 1995, vol. 20, 299-300.

¹⁵⁷ Zie J. MARTA, "Whose consent?", 358.

¹⁵⁸ Marta stelt dit als volgt: "Patients retain agency and authorship of their lives whether or not they are deemed competent to do so by others, and whether or not they are fully autonomous, since their manifestations of themselves (verbal and non-verbal expressions, behaviours) contribute to the determination of (in)competence and (non)autonomy, and to the maintenance of that determination, as well as to the subsequent actions taken by them and for them [] Whether competent or incompetent, autonomous or nonautonomous, primarily rational or nonrational, patients live with, bear the consequences of, whatever actions they take or are taken for them." J. MARTA, "Whose consent?", 365.

¹⁵⁹ J. MARTA, "Whose consent?", 354 en 360.

een taal waar beiden van afhankelijk zijn.¹⁶⁰ Deze zienswijze ontnemt de relatie arts-patiënt tevens haar strijdend karakter.¹⁶¹

122 Volgens de 'ruime' ethiek is dit de enige wijze waarop informed consent werkelijk een *betekenisvolle* informed consent kan worden.¹⁶² Enkel een betekenisvolle informed consent kan een patiënt werkelijk voor een onderwerping aan een (eventueel vermomd) paternalisme behoeden. Ook de voorstanders van een 'enge' informed consent beroepen er zich op dat 'hun' informed consent het paternalisme bekampt. Voor de voorstanders van een 'ruime' informed consent houdt een 'enge' informed consent echter een risico op paternalistische praktijken in.

Kortom het model van een 'ruime' informed consent beoogt het herstel van de dialoog in de relatie tussen de arts en de patiënt (en zijn omgeving). Dit model doet dit voornamelijk vanuit het perspectief (van de autonomie) van de patiënt.

§2 Autonomie versus paternalisme

A SITUERING VAN HET PATERNALISME IN DE GENEESKUNDE

1 Paternalisme-'oude-stijl'

123 In het bio-ethische debat wordt er dus zowel door de voorstanders van de 'enge' als van de 'ruime' informed consent gesteld dat informed consent als een methode, als een waarborg tegen het 'paternalisme' in de geneeskunde dient. Het woordenboek omschrijft 'paternalisme', in het Nederlands ook wel 'bevoogding' genaamd, als "het optreden van een gezaghebber als een vader (of voogd) die het goede met zijn ~ voorheeft, maar hen geen invloed van belang geeft op hun eigen aangelegenheden".¹⁶³

¹⁶⁰ Taal omvat in deze context ook lichaamstaal, zie Howe: "Patients' feelings are as sensitive to how care providers speak and look as to what they say." E. HOWE, *l.c.*, 181. Voor een grondige analyse van de taal in het informed consent proces, zie J. MARTA, "A Linguistic model of informed consent", *The Journal of Medicine and Philosophy* 1996, vol. 21, 41-60 en "Whose consent?", 363.

¹⁶¹ "[It] is a shift away from a struggle for authority and responsibility as accountability, toward authorship and responsibility as not only accountability but also as bearing the consequences of one's authorship, authority, and authorization. [] Though not always held accountable nor deemed culpable, they are always 'responsible' in the sense of bearing the consequences of both their agency (of what they are subject), and their subjugation (to what they are subjected)." J. MARTA, "Whose consent?", 364.

¹⁶² J. MARTA, "Whose consent?", 354.

¹⁶³ G. GEERTS, en H. HEESTERMANS, *Van Dale*, 2250.

In een biomedisch perspectief duidt paternalisme op "een soort vaderlijke beslissing van een beroepspersoon, waarbij die aan de autonome beslissing van de patiënt voorbijgaat"¹⁶⁴, meer ruwweg gesteld, betekent dit "het negeren van de wens van de patiënt."¹⁶⁵

124 Toen het paternalisme-oude-stijl nog de heersende norm was in de geneeskunde, zetten de artsen zich in om datgene te doen wat *het beste voor hun patiënten* was. Daarbij hadden de artsen *vooral, of zelfs enkel, oog voor de medische feiten*. Op basis daarvan beslisten zij wat de beste handelwijze zou kunnen zijn. Daar bleef het echter niet bij, de artsen *dwongen* nadien de patiënten *om dit aan te nemen*.¹⁶⁶ Om het met de bewoordingen van Engelhardt uit te drukken: de artsen legden de patiënten inhoud op, en voor Engelhardt staat het opleggen van inhoud, gelijk met het gebruik van dwang.¹⁶⁷

125 Faden en Beauchamp besluiten uit hun studie van de geschiedenis van de geneeskunde dat het paternalisme een gevolg is van het feit dat de geneeskunde doorheen de geschiedenis "in hoofdzaak" het 'beginsel van weldoen' heeft aangehangen. Faden en Beauchamp vertalen dit 'doen van het goede' naar een biomedische context als: "het zich onthouden van het moedwillig verwonden van anderen en het bevorderen van de belangrijke en legitieme belangen van anderen, hoofdzakelijk door het voorkomen of vermijden van mogelijke nadelen."¹⁶⁸ Dit werkmodel van 'weldoen' diende als basis om de verantwoordelijkheden van de arts ten opzichte van de patiënt te bepalen.¹⁶⁹

Zolang het paternalisme-oude-stijl de heersende norm in de geneeskunde was, werden beginselen zoals verdraagzaamheid en autonomie op de arts-patiënt relatie niet van toepassing geacht. Er werd niet erkend dat de opvattingen over wat voor de patiënt het beste zou zijn, konden uiteenlopen.¹⁷⁰ Wanneer dit toch gebeurde, werd de noodzaak tot verdraagzaamheid voor de afwijkende opvatting van de patiënt niet erkend.

¹⁶⁴ R. FADEN en T. BEAUCHAMP, *o.c.*, 13.

¹⁶⁵ Overweging 34 Council of Europe November 1996, Explanatory Report to the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with Regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine. J. SAVULESCU, *l.c.*, 327 en 330.

¹⁶⁶ Zie randnummer 117.

¹⁶⁷ Zij vervolgen met "The positive benefit the physician is obligated to seek is the alleviation of disease and injury, if there is a reasonable hope of cure. The harms to be prevented, removed, or minimized are the pain, suffering, and disability of injury and disease. In addition, the physician is of course enjoined from doing harm if interventions inflict unnecessary pain and suffering on patients. While these considerations are all included under beneficence, we view the idea of a lexical ordering of sub-principles as an expendable overgeneralization." R. FADEN en T. BEAUCHAMP, *o.c.*, 9-14. Vgl. H. WULFF, *l.c.*, 299-300.

¹⁶⁸ R. FADEN en T. BEAUCHAMP, *o.c.*, 53-113.

¹⁷⁰ "A more homogeneous culture in the past allowed physicians to assume that they shared values with their patients, but in a pluralistic society, the patients' views can never be assumed." G. WEISS, "Paternalism modernised", *Journal of medical ethics* 1985, vol. 11, 186.

De heersende norm van weldoen diende hiertoe als rechtvaardiging.

Eigenlijk was alleen de arts, met zijn rationele wetenschappelijke kennis, autonoom¹⁷¹, terwijl de patiënt, als gevolg van zijn ziekte, (totaal) geen autonomie meer had.

2 Paternalisme-‘nieuwe-stijl’

126 Hierboven werd al beschreven hoe voorstanders van een ‘ruime’ informed consent pogen om de patiënt-arts dialoog te herstellen. Behalve deze strekking, pogen nog andere auteurs om de band te herstellen. Deze laatste auteurs doen dit echter niet vanuit (voornamelijk) het perspectief van de patiënt, maar wel vanuit het perspectief van de arts (met betrekking tot het autonomiebegrip).

Hiervoor herformuleren zij het paternalisme. De oude versie van dit model had immers door de opkomst van het informed consent-beginsel afgedaan. Om het sedertdien heersende model van een uiterst rationele ‘enge’ informed consent te ontronen, erkennen deze auteurs dat "het doen van wat voor de patiënt het beste is" niet uitsluitend door de waarden van de arts kan worden bepaald.¹⁷²

127 Het merendeel erkent dat het liberalisme van de neutraliteit tegenwoordig het heersende maatschappelijke model is en erkennen dat het paternalisme-oude-stijl de autonomie van de patiënt schond. Zij pogen dan ook om het paternalisme met het autonomiebeginsel te verzoenen.¹⁷³ Hun model wordt hierna als ‘paternalisme-nieuwe-stijl’ aangeduid.

Een minderheidsstrekking lijkt het paternalisme te herformuleren, zonder daarbij te pogen om het paternalisme met het autonomiebeginsel te verzoenen. Hun model wordt hierna als ‘hertekend paternalisme-oude-stijl’ omschreven.¹⁷⁴

128 Het zijn vooral de argumenten van het ‘paternalisme-nieuwe-stijl’ en de reacties vanwege de voorstanders van informed consent, die heel wat interessante thema’s weten te onthullen. Om die reden zullen enkele van de meest genuanceerde voorstellen voor een ‘paternalisme-nieuwe-stijl’ diepgaand worden ontleed.

¹⁷¹ Vergelijk met Yeide's commentaren op de autonomie van de arts en op de autonomie als "a tool for exercising superior power as well as resisting it." H. YEIDE Jr, *l.c.*, 270-272.

¹⁷² G. WEISS, *l.c.*, 186.

¹⁷³ J. SAVULESCU, *l.c.*, 327.

¹⁷⁴ Zo stelt Weiss dat: "[T]he physician decides what is best for the patient and pursues that course of action, taking into account the values and interests of the patient." Voor Weiss vormen deze waarden immers maar een van de vele door de arts te beoordelen factoren. G. WEISS, *l.c.*, 184-187.

Het feit dat verscheidene ethisch-filosofische strekkingen zich in het informed consent debat mengen, bemoeilijkt en verrijkt tevens de analyse. Concreet gezien komt dit debat zowel in een resultaat gerichte ethiek, als in een handelingsgerichte ethiek voor. Het debat in een handelingsgerichte ethiek kan zowel in een abstract als in een context specifiek kader gebeuren. In elk van die debatten worden andere specifieke elementen belicht.¹⁷⁵

B HET DEBAT IN EEN RESULTAATGERICHTE ETHIEK¹⁷⁶

129 Deze denkrichting staat in het algemeen eerder 'neutraal' ten opzichte van het debat paternalisme versus autonomie. Wanneer het paternalisme een maximale productie van voorspoed of welzijn bewerkstelligt, wordt het als ethisch verantwoord beschouwd. In het geval het bekomen van een informed consent daarin beter zou slagen, wordt het paternalisme als ethisch niet-verantwoord beschouwd.¹⁷⁷ Het inherente en fundamentele gebrek aan een resultaatgerichte ethiek is haar arbitraire invulling van het begrip 'productie van voorspoed of welzijn', zoals blijkt uit de volgende twee, aan elkaar tegengestelde, argumentaties.

130 Zo verantwoordt Weiss zijn 'hertekend paternalisme-oude-stijl' door zich te beroepen op het alles overheersend belang van de te bereiken resultaten.¹⁷⁸ Voor Weiss is het te verkrijgen resultaat de productie van voorspoed of welzijn van de patiënt. In dit model bepaalt enkel de arts, of het medische establishment, wat deze productie van voorspoed of welzijn voor de patiënt zou kunnen inhouden.¹⁷⁹ Als voorstander van de persoonlijke autonomie, stelt Mill dan weer dat iedere persoon het best zijn of haar geluk kan beoordelen. Het autonoom nastreven van doelen vormt voor hem een belangrijke bron van geluk. Deze zienswijze stelt autonomie en nut aan elkaar gelijk. Bijgevolg kan het geluk van de persoon in kwestie (in dit geval de patiënt) zelden worden gemaximaliseerd door een paternalistisch negeren van de wil van die persoon. Volgens deze benadering misrekent het paternalisme zich hierin.¹⁸⁰

¹⁷⁵ O. O'NEILL, *l.c.*, 173-178.

¹⁷⁶ Voor meer uitleg en commentaar over deze ethisch-normatieve benadering, zie randnummer 53.

¹⁷⁷ Zie O. O'NEILL, *l.c.*, 173.

¹⁷⁸ "[M]odern paternalism emphasises *outcome* and the principle of patients' best interest." WEISS, G., *l.c.*, 186.

¹⁷⁹ "His goal is to improve care rather than promote patient autonomy." *Ibid.*

¹⁸⁰ O. O'NEILL, *l.c.*, 174, en de aldaar in voetnoot 2 vermelde auteurs.

O'Neill betwist deze gelijkschakeling tussen autonomie en nut op grond van empirische bevindingen die aantonen dat er soms zelfs een negatieve correlatie bestaat.¹⁸¹

C HET DEBAT IN EEN ABSTRACTE HANDELINGSGERICHTE ETHIEK

131 Het leeuwendeel van het debat vindt plaats in een handelingsgerichte ethiek. Aangezien deze ethiek zich eerder op de handeling, dan op het resultaat richt¹⁸², hecht zij veel belang aan de autonomie van de actoren. Twee benaderingen zijn hierbij mogelijk. Ofwel wordt de specifieke context weggedacht, dan wel beklemtoond.

1 Argumenten ten voordele van het paternalisme

A INTRINSIEKE ORIËTERING

132 De abstracte benadering leent zichzelf tot het 'enge' autonomie model van het liberalisme van de neutraliteit. Dit leidt tot het bepleiten van een contractueel model van de menselijke relaties. De ideële rationeel autonome patiënt dient er als *referentie* bij het nagaan of deze theoretische patiënt zijn toestemming tot een bepaalde procedure zou verlenen. Indien dit aanneembaar lijkt, houdt dit een rechtvaardiging in om die bepaalde procedure aan feitelijk niet-ideële patiënten op te leggen.¹⁸³ Dit is de kern van de redenering die achter de heersende 'enge' informed consent-opvatting schuilgaat. Het feit dat de 'altijd rationeel autonome patiënt' slechts een ideaal is en geen empirische realiteit, vergemakkelijkt de legitimering om het paternalisme als een omgangswijze voor personen die cognitieve en wilscapaciteiten ontberen, terug in te voeren. Vooral in een medische context is dit zo. Ziekte wordt er immers als autonomiebeperkend beschouwd.¹⁸⁴

¹⁸¹ "Some find autonomous pursuit of goals more a source of frustrations and anxiety than of satisfaction. In particular, many patients want relief from hard decisions and the burden of autonomy. Even when they don't want decisions made for them they may be unable to make them, or to make them well." O. O'NEILL, *l.c.*, 174.

¹⁸² Voor meer uitleg en commentaar over deze ethisch-normatieve benadering, zie randnummer 54.

¹⁸³ O. O'NEILL, *l.c.*, 174.

¹⁸⁴ O'Neill stelt dit als volgt: "Where autonomy is standardly reduced, paternalism must it seems be permissible..." O. O'NEILL, *l.c.*, 173-174.

133 Hierna volgt een bespreking van twee argumentaties die allebei erkennen dat feiten en waardeoordelen niet van elkaar te scheiden zijn, maar juist onafscheidelijk samengaan. Deze *onafscheidelijke band tussen feiten en waardeoordelen* houdt in dat de arts zelfs bij het louter meedelen van feiten, in staat is om de patiënt te manipuleren.¹⁸⁵

De eerste argumentatie (Savulescu) vertrekt vanuit een psychologisch perspectief, de tweede (Wulff) vanuit een analyse van de complexiteit van het klinische redeneren.

B SAVULESCU'S RATIONEEL NIET-TUSSENKOMEND PATERNALISME

134 Savulescu's oplossing voor de onmogelijkheid om als arts waardenvrij met patiënten te communiceren, lijkt op een soort 'vlucht vooruit'. Savulescu verwerpt het heimelijke manipuleren van de patiënt door de arts en verkiest om er openlijk voor uit te komen dat feiten en waardeoordelen nu eenmaal niet van elkaar te scheiden zijn.

De voorgestelde oplossing bestaat uit het toevoegen van een bijkomend element aan het paternalisme-oude-stijl. De artsen moeten niet langer enkel bedenken wat voor hun patiënten het beste zou zijn, hierbij met *alles* rekening houdend (wat eigenlijk ook een extra element inhoudt). Daarbovenop moeten artsen hierover ook nog eens rationeel met de patiënten argumenteren (waarom die arts ergens in gelooft).¹⁸⁶ Hierbij kan worden opgemerkt dat Savulescu in zekere zin poogt om de arts-patiënt relatie nog meer rationeel en nog meer objectief te maken door de formele rationaliteit van de procedure te verbeteren.

135 Uiteindelijk laat Savulescu toe dat bekwame personen op grond van *hun eigen oordeel* over wat het beste voor hun leven is, mogen handelen. Savulescu erkent echter niet dat artsen de oordelen van hun patiënten *per se* als correct moeten aanvaarden. Om die reden beroept Savulescu zich op het recht (of zelfs de plicht?) om rationeel met de patiënt te argumenteren.¹⁸⁷

Om dit alles aanvaardbaar te maken, wordt dit paternalisme-nieuwe-stijl zelfs voorgesteld als een middel om de autonomie van de patiënt te vergroten.¹⁸⁸ Dit argument geeft aan in welke mate paternalisten-

¹⁸⁵ Savulescu stelt onomwonden dat: "[T]he way information is presented can determine the significance of that information for people. This is called the 'framing effect'. When choice is framed in terms of gain, we are risk-averse. When choice is framed in terms of loss, we are risk-taking." J. SAVULESCU, *l.c.*, 328, waar hij verwijst naar A. TVERSKY. And D. Kahneman, "The framing of decisions and the psychology of choice", *Science* 1981, vol. 211, 453-458. Zie ook H. WULFF, *l.c.*, 303-310.

¹⁸⁶ J. SAVULESCU, *l.c.*, 327-330.

¹⁸⁷ J. SAVULESCU, *l.c.*, 331.

¹⁸⁸ "Since holding true beliefs is necessary to be autonomous, we do not respect autonomy when we allow patients to act on irrational beliefs." J. SAVULESCU en R. MOMEYER, *l.c.*, 287.

nieuwe-stijl autonomie hoofdzakelijk (of uitsluitend) als een *rationeel* concept beschouwen. Ten eerste, om autonoom te zijn, moet een persoon geïnformeerd zijn. Ten tweede betekent dit niet enkel informatie omtrent de feiten, maar ook omtrent de toepasselijke waarden. Ten derde, als gevolg hiervan, wordt de keuze van de patiënt een meer rationele keuze. Savulescu redeneert immers dat rationele opvattingen de kansen op een rationele keuze zullen verhogen en (omwille hiervan) *een keuze zal zijn die de patiënt werkelijk zal waarderen*.¹⁸⁹

136 Dit verklaart waarom Savulescu (samen met Momeyer) artsen aanspoort om hun patiënten met ware en dus rationele overtuigingen (feiten en waarden?) te informeren, terwijl die artsen een eventuele irrationele keuze door de patiënt moeten respecteren. Dit niet pogen te doen zou een moderne vorm van "verwaarlozing" zijn: het overleveren van de patiënt aan de "menselijke irrationaliteit".¹⁹⁰ Het vreemde aan deze argumentatie is dat artsen een eventuele keuze die een patiënt uit onwetendheid of op basis van irrationele overtuigingen maakt, moeten respecteren. Savulescu en Momeyer geven hiervoor drie redenen en onthullen hiermee enkele interessante topics.¹⁹¹

137 Ten eerste erkennen Savulescu en Momeyer onrechtstreeks dat het (heersende) model van een absoluut rationele autonomie slechts een ideaal is. Ook niet volledig rationele personen moeten worden gerespecteerd. Een arts moet immers een evenwicht zien te bereiken tussen het versterken van de korte en van de lange termijn autonomie van de patiënt.

Door middel van een beleid om mensen hun eigen keuzes te laten maken zouden patiënten met een lagere graad van rationaliteit moeten worden aangemoedigd om hun autonomie op lange termijn te ontwikkelen. Enkel wanneer de irrationaliteit zodanig uitgesproken is dat het de bekwaamheid van die persoon in twijfel trekt, mag er in de beslissing van die persoon worden tussengekomen.

Savulescu erkent dat de informatievereiste eerder als een streefdoel, dan als een afdwingbare verplichting fungeert. Patiënten moeten worden geïnformeerd, maar niet met informatie die ze niet wensen te ontvangen.

¹⁸⁹ J. SAVULESCU, *l.c.*, 330 en J. SAVULESCU en R. MOMEYER *l.c.*, 282 en 287.

¹⁹⁰ Net zoals de aanhangers van de 'ruime' autonomie bekritisieren de voorstanders van een paternalisme-nieuwe-stijl de verdedigers van een 'eng' autonomie concept, omdat deze laatsten de patiënt in de steek laten. Het perspectief van waaruit deze kritiek wordt geuit, is echter verschillend. Zie randnummer 121.

¹⁹¹ Opdat alles bevattelijk zou blijven, wijzigt dit rapport de volgorde van hun argumenten.

138 De tweede reden getuigt van wetenschappelijke bescheidenheid. Savulescu en Momeyer pleiten voor een zekere mate van "epistemisch scepticisme ten aanzien van de eigen rationaliteit". Daarnaast dreigt een dogmatisch gebruik van de eigen kennis de andere(n) te verdrrukken.¹⁹²

139 De derde reden is consequentialistisch van aard en misschien wel het meest veelzeggend, namelijk het belang om het *vertrouwen* in de geneeskunde als discipline te behouden. Een beleid waarbij er aan de keuzes van de patiënten zou worden voorbijgegaan, zou een algemeen klimaat van wantrouwen ten opzichte van de geneeskunde scheppen. Dit gegeven vermindert dan ook de waarde van een dergelijk beleid.

C WULFFS INHERENT MEDISCH PATERNALISME¹⁹³

140 Daar waar Savulescu stelt dat artsen *het recht* en zelfs *de morele plicht* hebben om op een paternalistische wijze te handelen, stelt Wulff dat het paternalisme *inherent* is aan de klinische praktijk. Medisch paternalisme blijkt een *intrinsiek feit* te zijn. Een arts kan nooit enkel feiten meedelen. Zolang de patiënt de arts *vertrouwt*, is dit voor Wulff perfect ethisch aanvaardbaar. Indien dit niet zo is, stelt er zich een ethisch probleem.

Ook bij Wulff blijkt hoe het voor de geneeskunde als discipline van belang is om door patiënten te worden vertrouwd.

D BEOORDELING

141 Deze pogingen om het paternalisme te 'hertekenen', zijn in wezen pogingen *om de arts zijn autonomie terug te geven*. Deze keer niet als een autoritaire, abstracte autonomie, maar wel als een autonomie die steunt op dialoog en verdraagzaamheid en die nog steeds een uiterst groot belang aan de rationaliteit hecht.

Het paternalisme-oude-stijl steunde reeds op dit geloof in de rationele autonomie, maar (in een medische context) kende het deze autonomie enkel aan de leden van de medische gemeenschap toe.

¹⁹² Wulff deelt deze opvatting: "Medical history up to our time provides numerous examples in which the medical profession used ineffective or harmful treatments which seemed rational to contemporary medical theory." H. WULFF, *l.c.*, 304 waar hij verwijst naar L. LASAGNA, *The Doctors Dilemmas*, Londen, Gollancz, 1962.

¹⁹³ Zie H. WULFF, *l.c.*, 300 en 310-311.

Het paternalisme-nieuwe-stijl kent ditzelfde concept van een rationele autonomie nu ook aan de patiënt toe, wanneer (of beter op voorwaarde dat) deze laatste, met behulp van de arts, een essentieel niveau van rationaliteit weet te bereiken.

Het erkennen van verdraagzaamheid dwingt de voorstanders van de rationaliteit om toe te geven dat absolute rationaliteit slechts een ideaal is. Het 'terugverdieneffect' van deze toegeving is dat de geneeskunde hierdoor haar autonomie kan terugvorderen.

2 Argumenten ten nadele van het paternalisme: de kritieken van Madder

142 Een van de critici van dit paternalisme-nieuwe-stijl is Madder. Madder ontwikkelt hiervoor een redenering die op vier belangrijke argumenten steunt, drie ervan zijn dan nog eens verder onderverdeeld.

143 Madder stelt dat de arts niet het best geplaatst is om, met alles rekening houdend, te beoordelen wat voor de patiënt het beste is.¹⁹⁴ Madder staft dit argument aan de hand van vier deelargumenten. Ten eerste kan een arts *enkel vanuit een medische betekenis* oordelen wat het beste is voor de patiënt.¹⁹⁵ Ten tweede is het voor de arts niet gemakkelijk om te herkennen welke waarden een patiënt heeft.¹⁹⁶ Volgens Madder zijn patiënten nu eenmaal niet altijd bereid om al hun waarden aan de arts prijs te geven.¹⁹⁷ Het probleem van het respecteren van het recht op privacy van de patiënten, is hier niet vreemd aan. Ten derde verwerpt Madder de stelling van Savulescu dat het door hem voorgestelde model de (lange termijn) autonomie van de patiënt versterkt. Dit model ontnemt patiënten juist *de noodzaak* om hun *eigen* keuzes te maken.¹⁹⁸

Tenslotte betekent het voorstel van Savulescu ook een slechte zaak voor de objectiviteit en bijgevolg de rationaliteit van de arts. Dit voorstel zou in de praktijk het externe zicht van de arts op de patiënt (een noodzakelijke voorwaarde voor objectiviteit) bedreigen.

¹⁹⁴ H. MADDER, "Existential autonomy: why patients should make their own choices", *Journal of Medical Ethics* 1997, vol. 23, 224.

¹⁹⁵ In zijn later artikel met Momeyer erkent Savulescu dit ten dele. Zie J. SAVULESCU en R. MOMEYER, *l.c.*, 287.

¹⁹⁶ Contra J. SAVULESCU, *l.c.*, 329.

¹⁹⁷ Zie ook het eerdere artikel van Loewy die deze zienswijze bijtreedt: "Studies have repeatedly shown that even when doctors know their patients well, their ability to predict the wishes of these patients has virtually no more accuracy than random chance." E. LOEWY, "Consent, Ethics, and Community", *The Journal of Clinical Ethics* 1992, 226.

¹⁹⁸ Madder koppelt het maken van keuzes met existentiële autonomie. H. MADDER, *l.c.*, 222.

144 Zolang patiënten bereid en bekwaam zijn om beslissingen te nemen, houdt het voorstel van Savulescu voor Madder geen probleem in. Wanneer aan een van beide voorwaarden echter niet wordt voldaan, rijst er een probleem. Het is dan te onduidelijk in welke mate de arts zich in het proces van rationele argumentatie moet engageren. Vraag is nu eenmaal waar de grens tussen overtuigen en dwingen ligt.¹⁹⁹

Met of zonder dit probleem legt het model van Savulescu een "overweldigende en onnodige ethische last" op de schouders van de arts. De arts die er niet in slaagt om zijn opvatting omtrent de beste handelwijze bij de patiënt ingang te doen vinden, moet dan immers zijn mislukking erkennen. Dit laatste subargument wijst er op dat informed consent in werkelijkheid ook als een techniek kan dienen om artsen tegen een zekere verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid af te schermen.²⁰⁰

145 Het rationeel argumenteren omtrent feiten én waarden, houdt het risico in dat patiënten zodanig worden overdonderd dat zij de als beste voorgestelde optie wel moeten aannemen.²⁰¹

Dit gevaar voor een rationele dwang vanwege de artsen is in wezen naast de kwestie. Aangezien een arts nooit aan een zeker 'inkledingseffect' kan ontsnappen, loopt de patiënt altijd het risico om in zekere zin bij zijn beslissing 'gestuurd' te worden. Wanneer artsen openlijk voor dit 'inkledingseffect' mogen uitkomen, zullen zij minder vlug geneigd zijn om hun patiënt heimelijk te manipuleren. In dit opzicht is het model van Savulescu juist bedoeld om de patiënt beter te beschermen.

146 Madder doet tenslotte het model van Savulescu als veel te tijdrovend af. Dit tijdrovend aspect geldt volgens haar zowel voor de arts, als voor de patiënt.²⁰²

Deze kritiek geldt echter evenzeer voor het door haar voorgestane model.²⁰³

¹⁹⁹ H. MADDER, *l.c.*, 224. Zie ook de impliciete repliek van Savulescu in zijn later artikel, waarbij hij stelt dat de arts moet nastreven om zijn patiënten in echte en rationele opvattingen (feiten en waarden?) te scholen. Zie randnummer 136. J. SAVULESCU en R. MOMEYER, *l.c.*, 282-288.

²⁰⁰ Het voorstel van Weiss voor een 'hertekend paternalisme-oude-stijl' lijkt dit te bevestigen. Weiss legt in zijn voorstel immers een zware last op de schouders van de arts. Zie WEISS, G., *l.c.*, 184-187. Zie ook randnummers 275 - 276.

²⁰¹ "Doctors who develop sophisticated techniques for argument will dominate decision-making." H. MADDER, *l.c.*, 224.

²⁰² H. MADDER, *l.c.*, 224. Zie ook P. ALDERSON en C. GOODEY, *l.c.*, 1314.

²⁰³ Wulff verwoordt dit nogal scherp: "It is somewhat absurd to imagine a physician who at each stage of the decision process would give this patient a long medical lecture." H. WULFF, *l.c.*, 310.

3 Beoordeling van het debat in een abstracte handelingsgerichte ethiek

147 Elk model dat in de praktijk aanvoeld wordt als 'te tijdrovend', houdt het risico in niet of nooit te worden verwezenlijkt. Dit leidt tot de vraag of al deze ethische modellen voor informed consent wel praktisch haalbaar zijn, gezien de beschikbare tijd van de arts een (economisch) schaars goed is.

148 Door het nastreven van een ideële rationele autonomie, die 'vrij van' is, heeft de Verlichting ziekte met verlies aan autonomie gelijkgesteld. Hierdoor zijn patiënten bij een medische behandeling per definitie heteronoom. Genezing betekent het herstellen van de autonomie van de patiënten. Elke argumentatie ten voordele van informed consent die op een 'eng' autonomiebegrip steunt en zich dus in een abstract handelingsgericht ethisch debat situeert, hindert bijgevolg zichzelf en dreigt zo de *status-quo* te bevestigen. In deze *status-quo* worden patiënten aan het paternalisme van het machtige biomedische discours onderworpen.²⁰⁴

149 Om effectief te kunnen zijn, is de geneeskunde nu eenmaal *inherent* geneigd om over patiënten de baas te spelen, ze te controleren en hun *lichaam te objectiveren*. Dit heeft als gevolg dat de moderne geneeskunde over een uitermate sterk discours beschikt.

Het is dan ook zeer de vraag of het autonomiebegrip zoals het in een contextgevoelige, handelingsgerichte ethiek voorkomt, dit probleem kan verhelpen.

D HET DEBAT IN EEN CONTEXT GEVOELIGE HANDELINGSGERICHTE ETHIEK

150 Ook vanuit een contextgevoelige, handelingsgerichte ethiek oogst het voorstel voor een paternalisme-nieuwe-stijl heel wat kritiek. In een dergelijke ethiek wordt de context niet weggedacht (geabstraheerd), maar juist gebruikt om de menselijke autonomie (contextueel) te beoordelen.

²⁰⁴ Zie Krakauer en zijn ontologische vraagstelling. E. KRAKAUER *l.c.*, 538 and P. McGRATH, *l.c.*, 517 en 519-522.

1 Bijkomend argument ten nadele van het paternalisme

A DE IMMER ONDOORZICHTIGE TOESTEMMING

151 Ondanks hun Principiële benadering hechten Faden en Beauchamp veel belang aan de concrete handelingscontext. Faden en Beauchamp onderscheiden immers zowel autonome en niet-autonome *personen*, als autonome en niet-autonome *handelingen* (in dit rapport met zelfbepaling aangeduid²⁰⁵).²⁰⁶ Volgens hen kunnen beide categorieën van personen autonome en niet-autonome *handelingen* stellen en is de autonomie van specifieke handelingen slechts een kwestie van gradatie.²⁰⁷

152 O'Neill wijst er op dat wij niet noodzakelijk alle gevolgen van waarin we toestemmen, kunnen inschatten. Dit betekent dat de toestemming die we voor de daden en projecten van anderen geven, hoe dan ook selectief en onvolledig is. We stemmen niet zozeer met een bepaalde voorgestelde handeling of project in, maar wel met *de er aan gegeven omschrijving*.

Elke toestemming blijft dus *ondoorzichtig*. Dit geldt ook voor elke menselijke toestemming die buiten een medische context wordt gegeven, ook dan blijft de menselijke autonomie "beperkt en kwetsbaar". Hierin verschilt die toestemming niet radicaal met de toestemming die een patiënt verleent.²⁰⁸

153 'Volledig rationele autonomie' is dus niet de enige vorm van reële autonomie.²¹⁰ Het is zelfs niet duidelijk of 'volledig rationele autonomie' in werkelijkheid haalbaar is. Volgens Faden en Beauchamp is dit hoogstens "een waardig ideaal". Patiënten behoeven alleen maar een "vergelijkbare capaciteit tot besluitvorming" te hebben. Faden en Beauchamp verwijzen hierbij naar hun beschrijving van de geschiedenis van de informed consent-vereiste.²¹⁰

²⁰⁵ Zie randnummer 106 et seq.

²⁰⁶ R. FADEN en T. BEAUCHAMP, *o.c.*, 237. Andere auteurs die zich ook in een context gevoelige handelingsgerichte ethiek situëren, hanteren dit onderscheid niet expliciet. Hun argumentaties geven echter wel aan dat de autonomie die zij bepleiten, eerder de autonomie van concrete handelingen, dan die van personen is.

²⁰⁷ "[A]ctions are autonomous by degrees, rather than categorically autonomous or non-autonomous." Faden en Beauchamp beschouwen zelfbepaling als het wettelijk equivalent (in de V.S.A.) van het ethische beginsel van autonomie. R. FADEN en T. BEAUCHAMP, *o.c.*, 235 en 239.

²⁰⁸ Zie O. O'NEILL, *l.c.*, 174-175.

²⁰⁹ Alhoewel het Principiële van Faden en Beauchamp tot de 'enge' ethiek behoort, bepleiten beide auteurs een "full autonomy". Dit blijkt een ideële autonomie te zijn, met in hoofdzaak een klemtoon op de rationaliteit. Om verwarring met het in dit rapport gehanteerde 'ruime' autonomie te voorkomen, wordt hun "full autonomy" als 'volledig rationele autonomie' vertaald. R. FADEN en T. BEAUCHAMP, *o.c.*, 237-241.

²¹⁰ Waarbij ze vaststellen dat: "[M]uch of the initial impetus came from concern that people were *less* able to act autonomously as patients and subjects than elsewhere. [] Consent requirements did not arise with the hope of enabling people to make decisions about health care or research participation that were *more* autonomous than decisions of comparable consequence made in other arenas of life." R. FADEN en T. BEAUCHAMP, *o.c.*, 240.

Deze vaststelling heeft tot gevolg dat voor Faden en Beauchamp informed consent als *enig realistisch doel* kan hebben dat patiënten "substantieel autonome beslissingen" zouden kunnen nemen, net zoals zij dit bij andere beslissingen in het leven doen, zoals het kopen van een huis, het lenen, het veranderen van werk enz.

154 Hun wijze van *redeneren* houdt wel een zekere verdraagzaamheid in. Een verdraagzaamheid die bepaalde soorten medisch paternalistisch gedrag aanvaardt. Een absolute informed consent-vereiste is voor hen gewoonweg ondoenbaar én *onnodig*.²¹¹

B HET BEPALEN VAN EEN SUBSTANTIËLE AUTONOMIE

155 Faden en Beauchamp wijzen er tevens op dat de criteria om te bepalen of een beslissing *substantieel* autonoom is, niet aan de hand van een algemene theorie kan worden bepaald, maar enkel in een specifieke context kan worden gevat.²¹² Ook O'Neill laat geen ruimte voor de "al lang bestaande verleiding" om een abstracte grens van geformaliseerde en routinematige procedures vast te leggen, een grens aan de hand waarmee we de onaanvaardbare soorten paternalisme zouden kunnen afbakenen. O'Neill verwerpt hierbij het routinematig doen tekenen van informed consent-formulieren. Voor haar dekt die praktijk misschien wel de aansprakelijkheid van de arts in, maar houdt die geen bekommernis voor de werkelijke menselijke autonomie in. Een dergelijke praktijk kan bijgevolg niet waarborgen dat er een werkelijke toestemming werd gegeven.²¹³

²¹¹ O'Neill stelt dit als volgt: "Once we focus on the limited autonomy of actual patients it becomes clear that consent to *all* aspects and descriptions of proposed treatment is neither possible nor required. Only the ideally, unrestrictedly autonomous could offer such consent. In human contexts, whether medical or political, the most that we can ask for is consent to the more *fundamental* proposed policies, practices and actions. [] Respect for autonomy requires that consent be possible to *fundamental* aspects of actions and proposals, but allows that consent to trivial and ancillary aspects of action and proposals may be absent or impossible." In een abstracte handelingsgerichte ethiek wordt voor menselijke relaties vaak het contractuele model gehanteerd. Dit model werd vooral in politieke theorieën gehanteerd. O'Neill grijpt dit gegeven aan om de volgende vergelijking te maken: "Patients can no more be asked to consent to every aspect of treatment than citizens can be asked to consent to every act of government." O. O'NEILL, *l.c.*, 175-176.

Faden en Beauchamp verwoorden dit enigszins anders: "Even relationships characterized by an ample slice of shared decisionmaking, mutual trust, and respect would and should permit many decisions about routine and low-risk aspects of the patient's medical treatment to remain the exclusive province of the physician, and thus some decisions are likely always to remain subject exclusively to the physician's authorization. [] One must also settle on the rules stipulating the conditions under which effective consents must be obtained. In some cases, hard decisions must be made about whether requirements of informed consent (in sense₂) should be imposed at all, even though informed consent (in sense₁) *could* realistically and meaningfully be obtained in the circumstances. [] For example, should there be any consent requirements in the cases of minimal risk medical procedures and research activities?" R. FADEN en T. BEAUCHAMP *o.c.*, 279-280. Voor een verklaring van hun onderscheid tussen een sense₁ en sense₂ informed consent zie randnummers 191-194.

²¹² R. FADEN en T. BEAUCHAMP, *o.c.*, 241.

²¹³ O. O'NEILL, *l.c.*, 175.

156 Toch proberen Faden en Beauchamp om de conceptueel noodzakelijke voorwaarden voor substantieel autonome handelingen (en bijgevolg van substantiële informed consents) af te bakenen. Faden en Beauchamp onderscheiden hierbij drie voorwaarden, namelijk intentionaliteit, begrip en niet-gecontroleerd zijn.²¹⁴ Aangezien de arts alles moet meedelen wat die patiënt kan verstaan, is het aan de arts om na te gaan wat de huidige capaciteiten van de patiënt zijn om informatie (op welke wijze ook gegeven) te bevatten. Dit belet niet dat de arts de beslissing van de patiënt moet respecteren.²¹⁵ Het paternalisme wordt er voorkomen doordat de patiënt en uiteindelijk het gerecht (dus de gemeenschap) over de beslissing van de arts hun zeg kunnen hebben.

C BEOORDELING EN BIJKOMENDE VRAGEN...

157 Auteurs zoals O'Neill, Faden en Beauchamp geven patiënten hun autonomie terug, hoe gedeeltelijk die ook moge wezen. In hun klemtoon op onze gedeeltelijke en beperkte autonomie en op onze substantieel autonome handeling die een wettige, maar ondoorzichtige informed consent is, weerklinkt Gillons opvatting van een adequate autonomie.²¹⁶ Het als geldig aanvaarden van een toestemming, die uit een beperkte autonomie voortspuit, vereist dat we een dergelijke toestemming *mogelijk* maken.²¹⁷ Faden en Beauchamp stellen dat dit precies het doel van de informed consent-vereiste is, namelijk het mogelijk maken dat patiënten en onderzoekssubjecten substantieel autonome keuzes maken.²¹⁸ Deze doelstelling kan vanuit twee verschillende perspectieven worden bevestigd.

158 Vooreerst, indien dit het doel van de informed consent-vereiste is, rijst de vraag waarom deze vereiste *tot* medische procedures en onderzoeksdaaden *beperkt* is gebleven. Faden en Beauchamp wijzen er juist op dat vele dagdagelijkse handelingen als een informed consent zouden kunnen worden bestempeld, maar dat dit doorheen de geschiedenis van het informed consent-concept niet is gebeurd.²¹⁹

²¹⁴ R. FADEN en T. BEAUCHAMP, *o.c.*, 241-269 en de daaropvolgende drie hoofdstukken.

²¹⁵ O. O'NEILL, *l.c.*, 177.

²¹⁶ Zie randnummer 91.

²¹⁷ "Given some capacities for autonomous action, whatever can be made comprehensible to and refusable by patients, can be treated as subject of their consent – or refusal. [] The onus on practitioners is to see that patients, as they actually are, understand what they can about the basics of their diagnosis and the proposed treatment, and are secure enough to refuse the treatment or to insist on changes. [] This may require doctors and others to avoid haste and pressure and to counteract the intimidation of unfamiliar, technically bewildering and socially alien medical environments. Without such care in imparting information and proposing treatment the 'consent' patients give to their treatment will lack the autonomous character which would show that they have not been treated paternally but rather as persons." O. O'NEILL, *l.c.*, 175-176.

²¹⁸ R. FADEN en T. BEAUCHAMP, *o.c.*, 237.

²¹⁹ Wij omschrijven die andere contexten als "uitdrukkelijk geschreven toestemming" en dergelijke meer, maar nooit als informed consent. Zie R. FADEN en T. BEAUCHAMP, *o.c.*, 286.

Faden en Beauchamp slagen er met hun Principlistische benadering echter niet in om dit fenomeen te verklaren.

Daarnaast kunnen Faden en Beauchamp evenmin verklaren hoe niet-autonome patiënten die tevens niet bekwaam zijn om ook maar enige autonome handeling te stellen, in het discours van een context gevoelige handelingsgerichte ethiek zouden (kunnen) passen.

Een adequate verklaring moet ook deze beide aspecten kunnen verhelderen. Eerst wordt echter meer in het detail nagegaan hoe volgens O'Neill niet-autonome patiënten die tevens niet bekwaam zijn om ook maar enige autonome handeling te stellen, in het discours van een context gevoelige handelingsgerichte ethiek (kunnen) passen.

2 Bijkomend argument ten voordele van het paternalisme

159 De wijze waarop O'Neill dit onderwerp aanpakt, bewijst dat ze een heel gematigde vorm van paternalisme-nieuwe-stijl voorstaat. Voor O'Neill vormt dit een categorie van situaties waarbij zij het paternalisme (van de arts) aanvaardbaar acht.²²⁰ Volgens het bio-ethische taalgebruik heeft O'Neill gelijk om artsen die in een dergelijke situatie voor hun patiënten beslissen wat voor deze laatsten het beste zou zijn, als paternalistisch te bestempelen. In een biomedische context duidt paternalisme immers op een *vaderlijke* beslissing door een *professional*.²²¹

160 O'Neill houdt het daar echter niet bij, maar bestempelt ook als paternalistisch de beslissing die ouders voor hun kinderen nemen, of die verwanten voor hun medeverwanten nemen of die wettelijke aangestelde 'beschermers' voor de patiënten nemen die omwille van een levenslange onbekwaamheid tot autonomie onder hun hoede zijn geplaatst.

Dergelijke handelingen kunnen inderdaad ook als paternalistisch worden omschreven, maar dan niet in een bio-ethische betekenis, maar wel in de dagdagelijkse betekenis, hun beslissing is immers geen beslissing als (medisch) professional.²²²

²²⁰ Zie O. O'NEILL, *l.c.*, 177-178.

²²¹ Zie randnummer 123.

²²² *Ibid.*

161 Dit door elkaar gebruiken van de algemene en de biomedische betekenis, werkt nogal verwarrend. Het is echter uitermate belangrijk of een dergelijke *vaderlijke* beslissing door een medisch professional of door een onderzoeker wordt genomen, dan wel door een van die andere personen.²²³

In tegenstelling tot de beslissing die een arts (of een daarmee gelijkgestelde) neemt, aanvaardt de maatschappij de beslissing van die overige personen onder meer als een wijze om de niet-autonome personen te beschermen tegen een medische of wetenschappelijke discipline die haar eigen wetenschappelijke logica zou volgen of die aan de menselijke verleiding zou toegeven.

§3 Een deconstructie van het debat

A BESCHERMING VAN HET VERTROUWEN IN DE MODERNE GENEESKUNDE

1 Informed consent ter bescherming van dit vertrouwen

162 Paternalisme en autonomie kunnen dus op elk niveau van het ethisch-filosofische debat samengaan. Beide begrippen maken immers deel uit van dezelfde moderne Westerse filosofische traditie en blijven aan hetzelfde framework gebonden. Krakauer stelt het als volgt:

"Are not the decisions which patients are called upon to make autonomously inevitable either: (1) decisions between various technologies, i.e. various modes of management and maintenance, or (2) decisions for or against technology which, even in the latter case, are pre-determined by technology? Does not then the call for autonomy risk dissolving into a reassertion of technological heteronomy? Furthermore, if technology is essentially an ontological prescribing and proposing, i.e. a forgotten predeciding about what it means to be manageable, exploitable, disposable objects, what difference will a call for autonomy, i.e. for an assertion of the proper humanity of human beings, make in this posing? Would the call for autonomy simply call upon, provoke or challenge human beings to pose or repose themselves as objects of management and maintenance? Could it be that the call for autonomy, so important in the age of increasing institutional surveillance and control, is nevertheless itself not radical, i.e. not ontological enough?"²²⁴

²²³ Zie Warnock die het belang van de vervangende informed consent rechtvaardigt door het beginsel van niet-uitbuiting in te roepen. M. WARNOCK, "Informed consent – a publisher's duty", *B.M.J.* 1998, vol. 316, 1003.

²²⁴ E. KRAKAUER, *l.c.*, 538.

163 De roep om autonomie als *rechtvaardigende* reden voor de informed consent-vereiste zou dus filosofisch gezien niet radicaal, niet ontologisch genoeg zijn. Er is dus nood aan een andere, meer diepgaande of bijkomende, ethische rechtvaardiging. Daarenboven *verklaart* autonomie als rechtvaardiging in onvoldoende mate waarom het debat omtrent informed consent zo ruim verspreid is en waarom deze vereiste zoveel lippendienst wordt bewezen.²²⁵

Deze feiten tonen nochtans aan dat er voor het bestaan van het informed consent-fenomeen minstens ook nog een of meerdere verklarende redenen moeten bestaan. Zonder een inzicht in die verklarende redenen is het onmogelijk om de informed consent-vereiste op een afdoende wijze met rechtvaardigende redenen te onderbouwen.

Deze verklarende reden(en) zou(den) een gemeenschappelijk kenmerk in elke informed consent-argumentatie moeten zijn. Dit houdt niet in dat deze verklarende reden(en) telkens uitdrukkelijk word(en) aangegeven. De meest genuanceerde voorstellen zouden deze reden(en) omwille van hun nuances het duidelijkst moeten aangeven. In dit opzicht is het voorstel van O'Neill het meest compromisvormende paternalistische voorstel dat in de voorgaande paragraaf werd bestudeerd.

164 O'Neill ontmaskert de toestemming van de niet-autonome patiënt (of het gebrek eraan) als de zwakte van een informed consent-argumentatie die zich op autonomie beroept. Zij zelf is zich van dit feit blijkbaar niet bewust. O'Neill mist immers de pointe en neemt dan maar haar toevlucht tot het paternalisme.

De vervangende informed consent die door ouders, verwanten of wettelijk aangeduide 'beschermers' wordt gegeven, is geen paternalistische kunstgreep. Zelfs in het geval van volledig niet-autonome personen zullen artsen nooit alleen mogen beslissen wat voor die concrete patiënt het beste zou zijn. De enige uitzondering is die van de enige mogelijke vorm van overmacht, namelijk een echte spoedsituatie.

165 De vervangende informed consent is *een methode en niet louter een doel*. Bijgevolg gaat dit ook op voor de informed consent van de (gedeeltelijk) autonome persoon. Als techniek zijn beide informed consents intrinsiek gebrekkig. Het bepalen van de doelen die zij dienen, geeft aan of deze gebreken al dan niet kunnen worden gerechtvaardigd.

²²⁵ Voor het onderscheid tussen rechtvaardigende en verklarende redenen en de rol die de ethiek hierin speelt, zie randnummer 50.

Het feit dat de maatschappij enkel in het geval van een spoedsituatie (en eventueel in het geval van niet-belangrijke, routine verrichtingen) duldt dat artsen alleen mogen beslissen wat voor een (op dat ogenblik) niet-autonome patiënt het beste zou zijn, bewijst dat dit een kwestie van vertrouwen is. Voor de overige situaties waarbij een vervangende beslissing (een informed consent) wordt genomen, is de maatschappij *meer geneigd* om een 'vervangende beslissingnemer' dan een arts te vertrouwen.

166 Het gebruik van de techniek van de 'vervangende' informed consent dient dus om te bewerkstelligen dat de geneeskunde kan worden vertrouwd. Hoe gebrekkig deze techniek ook moge wezen, toch is ze hiertoe meer geschikt dan het gewoonweg door artsen laten beslissen wat voor hun niet-autonome patiënten het beste is. Dezelfde redenering gaat ook op voor adequaat autonome patiënten, ook dan beschermt deze techniek het vertrouwenswaardige karakter van de geneeskunde. Louter vanuit deze optiek doet het er niet toe of de informed consent van een adequaat autonoom subject geen volledig rationele beslissing inhoudt, zo lang die toestemming dit ene doel maar dient.

Informed consent dient dit doel *zowel op het individuele als op het maatschappelijke niveau*. De autonome patiënt of diegene die een vervangende informed consent geeft, wordt op die wijze omtrent de betrouwbaarheid van de te ondernemen (medische of onderzoeks-) handeling gerustgesteld. De continue toepassing van al die individuele informed consents stelt de maatschappij in haar geheel dan weer gerust. Zo blijft de maatschappij haar geneeskundige discipline vertrouwen.

2 Aanwijzingen tot deze conclusie

167 Heel wat van de hierboven besproken auteurs beklemtonen terloops de nood om de geneeskunde te vertrouwen. Dergelijke auteurs komen zowel bij de paternalistische als bij de anti-paternalistische strekking voor. Daarbij (h)erkennen deze auteurs dit niet als een centraal thema met betrekking tot informed consent in het bijzonder, net zo min als met betrekking tot de medische deontologie en de bio-ethiek in het algemeen. Zo beklemtonen Savulescu en Momeyer dat er een algemeen wantrouwen tegen de geneeskunde zou ontstaan, indien artsen systematisch de keuzes zouden negeren die patiënten uit onwetendheid of op basis van irrationele overtuigingen zouden maken.²²⁶ Wulff erkent dat er een onoplosbaar ethisch probleem ontstaat "wanneer patiënten medische zorg nodig hebben, maar de artsen niet betrouwen."²²⁷

²²⁶ Zie randnummer 139.

²²⁷ Zie randnummer 140.

Faden en Beauchamp stellen dan weer dat enkel fundamenteel belangrijke voorstellen een (wettelijk) effectieve toestemming nodig hebben, omdat "het wederzijds vertrouwen en respect zou, en zou moeten, toelaten dat vele beslissingen omtrent routine en nagenoeg risicoloze aspecten van de medische behandeling van patiënten tot het uitsluitende domein van de arts zouden blijven behoren."²²⁸

168 Al deze commentaren kunnen adequaat worden uitgelegd, wanneer informed consent wordt opgevat als een techniek, een methode om het vertrouwen in de moderne geneeskunde te bewaren. Hoe groter het risico, hoe belangrijker het is om het vertrouwen van de patiënt en van de gemeenschap in de geneeskunde te bewaren. Anderzijds is het dan ook zo dat hoe kleiner het risico, hoe minder belangrijk het is om dit vertrouwen te bewaren. Dit vormt een algemene verklaring die geen abstracte scheidingslijn voor geformaliseerde en routine procedures vastlegt.²²⁹

De patiënt die bepaalde informatie niet wenst te vernemen, weet dat hij bijgevolg zijn arts wel (blind) zal moeten vertrouwen. Door uitdrukkelijk te stellen dat hij die informatie niet wenst te vernemen, geeft die patiënt overigens *uitdrukking* aan dit vertrouwen in die arts. Er is dan ook geen nood meer aan een *informed consent*.

Vanuit een verklarend standpunt rijst dan de vraag waarom het zo belangrijk is om dit vertrouwen in de geneeskunde te bewaren.

3 Het belang van het vertrouwen in de geneeskunde

169 Krakauer, die hiervoor de analyse van Heidegger toepast, wijst er terecht op dat informed consent een beslissing is, waarbij de patiënt tussen verscheidene voor handen zijnde technologieën moet kiezen. Zelfs de patiënt die tegen technologie kiest, blijft "door de technologie gedetermineerd".²³⁰ Dit past perfect in de optiek van informed consent om het vertrouwen in de moderne wetenschappelijke geneeskunde te bewaren.

²²⁸ "[M]utual trust, and respect would and should permit many decisions about routine and low-risk aspects of the patient's medical treatment to remain the exclusive province of the physician." Zie randnummer 154 en de verwijzing in voetnoot.

²²⁹ Zie randnummer 155.

²³⁰ Zie ook het citaat in randnummer 162, alsook de kritische bedenkingen van Alderson en Goodey dat technologie wel eens onze waaier aan keuzemogelijkheden niet verruimt, zoals zovaak wordt verondersteld, omdat technologie die waaier aan keuzemogelijkheden enkel verandert. Zie P. ALDERSON en C. GOODEY, *l.c.*, 1315.

Door te bewerkstelligen dat we de moderne geneeskunde als betrouwbaar beschouwen, zijn we vlugger geneigd om onszelf te onderwerpen als "handelbare, exploiteerbare en wegwerpbare objecten". Met andere woorden, we laten ons door dit bewaarde vertrouwen gemakkelijker objectiveren.²³¹

170 Onze hedendaagse Westerse maatschappij is in ruime mate gegrond op, gestructureerd rond, deze objectiverende wijze van denken. Wij beschrijven onze maatschappij zelfs als zijnde in het tijdperk van de technologie.²³² We bekampen met deze objectiverende technologische benadering zelfs de nieuwe (gezondheids)problemen, die er uit voortvloeien.²³³ Onze drang naar activiteit doet ons deze aanpak verder zetten en doet onze maatschappij de moderne geneeskunde (en wetenschap) als uitermate belangrijk voor onze welvaart *waarderen*.²³⁴ Het lijkt er op dat onze maatschappij toch oordeelt dat technologie, globaal genomen, voor ons voordelig kan zijn en is. Voor het 'succes' van onze moderne Westerse maatschappij is het uitermate belangrijk om het vertrouwen in de medische discipline en in het medische establishment te bewaren.

171 Ondanks haar succes als uitdrukkingwijze van onze grote drang naar activiteit geniet de moderne geneeskunde (en wetenschap) slechts van een mager en kwetsbaar vertrouwen. Om dit te verklaren, volgt hierna een kort overzicht van de historische ontwikkelingen van de geneeskunde en van het vertrouwen dat de maatschappij al dan niet in haar heeft gesteld.

4 Historiek van het vertrouwen in de geneeskunde²³⁵

172 McCullough schetst een beeld van de medische discipline waarbij die evolueerde van een uitermate intellectueel competitieve omgeving²³⁶, waarin patiënten de markt van de medische diensten

²³¹ Een van de rollen die wij in deze moderne Westerse maatschappij moeten vervullen, is immers die van het zelfbeheerste, zeer productieve en controleerbare individu. De bereidheid om ons biomedisch te laten objectiveren, is slechts een uitdrukkingvorm van die rol. Zie randnummer 81.

²³² E. KRAKAUER, *l.c.*, 542.

²³³ Zie Krakauer en zijn beschrijving van de stelling van Illich dat "medicine itself has become pathogenic", "iatrogenic illness" (ziektes die door een medische behandeling worden veroorzaakt), "has become epidemic". KRAKAUER, E., *l.c.*, 527 die citeert uit I. ILLICH, *Medical nemesis: The Expropriation of Health*, New York, Bantam, 1977, 25. Zie ook randnummer 81.

²³⁴ Zie randnummer 110.

²³⁵ Hiervoor wordt voornamelijk een beroep gedaan op de beschrijvingen van de situatie in respectievelijk Groot-Brittannië (door McCullough) en de Verenigde Staten van Amerika (door Faden en Beauchamp) tijdens de achttiende en negentiende eeuw. In vergelijking met Faden en Beauchamp situeert McCullough die evoluties wel wat vroeger in de tijd. Zie L. McCULLOUGH, "Moral Authority, Power, and Trust in Clinical Ethics", *The Journal of Medicine and Philosophy* 1999, vol. 24, 3-10 en de verwijzingen die zij er maakt. Zie R. FADEN en T. BEAUCHAMP, *o.c.*, 53-113.

²³⁶ "Physicians offered those who could afford to pay [] competing concepts of health and disease and competing remedies." L. McCULLOUGH, *l.c.*, 4.

beheersten²³⁷, naar de tegenwoordig aanzienlijke intellectuele autoriteit van de artsen²³⁸ ("kennis is macht"²³⁹) en naar een controle van de medische markt door de artsen²⁴⁰.

173 Deze machtsverschuiving zou samengaan met de opkomst van de moderne geneeskunde in de achttiende eeuw. De opkomst van de moderne geneeskunde vergezelde een nieuwe wijze van (wetenschappelijk) denken: het herleidde het menselijk lichaam en zelfs het autonome individu, het subject zelf, tot "het statuut van een object".²⁴¹ Dit was de voorwaarde om een medische *wetenschap* te kunnen ontwikkelen.²⁴² Naast de al bestaande patiënt-arts relatie verscheen er toen ook een arts-patiënt relatie.

²³⁷ Enkel vermogende patiënten konden het zich veroorloven om een dokter te betalen. "They controlled physician's behaviour through the power of self-payment [] a fact that physicians ignored at their peril." L. McCULLOUGH, *l.c.*, 4.

²³⁸ De geneeskunde werd immers sinds de achttiende eeuw stelselmatig een meer wetenschappelijke discipline, waardoor de eerste (Engelstalige) teksten over medische ethiek een belangrijke intellectuele autoriteit voor de medische discipline konden opeisen. (John Gregory 1724-1773 en Thomas Percival 1740-1803) L. McCULLOUGH, *l.c.*, 6.

²³⁹ P. McGRATH, *l.c.*, 521.

²⁴⁰ De geleidelijke ontwikkeling van een sociaal zekerheidssysteem dat elke patiënt dekt (ook diegene dit er niet voor kan betalen), toverde de artsen van vrije markt concurrenten om naar agenten van de instelling die de sociale zekerheid (geworden) is. L. McCULLOUGH, *l.c.*, 5-6.

²⁴¹ De geneeskunde stelt dat het genezen van een patiënt gelijk staat met het teruggeven van de patiënt zijn of haar autonomie. Paradoxaal genoeg verloor de patiënt op het zelfde ogenblik, als gevolg van de opkomst van de moderne medische technologie zijn autonomie om zijn leven met zijn omgeving te delen: de patiënt geraakte geïsoleerd in zijn lijdens- en stervenservaring. R. COMMERS, *l.c.*, 342. Zie ook randnummer 110.

²⁴² E. KRAKAUER *l.c.*, 531-538.

Dit alles leidde tot een vertrouwenscrisis ten aanzien van de geneeskunde die door de ontwikkeling van een medische ethiek werd beantwoord.²⁴³ Deze eerste moderne teksten omtrent medische ethiek werden gedeeltelijk geschreven om "de autoriteit en de macht van arts aan regels te onderwerpen zodat beide inderdaad werkelijk betrouwbaar zouden zijn."²⁴⁴ Tot op vandaag blijft dit een van de doelstellingen van de bio-ethiek.²⁴⁵

²⁴³ Het is vreemd om over een vertrouwenscrisis in de geneeskunde als een relatief recent (sedert de achttiende eeuw) fenomeen te bespreken. Voordien was de geneeskunde een intellectueel competitieve markt, waar patiënten zelfs konden stellen dat ze evenveel of zelfs meer dan hun artsen afwisten. Hadden deze patiënten wel (grote) verwachtingen van deze premoderne artsen? Is het redelijk om te stellen dat juist het claimen van medische autoriteit, aanleiding was voor deze vertrouwenscrisis? Het claimen van medische autoriteit creëert bij het publiek mogelijk te grote verwachtingen, waaraan de geneeskunde nog altijd niet (en waarschijnlijk nooit) helemaal zal (kunnen) beantwoorden. (Zie bijvoorbeeld de opmerking van Kestin in voetnoot 72.) In deze optiek zou *het claimen van autoriteit in zekere zin ook het claimen van vrouwen inhouden*. Een voorbeeld ter ondersteuning van deze hypothese is de kritiek van Rosenberg en Schechter op de hype die de ontwikkelaars van genterapieën rond deze therapeutische benadering creëren: "In our professional lifetimes, we have witnessed the slow, painstaking development of beneficial chemotherapy for many cancers and of effective organ and bone marrow transplantation. These advances came at the price of many deaths, both related and unrelated to the therapies, and much suffering early on. The leaders of these fields, however, sustained the confidence and support of the public by promising little and delivering much. Thus far, gene therapy has done just the opposite." L. ROSENBERG en A. SCHECHTER, "Gene Therapist, Heal Thyself", *Science* 2000, vol. 287, 1751.

Faden en Beauchamp vermelden dat ook de Hippocratische gedachte bedoeld was om het vertrouwen van de patiënten te bekomen: "The rules were viewed less as moral responsibilities than as means of 'gaining reputation'. It has been skillfully argued that some core Hippocratic principles ... were formulated not from ethical conviction but to alleviate prevalent societal mistrust and to obtain more patients." Er lijkt niets nieuws onder de zon te zijn: "In times when physicians lacked both social reputation and financial security, when no licensure system controlled entry into the profession or monitored professional quality, medical etiquette was one of the physician's major tools for acquiring potential patients' trust and to dissociate physicians from medical quacks." Faden en Beauchamp wijzen erop dat Hippocrates en zijn volgelingen een historische uitzondering vormden: "Medical ethics throughout the spheres not under Hippocratic dominance – that is, most of ancient Greece – appear less authoritarian and beneficence-based." R. FADEN en T. BEAUCHAMP, *o.c.*, 62-63.

Faden en Beauchamp erkennen ten dele McCullough's schets van een vertrouwenscrisis in de geneeskunde in het achttiende-eeuwse Groot-Brittannië. Zij doen dit met betrekking tot een van de twee auteurs die McCullough als voorbeeld gebruikt, Percival. Percival schreef zijn standaardwerk, *Medical Ethics* 1803, voor hospitalen en medische liefdadigheidsinstellingen na het voltooiën van een bemiddelingsopdracht bij zware intraprofessionele ruzies in een dergelijk hospitaal. R. FADEN en T. BEAUCHAMP, *o.c.*, 67-69.

Faden en Beauchamp leggen hun hoofdklemtoon op de vertrouwenscrisis in de Verenigde Staten van Amerika in de negentiende eeuw en in het eerste decennium van de twintigste eeuw. Gedurende die periode zag de medische discipline zich genoodzaakt om kwakzalvers en bedriegers te counteren, alsook om haar interne betwistingen omtrent wat medische kennis uitmaakte, te beslechten. Het grote publiek was toen geneigd om kwakzalvers voor niet gevaarlijker dan de reguliere geneeskunde te beschouwen. Om dit beeld te wijzigen, probeerde de medische discipline twee technieken uit. Ten eerste probeerde het haar professionele verzorgingsstandaarden te vergroten en ten tweede poogde het om haar leden in 1847 door middel van een ethische code te controleren. Dit laatste zou volgens Faden en Beauchamp slechts een gemengd succes zijn geweest. Om die reden appelleerde de Amerikaanse medische discipline in het begin van de twintigste eeuw voor een wettelijke regeling, hetwelk een succesvoller controlemiddel bleek te zijn. R. FADEN en T. BEAUCHAMP, *o.c.*, 70-85.

²⁴⁴ Zij deden dit door van de artsen te eisen dat die drie regels zouden naleven: Ten eerste moesten artsen de geneeskunde beoefenen volgens de standaarden van een intellectuele en morele uitmuntendheid. Ten tweede, moesten de gezondheidsbelangen van de patiënt voorgaan op de economische en andere belangen van de arts, patiënten mochten niet "misbruikt" worden. Ten derde moest de wijze van toedienen van geneeskundige zorg neutraal zijn met betrekking tot de sociale klasse van de patiënt. L. McCULLOUGH, *l.c.*, 6-7.

²⁴⁵ Oorspronkelijk beklemtoonde de medische deontologie de *deugden* of de *verplichtingen* van de arts. Vertrouwen eerder dan handel vormde het thema van de relatie tussen de arts en de patiënt. De hedendaagse deontologie en bio-ethiek hanteren eerder een taalgebruik waarin *rechten* het centrale thema zijn geworden. Zie R. FADEN en T. BEAUCHAMP, *o.c.*, 93-94.

174 Pas in de eerste helft van de twintigste eeuw ontstond in de Verenigde Staten van Amerika de juridische informed consent-vereiste. Het is echter pas na de Tweede Wereldoorlog dat de informed consent-vereiste zich als een aspect van de patiëntenrechten in de Verenigde Staten en in Europa heeft ontwikkeld.²⁴⁶ De patiëntenrechten ontstonden als een reactie tegen de criminele praktijken van de nazidokters. Kort nadien bleek dat dergelijke ongeoorloofde praktijken ook wel eens in democratieën plaatsvonden.²⁴⁷

Vanaf de zestiger jaren werd de publieke opinie geschokt door medische experimenten op menselijke proefpersonen²⁴⁸, de Softenon zaak²⁴⁹, de volharding waarmee sommige artsen het leven van hun patiënten ten koste van alles (met inbegrip van de menselijke waardigheid en hevige lijden) zolang mogelijk wilden rekken, enz.²⁵⁰

175 Sinds de zeventiger jaren verneemt de publieke opinie voorspellingen over schier eindeloze biomedische toepassingsmogelijkheden. Hierdoor begon de publieke opinie te vrezen dat het 'bio-industriële complex' over ons lichaam en ons leven zou kunnen beschikken.²⁵¹ Het besef ontstond dat de moderne geneeskunde niet noodzakelijk tot alleen maar gunstige resultaten leidt en dat een geneeskunde die enkel haar eigen logica zou volgen, ons wel eens zou kunnen bedreigen.

B GEVOLGEN VOOR DE BIO-ETHIEK

1 De begrensdheid van de traditionele bio-ethiek

176 Deze maatschappelijk ambivalente houding kenmerkt sindsdien het recht en de bio-ethiek. Zo verkent de bio-ethiek de ethische dilemma's binnen het discours dat juist die dilemma's heeft gecreëerd, omdat de bio-ethiek vooronderstelt dat de biogeneeskunde "de wijze" is om op gezondheidskwesties te

²⁴⁶ Zie respectievelijk afdeling 2 en 3 van het volgende hoofdstuk en de aldaar vermelde verwijzingen.

²⁴⁷ L. DOYAL, "Journals should not publish research to which patients have not given fully informed consent – with three exceptions", *B.M.J.* 1997, vol. 314, 1107.

²⁴⁸ Zelfs in 2000 maakten de kranten regelmatig melding van de schandalige wijze waarop sommige mensen die in een 'zwakere' positie verkeerden (minderbegaafden, militairen, e.d.), in de jaren vijftig en zestig in Westerse landen als (meestal onwetende) proefpersonen werden gebruikt.

²⁴⁹ Een 'succesvol' geneesmiddel dat na verloop van tijd vele zwaar gehandicapte baby's als neveneffect bleek te hebben.

²⁵⁰ Voor een gedetailleerdere beschrijving zie D.P. ENGBERTS, *o.c.*, 7-12 en Ingelfinger, die als vooraanstaand medisch onderzoeker tegen deze 'sensationele' onthullingen (re)ageert. Zie F.J. INGELFINGER, "The Unethical in Medical Ethics", *Annals of Internal Medicine* 1975, 83: 264-269.

²⁵¹ Zie J. VELAERS, "Het menselijk lichaam en de grondrechten" in UFSIA. CENTRUM GRONDSLAGEN VAN HET RECHT (ed.), *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, 120.

antwoorden. De bio-ethiek poogt de reductionistische wetenschappelijke benadering van de moderne geneeskunde te compenseren door gebruik te maken van dezelfde metafysische voorstelling(en) (van de mens) als deze die de moderne geneeskunde gebruikt.²⁵²

177 Dit verklaart de paradox dat terwijl het merendeel van de deelnemers aan het bio-ethische debat nut (utility) niet als hun criterium voor een geldige handeling aanvaardden, zij tegelijk (weliswaar misschien onwetend) een onderliggende sociaal-economische beweegreden dienen.²⁵³ Krakauer stelt het als volgt: "We kunnen enkel de taal spreken die ons werd gegeven, die waarin we werden geboren en dit is de taal van de Westerse metafysica."²⁵⁴

Zowel in haar 'enge' als in haar 'ruime' variant vormt het autonomiebegrip een essentieel kenmerk van deze moderne Westerse metafysische taal, waardoor ze zich gemakkelijk leent tot het rechtvaardigen en invullen van de informed consent-vereiste.

178 De concepten van (een adequate of substantiële, 'enge' of 'ruime') autonomie dienen om de specifieke informed consent-vereisten te helpen vastleggen. Wanneer echter de 'enge' en/of de 'ruime' informed consent-concepten enkel als doel in plaats van ook als middel worden opgevat, leidt dit tot een overdrijven, omdat, zoals hierna zal blijken, de morele horizon van de moderne Westerse maatschappij uit meer waarden bestaat dan enkel het autonomiebegrip.

Deze overdrijving opent dan de deur voor een paternalistische reactie, of leidt ten aanzien van de geneeskunde tot uitermate onrealistische vereisten, waardoor artsen en onderzoekers uiteindelijk een cynische, moedeloze of geïrriteerde houding ten aanzien van de informed consent-vereiste aannemen.²⁵⁵ Beide wijzen van overdrijven zijn strijdig met de nood om het vertrouwen in de geneeskunde te bewaren.

²⁵² Vergelijk P. McGRATH, *l.c.*, 523. Zie ook randnummers 103-105.

²⁵³ Zie randnummer 104.

²⁵⁴ E. KRAKAUER, *l.c.*, 540. Zie ook randnummers 73-74.

²⁵⁵ Onrealistische vereisten zoals bijvoorbeeld de enorme mate van tijd die artsen in het informed consent-proces zouden moeten investeren en de daarmee verbonden te veeleisende informatie en toestemmingsstandaarden. Zie hiervoor de kritiek van P. ALDERSON en C. GOODEY, *l.c.*, 1313. Zie ook randnummer 146.

2 Het radicaal ethisch beantwoorden van het lijden om deze beperkingen te overstijgen

179 Onze traditionele bio-ethiek is onder meer begrensd omdat het onmogelijk is om zich een uitweg uit onze metafysische taal en traditie te banen.²⁵⁶ Zo poogt Krakauer om die taal te "wijzigen", om traditionele concepten te "herschrijven". Het is zijn bedoeling dat die concepten hierdoor niet langer in die traditie zouden passen en dat ze die traditie zelfs zouden storen en er voorbij wijzen. Krakauer wijst daarvoor op de grenzen die het lijden stelt. Deze grenzen die het lijden stelt, vergen van ons een radicaal ethisch (be)antwoord(en).²⁵⁷

Een mogelijke wijze om het lijden van de andere radicaal te beantwoorden, is door "de *theoretische* arbeid van de deconstructie van het subject van de ethiek", zoals hiervoor werd ondernomen. Dit is echter niet de enige mogelijke wijze tot radicaal beantwoorden. Daarnaast (en dus niet aan tegengesteld) bestaat er ook een *praktische* arbeid of wijze om dit lijden te beantwoorden. Dit lijden prikkelt ons immers om "als rationale, ethische mensen na te denken omtrent de oorzaken van dit lijden en hoe we dit lijden zoveel mogelijk kunnen verhelpen."²⁵⁸

3 De onmogelijkheid om deze beperkingen te overstijgen

180 Krakauers voorstel slaagt er echter niet in om onze traditionele metafysica te overstijgen, te herschrijven. Het belang dat wij aan het tegengaan van lijden hechten, is immers een van de drie belangrijkste waarden uit de morele horizon van de moderne Westerse maatschappij. Dit onder meer als gevolg van het utilitarisme en van het belang van het dagelijkse leven als waarde.²⁵⁹

181 Zo wijst de band tussen het bestrijden van het lijden en het utilitaire op de band tussen enerzijds het sociaal-economisch gedetermineerde 'utilitaire' doel om het vertrouwen in de moderne geneeskunde te bewaren en anderzijds het 'humane' beantwoorden van het lijden van de andere.

²⁵⁶ E. KRAKAUER, *l.c.*, 540, waar hij verwijst naar de poging die Derrida ondernomen heeft. J. DERRIDA, *Altérités: Jacques Derrida et Pierre Jean Laberrière*, Parijs, Osiris, 1986.

²⁵⁷ "Suffering [] marks, and will always mark, a limit to technological mastery and to traditional ontology and ethics. Thus, philosophical attending to the suffering of the other puts the tradition in question, perturbs it, exceeds it [it raises] questions about traditional ethical prescribing. [] In the technological age, perhaps only a questioning of ethics as such, as a response to the suffering of the other, can rescue the dignity of the other which ethics traditionally sought to uphold." E. KRAKAUER, *l.c.*, 542.

²⁵⁸ *Ibid.*

²⁵⁹ Zie randnummer 110.

Niet pogen om het lijden van de andere te beantwoorden, zou onvermijdelijk tot een verlies aan vertrouwen in de moderne geneeskunde leiden. Een geneeskunde die het vertrouwen ontbeert, zou niet meer efficiënt (objectiverend) het medische lijden kunnen bestrijden en derhalve meer (sociaal) lijden tot gevolg hebben.

Dat dit niet enkel in klinische situaties en voor onderzoek op menselijke proefpersonen opgaat, maar ook voor het gebruiken van menselijk lichaamsmateriaal, blijkt uit de waarschuwingen van bijvoorbeeld Doyal en Goodare. Zij stellen dat personen hun vertrouwen in de biomedische sector verliezen, wanneer zij te weten komen dat hun lichaamsmateriaal buiten hun medeweten (en toestemming) om werd gebruikt.²⁶⁰

182 De band tussen het tegengaan van lijden en het belang van het dagdagelijkse leven wijst dan weer op een vreemde ontwikkeling. Namelijk, een van de elitaire 'modellen' die door de opkomst van het belang van het gewone leven werd onttroond, blijkt dit van 'de arts weet het best' te zijn.²⁶¹ Nochtans was deze opvatting pas met de opkomst van de moderne geneeskunde echt doorgebroken.²⁶²

Deze moderne metafysica ligt bijgevolg zowel aan de basis van de argumentatie om de arts een elitaire (in dit geval paternalistische) status te verlenen, als om die status te verwerpen. Deze vaststelling wijst er op dat de moderne metafysica een vaak conflictueuze dynamiek in zich draagt. Het volgende randnummer poogt dit nog meer aan te tonen.

183 Enerzijds heeft deze moderne metafysica een steeds meer objectiverende wetenschap (geneeskunde, recht, enz.) ontwikkeld, waaraan inherent een nieuw soort (sociaal) lijden mee verbonden is. Een verabsoluteerd activisme, al dan niet samengaan met een verabsoluteerd 'eng' autonomiebegrip, dreigt aan dit soort lijden voorbij te gaan.

Anderzijds vormt diezelfde moderne metafysica de basis om dit (en elke ander soort) lijden niet meer te beschouwen als vanzelfsprekend, maar als iets dat moet worden bekampt. Tevens reikt ze de mogelijke (formele en substantiële) middelen aan om dit lijden zoveel mogelijk te bestrijden.

Deze voorbeelden tonen aan hoe onontkoombaar en alles beïnvloedend deze globale moderne Westerse metafysische achtergrond wel is en tot welke ambivalentie zij kan leiden.

²⁶⁰ L., DOYAL, "Informed consent – a response to recent correspondence", *B.M.J.* 1998, vol. 316, 1001 en H. GOODARE, "Studies that do not have informed consent from participants should not be published", *B.M.J.* 1998, vol. 316, 1004-1005. Deze laatste citeert een borstkankerpatiënt als volgt: "In Victorian times they got upset about body snatching. Now they *steal* bits of your body when you're still alive." (Eigen cursivering.)

²⁶¹ Vergelijk met Taylors commentaar dat "hypergoods" steeds maar nieuwe toepassingen vinden. Zie C. TAYLOR, *o.c.*, 65.

²⁶² Zie randnummer 173.

C DE BAND TUSSEN NUT EN LIJDEN

1 Een objectiverende macht

184 Terwijl de traditionele bio-ethiek debatteert over de geldigheid van de verschillende interpretaties van de mens als autonome persoon die aan de informed consent-vereiste ten grondslag zouden liggen, toont de vorige paragraaf aan dat al deze ethische strekkingen daarnaast ook (onbewust) pogen om ons de moderne geneeskunde te doen vertrouwen. Als dusdanig houdt de vorige paragraaf een bescheiden poging in om het subject van de bio-ethiek te deconstrueren, een poging tot 'theoretische arbeid ter beantwoording van het lijden'.

185 Volgens Krakauer heeft technologie, en dus ook de moderne geneeskunde, haar wortels in het Cartesiaanse denken. Het Cartesiaanse denken vormt een geweldige, uitbuitende wijze van denken, omdat zij het denkende subject tegenover al het andere stelt, alles wordt er een object voor het denkende subject. Heidegger stelde al dat technologie mensen prikkelt om zich als objecten te laten behandelen. Als gevolg van het medische taalgebruik wordt het autonome individu tot "het statuut van een object" herleid.²⁶³

De geneeskunde poogt dus om de andere technologisch te beheersen en als gevolg van dit beheersen veroorzaakt het (sociaal) lijden. Hoe kan informed consent, die het vertrouwen in dit scheppen van lijden moet helpen bewaren, dan een praktisch antwoord op ditzelfde lijden zijn?

2 Informed consent als praktisch antwoord op het lijden

186 Onze erkenning dat technologie tevens lijden veroorzaakt, brengt bij ons een praktisch antwoord op dit lijden teweeg. Terwijl wij binnen onze metafysische traditie blijven, pogen wij om dit lijden aan te pakken, door te pogen om het binnen de perken te houden, om het een tegengewicht te bieden, zodat wij uiteindelijk kunnen bewerkstelligen dat de som van de technologie en haar gevolgen toch een positieve bijdrage voor de maatschappij en haar mensen levert. Een negatieve som zou tot het verlies van ons vertrouwen in technologie kunnen leiden. Zonder dit vertrouwen in een positieve som die uit de massale toepassing van technologie resulteert, zouden we deze technologische benadering niet langer verder zetten.

²⁶³ E. KRAKAUER, *l.c.*, 532-533, waar hij verwijst naar M. FOUCAULT, *Naissance de la clinique*, Paris, PUF, 1983. Vert. AM SHERIDAN SMITH als *The Birth of the Clinic*, New York, Vintage, 1975.

187 De hierboven beschreven sociaal-economische verklaring van het maatschappelijk belang om het vertrouwen van de patiënt, donor of onderzoeksobject te bewaren, wordt aangevuld door een existentiële behoefte. Als subject is de mens immers een dynamische betrokkenheid bij de wereld, bij de andere.²⁶⁴ Daarbij verkeert het meervoudige individu in een toestand van constante twijfel.²⁶⁵ Het is dan ook belangrijk dat dit individu als subject de mogelijkheid krijgt om het andere subject en zijn aanpak te vertrouwen.

Wanneer het individu dit echter niet kan, doordat die andere dit twijfelende individu als subject negeert, kan die constante twijfel omslaan in een existentiële ontsteltenis of angst. Dit is een ontsteltenis of een angst die het lijden dat door een objectiverende benadering wordt veroorzaakt, vergezelt en nog verergert.²⁶⁶

188 'Ruime' informed consent brengt een echte, een *inhoudelijke dialoog tussen subjecten* teweeg, waarbij de andere wordt erkend als een Jij, in plaats van te worden herleid tot een perfect vervangbare vertegenwoordiger van een functie (patiënt of arts). Deze substantiële dialoog maakt het voor de objectiverende geneeskunde mogelijk om rekening te houden met de menselijke essentie, om patiënten opnieuw *als subjecten* in de medische benadering te behandelen. Op die wijze herinnert 'ruime' informed consent de geneeskunde eraan dat ze er voor het welzijn van de mensen is, dat ze als discipline geen absoluut rationele autonomie bezit. Met andere woorden een 'ruime' informed consent vereist van de medische discipline en van de individuele arts dat zij de eigen zelfgenoegzaamheid (onzelf als centrum van eigenbelang) verlaten.²⁶⁷

Indien informed consent op een dergelijke wijze wordt toegepast, mogen wij verhopend dat dit zal bijdragen tot het verminderen van het lijden dat de geneeskunde en de wetenschap ongewild veroorzaken. Een doel dat (in onze moderne Westerse maatschappij) de moeite waard is om te beogen.²⁶⁸

²⁶⁴ Zie randnummer 75.

²⁶⁵ Zie randnummer 113.

²⁶⁶ Dit standpunt is mede of zelfs voornamelijk ingegeven door persoonlijke ervaringen uit het verleden, maar ook van die uit de ruimere kennissenkring en tenslotte door getuigenissen van patiënten over hun experimentele behandelingen of van CF-patiënten over het al dan niet ondergaan (hebben) van een longtransplantatie. Dit laatste in het kader van de praat sessie "Facing difficulties during later stages of CF" onder leiding van psychiater C. Worby tijdens de IACFA Conference van 3 juni 2000 in Stockholm.

²⁶⁷ Zie J. VAN DER VEKEN, o.c., 119 waar hij naar G. MARCEL verwijst.

²⁶⁸ Zie randnummer 180.

189 Alhoewel onze gedachten en handelingen heel objectiverend kunnen zijn, blijven wij allemaal subjecten. Wij kunnen enkel ons volledig menselijk potentieel ontwikkelen wanneer wij in onze intersubjectieve relaties aan elkaar als subjecten zin geven en elkaar daartoe uitnodigen. Wij ervaren elke ontkenning van onze subjectiviteit als een ontbering, hetgeen een lijden inhoudt.

De uit die ontkenning voortvloeiende voordelen kunnen nooit groot genoeg zijn om te voorkomen dat een absolute, onbegrensde objectivering van de mens de fundamenteën van onze samenleving zou ondermijnen, omdat onze essentie als mens verloren zou zijn. Zo gesteld, is ethiek tegelijk een techniek en een poging om onszelf te overstijgen, terwijl we op zoek zijn naar het goede, op zoek naar 'Jij' en 'Ik'.

AFDELING 3

DE WERKING VAN INFORMED CONSENT

§1 Huidige werking

A VRAAGSTELLING

190 Informed consent beantwoordt dus het lijden dat door de objectiverende macht van de moderne geneeskunde wordt veroorzaakt. Hierdoor draagt informed consent bij tot het maatschappelijk en individueel vertrouwen in de moderne geneeskunde. Informed consent bewerkstelligt dit onder meer door die macht van de moderne geneeskunde enigszins te corrigeren. Informed consent neemt namelijk een deel van de macht van de arts weg door die aan de patiënt terug te geven. Informed consent is dus onder meer een machtscorrectief.²⁶⁹

Vraag is of voor dit alles zowel een 'enge' als een 'ruime' informed consent nodig is? Indien dit zo zou zijn, zou dit helpen verklaren waarom er twee soorten informed consent in het ethisch-filosofisch debat aanwezig blijven. Om deze vraag te beantwoorden, volgt er eerst een analyse het standpunt van Faden en Beauchamp.

²⁶⁹ Als zodanig werd het de laatste decennia aan de medisch-etische thema's van autoriteit, macht en vertrouwen toegevoegd. Zie L. McCULLOUGH, *l.c.*, 7-8.

B FADEN EN BEAUCHAMPS BETEKENIS₍₁₎ EN BETEKENIS₍₂₎ INFORMED CONSENT

191 Ondanks hun Principiële benadering²⁷⁰ komen Faden en Beauchamp eveneens tot de slotsom dat informed consent zich tot twee verschillende concepten heeft ontwikkeld en dat beiden ongemerkt actief blijven (worden gebruikt), waarbij beide concepten een *verschillende* rol hebben, een *verschillende functie* dienen.

Faden en Beauchamp bestempelen deze twee concepten als betekenis₍₁₎ en betekenis₍₂₎ informed consent. Hierna wordt nagegaan in welke mate zij aan deze begrippen dezelfde betekenis toekennen als dit rapport aan 'enge' en 'ruime' informed consent.

192 Betekenis₍₁₎ informed consent duidt op een *autonome* machtiging (authorisation), of keuze.

De klemtoon ligt er op de specifieke wijze van *handeling* door *individuele patiënten of subjecten*.

Het individu *stemt* actief toe, of *weigert* actief het voorgestelde. Deze toestemming moet opzettelijk, met een substantieel begrip en een substantiële afwezigheid van controle door anderen gebeuren.²⁷¹

Betekenis₍₂₎ informed consent duidt op een *wettelijk of institutioneel effectieve* machtiging door patiënten of onderzoekssubjecten en verwijst naar de *sociale praktijk* ten opzichte van groepen van patiënten, met andere woorden verwijst naar de institutionele context. Betekenis₍₂₎ informed consent wordt verkregen door het volgen van procedures. Dit zijn de regels en de vereisten die door de specifieke institutionele praktijk in de gezondheidszorg of in het onderzoek worden bepaald.²⁷² Bijgevolg regelt betekenis₍₂₎ informed consent voornamelijk het gedrag van diegene die de machtiging *probeert te verkrijgen* en is daarom voornamelijk gericht op het ontwikkelen van "*procedures en regels* voor de context van consent."²⁷³

193 De gecursiveerde sleutelwoorden zijn sterk contrasterend. Machtiging door de patiënt of het onderzoekssubject wordt er tegengesteld aan het gereguleerde gedrag van diegene die deze consent poogt te verkrijgen; handeling wordt er tegengesteld aan sociale praktijk en de patiënt of het onderzoekssubject als individu wordt er tegengesteld aan de institutionele contexten en aan groepen van patiënten of onderzoekssubjecten.

²⁷⁰ Zie randnummer 54.

²⁷¹ Faden en Beauchamp verwoorden "authorization" als volgt: "[O]ne both assumes responsibility for what one has authorized and transfers to another one's authority to implement it. One's authorizing gives another both permission to proceed and the responsibility for proceeding." R. FADEN en T. BEAUCHAMP, *o.c.*, 277-280.

²⁷² Zie R. FADEN en T. BEAUCHAMP, *o.c.*, 277 en 280.

²⁷³ R. FADEN en T. BEAUCHAMP, *o.c.*, 280.

194 In tegenstelling tot dit rapport blijkt niet dat Faden en Beauchamp de ethiek als een discipline beschouwen die zich op de twee niveaus van het ethisch discours (het vormelijke en het inhoudelijke) kan ontplooiën. Doordat Faden en Beauchamp de term substantieel gebruiken en het belang van de machtigingsdaad beklemtonen, erkennen zij onrechtstreeks dat hun betekenis⁽¹⁾ informed consent zich op het inhoudelijke, het substantiële niveau afspeelt en dus enigszins vergelijkbaar is met de in dit rapport gebezigde 'ruime' informed consent.

In vergelijking met deze impliciete erkenning, stellen Faden en Beauchamp expliciet dat hun betekenis⁽²⁾ informed consent een formeel en procedureel concept is, dat in een beleidsgericht kader wordt gebruikt²⁷⁴ en dat dus enigszins vergelijkbaar is met de in dit rapport gebruikte 'enge' informed consent.²⁷⁵

195 Faden en Beauchamp verklaren dit laatste door er op te wijzen dat "het juridische systeem een algemeen toepasbaar informed consent-mechanisme behoeft, opdat de rechter in geval van overtreding gemakkelijk zou kunnen beoordelen en sanctioneren."²⁷⁶

Dit gegeven is verbonden met de taak die het recht van de 'enge' ethiek, die een procedurele en afstandelijke ethiek is, in onze moderne maatschappij heeft verkregen. Deze ethiek vereist van het recht dat zij inter-subjectiviteit realiseert en beschermt, hetgeen voor haar "een noodzakelijke voorwaarde is voor een bevattelijke, werkbare en aanvaardbare maatschappelijke orde."²⁷⁷ Dit is precies waartoe een 'enge' informed consent dient.

²⁷⁴ "Medical and research codes, as well as case law and federal regulations, have developed models of informed consent that are delineated entirely in a sense₂ format..." R. FADEN en T. BEAUCHAMP, *o.c.*, 281.

²⁷⁵ Zoals hierboven blijkt, bestaat er een ruime mate aan gelijkenis tussen hetgeen Faden en Beauchamp als betekenis⁽¹⁾ en betekenis⁽²⁾ informed consent omschrijven en hetgeen in dit rapport respectievelijk met 'ruime' en 'enge' informed consent wordt aangegeven. Een analyse van de eventuele gelijkenissen en verschillen tussen beide soorten begrippen valt echter buiten het bestek van dit rapport. Om verwarring te voorkomen zullen hierna enkel nog de begrippen 'enge' en 'ruime' informed consent worden gebruikt, waarbij de conclusies van Faden en Beauchamp met betrekking tot hun betekenis⁽¹⁾ en betekenis⁽²⁾ informed consent worden overgenomen.

²⁷⁶ Terwijl dit laatste voor Faden en Beauchamp vanzelfsprekend is, geven zij blijk van verwondering voor het feit dat ook sommige *ethici* informed consent een formele definitie geven. Juist omdat Faden en Beauchamp het bestaan van twee verschillende (niveaus van) ethiek niet erkennen, slagen zij er niet in om dit fenomeen te verklaren. R. FADEN en T. BEAUCHAMP, *o.c.*, 282-285.

²⁷⁷ Zie randnummers 246-247.

C DE VERHOUDING TUSSEN 'ENGE' EN 'RUIME' INFORMED CONSENT

1 Zoals gesteld door Faden en Beauchamp

196 Faden en Beauchamp beklemtonen dat deze beide betekenissen van informed consent niet noodzakelijk in elke situatie samengaan.²⁷⁸ Dit houdt niet in dat er geen relatie tussen beide betekenissen zou bestaan. Er bestaat in tegendeel zowel een historische als een actuele band.

Historisch ontstond informed consent uit de rechtspraak, dus in een juridisch kader. Dit houdt noodzakelijker wijze in dat dit een 'enge' informed consent was. Enkel nadien kwam informed consent op de agenda van medische deontologische codes en van de bio-ethiek. In sommige van de daaropvolgende ethische debatten verkreeg informed consent het statuut van een 'ruime' informed consent en diende het voor de eerste betekenis als ethisch-normatieve standaard.²⁷⁹

197 Tegenwoordig levert 'ruime' informed consent blauwdrukken voor situaties "waarbij het gepast of ethisch gewenst is om substantiële autonome machtigingen te bekomen". Deze blauwdrukken kunnen dan als norm dienen om de verkregen 'enge' informed consent aan te toetsen. Volgens Faden en Beauchamp zou dit het voor beleidsorganen vergemakkelijken om het moreel adequaat karakter van een 'enge' informed consent-vereiste te beoordelen.

Omgekeerd kan een 'enge' informed consent-vereiste de institutionele kansen op een 'ruime' informed consent vergroten.²⁸⁰ Met andere woorden, de 'enge' informed consent kan op het vormelijke, procedurele niveau bewerkstelligen dat er zo veel mogelijk 'ruime' informed consents kunnen worden gegeven.

198 Deze mogelijke wisselwerking weerspiegelt de wijze waarop het recht op formele zelfbepaling, dat door de 'enge' ethiek wordt voorzien, in onze hedendaagse Westerse maatschappij een noodzakelijke voorwaarde vormt om het ideaal van een substantiële authenticiteit, zoals dat door de 'ruime' ethiek

²⁷⁸ R. FADEN en T. BEAUCHAMP *o.c.*, 283.

²⁷⁹ R. FADEN en T. BEAUCHAMP, *o.c.*, 284-287.

²⁸⁰ Faden en Beauchamp verwoorden dit als volgt: "[E]mbedded in the reason for having the social institution of informed consent is the idea that institutional requirements for informed consent in sense₂ *should* be intended to maximize the likelihood that the conditions of informed consent in sense₁ will be satisfied – although we did not claim [] that historically they *have always* been so intended." R. FADEN en T. BEAUCHAMP, *o.c.*, 284.

wordt gekoesterd, te bereiken. Dit vergt wel de erkenning dat de 'enge' ethiek in een 'ruime' ethiek is ingebed. Dit gegeven ontkennen, brengt het bestaan van het formele recht op zelfbepaling in het gedrang.²⁸¹

De 'enge' informed consent, waarvan het moreel adequate karakter niet volgens de evaluatieve normen van een 'ruime' informed consent kan worden beoordeeld, dreigt dan immers een lege formaliteit te worden, een formaliteit die niet meer is dan een loutere handtekening op een toestemmingsformulier.²⁸² Aangezien dat het recht om behoorlijk te kunnen functioneren een formeel juridisch taalgebruik vergt²⁸³, wijst dit op de intrinsieke beperktheid van een juridisch opgelegde en afdwingbare informed consent.

2 Toegepast op dit rapport

199 Zowel de 'ruime' als de 'enge' informed consent-betekeningen kunnen het vertrouwen in de moderne geneeskunde helpen behouden. Elk van beide realiseert dit op een ander niveau. Soms gaan ze samen en interageren ze, soms niet en soms staan ze zelfs lijnrecht tegenover elkaar.

'Ruime' informed consent help het vertrouwen van het *individu* te behouden.²⁸⁴ Als zodanig *appelleert* het naar diegenen die "het functionele beleid of de wettelijke vereisten van een 'enge' informed consent wensen te *overstijgen*"²⁸⁵ en die het lijden van het andere subject wensen te beantwoorden, door het zoveel mogelijk tegen te gaan.

'Enge' informed consent helpt dan weer het vertrouwen van *instellingen* te behouden, namelijk categorieën van individuen en de maatschappij in haar geheel moeten hun vertrouwen in de moderne geneeskunde kunnen behouden. 'Enge' informed consent kan dit enkel op het formele niveau beogen, waardoor de patiënt gesitueerd blijft "*binnen de ontzagwekkende macht van het biomedische discours*."²⁸⁶ Toch dient het zo ook als een formele correctie van die macht.

²⁸¹ Zie randnummers 102 et seq.

²⁸² Zie hoe Faden en Beauchamp dergelijke holle consents beschrijven en Katz' kritiek ten aanzien van dergelijke holle consents becommentariëren. J. KATZ, "Disclosure and Consent", in A. MILUNSKY en G. ANNAS (eds.), *Genetics and the Law II*, New York, Plenum Press, 1980, 122 en 128, zoals aangehaald in R. FADEN en T. BEAUCHAMP, *o.c.*, 277 en 283-284.

²⁸³ Zie randnummer 246.

²⁸⁴ Weze het nu het subject in kwestie of zijn of haar vervangers, die meestal toch nauw verwant zijn, zodat het subject gemakkelijk geneigd zal zijn om hun machtiging te beamen.

²⁸⁵ R. FADEN en T. BEAUCHAMP, *o.c.*, 287.

²⁸⁶ P. McGRATH, *l.c.*, 524.

200 Hierdoor is de 'enge' informed consent nooit zeker of het substantiële informed consents weet te bekomen of niet. Om die reden kan het vertrouwen in de moderne geneeskunde enkel worden bekomen wanneer informed consent *niet enkel* in een 'enge', reductionistische zin wordt opgevat. Enkel dan biedt de 'enge' informed consent meer dan alleen maar "een minimale weerstand tegen het almachtige systeem."²⁸⁷

Wanneer ooit zou blijken dat het hier om een structureel falen zou gaan, zou de gemeenschap toch nog haar vertrouwen verliezen. Mede om die reden dient de 'ruime' ethiek met haar 'ruime' informed consent als ultieme controle. Anders houdt de 'enge' informed consent een opportuniteit voor een paternalisme-nieuwe-stijl in. Paternalisme is nu eenmaal in essentie een *discours over macht*.²⁸⁸ Zelfs zonder dit paternalisme blijft de medische discipline een uiterst machtig instituut. Alhoewel het recentelijk aan een nieuwe machtsverschuiving onderhevig is.²⁸⁹

§2 Potentiële werking

A EEN POTENTIEEL PAARD VAN TROJE

201 Informed consent vormt niet enkel een correctief op de *macht* van de medische discipline, bijkomend vormt het een potentieel Paard van Troje voor de *autoriteit* van de medische discipline. Informed consent plaatst de patiënt immers in een positie van waaruit die de medische autoriteit kan betwisten. Patiënten kunnen dankzij de informed consent-vereiste terug in een positie terechtkomen van waaruit zij de medische kennis en bijgevolg ook de macht van de arts kunnen betwijfelen en aanvechten.²⁹⁰

Drie recente ontwikkelingen stellen meer en meer patiënten in staat om dit te doen. De eerste twee ontwikkelingen hebben betrekking op de individuele patiënt-arts relatie, het microniveau van de geneeskunde. De derde ontwikkeling heeft dan weer betrekking op het institutionele niveau van de patiënt-arts relaties, of het macroniveau van de geneeskunde.²⁹¹

²⁸⁷ Ibid.

²⁸⁸ L. McCULLOUGH, *l.c.*, 8.

²⁸⁹ Zie ook R. SMITH, "Informed consent: edging forwards (and backwards)", *B.M.J.* 1998, vol. 316, 949.

²⁹⁰ Vergelijk met randnummers 172-175.

²⁹¹ Voor micro- en macroniveau vergelijk P. McGRATH, *l.c.*, 524.

202 Het meest belangrijke van deze drie ontwikkelingen is het groeiende aantal 'leken' die een uitdrukkelijke interesse voor medische kennis hebben én die ook nog een ruime mate aan tijd hiertoe ter hunne beschikking hebben. De successen van de geneeskunde creëerden twee dergelijke categorieën. De eerste categorie is het groeiend aantal patiënten met een chronische ziekte. Dergelijke patiënten zouden voorheen een minder comfortabel leven hebben geleid, of veel vroeger zijn gestorven. Tegenwoordig neemt in het Westen zowel hun levenscomfort als hun levensverwachting, globaal genomen, alsmat toe. Dergelijke patiënten zijn bijvoorbeeld kankerpatiënten, aids-patiënten (de meest actieve en strijdbare groep onder de chronische patiënten), mucoviscidose patiënten, patiënten met het chronisch vermoeidheidssyndroom, enz. De tweede categorie bestaat uit mensen die, als gevolg van genetische screening, zich bewust zijn geworden van hun genetische aanleg of van hun verhoogd risico op welbepaalde genetische ziektes.

Al die patiënten en potentiële patiënten hebben één kenmerk gemeen: in tegenstelling tot *ad hoc* patiënten, beschikken zij over de tijd én de interesse om, hun (potentiële) ziekte te bestuderen. Zij moeten zich enkel maar op hun specifieke situatie toelagen. Dit is een luxe waarop zelfs de meest gespecialiseerde arts geen aanspraak kan maken. Dit houdt niet in dat alle patiënten een dergelijke grondige beheersing van hun 'onderwerp' beogen of aankunnen, maar het *tijds potentieel* is er. En indien hun gezondheid het hen niet toelaat om de inspanning te leveren, kunnen hun verwanten of hun partners dit nog pogen te doen.

203 Een tweede ontwikkeling komt die eerste ontwikkeling nog versterken: het steeds grotere succes van het medium Internet. Sinds de opkomst van het Internet is de medische discipline niet langer meer in staat om (haar) medische kennis voor de patiënten af te schermen. Patiënten worden er zich bijgevolg steeds meer van bewust dat er zich in de geneeskunde als wetenschap paradigmatische verschuivingen (kunnen) voordoen. Patiënten zijn nu in een positie van waaruit zij kunnen vaststellen dat de moderne geneeskunde niet een enkele kolos vormt. Patiënten worden zich bewust van de wetenschappelijke debatten, de rivaliserende werkhypothesen en zij kunnen de strekking aanhangen die hen het best bevalt.

204 Deze beide ontwikkelingen doen zich ook op het macroniveau voor. Op dit niveau correleren ze met een derde en laatste ontwikkeling. Op het macroniveau helde de machtsverhouding totnogtoe structureel in het voordeel van de geneeskunde *als instituut* over. Die machtsverhouding ondergaat momenteel een verschuiving ten voordele van de patiënt, meer precies in het voordeel van de patiëntenorganisaties. De opkomst van patiëntenorganisaties vormt namelijk de derde ontwikkeling.

In tegenstelling tot *ad hoc* patiënten verkeren chronische en potentiële patiënten in een positie van waaruit ze zichzelf kunnen organiseren, zich kunnen *institutionaliseren*. Deze institutionalisering van 'de patiënt' draagt ook bij tot de verspreiding van de kennis van de wetenschappelijk relevante feiten²⁹² en van de patiëntenrechten, zoals een formele maar ook substantiële informed consent.²⁹³ Patiënten structureren zich zelfs om klinische en andere studies te vergemakkelijken. Dit bezorgt hen zelfs marketingmacht.²⁹⁴ Informed consent werd traditioneel beschouwd als een techniek die 'geval per geval' dient. Met de opkomst van patiëntenorganisaties die overigens steeds professioneler worden, die dus het medische taalgebruik steeds beter beheersen, kunnen patiënten inspraak in de beleidsbenadering van hun ziekte(s) opeisen.²⁹⁵

205 Alhoewel het nog een tijdje zal duren voordat al deze ontwikkelingen zich ten volle zullen doen voelen, begeeft de slinger van de macht en de autoriteit zich onhoudbaar naar het midden, naar een groter evenwicht tussen de arts en de patiënt. Diegenen uit de medische discipline die willen volharden met het hanteren van een paternalisme-oude- of -nieuwe-stijl, of met een louter formele, holle informed consent, riskeren een zwaar boemerangeffect op te lopen.²⁹⁶

²⁹² De combinatie van deze drie ontwikkelingen doet Sarah Barker, adult-liaison-officer voor mensen met mucoviscidose (CF) in Groot-Brittannië, in het Britse magazine voor volwassen CF-patiënten opmerken: "All these things mean that sometimes you may feel you are better placed to assess your health needs than the professional sat in front of you! These things can also lead to a feeling of 'it could be better', and although not always achievable, in many cases this is a realistic expectation." S. BARKER, "Adult Liaison Update", *Input*, 2000, issue 26, n° 64, 8.

Zo kan informed consent voor onderzoek ervoor zorgen dat patiënten een snellere aanvaarding van de onderzoeksresultaten door het medische establishment kunnen bewerkstelligen. Dit is een van de zes praktische voordelen die Goodare en Smith opgeven om patiënten zo actief mogelijk te betrekken bij het op hen of hun lichaamsmateriaal verrichte wetenschappelijk onderzoek. Zie H. GOODARE en R. SMITH, "The rights of patients in research – Patients must come first in research", *B.M.J.* 1995, vol. 310, 1278.

²⁹³ Zie bijvoorbeeld <http://www.cfids.org/research/consent.html>

²⁹⁴ Zie bijvoorbeeld <http://www.cff.org>

²⁹⁵ Zo hechten onderzoekers die zich met mucoviscidose bezig houden, veel belang aan het ontsluiten van de vele ingewikkelde processen die er toe leiden dat het CFTR-gen mucoviscidose veroorzaakt. De energie die daar in wordt gestoken, is dan ook navenant.

Sommige mucoviscidoseorganisaties voor volwassen mucoviscidosepatiënten stellen dit gelijk met de queeste naar de 'Graal'. Hun beleidsobjectief is anders: zij willen dat de fondsen voor het wetenschappelijk onderzoek en de daarmee verbonden wetenschappelijke inspanningen, meer worden gericht op het ontwikkelen van therapieën die hun levensverwachtingen en hun levenskwaliteit bijkomend kunnen verbeteren.

Voor die groeperingen vormt het nastreven van een definitieve oplossing voor de toekomstige generaties, wel een nobel doel, maar dit is voor hen niet het meest dringende objectief. Volgens geïnterviewde Franse volwassen CF-patiënten zou dit standpunt tot een herschikking van de Franse publieke onderzoeksmiddelen voor CF hebben geleid.

Zie ook H. GOODARE en R. SMITH, *l.c.*, 1277 voor een voorbeeld van de onderzoekswensen van Britse vrouwen met borstkanker.

²⁹⁶ Of zoals Smith het in zijn editoriaal formuleert: "Doctors are practical folk who like to get on with things, and many will be frustrated by the expanding complexity of this debate. But doctors will have to learn to inhabit the complicated world in which philosophers feel comfortable." Zie R. SMITH, *l.c.*, 951.

B HET GEBRUIK VAN MENSELIJK LICHAAMSMATERIAAL

1 De tendens om het menselijk lichaam te objectiveren

206 Deze recente ontwikkelingen bewerkstelligen tevens dat patiënten en donoren inzien dat de moderne geneeskunde, de farmaceutische industrie en de onderzoekers, naast het oogmerk om te (ver)zorgen en te helen, ook nog het 'eigen gewin' beogen. Dit 'gewin' kan zowel bestaan uit professioneel of wetenschappelijk aanzien, als uit financiële winsten en is afhankelijk van een zekere kennis of bekwaamheid. Dit is al altijd zo geweest en op zich is daar niets mis mee, maar naargelang de context (klinische behandeling, onderzoek op proefpersonen, onderzoek op en gebruik van menselijk lichaamsmateriaal) dient dit toch wat te worden genuanceerd.²⁹⁷

207 Toch vinden sommige donoren tegenwoordig dat het evenwicht bij de verdeling van de baten zoek is. Voor hen voldoet het vooruitzicht op nieuwe behandelingen die uit het onderzoek en gebruik van dit lichaamsmateriaal zouden kunnen voortvloeien, niet langer als tegengewicht, als 'tegenprestatie' voor het door hen afgestane lichaamsmateriaal.²⁹⁸

Dit komt doordat dit onderzoek op, en het gebruik van, dit menselijk lichaamsmateriaal tegenwoordig soms enorme financiële winsten kan opleveren. Dit is wel lang niet altijd het geval (rekening houdend met de eraan verbonden kosten en onzekerheden), maar het feit dat er daartoe een kans bestaat, is op zich al voldoende.

²⁹⁷ Vgl. M. WARNOCK, *l.c.*, 1002-1003.

Zo is in de klinische situatie het rechtstreekse 'gewin' voor de geïnformeerde en toestemmende patiënt normaal gezien veel groter, dan voor de behandelende arts. Bij het experimenteel uitproberen van een nieuwe behandeling op een patiënt, kan het 'gewin' van de patiënt nog steeds het grootste zijn.

Dit is al anders wanneer de patiënt in een dubbelblinde studie niet weet dat hij een placebo krijgt toegediend (hij weet enkel dat daartoe één kans op twee bestaat). Dergelijke dubbelblinde klinische studies helpen de overheid uit te maken of zij al dan niet de toestemming kan verlenen om het medicijn voor alle desbetreffende patiënten te laten voorschrijven. Bij een gunstig besluit, kan de placebopatiënt er dan ook nog steeds persoonlijk baat bij hebben.

Voor de gezonde vrijwilliger die aan de eerste klinische testfase deelneemt om te helpen uitmaken of en in welke dosis het medicijn veilig is, is de situatie nog anders. Die persoon geniet van geen enkel 'gewin', want hij ontvangt enkel een onkostenvergoeding.

Net zoals bij het onderzoek op proefpersonen is het onderzoek op en met menselijk lichaamsmateriaal in eerste instantie gericht op het bekomen van medische kennis, iets waarbij vooral de maatschappij in haar geheel baat bij heeft. Voor de patiënt of de donor in kwestie hangt dit van de 'omstandigheden' af. In tegenstelling tot de proefpersoon loopt de donor als gevolg van dit onderzoek wel geen gezondheidsrisico's.

En net zoals de proefpersoon loopt de donor geen privacyrisico's, op voorwaarde dat zijn lichaamsstalen en de gegevens daaromtrent op een adequate wijze werden geanonimiseerd.

²⁹⁸ Zie "Gene donors' rights at risk", *Nature* 1996, vol. 381, 1.

Donoren beseffen daarbij ook steeds vaker dat zij een sleutel tot dit 'gewin' bezitten, namelijk hun menselijk lichaamsmateriaal, op basis waarvan deze kennis wordt afgeleid en de informed consent die daartoe moet worden bekomen. Kortom na de succesvolle opkomst van de moderne geneeskunde als gevolg van een objectivering van de patiënt²⁹⁹, kunnen patiënten nu de moderne geneeskunde objectiveren. Voor sommigen uit de geneeskunde is dit misschien onthutsend, maar desalniettemin is dit de (toekomstige) realiteit.

208 Deze objectiverende tendens in onze moderne Westerse maatschappij vindt dus steeds maar nieuwe toepassingen. Een andere nieuwe, of te verwachten, toepassing hiervan is de neiging om *zichzelf*, meer bepaald *zijn of haar* lichamelijke, co-constitutieve dimensie verregaand te objectiveren.

Een uiting hiervan is de wens van de 'donor' om te delen in het geldelijke gewin dat eventueel op basis zijn lichaamsmateriaal wordt verwezenlijkt. Deze wens botst echter op een verbod voor de donor om met zijn lichaamsmateriaal winst na te streven.³⁰⁰

2 De tendens om het menselijk lichaam te subjectiveren

209 Tegelijk wordt onze moderne Westerse maatschappij gekenmerkt door een toegenomen interesse voor wat er met ons afgenomen lichaamsmateriaal gebeurt. Patiënten verwoorden deze interesse als een willen bepalen wat er allemaal met dit lichaamsmateriaal (niet) mag gebeuren. Sommige patiënten wensen bijvoorbeeld te verbieden dat hun lichaamsmateriaal in een militaire (test)context zou worden gebruikt, of dat de exploitatie van de er uit voortvloeiende uitvindingen door middel van octrooien zou worden afgeschermd.³⁰¹

Dit is een wens tot subjectivering, tot zingeving, van het eigen lichaam(s)materiaal: ons afgenomen lichaamsmateriaal, zelfs datgene dat tijdens een heelkundige ingreep moet worden verwijderd, dient zich in ons levensproject in te passen. Deze tendens om het lichaam te subjectiveren, kan deels worden

²⁹⁹ Zie E. KRAKAUER *l.c.*, 531-538, zie ook randnummer 169.

³⁰⁰ Zie randnummers 313-315.

³⁰¹ Opmerkingen ingewonnen op basis van gesprekken met mucoviscidose patiënten(-vertegenwoordigers) in 2000 en 2001. Herman Weggen, van the International Association of Cystic Fibrosis (Mucoviscidosis) Association of ICF(M)A, formuleerde dit treffend als: "I do not *trust* the scientists to say to them: 'You may *use* it [his body material] for whatever you want.' I want to put restrictions to what kind of developments I want to contribute to or not. This is an ethical problem." Geformuleerd te Leuven op 9 maart 2001 tijdens de bijeenkomst van het European Thematic Network for Cystic Fibrosis met de Europese CF associaties. (Elke eventuele fout in de weergave van het standpunt van Weggen kan enkel aan mij worden toegeschreven.)

verklaard door de centrale plaats die het subject als individu in de moderne Westerse maatschappij bekleedt³⁰² en door het heersende waardeoordeel dat er een 'hoger iets' is in de wijze waarop we het dagdagelijkse leven *leven*.³⁰³

Zo beschouwd, betekent het objectiveren van het menselijke lichaam een degraderen van dit dagdagelijkse leven. Dit vormt een bijkomende reden waarom dit objectiveren van het menselijke lichaam lijden veroorzaakt. De bevestiging van het dagelijkse leven is een zodanig belangrijk bestanddeel van onze moderne Westerse morele horizon, dat het voortdurend ongenueanceerd objectiveren van het menselijke lichaam op termijn een heel zware tegenreactie zou teweegbrengen.

3 Als uitdrukking van onze meervoudige individualiteit

210 Met betrekking tot ons menselijk lichaamsmateriaal bestaat er blijkbaar zowel een objectiverings-tendens als een subjectiveringstendens. Deze dubbele en ambivalente ontwikkeling in onze zelfrelatie tot ons lichaam vormt een uitdrukking van onze moderne Westerse, meervoudige individualiteit.³⁰⁴

Zo moet de narcistische consument aan al zijn irrationele dromen en wensen toegeven³⁰⁵, ook deze die betrekking hebben op zijn lichaam (smateriaal). De objectivering van het eigen lichaam (smateriaal) opent daarbij het perspectief op schier oneindige financiële middelen om aan die dromen en wensen toe te geven. De subjectivering van het eigen lichaam (smateriaal) gaat zelfs aan die financiële tussenstap voorbij en opent het perspectief op de rechtstreekse verwezenlijking van sommige van die dromen en wensen. Onze neiging om activiteit te overbeklemtonen en dus alles te willen beheersen, leidt ertoe dat we tot in het detail willen bepalen wat er wel en niet met het van ons afgenomen (of af te nemen) lichaamsmateriaal mag gebeuren. Het erkennen van de grenzen van het doenbare, van het regelbare, vallen hierbij weg. Deze te vergaande objectivering en subjectivering van het menselijke lichaam (smateriaal) houden beiden een reductionistische benadering in, want zij stemmen niet met de werkelijkheid van het menszijn overeen.³⁰⁶

³⁰² Zoals uit het enorme belang van het autonomiebegrip blijkt.

³⁰³ Zie randnummer 79.

³⁰⁴ Zie randnummer 80.

³⁰⁵ Zie randnummer 81.

³⁰⁶ Vgl. Knoppers e.a. die stellen dat: "[B]oth the reification and the sacralization of DNA samples/information are equally reductionist in that the former disregards the human 'source', while the latter raises DNA to a higher status than that afforded to the living person whose DNA, while unique, is also shared. Both positions may harm necessary epidemiological and public health research." B.M. KNOPPERS e.a., *l.c.*, 398.

211 Als uitdrukkingvormen van de narcistische massaconsument botsen de subjectivering en de objectivering van het eigen lichaam(smateriaal) met die andere rol die het moderne individu moet vervullen, namelijk die van het zelfbeheerste, zeer productieve en controleerbare individu.³⁰⁷ De sociaal-economische onderbouw van onze moderne Westerse maatschappij heeft immers nood aan de informed consent-techniek om het vertrouwen in de moderne biomedische sector te kunnen bewaren opdat het individu zich bereidwillig in deze laatste rol zou schikken.

Ongewild appelleert de informed consent-techniek echter tegelijk ook aan die andere tegengestelde rol van het moderne individu, namelijk de narcistische consument. Deze ambivalentie bemoeilijkt de vraag hoe een informed consent-vereiste zich tot het gebruik van menselijk lichaamsmateriaal moet verhouden opdat ze ethisch te rechtvaardigen zou zijn.

4 Gevolg: onduidelijke beleidsopties

212 Enerzijds dreigt een systematisch negeren van deze objectiverings- en subjectiveringswensen het vertrouwen in de moderne geneeskunde en wetenschap te ondergraven, waardoor de consument niet langer bereid zou zijn om zich als controleerbaar individu te onderwerpen. Anderzijds zou een vergaande toegeving aan de objectiverings- en subjectiveringswensen van de consument-donor inhouden dat deze laatste en zijn lichaamsmateriaal te weinig controleerbaar zouden zijn, om nog praktisch bruikbaar te zijn. Vraag is dan ook hoe en in welke mate de informed consent-techniek hier, ethisch gezien, een rol kan en moet spelen.

213 Een verabsoluteerde 'enge' informed consent kan hier nooit adequaat op antwoorden. De informed consent-techniek kan er enkel systematisch in slagen van het moderne individu in zijn beide tegenstrijdige rollen te erkennen, wanneer haar 'enge' en 'ruime' varianten samengaan. Enkel zo kan de maatschappij zeker zijn dat ze het individu als intersubjectief wezen oproept om zich biomedisch te laten objectiveren en te controleren, *waarbij dit individu deze oproep steeds kan én mag weigeren*. Daarbij moet de maatschappij de aangesproken persoon een zekere ruimte laten waarbinnen dit individu de door hem verkozen graad van subjectivering, en eventueel van objectivering, van zijn eigen lichaam(smateriaal) kan invullen.

³⁰⁷ Zie randnummer 82.

De omvang van die individuele objectiverings- en subjectiveringsruimte hangt af van wat de maatschappij ethisch aanvaardbaar én werkbaar acht.³⁰⁸ Door deze grenzen aan het individu mee te delen en het waarom ervan uit te leggen, *roept* de maatschappij het individu *op* om de grenzen die zijn inter-subjectiviteit aan zijn objectiverings- en subjectiveringsverzuchtingen stelt, op een positieve wijze te erkennen. Wanneer het individu dit doet, versterkt het zijn individualiteit, zijn substantiële authenticiteit.³⁰⁹

214 Deze oproep van de maatschappij tot het individu doet zich vooral voor in de context van het wetenschappelijk onderzoek op proefpersonen en in de context van het biomedisch gebruik van menselijk lichaamsmateriaal. Deze maatschappelijke oproep vertoont daarbij een grote overeenkomst met een van de meest expressieve aspecten van onze moderne Westerse maatschappij, namelijk de moderne democratie.³¹⁰ Zeker wanneer er rekening wordt gehouden met het feit dat informed consent onder meer als *machtscorrectie* dient. Een machtscorrectie die het machtsevenwicht tussen beide partijen enigszins poogt te herstellen.³¹¹

Informed consent blijkt meer te zijn dan enkel maar een moderne techniek die aan bepaalde sociaal-economische noden tegemoet komt en waarbij de individuele arts en patiënt (of donor) ‘verwisselbare elementen binnen een vaststaande structuur zijn’.³¹² Daarnaast kan informed consent tevens een antwoord op een existentiële nood vormen, maar ook als symbool over zichzelf heen naar iets anders verwijzen. Met andere woorden informed consent als openbaring van de mens (en de maatschappij) die op een of andere wijze zichzelf verstaat, zichzelf interpreteert.³¹³

³⁰⁸ In dit opzicht gaat de tendens duidelijk in de richting van een ruimere informatieverstrekking en keuzevrijheid dan een louter ja of nee antwoord op de vraag tot medewerking aan niet verder verbijzonderd biomedisch onderzoek.

In die zin B.M. KNOPPERS e.a., *l.c.*, 388.

³⁰⁹ Zie randnummer 85.

³¹⁰ Zie randnummer 36.

³¹¹ Zie randnummer 190.

³¹² Vergelijk met randnummer 73.

³¹³ Zie J. VAN DER VEKEN, *o.c.*, 73.

AFDELING 4

INFORMED CONSENT ALS SYMBOOL VAN ONZE DEMOCRATIE

§1 Benadering

215 Ter staving van deze stellingname worden de hierboven beschreven bevindingen omtrent informed consent hierna summier in verband gebracht met enkele bevindingen omtrent democratie. In deze afdeling gaat het dus niet langer over de interpretatie van formele schema's van structuren, noch over "de erkenning van de mens door de mens" die zich binnen deze structuren geplaatst weet.³¹⁴

Daarentegen, interpreteert deze afdeling de *inhoud* van informed consent als *uiting* van het democratische ideaal, als aspect van actief burgerschap binnen een biomedische context.³¹⁵

216 Voor een jurist die zich in het ethisch-filosofische debat mengt, is deze benadering zo mogelijk nog moeilijker, nog delicateser, dan de vorige analyses. Hier laat het beperkte karakter van de filosofische opleiding van de jurist zich het sterkst voelen. Hetgeen tot bescheidenheid noopt. Dit laatste is echter geen reden om de bevindingen van dit rapport niet scherp te stellen.

Desalniettemin is een symbolische interpretatie de jurist niet helemaal vreemd, vooral niet met betrekking tot het begrip democratie. Om die reden hanteert deze afdeling een 'voorzichtige' benadering door eerst de voor de jurist vertrouwde bevindingen omtrent democratie samen te vatten, om dan in de volgende paragraaf zoveel mogelijk parallellen aan te geven.

³¹⁴ J. VAN DER VEKEN, *o.c.*, 72.

³¹⁵ Volgens Knoppers is de problematiek van de controle over DNA-stalen en de erin vervatte informatie ook een zaak van burgerschap en van het bijdragen tot de medische vooruitgang, waarbij de donor eventueel ook voordeel kan van genieten. Zie B.M. KNOPPERS e.a., *l.c.*, 390.

§2 Bevindingen omtrent democratie...³¹⁶

A DEMOCRATIE ALS HÉT ANTWOORD³¹⁷

217 Na de omwentelingen in het Oostblok stelde Fukuyama dat de liberale democratie de enige maatschappijvorm is die op een duurzame wijze *voldoende legitimiteit* kan *inspireren* en bijgevolg de *loyaliteit* van haar burgers blijvend kan behouden. Dit maatschappelijk zelfbestuur (*demos-kratein*) zou immers aan de meest diepe en fundamentele verlangens van de mensen beantwoorden³¹⁸, doordat zij aan ieder individu een zo groot mogelijke vrijheid verleent.³¹⁹

Dit standpunt lijkt correct te zijn in zoverre deze liberale democratie met de kritieken van de 'ruime' ethiek rekening houdt en dus de morele horizon van onze moderne Westerse maatschappij niet wegdenkt.³²⁰

218 Dit besef van het democratisch bestel als ideologisch eindpunt verklaart ook de steeds sterker wordende tendens om democratie als een werkelijk universele waarde te beschouwen, een recht dat aan de mensheid als zodanig toekomt. Behalve dit universele karakter bezit democratie ook een onherleidbare sociale en dus cultureel diverse component. Deze lokale component steunt op de eigen democratische ervaringen en inzichten en voorts op de ervaringen en inzichten die elke democratische maatschappij bij andere democratische maatschappijen waarneemt.

B DEMOCRATIE ALS IDEAAL VAN MAATSCHAPPELIJK ZELFBESTUUR³²¹

219 Democratie is immers niet zozeer een maatschappelijk organisatorische vorm, maar eerder een politiek *ideaal, een cultuur en een ethos* van maatschappelijk zelfbestuur die de levende gemeenschap *bezielt*. Democratie is zowel een ideaal als een praktijk en tussen beide bestaat een *permanente spanning*.

³¹⁶ Deze paragraaf is een persoonlijk geïnspireerde samenvatting van het inleidende gedeelte van het recente doctoraatsproefschrift van Amaryllis Verhoeven. Zie A. VERHOEVEN, *The European Union in Search of a Democratic and Constitutional Theory*, nog onuitg., proefschrift doctor in de rechten, Katholieke Universiteit Leuven, 2001, 505 p.

³¹⁷ Zie A. VERHOEVEN, o.c., 7 en 9-11.

³¹⁸ F. FUKUYAMA, *The End of History and the Last Man*, New York, Free Press, 1992 zoals aangehaald door A. VERHOEVEN, o.c., 9.

³¹⁹ Zie S. GUTWIRTH, "De polyfonie van de democratische rechtsstaat", in M. ELCHARDUS, (ed.), *Wantrouwen en onbehagen: over de vertrouwens- en legitimiteitscrisis*, in *Balans*, XIV, Brussel, VUBPress, 1998, 150.

³²⁰ Voor de beschrijving van het liberalisme van de neutraliteit en de kritiek op een te eenzijdige invalshoek, zie randnummers 96-105.

³²¹ Zie A. VERHOEVEN, o.c., 6-7 en 17.

Immers terwijl democratie zich ontwikkelt doorheen de interpretatie van dit ideaal en doorheen de praktijk van deze ethos, ontwikkelt dit ideaal zich precies in de context van deze sociale praktijk. Als zodanig vormt het democratisch ideaal dan ook geen doel op zich, maar vormt het wel een voorwaarde die helpt bij het individuele en collectieve nastreven van een beter (dagelijks) leven (activiteit). Onze moderne Westerse maatschappij bevestigt immers het gewone, dagelijkse leven als belangrijke waarde.³²²

220 De democratie als maatschappelijk ideaal is echter niet altijd in al haar specificiteit expliciet waarneembaar. Dit ideaal bevindt zich eerder op de achtergrond, zonder dat er veel over wordt gereflecteerd, maar waartegen het politieke discours van de maatschappij zich wel afspeelt. Het democratisch ideaal maakt bijgevolg deel uit van de morele horizon die niet mag worden weggedacht. Door een gebrek aan diepgaande beschouwingen kan het immers voorkomen dat de interpretaties en de praktijk van dit democratisch ideaal op een wijze gebeuren die in werkelijkheid niet (meer) met die impliciete maatschappelijke opvattingen overeenstemmen. Zonder correcties dreigt deze discrepantie uiteindelijk in een maatschappelijke crisis (in en van de instellingen) uit te monden.

C DEMOCRATIE ALS KRITISCHE THEORIE³²³

221 Op zich, als deel van de maatschappelijke achtergrond, is het democratisch ideaal niet voldoende om een duurzame democratische samenleving te kunnen bewerkstelligen. Elke democratische samenleving vereist bijkomend een grondig uitgedachte *theorie* omtrent democratie. Een theorie die deze onderliggende maatschappelijke opvattingen *blootlegt* en als *kritische maatstaf* dient om de wijze te beoordelen waarop een maatschappij wordt bestuurd.

Hierdoor versterkt deze theorie de democratische praxis, waarbij de praktijk nooit af is, net zoals haar ideaal en haar theorie. Democratie als ideaal, praktijk én theorie kan dus enkel in dynamische en open termen worden omschreven.

³²² Zie randnummer 79-83.

³²³ Zie A. VERHOEVEN, o.c., 8 en 12-14.

222 Een adequate theorie dient uit te gaan van de vaststelling dat *de opkomst van het autonomiebegrip*³²⁴ vergezeld ging van het besef dat gezag (het heersen van de ene over de andere) niet langer als iets natuurlijk kan worden beschouwd. Legitimiteit vereist sindsdien dat de overheid zich ten opzichte van haar subjecten *verantwoordt* om normatief aanspraak te kunnen maken op erkenning door de samenleving en die ook te krijgen.

Daarnaast wordt sindsdien de macht (van de verkozen meerderheid) begrensd en beperkt opdat eenieder een zo groot mogelijke vrijheid zou kunnen hebben.³²⁵

D DEMOCRATIE ALS ADEQUATE WAARDENMIX³²⁶

223 Precies in een democratie heeft deze erkenning een duurzaam karakter, doordat democratie het overheidsgezag doet overeenstemmen met de fundamentele verlangens en ambities van zij die er in leven. Namelijk het helpen bewerkstelligen van een beter leven in een context van vrijheid, gelijkheid en gemeenschap (historisch: broederlijkheid, fraternité). Dit zijn de drie fundamentele waarden die dit democratisch ideaal schragen, waarbij elk van deze waarden meerdere facetten heeft.

Democratie bestaat dan ook uit een *adequate mix* van deze drie fundamentele waarden. Met andere woorden, *de legitimiteit van het politieke gezag vereist dat die, bij het helpen nastreven van een beter leven, de fundamentele waarden van de burgers (vrijheid, gelijkheid en gemeenschap) mee bevordert*. Het ontbreken van een adequate mix van deze drie fundamentele waarden houdt onvermijdelijk het risico op excessen in.

E DEMOCRATIE ALS PRAKTIJK³²⁷

224 Dit stelt zich het duidelijkst bij het begrip gemeenschap, de meest controversiële waarde van de drie. Noch een extreme overaccentuering (zoals het communisme), noch een al te vergaande abstractie (zoals het negentiende-eeuwse liberalisme met haar ‘eng’ autonomiebegrip) kunnen een werkelijke democratie garanderen.

³²⁴ Zie randnummers 86-88.

³²⁵ Zie S. GUTWIRTH, *l.c.*, 150. Zie ook randnummer 217.

³²⁶ Zie A. VERHOEVEN, *o.c.*, 15-16 en 18.

³²⁷ Zie A. VERHOEVEN, *o.c.*, 14-16. Zie ook haar verwijzingen naar Habermas in voetnoot 38.

Enkel wanneer gemeenschap als een relationele eenheid in verscheidenheid wordt begrepen (een eenheid op basis van dialoog tussen verscheidene ‘zelf-in-gemeenschap’³²⁸), kan een werkelijke democratie worden bewerkstelligd, want democratie handelt over deelname.

In die zin is politiek constitutief voor de identiteit van een gemeenschap. Politieke systemen moeten daarom de insluiting en de actieve deelname van de burgerlijke maatschappij in politieke zaken bewerkstelligen.

225 Dit deelnameaspect belet dat de uitoefening van de publieke macht in een gemeenschap van vrije en gelijke mensen op een arbitraire wijze zou kunnen gebeuren. Als subjecten van de moderne Westerse maatschappij eisen wij immers dat wij onszelf, op een of andere manier, als maker van de regels die ons besturen, kunnen beschouwen. Enkel dan zullen wij die erkennen en aanvaarden.³²⁹

Deze erkenning van overheidsregels voltrekt zich dus pas wanneer zowel de personen die met publieke macht zijn bekleed, als de overige leden van die maatschappij zich met het politieke systeem identificeren. Of in de klassieke ‘Lilcoln-slagzin’, democratie als het besturen van de burgers (formele gelding), door de burgers (actief burgerschap) en voor de burgers (sociale cohesie en insluiting).

226 Legitimiteit bestaat bijgevolg uit twee aspecten: enerzijds een formeel en normatief aspect en anderzijds een sociaal of empirisch aspect. Formele legitimiteit geeft juridische geldingskracht aan een bepaald systeem. Sociale legitimiteit daarentegen verwijst naar een ruime, empirisch waarneembare sociale aanvaarding of loyaliteit ten opzichte van het systeem. *Beiden vooronderstellen en versterken elkaar.*

§3 ... toegepast op informed consent

227 In deze paragraaf wordt de stelling verdedigd dat informed consent meer is dan een techniek (*praktijk*) en dan een ethisch-filosofische vereiste (*theorie*), omdat ze ook als *ideaal* fungeert om de patiënt, het onderzoekssubject of de donor op een actieve wijze in het biomedische of wetenschappelijke bedrijf te laten deelnemen en te helpen vormgeven. Zo begrepen maakt informed consent fundamenteel deel uit van onze moderne democratische traditie (in ruime zin).

Ter staving van deze stelling worden de bevindingen van de voorgaande paragraaf systematisch op informed consent overgeplant.

³²⁸ Zie randnummer 94.

³²⁹ Zie Kants ideaal van de autonome persoon als een morele actor die zelf zijn eigen regels kiest die zijn daden zullen beheersen, zie randnummer 89.

A INFORMED CONSENT ALS HÉT ANTWOORD

228 In een biomedische of onderzoekscontext is informed consent de enige werkwijze die op een duurzame wijze *voldoende legitimiteit* kan *inspireren* en bijgevolg de *loyaliteit* van subjecten blijvend kan behouden. Het streven naar en bekomen van informed consents zou immers aan de meest diepe en fundamentele verlangens van de mensen beantwoorden, omdat het onze bestaansvoorwaarde als mens raakt, namelijk "het kunnen maken van keuzen."³³⁰ Dit gaat slechts op in zoverre informed consent zowel in een 'enge' als in een 'ruime' zin wordt begrepen en dus met de morele horizon van onze moderne Westerse maatschappij rekening houdt.

229 Dit (impliciete) besef verklaart ook de steeds sterker wordende tendens om informed consent als een werkelijk universele waarde te beschouwen, een recht dat aan elke persoon als zodanig toekomt. Behalve dit universele karakter bezit informed consent ook een onherleidbare sociale en dus cultureel diverse component. Deze lokale component steunt op de eigen concrete ervaringen en inzichten³³¹ en voorts op de ervaringen en inzichten die elke democratische maatschappij bij andere democratische maatschappijen waarneemt³³².

B INFORMED CONSENT ALS IDEAAAL VAN INDIVIDUELE ZELFBEPALING

230 Informed consent is immers niet louter een maatschappelijke techniek, maar eerder een maatschappelijk *ideaal*, *dat deel uitmaakt van de cultuur en de ethos* die de levende democratische gemeenschap *bezielt*. Informed consent is zowel een ideaal als een praktijk en tussen beide bestaat een *permanente spanning*. Immers terwijl informed consent zich ontwikkelt doorheen de interpretatie van dit ideaal en doorheen de praktijk van deze ethos, ontwikkelt dit ideaal zich precies in de context van de biomedische en onderzoekspraktijk.

³³⁰ Zie A. VAN DER AREND en Chr. GASTMANS, *o.c.*, 137. Zie ook randnummer 94 en voetnoot 99. De daar aangehaalde Alderson en Goodey stellen zelfs dat we als consument zodanig 'geconditioneerd' zijn om constant keuzes te maken, dat we dit aspect niet plots verliezen, wanneer we ziek of gewond worden. Daarenboven reikt de biomedische sector ons heel ons leven (van de wieg tot het graf) keuzes aan.

³³¹ Zie bijvoorbeeld de concrete invulling van de informed consent-vereiste door het U.S. tort law, pagina 138 et seq. Zie ook D., DICKSON, "HUGO approves ethics code for genomics", *Nature* 1996, vol. 380, 279 voor de wijze waarop The Human Genome Organization (HUGO) met dit aspect poogt om te gaan.

³³² Zie bijvoorbeeld de impact die de onthullingen over de praktijken van de nazi-dokters elders teweeg bracht.

Informed consent vormt als deel van het ruimere democratische ideaal dan ook geen doel op zich, maar het vormt wel een voorwaarde die helpt bij het voor ons zo belangrijke individuele en collectieve nastreven van een beter (dagelijks) leven, waaronder het tegengaan van lijden. Op deze wijze geeft informed consent praktische invulling aan het voor ons zo belangrijke autonomiebegrip.

231 Informed consent maakt als maatschappelijk ideaal deel uit van de morele horizon die niet mag worden weggedacht. Dit laatste doet zich voor wanneer het ethisch-filosofisch debat zich beperkt tot argumentaties die eenzijdig op het autonomiebegrip steunen. Dit voorbijgaan aan de impliciete maatschappelijke opvattingen kan uiteindelijk tot een maatschappelijke crisis (in en van de biomedische sector) leiden.

C INFORMED CONSENT ALS KRITISCHE THEORIE

232 Elke democratische samenleving vereist daarom een grondig uitgedachte *theorie* omtrent informed consent. Een theorie die deze onderliggende maatschappelijke opvattingen *blootlegt* en als *kritische maatstaf* dient om de wijze te beoordelen waarop een maatschappij in het algemeen, en meer in het bijzonder haar biomedische sector, omgaat met haar individuen, hetzij als patiënten, hetzij als onderzoeksobjecten, hetzij als donoren van lichaamsmateriaal.

Daarbij mag niet uit het oog worden verloren dat wij allemaal een meervoudige identiteit hebben.

Vroeg of laat zijn wij allemaal wel eens patiënt, mogelijk ook donor van lichaamsmateriaal, en met veel kans rechtstreeks of onrechtstreeks³³³ medeaandeelhouder van biomedische bedrijven die wel eens menselijk lichaamsmateriaal gebruiken.

Een grondig uitgewerkte informed consent-theorie kan de informed consent-praktijk versterken.

Net zoals haar ideaal en haar theorie is deze praktijk nooit af. Informed consent – als onderdeel van het democratische ideaal, praktijk én theorie – kan dus enkel in dynamische en open termen worden omschreven.³³⁴

³³³ Bijvoorbeeld via beleggings- of pensioenfondsen.

³³⁴ In tegenstelling tot de opvattingen van het structuralisme (een geheel van *blijvende* relaties). Zie randnummer 73.

233 Een adequate theorie dient uit te gaan van de vaststelling dat *de opkomst van het autonomiebegrip*³³⁵ uiteindelijk leidde tot het besef dat het gezag van de biomedische sector niet langer als iets natuurlijk kan worden beschouwd.³³⁶ Legitimiteit vereist sindsdien dat de biomedische sector zich ten opzichte van de maatschappij en haar subjecten *verantwoordt* om normatief aanspraak te kunnen maken op erkenning door de samenleving en die ook te krijgen.

D INFORMED CONSENT ALS ADEQUATE WAARDENMIX

234 Precies in een democratie waar informed consent systematisch wordt nagestreefd, heeft deze erkenning een duurzaam karakter, doordat die democratie en haar informed consent-vereiste dan de aanspraken van de biomedische sector en van de ruimere onderzoeksgemeenschap doen overeenstemmen met de fundamentele verlangens en ambities van zij die in die democratie leven. Concreet, het helpen bewerkstelligen van een beter leven in een context van vrijheid, gelijkheid en gemeenschap.

Informed consent bestaat dan ook uit een *adequate mix* van deze fundamentele waarden. Met andere woorden *de legitimiteit van de biomedische sector en van de ruimere onderzoekswereld vereist dat die, bij het helpen nastreven van een beter leven, de fundamentele waarden van de burgers (een gezonder dagdagelijks leven, vrij van lijden, in vrijheid, gelijkheid en gemeenschap) mee bevordert*. Het ontbreken van een adequate mix van deze fundamentele waarden houdt onvermijdelijk het risico op excessen in.

E INFORMED CONSENT ALS PRAKTIJK

235 Dit laatste stelt zich het duidelijkst bij het begrip vrijheid of autonomie, de meest beklemtoonde waarde in onze moderne Westerse maatschappij.³³⁷ Noch een ‘eng’, noch een ‘ruim’ overbeklemtonen van deze waarde doen recht aan de rol van informed consent als democratisch ideaal dat in de biomedische praktijk wordt omgezet.

Zo ook mag het bestrijden van het lijden als belangrijke maatschappelijke waarde niet worden verengd tot het louter technisch bestrijden van het lichamelijke lijden. Evenzeer moeten wij bij het invullen van het

³³⁵ Zie randnummers 86-88.

³³⁶ Zie randnummers 172-175.

³³⁷ Maar daarom nog niet noodzakelijk de meest belangrijke waarde van onze maatschappij, zie immers de grote waarde die wij aan het dagdagelijkse leven hechten.

belang dat wij aan het dagdagelijkse leven hechten, rekening houden met het feit dat wij eindige wezens zijn die binnen onze eindigheid en ‘gegevenheid’ zin willen geven aan ons leven en die hierbij de andere(n) oproepen tot medemenselijkheid.

Enkel wanneer deze drie fundamentele waarden van onze moderne Westerse maatschappij op de meest ruime wijze worden samengedacht, kan informed consent medeconstitutief zijn voor de identiteit van een democratische gemeenschap. Het recht en de ethiek kunnen de insluiting en de actieve deelname van de burgerlijke maatschappij in biomedische aangelegenheden helpen bewerkstelligen.

Immers een werkelijke democratie behelst niet enkel wat de maatschappij omwille van het individuele levensgeluk voor het individu moet en niet mag doen, maar is een tweerichtingsverkeer.³³⁸ Informed consent roept precies daartoe op.

236 Dit deelnameaspect belet dat het nastreven en toepassen van biomedische kennis en technieken in een gemeenschap van vrije en gelijke mensen op een arbitraire wijze zou kunnen gebeuren. Als subjecten van de moderne Westerse maatschappij eisen wij immers dat wij onszelf op een of andere manier kunnen beschouwen, als zijnde de ‘makers’ van de biomedische kennis en technieken die op ons kunnen worden toegepast. Enkel dan zullen wij die erkennen en aanvaarden.³³⁹

Deze erkenning van de biomedische ontwikkelingen voltrekt zich dus pas wanneer zowel de personen die met biomedische autoriteit zijn bekleed, als de overige leden van die maatschappij zich met de biomedische resultaten identificeren. Anders gesteld, informed consent als de toelating tot het toepassen van biomedische kennis en technologie (op basis van in toegestemd menselijk lichaamsmateriaal) op de burgers (formele gelding), door de burgers (actief burgerschap) en voor de burgers (sociale cohesie en insluiting).

237 Zoals hoger reeds beschreven, bestaat legitimiteit, uit twee aspecten: enerzijds een formeel en normatief aspect en anderzijds een sociaal of empirisch aspect. Formele legitimiteit (of ‘enge’ informed consent) geeft juridische geldingskracht aan een bepaald systeem. Sociale legitimiteit (of ‘ruime’ informed consent) daarentegen verwijst naar een ruime, empirisch waarneembare sociale aanvaarding of *loyaliteit* ten opzichte van het systeem. *Beiden vooronderstellen en versterken elkaar.*³⁴⁰

³³⁸ Zie J. VAN DER VEKEN, *o.c.*, 122-123.

³³⁹ Zie Kants ideaal van de autonome persoon als een morele actor die zelf zijn eigen regels kiest die zijn daden zullen beheersen, zie randnummer 89.

³⁴⁰ Zie randnummers 191, 196-200.

AFDELING 5

BESLUIT

§1 Verantwoording van de omschrijving ‘eng’/‘ruim’

238 Dit rapport hanteert de termen ‘eng’ en ‘ruim’ in plaats van formeel en substantieel om aan te geven dat in de optiek van dit rapport het begrip ‘ruim’ niet enkel het substantiële omvat, maar ook altijd het formele (het ‘enge’) dient te omvatten. ‘Ruim’ dus als synoniem voor integraal en niet voor substantieel.³⁴¹ Om praktische redenen hield dit hoofdstuk wel niet altijd zo strikt aan deze definitie. Zo begrepen sluit dit rapport aan bij de poging om de verworvenheden van de moderniteit tegen zichzelf te beschermen en zo te bestendigen.³⁴² Met betrekking tot de verklarende redenen voor de blijvende aanwezigheid en steeds verdere uitbreiding van het toepassingsgebied van de informed consent-vereiste leidt dit tot het inzicht dat informed consent veel meer is dan een vereiste die op de moderne Westerse waarde van de menselijke autonomie steunt. Hoe belangrijk dit autonomiebegrip ook moge wezen, informed consent heeft nog andere rechtvaardigende en verklarende redenen die het mee vorm geven.

§2 Verklarende en rechtvaardigende redenen...

239 Het technologische ‘succes’ van onze moderne Westerse maatschappij steunt onder meer op een objectivering van de mens en van het menselijke lichaamsmateriaal. Een objectivering die wij in zekere mate als noodzakelijk beschouwen om deze successen te kunnen bestendigen en verder te zetten. De combinatie van de ‘enge’ en de ‘ruime’ informed consent-techniek dient als correctie voor die objectivering en de ermee gepaard gaande macht. Deze combinatie dient eveneens het menselijke lijden tegen te gaan, een lijden dat uit die objectivering voortvloeit. Hierdoor beantwoordt informed consent aan een existentiële nood van het subject en van de maatschappij. Een nood om de eigen objectiverende technologie en wetenschap én haar beoefenaars te kunnen vertrouwen. Informed consent kan dit bewerkstelligen mede door het individu te erkennen als subject. Weliswaar een eindig en gedeeltelijk gedetermineerd subject, maar altijd een subject, een persoon. Daarbij dient

³⁴¹ Als bijvoeglijk naamwoord zowel bij ethiek, als bij informed consent en autonomie.

³⁴² Zie randnummers 100-102.

informed consent mee te delen welke medewerking, welke praxis, de maatschappij van dit individu verlangt. In geval van bereidheid tot medewerking dient de maatschappij ook mee te delen welke grenzen het aan de objectiverings- en subjectiveringswensen van het betrokken individu stelt. Wanneer het individu hier niet mee akkoord gaat, rest er hem de optie (= het recht) om zijn informed consent niet te verlenen, met andere woorden om niet mee te werken.

Informed consent helpt zo het individu bij het inhoudelijk versterken van zijn werkelijke individualiteit doordat informed consent het individu oproept tot een praktische omgang met de wereld. Een wereld waarin en niet waartegenover het individu staat. Een wereld en vooral een maatschappij met haar sociaal-economische structuren en morele horizon die het individu gedeeltelijk in zijn vrijheid bepalen, en dus begrenzen.

Vooraf wanneer het individu zich bewust is van deze grenzen, kan die bij het beantwoorden van de maatschappelijke oproep tot informed consent (door die te aanvaarden, bij te sturen, of te verwerpen), invulling geven aan wat het wil zeggen om 'mens te zijn'. In dit geval kan die invulling, kan dit 'mens-zijn' een participatief subject in een democratische samenleving inhouden. Met andere woorden het individu geeft dan meteen ook invulling aan het ideaal van een moderne democratische samenleving.

Een democratische samenleving waar informed consent mee symbool voor staat.

Een democratische samenleving die, tot nog toe, nog steeds kiest om de weg van een steeds meer doorgedreven wetenschappelijk-technologische evolutie verder te bewandelen. Zij het dat het daarover een democratische controle wenst te behouden. Informed consent situeert zich op het microniveau van deze democratische controle van wat er met het individu (en zijn lichaamsmateriaal) gebeurt.

Informed consent is dus fundamenteel ingebed in de dynamiek van de moderne Westerse maatschappij, een *dynamiek van constante en vrije aanpassing aan een immer en steeds sneller veranderende omgeving*.³⁴³

De zin van informed consent is dan ook nooit af, en bijgevolg is het debat daaromtrent, net zoals haar praktijk en haar ideaal, steeds te hernemen. Dit geldt ook voor het debat over onze keuze om een steeds meer wetenschappelijk-technologische maatschappij te ontwikkelen en over de wijze waarop we dit wensen te doen. Dit laatste aspect komt op het einde van dit rapport gedeeltelijk terug aan bod.³⁴⁴

³⁴³ Zie randnummer 36.

³⁴⁴ Zie vanaf pagina 354 et seq.

§3 ... als één onsplitsbaar geheel...

240 Al deze verklarende en rechtvaardigende redenen zijn op een complexe en fundamentele wijze met elkaar verbonden. Voor dit rapport hebben ze dan ook voornamelijk belang als een onsplitsbaar *geheel*. In die zin sluit dit rapport aan bij de opmerking van Alderson en Goodey dat "informed consent te complex is om op basis van één theoretisch model volledig te worden begrepen."³⁴⁵ Dit relateert meteen de theoretische verklarende en rechtvaardigende redenen die dit rapport aanreikt.

Beleidsmatig zijn de volgende redenen praktisch gezien misschien wel de belangrijkste. Namelijk ten eerste het bewaren van het vertrouwen van het subject waardoor die bereid blijft om zich te laten objectiveren, ten tweede de machtscorrigerende werking van informed consent en ten derde informed consent als symbool, als uitdrukking van het democratische ideaal in een biomedische context.

§4 ... en de gevolgen voor de rest van dit rapport

241 De doorheen de rest van dit rapport voorkomende volgorde, of klemtoon, is dan ook eerder het gevolg van de beleidscontext waarbij naar deze redenen wordt verwezen. Elke specifieke accentuering (voornamelijk van het structurele belang om het vertrouwen te bewaren) dient dan ook slechts als vereenvoudigde en hierdoor handige weergave van de hierboven beschreven inter-relatie.

242 De in dit rapport aangegeven verklarende en rechtvaardigende redenen leiden tot de conclusie dat de informed consent-vereiste ethisch-normatief afdwingbaar is, maar vooral houden ze een oproep in, een uitnodiging tot bewust ethisch informed consent-gedrag. Met andere woorden een oproep tot een verandering van de ingesteldheid van ons hart, eerder dan een verstandelijke verandering. Zo een "werkelijke erkenning van de mens door de mens" vergt echter wel betere maatschappelijke structuren.³⁴⁶ De ethisch-normatieve beoordeling wordt echter bemoeilijkt doordat ethisch gezien vele handelingen en keuzen zowel positieve als negatieve gevolgen hebben. Gezien het gemeenschappelijk belang van doel, motivatie, gevolgen en omstandigheden bij een integrale ethische beoordeling, zijn dergelijke handelingen met dubbel gevolg moeilijk te beoordelen.³⁴⁷

³⁴⁵ P. ALDERSON en C. GOODEY, *l.c.*, 1315.

³⁴⁶ Dit bleek bijvoorbeeld bij de bespreking van de specifieke functies van de 'enge' en de 'ruime' informed consent, zie randnummers 196-200.

³⁴⁷ Zie randnummer 55 en de verwijzing in voetnoot.

243 Daarenboven kan het ethisch-normatieve aspect van de informed consent-vereiste niet altijd (volledig) *juridisch* worden afgedwongen. De jurist moet soms nederig erkennen dat het recht fundamenteel begrensd is in haar poging om iets adequaat te bewerkstelligen. Gelukkig is het recht niet de enige maatschappelijk structurerende benadering (normerend systeem) die in de moderne Westerse maatschappij voorhanden is.

Bij de juridische analyse geldt voorts de belangrijke historische les dat "[de mens bij] de opstand tegen het onaanvaardbare [erover moet waken] niet nog meer onheil tot stand te brengen. De meeste revoluties lopen immers uit op nieuwe vormen van verdrukking."³⁴⁸

Het vervolg van dit rapport verkent deze grenzen met betrekking tot het octrooirechtelijk afdwingen van de ethisch verantwoorde noodzaak om informed consents voor het gebruik van menselijk lichaamsmateriaal te bekomen.

³⁴⁸ J. VAN DER VEKEN, *o.c.*, 100.

HOOFDSTUK 3

JURIDISCHE GRONDSLAGEN

244 Dit hoofdstuk toetst sommige inzichten uit het vorige hoofdstuk op hun geldigheid. Daartoe ontleedt dit hoofdstuk bepaalde juridische invullingen van de informed consent-vereiste. Dit gebeurt voornamelijk in afdeling 2, waar de informed consent-vereiste uit het Amerikaanse recht aan bod komt.

De keuze voor het Amerikaanse recht als toetssteen is gebaseerd op het feit dat de juridische informed consent-vereiste er is ontstaan. Bovendien is heel wat van de besproken bio-ethische literatuur van Amerikaanse signatuur, hetgeen inhoudt dat die op de juridische ontwikkelingen in de Verenigde Staten van Amerika inspeelt. Bijkomend wordt deze analyse beperkt tot de informed consent-vereiste in klinische situaties. De problematiek van de informed consent-vereiste in onderzoekssituaties komt hier niet aan bod. In afdeling 3 volgt dan een beschrijving en beoordeling van de informed consent-vereiste zoals die in de Conventie Mensenrechten en Biogeneeskunde van de Raad van Europa gestalte heeft gekregen. Als aanloop bevat de eerste afdeling een korte beschrijving van de wijze waarop de ethiek en het recht zich tot elkaar verhouden. Opnieuw vormt het complementaire (maar niet altijd als zodanig erkende) bestaan van een 'enge' en van een 'ruime' ethiek de rode draad doorheen deze afdeling.

AFDELING 1

EEN ETHISCHE BEVRAGING VAN HET RECHT

§1 De ethische dimensie van het recht...

245 De huidige rechtsfilosofie beschouwt de relatie tussen het recht en de ethiek als een voortdurende interactie, als een aanhoudende dialoog.³⁴⁹ Dankzij de bemiddeling van het recht, kan de mens erkend en verantwoordelijk worden gehouden om 'het goede te doen'. Door het bemiddelen van een wederzijdse erkenning van hun subjectiviteit, bewijst het recht dat het over een ethische component beschikt.³⁵⁰

De ethische reflectie over het recht en de wijze waarop het recht met haar ethische component omgaat, wordt ook hier door een opdeling in een 'eng' en in een 'ruim' ethisch discours gekenmerkt. Elk van beide ethische invalshoeken levert haar specifieke bijdrage tot de beoordeling van het recht.

³⁴⁹ Deze moderne opvatting verwerpt zowel de these van het juridisch positivisme als die van het natuurrecht. Het juridisch positivisme ontkent het bestaan van ook maar enige logische band tussen het recht en de ethiek, het juridisch systeem is er een *Grundnorm*. De traditionele theorie van het natuurrecht gaat er dan weer van uit dat het recht gebaseerd is op een vooraf bestaand pakket van universele normen. Zie R. FOQUÉ, "De noodzakelijke verwevenheid van recht en ethiek" (verkort geciteerd "De noodzakelijke verwezenheid"), *Ars Aequi* 1998 (47), 15-17.

³⁵⁰ Zie R. FOQUÉ, "De noodzakelijke verwevenheid", 6.

§2 ... volgens de 'enge' ethiek

246 Om de substantiële ethische opvattingen van elke persoon te beschermen, vat de 'enge' ethiek zichzelf als een 'minimum' ethiek op, waarbij iemand anders substantiële ethische opvattingen niet op hun ethische kwaliteiten en geldigheid mogen worden beoordeeld. Voor de 'enge' ethiek vormt dit een noodzakelijke voorwaarde opdat uiteenlopende ethische opvattingen vreedzaam met elkaar zouden kunnen samenleven. Concreet gezien komt het hier op neer dat de 'enge' ethiek zich beperkt tot het zijn van een formele en procedurele beslissingsethiek.³⁵¹

Hierbij ziet de 'enge' ethiek het recht als het *verlengde van* zichzelf. De formele beginselen van het recht vertonen dan ook grote gelijkenissen met die van de 'enge' ethiek. Deze *linguïstische autonomie* van het juridisch taalgebruik³⁵² stelt het recht in staat om de individuen een 'vrij van' te waarborgen.³⁵³

247 Door dit 'vrij van' te waarborgen, maakt het recht het realiseren en beschermen van inter-subjectiviteit mogelijk. In dit *relationeel juridisch concept* dient het recht om te bemiddelen tussen de betrokken actoren met hun respectievelijke maatschappelijke macht, waarbij deze actoren hun wederkerige afhankelijkheid in het proces van machtsvorming en hun wederzijdse gelijkwaardigheid aanvaarden. Hierdoor en daarom maakt het recht absolute machtsverhoudingen onmogelijk.³⁵⁴ Deze rechtsopvatting blijft niet zonder invloed op de overheid.

Hierdoor is het recht tot meer dan een louter machtsinstrument voor de heersers geworden. Immers met haar relationeel juridisch concept en met haar autonoom, formeel juridisch taalgebruik vormt het recht nu ook een techniek om de macht van het beleid te controleren en in te perken. Zo creëert het recht de

³⁵¹ Zie J. TAEELS, *l.c.*, 16.

³⁵² Tot voor enkele decennia bediende het recht zich niet enkel op een autonome wijze van de taal, maar beschouwde het zichzelf ook als een autonome discipline. Tegenwoordig als gevolg van de reactie tegen deze laatste opvatting, wordt dit concept als zijnde achterhaald afgedaan. Zie randnummers 41 - 42 en de verwijzing naar de schets van deze historische ontwikkeling door Possner. Foqué waarschuwt echter voor het risico op overdrijven. Het recht mag voor Foqué haar autonome taal (wat in dit artikel als een autonoom taalgebruik wordt bestempeld, zie randnummer 378) niet verliezen. R. FOQUÉ, "De Autonomie", 677.

³⁵³ Zie R. FOQUÉ, "De Autonomie", 675.

³⁵⁴ Zie F. VAN NESTE, "Hoe ethisch zijn recht en politiek?" (Uit *Publiek recht, ruim bekeken. Opstellen aangeboden aan Prof. J. Gijssels*, Maklu, Antwerpen, 1994, 407-426) in F. VAN NESTE, *Ter wille van mensen*, Antwerpen, Maklu, 1997, 46-47, die citeert uit R. FOQUÉ en A.C. 't HART, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1990, 79 et seq. Zie ook S. GUTWIRTH, *l.c.*, 152: "Horizontale bemiddelingen treden in de plaats van de verticale bevelen.", die hierbij in voetnoot 40 ook naar meerdere publicaties van FOQUÉ en 't HART verwijst.

noodzakelijke ruimte voor de vrijheid en de autonomie van de burger. Tegenwoordig vormt deze taak van het recht een noodzakelijke voorwaarde opdat onze maatschappelijke orde "begrijpbaar, werkbaar en aanvaardbaar" zou zijn.³⁵⁵

§3 ... volgens de 'ruime' ethiek

248 In het vorige hoofdstuk werd aangegeven hoe de 'ruime' ethiek haar 'enge' tegenhanger bekritiseerde voor het wegdenken van haar morele horizon en het ontvluchten van het formuleren van substantiële ethische antwoorden. Deze handelwijze houdt als risico in dat wij uiteindelijk niet meer in staat zullen zijn om nog substantiële ethische vragen te formuleren en er over te reflecteren. Dit zou net het tegenovergestelde resultaat inhouden, dan wat de 'enge' ethiek juist wenst te beschermen.³⁵⁶

249 In het verlengde van deze kritiek en verbonden met de sterke beïnvloeding van het recht door de 'enge' ethiek, waarschuwt de 'ruime' ethiek juristen ervoor om de ethische dimensie van het recht niet uit het oog te verliezen. Dit gebeurt wanneer juristen bij het beoefenen van het recht, enkel naar de letter van de wet kijken. Dit legalisme houdt een moreel deficit in.

Volgens Van Neste bestaat de noodzakelijke horizon voor het recht uit het geheel aan waarden die de mensen precies door middel van de rechtspraktijk hopen te bereiken. Hierbij verwijst Van Neste naar het oude Romeinse adagium "Alle recht komt tot stand ter wille van mensen."³⁵⁷ Dit gegeven vormt een van de fundamenteën van onze moderne Westerse maatschappij. Dit negeren, zou er tenslotte toe leiden dat de mensen tegen het juridische systeem als dusdanig zouden protesteren.³⁵⁸

³⁵⁵ Dit aspect van het recht komt in Titel II, bij de analyse van het begrippenpaar openbare orde en goede zeden terug aan bod. Zie ook F. VAN NESTE, "Hoe ethisch?", 46-47.

Zo bleek deze eigenschap essentieel in de strijd tegen het despotisme te zijn. R. FOQUÉ, "De Autonomie", 677.

Zie ook randnummer 222.

³⁵⁶ J. TAEELS, *l.c.*, 20-21.

³⁵⁷ Zie voetnoot 14.

³⁵⁸ Deze laatste twee zinnen vormen een eigen toevoeging aan het standpunt van Van Neste, gebaseerd op het feit dat Van Neste deze open brief oorspronkelijk in het open forum van De Standaard, van 26 oktober 1996, publiceerde als reactie op de publieke onvrede na de Dutroux-affaire.

250 Bij het behandelen van de technische regels van het recht moeten we er ons van bewust blijven dat we door middel van de techniek van het recht meer of minder menselijkheid kunnen creëren. Dit is de ethische dimensie van het werk van een jurist.³⁵⁹ Deze "menselijkheidstoets" houdt voor het recht meteen ook de ultieme toets in: bevordert deze wet, deze juridische beslissing het "authentiek menselijke aspect" in het samenleven van mensen?³⁶⁰

Dit toetsen is echter een moeilijke opgave omdat er in onze moderne Westerse cultuur geen absolute zekerheid bestaat over wat er onder het 'goede', het 'goede leven' moet worden verstaan. Volgens de heersende opvatting moet iedereen dit voor zichzelf uitzoeken, hetgeen tot een enorme diversiteit aan ethische opvattingen heeft geleid.³⁶¹

§4 De morele horizon van het moderne Westerse recht

251 Van Neste's waarschuwing toont aan hoe de rechtsethiek, net zoals de bio-ethiek, zich van haar beperktheden, haar grenzen, bewust moet zijn. Ook de rechtsethiek verkent de ethische dilemma's van het recht binnen het discours dat die dilemma's juist heeft gecreëerd. Het opvatten van de autonomie van het recht als een 'ruime' autonomie vereist een bewustzijn van deze grenzen.

252 De hierna volgende juridische analyse steunt op de vaststelling van het vorige hoofdstuk dat de traditionele bio-ethiek, met inbegrip van deze die een 'ruim' ethisch discours hanteert, mede gekenmerkt wordt door een onderliggende beweegreden waarbij het vertrouwen in de objectiverende macht van de moderne wetenschappelijke geneeskunde moet worden beschermd.

Het recht en de rechtsethiek situeren zich immers binnen *dezelfde morele horizon* als de bio-ethiek en de moderne geneeskunde. Deze morele horizon wordt onder meer gevormd door de overtuiging van onze Westerse maatschappij dat, alles wel beschouwd, de objectiverende benadering van de wetenschappen (en de er uit resulterende technologieën) ons voornamelijk voordelen opleveren, ons als maatschappij 'beter' maken.³⁶²

³⁵⁹ Bij de bespreking van de openbare orde in het octrooirecht en de eventuele mogelijkheid om een informed consent-vereiste hierdoor te sanctioneren zal er meer specifiek op deze problematiek worden ingegaan. Zie onder meer pagina 354 et seq.

³⁶⁰ Voorwoord van zijn *liber amicorum*, R. BAETENS and J. VELAERS, "Bij het emeritaat van Fernand van Neste s.j." in F. VAN NESTE, *Ter wille van mensen*, Antwerpen, Maklu, 1997, 12.

³⁶¹ Of zoals Van Neste het treffend omschrijft: "Het ethische besef – hoe kan het anders? – is een toren van Babel geworden." F. VAN NESTE, "Op zoek naar het ethische gehalte in ons beroep" in F. VAN NESTE, *Ter wille van mensen*, Antwerpen, Maklu, 1997, 319.

³⁶² Zie randnummer 169.

Om die reden vooronderstelt de hierna volgende analyse dat ook het recht en de juridische discipline mede door een (niet-erkende) onderliggende algemene beweegreden worden gekenmerkt, namelijk het beschermen (behouden) van het vertrouwen in onze objectiverende metafysica en in haar emanaties zoals bijvoorbeeld de wetenschap, de geneeskunde én ons rationeel en formeel rechtssysteem.

§5 Het recht en de beantwoording van het lijden

253 Ons recht is een evenwichtsoefening tussen enerzijds het behoud van dit vertrouwen en anderzijds het beschermen van de humaniteit van de mensen op het formele niveau. Bij haar onderneming om het vertrouwen in de moderne geneeskunde te bewaren, bij haar interpretatie en afdwinging van informed consent, moet het recht tevens beogen om het authentieke menselijke aspect in het menselijke samenleven te bevorderen. Hierna zal worden getoetst hoe het recht met deze evenwichtsoefening poogt om te gaan. Een dergelijk radicaal ethische informed consent moet het lijden beantwoorden dat door de intrinsiek objectiverende benadering van de geneeskunde en de wetenschap wordt veroorzaakt. Daarbij hoort het besef dat zelfs een dergelijke poging om dit lijden te beantwoorden, eveneens objectieveert en alhoewel het lijden er door kan worden verzacht, het er ook door wordt bestendigd. Dit geldt ook ten aanzien van elke juridische benadering.

AFDELING 2

DE INFORMED CONSENT-VEREISTE IN HET 'US TORT LAW'³⁶³

§1 Ontwikkeld door het 'common law'

254 Het Amerikaanse rechtssysteem behoort tot de Common-Law-groep. Common-Law-rechtssystemen worden gekenmerkt door de aanwezigheid van een grote hoeveelheid aan 'court law' die door de rechters werd ontwikkeld, het zogenaamde 'common law'. Dit 'common law' bestaat er naast het door de wetgever ontwikkelde 'statute law'. De wetgever kan hierbij het door de rechters ontwikkelde recht, in de door hem gewenste zin bijsturen.

Het 'common law' steunt op een systeem van precedentes, waarbij elke nieuwe rechterlijke uitspraak haar beslissing ten aanzien van de vorige rechterlijke uitspraken moet rechtvaardigen.³⁶⁴ Aangezien rechters zich maar over de voor hen aanhangige zaak kunnen uitspreken, heeft het 'common law' een casuïstisch karakter. Wat niet belet dat er binnen de 'common law' bepaalde theorieën worden ontwikkeld.

Dit casuïstisch karakter wordt bijkomend versterkt door het feit dat informed consent in medische aangelegenheden tot de bevoegdheid van de rechters uit de deelstaten behoort.

255 De informed consent-vereiste is in de Verenigde Staten van Amerika een 'common law' ontwikkeling die door de wetgever(s) van de deelstaten soms *substantieel* werd *gewijzigd*.³⁶⁵ Binnen het 'common law' hoort deze vereiste in de categorie van 'tort law' thuis. Een 'tort' is een burgerrechtelijke schending van iemand anders persoon of eigendom, hetzij opzettelijk of door onachtzaamheid. De schade wordt financieel ingeschat en aan het slachtoffer vergoed.³⁶⁶

³⁶³ Deze afdeling is gebaseerd op de juridische analyse door Faden en Beauchamp van de genese van de informed consent-vereiste in het Amerikaanse 'tort law'. De bevindingen van hun analyse zullen in deze afdeling worden getoetst aan de inzichten uit het vorige hoofdstuk. Aangezien hun analyse ondertussen al vijftien jaar oud is, kan die in zekere mate historisch 'gedateerd' zijn. Dit zou echter geen afbreuk aan de hierna geformuleerde bevindingen mogen doen. Zie R. FADEN en T. BEAUCHAMP, *o.c.*, 23-39 en 114-150.

³⁶⁴ In vergelijking hiermee beschikken de continentaal Europese rechters maar over een beperkte vrijheid van handelen, namelijk een 'bepaalde' interpretatievrijheid. Voor een kritische benadering van deze problematiek zie M. ADAMS, "Law is as I've told you before – Over de zwaartekrachtwerking van rechterlijke uitspraken in België", *T.P.R.* 1997, 1329-1397. Zie ook pagina 192 et seq.

³⁶⁵ R. FADEN en T. BEAUCHAMP, *o.c.*, 24.

³⁶⁶ R. FADEN en T. BEAUCHAMP, *o.c.*, 23-24 en 53-113.

Het Angelsaksische tort-law kan niet zomaar met de continentale onrechtmatige daad worden gelijkgesteld. Om die reden wordt 'tort' hier niet vertaald.

256 'Tort law' bestaat uit verschillende 'theories of liability' (aansprakelijkheids-theorieën). Dergelijke theorieën omvatten een geheel van elementen die allemaal voor de rechter moeten worden bewezen. De feiten en beginselen van een welbepaalde zaak moeten in een dergelijke specifieke 'theory of liability' kunnen worden ingepast.³⁶⁷
De informed consent-vereiste werd onder twee dergelijke 'theories of liability' ontwikkeld.³⁶⁸

§2 Twee verschillende 'tort law theories of liability'

A ALGEMEEN: AL DAN NIET OPZETTELIJK KARAKTER VAN DE 'TORT'

257 Het hoofdondercheid tussen beide 'theories of liability' berust op het *al dan niet opzettelijke* karakter van de daad (of het nalaten) van de gedaagde.

258 Zo vereist de 'battery theory of liability' een dergelijke opzettelijke daad. 'Battery' (aanranding) wordt er omschreven als "het opzettelijke en juridisch niet-toegelaten fysische contact met (aanraken van) een andere persoon."³⁶⁹ Concreet komen de volgende elementen in deze definitie voor: (1) deze *opzettelijke daad* moet (2) in een *fysisch contact* uitmonden, (3) dewelke *toestemming ontbeert* en (4) waarvan de verdedigende partij *wist of had moeten weten* dat dit contact niet was toegestaan.

'Battery' betreft geen onachtzame of toevallige aanrakingsdaad, noch een noodzakelijk letstel, maar wel een gebrek aan toestemming voor een aanrakingsdaad. In sommige situaties (zoals sociale omgang) wordt deze toestemming door de wet echter *verondersteld*, tenzij de gedaagde wist of had moeten weten dat deze specifieke persoon, in tegenstelling tot *redelijke* personen, een '*onredelijk*' bezwaar tegen dit specifieke contact had.³⁷⁰

³⁶⁷ R. FADEN en T. BEAUCHAMP, *o.c.*, 25.

³⁶⁸ Af en toe zou een eiser beide theorieën kunnen invoeren, maar afhankelijk van de specifieke eigenschappen van elke zaak, wordt er toch op de meest geschikte 'theory of liability' een beroep gedaan. R. FADEN en T. BEAUCHAMP, *o.c.*, 26.

³⁶⁹ "An intentional and legal unpermitted physical contact with ('touching' of) another person." R. FADEN en T. BEAUCHAMP, *o.c.*, 26-27.

³⁷⁰ R. FADEN en T. BEAUCHAMP, *o.c.*, 28.

259 De ‘negligence theory of liability’ vereist dan juist weer een *niet-opzettelijke* daad of nalaten. ‘Negligence’ (nalatigheid of plichtsverzaking) betekent “het falen om de gepaste zorgvuldigheid aan de dag te leggen.”³⁷¹ Hierbij moeten vijf elementen worden vervuld om als een tort te kunnen worden gekwalificeerd. Er moet (1) een wettelijk *plicht* ten aanzien van de eiser bestaan; (2) die door de verdediger werd *geschonden*; (3) de eiser moet een geldelijk waardeerbaar *letsel* ondervinden; (4) als gevolg van een *oorzakelijk verband* en (5) dit oorzakelijk verband tussen de handeling of de nalatigheid en het letsel moet de *directe oorzaak* (proximate) zijn. Dit laatste element beperkt de verantwoordelijkheid van de verdediger.³⁷²

B HOOFDONDERSCHIED

260 Toegepast op informed consent komen deze algemene ‘theories of liability’ op het volgende neer.

261 Een belangrijk aspect aan de ‘battery theory of liability’ is de in bepaalde omstandigheden wettelijk veronderstelde toestemming. Met betrekking tot indringende (invasive) procedures is de arts verplicht om van de patiënt toestemming tot die procedure te verkrijgen, *zelfs indien een redelijk* persoon hiertoe desgevallend zou toestemmen. Om geldig toe te stemmen moet de patiënt een *adequaat* begrip van de wezenlijke aard van de overwogen procedure hebben. Een uitgebreid begrip wordt dus niet vereist. Aangezien er voor ‘battery’ geen letsel is vereist, moet er voor elke overwogen procedure toestemming worden verkregen, *ongeacht* haar medische voordelen.³⁷³

262 Met betrekking tot informed consent vereist de ‘negligence theory of liability’ vooral een verduidelijking van het eerste element, met name de plicht om bij de omgang met anderen een *redelijke* zorgvuldigheid aan de dag te leggen. Redelijk verwijst hierbij naar een redelijk persoon. Hetgeen een denkbeeldig en dus abstract iemand persoon symboliseert, of de weerspiegeling is van de *consensus in die gemeenschap* omtrent welk soort gedrag als aanvaardbaar, als geschikt wordt beschouwd. Met betrekking tot informed consent in klinische situaties is dit de artsengemeenschap.

³⁷¹ “The failure to use due care.” R. FADEN en T. BEAUCHAMP, *o.c.*, 29.

³⁷² Ibid.

³⁷³ R. FADEN en T. BEAUCHAMP, *o.c.*, 28.
Zie tevens randnummer 91.

Dit is een professionele gemeenschap, waarvan haar leden zich op een bijzondere kennis of kunde beroepen. De zorgvuldigheidsplicht in kwestie is dan ook een professionele plicht. Deze plicht bestaat onder meer in het verstrekken van *gepaste* informatie vooraleer een toestemming tot behandeling te bekomen.

Het derde, vierde en vijfde element van 'negligence' moeten met betrekking tot informed consent respectievelijk als volgt worden verfijnd. Het letsel wordt begrepen als een letsel die de patiënt er (financieel meetbaar) slechter aan toe maakt, slechter dan wanneer de procedure niet ware uitgevoerd. Het oorzakelijk verband houdt hier de materialisatie van een niet vermelde (mogelijke) uitkomst (risico) in. Het direct karakter van dit oorzakelijk verband vergt dat deze materialisatie zich omwille van dit niet-vermelden heeft voorgedaan.³⁷⁴

C BIJKOMEND ONDERSCHIED, MAAR OOK EEN GELIJKENIS

263 Deze definities brengen behoudens het verschil in de intentionaliteitsvereiste nog enkele andere belangrijke verschillen tussen beide 'theories of liability' aan het licht. Zo vereist 'battery' geen lichamelijk letsel, terwijl 'negligence' dit wel vereist. Dit verschil in vereiste leidt tot een verschillende vergoedingsbenadering.

Daar waar 'negligence' tot een financiële vergoeding van het letsel leidt, houdt de financiële vergoeding voor 'battery' enkel een vergoeding van het ongeoorloofde fysische contact in. Bij het bepalen van de schadevergoeding voor 'battery' wordt er geen rekening gehouden met de mate waarin er een meetbaar nadeel aanwezig is, de te vergoeden sommen zijn dan ook meestal heel klein.³⁷⁵ Dit beïnvloedt meteen ook de keuze om een welbepaalde zaak op basis van een van beide 'theories of liability' te bepleiten.³⁷⁶

264 Beide 'theories of liability' hebben dan weer als gemeenschappelijk kenmerk dat ze het belang van de te geven hoeveelheid informatie beklemtonen. 'Battery' vereist dit via het 'adequate' begrip van de patiënt, terwijl 'negligence' dit vereist via de 'gepastheid' van de mee te delen informatie. Met betrekking tot deze informatievereiste heeft het Amerikaanse 'case law' verschillende standaarden ontwikkeld.

³⁷⁴ R. FADEN en T. BEAUCHAMP, *o.c.*, 29.

³⁷⁵ R. FADEN en T. BEAUCHAMP, *o.c.*, 27.

³⁷⁶ Zie randnummer 256.

Het feit alleen al dat het informatie aspect van de informed consent-vereiste door de 'case law' wordt beklemtoond, wijst op een tendens om rationaliteit te beklemtonen, om het informed consent-proces op een 'enge' wijze op te vatten. De ruime waaier aan informatiestandaarden geeft op zich al aan dat er binnen deze tendens tot een 'enge' interpretatie van de informed consent-vereiste nog grote verschillen bestaan.

§3 De verschillende informatiestandaarden

A DE 'PROFESSIONAL PRACTICE STANDARD'

265 Binnen de 'US case law' vormt de '*Professional Practice Standard*' de dominante standaard. De gangbare praktijken binnen een professionele (*in casu* de medische) gemeenschap bepalen er de criteria voor de onthullingsverplichting. Kennis van de gangbare praktijken wordt er door getuigenissen van experts uit de desbetreffende gemeenschap verkregen. Deze getuigenissen bepalen dan wat de huidige professionele verplichting binnen die gemeenschap inhoudt en bijgevolg wat als professionele onachtzaamheid, als 'negligence' kan worden gekwalificeerd. Deze standaard is echter niet vrij van kritiek.³⁷⁷

Vooreerst is het empirisch zeer de vraag of er wel een dergelijke standaard binnen de medische gemeenschap bestaat en welke mate aan consensus er hierbij wordt vereist. Vraag is ook of een dergelijke standaard wel opportuun is, aangezien dit eerder behoudend dan vernieuwend werkt. Het derde en laatste punt van kritiek betreft de vooronderstelling die aan de basis van deze standaard ligt, namelijk dat artsen voldoende expertise hebben om te weten welke informatie in het beste belang van hun patiënten is. Sommige rechtbanken erkennen dit en stellen dat beslissingen voor of tegen medische zorg niet-medische beslissingen zijn en dus alleen de patiënt toekomen.³⁷⁸

266 Faden en Beauchamp stellen dat het deze vooronderstelling aan betrouwbare empirische gegevens ontbreekt.³⁷⁹ Dit is nog een vriendelijke kwalificatie, het gaat hier immers om een *paternalistische* vooronderstelling die perfect in de traditie past van "enkel de dokter weet wat het beste voor de patiënt is".

³⁷⁷ R. FADEN en T. BEAUCHAMP, *o.c.*, 30-31. Vgl. I.C.M. PATERSON, "Consent forms are unhelpful", *B.M.J.* 1995, vol. 310, 936 voor een commentaar op de Britse situatie.

³⁷⁸ Zie de verwijzingen door Faden en Beauchamp in voetnoot 21. R. FADEN en T. BEAUCHAMP, *o.c.*, 31.

³⁷⁹ *Ibid.*

Ook Faden en Beauchamp erkennen dit, zij het impliciet, wanneer zij deze standaard tegenwerpen dat die de individuele autonomie ondermijnt.³⁸⁰ Deze standaard is daarenboven niet bevorderlijk om het vertrouwen in de objectiverende geneeskunde te bewaren.

Nochtans weigeren vele rechtbanken om deze standaard voor de tweede onthullingsstandaard in te ruilen. Vraag is wat hen hiertoe beweegt? Met andere woorden, *zijn de besluiten uit het vorige hoofdstuk wel volledig, dan wel correct?*

B DE 'REASONABLE PERSON STANDARD'

267 Deze '*Reasonable Person Standard*' vormt de tweede meest gehanteerde onthullingsstandaard.

Deze standaard hanteert een volledig verschillend perspectief, namelijk dat van de patiënt.

Expertgetuigenissen om te bepalen in welke mate de 'redelijke' persoon informatie behoeft, zijn hierdoor niet vereist. De jury toetst echter wel nog het waarheidsgehalte van de getuigenis door de patiënt.³⁸¹

268 Het hoeft dan ook niet te verbazen dat de medische gemeenschap deze standaard sterk heeft bekritiseerd. Het Amerikaanse juridische systeem bepaalt (nog niet) in welke mate deze redelijke persoon subjectief volgens de individuele patiënt moet worden ingevuld. Hierover bestaat er een ruime waaier aan interpretaties. Bijgevolg ervaren artsen deze standaard als *onvoldoende specifiek en voorspelbaar*.³⁸²

Met steun van de wetgever uit de deelstaten werd vaak een verdere rechterlijke toepassing van de '*Reasonable Person Standard*' verhinderd.³⁸³

Deze standaard heeft het potentieel in zich om op het maatschappelijke niveau het vertrouwen in de moderne geneeskunde te kunnen bewaren, zeker wanneer die subjectief wordt geïnterpreteerd. In dit laatste geval heeft ze tevens het potentieel in zich om dit vertrouwen ook op het individuele niveau te kunnen bewerkstelligen.

³⁸⁰ Ibid.

³⁸¹ Deze afwezigheid van expertgetuigenissen is kenmerkend voor 'battery'. Zie R. FADEN en T. BEAUCHAMP, *o.c.*, 30-33.

³⁸² Hoe subjectiever de interpretatie, hoe meer die aan het door Faden en Beauchamp gekoesterde recht van zelfbepaling beantwoordt. R. FADEN en T. BEAUCHAMP, *o.c.*, 33.

³⁸³ R. FADEN en T. BEAUCHAMP, *o.c.*, 32.

C DE 'SUBJECTIVE PERSON STANDARD'

269 De *rechtsleer* ontwikkelde die subjectieve interpretatie van de 'Reasonable Person Standard' zelfs tot een derde onthullingsstandaard, de '*Subjective Person Standard*'. Als zodanig wordt er vereist dat de "arts alle voor die specifieke patiënt relevante informatie meedeelt."³⁸⁴ Bij het nagaan van welke informatie die specifieke patiënt wenst, moet de arts enkel een 'redelijke' inspanning leveren.

270 Deze 'redelijke' inspanning is nog steeds een abstract concept dat zich in een juridische benadering situeert, waarbij de klemtoon op de mee te delen informatie ligt. Met andere woorden ook de meest subjectieve benadering blijft zich in een 'enge' benadering van informed consent en van autonomie situeren, tenzij dit door andere juridische elementen op een substantiële wijze zou worden tegengegaan.

§4 Oorzakelijk verband bij 'negligence'³⁸⁵

A DE 'OBJECTIVE STANDARD OF CAUSATION'

271 Zoals hierboven al werd gesteld, vereist 'negligence' als tweede belangrijke voorwaarde een oorzakelijk verband. Hierbij wordt nagegaan of de patiënt zou hebben ingestemd met de procedure die het letsel heeft teweeggebracht, indien die zou zijn voorgesteld. Afhankelijk van de toegelaten 'bewijsmethode' (standard) kan het resultaat sterk uiteenlopen, opnieuw vormt dit de inzet van een juridische discussie.

Sinds de mijlpaalcasus van *Canterbury v. Spence* bestaat de tendens om hier een '*objective standard of causation*' toe te passen. Deze tendens doet zich zowel in de rechterlijke uitspraken als in de wetgevende initiatieven voor. De gekozen terminologie duidt er op dat deze standaard steunt op "wat een redelijke persoon in die omstandigheden bij een adequate kennisgeving zou hebben besloten". Wederom wordt het rationele concept van 'de redelijke persoon' gehanteerd.

³⁸⁴ "[T]he physician to disclose whatever information is material to the *particular* patient" R. FADEN en T. BEAUCHAMP, o.c., 33.

³⁸⁵ R. FADEN en T. BEAUCHAMP, o.c., 34-35.

B DE 'SUBJECTIVE STANDARD OF CAUSATION'

272 Soms hanteren de rechtbanken een subjectief alternatief, de '*subjective standard of causation*'.

De rechter moeten hierbij bepalen of *die specifieke patiënt* daartoe zou hebben ingestemd. Net zoals bij de 'subjective disclosure standard' toetst de jury het waarheidsgehalte van de getuigenis door de patiënt.

273 Zowel vanuit het perspectief van een 'ruime' autonomie en vanuit het doel om het vertrouwen in de geneeskunde te bewaren, is deze standaard het meest geschikt om dit te bewerkstelligen. De werkelijkheid is echter anders. In de meeste gevallen waarbij deze standaard werd gehanteerd, gebeurde dit in samenloop met het gebruik van de 'professional practice standard of disclosure'. Deze samenloop neutraliseert dan ook haar potentiële effecten. Slechts af en toe werd de 'subjective standard of causation' in samenloop met de 'reasonable person standard' gehanteerd.

Deze laatste praktijk ontlokte dezelfde kritische reactie als de 'subjective disclosure standard', namelijk dat dit de artsen aan de willekeur van de patiënt zou overleveren. Meer bepaald van die patiënten die na het ondergaan van een geneeskundige procedure, met een 'niet optimaal' resultaat opgezadeld zitten. Artsen vrezen dat de 'subjective disclosure standard' dergelijke patiënten te veel mogelijkheden geeft om hun ongenoegen op hun arts uit te werken.³⁸⁶ Dit vormt de drijfveer om in *Canterbury v. Spence* de 'objective standard of causation' aan te nemen. Met andere woorden, de arts moet tegen dergelijke risico's worden beschermd.

§5 Besluit

A EEN RATIONELE INVALSHOEK

274 Deze analyse toont twee zaken aan. Ten eerste, als gevolg van de klemtoon op de te onthullen informatie en het daaraan gekoppelde oorzakelijk verband met de geleden schade blijft de informed consent-vereiste als een tort-law-techniek een rationele benadering. Nochtans bestaat er binnen deze rationele benadering nog de mogelijkheid om een faire mate aan subjectiviteit in te voeren.

Dit laatste kan echter enkel worden bekomen, wanneer al de verschillende juridische elementen op dezelfde

³⁸⁶ We leven nu eenmaal in een maatschappij waarin we ernaar streven om al het onzekere te beheersen, we hebben dan ook een cultuur die niet bepaald vergevingsgezind is. Een ongewenste medische uitkomst is dan ook al vlug een medische vergissing en we aanvaarden niet dat er vergissingen gebeuren. Zie randnummers 81-83.

wijze worden gehanteerd. Wanneer deze verschillende onderling met elkaar verbonden elementen niet allemaal op een subjectieve wijze inhoud verkrijgen, wordt een subjectieve uitkomst grotendeels ondermijnd. Dit is gedeeltelijk het gevolg van de specifieke techniciteit van een casuïstische benadering. Desalniettemin slaagden de rechtbanken er soms toch in om dit te verwezenlijken. Latere wetten hebben deze rechterlijke tendensen echter doelbewust ongedaan gemaakt. Dit gegeven leidt tot de tweede vaststelling.

B HET VERTROUWEN VAN DE PATIËNT, MAAR OOK DAT VAN DE ARTS

275 De 'tort law' techniek van de informed consent-vereiste kan zowel ter bescherming van de arts, als van de patiënt worden gemodelleerd. Dit gegeven kan niet adequaat worden verklaard door dit voor te stellen als een zogenaamde strijd tussen de ethische beginselen van een ('ruime') autonomie en 'weldoen'. De in dit rapport aangetoonde dynamiek om door middel van een informed consent(vereiste) het vertrouwen in de moderne geneeskunde te bewaren kan dit gegeven echter wel adequaat verklaren. Zoals reeds werd gesteld, is het bewaren van het vertrouwen in de moderne geneeskunde belangrijk omdat onze maatschappij de successen die deze geneeskunde met zich meebrengt uitermate waardeert. De maatschappij beoogt dan ook om deze successen voort te zetten.³⁸⁷

276 Deze maatschappelijke doelstelling kan echter op twee verschillende wijzen worden tenietgedaan en de informed-consent techniek moet beide bedreigingen opvangen. De eerste en meest zichtbare bedreiging is dat mensen of de gemeenschap het vertrouwen in de moderne geneeskunde zouden verliezen. Het tweede, maar even belangrijke gevaar is het feit dat ook artsen zich niet langer veilig zouden voelen omtrent de risico's die inherent verbonden zijn aan het beoefenen van de moderne geneeskunde. Met andere woorden, het gevaar dat artsen de reactie van hun patiënt bij een eventueel minder gunstig resultaat niet meer zouden vertrouwen. Een reactie die hen wel eens volledig zou kunnen objectiveren tot een 'financiële goudmijn'...³⁸⁸ Dit vergt van het gerecht, maar vooral van de wetgever, een delicate evenwichtsoefening. Een 'enge' rationale, objectieve benadering van de elementen uit de wettelijke informed consent-vereiste op zich is op geen enkele wijze in staat om te bewerkstelligen dat elk individu zijn 'medische tegenhanger' zou kunnen vertrouwen. Er bestaat echter wel een faire kans dat de gemeenschap dit vertrouwen blijft behouden, tenzij er teveel individuele tegenaanduidingen zouden zijn.

³⁸⁷ Zie randnummer 169 en 252.

³⁸⁸ Zie randnummer 144 dat besluit met de vaststelling dat: "informed consent in werkelijkheid ook als een techniek kan dienen om artsen tegen een zekere verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid af te schermen."

AFDELING 3

DE INFORMED CONSENT-VEREISTE IN DE CONVENTIE

MENSENRECHTEN EN BIOGENEESKUNDE VAN DE RAAD VAN EUROPA³⁸⁹

277 In Europa werd de opkomst van de patiëntenrechten door een resem rapporten, verklaringen en gedragscodes gestimuleerd.³⁹⁰ Op Europees niveau verleende de Raad van Europa de patiëntenrechten in 1996 een juridische basis, namelijk de Conventie Mensenrechten en Biogeneeskunde.³⁹¹

Mensenrechten vereisen dat, en toetsen of, juridische bepalingen een zeker ethisch en humaan niveau behalen.³⁹²

Zo opgevat, functioneren mensenrechten als de juridische minimum ethiek voor de formele eisen die de 'enge' ethiek stelt. Toegepast op de Biomedische Conventie, betekent dit dat deze Conventie poogt om deze formeel-ethische beginselen met betrekking tot de biogeneeskunde in een juridisch kader te implementeren.

Ondanks haar titel handelt de Biomedische Conventie echter niet uitsluitend over mensenrechten.³⁹³

³⁸⁹ Voor een grondige rechtsvergelijkende analyse zie het doctoraal proefschrift van C. TROUET, *Juridische regeling van het nader gebruik van lichaamsmateriaal*, waarvan een commerciële uitgave eind 2002 bij Intersentia, Antwerpen zal verschijnen.

³⁹⁰ De meest belangrijke hieronder is de Verklaring van de Wereldgezondheidsorganisatie met betrekking tot de promotie van de patiëntenrechten in Europa van 1994.

³⁹¹ Raad van Europa November 1996, Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with Regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine (verkort geciteerd Biomedische Conventie), *DIR/JUR* (96) 14, 10. Er bestaat nog geen officiële Nederlandstalige versie van de Conventie, om die reden wordt uit de officiële Engelstalige versie geciteerd. Duitsland, België en Polen onthielden zich bij de stemming in het Comité van ministers waarbij de Conventie werd aangenomen. Duitsland, België en Ierland onthielden bij de stemming in het Comité van ministers waarbij de toestemming tot de publicatie van het verklarend rapport werd verleend. Zie voetnoot 3 Council of Europe November 1996, Explanatory Report to the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with Regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine (verkort geciteerd Toelichtend Rapport). Artikel 33 bepaalt dat ook de Europese Gemeenschap deze Conventie kan tekenen en ratificeren.

De subtitel van het 1994 ontwerpvoorstel was "Bio-ethische Conventie". Om alle twijfel te vermijden werd deze formulering uiteindelijk niet weerhouden. Zie C. TROUET, "Vergelijkende analyse van de artikelen van de ontwerpteksten (1994-1996) en van de verdragstekst." (verkort geciteerd "Vergelijkende analyse"), in H. NYS (ed.), *De Conventie Mensenrechten en Biogeneeskunde van de Raad van Europa, Inhoud en gevolgen voor patiënten en hulpverleners*, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, 1998, 70.

De website van de Raad van Europa hanteert nog steeds "Convention on Bioethics" als zoekterm. Zie <http://conventions.coe.int>

De Raad van Europa en de voorgangers van de Europese Gemeenschap delen een gemeenschappelijke ontstaansfilosofie. Opdat het naoorlogse Europa van vrede en stabiliteit zou kunnen genieten, dienen beide structuren een grotere eenheid tussen de lidstaten te bewerkstelligen. De toenmalige Europese Gemeenschappen en hun opvolger, de Europese Gemeenschap, beogen dit door middel van het promoten van de economische integratie. De Raad van Europa beoogt dit door middel van het verankeren van het beginsel van een democratische rechtsstaat. Haar belangrijkste instrument hiertoe is de formulering en de implementatie van mensenrechten en fundamentele vrijheden. Paragraaf 8 uit de Preambule van de Biomedische Conventie herinnert ons aan deze doelstelling. Zie J.H.W. KITS NIEUWENKAMP, "Totstandkoming en opzet", in H. NYS (ed.), *De Conventie Mensenrechten en Biogeneeskunde van de Raad van Europa, Inhoud en gevolgen voor patiënten en hulpverleners*, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, 1998, 19.

³⁹² Gedurende de laatste twee eeuwen is het aantal mensenrechten steeds maar toegenomen. Het lijkt er op dat ze in onze huidige Westerse maatschappij het belangrijkste element van ons ethisch patrimonium uitmaken, dat zij tegenwoordig het geweten van de wet en de politiek vormen. F. VAN NESTE, "Le droit et 'le patrimoine moral' de l'humanité" (verkort geciteerd "Le droit"), in F. VAN NESTE, *Ter wille van mensen*, Antwerpen, Maklu, 1997, 64-66.

³⁹³ Om die reden hanteert dit rapport de neutrale afkorting 'Biomedische Conventie'.

§1 Algemene beschrijving van de Biomedische Conventie

A DOELSTELLINGEN EN WERKWIJZE

278 De opstellers van de Biomedische Conventie beogen het voorkomen van bio-ethische paradisijsen en dit op zijn minst in Europa. Hiermee worden de landen van het voormalige Oostblok geïdiseerd.³⁹⁴ Na de val van de Muur werden die landen immers als politiek en economisch kwetsbaar beschouwd. Zonder een adequaat verdragsrechtelijk kader waarin de noodzakelijke juridische beginselen worden geharmoniseerd, zouden zij wel eens voor de grote macht van de biomedische sector kunnen bezwijken.³⁹⁵

De in de Conventie opgenomen normen, zijn *slechts minimumstandaarden*. Artikel 27 erkent dat elke lidstaat het recht heeft om het menselijk wezen en de mensenrechten met betrekking tot toepassing van de biologie en de geneeskunde bijkomend te beschermen.³⁹⁶ Mede hiertoe roept de Conventie op tot een ruimer publiek debat (art. 28).

279 Deze beginselen worden *hoofdzakelijk* in de vorm van mensenrechten verwoord. Hoofdzakelijk, want de Biomedische Conventie beoogt niet alleen *het individu*, maar ook *de maatschappij en de menselijke soort* tegen misbruik door de biologie of de geneeskunde te beschermen. De bescherming van het individu is echter wel prioritair.³⁹⁷

De Biomedische Conventie vormt daartoe een kader van basisbeginselen, die door latere protocollen zullen (moeten) worden verbijzonderd.³⁹⁸ Deze basisprincipes bestaan uit *de waardigheid en de identiteit van alle menselijke wezens en uit de integriteit van iedereen*.³⁹⁹ Een uitzondering op deze kaderaanpak vormt bijvoorbeeld de informed consent-vereiste dat reeds sterk gedetailleerd wordt uitgewerkt.

³⁹⁴ Zie J.H.W. KITS NIEUWENKAMP, *l.c.*, 23.

³⁹⁵ H. NYS, "Doelstellingen, inleidende beginselen en mogelijke beperkingen" (verkort geciteerd "Doelstellingen"), in H. NYS (ed.), *De Conventie Mensenrechten en Biogeneeskunde van de Raad van Europa, Inhoud en gevolgen voor patiënten en hulpverleners*, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, 1998, 46.

³⁹⁶ Toelichtend Rapport n° 161-162.

³⁹⁷ "[I]n this particular field, to a greater extent than in many others, the individual must also be considered to constitute part of a social corpus sharing a number of ethical principles and governed by legal standards. [] Nevertheless, the interests at stake are not equal; as indicated in Article 2, they are graded to reflect the priority in principle attached to the interests of the individual as opposed to those of science or society solely. [] It is only in very precise situations, and subject to the respect of strict conditions that the general interests, as it is defined in Article 26, would take priority." Toelichtend Rapport n° 14.

³⁹⁸ J.H.W. KITS NIEUWENKAMP, *l.c.*, 27.

Het eerste protocol werd in 1998 getekend en verbiedt het reproductief klonen. Er bestaat ook een ontwerpprotocol met betrekking tot orgaantransplantatie en er bestaat ook al een ontwerptekst met betrekking tot wetenschappelijk onderzoek.

Zie C. TROUET, "Recente ontwikkelingen van Medisch recht, Statuut van het menselijk lichaam." (verkort geciteerd "Recente ontwikkelingen"), in X. (ed.), *Verslagboek 7^e VRG-Alumnidag, Recht in beweging*, Leuven, VRG-Alumni, 2000, 92.

³⁹⁹ Art. 1; J.H.W. KITS NIEUWENKAMP, *l.c.*, 25.

Deze gedetailleerde uitwerking van de informed consent-vereiste betekent echter niet dat deze vereiste op een globale manier werd benaderd. De Biomedische Conventie pakt onderwerpen zoals informed consent, het statuut van het menselijk lichaam, van het menselijk lichaamsmateriaal en van het menselijk genoom slechts onrechtstreeks aan. Deze Conventie benadert al deze onderwerpen vanuit verschillende, heel specifieke invalshoeken, zoals wetenschappelijk onderzoek, transplantatie en nader gebruik.⁴⁰⁰

B DE RELATIE TUSSEN DE BIOMEDISCHE CONVENTIE EN HET EUROPEES VERDRAG TOT BESCHERMING VAN DE RECHTEN VAN DE MENS EN DE FUNDAMENTELE VRIJHEDEN

280 Er bestaat een rechtstreekse band tussen de mensenrechten zoals die in de Biomedische Conventie en in het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden⁴⁰¹ worden geformuleerd.⁴⁰² Deze band bestaat uit een gezamenlijke onderliggende benadering en uit, sommige gemeenschappelijke ethische beginselen en juridische concepten. De Biomedische Conventie verbijzondert bepaalde beginselen uit het EVRM met betrekking tot de recent sterk ontwikkelde biomedische wetenschappen.⁴⁰³

Meer in het bijzonder ontwikkelt de Biomedische Conventie het basisrecht op fysieke integriteit dat uit de artikelen 2 tot en met 5 en 8 van het EVRM kan worden afgeleid. Dit basisrecht wordt nu expliciet in de Biomedische Conventie erkend.⁴⁰⁴

281 Ondanks deze rechtstreekse band bestaan er ook nog verschillen tussen beide verdragen.⁴⁰⁵ Zo beoogt de Biomedische Conventie niet enkel de bescherming van individuele rechten en vrijheden, maar beoogt het ook de bescherming van de menselijke waardigheid en de identiteit van alle menselijke

⁴⁰⁰ N. HAUTENNE, "L'applications des techniques génétiques à la médecine contemporaine au regard de la Convention de biomédecine", *T. Gez.* 1999-2000, 89; C. TROUET, "Recente ontwikkelingen", 92.

⁴⁰¹ Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (verkort geciteerd EVRM), Rome 4 november 1950, *B.S.*, 19 augustus 1955, *err. B.S.*, 19 juni 1961.

⁴⁰² J.H.W. KITS NIEUWENKAMP, *l.c.*, 24.

⁴⁰³ Toelichtend Rapport n° 9-10; J.H.W. KITS NIEUWENKAMP, *l.c.*, 24.

⁴⁰⁴ F. VAN NESTE, "Relatie tot mensenrechten en het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (EVRM) (verkort geciteerd "Relatie")", in H. NYS (ed.), *De Conventie Mensenrechten en Biogeneeskunde van de Raad van Europa, Inhoud en gevolgen voor patiënten en hulpverleners*, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, 1998, 37.

⁴⁰⁵ H. NYS, "Doelstellingen", 53.

wezens (art. 1). Dit concept van de menselijke waardigheid⁴⁰⁶ komt in het EVRM gewoonweg niet voor.⁴⁰⁷ Daarenboven bevat de Biomedische Conventie sommige bepalingen die geen mensenrechten toekennen, maar die wel een algemeen gebod of verbod inhouden.⁴⁰⁸

C MOGELIJKE BEPERKINGEN VAN DE BEPALINGEN VAN DE BIOMEDISCHE CONVENTIE

1 Beschrijving

282 De Biomedische Conventie deelt haar bepalingen in twee categorieën in. De uitoefening van de eerste categorie kan niet worden beperkt (art. 26 § 2), deze categorie verbiedt onder meer winst oogmerk met menselijk lichaamsmateriaal in een biomedische context.⁴⁰⁹

283 De toepassing van tweede categorie bepalingen (met onder meer de informed consent-vereiste) kan dan weer wel worden beperkt. Dit kan slechts in de mate dat dit wettelijk is voorgeschreven én dat dit in een democratische maatschappij noodzakelijk is om de openbare veiligheid, de volksgezondheid of de rechten en vrijheden van anderen te beschermen, of voor het voorkomen van misdrijven (art. 26 §1). Het Toelichtend Rapport vereist bijkomend dat deze beperkingen noodzakelijk en proportioneel zouden zijn en enkel in subsidiaire volgorde zouden worden gehanteerd. De beoordeling van deze voorwaarden gebeurt aan de hand van de sociale en culturele voorwaarden die aan elke lidstaat eigen zijn.⁴¹⁰

284 Als gevolg van deze beperkende opsomming kunnen andere overwegingen niet als grond dienen om aan de verplichtingen van de Biomedische Conventie te ontsnappen (beperking van de verdragsrechtelijke exceptiegrond). Bijvoorbeeld, door die verplichtingen in te perken. Zo komen de bescherming van de economische gezondheid van een land (octrooirecht?), de 'openbare orde of zeden' (public order or morals) en de nationale veiligheid niet in deze beperkende opsomming voor.⁴¹¹

⁴⁰⁶ Voor een mogelijke omschrijving van de menselijke waardigheid zie F. VAN NESTE, "Relatie", 41.

⁴⁰⁷ F. VAN NESTE, "Relatie", 40.

⁴⁰⁸ Bijvoorbeeld art. 13 (ingrepen in het genoom) en art. 14 (geen geslachtskeuze).

⁴⁰⁹ De opstellers hadden oorspronkelijk geen categorie van niet-beperkbare bepalingen op het oog. Dit standpunt werd echter sterk bekritiseerd en als gevolg hiervan kunnen de lidstaten zich voor sommige bepalingen op geen enkele verdragsexceptie beroepen om de toepassing er van te beperken. C. TROUET, "Vergelijkende analyse", 100.

⁴¹⁰ Toelichtend Rapport n° 159.

⁴¹¹ Toelichtend Rapport n° 156. Zie ook pagina 298-299 in verband met de openbare orde en de goede zeden als verdragsexceptie.

2 Voorlopige commentaar

285 De categorie van de niet beperkbare bepalingen is misschien niet zo absoluut als ze op het eerste zicht wel lijkt te zijn. Alles hangt af van de eventuele nuances in het desbetreffende artikel en in het Toelichtend Rapport. Deze opmerking geldt ook voor de bepalingen die wel binnen bepaalde strikte grenzen kunnen worden beperkt.

Daarnaast hangt alles af van de wijze waarop de lidstaten voor het niet (correct) naleven van deze Conventie kunnen worden gesanctioneerd. Dit laatste blijkt echter de *Achillespees* van deze Conventie te zijn.

D SANCTIONERING VAN DE INBREUKEN OP DE BEPALINGEN VAN DE BIOMEDISCHE CONVENTIE

286 De Biomedische Conventie bevat, in tegenstelling tot het EVRM, *geen juridisch afdwingingsmechanisme*. Noch het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), noch enige andere instelling, is bevoegd om op de correcte naleving van deze bepalingen door de lidstaten toe te zien.⁴¹²

Enkel wanneer het schenden van bepalingen uit de Biomedische Conventie, tegelijk ook een schending van een van de rechten uit het EVRM uitmaakt, kan een individu zich tot het EHRM wenden.⁴¹³ Voor het overige kan een lidstaat zonder risico op sancties deze verdragsverplichtingen naast zich neerleggen. Een lidstaat die zich niet conformeert, loopt enkel het risico van morele druk vanwege haar (sterkere) 'pairs'.

287 Bijgevolg hangt het individu grotendeels van de bereidheid van zijn lidstaat af om in het eigen nationale recht de nodige sanctiemechanismen in te voeren. De Conventie schrijft daarbij voor dat die sanctiemechanismen meer dan louter symbolisch moeten zijn, zonder dit zelf te kunnen afdwingen... Opdat het nationale recht meer dan een loutere lippen dienst aan deze bepalingen zou bewijzen, moet het de aangegeven minimumnormen *op een gepaste en proportionele wijze* beschermen (art. 23). Aangezien het gevolg van een onwettige schending van een dergelijke norm vaak onherroepelijk kan zijn, vereist 'gepast' een *heel vlugge reactie* om de overtreding te beëindigen, *zo mogelijk preventief*.⁴¹⁴

⁴¹² Voor een beschrijving van de kritiek hierop, zie H. NYS, "Doelstellingen", 61.

⁴¹³ Toelichtend Rapport n° 165.

Lidstaten of het 'Steering Committee on Bioethics' (mits een tweederde meerderheid van de uitgebrachte stemmen) kunnen het EHRM wel om *advies* vragen. Het gevraagde advies moet verband houden met wettelijke vragen omtrent de interpretatie van de Biomedische Conventie en mag niet rechtstreeks verwijzen naar voor nationale rechterlijke instanties aanhangige zaken. Art. 29 en Toelichtend Rapport n° 164; zie C. TROUET, "Vergelijkende analyse", 102.

⁴¹⁴ Toelichtend Rapport n° 139-142.

'Proportioneel' betekent dan weer dat er bij het ontwerpen van de sanctiemechanismen, aandacht moet worden geschonken aan de inhoud en het belang van de te beschermen bepaling en met de zwaarte van de schending en met haar mogelijke gevolgen voor het individu en de maatschappij.⁴¹⁵ Dit houdt onder meer in dat de vergoeding van het slachtoffer fair moet zijn (art. 24). Hierbij dient *rekening te worden gehouden met de context van de ongeoorloofde inbreuk en met de ten onrechte geleden schade*.⁴¹⁶

E HET VAN KRACHT WORDEN EN DE POTENTIËLE INTERNATIONALE BETEKENIS VAN DE BIOMEDISCHE CONVENTIE

288 De Conventie werd op 1 december 1999 van kracht en totnogtoe werd ze al in acht lidstaten van kracht.⁴¹⁷ De Biomedische Conventie werd ontworpen om uiteindelijk het kader van de lidstaten van de Raad van Europa te overstijgen. Eventueel zou het een universele conventie kunnen worden.⁴¹⁸

289 België heeft de Conventie nog steeds niet ondertekend, laat staan geratificeerd. Dit rapport gaat niet in op de reden waarom België deze Conventie (nog) niet heeft ondertekend. In ieder geval is België lang niet het enige West-Europese land die deze Conventie nog niet heeft geratificeerd.⁴¹⁹

Totnogtoe zijn het vooral de Centraal- en Oost-Europese landen die in veel grotere mate dan de West-Europese landen tot de ratificatie van deze Conventie zijn overgegaan. Dit is een vreemde vaststelling omdat deze Conventie juist bedoeld was om het ontstaan van bio-ethische paradijzen in de zogenaamd kwetsbare landen van het voormalige Oostblok, tegen te gaan.⁴²⁰

⁴¹⁵ Toelichtend Rapport n° 147.

⁴¹⁶ Toelichtend Rapport n° 143-146.

⁴¹⁷ Deze gegevens werden tot op datum van 10 juni 2001 bijgehouden.

letwat vereenvoudigd weergegeven: drie maanden nadat vijf staten zich door de Conventie verbonden verklaarden, werd de Conventie van kracht (art. 33, lid 3). De eerste vijf ratificerende staten zijn, in alfabetische volgorde, Denemarken, Griekenland, San Marino, Slowakije en Slovenië. Nadien ratificeerden nog, in alfabetische volgorde, Georgië, Roemenië en Spanje.

Voor het van kracht worden van latere ratificaties zie art. 33, lid 4.

⁴¹⁸ H. NYS, "Doelstellingen", 48.

Behalve de Europese Gemeenschap kunnen niet-lidstaten die aan het ontwerp van de Conventie hebben deelgenomen, de Conventie ondertekenen en ratificeren op basis van art. 33. Dit zijn Australië, Canada, Japan, de Heilige Stoel en de Verenigde Staten van Amerika. Daarnaast kunnen de overige niet-lidstaten na de inwerkingtreding van de Conventie uitgenodigd worden om er toe te treden (art. 34).

⁴¹⁹ Zie voetnoot 417.

⁴²⁰ Zie randnummer 278.

De opvallende afwezigheid van de meeste West-Europese landen bij het huidige ratificatieproces wekt de indruk dat het gevaar op bio-ethische paradijzen zich eerder zou kunnen situeren in die landen die reeds over een sterke biomedische sector beschikken. In die optiek vormt het ontbreken van een verdragsrechtelijk sanctiemechanisme een grote zwakte, want de moreel-politieke druk van de 'pairs' uit Centraal en Oost-Europa weegt lang niet zo zwaar als die van de economische zwaargewichten 'Duitsland', 'Frankrijk' en 'Groot-Brittannië'.

§2 Beschrijving van de informed consent-vereiste(n)

A DE ALGEMENE INFORMED CONSENT-VEREISTE

1 Beschrijving

290 Hoofdstuk 2 en 3 van de Biomedische Conventie, beslaan de patiëntenrechten *sensu stricto*.

Hoofdstuk 2 omvat het informed consent-beginsel, terwijl Hoofdstuk 3 handelt over het recht op privé leven⁴²¹ en over het recht om geïnformeerd of om juist niet geïnformeerd te worden⁴²².

In deze bepalingen weerklinkt duidelijk de opvatting dat patiënten in hun relatie met professionelen uit de gezondheidszorg autonoom (moeten kunnen) zijn. Concreet moeten paternalistische benaderingen die de wens van de patiënt zouden negeren, worden tegengaan.⁴²³ Artikel 5 vereist in het algemeen een informed consent voor interventies (tussenkomen) in de sfeer van de gezondheidszorg:

"An intervention in the health field may only be carried out after the person concerned has given free and informed consent to it.

This person shall beforehand be given appropriate information as to the purpose and nature of the intervention as well as on its consequences and risks.

The person concerned may freely withdraw consent at any time."

Interventie moet zo ruim mogelijk worden geïnterpreteerd. Dit is dus elke medische tussenkomst, in het bijzonder tussenkomsten voor preventieve zorg, diagnose, behandeling, revalidatie of onderzoek.⁴²⁴ Het vereisen van een informed consent omvat zowel een informatie-, als een toestemmingsaspect.

⁴²¹ Art. 10 § 1; J.H.W. KITS NIEUWENKAMP, *l.c.*, 26.

⁴²² Art. 10 § 2-3; Toelichtend Rapport n° 65.

⁴²³ Toelichtend Rapport n° 34.

⁴²⁴ *Ibid.*

291 Een geldige informed consent moet geïnformeerd zijn. De te verstrekken informatie is alle *relevante informatie*. Deze relevante informatie dient door de professionele verantwoordelijke te worden verstrekt.⁴²⁵ Het bijvoeglijk naamwoord "relevant" duidt op objectieve informatie omtrent het doel, de aard en de potentiële gevolgen of risico's van de overwogen tussenkomst of van haar mogelijke alternatieven. De te informeren risico's omvatten ook de risico's die specifiek voor de desbetreffende patiënt kunnen gelden. Naargelang de omstandigheden kunnen dit bijkomende elementen zijn. Kortom (vanuit de medische optiek, rekening houdend met de specificiteit van de patiënt) relevante informatie wijst op alle relevante feiten voor elke *specifieke* patiënt.⁴²⁶ Daarenboven moet deze informatie met betrekking tot de persoon die de tussenkomst zou ondergaan, voldoende duidelijk en gepast worden verwoord. Dit vergt een dusdanig verstaanbare terminologie dat die patiënt in staat is om een eerder globale *afweging* te maken. Deze afweging omvat zeker de mate waarin het streefdoel en de methoden van de tussenkomst noodzakelijk of zinvol zijn, gezien de mogelijke risico's, ongemakken en pijn die de tussenkomst zou kunnen veroorzaken.⁴²⁷

292 Een geldige informed consent moet ook vrij zijn. Vrij betekent het verstrekken van de informatie *zonder* ook maar enige *druk*, vanwege wie dan ook. De gegeven toestemming, mag op elk ogenblik terug worden ingetrokken. De beslissing van de persoon in kwestie moet worden gerespecteerd en wel *van zodra* die volledig werd geïnformeerd omtrent alle gevolgen.⁴²⁸ Daarnaast heeft die persoon het recht om juist niet geïnformeerd te willen worden. In een dergelijke situatie ontslaat dit de verantwoordelijke niet van de plicht om de toestemming van de patiënt voor de voorgestelde tussenkomst te bekomen. Met andere woorden, het verzaken aan het recht om geïnformeerd te worden, kan niet worden gelijkgesteld met het verzaken aan het recht om zijn toestemming te verlenen. De klassieke informed consent-vereiste, wordt enkel tot een (niet-geïnformeerde) consent-vereiste herleid.⁴²⁹

⁴²⁵ Toelichtend Rapport n° 35.

⁴²⁶ Ibid.

⁴²⁷ Toelichtend Rapport n° 36.

⁴²⁸ Toelichtend Rapport n° 38.

⁴²⁹ Art. 10; Toelichtend Rapport n° 40.

293 De vereiste informed consent kan diverse verschijningsvormen aannemen. Zij kan zowel uitdrukkelijk, als impliciet (stilzwijgend) gebeuren. Het Toelichtend Rapport stelt dat het ongepast zou zijn om voor heel wat routineuze medische handelingen een uitdrukkelijke toestemming te vereisen. Zolang dat de betroffene persoon *voldoende geïnformeerd* wordt, kan die toestemming vaak impliciet worden verleend. Concreet komt dit op een geïnformeerde geen-bezwaar-regeling (presumed consent) neer.⁴³⁰ Een uitdrukkelijke toestemming kan dan nog mondeling of schriftelijk worden gegeven. Hierover spreekt artikel 5 zich niet uit. Deze bepaling behandelt immers enkel de algemene informed consent-vereiste en dit omvat een ruime waaier aan mogelijke situaties. Afhankelijk van de capaciteit van de persoon tot het nemen van een autonome informed consent-beslissing, of afhankelijk van de aard van de tussenkomst zal de overwogen tussenkomst al dan niet aan bijzondere informed consent-verplichtingen inzake procedure of verschijningsvorm moeten voldoen.

2 Analyse

294 De autonomiegedachte, die aan deze algemene informed consent-vereiste ten grondslag ligt, kan niet tot ofwel een zuiver 'eng' of tot een zuiver 'ruim' autonomieconcept worden teruggevoerd. Van beide opvattingen zijn er aspecten in terug te vinden. Dit blijkt uit de wijze waarop de informed- en de consent-gedachte werden verwoord.

295 De klemtoon die er op het informatieluik ligt, wijst in de richting van een 'eng' of rationeel autonomieconcept. Zo moet vanuit een medisch oogpunt alle objectieve informatie worden verstrekt. Tevens gaat het om voor die concrete patiënt relevante informatie.

Dit rationeel autonomieconcept is echter geen ideëel concept. De te verstrekken informatie moet immers op een zodanige wijze worden megedeeld dat die concrete patiënt ze kan verstaan en afwegen. In deze formulering weerklinkt Gillons "adequate autonomie"⁴³¹, of Faden en Beauchamps "vergelijkbare capaciteit tot beslissen."⁴³²

Daarnaast bevat de informed-gedachte ook elementen van een 'ruim' autonomieconcept, zoals de gedachte dat de patiënt niet alleen een zuiver medisch-technische afweging moet maken, maar dat die

⁴³⁰ Toelichtend Rapport n° 37.

⁴³¹ Zie randnummer 91.

⁴³² Zie randnummer 153.

hierbij ook subjectief menselijke aspecten moet kunnen betrekken zoals de mogelijke risico's, ongemakken en pijn. Een dergelijke afweging gebeurt nooit louter rationeel.

296 De Biomedische Conventie vereist voor een geldige toestemming dat die vrij van, ook maar enige, druk zou zijn, maar omwille van de inherente verstrengeling tussen feiten en waarden is dit nooit helemaal te bereiken.

De Conventie vat deze 'enge' toestemming echter wederom niet absoluut op, want ze stelt tevens dat elke persoon op zijn gegeven toestemming moet kunnen terugkomen. Daarmee erkent de Conventie dat een absoluut rationeel 'vrij van' slechts een ideaal is en dat elke toestemming altijd een gedeeltelijk ondoorzichtige toestemming is⁴³³ en dat een individu nooit definitief beslist, maar volgens de sfeer waarin het individu zich dan vooral bevindt, enkel twijfelend beslissingen neemt.⁴³⁴

Ook het recht om niet geïnformeerd te willen worden, gekoppeld aan de verplichting om die persoon wel nog te laten beslissen, toont aan dat de Biomedische Conventie het 'enge' autonomieconcept niet op een absolute wijze opvat. Tevens bevestigt dit recht om niet geïnformeerd te worden, de stelling dat (informed) consent onder andere dient om het vertrouwen in de biomedische sector te bewaren.⁴³⁵

297 Het feit dat de geen-bezwaar-regeling bij routine situaties hetzelfde niveau van informatie vereist, toont dit evenzeer aan. De aanvaardbaarheid van een geen-bezwaar-regeling is het gevolg van een *afweging* tussen enerzijds de *praktische noodzaak* om dit vertrouwen te bewaren en anderzijds de *praktische uitvoerbaarheid* van deze techniek. Deze afweging verklaart waarom er niet voor elke tussenkomst een expliciete of zelfs schriftelijke informed consent kan worden vereist.

⁴³³ Zie randnummer 152.

⁴³⁴ Zie randnummer 113.

⁴³⁵ Zie pagina 94 et seq. 'Een deconstructie van het debat...'

B DE BIJZONDERE INFORMED CONSENT-VEREISTE VOOR BIJZONDERE CATEGORIEËN VAN PERSONEN

1 Beschrijving

298 De Biomedische Conventie verbijzondert de algemene informed consent-vereiste met betrekking tot personen die niet (voldoende) in staat zijn om met betrekking tot de overwogen medische tussenkomst adequaat een autonome handeling te stellen (*in casu* het al dan niet verlenen van een informed consent). Deze algemene noemer groepeert een ruime waaier aan personen, met telkens een verschillend beschermingsregime.

299 De categorie van personen die het dichtst bij de adequaat autonome patiënt aansluit, bestaat uit individuen die niet meer autonoom zijn, maar die ten tijde dat ze dit wel nog waren, hun wensen met betrekking tot een medische interventie kenbaar hadden gemaakt (vooruit gemaakte beslissingen). Dit maakt een adequate autonome beslissing uit. De Biomedische Conventie verplicht dat er met dergelijke autonome beslissingen (wensen) *rekening wordt gehouden* (art. 9). Dit wil niet noodzakelijk zeggen dat ze moeten worden nagevolgd.⁴³⁶

Het criterium om uit te maken of voorheen autonome personen een adequate autonome beslissing hebben genomen, is *de mate van voorzienbaarheid*. Voorzienbaarheid van bijvoorbeeld een voortschrijdende ziekte (zoals seniele dementie)⁴³⁷, of voorzienbaarheid van bepaalde situaties, bijvoorbeeld spoedsituaties⁴³⁸. De vooruit gemaakte beslissing blijkt slechts adequaat en geldig te zijn, in de mate dat de desbetreffende persoon op het ogenblik van zijn of haar beslissing de actuele stand van de medische wetenschap en techniek heeft (kunnen) voorzien.⁴³⁹

⁴³⁶ Zoals de Parlementaire Vergadering had gewenst. Zie C. TROUET, "Vergelijkende analyse", 81.

⁴³⁷ Toelichtend Rapport n° 61.

⁴³⁸ Toelichtend Rapport n° 60.

⁴³⁹ Toelichtend Rapport n° 62.

300 Daarnaast zijn er personen die niet in staat zijn om zelf (volledig) adequaat een informed consent-beslissing te nemen. De Biomedische Conventie vereist dan een *vervangende toestemming* van de wettelijk daartoe voorziene persoon of instantie. In de mate dat die persoon toch over een zekere graad van adequate beslissingsautonomie beschikt en dus zelf ook wel een bepaalde mening heeft (bijvoorbeeld adolescenten) zal er toch met die mening rekening moeten worden gehouden (art. 6).

301 Tenslotte aanvaardt de Biomedische Conventie de ontstentenis van welke toestemming dan ook met betrekking tot een spoedsituatie, waardoor de geëigende informed consent juist niet kan worden verleend. De enige medische tussenkomsten die in een dergelijke situatie onmiddellijk mogen worden verricht, zijn deze die voor de gezondheid van dit specifieke individu onmiddellijk zijn vereist (art. 8).

302 De Biomedische Conventie legt met betrekking tot enkele bijzondere biomedische situaties voor sommige van de hierboven vermelde categorieën van ‘bijzondere personen’ nog bijkomende voorwaarden op.⁴⁴⁰ Dit betreft onder meer de vereiste specifieke verschijningsvorm van de informed consent.⁴⁴¹ Dit is echter een eigenschap die ook wordt vereist bij sommige bijzondere medische interventies op adequaat autonome personen.

2 Analyse

303 Een beleid dat op voorhand gemaakte beslissingen niet zou respecteren, ondermijnt het vertrouwen in een geneeskunde die zo haar eigen logica zou durven opleggen. Een beleid waarbij er wel rekening wordt gehouden met dergelijke op voorhand gemaakte beslissingen, draagt dan ook bij tot het behoud van dit vertrouwen, zij het op voorwaarde dat het dit op een genuanceerde wijze weet te doen. Dit vergt zowel een rationele als een substantiële nuance, nochtans komt enkel de eerste nuance in de teksten van de Biomedische Conventie voor.

Het respecteren van vooruit gemaakte beslissingen botst soms met een absoluut rationeel opgevat autonomiebegrip. Vanuit een dergelijke rationalistische optiek is het niet denkbaar dat iemand op

⁴⁴⁰ Zo moet een vervangende toestemming met bijkomende beschermingsmaatregelen worden omgeven, wanneer er
1) een medische interventie wordt overwogen die gericht is op een persoon met een zware geestesgestoordheid en
2) de voorgenomen medische interventie gericht is op het behandelen van die geestesgestoordheid
3) om de anders voor die patiënt te verwachten ernstige gezondheidsrisico's te voorkomen. Deze bijkomende beschermingsmaatregelen moeten door de wet zijn voorgeschreven en moeten bestaan uit toezichts-, controle- en beroepsprocedures (art. 7).

⁴⁴¹ Art. 17 § 1, lid iv. en v. en art. 20 § 2, lid iv. en v.

voorhand altijd honderd procent nauwkeurig kan inschatten wat zijn medische situatie en de openstaande medische opties zullen zijn. De invloed van deze rationele benadering uit zich in de exceptie van de onvoorziene vooruitgang van de medische wetenschap en techniek.

Vanuit een substantiële optiek geldt er een identieke redenering: niemand kan op voorhand honderd procent zeker voorspellen hoe hij of zij zich emotioneel en moreel in een bepaalde situatie zal gaan voelen. Na een formeel vooruit gemaakte beslissing, kan het zijn dat de patiënt tegengestelde signalen heeft uitgezonden. Nochtans bewaart het Toelichtend Rapport hierover een absoluut stilzwijgen. Dit gebrek aan substantiële nuancering dient dan ook te worden betreurd.

304 Het feit dat er voor personen met een onvoldoende adequaat autonome beslissingscapaciteit zoveel mogelijk medezeggenschap wordt verleend, wijst op het belang om die hun vertrouwen te bewaren. Tevens wijst dit op de invloed van een 'ruim' autonomieconcept, hierdoor kan er immers zoveel mogelijk rekening worden gehouden met de persoonlijke (eventueel niet-rationele) bedenkingen van de persoon in kwestie. Gillons criteria voor het bepalen van wie adequaat (rationeel) autonoom is, geven goed weer waarom iemand slechts in zekere mate in het beslissingsproces mag en moet mee functioneren. Minderjarige adolescenten kunnen bijvoorbeeld reeds over voldoende redeneercapaciteit, kennisbestand, waarnemingsvermogen en rationele wilskracht beschikken. De gemeenschap beschouwt echter in het algemeen dat die voor een dergelijke informed consent-beslissing nog niet over een voldoende adequate *ervaring* van de wereld kunnen beschikken.⁴⁴² Wanneer in de praktijk blijkt dat met betrekking tot de voorgenomen tussenkomst ook deze voorwaarde reeds grotendeels is vervuld, zal die adolescent in werkelijkheid zijn informed consent-beslissing nagenoeg autonoom kunnen nemen.

305 Zoals voorheen al werd gesteld, wijst het feit dat dit de enig toegestane uitzondering is, op het belang van de informed consent-vereiste om het vertrouwen in de biomedische sector te bewaren.⁴⁴³

⁴⁴² Vgl. randnummer 91.

⁴⁴³ Zie randnummers 164-165.

C DE BIJZONDERE INFORMED CONSENT-VEREISTE VOOR BIJZONDERE BIOMEDISCHE SITUATIES

1 Beschrijving

306 Van zodra de voorgenomen tussenkomst een invasief karakter vertoont, kan er een expliciete consent worden vereist. Invasief kan zowel fysisch, als moreel invasief betekenen.

A INDIEN FYSISCH INVASIEF

307 Een expliciete informed consent kan worden vereist wanneer de fysieke integriteit van een persoon wordt bedreigd door handelingen met een invasief karakter. Een dergelijk handeling kan bijvoorbeeld een diagnostisch of een curatief oogmerk hebben.⁴⁴⁴ Deze twee voorbeelden zijn aan geen bijkomende vereisten onderworpen. Voor sommige andere fysisch invasieve handelingen is dit echter wel het geval. Met name de toestemming tot deelname aan een onderzoek⁴⁴⁵, of tot de verwijdering van lichaamsdelen voor transplantatiedoeleinden⁴⁴⁶, die toestemming moet niet alleen uitdrukkelijk, maar ook nog eens *specifiek* worden gegeven. 'Specifiek' houdt in dat de toestemming met betrekking tot *die specifieke tussenkomst* dient te worden verleend.⁴⁴⁷

Die specificiteitsvoorwaarde vereist een zekere bewijsvoering. Voor onderzoeksdoeleinden komt die bewijsvoering neer op het 'documenteren' van de toestemming.⁴⁴⁸ Het verwijderen van een orgaan of weefsel voor transplantatiedoeleinden vergt dan weer dat de toestemming *schriftelijk of voor een officieel orgaan* gebeurt.⁴⁴⁹

⁴⁴⁴ Toelichtend Rapport n° 37.

⁴⁴⁵ Art. 16 (art. 17 voor de 'bijzondere categorieën van personen').

Als bijkomende beschermingsmaatregel vereist § 3 dat een onderzoeksproject door een bevoegd orgaan zou worden goedgekeurd. Dit kan pas na onafhankelijk beoordeling van het onderzoeksproject op haar wetenschappelijke waarde, met inbegrip van het belang van het doel van het onderzoek. Naast haar wetenschappelijke waarde moet het voorgenomen onderzoek op een multidisciplinaire wijze op haar ethische aanvaardbaarheid worden beoordeeld.

⁴⁴⁶ Art. 19, lid 2 (art. 20 voor de 'bijzondere categorieën van personen') en Toelichtend Rapport n° 37.

⁴⁴⁷ Toelichtend Rapport n° 102.

⁴⁴⁸ Art. 16, lid 4-5 en art. 17 lid 4-5 verbijsonderen de bescherming voor de 'bijzondere categorieën van personen'.

⁴⁴⁹ Art. 20, lid 4-5 verbijsondert de bescherming voor de 'bijzondere categorieën van personen'.

B INDIEN MOREEL INVASIEF

308 De enige andere informed consent-situatie die door de Biomedische Conventie wordt verbijzonderd, betreft de situatie waarbij er *al* (op basis van een informed consent) in die *fysische integriteit* werd *binnen gedrongen*, maar waar de *morele integriteit* van die persoon nog steeds moet worden beschermd. Meer in het bijzonder wanneer een verwijderd lichaamsdeel voor andere dan de oorspronkelijke (en in toegestemde) doeleinden waarvoor het werd verwijderd, wordt opgeslagen en gebruikt (nader gebruik).

Hierbij wordt de gedachtegang gemaakt dat zelfs een onooglijk klein lichaamsstaal, nog steeds veel *informatie* kan opleveren. Het Toelichtend Rapport stelt zelfs dat de analyse van een anoniem staal nog informatie over de identiteit zou kunnen opleveren.⁴⁵⁰

Artikel 22 vereist voor dit soort informed consent 'gepaste informatie en toestemmingsprocedures':

"(Disposal of a removed part of the human body) When in the course of an intervention any part of a human body is removed, it may be stored and used for a purpose other than that for which it was removed, only if this is done in conformity with appropriate information and consent procedures."

De Parlementaire Vergadering is er niet in geslaagd om deze 'gepaste informatie en toestemmingsprocedures' in de Conventietekst duidelijker te doen omschrijven.⁴⁵¹ Het Toelichtend Rapport doet dit echter wel. *Flexibiliteit* vormt er het kernbegrip: een uitdrukkelijk en schriftelijk aantoonbare informed consent wordt er niet systematisch vereist.⁴⁵² Naargelang de *wijze van gebruik* van dit lichaamsmateriaal, meer bepaald naargelang er al dan niet *gevoelige informatie* omtrent *identificeerbare individuen* wordt ingewonnen, variëren de vereiste informatie- en toestemmingsschikkingen.

⁴⁵⁰ Toelichtend Rapport n° 135.

Vgl. voor een veel genuanceerder standpunt S. CALLENS, *Goed geregeld? Het gebruik van medische gegevens voor onderzoek, in Medisch Recht*, Antwerpen, Maklu, 1995, 538 p.

⁴⁵¹ C. TROUET, "Vergelijkende analyse", 98.

⁴⁵² "Thus, sometimes, it will not be possible, or very difficult, to find the persons concerned again in order to ask for their consent. In some cases, it will be sufficient for a patient or his or her representative, who have been duly informed (for instance, by means of leaflets handed to the persons concerned at the hospital), not to express their opposition." Toelichtend Rapport n° 137.

Contra Belgisch Raadgevend Comité voor Bio-Ethiek, met als argument dat deze vereiste het retrospectief onderzoek zou kunnen afblokken. BELGISCH RAADGEVEND COMITÉ VOOR BIO-ETHIEK, "Advies nr. 2 betreffende het Verdrag mensenrechten en biogeneeskunde van de Raad van Europa", in H. NYS (ed.), *De Conventie Mensenrechten en Biogeneeskunde van de Raad van Europa, Inhoud en gevolgen voor patiënten en hulpverleners*, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, 1998, 255. Zie ook C. TROUET, "Vergelijkende analyse", 99.

2 Analyse

A INDIEN FYSISCH INVASIEF

309 De Parlementaire Vergadering had oorspronkelijk voorgesteld om in het algemene artikel 5 naast de informatiegedachte ook de consent-gedachte uitgebreid te detailleren, door namelijk voor elke informed consent te vereisen dat die expliciet én specifiek zou zijn.⁴⁵³

Het feit dat dit voorstel niet werd weerhouden en dat een expliciete, maar niet altijd specifieke, informed consent slechts voor fysisch invasieve tussenkomsten wordt vereist, wijst nogmaals op de evenwichtsoefening die aan de informed consent-vereiste ten grondslag ligt. Meer bepaald botst deze genuanceerde en soepele benadering met een verabsoluteerde voorstelling van de 'enge' autonomie. Het ideële subject moet volgens deze laatste opvatting immers alle gevolgen van zijn beslissingen kunnen overzien.⁴⁵⁴

310 De titel van artikel 16 en de commentaren in het Toelichtend Rapport wijzen op een enge interpretatie van de term onderzoek in dit artikel, namelijk in de zin van enkel het onderzoek dat op menselijke proefpersoon *als zodanig* betrekking heeft.⁴⁵⁵

Elke andere interpretatie zou inhouden dat het louter afnemen van, bijvoorbeeld, een bloedstaal dat voor onderzoeksdoeleinden wordt geanonimiseerd (direct gebruik), aan deze stringente vereisten zou moeten voldoen, terwijl de regeling voor informed consent bij nader gebruik van lichaamsmateriaal veel soepeler zou zijn. Het valt te betreuren dat noch de Biomedische Conventie, noch haar Toelichtend Rapport dit niet duidelijker hebben toegelicht.

B INDIEN MOREEL INVASIEF: SOMS EXPLICIETE CONSENT

311 De hier omschreven informed consent-vereiste is enkel deze voor het nader gebruik van menselijk lichaamsmateriaal. Er wordt dus niet gepoogd om een globale benadering uit te werken, die ook die situaties regelt waarbij het lichaamsmateriaal specifiek voor onderzoeksdoeleinden wordt afgenomen.

In vergelijking met de regeling van het nader gebruik, ontbreekt het deze laatste context aan een gevarieerde regeling, naargelang er al dan niet informatie over een identificeerbaar individu kan worden afgeleid.

⁴⁵³ C. TROUET, "Vergelijkende analyse", 74.

⁴⁵⁴ Zie randnummer 89.

⁴⁵⁵ "Protection of persons undergoing research." Toelichtend Rapport n° 98-99.

312 De bescherming van de privacy is hoe dan ook als *beweegreden* voor de regeling van het (nader) gebruik van menselijk lichaamsmateriaal *te beperkt*. Zoals hoger al werd aangetoond, wordt het moderne individu in zijn relatie tot zijn lichaam met twee tegenstrijdige tendensen geconfronteerd.⁴⁵⁶

Eenzijds heeft het individu de neiging om zijn lichaam bijkomend te subjectiveren, zodat dit individu ook met betrekking tot zijn reeds weggenomen lichaamsmateriaal aan subjectieve zingeving doet. Indien dit beetje lichaamsmateriaal, niet wordt vernietigd, maar met het oogmerk op (eventueel) iets wordt bewaard of gebruikt, dan wil dit individu dat dit oogmerk past in zijn levensplan, en bij de eventueel latere aanpassingen aan dit levensplan (herroepbaarheid van de informed consent).⁴⁵⁷

Anderzijds beïnvloedt de maatschappelijke neiging om het menselijke lichaam te objectiveren, het individu om dit zelf ook met zijn eigen lichaam te doen. Deze tendens kan echter met het verbod op winstoogmerk in conflict komen.⁴⁵⁸

Een adequate invulling van de informed consent-vereiste voor het (nader) gebruik van menselijk lichaamsmateriaal dient met beide tendensen rekening te houden. Elke andere aanpak dreigt tot een vertrouwenscrisis in de biomedische sector te leiden. De dan daaruit voortvloeiende eis tot een correcte toepassing van het autonomiebeginsel zou dan het breekijzer vormen om een minder flexibele invulling van de informed consent-vereiste in deze context af te dwingen.

§3 Informed consent en het verbod op winstoogmerk

A **BESCHRIJVING**

313 Dit artikel 22 vormt samen met artikel 21 het zevende hoofdstuk van de Biomedische Conventie. Artikel 21 *verbiedt de verstrekker enig winstoogmerk met zijn of haar menselijke lichaam of lichaamsmateriaal in een biomedische context*. Dit verbod beroept zich op het *beginsel van de menselijke waardigheid*.⁴⁵⁹

Concreet komt het er op neer dat wat niet in strijd met de menselijke waardigheid is, niet onder het verbod van artikel 21 valt. Zo vermeldt het toelichtend rapport, de verkoop van 'afgedankte' (discarded)

⁴⁵⁶ Zie randnummer 206 et seq.

⁴⁵⁷ Zie randnummers 209.

⁴⁵⁸ Voor de objectiveringstendens zie randnummers 206-211, voor het verbod op winstoogmerk zie de hierna volgende paragraaf.

⁴⁵⁹ Toelichtend Rapport n° 131-132.

lichaamsmaterialen, zoals haren en nagels als geoorloofd. Een dergelijke verkoop schendt de menselijke waardigheid immers niet.⁴⁶⁰

Dit beginsel houdt tevens in dat het gewettigd is om naar aanleiding van *technische handelingen* (zoals het nemen, het testen, het fractioneren, het zuiveren, het in cultuur brengen van menselijke stalen, enz.) een redelijke vergoeding uit te keren. Eveneens gewettigd is een billijke schadeloosstelling van de kosten of het inkomstenverlies van iemand die een orgaan of lichaamsweefsel heeft afgestaan, voor zover die schadeloosstelling geen vergoeding, geen beloning (remuneration) inhoudt.⁴⁶¹

314 Noch de Biomedische Conventie, noch het Toelichtend Rapport verklaren hoe dit verbod op winstooigemerk, zoals dat het gestoeld is op het beginsel van de menselijke waardigheid, zich tot het octrooirecht verhoudt. Het Toelichtend Rapport beperkt zich tot het stellen dat de complexiteit van deze band een grondig onderzoek vereist, vooraleer dat er een specifieke regeling kan worden uitgewerkt. Voor het overige beperkt het zich tot het verwijzen naar de Biotechnologie Richtlijn.⁴⁶²

B ANALYSE

315 Doordat dit het verbod op winstooigemerk deel uitmaakt van de categorie van bepalingen die door de lidstaten niet kunnen worden beperkt, heeft het ogenschijnlijk een absoluut karakter. Dit is slechts op het eerste zicht zo, omdat alles draait rondom de concrete invulling van datgene wat met de menselijke waardigheid strijdig is. Een dergelijke concrete invulling zal echter altijd in zekere mate in de tijd evolueren. Bijgevolg geldt dit ook voor het verbod op winstooigemerk.

Vraag is welke weerslag dit op het octrooirecht kan hebben. Het volgende hoofdstuk bevat een meer diepgaand onderzoek van de band tussen informed consent en het octrooirecht. De huidige analyse beperkt zich tot twee vragen. Ten eerste, voldoet het octrooirecht als sanctiemechanisme, zoals dit door de Biomedische Conventie wordt vereist? Ten tweede, indien het antwoord op de eerste vraag negatief is, zou het octrooirecht misschien nog als bijkomend sanctiemechanisme kunnen dienen?

⁴⁶⁰ Toelichtend Rapport n° 133. Of anders gesteld: de verkoop van haren en nagels wordt niet als strijdig met de menselijke waardigheid ervaren omdat dit al duizenden jaren plaatsvindt en niet gekoppeld is aan een biomedische context.

⁴⁶¹ Toelichtend Rapport n° 132.

⁴⁶² Toelichtend Rapport n° 134.

316 Artikel 23 vereist dat lidstaten de rechten van deze Conventie – zoals het recht op informed consent bij het (nader) gebruik van menselijk lichaamsmateriaal – in hun nationale recht op een gepaste en proportionele wijze juridisch beschermen.⁴⁶³

Het is echter zeer de vraag of het nationale octrooirecht aan deze beide vereisten kan voldoen. Het octrooirecht kan immers hoogstens octrooibeschermt ontzeggen. Een dergelijke sanctie lijkt niet bepaald gepast en proportioneel te zijn.

317 Een beslissing tot het al dan niet verlenen van octrooibeschermt aan een uitvinding, gebeurt een hele tijd na het doen van de uitvinding. Het inspannen van een rechtszaak om een reeds verleend octrooi te vernietigen, gebeurt nog veel later. Zelfs het doen van een uitvinding gebeurt soms pas geruime tijd na het (niet-toegestemd) gebruik van menselijk lichaamsmateriaal.

Het octrooirecht is dus *ongeschikt om snel en efficiënt* inbreuken op de informed consent-vereiste tegen te gaan of te voorkomen. Hoogstens zou het op lange termijn een afschrikkingseffect kunnen inhouden.

318 Het ontzeggen van octrooibeschermt houdt in dat eenieder die uitvinding vrijelijk kan exploiteren. Er bestaat geen mogelijkheid tot gradatie van de sanctie. Dit houdt in dat er geen rekening kan worden gehouden met het belang van de geschonden informed consent-vereiste⁴⁶⁴, noch met de zwaarwichtigheid van de schending, noch met haar mogelijke gevolgen voor het individu en de maatschappij, noch met de context van de ongeoorloofde inbreuk. Kortom het huidige sanctiearsenaal in het octrooirecht bevat *geen mogelijkheid tot een proportionele sanctie*.

319 Bijkomend is er de vraag of het octrooirecht wel geëigend is om met de vele nuanceringen en onduidelijkheden omtrent de informed consent-vereiste voor het gebruik van lichaamsmateriaal om te gaan. Behalve de hierboven vermelde problemen is er het probleem dat de meeste biomedische uitvindingen die aan de hand van menselijk lichaamsmateriaal gebeuren, steunen op een waaier aan stalen uit verschillende landen. Al die landen kunnen bovendien een eigen invulling aan die informed consent-vereiste geven. Zou de nationale of Europese octrooiinstantie of de nationale rechter bij het nagaan van het naleven van de informed consent-vereiste, met al deze verschillende invullingen rekening moeten houden?

⁴⁶³ Zie randnummer 287.

⁴⁶⁴ Of het belang van de informed consent-vereiste beperkt is tot de bescherming van de privacy, zoals dat het Toelichtend Rapport stelt, of dat dit ook nog andere belangen omvat, hetgeen de thesis van dit rapport vormt, zie randnummer 239.

320 Ondanks de hier geuite bezwaren woedt er momenteel in het octrooirecht een discussie over het al dan niet sanctioneren van dergelijke inbreuken. Het volgende hoofdstuk gaat op deze discussie dieper in.

§4 Besluit

321 Het door de Biomedische Conventie tot stand gebrachte evenwicht tussen een ‘enge’ en een ‘ruime’ informed consent en het autonomiebegrip is wel niet altijd optimaal, maar toch niet slecht voor een eerste poging. Dit is dan ook een redelijk geslaagde poging om zowel het vertrouwen van de patiënt of onderzoekssubject, als dat van de biomedische sector in elkaar te behouden.

Vraag is wel hoe het octrooirecht meer dan een louter formele informed consent zou kunnen controleren, nu blijkt dat het zelfs voor de opstellers van de Biomedische Conventie niet altijd evident is om het juiste evenwicht tussen een formele en een substantiële informed consent te bewerkstelligen.

322 Vooreerst moet de treuzelende houding van West-Europa gekoppeld aan de beperkte afdwingbaarheid van de Biomedische Conventie worden betreurd. Alhoewel de band met het wel afdwingbare EVRM nog voor verrassingen zou kunnen zorgen. Met betrekking tot de informed consent-vereiste zouden meer bepaald het recht op fysieke integriteit⁴⁶⁵ en het recht op privacy⁴⁶⁶ belangrijke afdwingbare gevolgen kunnen teweegbrengen.

De informed consent-vereiste is redelijk coherent uitgewerkt, maar met betrekking tot het (nader) gebruik van menselijk lichaamsmateriaal blijft ze te onduidelijk en te versplinterd. Tevens is de beweegreden om de informed consent-vereiste voor het nader gebruik van menselijk lichaamsmateriaal naargelang het privacy-risico te doen variëren, een veel te beperkte invalshoek. Er wordt voorbijgegaan aan de maatschappelijke dynamiek die de informed consent-vereiste vorm heeft gegeven, en blijft geven...

323 De opstellers van deze Conventie hebben de mogelijkheid niet te baat genomen om het meest evidente deel van de band met het octrooirecht te belichten, namelijk dat het sanctieregime van het octrooirecht niet voldoet aan de vereiste gepaste en proportionele bescherming. Louter het octrooirecht als sanctieregime gebruiken zou slechts op de gevreesde symbolische bescherming neerkomen.

⁴⁶⁵ Zie randnummer 280.

⁴⁶⁶ Art. 8 EVRM

De opstellers zijn er echter wel in geslaagd om het debat omtrent de band tussen het octrooirecht en informed consent een sterke bijkomende stimulans te bezorgen. Het volgende hoofdstuk onderzoekt onder meer in welke mate het *opportuun* kan zijn om het octrooirecht als *secundair* sanctiemechanisme te gebruiken. Daarbij wordt gepoogd om deze band in een ruimere context te plaatsen. Daarna zal Deel II nagaan in welke mate het octrooirecht zich daar juridisch gezien ook effectief toe kan lenen.

HOOFDSTUK 4

OOK EEN OCTROOIRECHTELIJKE GRONDSLAG?

AFDELING 1

DE BIOTECHNOLOGIE RICHTLIJN EN INFORMED CONSENT

324 De Biotechnologie Richtlijn⁴⁶⁷ beoogt om de Europese interne markt met betrekking tot de biotechnologische uitvindingen te vervolledigen.⁴⁶⁸ Hiertoe harmoniseert de Biotechnologie Richtlijn bepaalde beginselen omtrent de octrooieerbaarheid van biotechnologische uitvindingen (de zogenaamde 'technische' uitsluitingen). Op die manier verhindert de Biotechnologie Richtlijn dat een uiteenlopende nationale bescherming van biotechnologische uitvindingen nog langer de communautaire handel zou kunnen belemmeren.⁴⁶⁹

De Biotechnologie Richtlijn heeft uiteindelijk veel meer gedaan dan wat de opstellers van de Biomedische Conventie van haar hadden verwacht.⁴⁷⁰ Precies onder invloed van de Biomedische Conventie bevat de Biotechnologie Richtlijn uiteindelijk een bepaling die de informed consent-vereiste verwoordt.

§1 Beschrijving van het wetgevend debat

A EEN VERSCHIJNING TE ELFDER URE

325 Zelfs al is de Biotechnologie Richtlijn van jongere datum dan de Biomedische Conventie, haar ontstaansgeschiedenis gaat wel veel verder terug in de tijd, namelijk tot in oktober 1988.⁴⁷¹ Het is slechts kort voor het ondertekenen van de Biomedische Conventie dat de informed consent-vereiste in de al vergevorderde besprekingen opduikt, waarbij de groep van raadgevers met betrekking tot de ethische implicaties van biotechnologie bij de Europese commissie (GAEIB) als aangever fungeert. Het GAEIB belicht deze problematiek in haar advies omtrent het tweede voorstel van Biotechnologie Richtlijn.⁴⁷²

⁴⁶⁷ Richtlijn 98/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 juli 1998 "betreffende de rechtsbescherming van biotechnologische uitvindingen" (verkort geciteerd Biotechnologie Richtlijn), *PB*. L 30 juli 1998, afl. 213, 13-21.

⁴⁶⁸ Zie overweging 9 Biotechnologie Richtlijn.

⁴⁶⁹ Overwegingen 3, 5-9 en 13 Biotechnologie Richtlijn.

⁴⁷⁰ Zie onder meer artikel 5, lid 1-2, zoals dit in randnummer 353 wordt geciteerd.

⁴⁷¹ EUROPESE COMMISSIE, "Voorstel van 20 oktober 1988 voor een richtlijn van de Raad betreffende de wettelijke bescherming van biotechnologische uitvindingen" (COM(88) 496 def. – SYN 159), *PB*. C 13 januari 1989, afl. 10, 3-8.

⁴⁷² GAEIB, "Avis n°8, Les aspects éthiques de la brevetabilité des inventions portant sur des éléments d'origine humaine", 25 september 1996.

326 Het GAEIB begint met te overwegen dat de *samenwerking* en de *vrijgevigheid* van de persoon die meewerkt aan het onderzoek, de *noodzakelijke basis* vormt voor het afnemen en inzamelen van menselijke oorsprong. Dit leidt tot een *ethische problematiek* met betrekking tot:

- de *informatie* die aan de donor wordt verstrekt;
- de *toestemming* van de donor met betrekking tot het toekomstig gebruik van die lichaamselementen, *zowel voor onderzoek als voor commerciële doeleinden*;
- de *vergoeding* die de donor zou kunnen claimen.⁴⁷³

Daarom adviseert het GAEIB om naast het beoordelen van de octrooieerbaarheidscriteria, ook *ethische beginselen* in overweging te nemen.⁴⁷⁴ Zo zou het zonder toestemming afnemen van lichaamselementen van menselijke oorsprong deze ethische beginselen schenden. De daartoe vereiste toestemming omhelst:

- volledige en precieze informatie aan de donor;
- in het bijzonder met betrekking tot de kans die bestaat dat het gebruik van dit lichaamselement het *voorwerp van een octrooiaanvraag* kan worden.⁴⁷⁵

327 Daarnaast *adviseert* het GAEIB tegen het octrooieren van het menselijke lichaam in zijn verschillende ontwikkelingsfasen of van zijn delen. Deze onmogelijkheid vloeit volgens het GAEIB voort uit *zowel* octrooitechnische criteria, *als* uit het ethische beginsel dat het menselijk lichaam niet kan worden gecommmercialiseerd.⁴⁷⁶

Hieruit resulteert tevens dat *geen enkele vergoeding aan de donor* of aan zijn rechthebbende kan worden uitgekeerd.⁴⁷⁷ De ethische vergoedingsproblematiek die in overweging 1, lid 7 werd gesuggereerd, wordt hiermee kordaat van de baan geschoven.

⁴⁷³ Overweging 1, lid 7.

⁴⁷⁴ Advies 2, lid 1.

⁴⁷⁵ Advies 2, lid 4.

⁴⁷⁶ Zie randnummer 313 et seq.

⁴⁷⁷ Advies 2, lid 3.

B HET DEBAT BIJ DE EUROPESE WETGEVER

328 Het Europees Parlement vat de boodschap van het GAEIB en amendeert het voorstel van de Commissie in die zin.⁴⁷⁸ Het Europees Parlement stelt hiertoe de inlassing van zowel een overweging⁴⁷⁹, als van een artikel⁴⁸⁰ voor. Het voorgestelde artikel 8 bis vormt een soort *algemeen toestemmingsartikel*⁴⁸¹, dat onder meer betrekking heeft op de toestemming die voor lichaamsmateriaal van *menselijke* oorsprong wordt vereist.

Het tweede lid verwoordt dit als volgt:

"Bestaat het voorwerp van een uitvinding uit biologisch materiaal van menselijke oorsprong of wordt dit materiaal hierbij gebruikt, dan wordt een octrooi op deze uitvinding slechts verleend indien in de octrooiaanvraag de naam en het adres van de persoon van oorsprong, zijn juridische vertegenwoordiger of zijn familieleden worden vermeld en de octrooiaanvrager aan de octrooi-instanties het bewijs levert dat het materiaal met vrije en geïnformeerde toestemming van de persoon van oorsprong, zijn juridische vertegenwoordiger of zijn familieleden is gebruikt en voor het octrooi is aangemeld. Naam en adres van de personen van oorsprong, hun juridische vertegenwoordigers en familieleden worden door de octrooi-instanties niet openbaar gemaakt."

329 Dit heel vergaande amendement overleeft echter het gewijzigd voorstel van de Commissie niet. Het is tekenend dat het zelfs het enigste amendement is waarmee de Commissie in dat stadium van de bespreking van de Biotechnologie Richtlijn geen rekening wil houden. Profiterend van het feit dat artikel 8 bis, lid 2 "niet in overeenstemming is met, onder andere, de vereisten inzake de bescherming van persoonlijke gegevens" schrapte de Commissie dit amendement.⁴⁸²

⁴⁷⁸ EUROPEES PARLEMENT, "Amendementen van 16 juli 1997 (A4-0222/97) aan het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de wettelijke bescherming van biotechnologische uitvindingen" (COM(95)0661 – C4-0063/96 – 95/0350(COD))", PB. C 22 september 1997, afl. 286, 87-174.

⁴⁷⁹ Amendement 17 stelt de invoering van overweging 16 octies voor: "overwegende dat de geïnformeerde en vrije instemming nodig is van de persoon die als donor optreedt voor het eventuele indienen van een octrooi-aanvraag met betrekking tot het gebruik van het gedoneerde materiaal;"

⁴⁸⁰ Amendement 76/rev.

⁴⁸¹ Het eerste lid slaat op biologisch materiaal van plantaardige of dierlijke oorsprong, welk gebruik in overeenstemming moet zijn met de in de plaats van oorsprong geldende bepalingen inzake toegang en uitvoer.

⁴⁸² EUROPESE COMMISSIE, "Voorbereidende besluiten van 29 augustus 1997, tot wijziging van het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de wettelijke bescherming van biotechnologische uitvindingen" (97/C 311/05), (COM(97) 446def. – 95/0350(COD)), PB. C 11 oktober 1997, afl. 311, 12-30.

De voorgestelde overweging, die overigens veel minder ver gaat, is een beter lot beschoren en overleeft in een geherformuleerde vorm.⁴⁸³

330 De Raad, die het standpunt van de Commissie bijtreedt, voegt daar nog als argument aan toe dat de octrooi-instanties *niet kunnen nagaan* of de buitenlandse wet is nageleefd en of de betrokkene zijn toestemming heeft gegeven. De vermelding van de informed consent-vereiste in een overweging betekent dat deze vereiste *als beginsel* in het octrooirecht wel wordt *aanvaard*, maar *geen afbreuk* kan doen aan de octrooierbaarheid van de uitvinding.⁴⁸⁴

De in het gemeenschappelijk standpunt van de Raad voorgestelde overweging 26 wordt uiteindelijk, zonder verdere amendering, op 6 juli 1998 de enige informed consent-vereiste van de Biotechnologie Richtlijn:

"Overwegende dat, als een uitvinding betrekking heeft op biologisch materiaal van menselijke oorsprong of gebruik maakt van dergelijk materiaal, in het kader van het indienen van een octrooiaanvraag, de persoon die als donor optreedt de gelegenheid moet hebben gehad, overeenkomstig het nationale recht, zijn geïnformeerde en vrije instemming daarmee te betuigen..."

331 Dit schrappen van het voorgestelde artikel 8 bis gebeurt echter niet zonder enige vorm van verzet.

De Deense en de Belgische delegaties proberen om een deel van de filosofie van dit artikel te redden, door het als een geherformuleerde overweging en niet meer als een artikel te laten kwalificeren.⁴⁸⁵

De Belgische delegatie stelt daarbij voor om aan de reeds geherformuleerde informed consent-overweging toe te voegen dat de toepassing van de uitvinding als *strijdig met de openbare orde en de goede zeden* zal worden beschouwd wanneer de vereiste informed consent ontbreekt.⁴⁸⁶

⁴⁸³ De herformulering van deze overweging (met ondertussen het nummer 16 septies) gebeurt op basis van het advies van het GAEIB: "Overwegende dat de geïnformeerde en vrije instemming moet worden gerespecteerd van de persoon die als donor optreedt voor het eventuele indienen van een octrooiaanvraag met betrekking tot het gebruik van het gedoneerde materiaal."

⁴⁸⁴ RAAD, "Vaststelling van het gemeenschappelijk standpunt (EG) Nr. 19/98 van 26 februari 1998 met het oog op de aanneming van Richtlijn 98/.../EG van het Europees Parlement en de Raad van... betreffende de rechtsbescherming van biotechnologische uitvindingen (98/C 110/02), PB. C 8 april 1998, afl. 110, 17-34.

Het Comité van Permanente Vertegenwoordigers (COREPER) herformuleert overweging 16 septies en steunt hierbij op sommige elementen van het geschrapte art. 8 bis, lid 2. COREPER, "Proposition modifiée du 19 novembre 1997, de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques", Dossier interinstitutionnel n° 95/0350 (COD), 12524/97 limité PI 57 CODEC 633.

Het gemeenschappelijk standpunt van de Raad verandert enkel nog het nummer van de overweging in nummer 26.

⁴⁸⁵ De Deense delegatie probeert dit met betrekking tot de vereiste van oorsprongsbenaming van het eerste lid.

⁴⁸⁶ Het Belgische voorstel zou deze overweging als volgt hebben aangevuld: "[Q]u'en l'absence de ce consentement, la mise en œuvre de l'invention sera considérée contraire à l'ordre publique et aux bonnes mœurs."

Alhoewel dit Belgische voorstel uiteindelijk niet wordt weerhouden⁴⁸⁷, werpt het een nieuw licht op de mogelijke relatie tussen de informed consent-vereiste en het octrooirecht. Deze nieuwe benadering blijft dan ook niet zonder weerklink.

C HET VOORTWOEDEN VAN DE DISCUSSIE

332 Zo blijft de Belgische regering de door haar opgeworpen denkpiste getrouw. Al van bij haar eerste voorontwerp van oktober 1998 tot aanpassing van de Belgische Octrooiwet stelt de Belgische regering dat naar Belgisch recht het niet naleven van de informed consent-vereiste in strijd zou zijn met de openbare orde en goede zeden. Voor een dergelijke uitvinding zou er geen Belgisch octrooi kunnen worden verleend, en mocht dit desondanks toch gebeuren dan zou dit octrooi door de Belgische rechter moeten worden nietig verklaard.

Artikel 4 van het huidige wetsontwerp zou naast de door de Biotechnologie Richtlijn gegeven voorbeelden van strijdigheid met de openbare orde en de goede zeden, drie bijkomende voorbeelden, waaronder het niet-naleven van de informed consent-vereiste, in de Belgische Octrooiwet invoeren.⁴⁸⁸

Dit artikel 4 § 4 zou volgens de versie van 5 maart 2001 stellen dat:

"De toepassing van een uitvinding is in strijd met de openbare orde en met de goede zeden, inzonderheid als wordt aangetoond dat de uitvinding werd ontwikkeld in omstandigheden die indruisen tegen de openbare orde en goede zeden. Dat is bijvoorbeeld het geval:

- als een uitvinding wordt ontwikkeld in strijd met het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, o.a. in strijd met artikel 3 betreffende onmenselijke en ontorende behandelingen;
- als een uitvinding wordt ontwikkeld op basis van menselijke afnamen zonder de vrije, geïnformeerde, voorafgaande en schriftelijke toestemming voor een dergelijk gebruik van de donor.

De geïnformeerde toestemming impliceert een informatie die in voorkomend geval ook melding moet maken van de mogelijkheid van een industriële en commerciële toepassing van de resultaten van de proefnemingen.

⁴⁸⁷ Net zoals het Deense voorstel.

⁴⁸⁸ Voorontwerp van wet tot wijziging van de wet van 28 maart 1984 op de uitvindingsoctrooien, wat betreft de octrooieerbaarheid van biotechnologische uitvindingen. Versie van 5 maart en 31 mei 2001.

Opmerking: overeenkomstig het advies nr. 12 van het Comité voor bio-ethiek moet het probleem van de toestemming ook worden geregeld in het kader van een wet inzake bescherming van de patiënt, voor te stellen door de Minister van Volksgezondheid.

- als..."

In de versie van 31 mei 2001 werd dit alles herleid tot:

"De commerciële exploitatie van een uitvinding is strijdig met de openbare orde en met de goede zeden, inzonderheid als wordt aangetoond dat de uitvinding werd ontwikkeld in omstandigheden die indruisen tegen de openbare orde en goede zeden. Dat is bijvoorbeeld het geval:

- als een uitvinding wordt ontwikkeld in strijd met het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, onder meer in strijd met artikel 3 betreffende onmenselijke en ontorende behandelingen;
- als een uitvinding wordt ontwikkeld op basis van menselijke afnamen zonder de vrije, geïnformeerde, expliciete instemming voor een dergelijk gebruik en zonder dat deze afwezigheid van instemming de voorwaarden vervult die bepaald worden door de Koning teneinde een afwijking van de vereiste van instemming te verkrijgen."

333 Ook nadat het Europese Parlement de Biotechnologie Richtlijn in haar definitieve versie heeft aanvaard, blijft de Europese octrooidoctrine over de informed consent-vereiste verder debatteren. De discussie spitst zich sindsdien toe op de vraag of alle nationale octrooiwetgevers al dan niet verplicht zijn om de informed consent-vereiste als een voorbeeld van openbare orde en goede zeden in hun nationale octrooiwetten te implementeren.⁴⁸⁹

§2 Analyse van het wetgevend debat

A OPNEMEN OF NIET OPNEMEN

334 Het is opvallend om vast te stellen hoe de overige actoren in het wetgevend debat de door het GAEIB gestelde noodzaak tot het opnemen van de informed consent-vereiste in de Biotechnologie Richtlijn, niet meer in vraag stellen.

⁴⁸⁹ Voor een voorbeeld van een argumentatie om de informed consent-vereiste in het octrooirecht afdwingbaar te stellen, zie D. BEYLEVELD, "Why Recital 26 of the E.C. Directive on the Legal Protection of Biotechnological Inventions Should Be Implemented in National Law", *I.P.Q.* 2000, 1-26.

335 De wijze waarop het GAEIB de informed consent-vereiste voor het (nader) gebruik van lichaamsmateriaal verantwoordt, verschilt van de door de opstellers van de Biomedische Conventie ingeroepen bescherming van de privacy. Het GAEIB stelt namelijk uitdrukkelijk dat de burgers *bereid moeten worden gevonden om mee te werken* aan het (wetenschappelijk en technologisch) onderzoek met lichaamsmateriaal dat van menselijke oorsprong is. Dit moet de vorm van een samenwerking aannemen.⁴⁹⁰

Een dwangbeleid is immers onverenigbaar met onze moderne Westers maatschappij en een heimelijk beleid zou uiteindelijk het maatschappelijk vertrouwen in de moderne wetenschap en technologie ondergraven. Of anders gesteld, het GAEIB geeft (zij het impliciet) toe dat de techniek van informed consent mee bewerkstelligt dat individuen bereid blijven om zich als objectiveerbare voorwerpen te poseren.⁴⁹¹

336 Om deze medewerking te bewerkstelligen, gaat het GAEIB bij het invullen van het informatieluik en van het toestemmingsluik heel wat verder dan de opstellers van de Biomedische Conventie. Zo moet de vereiste informatie en toestemming betrekking hebben op wat het toekomstig gebruik van dit lichaamsmateriaal zal zijn, meer bepaald enkel voor onderzoek, of ook voor commerciële doeleinden, of zelfs met de commerciële doeleinde om derden het vrij gebruik van de er eventueel uit voortvloeiende uitvinding te ontzeggen (door die uitvinding te octrooieren).

337 Het toestemmen in het gebruik van lichaamsmateriaal voor onderzoek en, of voor commerciële doeleinden, tot en met de toestemming tot het octrooieren, houden allemaal een toestemming in tot het objectiveren van dit persoonlijke lichaamsmateriaal. Zelfs het (gedeeltelijk) weigeren van een dergelijke toestemming blijft zich in deze metafysica situeren. Het individu blijft immers door die technologie, door dit octrooirecht gedetermineerd.⁴⁹² Maar binnen deze metafysica, binnen deze technologische determinatie, kent onze moderne Westerse maatschappij ook een tendens om zichzelf en zijn lichaam te subjectiveren, zin te geven.⁴⁹³

⁴⁹⁰ Zie tevens het advies van het Economisch en Sociaal Comité (ECOSOC) waarbij er gewezen wordt op het belang van "publieksvoorlichting" om het *vertrouwen* van de Europese burger voor *wetenschappelijke innovaties* te wekken. ECOSOC, "Advies van 11 juli 1996 over het Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de wettelijke bescherming van biotechnologische uitvindingen", 96/C 295/03, *PB*. C 7 oktober 1996, afl. 295, 11-17, opmerking 4, lid 1 ten derde.

⁴⁹¹ Zie randnummer 184 et seq.

⁴⁹² Zie randnummer 162.

⁴⁹³ Zie randnummers 209-211.

Het GAEIB erkent dit impliciet door aan te geven dat het individu zelf zou moeten kunnen bepalen voor welk soort gebruik het toestemming geeft (bijvoorbeeld niet voor militair gericht onderzoek en gebruik).⁴⁹⁴ Het negeren van deze tendens tot subjectieve zingeving aan afgenomen lichaamsmateriaal, schept bijkomend lijden en bedreigt het vertrouwen in de moderne wetenschap en technologie, maar ook in een octrooirecht dat zich openstelt voor het octrooieren van uitvindingen op basis van menselijk lichaamsmateriaal.

338 Het GAEIB stelt zich met betrekking tot het winstoogmerk met het menselijke lichaam in een biomedische context op één lijn met de Biomedische Conventie: in hoofde van de donor kan dit niet.⁴⁹⁵ In hoofde van derden kan dit eventueel wel, bijvoorbeeld door het octrooieren van uitvindingen op basis van menselijk lichaamsmateriaal.⁴⁹⁶ Alleen de donor heeft geen recht op vergoeding.⁴⁹⁷

B DE ENGE INTERPRETATIE DOOR DE EUROPESE COMMISSIE EN DE RAAD

339 De Commissie stelt terecht dat de voorwaarden van het door het Europees Parlement voorgestelde artikel 8 bis de privacy van de donoren zouden schenden. De vermelding in de octrooiaanvraag van de naam en het adres van de persoon van oorsprong kan moeilijk anders worden omschreven, zelfs al zou dit deel van de octrooiaanvraag en van het latere octrooi niet openbaar worden gemaakt. De Commissie gaat hierbij niet na of deze voorwaarde niet zodanig kan worden gesteld dat ze de privacy wel respecteert. Hoe dan ook wordt er hier door het Europees Parlement en de Commissie een merkwaardige cirkelredenering gemaakt. Volgens het Toelichtend Rapport van de Biomedische Conventie is de beweegreden voor deze informed consent-vereiste immers het risico op het uitlekken van gevoelige informatie.⁴⁹⁸ Terwijl het afdwingen van deze vereiste in het octrooirecht een inherent privacyrisico zou inhouden. In die logica is het eenvoudiger om geen informed consent voor nader gebruik te (kunnen) vragen, door met geanonimiseerde stalen te werken, waarvan eventueel zelfs de sleutels zouden zijn vernietigd.⁴⁹⁹

⁴⁹⁴ Zie randnummer 326.

⁴⁹⁵ Wegens strijdigheid met de menselijke waardigheid?

⁴⁹⁶ Volgens het GAEIB houdt de Biotechnologie Richtlijn immers rekening met de ethische bekommernis om bij het octrooieren van uitvindingen die elementen van menselijke oorsprong bevatten, de fundamentele rechten van de menselijke persoon te respecteren. Zie overweging 1, lid 6.

⁴⁹⁷ Voor vergoeding, lees: deel in de winst die de octrooibescherming zou kunnen opleveren.

⁴⁹⁸ Vgl. randnummer 312.

⁴⁹⁹ Voor een grondige analyse van de problematiek van de anonimiteit van lichaamssralen zie S. CALLENS, *l.c.*

340 De technische haalbaarheid van het in het octrooirecht afdwingbaar stellen van de informed consent-vereiste is een beleidskwestie, een opportuniteitsvraag. Namelijk, rechtvaardigt de beweegreden om een informed consent voor het gebruik van lichaamsmateriaal te eisen, de grote investering in (economisch altijd schaarse) tijd en middelen om op de naleving hiervan toe te zien? Zo ja, hoe kan dit worden georganiseerd? Het afdwingbaar stellen van de informed consent-vereiste zou een gigantische mentale en organisatorische omschakeling van de octrooiwereld vereisen. Het negatieve standpunt van de Raad heeft dit (totnogtoe) weten te voorkomen.

De Raad zag hierbij een bijkomend argument over het hoofd. Het octrooirechtelijk afdwingen van de informed consent-vereiste als een ‘klassiek’ octrooitechnische voorwaarde kan ook juridisch niet. Artikel 138 van het Europees Octrooiverdrag (EOV) beperkt immers de nietigheidsgronden voor Europees aangevraagde octrooien. Het niet-naleven van de informed consent-vereiste hoort daar niet bij.

C HET ‘BELGISCHE’ VOORSTEL

341 De beperking die artikel 138 EOV aan de nationale octrooiwetten oplegt, maakt de denkpiste van de strijdigheid met de openbare orde en de goede zeden juist zo interessant. Het EOV erkent dit criterium immers als weigeringsgrond (art. 53 § a) en als nietigheidsgrond (art. 138, lid 1 a). De vraag is dan gewoon of de informed consent-vereiste als zijnde van openbare orde en goede zeden kan worden gekwalificeerd.

342 Alhoewel de Richtlijn niet stelt dat de informed consent-vereiste van openbare orde en goede zeden is, zouden de nationale wetgevers dit nog steeds kunnen doen. Het voornemen van de Belgische regering om dit tijdens de implementatie van de Biotechnologie Richtlijn te doen, toont dit duidelijk aan. Indien niet alle lidstaten de informed consent-vereiste wel of juist niet van openbare orde en goede zeden zouden verklaren, zou dit tot een volledige disharmonie van de verschillende nationale octrooiwetten leiden. Ook een uiteenlopende rechterlijke interpretatie kan een dergelijke disharmonie bewerkstelligen. Dit is precies het tegenovergestelde van wat met de Biotechnologie Richtlijn werd beoogd.

343 Dit alles toont aan hoe de ‘Belgische denkpiste’ als nadeel had dat ze pas ‘om vijf voor twaalf’ in het debat werd geopperd. De politieke consensus omtrent de hele Biotechnologie Richtlijn was toen bijna (weliswaar slechts tijdelijk) bereikt. Een grondige bespreking van dit voorstel zou de breekbare consensus die eindelijk in zicht was, terug op de helling hebben gezet. Dit gebrek aan voldoende bespreking van

deze denkpiste verklaart ook het voornemen van de Belgische regering om in haar standpunt te blijven volharden en waarom de octrooidoctrine deze mogelijkheid blijft bestuderen.

In schrill contrast hiermee, staat het ruimere debat omtrent de rol, de betekenis en de invulling van de openbare orde en de goede zeden in het octrooirecht. Dit laatste debat heeft de ethisch geïnspireerde bevraging van de voorgestelde Biotechnologie Richtlijn bijna van in het begin mee beheerst.

Het voorstel om de informed consent-vereiste als een voorbeeld van de openbare orde en goede zeden te beschouwen, dient dan ook in deze ruimere discussie te worden toegelicht.

AFDELING 2

DE ETHISCHE BEVRAGING VAN HET OCTROOIRECHT

§1 De morele horizon van het octrooirecht

A HET TECHNISCHE, MAAR NIET ETHISCH NEUTRALE KARAKTER VAN HET OCTROOIRECHT

344 De *procedure* voor het octrooieren van een uitvinding, waarbij de nieuwheid, de uitvindingswerkzaamheid en de industriële toepasbaarheid van een uitvinding getoetst worden, is een uiterst *technische* en *formele* aangelegenheid. De overige onderwerpen die het octrooirecht regelt, zoals bijvoorbeeld de licentieovereenkomsten, zijn niet veel minder procedureel en technisch. Hierdoor is het octrooirecht een van de meest formele, procedurele en technische rechtstakken.⁵⁰⁰

Omwille van die vergaande techniciteit en formaliteit stellen sommigen dat het octrooirecht ethisch neutraal zou zijn.⁵⁰¹ Deze positivistische opvatting kan géénszins worden bijgetreden. Zoals elke rechtstak, zoals elk ander maatschappelijk fenomeen (bijvoorbeeld technologie) situeert het octrooirecht

⁵⁰⁰ Zie D. VANDERGHEYNST, "La notion d'ordre public et des bonnes mœurs dans la proposition de directive européenne relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques", in G. VAN OVERWALLE (ed.), *Octrooirecht, ethiek en biotechnologie* in *CJR*, XIII, Brussel, Bruylant, 1998, 87.

⁵⁰¹ Zo stelt Strauss dat het octrooirecht de rol toekomt van "eines im wesentlichen **wertneutralen Instruments der Technologieförderung** zukommt". Waarbij Strauss eigenlijk zichzelf tegenspreekt. Zie J. STRAUSS, *Rapport*, PE216.340, p. 3, doc. N° 4 in COMITÉ JURIDISCHE ZAKEN EN RECHTEN VAN DE MENS VAN HET EUROPEES PARLEMENT, *Documenten van de openbare hoorzitting over de juridische bescherming van biotechnologische uitvindingen van 10 en 11 juni 1996*, PE 217.904.

zich immers in de morele horizon van onze moderne Westerse maatschappij. Als gevolg van die gezamenlijke morele horizon delen het octrooirecht en haar actoren de rationele, formele en objectiverende benadering van het moderne recht en is het hele octrooirecht, is de hele octrooigemeenschap van die waardeoordelen doordrongen.⁵⁰²

B HET OCTROOIRECHT ALS MAATSCHAPPELIJK POSITIEVE WAARDERING VAN DE TECHNIEK

345 In het octrooirecht bestaan die waardeoordelen in het bijzonder uit de maatschappelijk positieve erkenning van technologie. Technologie vormt een uitdrukking van de waardering van onze moderne Westerse maatschappij van activiteit, hetwelk de strijd tegen het kwade en het lijden inhoudt, maar ook van de geweldige, objectiverende manier van denken van de moderniteit. Mede daarom beschouwt de moderne Westerse maatschappij de som van de technologie als positief.⁵⁰³ De bereidheid om die uitgevonden technologie octrooibescherming te verlenen, bevestigt deze maatschappelijk positieve waardering van de technologie en van haar vooruitgang.

Het tijdelijk (meestal twintig jaar) verbieden dat derden de uitvinding zouden kopiëren wordt er als een stimulans voor de technologische vooruitgang en de verspreiding ervan opgevat. Zo vormt het octrooirecht een evenwichtsoefening tussen enerzijds de belangen van de uitvinders, en anderzijds de belangen van de concurrenten en van de maatschappij in het algemeen.⁵⁰⁴

346 Octrooien zijn een soort intellectueel eigendomsrecht. Eigendomsrechten spelen een complexe rol in de cruciale succesformule van onze kapitalistische democratieën. Zo worden eigendomsrechten gewaardeerd (geprezen) voor het bewerkstelligen van enerzijds economische groei (terwijl ze tegelijk ook een gevolg van deze groei zijn), en van anderzijds een sterke maatschappelijke cultuur die door democratische tradities en instellingen wordt gekenmerkt.⁵⁰⁵

⁵⁰² Of zoals Drahos het stelt: "Patent law is located within and not outside a public ethic of community values and shared economic and social interests." P. DRAHOS, "Biotechnology Patents, Markets and Morality" (verkort geciteerd "Biotechnology"), *EIPR* 1999, 441.

⁵⁰³ Zie onder meer randnummer 78 en 110.

⁵⁰⁴ R. MOUFANG, "The concept of 'Ordre Public' and Morality in Patent Law" (verkort geciteerd "The concept"), in G. VAN OVERWALLE (ed.), *Octrooirecht, ethiek en biotechnologie* in *CIR*, XIII, Brussel, Bruylant, 1998, 68 en 77. Zie ook het citaat van Strauss in voetnoot 501.

⁵⁰⁵ P. DRAHOS, "Biotechnology", 447.

Een gedeelte van de *vitaliteit* van deze succesformule bestaat uit het vermogen van onze moderne Westerse maatschappij om die eigendomsrechten gedurig aan te passen. De immer wijzigende belastingen zijn hiervan het beste voorbeeld.⁵⁰⁶

347 Deze vaststelling geldt ook voor het octrooirecht en de overige intellectuele eigendomsrechten, want zij werden in de loop der jaren herhaaldelijk aangepast. Twee mechanismen hebben het domein van wat octrooieerbaar is, gevoelig uitgebreid en blijven dit tot op vandaag doen. Of anders gesteld, de actoren die in deze mechanismen werkzaam zijn, geven hiermee uitdrukking aan een blijvend positieve waardering voor het octrooirecht.

Ten eerste, hebben de octrooi-instanties en het gerecht het octrooirecht zodanig geïnterpreteerd dat het aan sommige recente technologische en industriële evoluties kon tegemoetkomen. Recentelijk heeft de Europese wetgever hen hierbij vervoegd.⁵⁰⁷ Dit Europese initiatief maakt tegelijk ook deel uit van het tweede mechanisme, namelijk van de internationale harmonisatie-inspanning. Deze harmonisatie van het octrooirecht vindt vooral op het Europese niveau plaats.

§2 De toets van de ‘openbare orde en goede zeden’⁵⁰⁸

A DE INVOERING VAN DE BEGRIPPEN ‘OPENBARE ORDE’ EN ‘GOEDE ZEDEN’ IN HET OCTROOIRECHT

348 Deze naoorlogse verdragsrechtelijke octrooiharmonisatie wordt onder meer ook gekenmerkt door eerst de invoering en nadien een steeds preciezere omschrijving van de begrippen ‘openbare orde’ en ‘goede zeden’. Deze algemeen juridische begrippen zouden een zogenaamd ‘niet-technisch’ criterium vormen op basis waarvan een octrooiverlening toch mag (of moet) worden geweigerd, of een reeds toegekend octrooi mag (of moet) worden vernietigd.⁵⁰⁹

Geen enkele van deze octrooi-verdragen of octrooiwetten vult die twee begrippen echter helemaal concreet in. In de octrooiliteratuur bestaat er dan ook betwisting omtrent de mogelijke betekenis van die

⁵⁰⁶ P. DRAHOS, "Intellectual Property and Human Rights", *IPQ* 1999, 360.

⁵⁰⁷ Door middel van de Biotechnologie Richtlijn.

⁵⁰⁸ Vgl. P. DRAHOS, "Biotechnology", 441-444. Volgens Drahos blijft het octrooidomein maar uitbreiden, terwijl het ethische domein steeds meer voor het octrooirecht zou moeten wijken.

⁵⁰⁹ Voor een uitgebreide analyse van deze verdragsbepalingen, zie pagina 329, vanaf waar er een volledige afdeling aan wordt gewijd.

begrippen. Sommige auteurs beschouwen de 'openbare orde en goede zeden' zelfs als de "toegangspoort" voor de ethische beschouwingen tot het technische octrooirecht.⁵¹⁰

B DE CONCRETISERING VAN DE BEGRIPPEN 'OPENBARE ORDE' EN 'GOEDE ZEDEN' IN DE BIOTECHNOLOGIE RICHTLIJN

1 Een 'ethisch-technische' evenwichtsoefening

A MET EEN DELICAAT KARAKTER

349 Het belang van een correcte interpretatie van deze begrippen is met het van kracht worden van de Biotechnologie Richtlijn, alleen maar toegenomen. Zoals elk wetgevend initiatief met betrekking tot het octrooirecht, vergde het ontstaan van de Biotechnologie Richtlijn de gebruikelijke evenwichtsoefening tussen de klassieke belangen van de uitvinders, de concurrenten en de maatschappij in het algemeen.⁵¹¹ Deze evenwichtsoefening bleek echter uiterst delicaat te zijn.⁵¹² Biotechnologie slaat immers niet alleen op micro-organismen, planten en dieren, maar ook op de mens. Om die reden moet de richtlijn rekening houden met het respecteren van de menselijke waardigheid.⁵¹³

Concreet komt dit hier op neer dat de richtlijn niet aan bepaalde ethische kwesties kan ontsnappen. Deze ethische kwesties betreffen onder andere het statuut van het menselijk lichaam en van het menselijk lichaamsmateriaal, meer in het bijzonder van het menselijk genoom. De Biotechnologie Richtlijn behandelt deze ethische kwesties enkel vanuit een octrooirechtelijk perspectief, wat een onrechtstreekse benadering inhoudt. De Biotechnologie Richtlijn doet dit door middel van enerzijds een zogenaamd 'technische' bepaling en anderzijds door middel van een zogenaamd 'niet-technische' bepaling van de strijdigheid met de 'openbare orde en goede zeden', dewelke het ter verduidelijking met behulp van voorbeelden toelicht.⁵¹⁴

⁵¹⁰ Zie R. MOUFANG, "The concept", 69 en 77 en de verwijzingen aldaar en G. VAN OVERWALLE, "De octrooieerbaarheid van biotechnologische uitvindingen" in G. VAN OVERWALLE (ed.), *Octrooirecht, ethiek en biotechnologie* in CIR, XIII, Brussel, Bruylant, 1998, 56.

⁵¹¹ Zie randnummer 345.

⁵¹² Getuige hiervan haar tienjarige ontstaansgeschiedenis.

⁵¹³ C. HENNAU-HUBLET, "Le droit médical, aux confins d'intérêts, de droits et de valeurs souvent concurrents", *T. Gez.* 1998-1999, 100.

⁵¹⁴ C. TROUET, "Recente ontwikkelingen", 93.

B BELANGRIJKSTE KRACHTLIJNEN IN HAAR EVOLUTIE

350 Deze evenwichtsoefening heeft de ontstaansgeschiedenis van de Biotechnologie Richtlijn dermate diepgaand beïnvloed, dat het onmogelijk is om deze discussie hier volledig weer te geven. Hierna volgt enkel een weergave van de belangrijkste krachtlijnen die uit de ondernomen analyse naar boven zijn gekomen.

351 Van bij het begin van haar initiatief beschouwt de Commissie de Biotechnologie Richtlijn als een *technische regeling die de levende materie voor octrooiering vatbaar stelt*, maar die niet aan de menselijke sfeer raakt, omdat dit laatste van openbare orde zou zijn.⁵¹⁵

Juist dit voor het octrooirecht *vrijwaren van de menselijke sfeer*, vormt het uitgangspunt van het Europees Parlement. Door middel van vele amendementen zal het Europees Parlement in de loop van de besprekingen telkens opnieuw proberen om deze ethische bekommernis zo veel mogelijk juridisch ingang te doen vinden, terwijl de Commissie telkens opnieuw de 'octrooitechnische correctheid' van de Biotechnologie Richtlijn probeert veilig te stellen.

352 Omwille van die 'octrooitechnische correctheid' licht de Commissie de 'technisch getinte' elementen steeds opnieuw uit die 'ethische' amendementen van het Europees Parlement.⁵¹⁶ De 'ethische' elementen die niet 'zuiver octrooitechnisch' kunnen worden *geherformuleerd*, komen uiteindelijk onder een openbare orde en goede zeden noemer terecht.⁵¹⁷

⁵¹⁵ EUROPESE COMMISSIE, "Toelichting van 21 oktober 1988 (COM(88) 496 def. – SYN 159) bij het voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de wettelijke bescherming van biotechnologische uitvindingen", p. 32.

⁵¹⁶ Zie onder meer EUROPESE COMMISSIE, "Reaction of February 7, 1992 to the text adopted by the committee on legal affairs and citizens' rights", p. 5; zie ook artikel 2, lid 2 a) van het BEMIDDELINGSCOMITÉ, "Gemeenschappelijk Ontwerp van 23 januari 1995 over de Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de wettelijke bescherming van biotechnologische uitvindingen", C4-0042/95, (00/0159 (COD)).

⁵¹⁷ Zie EUROPESE COMMISSIE, "Gewijzigd voorstel van 16 december 1992 voor een richtlijn van de Raad betreffende de wettelijke bescherming van biotechnologische uitvindingen", (COM(92) 589 def. – SYN 159), PB. C 16 februari 1993, afl. 44, p. 37.

Daarenboven ontdekt de Commissie het criterium van de openbare orde en de goede zeden meermaals van haar utilitair evaluerende eigenschap, hetwelk het Europees Parlement er steeds opnieuw aan verleende.⁵¹⁸ Uiteindelijk formuleert de Commissie hiertoe een niet-exhaustieve lijst van voorbeelden die met het criterium van de openbare orde en goede zeden strijdig zijn.⁵¹⁹ Deze zet blijkt een van de sleuteloplossingen te zijn om de vereiste politieke consensus te bereiken.

2 Met als uiteindelijk resultaat

353 De 'technische' regeling wordt door artikel 5 van de richtlijn ingevuld:

- "1. Het menselijk lichaam in de verschillende stadia van zijn vorming en zijn ontwikkeling, alsmede de loutere ontdekking van een van de delen ervan, met inbegrip van een sequentie of partiële sequentie van een gen, zijn niet octrooieerbaar.
2. Een deel van het menselijk lichaam dat werd geïsoleerd of dat anderszins door een technische werkwijze werd verkregen, met inbegrip van een sequentie of een partiële sequentie van een gen, is vatbaar voor octrooiëring, zelfs indien de structuur van dat deel identiek is aan die van een natuurlijk deel.
3. De industriële toepassing van een sequentie of een partiële sequentie van een gen moet concreet worden vermeld in de octrooiaanvraag."

De octrooigemeenschap is geneigd om dit artikel 5 als een 'klassiek octrooitechnische bepaling' op te vatten. Daarnaast is het ook nog mooi meegenomen dat deze bepaling aan bepaalde ethische minimumvereisten voldoet.

⁵¹⁸ Zie onder meer het voorgestelde artikel 2, lid 2-4 in COMITÉ JURIDISCHE ZAKEN EN RECHTEN VAN DE MENS VAN HET EUROPEES PARLEMENT, "Final version of January 29, 1992, of the report on the Commission proposal for a Council Directive on the legal protection of biotechnological inventions", (COM(88)0496 final – C3-0036/89 – SYN 159), PE150.463/fin., p. 7-8; of de voorgestelde overwegingen 8bis en 9bis in EUROPEES PARLEMENT, "Amendementen van 5 mei 1994 (A3-0321/94) aan het Gemeenschappelijk standpunt van de Raad inzake het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de wettelijke bescherming van biotechnologische uitvindingen, (C3-0087/94 – 94/0159(COD))", PB. C 25 juli 1994, afl. 205, 307-308.

Uiteindelijk schikt het Europees Parlement zich naar deze zienswijze. Dit blijkt uit de samenlezing van de amendementen 28 en 80 van het EUROPEES PARLEMENT, "Amendementen van 16 juli 1997 (A4-0222/97) aan het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de wettelijke bescherming van biotechnologische uitvindingen (COM(95)0661 – C4-0063/96 – 95/0350(COD))", PB. C 22 september 1997, afl. 286, 87-174.

⁵¹⁹ Zie de voorgestelde overwegingen 7-11 en artikel 2, lid 3 van de EUROPESE COMMISSIE, "Gewijzigd voorstel van 16 december 1992 "voor een richtlijn van de Raad betreffende de wettelijke bescherming van biotechnologische uitvindingen", (COM(92) 589 def. – SYN 159), PB. C 16 februari 1993, afl. 44, 36-50.

Deze benadering vindt positieve weerklank bij het Europees Parlement, die er zelf enkele voorbeelden aan toevoegt. Zie de door haar voorgestelde overwegingen 22 en 24 en artikel 9 in EUROPEES PARLEMENT, "Amendementen van 16 juli 1997 (A4-0222/97) aan het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de wettelijke bescherming van biotechnologische uitvindingen (COM(95)0661 – C4-0063/96 – 95/0350(COD))", PB. C 22 september 1997, afl. 286, 87-174.

Vanuit bio-ethische hoek duidt deze bepaling eerder op een gehoor geven aan het vereiste dat het octrooirecht met de fundamentele beginselen van de waardigheid, de identiteit en de integriteit van alle menselijke wezens dient overeen te stemmen. Daarnaast blijkt dit octrooirechtelijk conformeren aan deze ethische vereisten, ook nog aan de octrooieerbaarheidsvoorwaarden van het octrooirecht te voldoen.⁵²⁰ Dit ethisch conformeren van het octrooirecht blijkt behalve uit artikel 5, onder meer ook uit het feit dat het octrooirecht de donor van het oorspronkelijk voor de uitvinding dienende lichaamsmateriaal niet financieel beloont.

Anders gesteld, artikel 5 is technisch of ethisch, *naargelang het perspectief* waarmee het wordt beschouwd.

354 De Biotechnologie Richtlijn verbijzondert de begrippen openbare orde en goede zeden in een biotechnologische context door die begrippen in artikel 6 van vier niet-exhaustieve voorbeelden te voorzien. Drie voorbeelden betreffen lichaamsmateriaal dat van menselijke oorsprong is:

"1. Uitvindingen waarvan de commerciële exploitatie strijdig zou zijn met de openbare orde of met de goede zeden, worden van octrooieerbaarheid uitgesloten, waarbij de toepassing niet als strijdig hiermee mag worden beschouwd op grond van het loutere feit dat deze bij een wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling wordt verboden.

2. Uit hoofde van lid 1 worden met name niet-octrooieerbaar geacht:

- a) werkwijzen voor het klonen van mensen;
- b) werkwijzen tot wijziging van de germinale genetische identiteit van de mens;
- c) het gebruik van menselijke embryo's voor industriële of commerciële doeleinden;
- d) de werkwijzen tot wijziging van de genetische identiteit van dieren die geëigend zijn deze te doen lijden zonder aanzienlijk medisch nut voor mens of dier op te leveren, alsmede de dieren die uit dergelijke werkwijzen zijn verkregen."

⁵²⁰ Zie randnummer 344 en C. TROUET, "Recente ontwikkelingen", 93. Zie ook GAEIB, "Avis n°8, Les aspects éthiques de la brevetabilité des inventions portant sur des éléments d'origine humaine", 25 september 1996.

3 Beoordeling van het 'openbare orde en goede zeden'-luik

355 Vraag is of deze lijst systematisch zal moeten worden bijgewerkt telkens er zich in de toekomst een nieuwe situatie voordoet die eveneens strijdig wordt bevonden.⁵²¹

Deze vraag verliest grotendeels haar relevantie wanneer er twee andere aspecten bij worden betrokken. Ten eerste is de Commissie door middel van deze lijst er in geslaagd om de openbare orde en de goede zeden te behoeden voor een functie waarbij dit criterium de opportuniteit van elke te octrooieren uitvinding zou beoordelen.⁵²² Ten tweede heeft deze lijst hoe dan ook een niet-exhaustief karakter.

356 Dit niet-exhaustieve karakter van deze lijst betekent ook dat de lidstaten over de politieke manoeuvreerruimte blijven beschikken om enerzijds deze vaag verwoorde voorbeelden op een verschillende manier te interpreteren⁵²³, of om er anderzijds nog wat bijkomende voorbeelden aan toe te voegen⁵²⁴.

De Biotechnologie Richtlijn is er wel in geslaagd om de 'klassieke technische criteria' volledig te harmoniseren, maar met betrekking tot het criterium van de openbare orde en de goede zeden is ze daar slechts gedeeltelijk in geslaagd. In de praktijk zou dit gegeven de verrichte harmonisatie-inspanning wel eens ernstig kunnen ondergraven.

357 De constante in de dynamiek van het debat tussen de Commissie en het Europees Parlement bewijst dat het onduidelijk is (gebleven) wat er onder het (of de) begrip(pen) openbare orde en goede zeden kan (en mag) worden begrepen.

Vooraleer te proberen om deze vraag juridisch te beantwoorden, volgt eerst nog een situering van de ethische bevraging van dit bijzondere aspect van het (moderne?) octrooirecht.

⁵²¹ Zie onder meer overweging 9 in RAADGEVEND COMITÉ VOOR BIO-ETHIEK, "Advies met betrekking tot het 'voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de rechtsbescherming van biotechnologische uitvindingen (versie van 19 november 1997, zie document 95/0350 COD)", volgend op de vraag om advies van Minister Di Rupo, Vice Eerste Minister en Minister van Economie en Telecommunicatie (verkort geciteerd als Advies van het Raadgevend Comité voor Bio-Ethiek)", in H. NYS (ed.), *De Conventie Mensenrechten en Biogeneeskunde van de Raad van Europa, Inhoud en gevolgen voor patiënten en hulpverleners*, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, 1998, 270 en G. VAN OVERWALLE, "Harmonisatie in het octrooirecht, het kwekersrecht en het gebruiksmodellenrecht: van het wiel naar de mens naar het wiertje" (verkort geciteerd "Harmonisatie"), *I.R.D.I.* 1998, 155.

⁵²² Voor een nadere toelichting waarom dit voor het octrooirecht zo belangrijk is zie randnummers 739-742.

⁵²³ Zie S.J.R. BOSTYN, "The Patentability of Genetic Information Carriers. The new E.U. directive 98/44 on the legal protection of biotechnological inventions", *I.P.Q.* 1999, 10-13 en "Kloontje, kloontje in de mand, wie is de mooiste van het land? De implementatie van de EU richtlijn 98/44 octrooierbaarheid biotechnologische uitvindingen in Nederland" (verkort geciteerd "Kloontje"), *T. Gez.* 1999, 500-512.

⁵²⁴ Zoals het Belgische voorbeeld met onder meer de informed consent-vereiste.

§3 De ethische bevraging van het octrooirecht

A EEN 'RUIME' ETHISCHE BEVRAGING

358 Een ruime ethische bevraging kan het bestaan van het octrooirecht fundamenteel bevragen, maar ook dan blijft zij gevangen in onze moderne Westerse metafysica met haar neiging tot objectiveren en tot het waarderen van de technologische vernieuwing.⁵²⁵ Het afschaffen van het octrooirecht zou hier niets aan veranderen, behalve de ontwikkeling van een ander belonings- en stimuleringsstelsel.⁵²⁶ Gezien de doelstellingen van dit rapport wordt er op deze ethische bevraging niet nader ingegaan.

359 Er lijkt een parallel te bestaan tussen enerzijds de hier geschetste geschiedenis van het octrooirecht en de geschiedenis van de informed consent-vereiste. Zoals hoger aangegeven, correleert de toename van de interesse in de bio-ethiek en de patiëntenrechten met de ontwikkeling van de biomedische wetenschap en technologie.⁵²⁷ Deze correlatie is er omdat de bio-ethiek en de patiëntenrechten enerzijds het vertrouwen in deze ontwikkelingen moeten behouden, en (of door) anderzijds het uit die ontwikkelingen resulterende lijden zoveel mogelijk moeten (te) neutraliseren. De informed consent-vereiste speelt hierbij een vooraanstaande rol.

Deze correlatie is vergelijkbaar met de correlatie tussen enerzijds de 'meegaande' wijze waarop het octrooirecht zich aan de evolutie van de biotechnologie heeft aangepast, en anderzijds de opkomst en verbijzondering van het 'zogenaamd ethische' criterium van de openbare orde en de goede zeden. Het is immers tekenend dat deze octrooirechtelijke verbijzondering van de openbare orde en goede zeden zich enkel met betrekking tot het domein van de (vooral menselijke) biotechnologie heeft voorgedaan.

360 In deze optiek zouden de openbare orde en goede zeden eventueel als een veiligheidsklep (voor het octrooirecht) kunnen worden beschouwd. Een veiligheidsklep die het vertrouwen van de maatschappij in het (octrooi)rechtssysteem moet bewaren.

Gezien het belang van het octrooirecht bij de ontwikkeling van nieuwe technologie, lijkt het logisch dat het behoud van het vertrouwen in het octrooirecht met betrekking tot de biotechnologie net zo belangrijk is als het behoud van het vertrouwen in die biomedische technologie.

⁵²⁵ Zie randnummer 345 en de daar vermelde verwijzingen.

⁵²⁶ Een dergelijk alternatief systeem bestaat bijvoorbeeld al voor de weesgeneesmiddelen (de zogenaamde Orphan Drug Status).

⁵²⁷ Zie randnummers 172-175.

361 Twee recente voorbeelden tonen aan hoe belangrijk dit wel kan zijn. Twee belangrijke private spelers in de biotechnologierace (Celera en Monsanto) deden een eerder spectaculaire zet als antwoord op de zogenaamd ethisch geïnspireerde kritiek op hun intellectuele eigendomsbeleid. De manier waarop beide bedrijven dit deden, toont aan dat het hen om het beschermen van hun algemene intellectuele eigendomsbelangen te doen was.⁵²⁸

Het vertrouwen van de publieke opinie in genetisch gewijzigde organismen en/of in het octrooisysteem moest worden bewaard of herwonnen. Dit staat immers gelijk met het bewerkstelligen dat deze bedrijven ook op lange termijn nog met door intellectuele rechten beschermde biotechnologische uitvindingen winst zouden kunnen genereren. Dit bleek telkens belangrijker te zijn dan eventuele korte termijn winst.

B EEN 'ENGE' ETHISCHE BEVRAGING

362 Deze 'ruime' ethische bevraging van de eventueel onderliggende beweegredenen van de aanwezigheid en verbijzondering van de juridische begrippen openbare orde en goede zeden, nuanceert het debat dat zich vanuit een eerder 'enge' ethische vraagstelling heeft ontwikkeld.

363 Een 'eng' ethische bevraging van (deze begrippen in) het octrooirecht bestudeert de ethische dimensie van het octrooirecht op zichzelf, zonder (concreet) rekening te houden met de impact van het octrooirecht op de maatschappij, de technologie, de economie en dergelijke meer, en *vice versa*. Een dergelijke benadering staat dan ook vooral stil bij het feit dat het octrooirecht naar steeds explicietere openbare orde en goede zeden clausules is geëvolueerd.

⁵²⁸ Het recentste van de twee voorbeelden betreft het voorstel van Monsanto om onderzoekers in ontwikkelingslanden een vrije licentie op sommige van Monsanto's intellectuele rechten te verschaffen. Die onderzoekers zouden zo hun eigen genetisch gemodificeerde rijstgewassen vrij kunnen bekomen. Zie K. PHILIPKOSKI, "Monsanto to Offer Free Rice Tech", *Wired News* august 5 2000, <http://www.wired.com/news/technology/0,1282,38043,00.html>. Voordien had Celera een soortgelijke zet ondernomen. Celera is een van de belangrijkste private uitdagers in de race om het menselijk genoom te ontcijferen. In maart 2000 beloofde Celera om geen enkele beperking te hechten aan de wijze waarop academische onderzoekers haar gegevens zouden gebruiken, met uitzondering van een verbod om die gegevens zelf verder te verspreiden. Daarenboven zou Celera geen enkel recht claimen op de publicatie van gegevens of de octrooiering van uitvindingen die op basis van de door haar geleverde gegevens werden bereikt (de zogenaamde 'reach through rights'). Dit betekende een fundamentele ommekeer in het beleid van Celera. Deze ommekeer kwam er kort nadat de Amerikaanse president Bill Clinton en de Britse eerste minister Tony Blair door middel van een gezamenlijke verklaring het oude beleid van Celera impliciet hadden geëvieneerd. Deze kritiek verleende het 'noodzakelijke' politieke gewicht aan de vele protesten waarmee Celera's beleid zich reeds geconfronteerd zag. Met deze 'historische ommezwaai' beoogde Celera te bewerkstelligen dat de biotechnologiesector haar genoomgegevens, haar software hulpmiddelen, haar annotaties van het genoom en haar capaciteit voor het vlug computeren van dergelijke data zou willen, maar vooral *duven* gebruiken, en bijgevolg voor betalen. Zie D. BUTLER, "US/UK statement on genome data prompts debate on 'free access'", *Nature* 2000, vol. 404, 324.

Zo beschouwen sommige auteurs deze concretisering van de openbare orde en goede zeden bepaling als een trendsettende concretisering van de ethische dimensie van het octrooirecht⁵²⁹, terwijl anderen juist vrezen dat deze criteria (geïnterpreteerd wordt het goede zeden criterium) de meest enge (en dus niet-ethische?) interpretatie zullen blijven krijgen⁵³⁰.

C MET EEN 'RUIME' JURIDISCHE BEVRAGING OP ZOEK

364 Deze 'ruime' en 'enge' bevraging van het criterium van de openbare orde en de goede zeden in het octrooirecht wijzen beiden op dezelfde ene cruciale vraag. Met name de vraag wat er onder openbare orde en goede zeden in het recht, en in het bijzonder in het octrooirecht juridisch kan en moet worden begrepen. Deze vraag vormt het centrale thema van het volgende deel van dit rapport, waarbij een zo 'ruim' mogelijk (autonoom) juridisch perspectief wordt gehanteerd.

⁵²⁹ Zie G. VAN OVERWALLE, "Harmonisatie", 155.

⁵³⁰ P. DRAHOS, "Biotechnology", 447. Het volgende citaat van Ellul kan aan dit scepticisme van Drahos worden toegevoegd: "Dans une société donnée, plus on parle d'une valeur, d'une vertu, d'un projet collectif, plus c'est le signe de son absence." J. Ellul zoals geciteerd door F. VAN NESTE, "Op zoek naar het ethische gehalte in ons beroep" in F. VAN NESTE, *Ter wille van mensen*, Antwerpen, Maklu, 1997, 319.

DEEL 2

OPENBARE ORDE EN GOEDE ZEDEN

"La réflexion juridique, reflet de la vie sociale, ne connaît pas de fin et se poursuit toujours."⁵³¹

"Bij het bespreken van normaliseringsvraagstukken terzake van universitair beleid met collega's uit andere, vooral natuurwetenschappelijke disciplines, heb ik mij als jurist steeds beklemd gevoeld tussen twee extreme houdingen t.a.v. de (rechts-)regel. Aan de ene kant is er de houding van bijvoorbeeld de natuurkundige, voor wie de rechtsregel, bijna naar het voorbeeld van de wet van de zwaartekracht, ondubbelzinnig en rechtlijnig is. Aan de andere kant is er de houding van bijvoorbeeld de viroloog, voor wie de (rechts-)regel een geringe normaliserende kracht heeft, bijna naar het voorbeeld van het virus (wiens bestaan door slechts weinige, zeer flexibele normen wordt beheerst, maar dat zich aanpast aan de bestaanswijze en de leefregels van de omringende cellen). De eerste kijkt verwonderd op wanneer de jurist, om tegemoet te komen aan actuele belangen en doelstellingen, een regel tegen de letter in, zó interpreteert dat hij iets anders zegt dan men tot dusver had gemeend. De tweede, die geneigd is een dergelijke hersengymnastiek te steunen, voelt zich in zijn verwachtingen bedrogen wanneer de jurist, gekomen op een zeker punt, weigert de regel nog verder uit te rekken."⁵³²

⁵³¹ A.-CH. VAN GYSEL en J.-F. ROMAIN, "Conclusions générales: l'ordre public entre hétérogénéité et homogénéité", in X. (ed.), *L'ordre Public: concept et applications*, in *Les Conférences du Centre de droit privé et de droit économique III, Collection de la faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles*, Brussel, Bruylant, 1995, 327.

⁵³² W. VAN GERVEN, *Het beleid van de rechter*, Antwerpen, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1973, 12-13.

HOOFDSTUK 1

PROBLEEMSTELLING EN KEUZE VAN INTERPRETATIEMETHODE

AFDELING 1

PROBLEEMSTELLING

365 Het octrooidebat omtrent de begrippen openbare orde en goede zeden wordt bemoeilijkt door een *gebrek aan inzicht* in de inhoud en de functie van de openbare orde en de goede zeden in het octrooi-recht. Een degelijk inzicht vereist twee verduidelijkingen. Vooreerst hoe beide begrippen zich tot hun naamgenoten uit de overige rechtstakken verhouden. Vervolgens hoe beide begrippen zich ten opzichte van elkaar verhouden.

Dit rapport heeft onder andere tot doel om deze aspecten te verhelderen. Elke bijdrage tot het debat steunt op een bepaalde, in min of meerdere mate, geëxpliciteerde interpretatieve benadering.

De volgende afdeling beschrijft en verantwoordt de voor dit rapport gekozen interpretatiemethode.

366 Voordien hoort nog de toelichting dat de rode draad van het eerste deel van dit rapport, namelijk de niet altijd uitgeklaarde verhouding tussen een ‘enge’ en een ‘ruime’ ethische kijk, in dit deel naar de achtergrond verdwijnt. Haar invloed is net zoals met de morele horizon, oppervlakkig gezien niet merkbaar, maar desalniettemin uiterst bepalend. Deze rode draad beïnvloedt immers de keuze om het recht, om de juridische discipline, een ‘ruime’ autonome status toe te schrijven.⁵³³ Deze status houdt ook een ‘ruim’ autonoom juridisch taalgebruik in. Dit alles beïnvloedt de keuze van de gebruikte juridische interpretatiemethode.

367 De zo bereikte conclusies wijken soms af van deze die door middel van een eerder ‘eng’ juridische, of positivistische interpretatiemethode worden bekomen. Centraal in dit deel van dit rapport staat de opvatting dat moderne juridische begrippen als openbare orde en goede zeden zich situeren in (de ontwikkeling van) ons modern Westers metafysisch denken en spreken.

Juristen zijn zich hier wel ergens van bewust. In dit rapport wordt echter gesteld dat zolang juristen het recht en dus ook de begrippen openbare orde en goede zeden, louter vanuit een ‘eng’ perspectief benaderen, zij er niet kunnen in slagen om de ethische inbreng van deze begrippen in het recht volledig te situeren.

⁵³³ Zie ook randnummer 44.

368 In dit deel worden de begrippen openbare orde en goede zeden zowel in hun internationale als in hun intern juridische context geanalyseerd. Omwille van de voor dit project toegemeten tijd, wordt de intern juridische context tot het Belgische interne recht beperkt. Deze beperking zou geen al te groot nadeel mogen wezen, aangezien de essentiële bevindingen uit de analyse van het Belgische interne recht aan de internationale juridische context worden getoetst. Zo wordt er onrechtstreeks met de andere Europese rechtstelsels rekening gehouden.⁵³⁴

AFDELING 2

DE INTERPRETATIEPROBLEMATIEK TAALKUNDIG BESCHOUWD

§1 De ‘betekenis’ van het woord betekenis in een algemene context

A EEN MEDEDELING MOET HAAR INHOUD ADEQUAAT OVERBRENGEN

369 Woorden staan niet op zich, maar maken deel uit van een taalgebeuren. Anders geformuleerd: woorden maken altijd deel uit van een context waarbij de mededeler psychische inhoud aan de ontvanger communiceert.⁵³⁵

Een adequate mededeling is die waarbij haar psychische inhoud in al haar juiste nuances wordt begrepen en waarbij het uitdrukken en het begrijpen van haar psychische inhoud samenvallen.⁵³⁶ Een dergelijke adequate mededeling is altijd moeilijk en hangt onder meer af van de moeilijkheidsgraad van de te gebruiken woorden.

⁵³⁴ Het feit dat juist de Belgische minister van economische zaken overweegt om de informed consent-vereiste in het Belgische octrooiwet op basis van het openbare orde en goede zeden criterium afdwingbaar te stellen, beïnvloedt natuurlijk de keuze voor een analyse van het Belgische interne recht.

⁵³⁵ M. VAN HOECKE, *De interpretatievrijheid van de rechter*, in *Bibliotheek van het Gerechtelijk Recht*, VI, Antwerpen, Kluwer, 1979, nr. 6.

⁵³⁶ M. VAN HOECKE, *o.c.*, nr. 12.

B EEN BETEKENIS WORDT ALTIJD DOOR DE CONTEXT BEÏNVLOED⁵³⁷

370 Elk woord en elke zin zijn op zich al *drager van een betekenis*, hebben als taalelement een betekenis. Betekenisdragers krijgen hun *specifieke* betekenis echter vanuit de *context* waarin die betekenisdragers zich situeren, op zich hebben ze slechts een relatieve betekenis.

De context wordt hier gedefinieerd als "de organisatie van de werkelijkheid waarbinnen de communicatie zich situeert." De context fungeert als een soort informatievoorraad en bepaalt of het gebruik van een bepaald woord in een specifiek geval adequaat is. Daarenboven individualiseert de context de relatieve betekenis van een woord, door haar algemene betekenis verder te verbijzonderen, te actualiseren, te nuanceren en te vervolledigen.

Die context bestaat uit meerdere deelcontexten: expliciete of impliciete, linguïstische of a-linguïstische, tekstuele of a-tekstuele, juridische of niet-juridische. Betekenisdragers verkrijgen hun volledige betekenis pas in de *totale*, in de *reële*, context.

371 Dit alles houdt in dat een zin dient te worden gesitueerd in de ruimere context waarin zij voorkomt. Terwijl diezelfde zin de *eerst aangewezen* context is om haar woorden in te situeren. Hierdoor wordt de specifieke betekenis die de zin aan een woord verleent, mede beïnvloed door de invloed van de ruimere context op die zin.

Nochtans wekken die relatieve betekenseenheden soms de *indruk* van zelfstandige betekenseenheden te zijn. Dit gebeurt wanneer de zender of de interpretator die betekenisdragers *onbewust* in een ruimere context situeert.

C DE KERNBETEKENIS EN DE CONTEXT VERHINDEREN HET ARBITRAIR KARAKTER VAN WOORDEN⁵³⁸

372 Elk woord heeft een conventionele *vaste kern* die het *bindelement* vormt tussen haar verschillende relatieve betekenissen en nuanceringen.⁵³⁹ Deze vaste kern steunt op ieders sociale ervaring en op de daaruit resulterende vroegere betekenisassociaties. Die vaste kern belet het arbitrair gebruiken of

⁵³⁷ M. VAN HOECKE, *o.c.*, nr. 34-49 en 134.

⁵³⁸ Zie M. VAN HOECKE, *o.c.*, nr. 123-125. Voor een grondige bespreking van de verschillend situaties waarbij de context een woordbetekenis scheidt, zie M. VAN HOECKE, *o.c.*, nr. 49.

⁵³⁹ Een woord bezit soms meerdere vaste kernbetekenissen. Bijvoorbeeld het woord bank dat zowel naar een zitmeubel, als naar een financiële instelling kan verwijzen.

begrijpen van een woord. Nochtans doordat elke nieuwe context een nieuwe nuance of accentverschuiving kan genereren, kan dit op lange termijn de kernbetekenis van een woord wijzigen.⁵⁴⁰ Naargelang een woord in verschillende ‘talen’ (technische of omgangstalen), of in een verschillend taalgebruik (bijvoorbeeld het juridische) voorkomt, kan het naast verschillende ‘randbetekenissen’ ook verschillende kernbetekenissen krijgen.⁵⁴¹

Bovendien kent de context een woord soms een nieuwe betekenis toe die binnen een zelfde taal(gebruik) volledig *afwijkt* van, of zelfs *strijdig* is met de *kernbetekenis(sen)* van dit woord. Deze nieuwe betekenis *vloeit uit die context voort en blijft met die context ook verbonden*. Enkel deze band *belemmert* dan nog het *arbitrair* gebruiken of begrijpen van een dergelijk woord.

D MEERVOUDIGE BETEKENISSEN EN DE OBJECTIVERENDE WERKING VAN EEN INTERSUBJECTIEVE CONSENSUS

373 Ook het woord ‘betekenis’ heeft meerdere betekenissen. Zijn betekenis varieert naargelang dit woord vanuit het perspectief van de mededeler, dan wel van de *ontvanger* wordt benaderd. Zo betekent ‘betekenis’ voor de ontvanger van een symbool (hierna de *interpretator* genaamd) *datgene waarnaar die meent dat de gebruiker van het symbool verwijst*. Dit behelst een *feitelijk proces van betekenisverlening* waarbij de interpretator *zoekt naar* de betekenis van de meegedeelde psychische inhoud om er uiteindelijk *aan toe te kennen*.⁵⁴²

374 Deze definitie heeft het over een *subjectieve* betekenis die steunt op de intrinsiek beperkte kennis en de ervaring van de interpretator. Het bewerkstelligen van een *intersubjectieve consensus*, kan die betekenis in zekere mate *objectiveren*.⁵⁴³

Voor de interpretator is het echter soms niet eenvoudig om in te schatten naar wat sommige woorden verwijzen. Dergelijke woorden bemoeilijken dan ook het bereiken van een intersubjectieve consensus.

⁵⁴⁰ Dit zou zich eerder voordoen bij woorden die niet regelmatig worden gebruikt. Zie M. VAN HOECKE, *o.c.*, nr. 49.

⁵⁴¹ M. VAN HOECKE, *o.c.*, nr. 124.

⁵⁴² Zie M. VAN HOECKE, *o.c.*, nr. 13-33 waar hij de door Ogden en Richards, in *The Meaning of Meaning*, opgegeven betekenissen van betekenis bespreekt in functie van hun relevantie bij wetteksten. Zie ook nr. 52-53.

⁵⁴³ M. VAN HOECKE, *o.c.*, nr. 27.

§2 De ‘betekenis’ van het woord betekenis in een juridische context

A EEN NORMATIEVE OF ‘TECHNISCH-JURIDISCHE’ BETEKENIS

375 Juridische, ethische en deontologische regels zijn geen gewone, maar *normatieve* mededelingen. Omdat een rechtsregel een zinvolle sociale ordening *beoogt*, heeft het normatief karakter van een rechtsregel een algemene draagwijdte. In de moderne Westerse maatschappij kadert élk onderdeel van de door het recht beoogde sociale ordening op een of andere wijze in de context van het ideaal en de praktijk van de democratische rechtsstaat. Hierdoor dient het recht een bemiddelende rol te spelen en de macht van de verschillende actoren te beperken.⁵⁴⁴

376 Door een zinvolle sociale ordening te beogen, volstaat het niet van de psychische inhoud van het recht, namelijk van de abstracte rechtsregel, alleen maar adequaat mee te delen. Het normatieve karakter van elke rechtsregel vereist daarenboven dat zij adequaat zou worden toegepast in elke concrete situatie die deze rechtsregel voor ogen heeft. Dit is de essentiële doelgerichtheid, de *teleologische dimensie*, van het recht.⁵⁴⁵ Dit normatieve aspect van het recht versterkt bijgevolg de relativiteit van de betekenissen van de gebruikte betekenisdragers.

Dit gegeven bemoeilijkt dat het uitdrukken en het begrijpen van de psychische inhoud van het recht zouden samenvallen.⁵⁴⁶ Voor de betekenis van een rechtsregel is de *beoogde en functionele* maatschappelijke ordening immers belangrijker dan de gangbare betekenis die haar woorden in het algemeen spraakgebruik hebben. De *normatieve functionaliteit van het recht* verbijzondert (en soms zelfs *herdefinieert*) de *relevante* betekenis van een woord in een welbepaalde juridische context. Met andere woorden, de betekenis van een woord is dan specifiek toegespitst op de door de wetgever beoogde juridische regeling.

⁵⁴⁴ S. GUTWIRTH, *l.c.*, 152.

⁵⁴⁵ Zie M. VAN HOECKE, *o.c.*, nr. 322 en voetnoot 1, waarbij hij vaststelt dat alle definities van Ogden en Richards in hoofdzaak, zonet uitsluitend op een informatieve mededeling zijn afgestemd, terwijl hij argumenteert dat in het recht met haar normatieve mededelingen "de semantiek en de pragmatiek [dit is het gebruik en het effect van de tekens] niet van elkaar te scheiden zijn."

⁵⁴⁶ M. VAN HOECKE, *o.c.*, nr. 12.

377 In onze democratische rechtsstaten komt daarbij nog dat het recht aan rechtsbegrippen nooit helemaal de betekenis verleent die het dominante wereld- of werkelijkheidsbeeld eraan toeschrijft, want dit recht verzet zich tegen elke monopolisering van juridische begrippen. Afwijkende opvattingen, waarden en interpretaties moeten immers kunnen, waardoor de (maatschappelijke) werkelijkheid nooit volledig met het dominante maatschappelijke project of ideaal kan overeenstemmen. Het recht bemiddelt dan ook voortdurend tussen de werkelijkheid en het dominante maatschappelijke ideaal en het is doorheen dit proces dat rechtsbegrippen hun concrete inhoud verkrijgen. Met andere woorden, rechtsbegrippen zijn het resultaat van een voortdurende en zich voortdurend wijzigende spanning. Het zijn, zoals hoger al aangegeven, relatieve begrippen, maar in het moderne recht *moeten* ze dit ook zijn. Juridische begrippen blijven ‘open’, ze kunnen gewoonweg nooit helemaal éénduidig zijn. Deze vorm van rechtsbescherming verhindert dat het recht tot een louter instrument van het (meerderheids)beleid verwordt. Als mogelijkheidsvoorwaarde voor het samenleven van personen en groepen met verschillende opvattingen moet het recht dan ook altijd het bestaan van andere opvattingen blijven veronderstellen, mogelijk maken en afwegen. Het recht legt dan ook geen gemiddelden, geen ‘werkelijkheid’, zelfs geen wetenschappelijk onderbouwde werkelijkheid, op.⁵⁴⁷

378 Samen met het normatieve karakter van het recht leidt dit gegeven vaak tot situaties waarbij in het recht gebruikte woorden een met hun kernbetekenis strijdige betekenis krijgen.⁵⁴⁸ Daarnaast komen sommige woorden vrijwel uitsluitend in een juridische context voor, hetgeen ten onrechte de indruk wekt dat het om zuiver juridische begrippen zou gaan. Een hierdoor van het dagelijks taalgebruik afwijkende betekenis is dan een ‘technisch-juridische’ betekenis. Dit *specifiek* en *technisch gebruik* van de dagelijkse omgangstaal kenmerkt heel het recht.

Dit technisch-juridisch taalgebruik omvat zowel woorden met een in het dagelijks taalgebruik gangbare betekenis, als woorden met een technisch-juridische betekenis, waarbij beide categorieën *geleidelijk* in elkaar overlopen. Deze geleidelijke gradatie van de techniciteit van woorden in het recht bemoeilijkt het onderscheid tussen enerzijds het technisch-juridisch taalgebruik en anderzijds het ‘gewone’ taalgebruik van de wetgever en van de jurist in het algemeen.⁵⁴⁹

⁵⁴⁷ Heel dit randnummer vormt een beknopte weergave van S. GUTWIRTH, *l.c.*, 153-154, die hiervoor op het werk van FOQUÉ en 't HART steunt, zie zijn verwijzingen in voetnoot 40.

⁵⁴⁸ Of een nieuwe, specifiek juridische kernbetekenis krijgen? Zie randnummer 372.

⁵⁴⁹ M. VAN HOECKE, *o.c.*, nr. 111, 113 en 126.

B DE JURIDISCHE CONTEXT VAN DEZE NORMATIEVE BETEKENIS

379 Deze moeilijkheid versterkt de noodzaak om met de totale context van een juridische mededeling rekening te houden. De vele geargumenteerde discussies omtrent elk mogelijk juridisch onderwerp kunnen hiertoe bijdragen, doordat die gericht zijn op het bereiken van een intersubjectieve – en dus objectiverende – consensus omtrent de betekenis van een rechtsbegrip of een rechtsregel.⁵⁵⁰

380 Voor een jurist is de juridische context het gemakkelijkst toegankelijk, bijgevolg zal de jurist een woord en een tekst eerst in zijn juridische context situeren. Het is immers de normatieve context waarin dit woord voorkomt, die aan een woord zijn technisch-juridische draagwijdte verleent. Deze normatieve context bestaat uit de functie van het woord in de wet en uit de door de wetgever beoogde juridische ordening. Een wijziging van een van beide kan juridische begrippen hun technische betekenis geheel of gedeeltelijk doen verliezen.⁵⁵¹

Een wettelijke definitie bevestigt louter de specifieke, normatieve betekenis van een bepaald woord en verbijzondert haar inhoud en draagwijdte. Bijgevolg geldt een dergelijke wettelijke definitie niet zonder meer voor alle wetteksten waarin dit woord voorkomt.⁵⁵²

381 Zelfs voor een jurist blijft de jurisch-normatieve context van een rechtsregel complex. Het is immers aan de *interpretator* om de *functie* van het woord *in een bepaalde wet én de maatschappelijke ordening* die de wetgever hiermee wilde bewerkstelligen, met elkaar te *verzoenen*.

De moeilijkheidsgraad van deze verzoeningsopgave neemt toe naarmate een juridisch woord naar meerdere juridische regelen en dus mogelijk naar meerdere normatieve contexten verwijst. Immers hoe meer uiteenlopende contexten, hoe groter het risico op een groot aantal uiteenlopende *deelinterpretaties* omtrent de mogelijke betekenissen en nuances van een rechtsbegrip of rechtsregel.⁵⁵³

⁵⁵⁰ M. VAN HOECKE, *o.c.*, nr. 27 en 39-42.

⁵⁵¹ M. VAN HOECKE, *o.c.*, nr. 47, 111 en 115.

⁵⁵² M. VAN HOECKE, *o.c.*, nr. 113.

⁵⁵³ M. VAN HOECKE, *o.c.*, nr. 111 en 115.

C KEUZE VAN DE IN ACHT TE NEMEN CONTEXT⁵⁵⁴

382 Daarenboven hanteren juristen een reeks van uiteenlopende interpretatiemethoden bij het zoeken naar de betekenis van rechtsregels. Elk van die interpretatiemethoden benadert slechts een deel van de totale context. In theorie vergt de interpretatie van een rechtsregel echter steeds de inachtneming van de *totale context*. In de praktijk echter vergt de correcte interpretatie van een rechtsregel enkel de interpretatie van de totale context indien er enige twijfel over een betekenis zou bestaan.

De betekenis van een wettekst vloeit dus voort uit een zo ruim mogelijke situering van eerst de zendercontext en indien nodig ook van de ontvangercontext. Dit laatste vereist een dialectische wisselwerking tussen zenderbetekenis en ontvangerbetekenis, waarbij vooral de maatschappelijke doelgerichtheid van de wetgeving van belang is.

Kortom, in het juridisch taalgebruik wordt de *betekenis* van de gebruikte woorden *mede bepaald door hun normatieve functie*.

§3 Overzicht van de bestaande interpretatiemethoden

383 De hierboven omschreven stelregel handelt enkel over zender- en ontvangercontext en niet over de verschillende interpretatiemethoden die hierbij aan bod komen. Van Hoecke heeft echter afdoende aangetoond dat de tegenstelling zender-, ontvangercontext de meeste interpretatiemethoden doorkruist.⁵⁵⁵ Hierna worden de verschillende interpretatiemethoden besproken. Telkens wordt er eerst een beschrijving gegeven van de deelbenaderingen die hierbij worden gehanteerd en in welke mate die op een zender-, dan wel op een ontvangercontext betrekking hebben, daarop volgt hun beoordeling.⁵⁵⁶

⁵⁵⁴ M. VAN HOECKE, *o.c.*, nr. 115 en 338.

⁵⁵⁵ Voor een samenvattend overzicht, zie M. VAN HOECKE, *o.c.*, nr. 330-335.

⁵⁵⁶ Voor een ruimere bespreking en beoordeling wordt verwezen naar het reeds geciteerde werk van Van Hoecke, dat ook voor dit deel van dit rapport als leidraad heeft gediend.

A EEN ZUIVERE ZENDERCONTEXT: HET BESTUDEREN VAN DE VOORBEREIDENDE WERKEN

384 Wanneer het *geheel* van de voorbereidende werken *niet tot tegengestelde* betekenissen leidt, kan zij als de meest relevante *interpretatiecontext* worden gebruikt om zo een *deel* van de zenderbetekenis van een wettekst te achterhalen en te verduidelijken.⁵⁵⁷

B HET DOORKRUISEN VAN EEN ZENDER- EN ONTVANGERCONTEXT

385 In theorie poogt de grammaticale interpretatiemethode om de zenderbetekenis te achterhalen, terwijl het in de praktijk meestal om een ontvangerbetekenis gaat. Bij de systematische en de historische interpretatiemethode hangt het van de concrete benaderingswijze af of het om de zender-, dan wel om de ontvangerbetekenis gaat.

1 De grammaticale interpretatiemethode

A METHODOLOGIE EN DOCTRINAIRE ONDERBOUW

386 De grammaticale of woordelijke interpretatie houdt met geen enkele context rekening en kent de woorden of de wettekst een betekenis toe op basis van de woorden zelf. Twee verschillende doctrines (de duidelijke-tekst en de duidelijke-kern-doctrine) pogen deze methode te verantwoorden.⁵⁵⁸

De duidelijke-tekst-doctrine steunt op het argument dat een 'duidelijke' tekst geen bijkomende interpretatie elementen vergt.

De duidelijke-kern-doctrine gaat enkel uit van het feit dat elke woord een kernbetekenis heeft.⁵⁵⁹ Enkel die kernbetekenissen zouden de interpretator van een rechtsregel binden. Voor het overige geniet de interpretator van een ruime interpretatiemarge.⁵⁶⁰

⁵⁵⁷ M. VAN HOECKE, o.c., nr. 203-204, 217 en 220-221.

⁵⁵⁸ M. VAN HOECKE, o.c., nr. 83.

⁵⁵⁹ Vgl. randnummer 372 en 378.

⁵⁶⁰ M. VAN HOECKE, o.c., nr. 122.

B BEOORDELING

387 In de praktijk resulteert de toepassing van de grammaticale interpretatiemethode doorgaans in het *ontbreken van enige methodologie*. Door het poneren van de duidelijkheid van een tekst of van de kernbetekenis van een woord valt de prikkel hiertoe immers weg.⁵⁶¹

Beide doctrines negeren tevens bepaalde taalkundige inzichten. De duidelijke-kern-doctrine doet dit in iets mindere mate dan de duidelijke-tekst-doctrine.

388 Volgens de duidelijke-tekst-doctrine is de 'duidelijke' betekenis een 'duidelijke' zenderbetekenis, terwijl het in werkelijkheid om een 'duidelijke' ontvangerbetekenis gaat.⁵⁶² Deze 'methode' negeert vaak zelfs al de zin waarin het woord voorkomt. Nochtans is die zin de eerst aangewezen context waarin een woord moet worden gesitueerd (namelijk gedetermineerd en gepreciseerd).⁵⁶³

Terwijl deze *foutieve redenering* de schijn wekt dat deze methode de letter van de wet strikt toepast, biedt ze de interpretator de mogelijkheid om tot *de meest willekeurige interpretaties* te komen.⁵⁶⁴

389 De duidelijke-kern-doctrine miskent het feit dat een woord als gevolg van haar functionaliteit in een (juridische) context, soms een betekenis kan krijgen die volledig afwijkt of zelfs strijdig is met haar kernbetekenis uit het dagelijks taalgebruik. Deze doctrine steunt dus op een *onvolledige redenering*.⁵⁶⁵ De interpretatievrijheid die hieruit resulteert staat niet in functie van de beoogde rechtsregel of van een adequate maatschappelijke ordening.⁵⁶⁶

390 Wanneer de bedoeling van de wetgever niet uitdrukkelijk uit andere wetteksten of uit de voorbereidende werken blijkt, kan de grammaticale interpretatie toch nog nuttig zijn om de juiste betekenis van de tekst te achterhalen.⁵⁶⁷

Een methodologisch verantwoorde werkwijze *vereist* dan wel dat de grammaticale interpretatie een woord in de (beperkte) context van de wettekst plaatst en rekening houdt met het feit dat de duidelijkheid op syntactisch niveau geen waarborg biedt voor de uiteindelijke betekenis van een woord in een rechtsregel.⁵⁶⁸

⁵⁶¹ M. VAN HOECKE, *o.c.*, nr. 128.

⁵⁶² Voor een uitgebreide kritiek op deze "duidelijke" tekst doctrine, zie M. VAN HOECKE, *o.c.*, nr. 84-121.

⁵⁶³ Zie randnummer 371.

⁵⁶⁴ M. VAN HOECKE, *o.c.*, nr. 131.

⁵⁶⁵ Zie randnummer 372.

⁵⁶⁶ M. VAN HOECKE, *o.c.*, nr. 127.

⁵⁶⁷ M. VAN HOECKE, *o.c.*, nr. 51.

⁵⁶⁸ M. VAN HOECKE, *o.c.*, nr. 134-136.

Een correct gehanteerde grammaticale interpretatie kan zo het inzicht verbeteren in de structuur van de tekst en in de verschillende mogelijke betekenissen van de woorden in het kader van deze tekst. Deze resultaten vormen altijd slechts een *voorbereidend stadium* in het interpretatieproces.⁵⁶⁹

2 De systematische interpretatiemethode

A METHODOLOGIE

391 Deze methode situeert een wettekst in de context van de *geldende* juridische regels. Dit vergt eerst een opsplitsing van alle wetteksten in relevante en irrelevante teksten. Deze afbakening verloopt volgens welbepaalde regels. Op basis van het zo bekomen 'systematisch-kader' worden dan bepaalde conclusies ten aanzien van de betekenis van deze wettekst getrokken.⁵⁷⁰

De systematische interpretatie stoelt op de opvatting dat het recht een organisch geheel vormt. Volgens deze visie vergt het behoud van de functionaliteit van het recht dat eventuele dubbelzinnigheden en tegenstrijdigheden in het rechtssysteem worden vermeden. Daarom wordt een wettekst naar het systeem toe geïnterpreteerd.⁵⁷¹

392 Hierbij zijn twee tegenovergestelde benaderingen mogelijk.

In de ene benadering vormen de *oudere rechtsregels* een *algemene achtergrond* voor de jongere wettekst. Uitgangspunt is de vooronderstelling dat de wetgever bij het uitvaardigen van die jongere wettekst de algemene beginselen en basisregelen van de oudere rechtsregels voor ogen had. Een dergelijke systematische interpretatie is dan een poging om de jongere wetteksten optimaal in het vigerend rechtssysteem in te passen (het toekennen van een zenderbetekenis).⁵⁷²

Veel vaker doet zich juist het omgekeerde voor, waarbij oudere wetteksten in functie van recentere wetteksten worden geïnterpreteerd (het toekennen van een ontvangerbetekenis). De coherentie van het rechtssysteem wordt dan hersteld door de betekenis van de oudere rechtsregels zo functioneel mogelijk in het actuele ordeningssysteem in te passen.⁵⁷³

⁵⁶⁹ M. VAN HOECKE, *o.c.*, nr. 135-136.

⁵⁷⁰ M. VAN HOECKE, *o.c.*, nr. 140 en 142.

⁵⁷¹ M. VAN HOECKE, *o.c.*, nr. 150-151.

⁵⁷² M. VAN HOECKE, *o.c.*, nr. 156.

⁵⁷³ M. VAN HOECKE, *o.c.*, nr. 157.

In ieder geval moeten *samen uitgevaardigde wetteksten* tot bewijs van het tegendeel als een *coherent geheel* worden beschouwd.⁵⁷⁴

B BEOORDELING

393 Naar welk van beide benaderingen de voorkeur dien uit te gaan, hangt van de concrete context af. Hierbij dient de interpretator zich van de gevolgen van de respectievelijke benaderingen bewust te zijn.⁵⁷⁵ Nieuwe wetteksten interpreteren in functie van reeds bestaande, heeft als doel op de bestaande wetteksten verder te bouwen en werkt *systeembestendigend*. Oude wetteksten interpreteren in functie van recentere, werkt daarentegen *systeemvernieuwend*.⁵⁷⁶

394 De interpretator die een wettekst in de context van diverse rechtstakken situeert, moet daarbij opletten om de autonomie van deze rechtstakken niet te miskennen.⁵⁷⁷ Een objectief omgaan met de systematische interpretatiemethode vergt dat de interpretator deze methode *niet als zelfstandige interpretatiemethode* hanteert. Anders riskeert het bekomen resultaat door subjectieve waarderingsen te zijn beïnvloed.⁵⁷⁸

Om dit laatste te voorkomen moet deze interpretatie *in het licht van de ratio legis* worden gehanteerd. De *ratio legis* is die van de geïnterpreteerde wet, maar kan eventueel ook die van andere wetteksten zijn. De *maatschappelijke functionaliteit* van het rechtssysteem moet immers primeren op de interne coherentie van een abstract geheel van juridische normen.⁵⁷⁹ (Zie ook verder bij de teleologische interpretatiemethode.)

3 De historische interpretatiemethode

A METHODOLOGIE

395 Het begrip historische interpretatie dekt een ruime waaier aan benaderingen. Dit is het gevolg van het doorkruisen van twee verschillende assen waarop een wettekst kan worden benaderd. De eerste as

⁵⁷⁴ M. VAN HOECKE, *o.c.*, nr. 150.

⁵⁷⁵ M. VAN HOECKE, *o.c.*, nr. 157.

⁵⁷⁶ M. VAN HOECKE, *o.c.*, nr. 156-157.

⁵⁷⁷ M. VAN HOECKE, *o.c.*, nr. 153.

⁵⁷⁸ M. VAN HOECKE, *o.c.*, nr. 179.

⁵⁷⁹ M. VAN HOECKE, *o.c.*, nr. 179-180.

betreft het onderscheid tussen het beoordelen van enerzijds de historische evolutie vóór de totstandkoming van de te interpreteren wet (zenderbetekenis) en anderzijds de historische ontwikkelingen nadien (ontvangerbetekenis). De tweede as betreft het onderscheid tussen wets- en rechtshistorische interpretatie. De rechtshistorische interpretatie situeert de te interpreteren wet in een ruimere context dan die van de wetshistorische interpretatie. De combinatie van deze twee assen resulteert in de volgende vier varianten.

396 De wetshistorische interpretatie vóór de stemming van de wet onderzoekt de historische ontwikkeling (opeenvolging) van de wetteksten die binnen één enkel rechtssysteem aan de te interpreteren wet vooraf gingen en die door deze wet gewijzigd en/of gedeeltelijk werden hernomen (zenderbetekenis).⁵⁸⁰

397 De wetshistorische interpretatie na de stemming van de wet onderzoekt of, en in welke mate, de opvattingen van de huidige wetgever ondertussen zijn gewijzigd. Dit onderzoek richt zich tot de materie waarin de geïnterpreteerde wet zich situeert en tot de principes en doelstellingen die in deze wet vervat liggen.⁵⁸¹

398 De rechtshistorische interpretatie vóór de stemming van de wet beschikt over een horizontale en over een verticale benadering.

De verticale benadering situeert de te interpreteren wetteksten ten opzichte van haar historische wortels van de wetteksten *in vroegere rechtssystemen*. Deze benadering gaat veel verder (terug) dan de wetshistorische interpretatie voor de stemming van de wet.

De horizontale benadering gaat niet in de tijd terug, maar richt zich op de periode die de totstandkoming van de te interpreteren wetteksten *onmiddellijk voorafgaat*. Deze benadering analyseert de toenmalige juridisch maatschappelijke en sociaal economische ontwikkelingen die als achtergrond voor de totstandkoming van de wetteksten fungeerden.⁵⁸²

⁵⁸⁰ M. VAN HOECKE, o.c., nr. 225.

⁵⁸¹ Ibid.

⁵⁸² M. VAN HOECKE, o.c., nr. 226.

399 De rechtshistorische interpretatie na de stemming van de wet onderzoekt welke materiële of maatschappelijke ontwikkelingen zich sinds de stemming van de wet hebben voorgedaan. Enkel deze die verband houden met de door de wetgever in deze wet uitgewerkte regeling, zijn hierbij relevant.⁵⁸³

B BEOORDELING

400 Tussen de zenderbetekenis en de ontvangerbetekenis gaapt de kloof van de geschiedenis. Elke wettelijke regel wordt gekenmerkt door historisch toevallige elementen. Deze kloof kan enkel worden overbrugd door een wettelijke regel te ontdoen van haar historisch toevallige elementen en haar te beschouwen "als een historisch gedetermineerd middel om een historisch gedetermineerd doel te bereiken."⁵⁸⁴

C EEN ZUIVERE ONTVANGERCONTEXT: DE TELEOLOGISCHE INTERPRETATIEMETHODE

1 Methodologie

401 De teleologische interpretatie kent een rechtsregel een betekenis toe *in functie van de specifieke doelstellingen* die de wetgever bij de totstandkoming van de wet op het oog had, *of in functie van de algemene doelstellingen van het gehele rechtssysteem* (ontvangerbetekenis).

Achter deze methode gaat de redenering schuil dat de wet voor de wetgever slechts een middel is om een welbepaald doel te bereiken. Bijgevolg moet de normatieve inhoud van de wettekst steeds in het licht van het doel van de wet worden begrepen. Het *doel* van de wet vormt een *hulpmiddel* om aan de wettekst een *adequate en zinvolle betekenis toe te kennen*.⁵⁸⁵

Op het eerste zicht schijnbaar duidelijke woorden en wetteksten moeten volgens deze benadering zinvol kunnen worden toegepast. Dit vergt dat hun op het eerste zicht duidelijke betekenis niet tot absurde of onredelijke resultaten mag leiden en dat hun betekenis aan de gewijzigde technische of maatschappelijke omstandigheden moet worden aangepast.⁵⁸⁶

⁵⁸³ Ibid.

⁵⁸⁴ M. VAN HOECKE, *o.c.*, nr. 297.

⁵⁸⁵ M. VAN HOECKE, *o.c.*, nr. 272.

⁵⁸⁶ M. VAN HOECKE, *o.c.*, nr. 273.

402 De meest voorkomende teleologische interpretatiemethode is de wetsteleologische interpretatie. Deze methode situeert de te interpreteren rechtsregel tegen de achtergrond van de bedoeling van de wetgever. Ofwel is dit de concrete bedoeling bij de uitvaardiging van de geïnterpreteerde wettekst, ofwel blijkt de bedoeling van de wetgever uit een geheel van samenhangende wetten waartoe deze rechtsregel kan worden gerekend.⁵⁸⁷ Dit laatste kan enkel op voorwaarde dat die 'samenhangende wetten' in de tijd niet te ver uit elkaar liggen.⁵⁸⁸

Deze methode resulteert uit de opvatting dat de *occasio legis* slechts de aanleiding is voor de uitvaardiging van de wet. De *occasio legis* is in die optiek enkel maar relevant als aanwijzing voor het doel dat de wetgever beoogde.⁵⁸⁹ Het door de wetgever beoogde doel wordt hierbij herleid tot haar historisch fundamentele opties.⁵⁹⁰

Deze methode bewijst haar nut wanneer de wettekst de bedoeling van de wetgever onvolkomen, of verkeerdelijk, weergeeft, of wanneer de wetgever een bepaalde situatie niet voor ogen heeft gehad, zij het uit vergetelheid of zij het omdat die situatie toen nog niet bestond. Telkens kan de op het eerste zicht duidelijke betekenis van de wettekst niet zomaar toepasselijk zijn.⁵⁹¹

403 De rechtsteleologische benadering focust niet op de maatschappelijke functionaliteit van de interpreteren wettekst, maar wel op het actuele rechtssysteem *als systeem*.⁵⁹²

Bij deze benadering wordt veel belang gehecht aan zowel de basisopties van het maatschappelijk beleid van de wetgever als aan bepaalde rechtsethische beginselen. Deze wettelijke basisopties worden vervolgens in hun maatschappelijke context gesitueerd, terwijl enkel deze rechtsethische beginselen worden weerhouden die als een cultuurhistorische verworvenheid in de samenleving algemeen worden aanvaard.⁵⁹³

De zo afgebakende basisprincipes van het rechtssysteem helpen de concreet te interpreteren wetteksten in hun ruime context te plaatsen.⁵⁹⁴

⁵⁸⁷ M. VAN HOECKE, *o.c.*, nr. 287.

⁵⁸⁸ M. VAN HOECKE, *o.c.*, nr. 295.

⁵⁸⁹ M. VAN HOECKE, *o.c.*, nr. 290.

⁵⁹⁰ M. VAN HOECKE, *o.c.*, nr. 295.

⁵⁹¹ M. VAN HOECKE, *o.c.*, nr. 290.

⁵⁹² M. VAN HOECKE, *o.c.*, nr. 291.

⁵⁹³ *Ibid.*

⁵⁹⁴ *Ibid.*

2 Beoordeling

404 De wetsteleologische interpretatie verliest haar relevantie wanneer de opvattingen van de wetgever of van de maatschappij sedert het uitvaardigen van de te beschouwen wetten, in belangrijke mate zijn gewijzigd. Om dan nog relevant te blijven rest er niets anders dan op de actuele doelstellingen te steunen.⁵⁹⁵

De rechtsteleologische benadering wordt door een heel ruime interpretatievrijheid gekenmerkt.⁵⁹⁶

405 *Het precies omschrijven van het doel* in het licht waarvan de wettekst moet worden geïnterpreteerd, vormt de essentiële zwakte van beide teleologische interpretatiemethoden. Een synthese-benadering waarbij de historische interpretatie in een systematisch teleologische interpretatie *overvloedig*, kan dit euvel gedeeltelijk verhelpen.⁵⁹⁷

De systematische interpretatie leent zich immers tot het *blootleggen* van de historische evolutie in de opties en de doelstellingen van de wetgever en de daardoor ontstane *discrepanties*. Soms kan de zo blootgelegde incoherentie tussen diverse wetten de maatschappelijke functionaliteit van het recht in het gedrang brengen. Een dergelijke situatie vergt een *harmonisatie* van de wettelijke bepalingen *op het niveau van hun doelstellingen*. Deze harmonisatie moet plaats vinden binnen het actuele rechtssysteem, zoals dit zich binnen de actuele maatschappelijke context situeert.⁵⁹⁸

§4 De ‘betekenis’ van de woordcombinaties openbare orde en goede zeden in een juridische context

406 Zuiver op zich genomen, levert het combineren van ‘openbare’ met ‘orde’ en van ‘goede’ met ‘zeden’ slechts *relatieve betekenseenheden* op. Terwijl deze woordcombinaties in het dagelijks taalgebeuren slechts heel zelden voorkomen, hanteren nogal wat sterk uiteenlopende rechtsregels een of beide begrippen. Samen met hun ‘open’ en uiterst technisch-juridisch karakter bemoeilijkt dit de correcte interpretatie van deze begrippen.⁵⁹⁹ Wat onder meer blijkt uit het ontbreken van een intersubjectieve consensus omtrent hun betekenis.

⁵⁹⁵ M. VAN HOECKE, *o.c.*, nr. 296.

⁵⁹⁶ M. VAN HOECKE, *o.c.*, nr. 294.

⁵⁹⁷ M. VAN HOECKE, *o.c.*, nr. 298 en 307-309.

⁵⁹⁸ M. VAN HOECKE, *o.c.*, nr. 298.

⁵⁹⁹ Zie randnummer 381.

407 Om die redenen zoekt dit rapport gemakshalve enkel naar hun juridische (vaste kern) betekenis, zonder zich te bekommeren om hun (vaste kern) betekenis(sen) in het dagelijks taalgebeuren.⁶⁰⁰ Zoals met alle woorden evolueert de *vaste kernbetekenis* van de begrippen openbare orde en goede zeden trager dan hun *concrete invulling*.⁶⁰¹ Hun vaste kernbetekenis vormt immers maar een deel van de totale context voor hun concrete invulling. 'Invulling' wordt hier niet in zijn gebruikelijke betekenis van interpretatie of uitleg gebezigd, maar wel in de betekenis van: '*de concrete inhoud* welke de interpretator aan een abstracte betekenis meent te moeten verlenen'.

408 Dit gebrek aan intersubjectieve consensus is niet het gevolg van een gebrek aan geargumenteerde discussies, want die zijn er de laatste tweehonderd jaar ruimschoots geweest. Het gebrek aan consensus is echter wel te wijten aan het feit dat de synthetische interpretatiemethode niet in deze debatten voorkomt. Meestal beperken de meeste bijdragen zich tot het hanteren van slechts een of twee interpretatiemethodes.

Dit rapport relateert dan ook de klassieke, obligate waarschuwing dat deze begrippen zo vaag en vluchtig zijn, dat elke definitie voor kritiek vatbaar is. Dit rapport beoogt immers om door middel van een *synthetische interpretatie* een bijdrage te leveren tot het verwezenlijken van een intersubjectieve consensus. De volgende afdeling schetst de concrete aanpak van dit rapport.

⁶⁰⁰ Bij dergelijke begrippen is het risico immers veel kleiner om hun mogelijke juridische betekenissen te beperken tot die betekenissen die in overeenstemming zijn met hun vaste kern uit het dagelijkse taalgebeuren. Zie de duidelijke-kern-doctrine in randnummers 386-389.

⁶⁰¹ Zie randnummers 372. Contra Dabin, die stelt dat de openbare orde (en de goede zeden) "invariables dans leur concepts" zijn. J. DABIN, "Autonomie de la volonté et lois impératives, ordre public et bonnes mœurs, sanction de la dérogation aux lois, en droit privé interne", *Ann. dr. sc. pol.* 1939-1940, 212.

AFDELING 3

GEHANTEERDE INTERPRETATIEMETHODE

§1 Een synthetische interpretatiemethode

A EEN HISTORISCH-SYSTEMATISCHE AFBAKENING VAN HET ONDERZOEKSKADER...

409 Dit rapport analyseert louter en alleen de specifieke betekenis van de woorden openbare orde en goede zeden in (voornamelijk) het (Belgisch) juridisch taalgebeuren. Vanuit een systematisch-historisch perspectief belicht dit rapport zowel de evolutie in de opties en doelstellingen van de wetgever, als de evolutie van de interpretatie van die wetgeving door de rechtspraak en de rechtsleer.

410 Rechtshistorisch vormt de Franse Revolutie een dermate grote cesuur, die ondertussen al twee eeuwen achter ons ligt, dat het kan volstaan om het historisch kader pas vanaf dan te schetsen. De Franse Revolutie zette immers in continentaal Europa de idealen van de Verlichting (met onder meer haar autonomiegedachte) naar het recht om. Naargelang het deelonderwerp, hanteert dit rapport nu eens vooral een wetshistorische, dan eens voornamelijk een rechtshistorische interpretatiemethode. Het systematisch kader beperkt zich hoofdzakelijk tot het gebruik van de begrippen openbare orde en goede zeden in het privaatrecht. Gezien de specificiteit van elke rechtstak is het immers gevaarlijk om het systematisch kader al te ruim te interpreteren.

411 Tijdens de vorige twee eeuwen is de wetgevende activiteit met betrekking tot de begrippen openbare orde en goede zeden relatief beperkt gebleven. Mede door deze relatieve windstilte heeft het gerecht een belangrijke rechtspraak met betrekking tot de betekenis van deze begrippen ontwikkeld. Ook de rechtsleer heeft zich niet afzijdig gehouden. Om die redenen gaat dit rapport uitgebreid op beide ontwikkelingen in.

B ... DIE IN EEN SYSTEMATISCH-TELEOLOGISCHE INTERPRETATIE OVERVLOEIT

1 Functie: privaatrechtelijk afbakeningscriterium

412 Uit de historisch-systematische benadering van dit rapport blijkt dat juist het teleologische aspect van de begrippen openbare orde en goede zeden in alle bestudeerde rechtsregels uiterst belangrijk is. Hun teleologische essentie bepaalt in heel sterke mate de concrete betekenis van deze begrippen. Dit rapport komt immers tot de conclusie dat de begrippen openbare orde en goede zeden één eigenschap gemeen hebben die hen van alle andere rechtsbegrippen onderscheidt: ongeacht de tijdsperiode, de staat of de rechtstak in het privaatrecht. Namelijk, telkens wanneer een of beide begrippen voorkomen, hebben die *het afbakenen als functie*. De grenzen die deze begrippen afbakenen zijn telkens grenzen die *geenszins* mogen worden overschreden. Dit fungeren als *afbakeningscriterium* is hét kenmerk bij uitstek van de openbare orde en goede zeden in het privaatrecht.

413 Nochtans hebben vele andere privaatrechtelijke begrippen ook een afbakeningsfunctie, dit is voor een deel eigen aan het recht als systeem. Dit rapport argumenteert dat de grenzen die de openbare orde en goede zeden echter afbakenen, grenzen van een bijzondere soort zijn. In de verschillende contexten waarin de openbare orde en goede zeden opereren, leggen ze telkens de *ultieme grenzen van de maatschappelijke tolerantie* vast. Dit specifieke karakter van het soort grenzen die deze begrippen afbakenen, onderscheidt hun afbakeningsfunctie van de afbakeningsfuncties van andere juridische begrippen.

414 Alhoewel beide begrippen niet altijd samen voorkomen, argumenteert dit rapport dat deze absolute afbakeningsfunctie juist het gemeenschappelijk kenmerk van beide begrippen vormt.⁶⁰² Dit rapport analyseert behoudens de wijze waarop de openbare orde en goede zeden als afbakeningscriterium fungeren, tevens de wijze waarop beide begrippen zich ten opzichte van elkaar verhouden.

⁶⁰² Van Houtte, die de functionele benadering aanhangt, heeft het in zijn bijdrage over internationalisatie van de openbare orde bijna exclusief over de openbare orde en niet over de goede zeden. H. VAN HOUTTE, "De internationalisatie van de openbare orde", in W. VAN GERVEN; H. COUSY en S. STIJNS (ed), *Liber Amicorum Walter Van Gerven*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 167.

2 Toepasselijke contexten

415 Die verschillende contexten waarbinnen een of beide begrippen functioneren zijn het interne privaatrecht, het internationaal privaatrecht (hierna soms afgekort als i.p.r.) en het internationaal recht. In het interne privaatrecht stelt een of beide begrippen grenzen aan de partijvrijheid. In het internationaal privaatrecht worden er grenzen gesteld aan het volgens i.p.r.-verwijzingsregels toepasbare buitenlandse recht of aan welbepaalde buitenlandse rechtspraak. In het internationaal recht worden er op twee wijzen grenzen gesteld aan de contraheervrijheid van de verdragsstaten.

Deze drie categorieën van openbare orde (en/of goede zeden) worden hierna respectievelijk vermeld als interne, internationaal privaatrechtelijke (of i.p.r.-), internationale (meer specifiek: de werkelijk internationale en de verdragsrechtelijke) openbare orde en goede zeden.

Tenslotte komen deze begrippen ook in het octrooirecht voor (octrooirechtelijke openbare orde en goede zeden). Het is juist de vraag naar hun betekenis in het octrooirecht die de hoofdreden van dit onderzoek uitmaakt.

3 Concrete invulling

416 Aangezien de context waarbinnen de 'open' begrippen openbare orde en goede zeden functioneren, hun concrete invulling beïnvloedt, verschilt de mate waarin deze begrippen grenzen afbakenen, dan ook per context. Als gevolg van dit verschil in afbakening krijgen de begrippen openbare orde en goede zeden per (soort) context een andere (soort) *invulling*, vertonen ze een ander soort 'openheid'.

Dit rapport hanteert de systematische interpretatiemethode om verbanden en tegenstrijdigheden bloot te leggen. Een bevinding die uit deze benadering voortvloeit, is dat desondanks de verschillende contextuele betekenissen elkaar wel wederzijds beïnvloeden.

417 Oorspronkelijk kregen de begrippen openbare orde en goede zeden in de verschillende contexten een nationale invulling, gaandeweg kregen deze begrippen echter een meer internationale invulling. De mate waarin en de wijze waarop de "internationalisatie" van deze begrippen gebeurt, verschilt naargelang het type context en naargelang het om de openbare orde of om de goede zeden gaat.

§2 Volgorde van het onderzoek

418 Dit deel vangt aan met een analyse van de openbare orde en goede zeden in enkele andere rechtstakken dan het octrooirecht. Achtereenvolgens volgt er een analyse van hun betekenis in het interne recht, in het internationaal privaatrecht en tenslotte in het internationaal recht. Elk van deze analyses eindigt met een bespreking van de wijze waarop de concrete invulling van de openbare orde en de goede zeden steeds meer een internationaal karakter krijgen.

Het analyseren van al deze internationale aspecten dient onder meer om de opgedane bevindingen in zekere mate buiten de zuiver Belgische context op hun waarheidsgehalte te toetsen en zo het ontbreken van een rechtsvergelijkende studie enigszins te compenseren. Voor dit laatste was het beschikbare tijds kader spijtig genoeg te kort.

419 Daarna onderzoekt het laatste hoofdstuk in welke mate de hierboven geschetste aspecten ook van toepassing zijn op de openbare orde en de goede zeden in het octrooirecht. Met name of deze begrippen ook in het octrooirecht een afbakeningsfunctie hebben en indien dit zo is, wat en hoe ze afbakenen.

HOOFDSTUK 2

DE OPENBARE ORDE EN GOEDE ZEDEN IN HET BELGISCHE INTERNE RECHT

420 Dit hoofdstuk analyseert de betekenis van de Belgische interne openbare orde en goede zeden. De eerste afdeling bestaat uit een uitgebreide theoretische analyse, terwijl de tweede afdeling enkele belangrijke praktische aspecten toelicht. Beiden maken abstractie van de internationale context waarin het Belgische interne recht zich situeert. Dit komt pas in de derde afdeling aan bod.

AFDELING 1 THEORETISCHE ANALYSE

421 De Belgische wetgever vermeldt de begrippen openbare orde en de goede zeden in uiteenlopende internrechtelijke contexten. Meer bepaald verwijzen zowel het Gerechtelijk Wetboek, als het Burgerlijk Wetboek herhaaldelijk naar de interne openbare orde en/of de goede zeden. Toch omschrijft geen enkele wettelijke bepaling de betekenis van deze voor de democratische rechtsstaat uiterst belangrijke begrippen.

§1 Twee cruciale begrippen⁶⁰³

422 In beide juridische contexten wordt het debat over de openbare orde en de goede zeden beïnvloed door de Verlichting met haar rationeel autonomiebegrip (Kant). Dit begrip heeft mee vorm gegeven aan onze democratische rechtsstaat met haar zo groot mogelijke vrijheid voor zoveel mogelijk individuen. Daartoe beperkt deze maatschappijvorm de macht van de verkozen meerderheid, doordat het moderne recht altijd naar een evenwicht zoekt tussen het dominante maatschappelijke ideaal en de maatschappelijke werkelijkheid die er een is van afwijkende meningen. Het recht van de democratische rechtsstaat beschermt dan ook de grootst *mogelijke* diversiteit.

Probleem hierbij is dat het autonomiebegrip van de Verlichting een ideaal voorstaat waarbij een autonoom persoon zijn eigen regels kan én mag kiezen. Dit Verlichtingsideaal op een ongenueanceerde wijze toepassen, zou de maatschappij tot een chaos herleiden en chaos kan nooit een democratisch

⁶⁰³ Deze paragraaf doet hoofdzakelijk een beroep op S. GUTWIRTH, *l.c.*, 149-155. Zie daarnaast ook de randnummers 96-99, 215-226, 247 en 377.

rechtssysteem vormen, want dan geldt de wet van de machtigste. Dit betekent meteen dat de grootst *mogelijke* diversiteit geen absolute diversiteit kan inhouden.

423 Opdat de democratische rechtsstaat ook werkelijk een democratie zou zijn, moet zij er dan ook voor zorgen dat zij blijft voortbestaan en dus niet kan desintegreren. Met andere woorden, zij moet voor de noodzakelijke en gepaste maatschappelijke samenhang zorgen. De evenwichtsoefening van het moderne recht is er dan ook een die zowel diversiteit (een maximum aan vrijheid) als samenhang bewerkstelligt, beiden dienen samen te gaan. Aangezien beide aspecten echter lijnrecht tegenover elkaar staan, leidt dit onvermijdelijk tot steeds nieuwe en andere spanningen die de evenwichtsoefening van het recht voortdurend op de proef stellen.

Het is dus enerzijds in het *algemeen belang* van de moderne Westerse maatschappij dat zij een zo groot mogelijke individuele vrijheid waarborgt en bewerkstelligt (want dit is een van haar wezenskenmerken), maar evenzeer is het anderzijds in het *algemeen belang* van die maatschappij dat de gemeenschap deze vrijheid wel enigszins zou begrenzen.

424 Om als eenheid te kunnen blijven voortbestaan moet de democratische rechtsstaat dan ook de eigen mogelijkheidsvoorwaarden en fundamentele waarden vrijwaren. Het noodzakelijke 'open' en 'relatieve' karakter van juridische begrippen geldt dan ook slechts *in zoverre* de invulling van die begrippen geen afbreuk doet aan het bemiddelende of relationele karakter van het recht, noch aan de formele, maar tevens ook 'relationele' waarden die deze noodzakelijke evenwichtsoefening mogelijk maken, zoals neutraliteit, tolerantie, pluralisme, dialooggerichtheid, enz. Ondanks haar principiële neutraliteit is het moderne recht dus niet volledig relatief of waardenloos.

De democratische rechtsstaat moet dan ook kunnen optreden tegen individuen en groepen die deze waarden door hun daden bedreigen, hij moet zijn tanden kunnen laten zien. Daartoe treedt het recht binnen de grenzen van zijn 'open' en 'relatieve' concepten bemiddelend op tussen de verschillende maatschappelijke machten en maakt het zo ook absolute machtsverhoudingen (van een individueel persoon, of onderneming, of van de democratische meerderheid) onmogelijk. Ontsporingen van de macht worden zo afgeremd (rechtsbeschermende werking van de individuele sfeer van vrijheid tegen inbreuken door de overheid, door particulieren of door rechtspersonen). Tegelijk is het moderne recht ook instrumenteel gericht op het structureel scheppen van kansen waarin vrijheid kan worden verwezenlijkt.

425 De begrippen openbare orde en de goede zeden vervullen hierbij een cruciale rol. Dit bleek het eerst in de context van het gerechtelijk privaatrecht met het begrip openbare orde. Daarom komt het begrip interne openbare orde het eerst aan bod, waarna de bevindingen van deze analyse aan het begrip goede zeden zullen worden getoetst.

§2 Het begrip interne openbare orde

A INLEIDING

426 De Belgische rechtsleer is verdeeld over de vraag welke aspecten van de interne openbare orde doorheen de tijd evolueren en over de vraag in welke mate zij dit doen. Deze discussie hangt samen met de vraag of de interne openbare orde een zekere gelaagdheid vertoont, waarbij een harde kern niet veel zou evolueren, terwijl daar rond kringen van openbare orde met een steeds minder openbaar karakter wel veel zouden evolueren. Deze vraag wordt voorafgegaan door de vraag of de interne openbare orde één of meerdere betekenissen heeft.⁶⁰⁴

Daarbij interpreteren sommige auteurs de relevante wetsartikelen op een *grammaticale wijze*, terwijl andere auteurs voor een *teleologische* interpretatie kiezen. Beide benaderingen gaan echter voorbij aan de taalkundige nuanceringen uit het vorige hoofdstuk.

Daarom beschrijft dit rapport de wijze waarop de abstracte *betekenis* van het begrip interne openbare orde in de negentiende en in de twintigste eeuw is geëvolueerd.⁶⁰⁵ Op basis van een stapsgewijze analyse van de meest algemene wettelijke verwijzingen geeft deze paragraaf aan hoe de discussie omtrent het begrip interne openbare orde in het Gerechtelijk Wetboek *verbonden* is met de discussie omtrent het begrip interne openbare orde in het Burgerlijk Wetboek.⁶⁰⁶

⁶⁰⁴ Voor een overzicht van de verschillende opvattingen die er hieromtrent mogelijk zijn, zie A.-Ch. VAN GYSEL, en J.F. ROMAIN, *l.c.*, 305-327.

⁶⁰⁵ De evolutie van de *concrete invulling* van dit begrip wordt hier niet nagegaan.

⁶⁰⁶ Een andere mogelijke benadering bestaat er in om als uitgangspunt te stellen dat, ondanks de verscheidenheid aan verwijzingen (of functies), de openbare orde slechts één enkele betekenis kan hebben en dus slechts één enkele analyse vergt. Voor een voorbeeld van die aanpak, maar dan enkel met betrekking tot het Burgerlijk Wetboek, J. DABIN, *l.c.*, 212.

B DE BETEKENIS VAN HET BEGRIP OPENBARE ORDE IN HET GERECHTELIJK WETBOEK

1 Afbakening van het te interpreteren systematisch-kader

427 Het huidig Gerechtelijk Wetboek dateert van de wet van 10 oktober 1967. Meerdere artikelen verwijzen er naar de openbare orde, met name in verband met:

- De bevoegdheid van het Openbaar Ministerie (artikelen 138 en 139 Ger. W.);
- De ambtshalve opwerping van het middel van niet-ontvankelijkheid bij een voorziening in Cassatie (artikelen 1096 en 1097 Ger. W.);
- De onbevoegdheid van de rechter (artikel 854 Ger. W.);
- De strijdigheid van arbitrale uitspraken met de openbare orde (of van dadingen in het kader van arbitrale uitspraken) (artikelen 1703, 1704, 1707, 1710, 1715 en 1723 Ger. W.);
- De redenen om een vergadering bijeen te roepen (artikelen 340 en 346 Ger. W.);
- De openbaarheid van zittingen (artikelen 459, 465, 531 en 531 quinquies Ger. W.).

428 In het gerechtelijk privaatrecht heeft de discussie over de betekenis van het begrip openbare orde zich voornamelijk toegespitst op artikel 138 Ger. W. en op haar voorganger. Het historisch-systematisch-kader beperkt zich dan ook hoofdzakelijk tot een bespreking van beide wetsartikelen.

Artikel 138, lid 2 Ger. W. bepaalt dat het Openbaar Ministerie ambtshalve door middel van een rechtsvordering optreedt "telkens de openbare orde zijn tussenkomst vergt."⁶⁰⁷ Het daarbij aansluitende artikel 139, lid 1 heeft het echter over "alle bepalingen die de openbare orde raken":

"138, lid 2 Ger. W. In burgerlijke zaken komt het Openbaar Ministerie tussen bij wege van *rechtsvordering*, vordering of advies. Het *treedt ambtshalve op* in de gevallen die de wet bepaalt en bovendien telkens als de openbare orde zijn tussenkomst vergt.

139, lid 1 Ger. W. Het Openbaar Ministerie vervolgt ambtshalve de tenuitvoerlegging van de rechterlijke beslissingen in verband met alle bepalingen die de openbare orde raken;..."

⁶⁰⁷ Ambtshalve optreden slaat in de tweede zin enkel op de rechtsvordering en niet op het advies, zie hiervoor de Franstalige versie van deze wettekst: action en agr. J. MATTHIJS, *Openbaar Ministerie*, in A.P.R., Gent, Story-Scientia, 1983, nr. 282-3.

Of in het Frans:

"138, lid 2 Ger. W. Dans les matières civiles, il intervient par voie *d'action*, de *réquisition* ou d'*avis*. Il *agit d'office* dans les cas spécifiés par la loi et en outre chaque fois que l'ordre public exige son intervention.

139, lid 1 Ger. W. Le ministère public poursuit d'office l'exécution des décisions judiciaires dans toutes les dispositions qui intéressent l'ordre public;..."⁶⁰⁸

Oorspronkelijk bestond dit verschil in formulering niet. Vraag is of dit verschil een bepaald doel dient.

2 De voorganger van artikel 138, lid 2 Ger. W.: artikel 46 van de Wet van 20 april 1810⁶⁰⁹

A RECHTSHISTORISCHE SITUERING

429 Voordat de Wet van 10 oktober 1967 artikel 138, lid 2 Ger. W. invoerde, putte het Openbaar Ministerie zijn bevoegdheid tot ambtshalve tussenkomst uit artikel 46 van de Wet van 20 april 1810. Deze bepaling bezegelde de wijzigingen die de Franse Revolutie aan de bevoegdheden van het Openbaar Ministerie in burgerlijke zaken had aangebracht.

Op het einde van het Ancien Régime behoorde *alles* wat de openbare orde ook maar enigszins kon aanbelangen, tot de bevoegdheid van het Openbaar Ministerie. De openbare orde werd daarbij met het algemeen belang gelijkgesteld. Elke schending van om het even welke wet vormde dan ook een bedreiging van die openbare orde. Het Openbaar Ministerie diende dit telkens tegen te gaan en beschikte hiervoor onder meer over het middel van de rechtsvordering.⁶¹⁰

430 De Franse Revolutie verwierp deze starre opvatting over rechtshandhaving, omdat die met het door haar gehuldigde autonomiebeginsel botste. Maar zelfs de revolutionaire wetgever verabsoluteerde de individuele belangen van de burger niet, want ook hij erkende de noodzaak om het algemeen belang actief te beschermen. Zij beseftte dat ook een rechtsgeding over zuiver private belangen een impact op het algemeen belang kan hebben en dat de private procespartijen dit slechts zullen vermelden, wanneer dit voor hén voordelig uitkomt.

⁶⁰⁸ Eigen cursivering.

⁶⁰⁹ Voor een uitgebreidere historische schets, zie Cass. 22 maart 1923, *Pas.* 1923, I, 243-250 en de conclusies van het Openbaar Ministerie bij Cass. 5 mei 1881, *Pas.* 1881, I, 235-237; Cass. 12 mei 1922, *Pas.* 1922, I, 297.

⁶¹⁰ J. LAMEERE, "Du ministère public partie jointe à l'audience civile", *B.J.* 1888, 1530. Zie ook H. BEKAERT, "La mission du ministère public en droit privé", in X. (ed), *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, II, Brussel, Bruylant, 1963, 419-451, 429-430 en 434-435.

De revolutionaire wetgever redeneerde dan ook dat enkel een "advocaat van de gemeenschap" (in casu het Openbaar Ministerie) de rechter op de aspecten van algemeen belang kan wijzen⁶¹¹, want ook het blazoen van de rechters van het Ancien Régime zag er niet fraai uit. Al te vaak hadden deze rechters "hand- en spandiensten" aan de Koning verleend en wanneer de rechters zich toch tegen de Koning hadden verzet, was dit niet zozeer om de belangen van het volk, maar wel om die van de bevoorrechte adel te verdedigen.⁶¹²

431 Artikel 1, titel VIII van de Wet van 16-24 augustus 1790 gelastte het Openbaar Ministerie erop toe te zien dat de rechters de wetten die de 'algemene orde' raken, correct zouden naleven. In burgerrechtelijke zaken beperkte dit toezicht zich echter tot het formuleren van een advies aan de rechter.⁶¹³

Artikel 2, titel VIII ontnam het Openbaar Ministerie immers de bevoegdheid om zelf door middel van een rechtsvordering (par voie d'action) een proces aan te spannen of in tussen te komen. Daarvoor was het maatschappelijk wantrouwen te groot. De enige andere bevoegdheid die het Openbaar Ministerie in burgerlijke zaken behield, was de ambtshalve tenuitvoerlegging van alle bepalingen van een rechterlijke beslissing die *de openbare orde raken* (artikel 5, titel VIII, vgl. huidig art. 139, lid 1 Ger. W.):

"1 Les officiers du ministère public sont agents du pouvoir exécutif auprès des tribunaux. Leurs fonctions consistent à faire observer, dans les jugements à rendre, *les lois qui intéressent l'ordre général*, et à faire exécuter les jugements rendus. Ils porteront le titre de commissaires du roi.

2 Au civil, les commissaires du roi exerceront leur ministère, non par voie d'action, mais *seulement par celle de réquisition*, dans les procès dont les juges auront été saisis.

5 Les commissaires du roi, chargés de tenir la main à l'exécution des jugements, poursuivront d'office cette exécution des jugements dans toutes les dispositions *qui intéresseront l'ordre public*..."⁶¹⁴

⁶¹¹ Zie J. LAMEERE, *l.c.*, 1527.

⁶¹² R. KRUIITHOF, "Naar een 'Gouvernement des juges' in het Belgische verbintenissenrecht?", in W. VAN GERVEN en R. KRUIITHOF (ed.), *Naar een 'Gouvernement des juges' in het Belgische verbintenissenrecht en andere opstellen: Hulde aan Prof. Dr. R. Kruithof*, Bruylant, Brussel – Maklu, Antwerpen, 1992, 32-35, voor een overzicht van de vele kritieken tijdens de Franse Revolutie op de rechtspraak van het Ancien Régime.

⁶¹³ Réquisition betekent in artikel 2 een advies en niet een vordering. H. BEKAERT, *l.c.*, 425 en 430-431 en K. VELLE, *Het Openbaar Ministerie in België (1796-1995) – Organisatie, bevoegdheden en archiefvorming*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 1995, 134-135.

⁶¹⁴ Eigen cursivering.

432 De daaropvolgende twintig jaar kreeg het publiek terug wat meer vertrouwen in het Openbaar Ministerie en breidde het de bevoegdheden ervan opnieuw uit. Eerst werd het Openbaar Ministerie door enkele *specifieke* wettelijke bepalingen gelast om in welbepaalde gevallen door middel van een rechtsvordering ambtshalve op te treden. Hierdoor bleef de samenleving echter weerloos tegenover alle overige gevallen die haar zouden kunnen bedreigen. Deze oplossing voldeed dan ook niet lang.⁶¹⁵ Daarom aanvaardden sommige hoven van beroep al vlug dat het Openbaar Ministerie ook in die overige gevallen door middel van een rechtsvordering kon optreden. Het Hof van Cassatie verbrak echter stelselmatig deze arresten, met uitzondering van twee uitspraken die aan Cassatieberoep ontsnapten.⁶¹⁶

433 Artikel 46, lid 2 van de organieke Wet van 20 april 1810 stelde daarop dat:

"En matière civile, le ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi; il surveille l'exécution des lois, des arrêts et des jugements.

Il poursuit d'office cette exécution, dans les dispositions qui intéressent l'ordre public."

De zinsnede "dans les dispositions qui intéressent l'ordre public" werd nagenoeg letterlijk overgenomen uit artikel 5, titel VIII van de Wet van 16-24 augustus 1790. Toch zou enkel artikel 46, lid 2 een eeuw lang het voorwerp van discussie uitmaken, want enkel dit artikel kon, als gevolg van een extensieve interpretatie, het *schrikbeeld* oproepen van een Openbaar Ministerie dat zich onder het voorwendsel van de openbare orde, actief in elke private aangelegenheid zou mengen.⁶¹⁷

B BESCHRIJVING VAN HET DEBAT

I *De kernelementen in het debat*

434 Deze bespreking concentreert zich hoofdzakelijk op de rechtspraak van het Hof van Cassatie. In de mate dat het Openbaar Ministerie in haar gelijklopende adviezen bijkomende argumenten formuleerde, worden die eveneens aangehaald.

⁶¹⁵ Cass. 5 mei 1881, *Pas.*, 1881, I, 246-247 en M. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, XIX, Brussel, Talier, 1827, 356-539.

⁶¹⁶ Brussel (1808) en Pau (1809).

⁶¹⁷ De nog voorhanden zijnde voorbereidende werken bevatten geen enkel gegeven dat de bedoelingen van de keizerlijke wetgever enigszins zou kunnen verduidelijken. H. BEKAERT, *l.c.*, 422.
Voor een treffende omschrijving van dit schrikbeeld zie M. MERLIN, *o.c.*, 536.

De meer dan honderd jaar durende discussie over wat de correcte interpretatie van artikel 46 van de Wet van 20 april 1810 wel zou kunnen zijn, toont aan dat de formulering van artikel 46 er niet in slaagde om als eerst aangewezen context de betekenis van het begrip openbare orde te helpen situeren.

De verschillende syntaxis van het eerste en het tweede lid van artikel 46 creëerde immers een ambivalentie tussen beide. Uiteindelijk beslechte het Hof van Cassatie de discussie met haar arrest van 22 maart 1923.⁶¹⁸

435 De discussie spitste zich toe op het tweede lid van artikel 46 en de vraag wanneer het Openbaar Ministerie in burgerlijke zaken ambtshalve over de rechtsvordering beschikt.

Ofwel beschikte het Openbaar Ministerie enkel over de ambtshalve bevoegdheid om in privaatrechtelijke rechtszaken door middel van een rechtsvordering op te treden in de gevallen waarin een wet dit uitdrukkelijk bepaalde, enkel deze bepalingen raken dan de openbare orde.⁶¹⁹ Ofwel beschikte het Openbaar Ministerie in twee soorten situaties over deze bevoegdheid. Vooreerst in alle door de wet bepaalde gevallen *en daarnaast* ook met betrekking tot alle bepalingen die de openbare orde raken. In dit laatste moest de wet niet verbijzonderen dat het Openbaar Ministerie dan ambtshalve mocht handelen. De eerste interpretatie beschouwde het tweede lid van artikel 46 slechts als een aanvulling op het eerste lid. Concreet hield dit in dat de Wet van 1810 de bevoegdheidsuitbreiding van de eerste fase slechts in een meer algemeen kader bezegelde (*restrictieve en behoudende* interpretatie, zoals aangehangen door de toenmalige rechtsleer).

Volgens de tweede interpretatie ging het om een afzonderlijke bevoegdheid.

Dit betekende dat de keizerlijke wetgever het Openbaar Ministerie een bijkomende algemene bevoegdheid had verleend (*extensieve en vernieuwende* interpretatie, zoals uiteindelijk door de rechtspraak aangehangen).⁶²⁰

436 In zijn pleidooi ten voordele van een ruime interpretatie van de bevoegdheden van het Openbaar Ministerie, stelde Corbisier dat de tegenstanders eigenlijk vreesden dat de term "in het belang van de openbare orde" een *te grote elasticiteit* zou bezitten.⁶²¹ Het onderliggende debat omtrent de betekenis van het begrip openbare orde was dus eigenlijk het relevante debat.

⁶¹⁸ Zie randnummers 443-445.

⁶¹⁹ Dit was de opvatting die het Franse Hof van Cassatie in haar arrest van 1 augustus 1820 huldigde. Zie Merlin die dit arrest bekritiseerde, M. MERLIN, *o.c.*, 543-545.

⁶²⁰ Zie H. BEKAERT, *l.c.*, 426.

⁶²¹ Voor een goed rechtsvergelijkende overzicht van deze discussie zie Corbisier. M. CORBISIER, "De l'action du ministère public en matière civile, dans l'intérêt de l'ordre public", *B.J.* 1861, 1441-1458.

II *Het Cassatiearrest van 5 mei 1881*⁶²²

437 Na zeventig jaar van jurisprudentiële verdeeldheid kon het Hof van Cassatie zich op 5 mei 1881 voor het eerst over dit onderwerp uitspreken. Het Hof schaarde zich meteen achter de *extensive* interpretatie. Het Openbaar Ministerie mocht dus optreden telkens dat de openbare orde in betrokken was ("chaque fois que l'ordre civil est engagé").

Het Hof van Cassatie ontwikkelde hiervoor een uitvoerige wetsteleologische argumentatie die 'enkel' diende om te stellen dat de formulering van artikel 46 'duidelijk' en conform de wil van de keizerlijke wetgever was en dus geen enkele interpretatie vergde... Beide bepalingen waren immers complementair. Het eerste lid bevestigde enkel de bevoegdheden die het Openbaar Ministerie reeds op basis van de bijzondere wettelijke bepalingen bezat. Die bijzondere wettelijke bepalingen konden ook louter individuele belangen beschermen in plaats van de openbare orde te raken.⁶²³ Dit *hoefde* ook *niet* omdat het telkens om een specifieke bevoegdheid ging die in een bijzondere wettelijke bepaling werd geregeld. Het tweede lid voegde daarentegen een algemene bevoegdheid aan toe. Aangezien dit een algemene bevoegdheid inhield, kon die enkel gelden mits vervulling van de *essentiële vereiste* dat de ingeroepen wettelijke bepalingen de openbare orde zouden raken.⁶²⁴

438 Hiermee verlegde het Hof van Cassatie de discussie naar een discussie omtrent de betekenis van het begrip openbare orde. Een ruime grammaticale interpretatie van dit begrip kon immers tot vergelijkbare situaties als in het Ancien Régime leiden, waarbij het Openbaar Ministerie telkens ambtshalve zou kunnen optreden van zodra *iets* van openbare orde zou zijn, zelfs indien er *enkel* private belangen op het spel zouden staan.⁶²⁵ De discussie kon eventueel worden verengd tot een discussie omtrent de vraag welke wettelijke bepalingen de openbare orde konden raken.

Het Hof van Cassatie beperkte zich echter tot het stellen dat de door haar vastgestelde complementariteit van de beide leden van artikel 46 niet tot het schrikbeeld van situaties zoals in het Ancien Régime moest leiden. Voor het Hof was de verwijzing naar de openbare orde *essentieel*, want volgens haar verhinderde deze verwijzing dat het Openbaar Ministerie arbitrair (want niet op basis van specifieke wettelijke

⁶²² Cass. 5 mei 1881, *Pas.* 1881, I, 230-249, concl. M. Faider.

⁶²³ Zoals door Merlin reeds was aangetoond. M. MERLIN, *o.c.*, 540-541 en 544. In 1908 bevestigde Janssens deze stelling. Concl. E. Janssens, Cass. 11 juni 1908, *Pas.* 1908, I, 248.

⁶²⁴ Cass. 5 mei 1881, *Pas.* 1881, I, 246-247.

⁶²⁵ Concl. P. Leclercq, Cass. 22 maart 1923, *Pas.* 1923, I, 247.

bepalingen) zou tussenkomen in private aangelegenheden die echter ook een aspect van algemeen belang bevatten. De verwijzing in artikel 46, lid 2 naar de openbare orde waarborgt dat het Openbaar Ministerie deze ambtshalve bevoegdheid enkel in die juridische materies kon bezitten waar het *algemeen belang* de private belangen zou *domineren* (teleologische interpretatie).⁶²⁶ Verder omschreef het Hof de openbare orde niet.

439 Procureur Generaal Faider onthield zich eveneens van het geven van een omschrijving van openbare orde door te stellen dat dit toch onmogelijk was.⁶²⁷ Faider verwees naar de vrees die er bestond dat het Openbaar Ministerie deze bepaling zou misbruiken door zo wat alles als zijnde van openbare orde te kwalificeren. Faider poogde deze vrees te weerleggen door te stellen dat de gevatte rechtbanken toch over een concrete appreciatiebevoegdheid beschikten, waarbij het verdedigen, het in stand houden van de openbare orde tot de wezenskenmerken van een samenleving behoort.⁶²⁸

440 De teleologische interpretatie van het Hof van Cassatie leidde enerzijds tot een *extensieve* interpretatie van artikel 46 (complementariteit van haar beide leden), en anderzijds leidde dit tot een aangeven dat het begrip openbare orde *restrictief* moest worden begrepen (bepalingen (materies) waarin het algemeen belang de private belangen moest domineren).

Het Hof van Cassatie slaagde er met dit arrest echter niet in om de discussie definitief te beslechten. Daarvoor riep het schrikbeeld van het Ancien Régime veel te veel weerstand op. Deze vrees had tot gevolg dat het Hof zich in enkele latere arresten opnieuw over dit punt moest uitspreken, waarbij het

⁶²⁶ Cass. 5 mei 1881, *Pas.* 1881, I, 246-247.

⁶²⁷ "[L]a loi s'est gardée de définir [l'ordre public] et pourquoi ? Parce que cette définition est impossible : elle est impossible par voie d'expressions générales ou abstraites ; elle est impossible par voie d'énumération, tous les cas ne pouvant être prévus ou indiqués, ou bien, un grand nombre de cas étant prévus, elle a dû, comme elle l'a fait dans l'article 46 de la loi de 1810, à côté des titres particuliers indiqués, créer un titre général dont serait armé le ministère public au point de vue de l'action, comme il en est revêtu au point de vue de la réquisition." Concl. M. Faider, Cass. 5 mei 1881, *Pas.* 1881, I, 241.

⁶²⁸ Concl. M. Faider, Cass. 5 mei 1881, *Pas.* 1881, I, 242.

"ordre général" als synoniem uitprobeerde.⁶²⁹ Het Hof zou haar jurisprudentie pas grondig bijsturen met haar arresten van 12 mei 1922 en op 22 maart 1923. Het is pas met dit laatste arrest dat het Hof er in zou slagen om de discussie te beslechten.

III *Het Cassatiearrest van 12 mei 1922*⁶³⁰

441 In dit arrest greep het Hof van Cassatie terug naar de letterlijke formulering van artikel 46, lid 2. Het Hof voegde er het bijvoeglijk naamwoord "hoofdzakelijk" aan toe om haar opvatting weer te geven dat het algemeen belang de private belangen in kwestie moest domineren. De schending van de wettelijke bepalingen, waarop het Openbaar Ministerie zich beriep om ambtshalve een rechtsvordering te kunnen instellen, moesten volgens dit arrest *hoofdzakelijk* de openbare orde raken (intéressent essentiellement l'ordre public) (teleologische interpretatie).

Voor het Hof voldeden de woninghuurwet en haar bepalingen hier niet aan. Het loutere feit dat bekommernissen *om het algemeen belang en om een bepaalde sociale noodzaak* aanleiding waren *tot een wetgevende regulering* van een *materie van privaat belang*, was *op zich onvoldoende* om aan die bepalingen een openbare orde karakter te verlenen.

Door zich te beperken tot een beoordeling van wat *niet voldoende* was om *te herkennen* of wettelijke *bepalingen* de openbare orde *raakten*, slaagde het Hof van Cassatie erin om zich van een commentaar over de betekenis van het begrip openbare orde te onthouden.

⁶²⁹ In haar twee arresten van 28 december 1896 bevestigde het Hof haar standpunt van 1881, maar gebruikte nu de term 'algemene orde' (ordre général) in plaats van openbare orde, terwijl het Openbaar Ministerie in haar advies het onrechtmatig schenden van de vrijheid van de burger tot het meest wezenlijke van de openbare orde rekende (intéressant au plus haut degré l'ordre public). (Slechts één van beide arresten werd gepubliceerd. Volgens een noot onder dit arrest gold het ander arrest een identieke situatie, met min of meer dezelfde partijen en magistraten en identieke conclusies.) Cass. 28 december 1896, *Pas.* 1897, I, 50-55.

Hetzelfde gebeurde in haar arrest van 11 juni 1908, waar het Hof het had over het maatschappelijk belang dat vereist dat het Openbaar Ministerie ambtshalve zou tussenkomen. Het Hof argumenteerde voorts dat er met betrekking tot de ambtshalve bevoegdheid van het Openbaar Ministerie geen reden was om in burgerlijke zaken meer misbruik te vrezen dan in strafzaken. Cass. 11 juni 1908, *Pas.* 1908, I, 251-252.

In zijn advies beschouwde Advocaat Generaal Janssens de openbare orde als betrokken, wanneer de rechten van de gemeenschap op het spel staan. Janssens adviseerde dat het Openbaar Ministerie moet aangeven op welke redenen het zich baseert om tot de strijdigheid met de openbare orde te besluiten. Deze verplichting kon volgens Janssens een tegengewicht bieden voor de *elasticiteit* van het begrip openbare orde. Concl. E. Janssens, Cass. 11 juni 1908, *Pas.* 1908, I, 249-250.

⁶³⁰ Cass. 12 mei 1922, *Pas.* 1922, I, 296-302, concl. Terlinden.

442 Het Openbaar Ministerie ondernam daarentegen wel een poging tot positieve omschrijving van datgene waaraan een wet van openbare orde kon worden *herkend*. De hierboven vermelde vrees voor de gevolgen van een extensieve interpretatie van de openbare orde zal hier wel niet vreemd aan zijn geweest. Terlinden ging omzichtig te werk en maakte een subtiel onderscheid tussen enerzijds de *definitie* van de openbare orde (iets wat men van hem niet moest verwachten⁶³¹) en anderzijds de positieve omschrijving waaraan een wet van openbare orde kon worden *herkend*. Dit laatste trachtte Terlinden als volgt aan te geven:

"A quoi reconnaît-on qu'une loi est d'ordre public ? C'est presque aussi difficile à dire que de donner de ce terme une définition satisfaisante. Je serais cependant tenté de dire qu'on le reconnaît à ce qu'elle s'adapte à une *situation menaçante* pour la société, et qu'elle doit avoir pour but *de parer à un réel danger social*, de telle sorte qu'une loi d'ordre public est, en d'autres termes, une loi de sauvegarde ou de salut public.

Quels sont ses caractères essentiels ? J'en souligne spécialement deux : Elle doit être *générale*, c'est-à-dire s'appliquer à tous les citoyens, et ne connaître ni tempéraments ni exceptions et elle ne transige jamais, tout ce qui lui est contraire étant frappé de nullité ou de caducité absolue."⁶³²

Het eerste deel van dit citaat is een teleologische interpretatie en associeert de bescherming van de openbare orde met de bescherming van het "openbaar welzijn" ("salut public"). De in het tweede deel geschetste eigenschap van de absolute nietigheidssanctie geeft aan dat Procureur Generaal Terlinden zich door artikel 6 B.W. heeft laten inspireren.⁶³³

IV *Het Cassatiearrest van 22 maart 1923*⁶³⁴

443 Het jaar daarop vond het Hof van Cassatie de door haar ontwikkelde interpretatie onbevredigend. Het Hof maakte hierbij de *impliciete vooronderstelling* dat er 'nog (te) vele' wettelijke bepalingen 'hoofdzakelijk' de openbare orde zouden kunnen raken. Volgens het Hof was het niet de bedoeling van de keizerlijke wetgever dat het Openbaar Ministerie 'zo vaak' (pour ainsi dire illimité) zou kunnen tussenkomen.⁶³⁵

⁶³¹ "Qu'est-ce, en effet, que l'ordre public ? Vous n'attendez pas de moi une définition, devant laquelle tant d'autres ont reculé. C'est, comme on l'a insinué *une chose qui se sent plus qu'on ne la définit*." Concl. Terlinden, Cass. 12 mei 1922, *Pas.* 1922, I, 298. Eigen cursivering.

⁶³² Concl. Terlinden, Cass. 12 mei 1922, *Pas.* 1922, I, 299. Eigen cursivering.

⁶³³ Zie randnummer 466 et seq.

⁶³⁴ Cass. 22 maart 1923, *Pas.* 1923, I, 243-250, concl. P. Leclercq.

⁶³⁵ Het Hof dacht hierbij aan de mistoestanden uit het Ancien Régime.

In plaats van over te gaan tot een (wetsteleologische) betekenisomschrijving van het begrip openbare orde waardoor het Hof dit risico had kunnen inperken, koos het Hof voor een radicaal andere benadering. Op basis van een wetsteleologische interpretatie besloot het Hof dat het niet voldoende was dat wettelijke bepalingen de openbare orde (zelfs niet hoofdzakelijk) zouden raken opdat het Openbaar Ministerie in burgerlijke zaken ambtshalve zou kunnen tussenkomen.

Deze opvatting blijkt impliciet uit het volgende citaat:

"Attendu que ce texte [art. 46] n'implique pas que l'action d'office appartienne au ministère public, en matière civile, chaque fois qu'une disposition quelconque, incorporée dans une loi d'ordre public ou touchant à l'ordre public, aurait été méconnue;..."⁶³⁶

444 Om tot een verdere verenging te komen die aan de bedoeling van de historische wetgever tegemoet kwam, stelde het Hof van Cassatie dat de wetgever in 1810 met de formule 'wettelijke bepalingen die de openbare orde raken' bedoelde dat die *in gevaar* zou worden gebracht door een *omstandigheid* die moet worden *verholpen*. Met andere woorden de ambtshalve tussenkomst van het Openbaar Ministerie moet door een omstandigheid worden *gevergd*.

Het Hof van Cassatie omschreef in dit arrest wel niet welke omstandigheden het Openbaar Ministerie wel zou kunnen moeten verhelpen omdat ze de (wettelijke bepalingen van) openbare orde *in gevaar* zouden brengen. Wel gaf het Hof een aanwijzing in welke richting dit moest worden gesitueerd. In haar bespreking van de maatschappelijke onvrede die er voor de invoering van artikel 46 van de Wet van 20 april 1810 bestond, had het Hof het over feitelijke situaties die een ernstige aanslag vormden voor "de beginselen die aan de sociale ordening en aan de openbare zedelijkheid" ten grondslag lagen:

"... il s'était créé des situations de fait [] portant de graves atteintes aux principes qui sont à la base même de l'ordre social et de la moralité publique et devant lesquels le parquet se trouvait impuissant." ⁶³⁷

445 Eerste Advocaat Generaal Leclercq deelde in zijn advies de wetsteleologische interpretatie van het Hof van Cassatie en stelde dat de wetgever wilde dat de openbare orde zou worden gehandhaafd.

⁶³⁶ Cass. 22 maart 1923, *Pas.* 1923, I, 250.

⁶³⁷ *Ibid.*

Artikel 46, lid 2 introduceerde de procedure om een einde te stellen aan die situaties die met de openbare orde in strijd zouden zijn. De ambtshalve rechtsvordering van het Openbaar Ministerie had als doel situaties die met de openbare orde in botsing komen te doen verdwijnen (*herstellende finaliteit*).⁶³⁸ Ondanks dat het volgens deze redenering vooral belangrijk was om te bepalen wat het resultaat van de ambtshalve rechtsvordering zou zijn, besloot Leclercq, in tegenstelling tot het Hof van Cassatie, dat een correcte toepassing van de laatste zin van artikel 46 van de Wet van 20 april 1810 het vastleggen van de betekenis van de openbare orde vergde. Leclercq hanteerde hierbij een grammaticale benadering en concludeerde als volgt:

"... l'expression « ordre public » implique une disposition des choses les unes par rapport aux autres, déterminée par une règle relative à la nation ou à l'État. On peut donc comprendre l'ordre public comme l'organisation des choses, telle qu'elle est nécessaire à la nation ou à l'État."⁶³⁹

Deze definitie van Leclercq wordt vooral gekenmerkt door een sterk publiekrechtelijke inslag.

V *Het Cassatiearrest van 3 mei 1958*

446 Het Hof van Cassatie werd pas in 1958 opnieuw met deze problematiek geconfronteerd. Het Hof bevestigde haar standpunt van 1923 en stelde dat het Openbaar Ministerie ambtshalve kan optreden "*ten einde* een toestand te doen ophouden welke de openbare orde in gevaar brengt". Het toen door de wet gestelde beginsel dat het huwelijk niet kon worden ontbonden, werd door het Hof als "een van de grondslagen der maatschappelijke orde" beschouwd.⁶⁴⁰ Bijgevolg kon het Openbaar Ministerie ambtshalve optreden.

Het Hof ging hier impliciet van een definitie uit waarbij de grondslagen van de maatschappelijke orde tot de openbare orde behoren. Zoals verderop zal blijken ontleende het Hof dit gegeven aan haar arresten met betrekking tot de openbare orde uit het Burgerlijk Wetboek.⁶⁴¹

C COMMENTAAR

447 In 1923 slaagde het Hof van Cassatie er uiteindelijk in om het gevaar voor een overmatig beroep op artikel 46, lid 2 door het Openbaar Ministerie te neutraliseren, zonder dat zij hierdoor het Openbaar

⁶³⁸ Volgens Eerste Advocaat Generaal Leclercq huldigde het Hof van Cassatie deze opvatting ook al in de eerste twee arresten, zij het dat het Hof dit toen slechts impliciet verwoorde. Concl. P. Leclercq, Cass. 22 maart 1923, *Pas.* 1923, I, 247-248.

⁶³⁹ Cass. 22 maart 1923, *Pas.* 1923, I, 246.

⁶⁴⁰ Cass. 3 mei 1958, *Arr. Cass.* 1958, 688.

⁶⁴¹ Zie randnummer 466 et seq.

Ministerie elk mogelijk beroep op de openbare zou ontzeggen. Het Hof volbracht deze evenwichts-oefening zonder dat ze daarbij de betekenis van de openbare orde omschreef.

Nochtans maakte het Hof van Cassatie in 1958 wel dankbaar gebruik van de definitie die zij in 1948 aan het begrip openbare orde uit het Burgerlijk Wetboek had gegeven.⁶⁴² Deze 'geleende' definitie deed blijkbaar geen afbreuk aan het adequate karakter van het door het Hof van Cassatie bereikte evenwicht.

3 Artikel 138, lid 2 Ger. W.

448 In het kader van de hervorming van het gerecht, verving artikel 138, lid 2 Ger. W. artikel 46 van de Wet van 20 april 1810.⁶⁴³ Hierbij werd de formulering van deze bepaling gewijzigd. Vraag is welke gevolgen deze gewijzigde formulering inhoudt.

A HET OORSPRONKELIJKE WETSONTWERP: EXTENSIEVE FORMULERING⁶⁴⁴

449 Het oorspronkelijke wetsontwerp van Van Reepinghen, de Koninklijke Commissaris voor de hervorming van het gerecht, verschilde in twee opzichten van de formulering van het Hof van Cassatie van 22 maart 1923.

450 Van Reepinghen deelde het standpunt van het Hof van Cassatie dat het om situaties gaat die *vergen* dat ze door het Openbaar Ministerie met behulp van de rechtsvordering worden verholpen.

Van Reepinghen vermeldde dit '*vergen*' uitdrukkelijk in het nieuwe artikel 138 Ger.W.

Het daar op volgende artikel 139 Ger. W. verving artikel 5, titel VIII van de Wet van 16-24 augustus 1790.

Van Reepinghen wijzigde er de formulering "bepalingen die de openbare orde raken" echter niet.

Hierdoor is de analogie in de formulering van beide bevoegdheden verloren gegaan. Het is niet duidelijk wat Van Reepinghen hiermee precies beoogde. Wel is het zo dat Van Reepinghen met artikel 138 Ger. W. nog een tweede wijziging voorstelde, die artikel 138 een ruimere betekenis dan artikel 139 Ger. W. zou hebben verleend.

⁶⁴² Zie randnummer 472.

⁶⁴³ Wet van 10 oktober 1967, B.S. 31 oktober 1967. Voor de tekst van dit artikel zie randnummer 428.

⁶⁴⁴ Ch. VAN REEPINGHEN, "Rapport van de Koninklijke Commissaris voor de hervorming van het gerecht", *Pasin.* 1967, 361.

451 In zijn ontwerp stelde Van Reepinghen voor om niet langer te vereisen dat de openbare orde, maar wel het *algemeen belang* de tussenkomst van het Openbaar Ministerie in een bepaalde situatie zou vergen. Hiermee beoogde Van Reepinghen de verengingen die de Cassatiearresten van 12 mei 1922 en 22 maart 1923 aan het Cassatiearrest van 5 mei 1881 hadden aangebracht, terug ongedaan te maken. Voor Van Reepinghen was het praktisch resultaat na het Cassatiearrest van 22 maart 1923 immers enger dan wat een "letterlijke" interpretatie van artikel 46 toeliet. Bijkomend bediende hij zich van het argument dat er na die twee arresten een steeds grotere vermenging van algemeen en privaat belang had plaats gevonden, waarbij steeds meer wetgeving gelijktijdig beide belangen regelde.

452 Uit deze analyse blijkt dat Van Reepinghen in 1967 de begrippen openbare orde en algemeen belang niet meer als synoniemen beschouwde.⁶⁴⁵ In 1967 had het begrip openbare orde blijkbaar een betekenisomschrijving verkregen die *enger* blijkt te zijn dan de betekenis van het algemeen belang. De afwijzende reactie van de Afdeling Wetgeving van de Raad van State toont dit duidelijk aan.

B CORRECTIE DOOR DE RAAD VAN STATE: TERUG NAAR DE RESTRICTIEVE FORMULERING⁶⁴⁶

453 Op advies van de Afdeling Wetgeving van de Raad van State werd de woordkeuze algemeen belang tenslotte niet weerhouden.⁶⁴⁷ De Afdeling Wetgeving verdedigde de juistheid van de interpretatie en formulering van het Hof van Cassatie. In haar advies stelde de Raad van State dat de grammaticale interpretatie die de woorden openbare orde in hun afzonderlijke dagdagelijkse betekenis begrijpt, tot resultaten zou leiden die strijdig zouden zijn met de door de wetgever beoogde doelstellingen (wetsteleologische argumentatie).

⁶⁴⁵ Zoals dit wel nog het geval was in het Cassatiearrest van 5 mei 1881 (een dominerend algemeen belang). Zie randnummers 437-440. In de optiek van de argumentatie van Van Reepinghen is het bevreemdend om vast te stellen dat hij het afdoende vond om bij het overnemen van de formulering van het Cassatiearrest van 22 maart 1923, het begrip openbare orde door het begrip algemeen belang te vervangen. Van Reepinghen had immers zelf gesteld dat artikel 46, lid 2 van de Wet van 20 april 1810 enkel 'raken' (intéresse) en niet 'vergen' (exige) vereiste.

Vergelijk het voorstel van Van Reepinghen met de pleidooien van twee procureurs-generaal op emeritaat om het Openbaar Ministerie in alle omstandigheden de ambtshalve bevoegdheid te geven om door middel van een rechtsvordering in burgerlijke zaken tussen te komen. Volgens Bekaert en Matthijs voldeed het advies van het Openbaar Ministerie niet als waarborg voor een correcte rechterlijke toepassing van de wetten van algemeen belang. Voor hen betekende dit instrument dat het Openbaar Ministerie lijdzaam moest toezien hoe zijn adviezen niet werden gevolgd. Enkel het veralgemenen van de ambtshalve rechtsvordering kon dit bewerkstelligen. Bekaert beriep zich zelfs op het groeiend *collectivistische* karakter van de (Belgische) sociale structuren van 1963! Beide auteurs gaan zo volledig voorbij aan de verwezenlijkingen van de Franse Revolutie. Zie H. BEKAERT, *l.c.*, 419-451 en J. MATTHIJS, *o.c.*, 141-142 en J. MATTHIJS, "Taak van het Openbaar Ministerie in het privaatrechtelijk rechtsgeding", *T.P.R.* 1977, 646-648.

⁶⁴⁶ AFDELING WETGEVING VAN DE RAAD VAN STATE, "Advies bij de Wet van 10 oktober 1967 betreffende het Gerechtelijk Wetboek", *Pasin.* 1967, 731.

454 De Afdeling Wetgeving vulde deze klassieke wetsteleologische argumentatie verder aan met het argument dat de ambtshalve tussenkomst van het Openbaar Ministerie dient *om de rechter uit te nodigen een sanctie uit te spreken*. De rechter kan maar sanctioneren indien het principe van de sanctie in de wet vervat zit. In de bijzondere wetten die het Openbaar Ministerie de ambtshalve bevoegdheid tot tussenkomst verlenen, zit tevens de sanctie (daarom hoeven die niet van openbare orde te zijn). Bij andere wetten kan dit enkel zijn, wanneer die [van openbare orde zijn of de openbare orde raken]⁶⁴⁸, hetgeen de absolute nietigheidssanctie impliceert (art. 6 B.W.).

Geen enkele wettekst zou daarentegen specifieke gevolgen (lees sancties) verbinden aan wettelijke bepalingen die betrekking hebben op het algemeen belang. Dit deed de Afdeling Wetgeving besluiten dat het 'algemeen belang' nog onduidelijker is dan het begrip openbare orde. Het 'algemeen belang' zou daarom *juridische inhoud ontberen*.

C HET HOF VAN CASSATIE: ONVERANDERD STANDPUNT

455 Al in 1968 stelde Van Gerven dat niets toe liet te veronderstellen dat het begrip openbare orde in artikel 138 Ger. W. een andere inhoud dan in artikel 46 van de wet van 20 april 1810 had gekregen.⁶⁴⁹ Het Hof van Cassatie bevestigde deze opvatting in reeks arresten van 1975 tot 1977 door te stellen dat artikel 138, lid 2 Ger. W. niet toeliet dat het Openbaar Ministerie ambtshalve door middel van een rechtsvordering in burgerlijke zaken kon tussenkomen *telkens* een wettelijke bepaling van openbare orde was, of die de openbare orde raakte. Bovendien *impliceerde* artikel 138, lid 2 Ger. W. een dergelijke tussenkomst enkel wanneer de openbare orde door een toestand in gevaar werd gebracht, waarvan het er op aankwam van die te herstellen. Met deze bewoordingen gaf het Hof aan dat de nieuwe wettelijke formulering de interpretatie van haar arrest van 22 maart 1923 onverkort liet.⁶⁵⁰

⁶⁴⁷ De wetgever heeft dit advies zonder meer, zonder bijkomende commentaar, gevolgd. J. MATTHIJS, o.c., nr. 322.

⁶⁴⁸ Eigen invulling, want door de Raad van State slechts impliciet verwoord.

⁶⁴⁹ W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht* (verkort geciteerd *Algemeen Deel*), Brussel, Story-Scientia, 1987, p. 79-80, voetnoot 136.

⁶⁵⁰ Cass., 12 februari 1975, *Pas.* 1975, I, 596-598; Cass., 1 oktober 1975, *Pas.* 1976, I, 141-145; Cass., 11 mei 1977, *Arr. Cass.* 1977,

4 Commentaar

456 In haar arresten heeft het Hof van Cassatie telkens een wetsteleologische interpretatie gehanteerd. Het bereikte resultaat is wel heel verschillend doordat het Hof hierbij naliert om de betekenis van het begrip openbare orde te omschrijven. Het Hof heeft dan ook in haar zoektocht naar een definitieve oplossing tot drie keer toe haar focus op de openbare orde *verlegd*.

Het Hof van Cassatie richtte met het arrest van 12 mei 1922 eerst de focus op de *wettelijke bepalingen* die de openbare orde *aanbelangen of raken*. Het jaar daarop richtte het Hof van Cassatie de focus terug op de *concrete situatie*, op de *feitelijkheid*. In 1958 tenslotte, richtte het Hof de focus gedeeltelijk terug op de wettelijke bepalingen *van* openbare orde, dit als gevolg van haar impliciet hanteren van haar definitie van de openbare orde uit het burgerlijk recht op basis waarvan de concrete situatie in ogenschouw moet worden genomen. In 1967 aanvaarde de wetgever impliciet deze wetsteleologische interpretatie-evolutie.

457 Het feit dat zowel Van Reepinghen als de Raad van State het begrip openbare orde expliciet van het algemeen belang onderscheidden, geeft aan dat het begrip openbare orde in 1967 toch op een of andere manier een zekere betekenisomschrijving had verkregen. Voordien was dit lang niet altijd het geval. Het Gerechtelijk Wetboek ontleent de impliciete betekenisomschrijving van de openbare orde dus aan een andere context.

Op zich is dit niet zo vreemd, want in de besproken arresten verwees het Hof van Cassatie, maar vooral het Openbaar Ministerie meermaals naar de discussie omtrent de betekenis van de openbare orde in het Burgerlijk Wetboek. Hetgeen uiteindelijk uitmondde in het impliciet aanvaarden van de burgerrechtelijke betekenisomschrijving in het Cassatiearrest van 3 mei 1958.

458 De Page stelde in de periode na het arrest van 22 maart 1923 dat het begrip openbare orde in het gerechtelijk privaatrecht een *engere inhoud* heeft *dan in het burgerlijk recht*. Hij baseerde deze opvatting op de voorwaarde die het Hof van Cassatie met het arrest van 22 maart 1923 had gesteld.⁶⁵¹

930-932 en *Pas*. 1977, I, 924-926.

⁶⁵¹ H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil Belge*, I, Brussel, Bruylant, 1948, nr. 91bis, litt. C. In die zin ook W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, p. 79-80, voetnoot 136. (Dit standpunt van Van Gerven dateert van na de invoering van het Gerechtelijk Wetboek.) Nochtans somt Van Gerven de ambtshalve bevoegdheid van het Openbaar Ministerie om een nietigheidseis in te leiden, op bij de praktische gevolgen van de absolute nietigheidssanctie wegens strijdigheid met het begrip openbare orde uit het Burgerlijk wetboek. W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, p. 440, voetnoot 112 en W.G., noot onder Cass. 1 februari 1951,

Het is precies de context van het Burgerlijk Wetboek die het begrip openbare orde haar (huidige) betekenisomschrijving heeft verleend. Dit gebeuren dateert van ná het Cassatiearrest van 22 maart 1923. Juist De Page is de oorzaak van het feit dat de openbare orde in het Belgische interne recht (zij het nu het Gerechtelijk of het Burgerlijk Wetboek) niet meer met het algemeen belang kan worden gelijkgesteld.

C DE BETEKENIS VAN HET BEGRIP OPENBARE ORDE IN HET BURGERLIJK WETBOEK

1 Afbakening van het te interpreteren systematisch-kader

459 Net zoals het Gerechtelijk Wetboek bevat het Burgerlijk Wetboek meerdere bepalingen die naar de interne openbare orde verwijzen. Deze bepalingen kunnen in twee categorieën worden opgedeeld: zij die eerder algemeen van aard en zij die eerder specifiek van aard zijn.

Het Burgerlijk Wetboek bevat slechts twee algemene verwijzingen naar het begrip openbare orde, namelijk artikel 6 en artikel 1133 B.W. Dit laatste artikel moet in samenhang met artikel 1108 en artikel 1131 B.W. worden gelezen:

"6 B.W. Aan de wetten die de openbare orde en goede zeden betreffen, kan door bijzondere overeenkomsten geen afbreuk worden gedaan.

1108 B.W. Tot de geldigheid van een overeenkomst zijn vier voorwaarden vereist:

De toestemming van de partij die zich verbindt;

Haar bekwaamheid om contracten aan te gaan;

Een bepaald voorwerp als inhoud van de verbintenis;

Een geoorloofde oorzaak van verbintenis

1131 B.W. Een verbintenis, aangegaan zonder oorzaak of uit een valse oorzaak of uit een ongeoorloofde oorzaak, kan geen gevolg hebben.

1133 B.W. De oorzaak is ongeoorloofd, wanneer zij door de wet verboden is, of wanneer zij strijdig is met de goede zeden of de openbare orde."

Pas. 1951, 361.

De bijzondere bepalingen verwijzen naar de openbare orde in verband met het voltrekken van het huwelijk, het vestigen van erfdienstbaarheden en het sluiten van huwelijks- of samenlevings-overeenkomsten:

"167 B.W., lid 1. De ambtenaar van de burgerlijke stand weigert het huwelijk te voltrekken wanneer blijkt dat niet is voldaan aan de hoedanigheden en voorwaarden vereist om een huwelijk te mogen aangaan, of indien hij van oordeel is dat de voltrekking in strijd is met de beginselen van de openbare orde.

686 B.W., lid 1. Eigenaars mogen op hun eigendommen of ten voordele van hun eigendommen zodanige erfdienstbaarheden vestigen als zij goedvinden, mits echter de gevestigde erfdienstbaarheden noch aan een persoon, noch ten voordele van een persoon, maar slechts aan een erf en ten behoeve van een erf worden opgelegd, en mits deze dienstbaarheden overigens niet met de openbare orde strijdig zijn.

1387 B.W. De echtgenoten regelen hun huwelijksovereenkomsten naar goeddunken, mits zij daarin niets bedingen dat strijdig is met de openbare orde of de goede zeden.

1478 B.W., lid 4. Voorts regelen de samenwonenden hun wettelijke samenwoning naar goeddunken door middel van een overeenkomst, voor zover deze geen beding bevat dat strijdig is met artikel 1477, met de openbare orde of de goede zeden, noch met de regels betreffende het ouderlijk gezag en de voogdij, noch met de regels die de wettelijke orde van de erfopvolging bepalen..."

460 In de wijze waarop artikel 6 B.W. naar de openbare orde verwijst "aux lois qui intéressent l'ordre public" weerklinkt duidelijk de invloed van de formulering van artikel 5, titel VIII van de Wet van 16-24 augustus 1790 (zoals dit artikel nadien ook de formulering van artikel 46, lid 2 van de Wet van 20 april 1810 heeft beïnvloed).⁶⁵² In de bijzondere bepalingen weerklinkt veeleer de formulering van artikel 1133 B.W., dewelke het kortweg heeft over "strijdigheid met de openbare orde".

In navolging van de te bestuderen rechtspraak en rechtsleer beperkt dit artikel zich dan ook voornamelijk tot een bespreking van de betekenis van het begrip openbare orde in de algemene artikelen 6 en 1133 B.W. De vaststelling dat de verschillen in syntaxis tot die twee artikelen terug te brengen zijn, bevestigt deze keuze.

⁶⁵² Zie randnummers 429-433.

2 Rechtshistorische situering

461 Een van de belangrijkste duurzame verwezenlijkingen van de Franse Revolutie (en dus van de Verlichting) vormt de Napoleontische codificatie van het Burgerlijk Wetboek. De hele Napoleontische codificatiebeweging was daarbij gericht tegen de toen gewantrouwde rechters die zich wel altijd op iets (gewoonterecht, rechtspreuk, wazig rechtsbeginsel, enz.) konden beroepen dat de rechtzoekende burger niet kon kennen.⁶⁵³ Door middel van de scheiding van de machten werd de voorrang van de wetten bewerkstelligd, want de wetten waren tenminste door vertegenwoordigers van het volk totstandgekomen. De rechters restte slechts de taak om deze wetten als het ware op een mechanische wijze toe te passen.⁶⁵⁴ Desondanks hebben de rechters de daaropvolgende twee eeuwen het algemeen verbintenissenrecht (als onderdeel van het gecodificeerde Burgerlijk Wetboek) op een "activistische wijze" vorm gegeven, terwijl de wetgever passief is gebleven en slechts een "aanvullende en corrigerende rol" heeft gespeeld.⁶⁵⁵

462 Dit wetgevend gedogen vloeit onder meer voort uit het feit dat de rechters niet getornd hebben aan een van de uitgangspunten van de Franse Revolutie, namelijk de autonomie van de burger. Immers net zoals de revolutionaire heromschrijving van de bevoegdheden van het Openbaar Ministerie in burgerrechtelijke rechtsprocedures, steunt het Burgerlijk Wetboek op het concept van de rationele autonome persoon. Het Burgerlijk Wetboek geeft dit Verlichtingsideaal vorm door middel van het rechtsbeginsel van de wilsautonomie en de daarmee verbonden contractuele vrijheid van de partijen. De *vrijheid om* contracten te sluiten vormt dan ook de logische tegenhanger van de vrijheid om burgerrechtelijke processen te kunnen voeren, zonder dat de overheid zich als gedingpartij hierin mengt (*een vrij van*). Beide vrijheden zijn elkaars logisch en dus noodzakelijk complement. Bijgevolg geldt ook het *vrij van-aspect* van deze contraheervrijheid niet absoluut, want ook dit zou de leefbaarheid van de samenleving fundamenteel in het gedrang brengen.

⁶⁵³ Zie voor dit wantrouwen randnummer 430 en de verwijzing in voetnoot.

⁶⁵⁴ R. KRUIHOF, *l.c.*, 34-36.

⁶⁵⁵ R. KRUIHOF, *l.c.*, 46 en 52.

Verschillende niveaus van grenzen aan de wilsautonomie zorgen ervoor dat deze vrijheid harmonieus kan samengaan met de leefbaarheid van de samenleving als geheel. Het begrip openbare orde maakt deel uit van dit cascadesysteem van grenzen dat in de praktijk concreet vorm geeft aan het beginsel van de wilsautonomie.⁶⁵⁶

463 Deze getrapte regeling van de wilsautonomie werkt als volgt:⁶⁵⁷

- Ontbreekt er een wettelijke regeling, dan is "de wil van de particulieren" een "zelfstandige bron van recht".
- Soms is er een wettelijke regeling die particulieren geheel of gedeeltelijk terzijde kunnen schuiven, zij is dan van aanvullend recht.
- Soms is er een wettelijke regeling die op volstreekte wijze van toepassing is en die particulieren niet terzijde kunnen schuiven, die is dan van dwingend recht *sensu lato*. Deze categorie van regels kan dan nog eens worden opgedeeld naargelang de aard van de belangen die deze regels beschermen en bijgevolg naargelang de sanctie waarmee deze regels de schending van deze belangen sanctioneren.⁶⁵⁸
 - 1) Algemeen neemt de rechtsleer aan dat wanneer een regel enkel 'private belangen' beschermt, deze belangen dan enkel door een relatieve nietigheid worden gesanctioneerd. Dit houdt in dat de belanghebbenden de gelegenheid hebben om van de nietigheidssanctie af te zien. Deze categorie van regels van dwingend recht, vormt het dwingend recht *sensu stricto*.⁶⁵⁹
 - 2) Wanneer een regel echter de "tegenpool" van de *private* belangen beschermt (zonder dat er voor een tussencategorie nog plaats is), wordt de strijdigheid met deze laatste categorie niet door een *relatieve*, maar door een *absolute* nietigheid gesanctioneerd.⁶⁶⁰

⁶⁵⁶ "Enfin, nous avons cru devoir consacrer le principe que les citoyens ne peuvent, par des convention particulières, déroger aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs: ce principe est la sauvegarde de la morale et de la législation". Eerste uiteenzetting van Portalis voor de wetgevende vergadering van 3 frimaire jaar 10 (24 november 1801) zoals opgenomen in LOCRE, *Législation civile, commerciale et criminelle ou commentaire et complément des codes Français*, I, Brussel, Librairie de jurisprudence de H. Tarlier, 1836, 236, nr. 7.

⁶⁵⁷ W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, 73-76 en 435.

⁶⁵⁸ W.G., noot onder Cass. 25 juni 1971, *Arr. Cass.* 1971, 1082-1083.

⁶⁵⁹ Vaak wordt de term "dwingend recht" gebruikt om enkel deze categorie aan te duiden. A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, "Quelques aspects de l'ordre public en droit comparé", in X. (ed.), *L'ordre Public: concept et applications*, in *Les Conférences du Centre de droit privé et de droit économique III, Collection de la faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles*, Brussel, Bruylant, 1995, 226. Voor een grondige bespreking van de wetten van dwingend recht *sensu stricto*, zie G. BAETEMAN, "Les effets des dispositions légales impératives protégeant des intérêts privés", (noot onder Cass. 6 december 1956), *R.C.J.B.* 1960, 158-174.

⁶⁶⁰ Dit onderscheid tussen wat tot absolute en wat tot relatieve nietigheden kan leiden werd al door Portalis voor de wetgevende vergadering verdedigd. Discours van 23 frimaire jaar 10 (14 december 1801) zoals opgenomen in LOCRE, *o.c.*, I, 263, nr. 29.

Het onderscheid tussen beide nietigheidssancties heeft te maken met "de kring van personen die de nietigheidssanctie *in werking kunnen stellen*"⁶⁶¹, de factoren die de nietigheidssanctie *doen uitdoven*"⁶⁶² en met sommige praktische gevolgen van de nietigheidssanctie⁶⁶³.

464 Het begrip interne openbare orde zou dus deel uitmaken van *de tegenpool van de private belangen*.⁶⁶⁴ Het resultaat van de discussie wat er onder het begrip openbare orde moet worden verstaan, heeft dan ook zijn weerslag op wat met een absolute nietigheid zal worden gesanctioneerd.

⁶⁶¹ W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, 432. De nietigheid mag als sanctie niet verder dragen doen nodig is. Van Gerven citeert hiervoor Renard en Vieujean: "... la nullité n'a d'autre but que d'assurer la réalisation des fins de la règle violée. Elle ne se justifie que dans la mesure où elle poursuit ce but et il convient d'en tenir compte pour désigner les titulaires du droit de critique... Aussi est-il préférable de dire que, conformément au but poursuivi, la sanction est au service des mêmes intérêts que la règle sanctionnée et que le droit d'en réclamer l'application doit être reconnue à ceux auxquels il est nécessaire de l'accorder pour garantir efficacement ces intérêts. Telle est l'idée qui domine aujourd'hui la distinction des nullités relatives des nullités absolues..."

Deze beperking van de nietigheidssanctie heeft als gevolg dat enkel "de personen wier belang door de gesanctioneerde rechtsregel wordt beschermd" het recht hebben "om de sanctie op gang te brengen". Bij rechtsregels die door een absolute nietigheid worden gesanctioneerd is dit "elke belanghebbende". "De relatieve nietigheid[sanctie] daarentegen kan alleen worden ingeroepen door de persoon of de personen wiens belang door de overtreden, met nietigheid gesanctioneerde rechtsregel wordt beschermd." W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, 432-440.

⁶⁶² W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, 431-432.

⁶⁶³ De praktische gevolgen van de absolute nietigheidssanctie houden aldus tevens in:

Bevoegdheid van de rechter om de vastgestelde inbreuk van ambtswege in te roepen of van het Openbaar Ministerie om een nietigheidseis in te leiden. Zie 'De betekenis van het begrip openbare orde in het Gerechtelijk Wetboek', pagina 216 et seq. Mogelijkheid om de inbreuk in elk stadium van het geding, zelfs voor het eerst voor het Hof van Cassatie in te roepen (alhoewel dit onderscheid in de praktijk moet worden gerelativeerd, zie X. DIEUX, "Le Contrat: instrument et objet de dirigisme?", in X. (ed.), *Les obligations contractuelles*, Brussel, Éditions du jeune barreau, 1984, 270, nr. 8 en M. GREGOIRE, "L'ordre public dans la jurisprudence de la Cour de Cassation", in X. (ed.), *L'ordre Public: concept et applications*, in *Les Conférences du Centre de droit privé et de droit économique III, Collection de la faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles*, Brussel, Bruylant, 1995, 63-80.);

Onmogelijkheid van berusting in het tussengekomen vonnis;

Onmogelijkheid om de nietigheid te doen uitdoven door bevestiging (uitgezonderd bij latere wetswijziging die de openbare orde sanctiëring afschaft (want in de tijd evoluerend begrip: het beschermde (openbaar) belang vergt niet langer een dermate drastische sanctie);

Verjaring van de overtreding slechts na dertig jaar en niet na tien jaar (deze laatste is de algemene verjaringstermijn voor relatieve nietigheden);

Onmiddellijke toepassing van de nieuwe wet.

⁶⁶⁴ W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, 76 en 439-442.

⁶⁶⁴ W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, 435. Zie echter randnummer 492.

465 In tegenstelling tot het stilzwijgen van het Burgerlijk Wetboek zelf, geven de voorbereidende werken een eerste *aanwijzing* omtrent de mogelijke betekenis van het begrip openbare orde.⁶⁶⁵ Dit gebeurde enkel bij de voorstelling en de bespreking van artikel 6 B.W. Portalis, een van de opstellers van het Burgerlijk Wetboek, stelde er "ordre public" gelijk met *bepaalde wetten* "droit public" (jus publicum) en gaf er de volgende betekenis aan:

"Ainsi, le droit public est celui *qui intéresse plus directement la société que les particuliers*, et le droit privé est celui *qui intéresse plus directement les particuliers que la société*."⁶⁶⁶

Hiermee legde Portalis de basis voor de voorstelling van de tweedeling wilsautonomie/openbare orde door de tegenstelling *privaat belang versus algemeen belang*. Portalis zag deze tegenstelling niet in absolute termen, maar had het eerder over een *gradatieverschil*: de wet van openbare orde raakte volgens hem meer (intéresse plus directement) de gemeenschap, dan de particulieren en vice versa. Deze nuancering zou echter in de latere discussie grotendeels verloren gaan en *verschralen tot een ongenueanceerde tegenstelling* *privaat versus algemeen belang*. Voor Portalis was de (wet van) openbare orde van fundamenteel belang:

"Ce n'est que pour maintenir l'ordre public qu'il y a des gouvernements et des lois. ... Le maintien de l'ordre public dans une société est la loi suprême. Protéger des conventions contre cette loi, ce serait placer des volontés particulières au-dessus de la volonté générale, *ce serait dissoudre l'État*."⁶⁶⁷

3 Beschrijving van het debat

466 Eerst volgt een bespreking van de evolutie van de rechtspraak van het Hof van Cassatie, om nadien dieper op de discussies in de rechtsleer in te gaan.

⁶⁶⁵ De voorbereidende werken van de codificatie van het Burgerlijk Wetboek van 1804 werden voor het schrijven van dit artikel slechts onrechtstreeks geraadpleegd. Dit artikel gebruikte hiervoor immers Locré, die het Burgerlijk Wetboek geannoteerd heeft aan de hand van verwijzingen naar en citaten uit die voorbereidende werken. LOCRÉ, *o.c.*

Artikel 6 B.W. is het laatste artikel van de inleidende titel van het Burgerlijk Wetboek, ook wel de "Lois qui intéressent le public" genaamd. F. LAURENT, *Principes de droit civil*, I, Brussel, Bruylant, 1878, nr. 49.

De fundamentele beginselen uit deze titel vormen de inleiding tot het B.W., maar werden geacht ook voor andere wetten te gelden. Zoals gesteld door Grenier in zijn rapport voor de wetgevende sectie van het tribunaat van 9 ventose jaar XI (27 februari 1803), zoals opgenomen in LOCRÉ, *o.c.*, I, 313, nr. 13. Vraag is of de wetgever hiermee één enkele betekenis aan de begrippen openbare orde en goede zeden wilde geven.

⁶⁶⁶ Discours voor de wetgevende vergadering van 23 frimaire jaar 10 (14 december 1801) zoals opgenomen in LOCRÉ, *o.c.*, I, 263, nr. 29. Eigen cursivering.

Voor een bespreking van de discussies bij de redactie van artikel 6 en van de historische wortels van dit artikel die tot in het Romeinse recht zouden teruggaan zie F. LAURENT, *o.c.*, nr. 49-50.

⁶⁶⁷ Tweede uiteenzetting van Portalis voor de wetgevende vergadering van 4 ventose jaar 11 (23 februari 1803) zoals opgenomen in LOCRÉ, *o.c.*, I, 306, nr. 18-19. Vergelijk met de opvatting van Faider in 1881, zie randnummer 439.

A RECHTSPRAAK

467 De rechtspraak van het Hof van Cassatie wordt hieronder in drie tijdsblokken weergegeven. De eerste cesuur die het eerste en het tweede tijdsblok scheidt, is het arrest van 22 maart 1923 dat de discussie omtrent artikel 46 van de Wet van 20 april 1810 bezegelde. De tweede cesuur vormen de arresten van 9 december 1948 en 22 december 1949 die, wat betreft het Hof van Cassatie, de betekenis van de openbare orde in het Burgerlijk Wetboek tot op heden vastleggen.

I De opvatting van het Hof van Cassatie voor het arrest van 22 maart 1923

468 De Belgische rechtspraak beperkte zich tot aan het arrest van 22 maart 1923 hoofdzakelijk tot het berusten in de vaststelling dat de wetgever dit begrip niet had gedefinieerd. Net zoals in haar arresten met betrekking tot artikel 46 van de Wet van 20 april 1810, beschouwde het Hof van Cassatie het definiëren van de openbare orde, als een onmogelijke opdracht.⁶⁶⁸

In haar arrest van 10 oktober 1901 stelde het Hof uitdrukkelijk dat de artikelen 1131 en 1133 B.W. niet bepaalden in welke gevallen een overeenkomst met de openbare orde in strijd werd geacht.⁶⁶⁹ Voor het Hof was de *feitenrechter* dan ook *soeverein* om te appreciëren of een overeenkomst al dan niet met de openbare orde in strijd was.⁶⁷⁰ Hierin weerklinkt duidelijk de opvatting van Faider bij het arrest van 1881.⁶⁷¹

469 In die periode omschreef het Hof van Cassatie de openbare orde soms met "synoniemen", zoals "ordre civil", "ordre général", "repos public" en "intérêt social".⁶⁷² Kort voor het arrest van 22 maart 1923 poogde het Hof toch tweemaal om het begrip openbare orde te definiëren.

⁶⁶⁸ Voor een overzicht van de diverse standpunten van het Openbaar Ministerie, zie concl. P. Leclerq, Cass. 22 maart 1923, *Pas.* 1923, I, 245.

⁶⁶⁹ Cass. 10 oktober 1901, *Pas.* 1901, I, 368.

⁶⁷⁰ Cass. 28 jan 1859, *Pas.* 1860, I, 368 en Cass. 10 oktober 1901, *Pas.* 1901, I, 368.

⁶⁷¹ Zie randnummer 439.

⁶⁷² Voor een overzicht van de diverse "synoniemen" en een verwijzing naar de diverse vindplaatsen zie concl. I P. Leclerq, Cass. 22 maart 1923, *Pas.* 1923, I, 246.

Vergelijk met de in voetnoot 629 vermelde, soortgelijke pogingen om in verband met de ambtshalve bevoegdheid van het Openbaar Ministerie "ordre général" als oplossing te gebruiken.

Deze omschrijvingen stelden dat een regel van openbare orde was, wanneer deze bepaling "onontbeerlijk was om de *openbare veiligheid* te waarborgen"⁶⁷³ of "wanneer deze bepaling gesteld werd met het oog op het *bestaan* zelf van de *Staat* en voor het *welzijn* van de *publieke zaak*."⁶⁷⁴

Deze arresten koppelden de openbare orde nog niet op een exclusieve manier aan wettelijke bepalingen. Dit gebeurde pas na het Cassatiearrest van 22 maart 1923.

II De opvatting van het Hof van Cassatie na het arrest van 22 maart 1923

470 Met het arrest van 30 november 1933 ondernam het Hof van Cassatie voor het eerst een grondige poging tot omschrijving van het begrip openbare orde. Dit arrest is belangrijk omdat het Hof de openbare orde (zoals die in het B.W. voorkomt) volledig aan de wet en aan de wil van de wetgever koppelde.

In tegenstelling tot de discussie omtrent het begrip openbare orde van artikel 46 van de Wet van 20 april 1810, had het Hof het *niet* over wettelijke bepalingen die de (sfeer) van de openbare orde raken. Het Hof stelde toen uitdrukkelijk dat het *exclusief* aan de wetgever toekomt om te bepalen wat van openbare orde is:

"Que la notion d'ordre public dérive donc exclusivement de la loi, le législateur étant seul juge de ce qui constitue l'intérêt général et dont le respect s'impose à tous."⁶⁷⁵

471 Net zoals bij haar eerdere pogingen om de openbare orde te omschrijven⁶⁷⁶ bevatte de definitie van 1933 een sterk publiekrechtelijke inslag:

"Attendu que la loi d'ordre public est celle dont les dispositions sont ordonnées en vue de l'*existence même* de l'*État* et pour le bien de la *chose public*."⁶⁷⁷

Deze sterk publiekrechtelijke inslag bleek al het jaar daarop problematisch te zijn. In haar arrest van 8 maart 1934 onthield het Hof zich van een (nieuwe) definitie van de openbare orde en beperkte zich tot

⁶⁷³ "[Q]u'elle garantisse la sûreté publique, c'est-à-dire qu'elle lui soit indispensable." Cass. 8 januari 1914, *Pas.* 1, 55.

⁶⁷⁴ "La loi d'ordre public est celle dont les dispositions sont ordonnées en vue de l'existence même de l'État et pour le bien de la chose publique." Cass. 21 april 1921, *Pas.* 1921, 1, 338. Vergelijk ook met de poging tot omschrijving die de Procureur Generaal Terlinden in zijn conclusie bij het arrest van 12 mei 1922 ondernam: "A quoi reconnaît-on qu'une loi est d'ordre public ? C'est presque aussi difficile à dire que de donner de ce terme une définition satisfaisante. Je serais cependant tenté de dire qu'on le reconnaît à ce qu'elle s'adapte à une *situation menaçante pour la société*, et qu'elle doit avoir pour but de *parer à un réel danger social*, de telle sorte qu'une loi d'ordre public est, en d'autres termes, *une loi de sauvegarde ou de salut public*." Concl. Terlinden, Cass. 12 mei 1922, *Pas.* 1922, 1, 298-299. Eigen cursiveringen.

⁶⁷⁵ Cass. 30 november 1933, *Pas.* 1934, 1, 89.

⁶⁷⁶ Zie voetnoten 673-674.

⁶⁷⁷ Cass. 30 november 1933, *Pas.* 1934, 1, 89.

het besluiten dat de wetten die de reservataire erfgenamen bepalen, van openbare orde waren, omdat deze steunen op een goede sociale ordening en uitgaan van de familiale ordening:

"[P]uisqu'elles ont un caractère impératif, s'inspirent du souci d'une bonne organisation sociale et touchent à l'ordre des familles."⁶⁷⁸

III De opvatting van het Hof van Cassatie sedert het arrest van 9 december 1948⁶⁷⁹

472 Het Hof formuleerde toen, in navolging van De Page⁶⁸⁰, de volgende definitie:

"Is slechts van *eigenlijke* openbare orde, de wet die de essentiële belangen van de Staat of van de Gemeenschap raakt, of die in het privaatrecht de juridische grondslagen vastlegt waarop de economische of morele orde van de maatschappij rust."⁶⁸¹

Het jaar daarop bevestigde het Hof van Cassatie deze definitie.⁶⁸² Het Hof verwijderde enkel het bijvoeglijk naamwoord "eigenlijke" uit de definitie, zodat haar definitie sindsdien volledig met die van De Page overeenstemt. Tot op heden is dit de in het Belgisch recht vigerende definitie van de interne openbare orde. Desondanks blijft een deel van de rechtsleer deze definitie betwisten.

IV Commentaar

473 Er bestaat een zekere analogie tussen de wijze waarop het Hof van Cassatie de problematiek omtrent het begrip openbare orde in artikel 46 van de Wet van 20 april 1810 en in het Burgerlijk Wetboek heeft aangepakt. Telkens is het Hof voorzichtig en pragmatisch te werk gegaan. En ondanks de geponeerde verschillen tussen de openbare orde in het gerechtelijk privaatrecht en in het burgerlijk recht, heeft er een sterke wederzijdse beïnvloeding plaats gevonden.

Met betrekking tot de ambtshalve bevoegdheid van het Openbaar Ministerie gaat het om de concrete situatie die moet worden verholpen omdat ze de openbare orde in gevaar brengt. Met haar arrest van 22 maart 1923 gaf het Hof van Cassatie nog niet aan hoe die situaties konden worden herkend. Met haar arrest van 3 mei 1958 steunde het Hof zich hiervoor impliciet op het resultaat van haar arresten van 30 november 1933, 9 december 1948 en van 22 december 1949.

⁶⁷⁸ Cass. 8 maart 1934, *Pas.*, 1934, I, 211.

⁶⁷⁹ Cass. 9 december 1948, *Arr. Cass.* 1948, 614-617 en *Pas.* 1948, 699-702.

⁶⁸⁰ Zie randnummer 476 et seq.

⁶⁸¹ Eigen cursivering.

⁶⁸² Cass. 22 december 1949, *Arr. Cass.* 1950, 244-247 en *Pas.* 1950, 266-268.

In deze arresten gaat het juist om de *wettelijke bepalingen* (en niet de feitelijke situaties) die *in concreto* van openbare orde zouden moeten zijn. Sedert het arrest van 30 november 1933 kunnen onder openbare orde enkel nog wettelijke bepalingen worden begrepen.

474 Sedert het arrest van 9 december 1948 zijn dit niet enkel bepalingen van publiek recht die de essentiële belangen van de Staat of van de Gemeenschap raken, maar ook alle bepalingen die in het privaatrecht de juridische grondslagen vastleggen waarop de economische of morele orde van de maatschappij rust.

Met de termen "essentiële belangen raken" of "de juridische grondslagen vastleggen" reikt het Hof van Cassatie een criterium aan om uit te maken of een wettelijke bepaling van openbare orde is of niet. Om het 'revolutionaire' belang van deze criteria te kunnen inschatten, volgt nu een beschrijving van het standpunt van De Page en dat van de overige Belgische rechtsleer.

B RECHTSLEER⁶⁸³

I *De rechtsleer tot aan De Page*

475 In tegenstelling tot de rechtspraak uit de negentiende eeuw heeft een deel van de toenmalige rechtsleer toch gepoogd om het begrip openbare orde te omschrijven.⁶⁸⁴ Hierna volgt een kort overzicht van de belangrijkste benaderingen.

In de negentiende eeuw bestonden er twee benaderingen om de openbare orde inhoudelijk te ontleden. De eerste benadering hield een grammaticale ontleding van het begrip in. De tweede benadering was eerder wetsteleologisch van aard, doordat die de functie van het begrip openbare orde analyseerde.⁶⁸⁵

⁶⁸³ Rekening houdend met de heersende opvatting in de rechtsleer en ondanks de hierboven geformuleerde kritiek daar op, worden hierna veiligheidshalve enkel omschrijvingen met betrekking tot de burgerrechtelijke betekenis van het begrip openbare orde weergegeven. Ter vergelijking volgt in deze voetnoot wel nog de omschrijving die Corbisier in 1861 aan het begrip openbare orde in artikel 46 gaf: "L'ordre public se constitue donc par le maintien des règles qui sont la base de l'organisation sociale." M. CORBISIER, *l.c.*, 1458.

⁶⁸⁴ In zijn conclusie bij het arrest van 5 mei 1881 de Procureur Generaal Faider bestempelde deze zoektocht nog als vruchteloos. Concl. M. Faider, Cass. 5 mei 1881, *Pas.* 1881, I, 241.

⁶⁸⁵ Het in de inleiding gemaakte onderscheid tussen de verschillende interpretatiemethodes kan niet zomaar op de in het verleden gehanteerde methodes worden overgeplaat. Met betrekking tot dit onderwerp beschouwde Laurent deze benadering als zijnde *technisch* van aard. (Latere auteurs hebben het vaak over de functionele benadering.) Van Gerven omschrijft Laurent als een vertegenwoordiger van de psychologisch-exegetische methode (hetgeen min of meer met wetsteleologisch overeenstemt), terwijl wat betreft dit concrete geval Laurent zich bij *beide* benaderingen aansloot. F. LAURENT, *o.c.*, I, nr. 47-49 en W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, 54.

- Mauguin, hierin gevolgd door Laurent, associeerde op basis van een *grammaticale interpretatie* de openbare orde met de staat van de personen en de daaraan verbonden bekwaamheid of onbekwaamheid van de personen.⁶⁸⁶
- Op basis van een *wetsteleologische interpretatie* werd de openbare orde met de wetten van publiek recht geassocieerd. Domat, hierin gevolgd door Laurent (dezelfde!), gaf hieraan een extensieve interpretatie waardoor voor hem de openbare orde alle wetten van openbaar belang ("intérêt public") omvatte.⁶⁸⁷ Een auteur als Rogron nuanceerde dit algemeen belang nog in de lijn van Portalis door de wetten van openbare orde te associëren met de wetten die niet uitsluitend private belangen als voorwerp hebben, want zij hebben hoofdzakelijk het algemeen belang van de maatschappij als voorwerp. Rogron beschouwde de tweedeling wilsautonomie/openbare orde als een tegenstelling zuiver privaat belang versus privaat belang en algemeen belang.⁶⁸⁸

II De vernieuwing van De Page in 1933

476 De Page ging voorzichtig te werk en onthield zich van een grammaticale benadering van het begrip openbare orde. Daartoe splitste De Page zijn benadering in twee deelstappen op.

477 De Page begon met dit begrip in zekere zin 'functioneel' te benaderen: De Page situeerde de openbare orde eerst ten opzichte van artikel 6 en artikel 1133 B.W.⁶⁸⁹ Volgens De Page handelen deze beide artikelen over hetzelfde begrip openbare orde, ondanks hun verschil in formulering. In beide artikelen geeft de openbare orde absolute nietigheidsgrenzen aan omdat het om *essentiële* bepalingen gaat die de beginselen en de stabiliteit van de maatschappelijke ordening zelf raken.⁶⁹⁰

⁶⁸⁶ F. LAURENT, *o.c.*, I, nr. 47 die in voetnoot 1 verwijst naar MAUGUIN, *Dissertation sur l'article 6 du code civil*, insérée dans Sirey, IX, 2^e partie, p. 345 et seq. Deze opvatting is mogelijk mee ingegeven doordat dit juist het voorwerp was van Brussel (1808) en Pau (1809) en Cassatie (1881). Zie respectievelijk randnummers 432 en 437-439.

Voor een voorbeeld van tot welke uiteenlopende resultaten deze techniek kan leiden, vergelijk met het resultaat dat Eerste Advocaat Generaal Leclercq bekomt. Zie het citaat in randnummer 445 en de verwijzingen in voetnoot 639.

⁶⁸⁷ Laurent citeert hiervoor Domat: "Les lois qui regardent l'ordre public sont celles qu'on appelle les lois de l'État, qui règlent la manière dont les princes souverains sont appelés au gouvernement, celles qui règlent les distinctions et les fonctions des charges publiques, celles qui regardent la police des villes et les autres règlements publics." F. LAURENT, *o.c.*, I, nr. 48 die in voetnoot 2 verwijst naar DOMAT, *Traité des lois*, hoofdstuk XI, nr. 40.

⁶⁸⁸ ROGRON, *Code Civil expliqué par ses motifs et par des exemples*, Brussel, Tarlier, 1833, 9.

⁶⁸⁹ De nuancering 'in zekere zin' wordt hier aan toegevoegd omdat De Page deze eerste stap heel beperkt hield: louter een situering ten opzichte van artikel 6 en 1133 B.W. Er is eerder sprake van een poneren, dan van een onderbouwen van een standpunt. Impliciet heeft De Page dit begrip waarschijnlijk aan de hand van een of andere (waarschijnlijk teleologische) interpretatiemethode benaderd.

⁶⁹⁰ H. DE PAGE, *o.c.*, nr. 90.

478 De Page vervulde deze functionele omschrijving van de betekenis van de openbare orde met een afbakening van de burgerrechtelijke toepassings sfeer van de openbare orde. Hiervoor gaf De Page een *empirisch overzicht* van alle categorieën van wettelijke bepalingen die toen door de rechtspraak en de rechtsleer tot de openbare orde werden gerekend. Op basis van dit overzicht concludeerde De Page tot een betekenis, waarvan de omvang van de er onder vallende juridische domeinen gebaseerd was op wat de concrete rechtspraktijk 'aanvoelde'.⁶⁹¹

479 De Page stelde het begrip openbare orde uit het Burgerlijk Wetboek *tegenover* het begrip goede zeden.⁶⁹² In die *tweedeling* betekent de openbare orde "de wetten van openbare orde".⁶⁹³ Hiermee nam De Page een identiek standpunt in als het Hof van Cassatie in zijn arrest van hetzelfde jaar, 1933.⁶⁹⁴ De Page beschouwde zijn afbakening van juridische materies als een empirische correctie op de voordien voorgestelde definities, omdat die volgens hem misleidend waren. Alhoewel deze definities niet pretendeerden van exhaustief te zijn, *overaccentueerden* ze echter wel het publiekrechtelijke aspect van de openbare orde. Door deze *eenzijdigheid* stemden ze dan ook niet met de bestaande rechtspraak overeen.⁶⁹⁵ Volgens De Page is de *wet* van openbare orde dan ook:

"[D]eze die *de essentiële belangen van de Staat of van de Gemeenschap* raakt, of die in het *privaatrecht* de juridische grondslagen vastlegt waarop de *economische of morele* orde van de maatschappij rust."⁶⁹⁶

480 De Page gaf zelf toe dat zijn "schets" geen kant en klare afbakening van de wetten van openbare orde inhield.⁶⁹⁷ Desondanks sloot het Hof van Cassatie zich in haar arresten van 9 december 1948 en 22 december 1949 bij deze benadering aan.⁶⁹⁸

⁶⁹¹ Dit aanvoelen van de rechtspraktijk, kon *evengoed* gestoeld zijn op een grammaticale als op een wetsteleologische benadering. Voor zover als kon worden nagegaan, blijkt het niet dat De Page hierin een selectie heeft gemaakt. Voor een overzicht van alle soorten juridische bepalingen die van openbare orde konden zijn, zie H. DE PAGE, *o.c.*, nr. 91.

⁶⁹² Voor een bespreking van de relatie tussen beide begrippen, zie randnummers 520-542.

⁶⁹³ H. DE PAGE, *o.c.*, nr. 90.

⁶⁹⁴ Zie randnummer 472.

⁶⁹⁵ H. DE PAGE, *o.c.*, nr. 91.

⁶⁹⁶ *Ibid.*

⁶⁹⁷ Vooraleer de geciteerde formule voor te stellen, nuanceert De Page: "... s'il est impossible de donner une définition formelle et complète de la loi d'ordre public, il n'est pas interdit d'en esquisser l'idée générale." Om vervolgens aan te geven dat: "Pour déterminer la disposition "d'ordre public", il faut, chaque fois, analyser l'*esprit de l'institution*, et rechercher en quoi ou par quoi elle est en rapport avec les *exigences essentielles de la collectivité*, ou les bases fondamentales du droit privé. (...) [L]a notion d'ordre public n'est une notion claire *qu'en apparence*, et que dès qu'on cherche à en préciser exactement le champ d'application et les modalités, elle se révèle *infiniment plus complexe et plus nuancée*." H. DE PAGE, *o.c.*, nr. 91 en 91bis.

⁶⁹⁸ Zie randnummer 472 et seq.

III De rechtsleer sedert De Page

481 Ook na deze twee arresten kende de benadering van De Page slechts bij een deel van de rechtsleer bijval. Aangezien vooral de kritische commentaren voor dit artikel leerrijk zijn, worden hoofdzakelijk deze hierna besproken.

De volgende kritieken komen voor: het ontbreken van een gelaagdheid van de openbare orde; het ontbreken van een substantiële definitie van de openbare orde (als gevolg van het ontbreken van een grammaticale benadering bij De Page); het herleiden van de openbare orde tot het wettelijke bepaalde; het koppelen van de openbare orde met de absolute nietigheidssanctie, een sanctie die te streng kan zijn.⁶⁹⁹

482 Het concept van een gelaagde openbare orde, ook wel openbare orde met gradaties genaamd, dekt uiteenlopende opvattingen. Bijvoorbeeld voor De Harven betekent dit een openbare orde die ook bestaat uit de regels van dwingend recht die particuliere belangen beschermen en die dan wel door een relatieve nietigheid worden gesanctioneerd.⁷⁰⁰

Voor Romain is de openbare orde samengesteld uit een eerder "technische laag" en uit een "fundamentelere" laag. Daar waar de inhoud van de technische laag in de tijd en ruimte kan variëren, is dit bij de fundamentelere laag veel minder of zelfs helemaal niet het geval. Voor Romain bevat die laatste laag onder andere de algemene rechtsbeginselen. Deze algemene rechtsbeginselen zijn niet altijd in een geschreven wet neergelegd.⁷⁰¹

⁶⁹⁹ Deze laatste kritiek is bij Dabin terug te vinden. De problematiek van de sanctionering van de openbare orde bekeek Dabin los van zijn analyse van de openbare orde. Die analyse was enkel gebaseerd op een grammaticale interpretatie van de begrippen openbare orde en goede zeden. J. DABIN, *l.c.*, 190-247.

⁷⁰⁰ Bijvoorbeeld De Harven in 1954. Een van de fundamenten in zijn betoog was dat het Hof van Cassatie in haar arrest van 9 december 1948 het had over "eigenlijke openbare orde" ("ordre public *proprement dit*") en niet over openbare orde zonder meer. De Harven hield er echter geen rekening mee dat het Hof van Cassatie deze toevoeging al in haar arrest van 22 december 1949 terug achterwege liet, waardoor een groot deel van zijn argumentatie al achterhaald was. P. DE HARVEN, "Contribution à l'étude de la notion d'ordre public", (noot onder Cass. 14 januari 1954), *R.C.J.B.* 1954, 259-266. Voor een grondige kritiek op De Harven zie G. BAETEMAN, *l.c.*, 172-174.

⁷⁰¹ Hierbij dient opgemerkt dat Romain tot de gelaagdheid van de openbare orde concludeert op basis van een *grammaticale* benadering van dit begrip. De hierboven uiteengezette evolutie in de opvattingen in de Belgische rechtsleer toont echter aan hoe deze grammaticale benadering tot de meest uiteenlopende resultaten heeft geleid. J.-F., ROMAIN, *l.c.*, nr. 3-9. Voor Romain bevat die fundamentele laag ook de fundamentele rechten en vrijheden van de mens, van het individu, dewelke naast het algemeen belang staan. J.-F., ROMAIN, *l.c.*, nr. 12-14 en 25.

483 Het herleiden van de openbare orde tot de wettelijke bepalingen van openbare orde zou geen recht doen aan de algemene rechtsbeginselen⁷⁰² en aan de ongeschreven rechtsregels.⁷⁰³ Romain en Van Gysel vrezen dat dit kan leiden tot een "te groot juridisch voluntarisme", namelijk dat de wetgever bij het bepalen van wat van openbare orde is, zomaar van sommige fundamentele beginselen zou kunnen afwijken.

Daarom pleiten Romain en Van Gysel voor een substantiële definitie van het begrip openbare orde als *aanvulling en correctie* op haar functionele definitie. Deze substantiële definitie zou dan ook moeten beklemtonen dat sommige delen van de openbare orde niet of nauwelijks in tijd en ruimte kunnen variëren (gelaagdheid) en dat de wetgever daarvan niet zomaar van kan afwijken. De rechtstaat is immers per definitie zelf onderworpen aan die niet of nauwelijks variërende delen van de openbare orde.⁷⁰⁴

484 De absolute nietigheidssanctie van de openbare orde zou te streng zijn, andere sancties zouden vaak geschikter zijn.

Puttemans weerlegt deze kritiek door te waarschuwen voor al te vlugge conclusies als zou een wettelijke bepaling die van dwingend recht is en enkele aspecten van algemeen belang vertoont om die reden al van openbare orde zijn. Dit is in het bijzonder zo wanneer er andere efficiënte sancties mogelijk zijn. De openbare orde kan immers als onontbeerlijke achtergrond in een wet alomtegenwoordig zijn, terwijl ze de individuele bepalingen zelden domineert.⁷⁰⁵

⁷⁰² X. DIEUX, *l.c.*, 260; J.-F., ROMAIN, *l.c.*, nr. 12.

⁷⁰³ X. DIEUX, *l.c.*, 260.

⁷⁰⁴ A.-Ch. VAN GYSEL en J.-F. ROMAIN, *l.c.*, 325-326.

⁷⁰⁵ "L'arrière-fond des dispositions impératives présente bien souvent les teintes de l'intérêt général. Tant que celles-ci ne sont pas nettement prédominantes, il est inutile, voire dangereux pour les personnes que la loi veut protéger, d'ouvrir largement la voie de l'action en nullité. Cette dernière considération nous paraît prendre un poids tout particulier lorsque le droit de critique qui assortit les dispositions contraignantes peut prendre, à côté ou à la place de la nullité, la forme d'une autre sanction qui en assure l'efficacité, telle la cessation ou encoure la réduction des obligations de la partie protégée au maximum admis par la loi." A. PUTTEMANS, "L'ordre public et la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce, sur l'information et la protection du consommateur", in *Les Conférences du Centre de droit privé et de droit économique III, Collection de la faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles*, Brussel, Bruylant, 1995, 143, nr. 4 en 188, nr. 48.

4 Commentaar

A DE OPENBARE ORDE VERSCHILT VAN HET ALGEMEEN BELANG

485 Critici van de schets van De Page huldigen de klassieke opvatting waarbij de (regels van) openbare orde met het algemeen belang wordt gelijk gesteld. Dit algemeen belang is dan het tegengestelde van de (overige) regels van dwingend recht, dewelke private belangen beschermen.⁷⁰⁶ Bijgevolg worstelen deze critici dan ook met de situatie waarbij wettelijke bepalingen zowel een privaat belang als een zeker algemeen belang beschermen. Ook voor hen is de absolute nietigheid niet geschikt om elke strijdigheid met het algemeen belang te sanctioneren.

Zij hebben als bijkomend probleem dat het algemeen belang zo vatbaar lijkt voor een subjectieve invulling. Hierdoor is het in de praktijk vaak moeilijk vast te stellen waar de grens dient te worden getrokken. Dieux waarschuwt dan ook om bij deze oefening het beginsel van de wilsautonomie niet te vergeten. Tussen het beginsel van de wilsautonomie en de openbare orde moet er immers een correct en adequaat evenwicht bestaan.⁷⁰⁷

Een grotere wetgevende zorgvuldigheid zou hierbij in ieder geval niet misstaan, maar zelfs dit zal echter nooit kunnen verhinderen dat bij gebrek aan sociale consensus de wet zelf "duister" zal blijven.⁷⁰⁸

486 Een belangrijk auteur als Van Gerven die de definitie van De Page aanhangt, is zo voorzichtig om de openbare orde wel tegen te stellen aan de private belangen, maar Van Gerven stelt de openbare orde daarom nog niet gelijk aan het *algemeen belang*.⁷⁰⁹ De Page deed dit evenmin, hetgeen juist het revolutionaire aan zijn standpunt is.

⁷⁰⁶ J.-F. ROMAIN, *l.c.*, nr. 13 voor wat betreft zijn technische laag.

⁷⁰⁷ "[L]a recherche d'une solution à ces difficultés ne peut être abstraite des principes fondamentaux de notre droit privé. Parmi ceux-ci, le principe de l'autonomie des volontés individuelles devrait conduire, toutes les fois qu'un doute existe sur la nature d'une règle, à ne pas lui attribuer un caractère d'ordre public. Par nature, les bases fondamentales d'une société doivent s'imposer à l'esprit de chacun ; il n'est pas raisonnable de penser qu'elles puissent en quelque sorte se deviner, au départ d'opinions plus ou moins subjectives de l'intérêt général." X. DIEUX, *l.c.*, 283. Dieux doet dit in de context van het verbintenissenrecht, hierin bijgetreden door Puttemans.

A. PUTTEMANS, *l.c.*, 141, nr. 3.

⁷⁰⁸ "De manière générale, le législateur serait bien inspiré toutefois de veiller à clarifier ses intentions, à ne pas invoquer à tort et à travers les notions d'ordre public et de nullité absolue sans trop savoir de quoi il retourne..." A. PUTTEMANS, *l.c.*, 189, nr. 48. Hierin bijgetreden door VAN GYSEL en ROMAIN:

"[L]a nécessité pour le législateur de réfléchir à ce contenu et de ne manipuler le concept d'ordre public qu'avec le plus grand soin. Pas plus qu'il n'est immuable, l'état social n'est exempt de zones de turbulence opaques, qui ne se calment qu'avec le temps; le droit ne peut avoir plus de clarté que la société qui le crée." A.-Ch. VAN GYSEL en J.-F. ROMAIN, *l.c.*, 319.

⁷⁰⁹ W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, nr. 26-28. Voor een overzicht van het juridisch gebruik van het begrip algemeen belang om zo tot een invulling van dit begrip te komen, zie G. VAN OVERWALLE, "Klinische proeven en volksgezondheid. Naar een herijking van het algemeen belang in het octrooirecht", *T.P.R.* 2000, (3) 1-63.

De Page stelde de openbare orde enkel gelijk met de wet die de *essentiële* belangen (van de Staat of van de Gemeenschap) raakt, of die in het privaatrecht de *juridische grondslagen* vastlegt *waarop* de economische of morele orde van de maatschappij *rust*. Dit houdt in dat De Page de openbare orde in *engere termen* beschouwde dan het algemeen belang, terwijl voor (en ook na) hem een deel van de rechtsleer beide begrippen als synoniemen beschouwde.⁷¹⁰

Deze onterechte gewoonte om de openbare orde met het algemeen belang en de tegenpool van de openbare orde met het privaat belang gelijk te stellen, gaat terug op een ongenueanceerde interpretatie van de uiteenzetting van Portalis bij zijn voorstelling van artikel 6 B.W.⁷¹¹

487 Vertrekkende vanuit het beginsel van de wilsautonomie, is het *logisch* om alles wat niet door de openbare orde wordt begrensd, als private belangen te omschrijven. De keuze voor de omschrijving privaat belang leidt dan *automatisch* tot de keuze om openbare orde met publiek of algemeen belang gelijk te stellen. Onder meer door de steeds grotere verstrengeling van het privaat met het algemeen belang bleek deze tweede gelijkstelling keer op keer *problematisch* te zijn.

Zonder hier de enige, juiste betekenis van het begrip 'algemeen belang' te willen poneren, stelt dit rapport dat het algemeen belang veel meer bij het *dominante* maatschappelijke *project* aansluit.⁷¹²

Tot het privaat belang behoren dan eerder al die zaken die niet binnen de ambitie van dit project vallen. Wel is het zo dat het dominante maatschappelijk project van de huidige democratische rechtsstaten steeds meer zaken bestrijkt die vroeger louter als van privaat belang werden beschouwd, maar daarom behoren die aspecten nog niet tot de essentiële belangen van de Staat of van de Gemeenschap, of leggen zij in het privaatrecht de juridische grondslagen vast waarop de economische of de morele orde van de maatschappij rust.

Het gelijkstellen van de openbare orde met de essentiële belangen van de maatschappij, kan juist deze verstrengelingsproblematiek verhelpen. Voor het Hof van Cassatie lijkt dit een adequate en evenwichtige begrenzing van de openbare orde te waarborgen.⁷¹³ Zowel in het burgerlijk recht⁷¹⁴ als in het gerechtelijk privaatrecht⁷¹⁵ heeft het Hof van Cassatie deze definitie aanvaard en is er sindsdien niet meer op teruggekomen.

⁷¹⁰ Bijvoorbeeld Laurent. Zie randnummer 475.

⁷¹¹ Zie randnummer 465.

⁷¹² Zie randnummer 377.

⁷¹³ Zie echter randnummer 492.

⁷¹⁴ Sedert de Cassatiearresten van 9 december 1948 en van 22 december 1949. Zie randnummer 472.

⁷¹⁵ Sedert het Cassatiearrest van 3 mei 1958. Zie randnummer 446.

B TELEOLOGISCHE ONTLEDING VAN DE OPVATTING VAN DE PAGE

488 De Page vermeldde niet op basis van welke interpretatiemethode hij tot deze verenging van de openbare orde tot het 'essentiële' had besloten. De Page poneerde dit ongeveer als een vaststaand gegeven. Vermoedelijk heeft De Page (impliciet) een teleologische interpretatiemethode gehanteerd. Dit kan niet worden bewezen. Het enige dat kan worden bewezen, is het feit dat de opvatting van De Page zowel wetsteleologisch als rechtsteleologisch kan worden onderbouwd.

489 De wetsteleologische benadering verengt het door de historische wetgever beoogde doel tot haar historisch fundamentele opties.⁷¹⁶ Met betrekking tot de openbare orde (in het B.W.) behoren het streven naar een evenwichtige begrenzing van het beginsel van de wilsautonomie door de openbare orde en het adequaat toepassen van het onderscheid tussen absolute en relatieve nietigheid, zeker tot deze historisch fundamentele opties.

Daarenboven benaderde Portalis, bij de voorstelling van het ontwerp van artikel 6 B.W., het onderscheid tussen wat respectievelijk van openbare orde is en wat onder de wilsautonomie ressorteert als een *gradatieverschil*: het eerste raakt *meer* de gemeenschap, het tweede *meer* de particulieren. De negentiende-eeuwse interpretatie negeerde echter deze belangrijke nuance en verschraalde het onderscheid tot een tegenstelling publieke belangen versus private belangen.

490 In het inleidende deel werd reeds aangegeven dat de wetsteleologische interpretatiemethode haar relevantie verliest, wanneer de opvattingen van de wetgever of van de maatschappij sedertdien sterk zijn veranderd.⁷¹⁷ Dit heeft zich met betrekking tot het algemeen en het privaat belang voorgedaan. Wettelijke bepalingen zijn soms zowel door het privaat belang als door het algemeen belang ingegeven. Deze verstrengeling van publieke en private belangen is in de loop van de tijd enkel maar toegenomen. Het voorstellen van de tweedeling openbare orde/wilsautonomie als een tegenstelling publieke belangen versus private belangen leidde al heel vroeg tot praktische problemen.⁷¹⁸ Als gevolg van de steeds maar toenemende verstrengeling werden deze problemen in de loop van de tijd enkel maar groter.

⁷¹⁶ Zie randnummer 401 et seq.

⁷¹⁷ Zie randnummer 404.

⁷¹⁸ Zie de vrees voor een te grote ambtshalve bevoegdheid van het Openbaar Ministerie (zie randnummer 433 et seq.) en zie de discussies omtrent welke nietigheidssanctie er nu aan de strijdigheid met de openbare orde moest worden verbonden, zie randnummers 481-484.

Zelfs de genuanceerde voorstelling van Portalis zou hier tot moeilijkheden hebben geleid. Portalis geeft immers geen criteria om te bepalen of een wettelijke bepaling meer het algemeen belang dan het privaat belang raakt en vice versa.

491 Dankzij haar ruime interpretatievrijheid, komt de rechtsteleologische interpretatiemethode juist op dit punt tegemoet. De rechtsteleologische benadering focust immers op het *actuele* rechtssysteem als systeem en op de basisopties van de *actuele* wetgever.⁷¹⁹ Het eerste leidt tot de erkenning van deze verstrelingsproblematiek. Het tweede leidt tot de erkenning dat het huidige arsenaal aan juridische sancties veel ruimer en verfijnder is, dan datgene waarover de revolutionaire wetgever toentertijd beschikte.⁷²⁰ In de huidige context vormt de openbare orde dan ook een van de meest traditionele en meest repressieve sanctiemechanismen.

Vanuit deze rechtsteleologische contextbenadering is de verenging van de openbare orde tot het 'essentiële' een niet-arbitraire en adequate oplossing. Niet-arbitrair en adequaat omdat Portalis als basisopvatting huldigde dat de openbare orde als functie heeft te voorkomen dat de wilsautonomie de Staat zou ontbinden.⁷²¹ Een adequate oplossing omdat de voorstelling van De Page in dit opzicht beter bij deze opvatting van Portalis aansluit, dan de voorstelling die Portalis er zelf aan gaf. Het 'essentiële' is immers gemakkelijker hanteerbaar als criterium om te bepalen wanneer een bepaling meer het algemeen belang dan het privaat belang raakt.

492 De Page's terminologische verenging maakt de voorstelling van de tweedeling als een tegenstelling tussen essentieel belang versus privaat belang echter niet langer houdbaar. Zolang deze tweedeling aldus wordt voorgesteld, zal de opvatting van De Page betwist blijven. Bijgevolg moet ook het privaat belang in de voorstelling van de tweedeling worden vervangen. De nieuwe voorstelling van de tweedeling wilsautonomie/openbare orde moet dan zijn: essentiële belangen van de maatschappij versus 'niet-essentiële' belangen, waar het particulier initiatief niet absoluut kan worden begrensd.

⁷¹⁹ Zie randnummer 404.

⁷²⁰ X. DIEUX, *l.c.*, 258.

⁷²¹ Tweede uiteenzetting van Portalis voor de wetgevende vergadering van 4 ventose jaar 11 (23 februari 1803) zoals opgenomen in LOCRE, *o.c.*, I, 306, nr. 18-19. Voor het citaat, zie randnummer 465.

Gezien de beperktere omvang van het aantal bepalingen met een 'essentieel' karakter, zal de tegenstelling 'essentiële' versus 'niet-essentiële' belangen nooit in dezelfde mate als de tweedeling algemeen/privaat belang kunnen verstrengelen. Gezien die kleinere omvang zal die verstrengeling ook als minder problematisch worden ervaren.

493 Toegepast op artikel 138 Ger. W. zorgt deze definitie van De Page voor een bijkomende verenging. Immers de openbare orde die door een feitelijke situatie in gevaar wordt gebracht, moet wettelijk bepaald zijn. Enkel het verhelpen van een dergelijke situatie kan de ambtshalve tussenkomst van het Openbaar Ministerie door middel van een rechtsvordering rechtvaardigen.⁷²²

De interne openbare orde blijkt geen gelaagd begrip te zijn. Als er al sprake is van een gelaagdheid van de openbare orde situeert die zich elders. Daar waar de openbare orde in de context van het Burgerlijk Wetboek als absolute nietigheidssanctie functioneert, volstaat het om te beoordelen of de geschonden wettelijke bepaling van openbare orde is of niet. Daarentegen waar de openbare orde wordt ingeroepen om het Openbaar Ministerie door middel van de rechtsvordering als gedingpartij in burgerrechtelijke processen te laten tussenkomen, is het meer gepast om bijkomend te beoordelen of de concrete situatie deze tussenkomst wel degelijk vergt. Dit is dan ook de enige vorm van gelaagdheid die de toepassing van het begrip openbare orde inhoudt.

C DE NOODZAAK OM HET BEGRIP GOEDE ZEDEN IN RELATIE TOT HET BEGRIP OPENBARE ORDE UIT TE KLAREN

494 Alhoewel De Page het begrip openbare orde in twee fasen heeft verengd – door het (in navolging van de tendens bij het Hof van Cassatie) te beperken tot enkel de *wettelijke* bepalingen en dan nog tot enkel de *essentiële* wettelijke bepalingen –, heeft hij het anderzijds ook verruimd. De Page vulde immers de opvatting dat de openbare orde enkel het publiekrecht betreft⁷²³, aan met de grondbeginselen van privaatrecht, waarbij deze juridische grondslagen van het privaatrecht datgene omvatten dat de fundering vormt voor **zowel de morele als de economische orde** van de (Belgische) maatschappij.⁷²⁴

⁷²² Zie randnummers 447, 455-456.

⁷²³ "De wetten van publiekrecht, namelijk de wetten die de Belgische maatschappij [of beter: staat?] *ordenen*."

⁷²⁴ Vergelijk met Dabin die op basis van een grammaticale benadering tot *gedeeltelijk* gelijke bevindingen komt. Naast "l'ordre qui doit exister dans l'État" bestaat de openbare orde volgens hem ook uit "l'ordre qui doit exister dans la société". Dit laatste bestaat volgens Dabin onder andere uit economische regels en uit regels die instaan voor de overdracht van het leven en de opvoeding van de generaties ("celles qui président à la transmission de la vie et à la l'éducation des générations"). J. DABIN, *l.c.*, 214-223.

Het feit dat de discussie in de rechtsleer nog steeds niet is beslecht, bewijst dat zijn benadering niet alle problemen oplost. Dit rapport verdedigt de stelling dat dit onder meer te wijten is aan het feit dat het begrip goede zeden in relatie tot de interne openbare orde niet volledig werd uitgeklaard. Immers wanneer de openbare orde ook bestaat uit de juridische grondslagen van het privaatrecht waarop de *morele orde* van de maatschappij rust, rijst er de vraag wat er onder het begrip goede *zedes* dan nog moet worden begrepen.

495 In het vorige hoofdstuk werd gesteld dat het recht door een juridisch taalgebruik en niet door een juridische taal wordt gekenmerkt. Bij gebrek aan een eigen technische taal bestaan er geen zuiver juridische begrippen. De enkele woorden die vrijwel uitsluitend in een juridische context worden gebruikt, kunnen echter deze indruk ten onrechte wekken. Tevens werd er gesteld dat de woordcombinaties openbare orde én goede zeden tot deze categorie van woorden behoren.⁷²⁵

Hierboven werd aangetoond dat de woordcombinatie openbare orde in het interne Belgische recht een betekenis verkrijgt die veraf staat van de dagdagelijkse betekenis van haar afzonderlijke woorden. Ook de aanhangers van een eerder grammaticale benadering erkennen dit, ook zij stellen de openbare orde *niet* gelijk met de ethiek of de moraal. Ook voor hen berust de openbare orde op ethische waarden, hetgeen het trouwens met de rest van het recht gemeen heeft.

Hierna wordt onderzocht in welke mate deze vaststellingen ook voor de goede zeden opgaan.

§3 Het begrip interne goede zeden

A UITGANGSPUNT EN WERKWIJZE

496 De wetgever vermeldt het begrip goede zeden in diverse contexten, zowel in eerder algemene, als in eerder specifieke contexten. Vraag is dan of het begrip goede zeden één of meerdere betekenissen omvat. Opnieuw volgt er nu een analyse van de belangrijkste wettelijke bepalingen en van de rechtspraak en de debatten in de rechtsleer over de interpretatie van deze bepalingen, waarbij de benadering en de erbij horende risico's identiek zijn aan deze van bij de analyse van de openbare orde.⁷²⁶

⁷²⁵ Zie randnummer 406.

⁷²⁶ De rechtsleer stelt soms dat de goede zeden als begrip nog moeilijker dan de openbare orde te vatten is. In die zin X. DIEUX, *l.c.*, 268, nr. 7.

In vergelijking met het begrip openbare orde, lijkt het er op dat de Belgische rechtsleer zich bij haar zoektocht naar de betekenis van het begrip interne goede zeden nog meer door een *grammaticale* dan door een *teleologische* interpretatie heeft laten leiden.

497 De volgende paragrafen schetsen hoe de abstracte *betekenis* van het begrip interne goede zeden in de negentiende en in de twintigste eeuw evolueerde. Na een korte beschrijving van deze evolutie in de context van het Gerechtelijk Wetboek, volgt een soortgelijke beschrijving in de context van het Burgerlijk Wetboek.⁷²⁷

Op basis van een stapsgewijze analyse van de discussie omtrent de meest algemene wettelijke bepalingen ontleedt deze paragraaf de band tussen het begrip interne goede zeden zoals dat het niet in het Gerechtelijk Wetboek vermeld staat, met haar tegenhanger uit het Burgerlijk Wetboek.

B DE BETEKENIS VAN HET BEGRIP GOEDE ZEDEN IN HET GERECHTELIJK WETBOEK

498 Net zoals hun historische voorgangers⁷²⁸ vermelden artikelen 138 en 139 Ger. W. enkel de openbare orde en niet de goede zeden. Blijkbaar diende de revolutionaire wetgever nog geen rekening te houden met het begrip goede zeden voor wat betreft de ambtshalve bevoegdheden van het Openbaar Ministerie. Het Gerechtelijk Wetboek vermeldt de goede zeden enkel in verband met de openbaarheid van zittingen, waarbij zij, net zoals de openbare orde, als reden dienen om van het beginsel van openbaarheid van zittingen af te wijken.⁷²⁹

499 Desondanks verwezen sommige van de hoger besproken Cassatiearresten bij hun interpretatie van artikel 46 van de Wet van 20 april 1810 naar de goede zeden. Het niet-vermelden van de goede zeden in artikel 46, had wel tot gevolg dat dit slechts terloops gebeurde, waarbij de goede zeden als randelement dienden om het begrip openbare orde beter te kunnen situeren.

⁷²⁷ Wederom wordt de evolutie van de *concrete invulling* van dit begrip hier niet nagegaan.

⁷²⁸ Zie randnummer 429-429.

⁷²⁹ Art. 459, 465, 531 en 531 quinquies Ger. W.

Dit houdt dan ook in dat er aan deze zijdelingse commentaren waarschijnlijk niet heel veel kritische reflectie voorafging. Deze uitspraken geven dan ook hoogstens een aanwijzing voor een verdere interpretatie op basis van andere elementen.

Zo bekleemtoonden in het arrest van 5 mei 1881 zowel het Hof van Cassatie als Procureur Generaal Faider dat artikel 46, rechtshistorisch gezien, diende om aan de weerloosheid van de maatschappij te verhelpen wanneer de openbare orde én de goede zeden werden aangetast.⁷³⁰ Faider associeerde de goede zeden in de context van artikel 46, net zoals de openbare orde, met artikel 6 en 1133 B.W.:

"Lorsque l'article 6 du code civil en a fait, comme des bonnes mœurs, une sorte d'être juridique ou de puissance légale, une force qu'il fallût protéger et défendre, la loi ne l'a pas défini..."

Dergelijke zijdelingse verwijzingen naar de goede zeden kwamen in de latere arresten van het Hof van Cassatie zelfs niet meer voor. Enkel toen het Hof in haar arrest van 22 maart 1923 artikel 46 terug rechtshistorisch situeerde, verwees het nog eens naar de goede zeden. Blijkbaar had het Hof zich hierbij op haar arrest van 5 mei 1881 gebaseerd.⁷³¹

500 Het is dan ook onduidelijk of de strijdigheid met de goede zeden een juridische basis kan vormen opdat het Openbaar Ministerie in burgerlijke zaken ambtshalve door middel van een rechtsvordering zou kunnen tussenkomen. Daarentegen is het wel duidelijk dat de goede zeden in het gerechtelijk privaatrecht een juridisch begrip vormen dat met de openbare orde is verbonden. Alleen is de aard van die band onduidelijk, namelijk vormen ze een deel van de openbare orde of staan ze er naast?

C DE BETEKENIS VAN HET BEGRIP GOEDE ZEDEN IN HET BURGERLIJK WETBOEK

1 Afbakening van het te interpreteren systematisch-kader

501 In het Burgerlijk Wetboek vervullen de goede zeden een prominentere rol dan in het Gerechtelijk Wetboek. Vaak komen de goede zeden samen met de openbare orde in algemene of bijzondere bepalingen van het Burgerlijk Wetboek voor.

⁷³⁰ Faider had het over de goede zeden (bonnes mœurs), terwijl het Hof in navolging van de door Faider geciteerde Merlin het had over de openbare moraal (la morale publique). Cass. 5 mei 1881, *Pas.* 1881, I, 236-237 en 246.

⁷³¹ Cass. 22 maart 1923, *Pas.* 1923, I, 243-250.

Dit is op het eerste zicht wat vreemd, omdat het Burgerlijk Wetboek als codificatie diende om de voorrang van de democratisch tot stand gebrachte wetten te verzekeren en zeden zijn nu eenmaal geen wetteksten en zijn zeker niet door democratische vertegenwoordigers van het volk tot stand gebracht.⁷³² Vraag is dan ook hoe dat de rechtspraak en de rechtsleer met deze verwijzingen naar de goede zeden hebben omgesprongen.

502 De bepalingen in het Burgerlijk Wetboek die naar de openbare orde in het algemeen verwijzen (met name artikelen 6 en 1133 B.W.), verwijzen tevens naar de goede zeden. Bovenop artikel 6 en 1133 B.W. bevat het Burgerlijk Wetboek in artikel 1172 B.W. een afzonderlijke verwijzing naar de goede zeden dat evenmin aangeeft wat het begrip goede zeden inhoudt:

"Iedere voorwaarde die bestaat in iets dat onmogelijk is, of met de goede zeden strijdig is of door de wet verboden, is nietig en maakt de overeenkomst die ervan afhangt, nietig."

503 Het Burgerlijk Wetboek bevat nog drie bepalingen die naar de goede zeden in een bijzondere context verwijzen. Deze bepalingen handelen over beschikkingen onder levenden of bij testament en over het sluiten van huwelijksovereenkomsten:

"900 B.W. In iedere beschikking onder de levenden of bij testament worden de voorwaarden die onmogelijk zijn, of die met de wetten of met de goede zeden strijden, voor niet geschreven gehouden.

1387 B.W. De echtgenoten regelen hun huwelijksovereenkomsten naar goeddunken, mits zij daarin niets bedingen dat strijdig is met de openbare orde of de goede zeden.

1478 B.W., lid 4. Voorts regelen de samenwonenden hun wettelijke samenwoning naar goeddunken door middel van een overeenkomst, voor zover deze geen beding bevat dat strijdig is met artikel 1477, met de openbare orde of de goede zeden, noch met de regels betreffende het ouderlijk gezag en de voogdij, noch met de regels die de wettelijke orde van de erfopvolging bepalen..."

Artikel 1478 B.W. is van heel recente datum en werd voor een deel naar analogie van artikel 1387 B.W. geformuleerd. Van de twee bijzondere bepalingen die al van bij de codificatie van het Burgerlijk Wetboek bestaan, verwijst enkel artikel 1387 B.W. zowel naar de goede zeden als naar de openbare orde. Artikel 900 B.W. vermeldt enkel de strijdigheid met de goede zeden, terwijl de goede zeden niet in artikel 686 B.W. en het recentere artikel 167 B.W. voorkomen, die bijgevolg enkel over de openbare orde handelen.

⁷³² Zie voor het codificatie-ideaal van de Franse Revolutie randnummer 461.

504 De wijze waarop artikel 6 B.W. naar de goede zeden verwijst, onderscheidt zich van alle andere verwijzingen in het Burgerlijk Wetboek. Artikel 6 B.W. heeft het immers over "de wetten die de goede zeden betreffen", daar waar de overige artikelen het zonder meer hebben over "de strijdigheid met de goede zeden", conform de overige verwijzingen naar de openbare orde in het Burgerlijk Wetboek. De Franstalige formulering van artikel 6 B.W. "lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs" werpt een licht op de oorsprong van deze formulering. Hierin weerklinkt de formulering artikel 5, titel VIII van de Wet van 16-24 augustus 1790, zoals die nu nog in artikel 139 Ger. W. bestaat. Nochtans heeft de analyse van daarnet aangetoond dat deze bepaling (en nadien artikel 46, lid 2 van de Wet van 20 april 1810) zeker niet expliciet naar de goede zeden verwijst. Doordat dit artikel echter de formulering van de openbare orde in artikel 6 B.W. vorm heeft gegeven, heeft zij dit (eigenlijk automatisch) ook met de formulering van de goede zeden in dit artikel gedaan. Doordat de Nederlandstalige tekst van artikel 6 B.W. "intéressent" in artikel 139 Ger. W. en artikel 6 B.W. respectievelijk met "raken" en "betreffen" heeft vertaald, is het spoor van deze onrechtstreekse invloed er sterk vervaagd.

505 Vraag is of dit verschil in formulering in de diverse artikelen van het B.W. oorspronkelijk een bepaald doel diende, en of dit nu een bepaalde functie heeft (verkregen). De hierbij gehanteerde benadering is analoog aan die bij de bespreking van het begrip openbare orde in het B.W. en van de te bestuderen rechtspraak en rechtsleer.

2 Rechtshistorische situering

506 Voor de horizontale situering wordt verwezen naar het gelijknamige deel bij de bespreking van de openbare orde in het Burgerlijk Wetboek, waar er abstractie werd gemaakt van het feit dat de goede zeden in artikel 6 B.W. samen met de openbare orde de contractuele vrijheid van de partijen afbakenen. Beide begrippen vormen er *samen* de tegenpool van wat daar als de 'niet-essentiële' belangen werd omschreven. De betekenis die aan het begrip goede zeden uit het Burgerlijk Wetboek wordt toegekend, is dan ook medebepalend voor wat met absolute nietigheid wordt gesanctioneerd.

507 In tegenstelling tot het stilzwijgen van het Burgerlijk Wetboek zelf, geven de voorbereidende werken wel een eerste *aanwijzing* omtrent de mogelijke betekenis van het begrip goede zeden. Dit gebeurde hoofdzakelijk bij de voorstelling en de bespreking van artikel 6 B.W., en ten dele ook bij die van artikel 1387 B.W.⁷³³ Uit de voorbereidende werken van beide artikelen weerklinken telkens twee met elkaar tegenstrijdige visies.

Met betrekking tot artikel 6 B.W. beschouwde de tribunaal Faure de goede zeden als een onderdeel ("dépendance nécessaire") van de openbare orde. Het gebruik van de term goede zeden diende volgens Faure enkel om het begrip openbare orde *te verhelderen*, om het al zijn "klaarheid" te verlenen.⁷³⁴ Daarentegen had Portalis, een van de ontwerpers van het Burgerlijk Wetboek, voordien de goede zeden al omschreven als zijnde *ter aanvulling* van de openbare orde:

"Les bonnes mœurs peuvent suppléer les bonnes lois: elles sont le véritable ciment de l'édifice social.

Tout ce qui les offense, offense la nature *et* les lois." ⁷³⁵

Artikel 1387 B.W. verwijst nog maar sedert 1976⁷³⁶ naar de openbare orde, voordien was er enkel sprake van strijdigheid met de goede zeden en "de hierna volgende beperkingen". Tijdens de voorbereidende werken van de oorspronkelijke tekst had Berlier het namens de regering enkel over strijdigheid met de openbare orde⁷³⁷, terwijl Siméon, eveneens namens de regering, het had over strijdigheid met de wetten en de zeden (mœurs).⁷³⁸

508 Op basis van de voorbereidende werken van het B.W. blijft het dan ook onduidelijk of de goede zeden ter verduidelijking van de inhoud van het begrip openbare orde dienen, dan wel ter aanvulling van de werking van de openbare orde dienen (complementair begrip).

⁷³³ Terug naar analogie met de openbare orde werd hiervoor uitsluitend op Locré's geannoteerd Burgerlijk Wetboek gesteund. LOCRÉ, *o.c.*

⁷³⁴ Betoog van M. Faure voor de wetgevende vergadering 14 ventose jaar XI (5 maart 1803) zoals opgenomen in LOCRÉ, *o.c.*, I, 319, nr. 12. Vergelijk met het verwijzen naar de goede zeden in de context van artikel 46 van de Wet van 16-24 augustus 1810, zie randnummer 499.

⁷³⁵ Tweede uiteenzetting van Portalis voor de wetgevende vergadering van 4 ventose jaar 11 (23 februari 1803) zoals opgenomen in LOCRÉ, *o.c.*, I, 306, nr. 20.

⁷³⁶ Art. 2 Wet 14 juli 1976, *B.S.* 18 september 1976.

⁷³⁷ LOCRÉ, *o.c.*, 385.

⁷³⁸ LOCRÉ, *o.c.*, 436.

3 Beschrijving van het debat

509 Gezien de beperkte omvang van de te bespreken rechtspraak van het Hof van Cassatie, wordt hierna vooral op het debat in de rechtsleer ingegaan.

A RECHTSPRAAK

510 Conform haar standpunt met betrekking tot de openbare orde, houdt de ontstentenis van een wettelijke definitie van de goede zeden voor het Hof van Cassatie in dat de feitenrechter soeverein is bij het appreciëren of een overeenkomst al dan niet met de goede zeden in strijd is.⁷³⁹ In tegenstelling tot het begrip interne openbare orde gaf het Hof van Cassatie dus nog geen omschrijving van het begrip interne goede zeden. Zowel de conclusies van het Openbaar Ministerie als de lagere rechtspraak citeren De Page.⁷⁴⁰ Ondanks deze invloed wordt hierna het standpunt verdedigd dat er hierbij wel wordt voorbijgegaan aan de belangrijkste stelling van De Page omtrent de betekenis van de goede zeden.

B RECHTSLEER

1 *De rechtsleer tot aan De Page*

511 De standpunten van de rechtsleer voor De Page liepen vaak per artikel van het B.W. uiteen, met als gevolg dat eenzelfde auteur zichzelf wel eens tegensprak, bijvoorbeeld Laurent. Daarom volgt hierna artikelsgewijs een bespreking van hun standpunten, waarbij de algemene bepalingen het eerst aan bod komen.

512 Met betrekking tot artikel 6 B.W. deelden sommige negentiende-eeuwse juristen de opvatting van de tribuun Faure⁷⁴¹ dat de goede zeden een deel van de openbare orde vormen. Vraag is dan waarom de wetgever niet enkel de openbare orde had vermeld.

⁷³⁹ Cass. 28 jan 1859, *Pas.*, 1860, I, 368. Zie eveneens de verwijzingen in de conclusies van Hayoit de Termicourt, Cass. 8 december 1966, *Pas.* 1967, I, 443, voetnoot 3.

⁷⁴⁰ Vooral zijn "morale coutumière, faite d'habitudes et de traditions d'un peuple." Concl. Hayoit de Termicourt, Cass. 8 december 1966, *Pas.* 1967, I, 443 en Luik 22 november 1979, *J.L.* 1980, 2.

⁷⁴¹ Zie randnummer 507.

Volgens Laurent diende deze toevoeging ter verduidelijking. Aangezien Laurent onder de openbare orde ook wel datgene verstond dat van algemeen belang was⁷⁴², gold dit volgens hem ook voor de deelcategorie van de goede zeden. Daarmee hadden de goede zeden nog geen betekenis waarmee ze zich van de rest van de hoofdcategorie van de openbare orde zouden onderscheiden. Laurent stelde de goede zeden in de zin van artikel 6 wel niet gelijk aan de ethiek, want voor hem waren die goede zeden in artikel 6 gekoppeld aan wettelijke bepalingen:

"La législation n'est pas un cours de morale; elle ne s'occupe des mœurs que pour réprimer les actions qui troublent l'ordre social, c'est-à-dire les délits."⁷⁴³

513 In verband met de openbare orde had Laurent geconcludeerd dat artikel 1133 B.W. een overbodige herhaling van artikel 6 B.W. was.⁷⁴⁴ Vreemd genoeg trok Laurent deze redenering niet door tot de goede zeden.

Meer nog, voor Laurent dienden de goede zeden uit artikel 1133, in tegenstelling tot die uit artikel 6, niet ter verduidelijking van de openbare orde. Laurent steunde zich hiervoor op het feit dat artikel 1133 de goede zeden (en de openbare orde) niet aan wettelijke bepalingen koppelt.⁷⁴⁵ Hierdoor hadden die goede zeden voor hem een ruimere betekenis dan in artikel 6. Laurent sprak zich wel niet uit of zij dan in artikel 1133 geen onderdeel van de openbare orde meer vormden. Hij omschreef de goede zeden uit artikel 1133 als "het algemeen aanvaarde menselijk geweten uit een bepaalde periode, in een bepaald land", want zij zouden een "nationaal karakter" hebben.⁷⁴⁶

Hierdoor maakte artikel 1133, in samenhang met artikel 1131 B.W., het mogelijk dat overeenkomsten die bij wet waren verboden, maar wel met de goede zeden in strijd waren, toch geen gevolg konden hebben.⁷⁴⁷

⁷⁴² Zie voor de ambivalentie van Laurent randnummer 475.

⁷⁴³ F. LAURENT, *o.c.*, I, nr. 54.

⁷⁴⁴ F. LAURENT, *o.c.*, XVI, nr. 124.

⁷⁴⁵ "Il n'est donc pas nécessaire qu'il y ait une loi concernant les bonnes mœurs, pour annuler une convention immorale ; il suffit qu'elle soit contraire aux bonnes mœurs pour qu'elle n'ait aucun effet." F. LAURENT, *o.c.*, I, nr. 55.

⁷⁴⁶ Laurent zag het evoluerend karakter van de goede zeden enkel in de richting van een zich uitzuiverende, zich perfectionerende evolutie. LAURENT, *o.c.*, I, nr. 56 en III, nr. 133.

⁷⁴⁷ De zonder gevolg sanctie van artikel 1133 B.W. was voor Laurent nog sterker dan de nietigheids sanctie van artikel 6 B.W. LAURENT, *o.c.*, I, nr. 57.

514 Met betrekking tot de betekenis van de goede zeden in artikel. 1387 B.W. vertoont de negentiende-eeuwse rechtsleer dezelfde verdeeldheid als de revolutionaire wetgever. Zo heeft Locré het in zijn commentaar op artikel 1387 over de strijdigheid met de goede zeden *én* met de openbare en publieke en algemene wetten (*lois publiques et générales*)⁷⁴⁸, terwijl Rogron de goede zeden als een synoniem van de openbare orde beschouwde:

"Quelque favorable qu'il soit, le contrat de mariage ne contient que des conventions particulières, qui ne peuvent jamais porter atteinte à l'ordre public."⁷⁴⁹

515 Nochtans stelde Rogron dat de strijdigheid met de wetten of met de [goede] zeden (*contraires aux lois ou aux mœurs*) in artikel 900 B.W. als strijdigheid met de wetten van openbare orde en met de goede zeden moest worden gelezen.⁷⁵⁰ Naar analogie van artikel 6 B.W. en het standpunt van Faure, beschouwde Rogron blijkbaar impliciet dat de goede zeden een synoniem van de openbare orde waren, die dit begrip bijkomend konden verhelderen.

II Het standpunt van De Page in 1933

516 Zoals hoger al aangegeven, had De Page in plaats van het begrip openbare orde grammaticaal te interpreteren, dit begrip in twee deelstappen geïnterpreteerd.⁷⁵¹ De Page benaderde de goede zeden op een identieke wijze, waarbij hij de eerste stap, namelijk de 'functionele' situering ten opzichte van artikel 6 en 1133 B.W., ten dele simultaan voor de openbare orde en de goede zeden uitwerkte.⁷⁵²

517 Net zoals met betrekking tot de openbare orde, hechte De Page geen belang aan het verschil in formulering tussen artikel 6 en artikel 1133 B.W. De goede zeden geven in beide artikelen dan ook samen met openbare orde de absolute nietigheidsgrenzen aan.⁷⁵³

⁷⁴⁸ LOCRÉ, *o.c.*, 461.

⁷⁴⁹ ROGRON, *o.c.*, 287.

⁷⁵⁰ ROGRON, *o.c.*, 189.

⁷⁵¹ Zie randnummer 476 et seq.

⁷⁵² De nuancering 'in zekere zin' wordt hier aan toegevoegd omdat De Page deze eerste stap heel beperkt hield: louter een situering ten opzichte van artikel 6 en 1133 B.W. Er is eerder sprake van een poneren, dan van een onderbouwen van een standpunt. Impliciet heeft De Page dit begrip waarschijnlijk aan de hand van een of andere (waarschijnlijk teleologische) interpretatiemethode benaderd.

⁷⁵³ H. DE PAGE, *o.c.*, nr. 90.

Enkel met betrekking tot de adagio's "Nemo auditur propriam turpitudinem allegans" en "In pari causa turpitudinis cessat repetitio" bestonden er volgens De Page verschillen tussen overeenkomsten die met de openbare orde, dan wel met de goede zeden strijdig waren. H. DE PAGE, *o.c.*, nr. 94.

Terwijl De Page de openbare orde in de functionele ontleding krachtig omschreef als de essentiële bepalingen die de *beginselen* en de *stabiliteit* van de maatschappelijke ordening zelf raken, omschreef hij de goede zeden echter in meer algemene bewoordingen. Hierbij stelde hij de goede zeden wel *tegenover* de openbare orde (d'une part..., d'autre part...).⁷⁵⁴

Ook voor De Page zijn de goede zeden niet met de ethiek gelijk te stellen. Volgens hem vormen ze een geheel van morele regels die voldoende algemeen zijn om niet te worden betwist, zodat ze tot de mentaliteit van een volk behoren. Ook blijkt uit zijn uitgebreide, eerder lyrische omschrijving, dat voor hem de goede zeden, net zoals de openbare orde, met *het essentiële van de maatschappelijke ordening* zelf te maken hebben:

"Toute civilisation comporte un ensemble de règles d'ordre moral, faites d'habitudes et de traditions, formant corps avec la mentalité d'un peuple, et suffisamment générales pour être indépendantes de toute confession déterminée. Il existe *une morale coutumière* sur laquelle tous les honnêtes gens s'entendent parfaitement. C'est la notion légale des bonnes mœurs. Elle a un sens très clair, et les tribunaux l'ont parfaitement compris.

C'est elle (la notion légale des bonnes mœurs) qui consacre les grands principes de *loyauté*, de *correction*, de *désintéressement* et de *dignité humaine* qu'on rencontre chez tous les peuples civilisés. Cette morale-là ne se borne pas à défendre le meurtre, le vol, la débauche ou la tromperie. Elle pénètre dans les couches profondes des comportements humains, et jusque dans les motifs et les mobiles les plus cachés. Elle **maintient le minimum de dignité nécessaire dans les institutions essentielles de la société**, qu'il s'agisse de rapports **de droit public ou de droit privé**. Elle dépiste toutes les *fraudes* ; elle brise toutes les *intentions blâmables* ; elle poursuit le *mercantilisme* **là où la dignité même des relations contractuelles commande de la proscrire** ; elle élève en un mot la *conception des relations humaines* en bannissant tout ce qui est vil, inavouable ou injustement intéressé, et entend y maintenir cet *idéalisme nécessaire* sans lequel les rapports entre les hommes ne se nourriraient que d'égoïsme et d'intérêt."⁷⁵⁵

⁷⁵⁴ H. DE PAGE, *o.c.*, nr. 90.

⁷⁵⁵ H. DE PAGE, *o.c.*, nr. 92. Cursivering door De Page, het vet gedrukte echter niet.

Op basis van deze functionele betekenisomschrijving gaf De Page al aan dat, wat hem betrof, de goede zeden *elk juridisch domein* konden raken:

"Le domaine d'application des bonnes mœurs est, à proprement parler, sans limites. ... Cela tient au fait que la malhonnêteté de l'homme est également sans limites, et surtout d'une ingéniosité inépuisable. ... Le droit répond à l'une de ses fonctions sociales les plus importantes : le maintien de l'étiage moral nécessaire à toute société policée dans les rapports d'intérêt pécuniaire, et la sauvegarde de l'idéalisme acquis au cours de vingt siècles de progrès."⁷⁵⁶

518 De Page staaft dit door middel van een *empirisch overzicht* van alle soorten situaties waarbij bepaalde overeenkomsten door de rechtspraak en de rechtsleer als zijnde strijdig met de goede zeden werden beschouwd, ongeacht de daarbij gehanteerde interpretatiemethode.⁷⁵⁷ Zijn opsomming van voorbeelden toont aan welk een ruim spectrum de goede zeden wel kunnen beslaan. Zo kunnen de goede zeden zowel maatschappelijke (staatkundige) als private (economische en niet-economische) contexten raken.

Voor De Page garanderen de goede zeden zowel in het publieke als in het private 'domein' de *noodzakelijke minimale waardigheid* in de *essentiële* instellingen van de maatschappij. Opvallend is dat De Page een omschrijving voor ogen had waarbij de goede zeden ook die zeden omvatten die de grondslagen vastleggen waarop de *economische* orde van de maatschappij rust ("l'étiage moral nécessaire à toute société policée dans les rapports d'intérêt pécuniaire").

III De rechtsleer sedert De Page

519 Ook met betrekking tot de goede zeden slaagde De Page er niet in om de voltallige rechtsleer van zijn opvattingen te overtuigen.⁷⁵⁸ Verschillende afwijkende opvattingen bleven verder leven. Zo is er nog steeds een strekking die de goede zeden als het morele onderdeel van de openbare orde

⁷⁵⁶ H. DE PAGE, *o.c.*, nr. 92. Cursivering door De Page, het vet gedrukte echter niet.

⁷⁵⁷ Voor een overzicht, zie H. DE PAGE, *o.c.*, nr. 93.

⁷⁵⁸ Bijvoorbeeld Dabin. Dabin beschouwde de problematiek van de sanctionering van de openbare orde los van zijn analyse van de openbare orde. Deze laatste analyse was enkel gebaseerd op een grammaticale interpretatie van de begrippen openbare orde en goede zeden. J. DABIN, *l.c.*, 190-247.

Bijvoorbeeld Dieux, die nochtans het standpunt van De Page bijtreedt, stelt toch dat de opvatting van De Page voorbijgestreefd is, volgens dewelke de adagio's "Nemo auditur propriam turpitudinem allegans" en "In pari causa turpitudinis cessat repetitio" verschillend worden toegepast naargelang dat overeenkomsten met de openbare orde, dan wel met de goede zeden in strijd zijn. Zie voetnoot 753 en X. DIEUX, *l.c.*, 270.

beschouwt, waarbij zij de openbare orde niet beperken tot enkel wettelijke bepalingen.⁷⁵⁹ Deze strekking worstelt, in navolging van Faure, dan ook met de vraag welke specifieke rol er nog voor de goede zeden is weggelegd.⁷⁶⁰

Een andere strekking beschouwt de goede zeden wel niet als een onderdeel van de openbare orde, maar beperkt de openbare orde evenmin tot enkel wettelijke bepalingen. Bijgevolg ziet ook deze strekking zich geconfronteerd met de vraag wat de specifieke functie, wat het nut, van de goede zeden dan nog wel kan zijn. Dit nut blijkt er beperkt te zijn tot een sanctiemechanisme voor wanneer de (toch al ruim opgevatte) openbare orde niet van toepassing zou kunnen zijn.⁷⁶¹

4 Commentaar

A DE GOEDE ZEDEN VERSCHILLEN VAN "ALLE MAATSCHAPPELIJK AANVAARDE ZEDEN"

520 De verschillende opvattingen omtrent de betekenis van de goede zeden delen slechts één punt van gelijkenis, namelijk de opvatting dat de goede zeden geen synoniem zijn voor ethiek. De goede zeden zouden daarentegen naar een 'maatschappelijk aanvaarde gegevenheid' in een welbepaalde periode en *in een welbepaald land* verwijzen.

521 De vraag hoe die 'maatschappelijk aanvaarde gegevenheid' en haar grenzen moeten worden bepaald, leidt tot een problematiek die vergelijkbaar is met de problematiek die het gevolg was van de onterechte gelijkstelling van de openbare orde met het (domineren van het) algemeen belang. Bij de openbare orde bestond de problematiek uit het afbakenen van ten eerste wat van algemeen belang was en ten tweede van de mate waarin het algemeen belang het privaat belang in een wettelijke bepaling moest overheersen. Zo blijkt het ten eerste ook moeilijk te zijn om die zeden af te bakenen die op een voldoende

⁷⁵⁹ Dit heeft bij Romain als gevolg dat ook de goede zeden uit een fundamentele en uit een technische laag zijn samengesteld. ROMAIN, F., *l.c.*, 18-21, nr. 8.2 en 8.3.

⁷⁶⁰ Zie randnummer 507.

⁷⁶¹ In die zin F. RIGAUX, *Droit international privé, Tome I, Théorie générale*, Brussel, Larcier, 1987, 342: "Ce creux de l'ordre juridique positif ne saurait être rempli que par un concept aux contours indistincts ou plutôt, telle baudruche, gonflable à volonté, de manière à boucher les interstices laissés vacants par les lois impératives. Telle paraît bien la fonction des concepts d'ordre public et de bonnes mœurs." Zie ook X. DIEUX, *l.c.*, 268, nr. 7. Ook in die zin Dabin. Dabin categoriseert de zeden met betrekking tot de "sociale orde" onder de openbare orde. Dabin interpreteert de openbare orde niet ruimer uit vrees dat ze dan hun duidelijke betekenis zouden verliezen. Volgens Dabin zijn de goede zeden beperkt tot de private relaties. Toch heeft de openbare orde volgens hem de goede zeden nodig, want zelfs zonder wettelijke bepaling beperken die de wilsautonomie. Net zoals Romain (zie voetnoot 759) beschouwt Dabin de openbare orde als een gelaagd begrip. In tegenstelling tot Romain kan hij zich dit niet indenken voor de goede zeden. J. DABIN, *l.c.*, 230-239

maatschappelijke consensus rusten. Zo is het ten tweede ook moeilijk om een verschil in gradatie uit te werken tussen de maatschappelijk aanvaarde zeden die wel en deze die niet op de wilsautonomie voorrang hebben. Bijkomend is er ook nog de moeilijkheid dat sommigen de goede zeden als een deel van de openbare orde beschouwen, een openbare orde die zij dan nog met het algemeen belang gelijk stellen.

522 Om te beginnen mogen de goede zeden dan ook niet worden gelijkgesteld met de zeden die een aspect van 'algemeen belang' bevatten, want dit zou een te ruime omschrijving inhouden, zie wat bij de openbare orde werd gesteld. De Page stelde dit duidelijk, voor hem bewaren de goede zeden dan ook slechts de *minimale* morele waardigheid in de *essentiële* instellingen van de maatschappij. Bijgevolg kunnen de goede zeden gerust slechts een deelcategorie vormen van alle zeden die de 'maatschappelijk aanvaarde gegevenheid' uitmaken. Tevens geeft deze formulering ook aan dat er niet altijd een absolute maatschappelijke consensus moet bestaan. De combinatie van goede met zeden leidt echter al te gemakkelijk tot een hiermee strijdige grammaticale interpretatie.

523 Het bijvoeglijk naamwoord 'goede' draagt immers een rechtvaardigend, een waarderende connotatie met zich mee. Een grammaticale interpretatie van het begrip goede zeden kan dan ook gemakkelijk uitmonden in het beklemtonen dat het bijvoeglijk naamwoord 'goede' op een ethische inspiratie van die zeden wijst, of op de noodzaak dat die zeden van algemeen belang zouden zijn.⁷⁶² Een grammaticale interpretatie van het zelfstandig naamwoord zede, zoals dit in de dagdagelijkse taal wordt gebruikt, wijst dan weer op een instelling of handelwijze die in een staat of gemeenschap algemeen in gebruik is, of traditioneel van kracht is en als goed of geoorloofd wordt aanvaard.⁷⁶³ In het inleidende hoofdstuk van dit deel werd echter al gewezen op de intrinsieke gebreken van een grammaticale benadering van woorden die in een juridische context worden gebruikt.⁷⁶⁴ Ook met betrekking tot de goede zeden blijkt dit zo te zijn.

⁷⁶² In tegenstelling tot de Nederlands, Franse en Duitse formuleringen bezit de Angelsaksische term [Ordre Public and] Morality dit bijvoeglijk naamwoord niet. De terminologische verleiding om dit begrip door een eng ethische bril te bekijken is hierdoor kleiner, anderzijds ontbreekt hierdoor de klemtoon dat het niet om elk soort van Morality gaat, maar enkel om de *essentiële* zeden. Soms wordt in het Engels echter ook de term 'bones of bonos moros' gehanteerd, hetgeen dan ook te verkiezen is.

⁷⁶³ Ruime interpretatie van de samenvoeging van de eerste en de tweede betekenis van zeden volgens G. GEERTS, en H. HEESTERMANS, *Van Dale*, 3654.

⁷⁶⁴ Zie pagina 192 et seq.

524 In vergelijking hiermee schetste De Page de tweedeling wilsautonomie/goede zeden onder meer met behulp van het onderscheid essentieel versus niet-essentieel. De Page deed dit hier echter op een iets minder expliciete wijze dan bij de tweedeling wilsautonomie/openbare orde. Dit onderscheid houdt in dat De Page de goede zeden als de zedelijke tegenhanger van de wettelijke bepalingen van openbare orde opvatte.

Zo opgevat dienen de goede zeden als aanvulling, als een soort *elementair vangnet* voor een wetgever die wel altijd iets dat essentieel is, zal vergeten te regelen, of dit te slordig zal doen, of die plots opkomende veranderingen nooit tijdig zal kunnen voorzien.

525 Al deze verschillende opvattingen over de interne goede zeden blijken gekoppeld te zijn aan de verschillen in opvatting over de betekenis van de interne openbare orde en bijgevolg over de relatie tussen beide begrippen. De Page heeft deze relatie spijtig genoeg slechts gedeeltelijk geëxpliciteerd. Een correcte betekenisomschrijving van beide begrippen vereist echter dat deze relatie volledig wordt uitgeklaard.

Vertrekkend vanuit hun 'vangnetfunctie' kunnen de goede zeden niet anders dan als het '*spiegelbeeld*' van de openbare orde worden opgevat, want anders kunnen ze niet *optimaal* als vangnet functioneren.⁷⁶⁵

Enkel wanneer de goede zeden in alle maatschappelijke contexten het spiegelbeeld van de openbare orde vormen, kan de druk eindelijk eens wegvallen om de openbare orde ruimer op te vatten dan enkel hetgeen wettelijk is bepaald.

De Page zag dit (impliciet) al zo: hij begrensde de goede zeden immers niet tot een welbepaald domein. Voor De Page beslaan de goede zeden zowel het publieke als het private domein, waarbij dit laatste zowel uit een economische als uit een niet-economische context bestaat.

B TELEOLOGISCHE ONTLEDING VAN DE OPVATTING VAN DE PAGE

526 Hiermee knoopte De Page terug aan bij de opvatting van Portalis. Steunend op de schaarse verklaringen van Portalis in de voorbereidende werken, kenmerken de volgende historische basisopties de goede zeden: de goede zeden als het maatschappelijk bindende (le véritable ciment de l'édifice social) en als aanvulling van de openbare orde (suppléer les bonnes lois). Aldus bewerkstelligen de goede zeden de

⁷⁶⁵ Vergelijk de omschrijving 'spiegelbeeld' die in dit rapport wordt gehanteerd, met Rolin die de goede zeden in het interne recht omschrijft als "cette réplique de l'ordre public". Zie H., ROLIN, "Vers un ordre public réellement international", in X. (ed.), *Hommage d'une génération de juristes au président Basdevant*, Parijs, Éditions A. Pedone, 1960, 443.

historisch fundamentele opties om ten eerste te streven naar een evenwichtige begrenzing van het beginsel van de wilsautonomie door de openbare orde én door de goede zeden, en om ten tweede het onderscheid tussen absolute en relatieve nietigheid adequaat toe te passen.⁷⁶⁶

De Page knoopte met beide opties terug aan door enerzijds het vangnetkarakter van de goede zeden te beklemtonen (waarbij hij wees op het feit dat hetgeen met absolute nietigheid wordt gesanctioneerd, uit een tweedeling openbare orde/goede zeden bestaat) en door anderzijds de goede zeden te bevrijden van al datgene wat de gemeenschap niet in haar essentie als gemeenschap bindt (door in navolging van zijn verenging van de openbare orde, de goede zeden tot het essentiële te verengen). Zeden zijn dan ook 'essentieel' wanneer ze het zedelijke "*cement*" van een welbepaalde Staat of Gemeenschap vormen, terwijl de openbare orde het wettelijke "*cement*" vormt.

Daarvoor hoeft niet heel de Gemeenschap deze 'essentiële' zeden te aanvaarden. Die gemeenschap zou dan immers in haar bestaan als Gemeenschap kunnen worden bedreigd. Anderzijds kan het gebrek aan maatschappelijke consensus evenmin worden genegeerd, want dit zou die Gemeenschap evenzeer in haar bestaan als Gemeenschap bedreigen. Dit 'essentieel' karakter van de goede zeden verklaart ook de vaststelling van De Page dat de rechtspraak de goede zeden, naar analogie van de openbare orde, tot geen enkel juridisch domein heeft beperkt.

527 Rechtsteleologisch moet er rekening worden gehouden met het feit dat de morele horizon van onze maatschappij sedert de Franse Revolutie sterk is *vervaagd*. De wijze waarop De Page de betekenis van de openbare orde en de goede zeden heeft geschetst, sluit perfect aan met het rechtsteleologisch gegeven dat ons maatschappelijk model en het erbij horende juridisch instrumentarium sedert de Franse Revolutie sterk zijn geëvolueerd.

Na de Verlichting verschrompelden onze algemeen aanvaarde morele opvattingen nog meer tot louter formele beginselen. Onze morele horizon beperkt zich tegenwoordig tot het aanvaarden van de democratische rechtstaat met een sociaal gecorrigeerde vrije markteconomie waarin op het substantiële niveau iedereen 'autonoom' bepaalt welke zedelijke opvattingen zich eigen te maken.⁷⁶⁷

⁷⁶⁶ Zie randnummer 507.

⁷⁶⁷ Zie randnummer 89.

528 Desalniettemin slaagde deze moderne maatschappelijke consensus er toch in om door middel van sociaal-economische correcties (lees beperkingen) het ongebreidelde economische liberalisme van de negentiende eeuw te beteugelen. Deze correcties hebben echter in tegenstelling tot de communistische dictaturen het beginsel van de wilsautonomie niet in vraag gesteld. Hierdoor is onze maatschappij tot een democratische rechtsstaat met een sociaal gecorrigeerde vrije markteconomie kunnen evolueren. Een democratische rechtsstaat met een sociaal gecorrigeerde vrije markteconomie vereist immers enerzijds dat (rechts)personen voldoende privaat initiatief aan de dag kunnen leggen (wilsautonomie), en anderzijds dat deze vrijheid tot privaat initiatief de democratische rechtsstaat met haar vrije markteconomie niet in het gedrang brengen (beperking van de wilsautonomie door de openbare orde en goede zeden). Dit houdt een continue evenwichtsoefening in, want op termijn zou een continu fundamenteel onevenwicht deze maatschappelijke ordening vernietigen.⁷⁶⁸

Een te ruime interpretatie van de openbare orde en de goede zeden zou tot inopportune absolute nietigheidssancties kunnen leiden.⁷⁶⁹ In tegenstelling tot 1804 bezit ons recht tegenwoordig een heel arsenaal aan adequate beperkingen van de wilsautonomie, welke niet de ultieme sanctie van de absolute nietigheid inhouden.⁷⁷⁰

529 In die context past zowel de interpretatie die de goede zeden enerzijds tot het 'essentiële' beperkt en anderzijds tot elk juridisch, dit wil zeggen tot elk maatschappelijk, domein doet uitstrekken, ook het economische. Het gevaar voor een maatschappelijke bedreiging door een losgeslagen "mercantilisme" in het economisch domein wordt niet alleen door 'ethisch' fundamentele zeden, maar ook door 'economisch' fundamentele zeden (fundamentele economische moraliteit) tegengegaan.

Een fundamentele economische moraliteit kan evengoed schendingen van essentiële instellingen van de maatschappij met een absolute nietigheid sanctioneren. Samengevat, enkel die wettelijke bepaling of zede waarvan de miskennis de fundamentele van onze democratische rechtstaat met een sociaal gecorrigeerde vrije markteconomie zou aantasten, behoort respectievelijk tot de openbare orde of de goede zeden.⁷⁷¹

⁷⁶⁸ Zie wat er met de communistische dictaturen is gebeurd.

⁷⁶⁹ G. BAETEMAN, *l.c.*, 170, nr. 10.

⁷⁷⁰ G. BAETEMAN, *l.c.*, 160-163 en X. DIEUX, *l.c.*, 258.

⁷⁷¹ A. PUTTEMANS, *l.c.*, 142.

530 Als besluit kunnen de Belgische interne goede zeden aan de hand van De Page's schets van de openbare orde aldus worden geparafraseerd:

De goede zede is de zede die door **fatsoenlijke** mensen in een bepaald land en op een bepaald tijdstip wordt nageleefd en die de *essentiële* belangen van de Staat of van de Gemeenschap raakt, of die in het **privaatdomein** de **zedelijke grondslagen** vastlegt waarop de **economische** of de **niet-economische** orde van de maatschappij rust.

In tegenstelling tot De Page hanteert deze schets in plaats van de term morele orde de term niet-economische orde. Dit heeft als voordeel dat de niet-economische orde nooit tot strikt private relaties te herleiden is. Enkel deze formulering kan waarborgen dat geen enkel domein aan de goede zeden ontsnapt. *Mutatis mutandis* wordt in dit rapport voorgesteld om de schets van de openbare orde in die zin aan te passen.

Het zelfstandig naamwoord recht betekent in de begrippen publiek recht en privaat recht rechtsdomein, of rechtstak. Deze terminologie parafraserend, wordt hier het zelfstandig naamwoord 'domein' als tegenhanger van de term recht gehanteerd: publiek 'domein' en privaat 'domein' als de zedelijke tegenhangers van publiek recht en privaat recht.

In navolging van Van Gerven vertaalt dit rapport "une *morale coutumière* sur laquelle tous les honnêtes gens s'entendent parfaitement" als "het geheel van regelen die door fatsoenlijke mensen in een bepaald land en op een bepaald tijdstip worden aanvaard".⁷⁷²

⁷⁷² W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, 82, nr. 28. Deze verwoording is minder geladen dan bijvoorbeeld de door De Page gehanteerde verwijzing naar de "beschaafde volkeren" (peuples civilisés). Mocht De Page hierbij een tegenstelling cultuurvolkeren – primitieve volkeren (of beter inheemse volkeren) voor ogen hebben gehad, dan kan een dergelijke zienswijze geenszins worden bijgetreden. "Geciviliseerd of beschaafd" kan echter ook worden tegengesteld aan 'bandeloos, zedeloos'. Beschaving betekent immers niet enkel de toestand van maatschappelijke en geestelijke ontwikkeling, maar juist ook de toestand van *zedelijke* ontwikkeling! Fatsoenlijk wordt hier dan gebezigd in de zin van "zich houdend aan het fatsoen" in de zin van "zich houdend aan al wat geacht wordt te behoren tot de maatschappelijke behoorlijkheid in moreel opzicht". G. GEERTS en H. HEESTERMANS, *Van Dale*, 831.

§4 Analyse

A VIER ASSEN

1 Uitgangspunt

531 De discussie over de interne openbare orde en goede zeden is in wezen een discussie over afbakening, meer bepaald over hun onderlinge afbakening en over de mate waarin een of beide begrippen de individuele autonomie afbakenen, inperken. In deze discussie komen er al bij al vier afbakeningscriteria voor.

Eigenlijk zijn het niet zozeer vier kant-en-klare criteria, dan wel vier assen waarop elke deelnemer aan het debat kan bepalen tot waar hij de openbare orde en/of de goede zeden afbakt. Kan, want niet iedere deelnemer gebruikt ze alle vier.

Deze assen zijn: de domeinen van maatschappelijke ordening, het al dan niet wettelijk bepaald zijn, de gradatie-as om beide begrippen van de individuele autonomie te onderscheiden en de mate waarin er een bijkomende verenging op basis van de feitelijke situatie plaatsvindt.

2 Eng of ruim

A DE AS VAN DE DOMEINEN VAN DE MAATSCHAPPELIJKE ORDE

532 Voorstanders van de grammaticale interpretatiemethode zijn nogal geneigd om de openbare orde en de goede zeden van elkaar te onderscheiden door elk van beide begrippen aan bepaalde maatschappelijke domeinen toe te schrijven.

Wanneer zij beide begrippen echter al te eng afbakenen, lopen zij het risico dat er eventueel een maatschappelijk domein onder geen van beide begrippen valt. Wanneer beide begrippen ruim worden afgebakend, zullen deze al vlug elkaar overlappen. Alle pogingen om beide begrippen op basis van deze ene as van elkaar te onderscheiden, zijn dan ook problematisch, tenzij een van beide begrippen tot een deelcategorie van het andere begrip wordt herleid, wat in de rechtsleer dan ook vaak is gebeurd.

533 Dit alles hoeft echter niet, want beide begrippen kunnen ook op een andere as van elkaar worden onderscheiden. Deze laatste optie houdt dan ook in dat beide begrippen alle maatschappelijke domeinen dekken (staatkundig, economisch en niet-economisch), waardoor ze elkaar op deze as volledig overlappen.

Op deze as is dit dan ook de ruimst mogelijke afbakening. Het is juist deze afbakening die De Page en dit rapport verdedigen.⁷⁷³

Dit betekent ook dat beide begrippen hoe dan ook op elk maatschappelijk domein de individuele autonomie kunnen beperken, nergens geldt zij absoluut. De mate waarin dit ook effectief gebeurt, hangt af van de mate waarin de openbare orde en de goede zeden op de andere assen wordt afgebakend.

B DE AS VAN HET WETTELIJK OF NIET-WETTELIJK BEPAALDE

534 Het onderscheid tussen wettelijk en niet-wettelijk bepaalde normen zorgt voor een heldere tweedeling tussen beide begrippen. In samenhang met de meest ruime interpretatie van de vorige as zorgt dit ervoor dat beide begrippen elkaars spiegelbeeld vormen, waardoor de goede zeden juist hun vangnetfunctie optimaal kunnen vervullen.

Iets zou dan slechts niet gedekt zijn, wanneer een van beide begrippen in een bepaalde context niet van toepassing zou zijn, bijvoorbeeld artikel 138 Ger. W. dat de goede zeden niet vermeldt. Vraag is dan of het wel opportuun is dat de vangnetfunctie van de goede zeden dan wegvalt, waardoor de individuele autonomie in een bepaalde context niet altijd kan worden begrensd (namelijk bij afwezigheid van wettelijke normen van openbare orde), terwijl dit juist essentieel is voor het voortbestaan van de maatschappelijke ordening.

Met andere woorden, is het gebruik van deze as om de openbare orde en de goede zeden van elkaar te onderscheiden (in casu volledig aan elkaar tegen te stellen) wel altijd zo opportuun? Aangezien de afbakening op deze as in samenhang met de wijze van afbakening op de andere assen moet worden beschouwd, volgt nu eerst een beschrijving van de laatste twee assen vooraleer op deze problematiek dieper in te gaan.

⁷⁷³ Waarbij De Page het wel nooit had over vier assen om de openbare orde en goede zeden op af te bakenen.

C DE GRADATIE-AS

535 Deze problematiek geeft hoe dan ook al aan dat het belang van de onderlinge afbakening van de openbare orde en de goede zeden, onlosmakelijk samenhangt met de wijze waarop ze (al dan niet gezamenlijk) hierdoor de individuele autonomie begrenzen. Precies dit vindt op de gradatie-as plaats. De keuze voor datgene wat 'essentieel' is voor de leefbaarheid van de maatschappelijke ordening, is dan ook een enge keuze, want zowel het algemeen belang als alle maatschappelijk aanvaarde zeden omvatten een ruimer geheel aan normen. Het is niet zomaar een enge keuze, maar wel de engst mogelijke keuze. Het lijkt immers moeilijk om op deze as de openbare orde en goede zeden nog in engere zin af te bakenen, want dan zouden ze inhoudsloos worden.

D DE AS VAN HET ABSTRACT BEPAALDE OF VAN DE CONCRETE SITUATIE

536 Toch blijkt een bijkomende verenging zich soms op te dringen. De oplossing bestaat er dan in om te beoordelen of het volstaat dat een abstracte norm essentieel is voor de leefbaarheid van de maatschappelijke ordening om van openbare orde of goede zeden te zijn (ruime afbakening op deze as). Indien dit niet zou volstaan, kan er bijkomend worden vereist dat de concrete situatie deze leefbaarheid ook nog eens effectief moet bedreigen (enge afbakening op deze as).

Op deze as heeft het Belgische interne recht slechts in één enkele context voor de enge afbakening gekozen, namelijk in het kader van artikel 138 Ger. W. Deze as dient dan ook slechts om de vorige aan te vullen, te nuanceren, omdat de loutere strijdigheid met de abstracte rechtsregel er als onvoldoende grond werd ervaren om een dergelijke onverdraagzame reactie te aanvaarden. Het is dan ook enkel op deze as dat de openbare orde van artikel 138 Ger. W. zich van de openbare orde uit het Burgerlijk Wetboek onderscheidt.

De absolute nietigheid als burgerrechtelijke sanctie van de wilsautonomie van particulieren in het interne recht, vergt deze bijkomende verenging echter juist niet. Het adequaat waarborgen van het voortbestaan van de maatschappelijke orde vergt juist dat de strijdigheid met de abstracte maatschappelijke norm *op zich* al voldoende grond zou zijn om met absolute nietigheid te kunnen sanctioneren. Anders bestaat het gevaar dat deze strijdigheid zich *in concreto* zodanig vaak zou voordoen, dat dit het voortbestaan van de maatschappelijke orde zou bedreigen.

Dit is een goed voorbeeld van de wijze waarop fundamentele rechtsbegrippen als 'open' begrippen kunnen bemiddelen tussen het maatschappelijk dominante ideaal en de moderne werkelijkheid van uiteenlopende opvattingen én handelingen.⁷⁷⁴

3 Samengevat

537 Volgens de in dit rapport verdedigde opvatting zijn de openbare orde en goede zeden tegelijk zowel ruim als eng afgebakende begrippen. Wat betreft de domeinen van de maatschappelijke ordening die ze bestrijken, zijn ze in de meeste ruime zin afgebakend, beide begrippen omvatten immers alle domeinen. Op de gradatie-as worden de openbare orde en de goede zeden dan weer in de meest enge zin afgebakend: zij omvatten enkel datgene dat voor de leefbaarheid van de maatschappelijke ordening essentieel is. Daar waar beide begrippen samen voorkomen, dekken ze zowel het wettelijk als het zedelijk bepaalde en heeft hun enge invulling op de as van het wettelijk/niet-wettelijk bepaalde in realiteit geen verengende werking. Beide begrippen komen echter wel niet altijd samen voor. Dit is met name zo in de context van artikel 138 Ger. W., waar de openbare orde ook al eens bijkomend tot de feitelijke situatie wordt verengd.

B MOGELIJK NUT VAN DE TWEEDLING OPENBARE ORDE/GOEDE ZEDEN

1 In het Gerechtelijk Wetboek

538 Vraag is dan ook of deze niet-vermelding van de goede zeden in artikel 138 Ger. W. een tweede bijkomende verenging tot gevolg (en als functie?) heeft. Rechtsteleologisch gezien zou dit toch wel een zeker nut kunnen hebben. Het is immers juist in deze context dat het Hof van Cassatie de vierde afbakenings-as heeft gebruikt om de openbare orde al eens bijkomend te verengen. Het uitsluiten van de goede zeden zou dan een tweede bijkomende verenging van deze bevoegdheid inhouden. Gezien het wantrouwen van de burger in het gerecht, dat al bestond ten tijde van de Franse Revolutie en ook nu nog steeds leeft, is dit misschien wel wenselijk.⁷⁷⁵ In vergelijking met wettelijke 'bepalingen' kunnen zeden immers minder concreet worden afgelijnd, waardoor de rechter hoe dan ook over een iets ruimere beoordelingsmarge beschikt.

⁷⁷⁴ Zie randnummer 377 en 424.

⁷⁷⁵ Zie randnummer 430 voor het wantrouwen ten tijde van de Franse Revolutie en S. GUTWIRTH, *l.c.*, 140-141, voor het wantrouwen tijdens de negentiende en twintigste eeuw.

2 In het Burgerlijk Wetboek

539 Aangezien de bijkomende verenging van de vierde as niet in de context van het Burgerlijk Wetboek voorkomt, is het niet duidelijk of deze tweedeling ook daar een zeker (bijkomend verengend) nut zou kunnen hebben. Zelfs indien dit in verband met een van de bijzondere artikelen uit het Burgerlijk Wetboek zo zou zijn, is het nog niet zeker of de niet-vermelding van een van beide begrippen in de overige bijzondere bepalingen van het Burgerlijk Wetboek altijd een bijkomende verengende werking hoeft te hebben.⁷⁷⁶

Kortom, vraag is of deze juridische tweedeling zeker in het Burgerlijk Wetboek, niet eerder een rechts-theoretische 'Spielerei' is.⁷⁷⁷ Het feit dat de openbare orde en de goede zeden bij de bespreking van deze bijzondere bepalingen (en van artikel 1133 B.W.) nauwelijks aan bod kwamen, wijst in ieder geval op het ontbreken van een diepgaande reflectie over de relatie tussen beide begrippen ten tijde van het opstellen van het B.W. De begripsvermenging in de schaarse verwijzingen die er al zijn, geeft ook aan dat deze relatie toen niet als problematisch werd ervaren, maar toen werd het onderscheid van de tweede as nog niet zo scherp gesteld.⁷⁷⁸

C EEN SENSU LATO BETEKENIS DIE DE TWEEDELING SOMS OVERSTIJGT

540 Het lijkt er op dat het niet-vermelden van de goede zeden in de context van artikel 138 Ger. W. wel een verengend nut kan hebben, terwijl dat in andere contexten waarschijnlijk niet zo is. Vraag is dan hoe beide aspecten met elkaar kunnen worden verzoend.

541 Een mogelijke uitleg, en uitweg, is dat in het Belgische interne recht de openbare orde en de goede zeden beiden (of slechts een van beide) zowel een *sensu stricto* als een *sensu lato* betekenis hebben en dat de wetgever beide begrippen nu eens in de ene, dan weer in de andere betekenis gebruikt. *Sensu stricto*

⁷⁷⁶ Voor een overzicht van deze bijzondere artikelen zie randnummer 459.

⁷⁷⁷ Aanwijzing tot dit laatste is de courante praktijk van de rechtspraak om het door de rechtsleer betwiste onderscheid tussen openbare orde en goede zeden op te vangen door beide concepten samen te vermelden. X. DIEUX, *l.c.*, 270. Deze rechtspraak werd voor dit rapport niet gelezen, waardoor het niet duidelijk is of deze praktijk zich enkel voordoet in de context van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek die beide begrippen vermelden, dan wel ook in de context waar slechts een van beide begrippen wordt vermeld. Zie ook volgend randnummer.

Bovendien zou deze tweedeling haar relevantie met betrekking tot de twee rechtsspreuken "Nemo auditur propriam turpitudinem allegans" en "In pari causa turpitudinis cessat repetitio" hebben verloren. Zie voetnoot 758.

⁷⁷⁸ Als tegenargument voor de hierboven ontwikkelde rechtsteleologische hypothese zou deze conclusie eventueel ook naar de context van het gerechtelijk privaatrecht kunnen worden doorgetrokken. Zie de Cassatiearresten van 5 mei 1881 en van 22 maart 1923 in randnummer 499.

behouden ze zo hun hoger geschetste spiegelbeeldbetekenissen (op basis van hun tegenstelling op de as van het al dan niet wettelijk bepaalde), terwijl hun *sensu lato* betekenis dan alles zou omvatten dat met een absolute nietigheid wordt gesanctioneerd (en dus geen afbakening op de as van het al dan niet wettelijke bepaalde).

Met andere woorden, een (of twee) *sensu lato* betekenis(en) als een mogelijke omschrijving voor de hoofdverzameling die enkel de deelverzamelingen van beide *sensu stricto* betekenissen omvat en die staat voor 'datgene wat in het Belgische interne recht de *absolute grenzen* van de maatschappelijke verdraagzaamheid aangeeft, omdat anders de grondslagen van de maatschappelijke ordening zouden worden bedreigd, dit kan zowel een bedreiging van de staatkundige, de economische of de niet-economische ordening inhouden.'

542 Dankzij deze uitleg kan deze tweedeling waar nodig haar nut behouden, zonder dat dit in andere contexten ongewenste gevolgen hoeft te hebben. Op deze wijze kunnen beide rechtsbegrippen een zo groot mogelijke 'openheid' behouden en dus vrijheid garanderen en tegelijk ook de democratische rechtsstaat adequaat beschermen tegen handelingen van individuen of groepen die haar voortbestaan zouden bedreigen.⁷⁷⁹

Een handig criterium om uit te maken of de niet-vermelding van een van beide begrippen nuttig kan zijn, is het nagaan of er al een bijkomende verenging van toepassing is. Dit duidt al op de aanwezigheid van een maatschappelijke behoefte om de individuele autonomie nog minder te beperken.⁷⁸⁰ Het negeren van deze maatschappelijke behoefte vormt dan blijkbaar *zelf* een bedreiging voor het voortbestaan van de democratische rechtsstaat.

Een bedreiging die dan ook groter is dan de loutere schending van een of andere abstracte norm die essentieel is voor de belangen van de Staat of de Gemeenschap, of voor de grondslagen waarop de maatschappij in het privaatsdomein rust. Enkel uit de beoordeling van de maatschappelijke dreiging die van een feitelijke situatie uitgaat, kan worden besloten dat die feitelijke situatie *werkelijk* een dermate essentiële bedreiging vormt dat ze de verhoudingen omkeert. Het negeren van de maatschappelijke behoefte om de individuele autonomie in een bepaalde context niet te beperken, vormt dan de kleinste bedreiging.

Dit verklaart zowel de discussie over de ambtshalve bevoegdheid van het Openbaar Ministerie, als het succes van de oplossing die het Hof van Cassatie uiteindelijk wist te bereiken.

⁷⁷⁹ Zie randnummer 424.

⁷⁸⁰ Zie ook volgend hoofdstuk.

AFDELING 2

DE GEORLOOFDHEID VAN RECHTSHANDELINGEN

§1 De geldigheidsvoorwaarden van een rechtshandeling

543 Rechtshandelingen zijn *menselijke handelingen* die feiten tot gevolg hebben, waarmee het in het leven roepen van *rechtsgevolgen* wel degelijk wordt *beoogd*.⁷⁸¹ Elke rechtshandeling is slechts geldig voor zover er aan vier voorwaarden wordt voldaan: de toestemming van de partij die zich verbindt; haar bekwaamheid om contracten aan te gaan; een bepaald en geoorloofd voorwerp als inhoud van de verbintenis en tenslotte een geoorloofde oorzaak.⁷⁸²

Hierna volgt een bespreking van die laatste twee voorwaarden. Deze uitwijding is van belang voor de bespreking van de interne openbare orde en goede zeden in het octrooirecht.

544 Geen van beide voorwaarden mag met de openbare orde (of de goede zeden) in strijd zijn. Alhoewel beide voorwaarden zeer dicht bij elkaar staan, dienen ze toch van elkaar te worden onderscheiden.

- Het voorwerp van een rechtshandeling is "het concrete *rechtsgevolg* dat de handelende partij *beoogt*."⁷⁸³
- Met de oorzaak van de rechtshandeling bedoelt de wetgever eigenlijk de *externe* oorzaak van een rechtshandeling en niet de interne oorzaak, ook wel voorwerp-oorzaak genaamd.⁷⁸⁴ De externe oorzaak van een rechtshandeling is de *bestemming* die aan het voorwerp (dus aan het beoogde concrete rechtsgevolg) van de rechtshandeling wordt gegeven.⁷⁸⁵

⁷⁸¹ Van Gerven geeft hierbij als voorbeeld: het sluiten van een overeenkomst, het erkennen van een natuurlijk kind, het maken van een testament. W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, 281-282, nr. 97.

⁷⁸² Artikel 1108 B.W. vermeldt deze voorwaarden enkel met betrekking tot de geldigheid van overeenkomsten, maar, zoals Van Gerven stelt, gelden deze voorwaarden voor elke rechtshandeling. W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, 282 en 294.

⁷⁸³ W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, 329.

⁷⁸⁴ Voor een bespreking van wat de interne oorzaak van een rechtshandeling is, zie W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, 332-344.

⁷⁸⁵ W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, 332.

§2 De niveaus van onderzoek naar het geoorloofd karakter van een rechtshandeling

545 Het onderzoek naar "het geoorloofd karakter van een rechtshandeling" gebeurt op twee niveaus. Op het eerste niveau blijft het onderzoek beperkt tot "een onderzoek naar de regelmatigheid aan de oppervlakte", op het tweede niveau leidt het onderzoek tot een graven onder de oppervlakte. Daar waar het onderzoek naar de geoorloofdheid van het voorwerp beperkt blijft tot een oppervlakkig onderzoek, kan het onderzoek naar de geoorloofdheid van de externe oorzaak daarentegen leiden tot een graven onder de oppervlakte. Dit laatste wordt echter niet altijd gevergd.

A OPPERVLAKKIG ONDERZOEK

546 De ongeoorloofdheid van het voorwerp van een rechtshandeling komt al bij een oppervlakkig onderzoek aan het licht, want strijdigheid met het voorwerp van de rechtshandeling valt voor wanneer het ongeoorloofd karakter (*in casu* strijdigheid met de openbare orde of de goede zeden) uit de rechtshandeling zelf blijkt. De beloofde zaken of prestaties zijn dan uit zichzelf strijdig met de openbare orde of de goede zeden (bijvoorbeeld de verbintenis om iemand te vermoorden).

547 Bij een oppervlakkig onderzoek komt de ongeoorloofdheid van de externe oorzaak van een rechtshandeling slechts aan het licht wanneer een verbintenis met een uit zichzelf geoorloofd voorwerp als aanleiding tot het aangaan van die verbintenis een bedoeling of een beweegreden heeft, die strijdig is met de openbare orde of met de goede zeden *én* die bedoeling of beweegreden wordt bovendien in het *instrumentum* van de rechtshandeling vernoemd (bijvoorbeeld de vermelding in een arbeidsovereenkomst met een mannelijke of vrouwelijke werknemer dat die bereid is om zich te prostitueren).

B DIEPGAAND ONDERZOEK

548 Meestal blijkt uit het instrumentum van een rechtshandeling echter niet dat "zaken of prestaties ongeoorloofd zijn ter wille van *de eraan gegeven bestemming*", de contraherende partijen zijn echter meestal wel zo slim. "De regels van openbare orde en goede zeden moeten dan ook niet alleen tegen

openlijke uit de akte zelf blijkende rechtshandelingen worden gevrijwaard, maar ook tegen *verkeerd geïnspireerde* handelingen.⁷⁸⁶ Dit laatste vergt een diepgaand onderzoek van de (on)geoorloofdheid van de externe oorzaak.

De vraag "hoever dit onderzoek onder de oppervlakte wel moet gaan" is volgens Van Gerven een vraag die "niet van moeilijkheden gespeend is."⁷⁸⁷ Daarom komt het er op aan om bij het toepassen van sancties meer dan anders de regel in acht te nemen "dat men zoveel mogelijk het concrete recht moet laten wedervaren."⁷⁸⁸

AFDELING 3

DE INTERNATIONALISATIE VAN DE INTERNE OPENBARE ORDE EN GOEDE ZEDEN

§1 Rechtshistorische situering

549 Napoleon had het grootste deel van het Europese continent een gemeenschappelijke juridische basis opgelegd. In de loop van de negentiende eeuw ging die echter verloren door de opkomst in Europa van het nationalisme en van de natiestaat. Zo gingen vele staten tot een codificatie van de nationale wetgeving over en beperkte de rechtspraak haar inspiratie tot het nationale recht.

Ook de begrippen openbare orde en goede zeden ontsnapten niet aan deze nationalistische tendens. Beide begrippen werden toen zuiver nationaal beschouwd.⁷⁸⁹ Hierdoor kennen deze begrippen tegenwoordig in de verschillende nationale rechtsstelsels diverse betekenissen en verschilt bijgevolg ook de inhoud waarmee deze begrippen worden ingevuld.

550 Dit nationalisme van de negentiende eeuw vond haar trieste hoogtepunt, of beter dieptepunt, in de twee Wereldoorlogen van de twintigste eeuw. Als antwoord hierop ontstond er in de tweede helft van de

⁷⁸⁶ W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, 332 en 345-346. Deze visie komt duidelijk tot uiting in De Page's omschrijving van de goede zeden. Zie citaat in randnummer 517.

⁷⁸⁷ W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, 346.

⁷⁸⁸ W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, 348.

⁷⁸⁹ Zie met betrekking tot de goede zeden bijvoorbeeld randnummer 513.

twintigste eeuw, vooral in Europa, een steeds verdergaande politieke, economische en niet-economische internationalisatie.

Net zoals dat de gemeenschap om als gemeenschap te overleven, grenzen moet stellen aan de absolute individuele autonomie van haar burgers, heeft de internationale gemeenschap dit met de autonomie van haar leden moeten doen. Ook dit gebeuren uitte zich onder meer in het interne recht en bijgevolg in de begrippen interne openbare orde en goede zeden.

Aangezien deze begrippen in het interne recht al een zekere *betekenisomschrijving* hadden verkregen, werd (totnogtoe) enkel hun *invulling* internationaal beïnvloed. Opnieuw hebben de nationale wetgevers, als verdragspartijen, en de (nationale) rechters, als interpretatoren die moeten rechtspreken, hiertoe bijgedragen.

551 Deze laatsten deden en doen dit door de wijze waarop zij de openbare orde en goede zeden in hun vonnissen van concrete inhoud voorzien.⁷⁹⁰ De (nationale) rechtbanken doen dit op diverse wijzen, met name door middel van de goede zeden, van externe referenties, van internationale verdragen en van een gemeenschappelijke, Europese interne openbare orde.

Uit deze opsomming blijkt dat de rechters zich voor deze internationalisatie van de openbare orde en de goede zeden niet hebben beperkt tot het door de wetgevers aangereikte kader. Hierdoor hebben de rechters zich tot de belangrijkste actoren van deze internationalisering ontpopt.

§2 De diverse vormen van internationalisatie

A VAN DE INTERNE GOEDE ZEDEN

552 Doordat de (Belgische) interne goede zeden niet aan het wettelijk bepaalde zijn gekoppeld, hebben ze een minder concreet karakter dan de interne openbare orde. Hierdoor verkregen de interne goede zeden gaandeweg een *meer universeel en tijdloos karakter* dan de interne openbare orde. Desondanks vormen de goede zeden nog steeds een nationaal begrip met een nationale invulling, en blijven ze dus met een bepaalde plaats en tijd *verbonden*.

⁷⁹⁰ H. VAN HOUTTE, *l.c.*, 178.

553 Door hun meer universele inhoud lenen de goede zeden zich tot het beteugelen van inbreuken op een *buitenlandse* wet van *openbare orde*.⁷⁹¹ Deze toepassing van de goede zeden kan ten onrechte doorgaan voor een internationalisatie van de interne openbare orde door middel van de goede zeden, terwijl het eerder een grotere toepassing van de meer universele goede zeden als afbakeningscriterium betreft. Dit *naast* de toepassing van de openbare orde.⁷⁹²

B VAN DE INTERNE OPENBARE ORDE

554 De interne openbare orde internationaliseert zich op drie manieren. De derde manier is zowel middel als gevolg van de internationalisatie van de interne openbare orde.

1 Door externe referenties

555 De techniek van de externe referenties is een *rechtvaardigingstechniek*: de nationale rechter *rechtvaardigt* zijn zienswijze, zijn interpretatie, van wat tot de nationale openbare orde behoort, door aan te tonen dat dit "ook in andere landen van openbare orde is – en soms zelfs tot de basisregels van de internationale gemeenschap behoort."⁷⁹³

2 Door internationale verdragen

556 Door het ratificeren van bepaalde internationale verdragen *creëert* de nationale wetgever *de mogelijkheid* dat bepaalde bepalingen uit die verdragen de nationale interne openbare orde *invullen*. Deze internationale verdragen internationaliseren de nationale interne openbare orde *pas effectief* wanneer de nationale rechter die bepalingen bij zijn rechtspreken *inroept*.

De grondbeginselen van de Europese Unie en de grondbeginselen van de mensenrechtenverdragen zijn voorbeelden van internationale verdragen die de nationale interne openbare orde internationaliseren.

Ook de grondslagen waarop de nationale economische orde berust, kunnen worden geïnternationaliseerd.⁷⁹⁴

⁷⁹¹ H. VAN HOUTTE, *l.c.*, 169.

⁷⁹² Contra, *idem*.

⁷⁹³ H. VAN HOUTTE, *l.c.*, 170.

⁷⁹⁴ Van Houtte geeft hiervoor artikel 8 lid 2 b van het IMF-verdrag als voorbeeld. Deze bepaling verbiedt transacties die de wisselreglementering van *andere* landen te omzeilen. Door deze verdragsrechtelijke bepaling behoren de bepalingen van interne openbare orde van een *buitenlandse* wisselreglementering tot de *Belgische* interne openbare orde.
H. VAN HOUTTE, *l.c.*, 170.

3 Door een gemeenschappelijke Europese kern

557 In Europa bestaat er een veelheid aan verdragen die in een Europese context de internationalisatie van de interne openbare orde van de Europese verdragstaten bewerkstelligen. Hierdoor krijgen de diverse nationale interne openbare ordes en goede zeden een *gemeenschappelijke Europese kern van concrete invullingen*.

Deze gemeenschappelijke kern *beperkt* de nationale manoeuvreerruimte om aan die gemeenschappelijke kern lokale elementen *toe te voegen*. Deze nationale manoeuvreerruimte zal nog verkleinen "naarmate de staten – qua waarden – naar elkaar toe groeien."⁷⁹⁵ Eigenlijk bestaat deze gemeenschappelijke Europese kern uit twee luiken.

558 Het bekendste voorbeeld van dit eerste luik bestaat uit het EVRM en de zienswijze van het EHRM.⁷⁹⁶ Dit luik omvat "de grondbeginselen ter bescherming van de rechten en vrijheden en van de democratische rechtstaat". Aangezien er voorlopig toch nog meer Europese staten lid zijn van de Raad van Europa dan van de Europese Unie, omschrijft dit rapport dit eerste luik als de *Europese interne openbare orde*.

Het tweede luik bestaat uit de grondbeginselen van de Europese Unie. Om dit tweede luik van het eerste te onderscheiden, omschrijft dit rapport dit tweede luik als de *Communautaire interne openbare orde*.

§3 Commentaar

559 De internationalisatie van de interne openbare orde en goede zeden houdt een *beperking van de nationale manoeuvreerruimte* in. Bij het bepalen van wat voor de staatkundige, economische of niet-economische ordening essentieel is, moeten rechters en (wetgevers) rekening houden met een zich steeds meer internationaliserende context. Die internationale context *situeert* en bijgevolg *relatieveert* deze oefening. Met andere woorden, deze beperking van de nationale manoeuvreerruimte duidt op een versoepeling van de *nationale invulling* van de grenzen van de verdraagzaamheid die de interne rechtsorde aan de wilsautonomie van particulieren stelt, als gevolg van het zich in een internationale gemeenschap situeren van de nationale gemeenschap.⁷⁹⁷

⁷⁹⁵ H. VAN HOUTTE, *l.c.*, 171.

⁷⁹⁶ *Ibid.*

⁷⁹⁷ Parafrase van Van Hecke en Lenaerts, zie randnummer 565.

Dit vergt *niet* zozeer het in acht nemen van datgene wat voor het voortbestaan van de internationale gemeenschap als gemeenschap essentieel is, maar *wel* van datgene wat voor de nationale gemeenschap essentieel is om in de huidige internationale gemeenschap *als nationale gemeenschap* in haar staatkundige, economische of niet-economische aspecten *vlot te kunnen functioneren*.

560 Een versoepeling van de nationale invulling van de interne openbare orde en goede zeden kan in twee richtingen werken. *Naargelang de concrete situatie* kan de internationalisatie van de interne openbare orde en goede zeden, die interne openbare orde en goede zeden *zowel verengen als verruimen*.

561 Zelfs geïnternationaliseerd, beperken de interne openbare orde en goede zeden zich tot het afbakenen in het interne privaatrecht van de individuele autonomie van de particulieren in hun onderlinge rechtsbetrekkingen (overeenkomsten en processen). De privaatrechtelijke gevolgen van grensoverschrijdende rechtsbetrekkingen tussen particulieren worden door een gelijkkluidend begrip, namelijk de internationaal privaatrechtelijke openbare orde geregeld. Deze terminologische gelijkenis zou er kunnen op wijzen dat de internationaal privaatrechtelijke openbare orde haar naam aan de interne openbare orde heeft ontleend.

Vanuit een historisch-systematische benadering rijst de vraag of de interne openbare orde enkel de naamgeving van de internationaal privaatrechtelijke openbare orde heeft beïnvloed, of dat er sprake is van een meer diepgaande beïnvloeding.

HOOFDSTUK 3

DE OPENBARE ORDE EN GOEDE ZEDEN IN HET INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT

AFDELING 1

PROBLEMATIEK

§1 Het verdraagzame internationaal privaatrecht

562 In de mate dat *particuliere* rechtsbetrekkingen één enkele nationale rechtsorde overstijgen, kunnen er privaatrechtelijke problemen ontstaan, die niet door het interne recht, maar door het internationaal privaatrecht (hierna i.p.r.) worden geregeld. Het i.p.r. geeft aan *in hoeverre* de verschillende nationale rechtsordes voor hun wederzijdse interne recht 'open staan'. Deze verdraagzaamheid van het forum voor de rechtsopvattingen van andere nationale rechtsordes steunt op een zekere mate van *vertrouwen* in die buitenlandse rechtssystemen en rechters. Iets waar onze internationale samenleving baat bij heeft.

563 Desondanks komen er toch nog problemen voor, meer bepaald wetsconflicten en problemen van erkenning en exequatur. Wetsconflicten betreffen de vraag welk intern recht de internationale particuliere rechtsbetrekkingen beheerst. Er dringt zich dan een keuze op tussen de verschillende nationale rechtssystemen die met die internationale particuliere rechtsbetrekkingen contact vertonen.⁷⁹⁸

De problematiek van erkenning en exequatur betreft de mate waarin buitenlandse overheidshandelingen en rechterlijke uitspraken in de rechtsorde van het forum kunnen worden ingepast of uitwerking verkrijgen.⁷⁹⁹

564 Elke nationale rechtsorde regelt deze twee conflictniveaus *nationaal aan de hand van eigen rechtsregels*. Het bijvoeglijk naamwoord 'internationaal' duidt dus niet op één geheel van rechtsregels die deze i.p.r.-problemen in alle staten op een identieke wijze regelen, maar verwijst enkel naar de i.p.r.-context waarin dit mechanisme functioneert.⁸⁰⁰ In een i.p.r.-context is het gebruik van de term internationale openbare orde dan ook misleidend. Om die reden hanteert dit rapport enkel de benaming internationaal privaatrechtelijke openbare orde of kortweg i.p.r.-openbare orde.

⁷⁹⁸ G. VAN HECKE en K. LENAERTS, *Internationaal Privaatrecht*, 1989, Gent, Story-Scientia, 1989, nr. 148.

⁷⁹⁹ G. VAN HECKE en K. LENAERTS, *o.c.*, nr.102-113.

⁸⁰⁰ Zie H. ROLIN, *l.c.*, 442; G. VAN HECKE en K. LENAERTS, *o.c.*, nr. 86 en 148 en N. WATTÉ, "Quelques remarques sur la notion de l'ordre public et droit international privé", (noot onder Cass. 27 februari 1986), *R.C.J.B.* 1989, 76. Voor een kritiek op het gebruik in het Belgische recht van de term internationale openbare orde, zie randnummer 564.

§2 Een begrensde verdraagzaamheid

565 Als gevolg van haar i.p.r.-regels kan het forum tot resultaten uit het buitenlands recht komen, dewelke soms sterk van de door het forum gehuldigde opvattingen kunnen afwijken. Desondanks zal het forum deze resultaten respecteren, mits zij de *grenzen van de verdraagzaamheid* van de interne rechtsorde niet overschrijden, want dan ontwikkelt de interne rechtsorde "een particularistische reactie" die toch nog voorrang verleent aan de materiële opvattingen van het eigen recht en schuift zij de "internationaal privaatrechtelijke rechtvaardigheid" even terzijde.⁸⁰¹

Deze onverdraagzaamheid van het forum geldt ten opzichte van de beide conflict-niveaus die het i.p.r. regelt. De i.p.r.-openbare orde fungeert er eens als exceptie en eens als toets. Alle nationale i.p.r.-systemen bevatten dit mechanisme, zij het weliswaar onder verschillende benamingen.⁸⁰²

566 Als 'exceptie' laat de i.p.r.-openbare orde de nationale rechter toe om het buitenlandse recht, waarnaar door de gewone verwijzingsregel wordt verwezen, niet toe te passen omdat deze toepassing strijdig zou zijn "met de basisprincipes van het forum".⁸⁰³ Na uitschakeling van de onaanvaardbaar geachte regel kunnen de overige buitenlandse rechtsregels toepasselijk blijven, of, indien nodig, worden vervangen door een rechtsregel van het forum.⁸⁰⁴ De 'exceptie' van i.p.r.-openbare orde is *inherent* aan elk verdrag over verwijzingsregels, ook als zij er niet in wordt vermeld.⁸⁰⁵

Als 'toets' laat de i.p.r.-openbare orde de rechter van het forum toe om een buitenlands vonnis of arbitrage-uitspraak niet te erkennen of ten uitvoer te leggen wegens een daarmee strijdige inhoud, uitwerking of totstandkoming.⁸⁰⁶

⁸⁰¹ G. VAN HECKE en K. LENAERTS, *o.c.*, 172.

⁸⁰² Zoals "Vorbehaltklausel, public policy, ordine publico, ordre public international (français)" of in het Belgische interne recht de internationale of internationaal privaatrechtelijke openbare orde. G. VAN HECKE en K. LENAERTS, *o.c.*, nr. 337 en F. RIGAUX, *o.c.*, nr. 525; N. WATTÉ, *l.c.*, 76.

⁸⁰³ H. VAN HOUTTE, *l.c.*, 171.

⁸⁰⁴ G. VAN HECKE en K. LENAERTS, *o.c.*, 171.

⁸⁰⁵ G. VAN HECKE en K. LENAERTS, *o.c.*, 170.

⁸⁰⁶ Voor een overzicht van de verschillende benaderingen in de diverse West-Europese rechtstelsels zie M., EKELMANS, "L'ordre public international et ses effets atténués", in X. (ed.), *L'ordre Public: concept et applications, in Les Conférences du Centre de droit privé et de droit économique III, Collection de la faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles*, Brussel, Bruylant, 1995, 287-293.

AFDELING 2

ANALYSE

§1 Belgisch recht

567 Net zoals bij de (Belgische) interne openbare orde wijzen sommigen in de rechtsleer op de onmogelijkheid om de i.p.r.-openbare orde te vatten.⁸⁰⁷

Deze afdeling beoogt dan ook om op basis van een (weliswaar summiere) systematisch-historische benadering, aangevuld met een teleologische beoordeling, een aanzet te geven tot een duidelijkere betekenisomschrijving van dit begrip.

A AFBAKENING VAN HET TE INTERPRETEREN SYSTEMATISCH-KADER

1 Overzicht van de wettelijke bepalingen

568 Analooq aan de interne openbare orde ontbreekt het de Belgische i.p.r.-openbare orde aan een wettelijke omschrijving. De wetgever beperkte zich wederom tot het omschrijven van de functie van de i.p.r.-openbare orde, eerst als toets en pas later als exceptie.

569 Het Gerechtelijk Wetboek regelt enkel de i.p.r.-openbare orde als toets. Artikel 570, alinea 2, 1° bepaalt uitdrukkelijk dat de Belgische rechter onderzoekt of de beslissing in burgerlijke zaken gewezen door buitenlandse rechters:

"[N]iets inhoudt dat in strijd is met de beginselen van openbare orde of met de regels van het Belgische publiek recht."

Dit artikel is de nagenoeg letterlijke weergave van haar voorganger, artikel 10 van de Wet van 1876 die het had over "in strijd is met de openbare orde of met de beginselen van het Belgische publiek recht."⁸⁰⁸

Enkel het woord 'beginselen' werd van het Belgisch publiek recht naar de openbare orde verplaatst.

⁸⁰⁷ Zie Graulich en de daar vermelde auteurs. P. GRAULICH, *Introduction à l'étude du droit international privé*, Luik, Faculté de Droit, d'Économie et de Sciences sociales de Liège, 1978, 60.

⁸⁰⁸ Loi du 25 mars 1876 contentant le titre premier du livre préliminaire du Code de Procédure Civile, B.S. 26 maart 1876.

570 De exceptie van i.p.r.-openbare orde, daarentegen, bezat tot aan artikel 16 van de Wet van 14 juli 1987 geen wettelijke basis, tot dan was zij slechts een rechterlijke creatie.⁸⁰⁹ Uiteindelijk zette een verdragsverplichting onze wetgever ertoe aan te bepalen dat:

"De toepassing van een bepaling van het door dit hoofdstuk aangewezen recht kan slechts terzijde worden gesteld indien deze toepassing kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde van het land van de rechter."⁸¹⁰

2 Situering van de syntaxis

571 Rigaux stelt dat de i.p.r.-openbare orde haar benaming aan haar homoniem uit het interne recht ontleende.⁸¹¹ Dit is begrijpelijk aangezien beide begrippen grenzen van verdraagzaamheid afbakenen. Het soort grenzen verschilt echter: terwijl de interne openbare orde de individuele autonomie afbakt, stelt de i.p.r.-openbare orde grenzen aan de resultaten van het buitenlands recht in de interne rechtsorde. Vraag is dan in welke mate waarin beide begrippen elkaar in de evolutie van hun betekenisomschrijving hebben beïnvloed en ook of de i.p.r.-openbare orde een *sensu stricto* dan wel *sensu lato* betekenis heeft. Met andere woorden, welke functie en betekenis er in het Belgische i.p.r. voor de goede zeden is weggelegd.

572 Ondanks de opvallende terminologische gelijkenis tussen de interne en de i.p.r. openbare orde, formuleren beide wettelijke i.p.r.-bepalingen de verwijzing naar de openbare orde op een ongebruikelijke wijze. Artikel 570, alinea 2, 1° Ger. W. heeft het over de "*beginselen* van openbare orde". Artikel 16 van de Wet van 14 juli 1987 heeft het dan weer over een toepassing die "*kennelijk* onverenigbaar is met de openbare orde van het land van de rechter." Zowel de beperking van de openbare orde tot haar beginselen, als de noodzaak dat de strijdigheid met de openbare orde kennelijk zou zijn, verschillen van de gangbare omschrijvingen uit het interne recht.

Nu volgt een analyse van de rechtspraak van het Hof van Cassatie en van de commentaren in de rechtsleer om na te gaan of dit verschil in formulering een functie heeft. Nadien wordt het niet-vermelden van de goede zeden geanalyseerd.

⁸⁰⁹ N. WATTÉ, *l.c.*, 72.

⁸¹⁰ Wet houdende goedkeuring van het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, van het Protocol en van twee Gemeenschappelijke Verklaringen, opgemaakt te Rome op 19 juni 1980, B.S. 9 oktober 1987, 15.130. Van kracht sedert 1 januari 1988.

⁸¹¹ F. RIGAUX, *o.c.*, nr. 498 en 504.

B HISTORISCH-SYSTEMATISCHE SITUERING

1 Rechtspraak

573 De rechtspraak had de exceptie van de i.p.r.-openbare orde wel zelf ontwikkeld, maar heeft tot aan voor het Cassatiearrest van 4 mei 1950 nagelaten om de betekenis van dit begrip te omschrijven.⁸¹² De Commissie voor de herziening van het Burgerlijk Wetboek had wel al eens voorgesteld om een artikel 14 in te lassen, waarin nog duidelijk de gelijkstelling van de openbare orde met het algemeen belang weerklinkt:

"Nonobstant les articles qui précèdent, il ne peut être pris égard aux lois étrangères dans le cas où leur application aurait pour résultat de porter atteinte aux lois du royaume qui consacrent ou garantissent un droit ou un intérêt social."⁸¹³

574 Kort nadat De Page zijn definitie van de interne openbare orde had gepubliceerd, weerklonk zij nagenoeg letterlijk bij Advocaat Generaal Hayoit de Termicourt in een advies over de betekenis van de i.p.r.-openbare orde. Juist door deze sterk gelijklopende formuleringen richtte het debat zich sindsdien op de vraag hoe beide openbare ordes van elkaar kunnen worden onderscheiden. Voor Hayoit de Termicourt vormt de i.p.r.-openbare orde in ieder geval een *enger* begrip.⁸¹⁴

575 Het Hof van Cassatie trad deze zienswijze op 4 mei 1950 in het zogenaamde "Vigouroux" arrest bij.⁸¹⁵

"[E]en wet van binnenlandse [= interne] openbare orde [is] slechts van internationaal privaatrechtelijke openbare orde [] voor zoveel de wetgever door de bepalingen van die wet een principe heeft willen bekrachtigen, dat hij als hoofdzakelijk beschouwt voor de gevestigde zedelijke, politieke of economische orde en *dat om deze reden in zijn ogen noodzakelijk de toepassing in België moet uitsluiten van elke regel, die er mede in strijd is of er van verschilt...*"⁸¹⁶

⁸¹² Zie bijvoorbeeld Cass. 29 september 1927, *Pas.* 1927, I, 296-298, verwijzende noot, Cass. 12 juni 1941, *Pas.* 1941, I, 217-223, concl. L. Cornil.

⁸¹³ Cass. 29 september 1927, *Pas.* 1927, I, 296-298, verwijzende noot.

⁸¹⁴ Cass. 20 maart 1941, *Pas.* 1941, 86-92, concl. Hayoit de Termicourt, verwijzende noot.

⁸¹⁵ Nadat zij in 1948 en 1949 de door De Page voorgestelde definitie van interne openbare orde tot de hare had gemaakt. Zie randnummer 472.

⁸¹⁶ Eigen cursivering Cass., 4 mei 1950, *R.W.* 1950-51, 11-14; *Arr. Verbr.*, 1950, 557-559 en *Pas.* 1950, I, 624-627, noot R.H. In die zin ook Cass. 25 oktober 1979, *R.W.* 1979-80, 1763-1767 en *Pas.* 1980, I, 262-265, noot.

Het Hof van Cassatie bevestigde deze definitie in haar latere arresten.⁸¹⁷ In een noot onder dit arrest de verfiende de Termicourt zijn negen jaar oude argumentatie en stelde dat de i.p.r.-openbare orde *essentieel* moet zijn om de morele, politieke of economische orde te *behoeden*, terwijl de interne openbare orde die slechts *raken*, een zienswijze die het Hof blijkbaar deelde.⁸¹⁸ Nochtans bestond de vernieuwing van De Page er juist in dat hij de interne openbare orde juist tot het 'essentiële' van de drie maatschappelijke ordes had herleid.

576 In haar arrest van 2 april 1981 verduidelijkte het Hof van Cassatie haar definitie van de i.p.r.-openbare orde door te stellen dat de feitenrechter *niet* moet nagaan of het toepasselijk verklaarde buitenlandse recht verenigbaar is met de Belgische i.p.r.-openbare orde, maar dat hij *enkel* moet nagaan of de *rechtsgevolgen die te verwachten zijn* als gevolg van het toepassen van het toepasselijk verklaarde buitenlandse recht, verenigbaar zijn met de Belgische i.p.r.-openbare orde.⁸¹⁹

Naar analogie van de interne openbare orde koos het Hof van Cassatie voor een functionele omschrijving van de i.p.r.-openbare orde, in dewelke de definitie van de interne openbare orde zodanig sterk weerklinkt dat de Belgische rechtsleer over de vraag verdeeld blijft of het Hof van Cassatie hiermee wel duidelijk het verschil tussen beide openbare ordes heeft aangegeven.

2 Rechtsleer

577 De beschrijving van het debat in de rechtsleer hanteert slechts drie van de vier assen waarmee de openbare orde en goede zeden kunnen worden afgebakend. De tweede as, de as van het al dan niet wettelijk bepaalde, komt pas ter sprake bij de teleologische verklaring van het onderscheid tussen beide openbare ordes.

⁸¹⁷ In het Vigouroux arrest leidde het Hof van Cassatie het ontbreken van een i.p.r.-openbare orde karakter af uit het feit dat de ingeroepen Belgische bepaling geen beginsel weergaf, maar eerder een uitzonderlijk en opportunistisch karakter had. Nadien concludeerde het Hof dat het in een verdrag aanvaarden van een bepaald beginsel tot gevolg heeft dat dit beginsel vanaf dan *niet meer* in strijd kan zijn met de i.p.r.-openbare orde (zelfs al is de interne wet nog niet veranderd). Ook interpreteerde het Hof dat een wetgevende evolutie die een beginsel van interne openbare orde in sommige gevallen versoepelt (vrijwillige erkenning van een overspelig kind), als gevolg heeft dat dit beginsel in de overige gevallen *niet meer* van i.p.r.-openbare orde kan zijn. Zie respectievelijk Cass., 4 mei 1950, R.W. 1950-51, 11-14; Arr. Verbr. 1950, 557-559 en Pas. 1950, I, 624-627, noot R.H.; Cass. 13 januari 1978, R.C.J.B. 1979, 44, noot L.F. GANSHOF en Cass. 27 februari 1986, R.C.J.B. 1989, 56-66, noot N. WATTÉ.

⁸¹⁸ Dit zou de achterliggende redenering van het gecursiveerde deel van het citaat zijn.

Deze noot vermeldt de auteur enkel als R.H., volgens Ganshof de initialen van Hayoit de Termicourt, zie Cass. 13 januari 1978, R.C.J.B. 1979, 40-44, noot L.F. GANSHOF.

⁸¹⁹ Cass., 2 april 1981, Pas. 1981, I, 849, concl. M. Velu.

578 Aangezien ook de i.p.r.-openbare orde "polyvalent" is en kan tussenkomen in de meest uiteenlopende domeinen van het internationaal privaatrecht⁸²⁰, is het maatschappelijk toepassingsgebied van beide definities *volledig identiek*. Beide definities betreffen: de ordening of de belangen van de staat of Gemeenschap, en van de economische of niet-economische orde van de Gemeenschap. Het verschil tussen beide definities situeert zich bijgevolg op een andere as.

579 Beide definities beklemtonen dat het *niet* om *gelijk welke* bepaling gaat, maar om een bepaling die wezenlijk is, of de grondslagen vastlegt. Daarbij zouden de wettelijke bepalingen van i.p.r.-openbare orde nog essentiëler zijn dan deze van interne openbare orde. Er zou bijgevolg een *gradatie* in de *intensiteit* van de openbare orde bestaan.⁸²¹ De i.p.r.-openbare orde zou om een ernstige verstoring (enkel de meest manifeste verstoringen) van de rechtsorde moeten gaan.⁸²² Dit houdt in dat de i.p.r.-openbare orde een heel *exceptioneel karakter* zou hebben. De i.p.r.-openbare orde zou enkel uit die bepalingen van de interne openbare orde bestaan die *zodanig essentieel* zijn dat het beginsel dat ze bekrachtigen, *essentieel* is om de Belgische openbare orde te *vrijwaren*.⁸²³

Dit verschil in intensiteit betekent echter niet dat de i.p.r.-openbare orde *enkel uit* de harde kern van de interne openbare orde zou kunnen bestaan.⁸²⁴ Een harde-kern-benadering stuit tevens op het feit dat er nog een gradatieverschil zou bestaan tussen het invoeren van de internationale openbare orde als exceptie, en als toets. Als toets zou een nóg hogere mate van strijdigheid met de openbare orde worden vereist, omdat "de *intensiteit van de reactie* van de openbare orde" minder sterk zou zijn wanneer het er op aankomt om buitenlandse vonnissen te erkennen dan om als Belgische rechter buitenlands recht toe te passen.⁸²⁵

⁸²⁰ Voor een overzicht van de mogelijke categorieën zie N. WATTÉ, *l.c.*, 84-88.

⁸²¹ J.-F. ROMAIN, *l.c.*, 26-28 en N. WATTÉ, *l.c.*, 73 en 83.

⁸²² J. ERAUW, "Duitse alimentatie vorderingen en de openbare orde in België", *R.W.* 1979-1980, 1732-1733.

⁸²³ R.H. noot onder Cass., 4 mei 1950, *Pas.* 1950, I, 624-625; L.F. Ganshof, "Vers une société d'une personne de droit belge?", (noot onder Cass. 13 januari 1978), *R.C.J.B.* 1979, 51 en X, noot onder Cass. 25 oktober 1979, *Pas.* 1980, I, 264.

⁸²⁴ N. WATTÉ, *l.c.*, 73-74.

⁸²⁵ G. VAN HECKE en K. LENAERTS, *l.c.*, 82 en 171. "Het *wederzijds vertrouwen* in elkaars rechtssystemen en rechters, waarop de executieverdragen steunen, noopt de rechter er [] toe om zijn openbare orde toets mild te hanteren." Eigen cursivering. H. VAN HOUTTE, *l.c.*, 176. Zie hierover ook J. ERAUW, "Duitse alimentatie vorderingen en de openbare orde in België", *R.W.* 1979-1980, 1733; P. GRAULICH, *o.c.*, nr. 40 en N. WATTÉ, *l.c.*, 102-103.

Voor een overzicht van de verschillende benaderingen in de diverse West-Europese rechtstelsels, zie M., EKELMANS, "L'ordre public international et ses effets atténués", in X. (ed.), *L'ordre Public: concept et applications, in Les Conférences du Centre de droit privé et de droit économique III, Collection de la faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles*, Brussel, Bruylant, 1995, 287-293.

580 Deze sterk gelijkende omschrijvingen van beide openbare ordes zouden dan ook enkel een *schijn van verwantschap* wekken. Dit bijkomend argument om een harde-kern-benadering te verwerpen, steunt op het inzicht dat de rechter het resultaat van het toepasselijk verklaarde buitenlandse recht aan de Belgische i.p.r.-openbare orde toetst, zonder dat die daarbij nagaat of de Belgische norm die van toepassing zou zijn geweest, indien er zich geen wetsconflict had voorgedaan, van openbare orde is of niet.⁸²⁶

De i.p.r.-openbare orde beoordeelt immers *enkel het gevolg* dat de toepassing van de buitenlandse wet in de rechtsorde van het forum zou teweegbrengen.⁸²⁷ De i.p.r.-openbare orde schakelt zo de normale toepassing van de toepasselijk verklaarde buitenlandse rechtsregel uit. Deze uitschakeling gebeurt wanneer deze toepassing tot een *gevolg* zou leiden dat voor de rechtsorde van het forum *onaanvaardbaar* is omdat het *onverenigbaar is met het normaal functioneren* van de instellingen en de juridische regels die in de rechtsorde van het forum van kracht zijn. De i.p.r.-openbare orde beoordeelt dan ook geenszins de *inhoud* van de buitenlandse wet.⁸²⁸

3 Teleologische verklaring

581 Het is moeilijk voor te stellen hoe een wettelijke bepaling enerzijds "de essentiële belangen van de Staat of van de Gemeenschap raakt, of die in het privaatrecht de juridische grondslagen vastlegt waarop de economische of morele orde van de maatschappij rust" zonder dat anderzijds de wetgever met deze bepaling "een principe heeft willen bekrachtigen, dat hij als hoofdzakelijk beschouwt voor de gevestigde zedelijke, politieke of economische orde." Nochtans zou het enkel in de tweede situatie noodzakelijk zijn om de toepassing in België uit te sluiten van "elke regel die er mee in strijd is of er van verschilt..."

Deze parafrase van het afsluitende deel van de Cassatiedefinitie van de i.p.r.-openbare orde bewijst dat het Hof een functionele definitie stelde. Het verschil in intensiteit tussen beide openbare ordes zou dan ook een *functioneel verschil* zijn, net zoals het functionele verschil tussen de openbare orde in het Burgerlijk Wetboek en de openbare orde in artikel 138 Ger. W.

⁸²⁶ M., EKELMANS, *l.c.*, 286.

⁸²⁷ G. VAN HECKE en K. LENAERTS, *l.c.*, nr. 332.

⁸²⁸ G. VAN HECKE en K. LENAERTS, *l.c.*, 168 en 170; F. RIGAUX, *o.c.*, nr. 510.

Alhoewel de interne openbare orde zowel in het Burgerlijk Wetboek als in het Gerechtelijk Wetboek de leefbaarheid van de maatschappelijke orde in een bepaald soort context dient te bewaren, werd dit begrip in de context van artikel 138 Ger. W. bijkomend verengd tot de *feitelijke situatie die dit vergt* (vierde as). Juist ter bescherming van de leefbaarheid van de maatschappelijke orde werd de loutere strijdigheid met de abstracte rechtsregel er als onvoldoende grond ervaren om de absoluut onverdraagzame reactie van de openbare orde in te roepen.⁸²⁹

582 Ook de i.p.r.-openbare orde dient de leefbaarheid van de maatschappelijke orde te bewaren. De mogelijke bedreiging voor de leefbaarheid van de maatschappelijke orde is daarbij wel niet vergelijkbaar met de bedreiging die van een ongebreidelde wilsautonomie in het interne recht kan uitgaan. Bijgevolg *volstaat* het om enkel situaties te bestrijden die *werkelijk* en niet louter *in abstracto* de leefbaarheid van de maatschappelijke orde bedreigen. In dit opzicht verschilt deze beperking met deze bij artikel 138 Ger. W. Daar was deze beperking juist voor de leefbaarheid van de maatschappelijke orde *vereist*. Concreet gezien kan het erkennen van, en exequatur verlenen aan, buitenlandse vonnissen niet bepaald een groot gevaar voor de leefbaarheid van de maatschappelijke orde inhouden. Daar hoeft bijgevolg ook niet zo zwaar aan te worden getild. Het concrete gevolg dat uit het toepassen van buitenlands recht door een rechter van het forum kan voortvloeien, vormt echter al een grotere bedreiging. Door in hun internationale rechtsbetrekkingen de bevoegde buitenlandse wet te kiezen, kunnen particulieren immers de frequentie van dergelijke situaties sturen.⁸³⁰ Net zoals bij de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek bestaat er al enigszins het gevaar dat de strijdigheid met de abstracte maatschappelijke norm zich *in concreto* zodanig vaak zou voordoen, dat dit het voortbestaan van de maatschappelijke orde zou bedreigen. Tussen beide laatste bedreigingen bestaat er wel nog altijd een verschil in gradatie. Dit gevaar is dan ook nog niet zodanig groot dat het adequaat waarborgen van het voortbestaan van de maatschappelijke orde meteen vergt dat de strijdigheid met de abstracte rechtsregel *op zich* al voldoende grond zou zijn om met de maatschappelijke onverdraagzaamheid te sanctioneren. Het volstaat van de strijdigheid van *het concrete* gevolg te beoordelen, waarbij de i.p.r.-openbare orde als exceptie wel strenger dient te worden gehandhaafd dan als toets.

⁸²⁹ Zie randnummer 536 en 542.

⁸³⁰ L. DE VOS, *Le problème des conflits de lois: cours de droit international privé belge*, Brussel, Bruylant, 1946, 32.

583 De analyse van deze bijkomende verenging in het interne recht leidde tot de rechtsteleologische hypothese dat het niet-vermelden van de goede zeden in artikel 138 Ger. W. wel eens een tweede bijkomende verenging als functie zou kunnen hebben.

Daarentegen ontbreekt de verenging tot de concrete bedreiging (eerste bijkomende verenging) in de context van de bijzondere bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek. Samen met het ontbreken van een mogelijke functie voor het niet samen vermelden van beide begrippen in deze bepalingen, leidde dit tot de hypothese dat de wetgever zich van geen kwaad bewust met het ene begrip eigenlijk zowel het wettelijk als het niet-wettelijk bepaalde wenste te omvatten (*sensu lato* betekenis).⁸³¹

C HET NIET VERMELDEN VAN DE I.P.R.-GOEDE ZEDEN

584 Feit is nu dat de i.p.r.-openbare orde altijd wordt beperkt tot de feitelijke situatie die haar onverdraagzaamheid vergt en dat het de i.p.r.-goede zeden nog steeds aan een juridische basis ontbreekt. Het feit dat het gerecht zich enkel maar kan uitspreken over zaken die haar voorliggen, kan het ontbreken van een jurisprudentiële basis verklaren.⁸³²

Vraag is echter of de afwezigheid van i.p.r.-goede zeden een tweede bijkomende verenging als functie heeft. Gezien de gelijkenis met de context van artikel 138 Ger. W. lijkt dit vanuit een rechtsteleologisch perspectief zeer plausibel.⁸³³ Met die nuance echter, dat dit in het internationaal privaatrecht niet noodzakelijk is.⁸³⁴ Het is enkel wel wenselijk om er een zo groot mogelijke tolerantie te bewerkstelligen, zonder daarbij de essentiële maatschappelijke ordening van onze democratische rechtsstaat werkelijk te bedreigen.

⁸³¹ Zie randnummers 538-542.

⁸³² Het advies van Advocaat Generaal Velu bij het Cassatie arrest van 2 april 1981 geeft dit, onder meer, zo aan: "La doctrine de son côté a proposé d'autres critères encore, notamment des critères axés sur les principes du *jus cogens* international : l'ordre public international serait dans cette dernière conception l'expression de principes fondamentaux communs à toute l'humanité et consacrés dans des instruments internationaux tels la Charte des Nations Unies, les Pactes internationaux et d'autres grands traités élaborés sous l'égide de l'O.N.U. Je ne crois pas qu'il y ait lieu d'examiner ici si la Cour aurait ou non à revoir, à la lumière de la jurisprudence française soit de l'évolution doctrinale, le critère qu'elle place à la base de la notion d'ordre public international et qui est axé essentiellement sur le droit matériel interne de la *lex fori* ; d'une part, elle a récemment encore en 1979 [] maintenu ce critère ; d'autre part, le moyen n'invite ni n'oblige la Cour à modifier sur ce point sa jurisprudence antérieure."

Eigen onderlijning. Cass., 2 april 1981, *Pas.* 1981, I, 844, concl. M. Velu.

⁸³³ Zie randnummer 538.

⁸³⁴ Zie randnummer 582.

585 Deze nuance kan echter evengoed dienen om een tegenovergestelde hypothese te onderbouwen. Zij gaat dan samen met de vaststelling dat de Belgische i.p.r.-doctrine wel degelijk de *nood aan een soort vangnet voor een wetgevend falen* ervaart. Dit laatste lijkt even plausibel te zijn.

Vraag is dan of de i.p.r.-openbare orde misschien in een *sensu lato* betekenis kan worden gehanteerd? Dit is precies wat sommige auteurs doen, zo omschrijft Van Houtte de i.p.r.-openbare orde als: "een nationaal begrip, waardoor een land haar *eigen waarden* vrijwaart van aantasting door de toepassing van buitenlands recht."⁸³⁵

Deze benadering lijkt echter niet erg plausibel omdat het Hof van Cassatie, in navolging van haar definitie van de interne openbare orde, de i.p.r.-openbare tot *wettelijke bepalingen* heeft beperkt, namelijk "voor zoveel de wetgever door de bepalingen van die wet een principe heeft willen bekrachtigen."⁸³⁶ Het ziet er dan ook naar uit dat de i.p.r.-openbare orde enkel een *sensu stricto* betekenis heeft.

586 Rest er nog het inroepen van de i.p.r.-goede zeden, zelfs al ontbreekt het die momenteel nog aan een wettelijke of jurisprudentiële basis. Als argument wordt dan verwezen naar bepaalde rechterlijke beslissingen in andere rechtsstelsels waarbij de rechter wél een beroep doet op de goede zeden, die al dan niet opgenomen zijn in een "werkelijk internationale openbare orde". Die goede zeden worden dan als een niet wettelijk bepaald iets opgevat.⁸³⁷ Deze benadering sluit nauw aan bij wat zich in de internationale arbitrage voordoet.

§2 De internationale arbitrage

587 In de internationale arbitrage is er immers hoe dan ook geen plaats voor een *nationale* i.p.r.-openbare orde. De internationale arbiters zijn dan ook gehouden aan de wil van de partijen die de voorliggende arbitragezaak bij hen aanhangig hebben gemaakt. Vraag is dan op welke openbare orde of goede zeden de internationale arbiter zich dan kan beroepen om grenzen te stellen aan de wil van de partijen.

⁸³⁵ Eigen cursivering. H. VAN HOUTTE, *l.c.*, 172.

⁸³⁶ De enige reden waarom de *sensu lato* hypothese voor de bijzondere bepalingen van het Burgerlijk Wetboek verdedigbaar is, is het feit dat het Hof van Cassatie haar definitie van openbare orde niet in die contexten heeft ontwikkeld of bevestigd.

⁸³⁷ N. WATTÉ, *l.c.*, 92-94.

In sommige gevallen heeft de internationale arbiter zonder aarzelen een *supranationale* openbare orde aanvaard. Die supranationale openbare orde zou de essentiële waarden (zoals de algemene rechtsbeginselen) van de internationale gemeenschap omvatten (dit betekent: door voldoende staten erkend). De internationale arbiter kent deze supranationale openbare orde blijkbaar een *sensu latu* betekenis toe. Dit beginsel zou zich zelfs tegen de toepassing van een ermee strijdige nationale openbare orde verzetten. Deze handelwijze waarborgt dan een fundamentele internationale contractuele moraliteit, maar is echter niet onomstreden.⁸³⁸ Desalniettemin beschouwen sommige auteurs deze benadering als een voorbeeld van de internationalisatie van de i.p.r.-openbare orde.⁸³⁹

AFDELING 3

DE INTERNATIONALISATIE VAN DE NATIONALE I.P.R.-OPENBARE ORDE

588 Ondanks haar nationale inslag is ook de i.p.r.-openbare orde onderhevig aan bepaalde vormen van internationalisatie. Deze internationalisatie beperkt het beroep op de nationale i.p.r.-openbare orde, hetgeen inhoudt dat de tolerantie van de *lex fori* wordt verhoogd.

589 De internationalisatie van welke wettelijke bepalingen in het interne recht 'de essentiële belangen van de Staat of van de Gemeenschap raken, of in het privaatrecht de juridische grondslagen vastleggen waarop de economische of morele orde van de maatschappij rust', werkt ook door in de beoordeling van welke concrete i.p.r.-gevolgen die wettelijke bepalingen zouden kunnen bedreigen.⁸⁴⁰

⁸³⁸ F. RIGAUX, *o.c.*, nr. 506 en 540; H. ROLIN, *l.c.*, 448 en N. WATTÉ, *l.c.*, 90-92.

⁸³⁹ Voor een overzicht zie H. ROLIN, *l.c.*, 444.

⁸⁴⁰ Vooral door middel van internationale verdragen en door middel van de Europese en Communautaire openbare orde. Zie randnummer 558.

590 De techniek om zich op de "werkelijk internationale openbare orde" te beroepen, is analoog aan de techniek van de externe referenties om de interne openbare orde te internationaliseren.⁸⁴¹

Van Houtte merkt hierbij echter terecht op dat de meest fundamentele belangen die door de "werkelijk internationale openbare orde" worden beschermd, zoals het verbod op slavernij, ook door verdragen worden beschermd. Het valt dan ook te betwijfelen of de ingeroepen openbare orde werkelijk internationaal is.⁸⁴²

591 Recent beperken de meeste verdragen de werking van de exceptie van i.p.r.-openbare orde.

Alhoewel de bewoording in deze verdragen verschilt, komt het er meestal op neer dat de volgens de verwijzingsregel toepasselijke wet enkel nog kan worden opzij geschoven indien de toepassing van die wet *manifest* onverenigbaar is met de i.p.r.-openbare orde van het forum.⁸⁴³

Het is als gevolg van een dergelijk verdrag dat de exceptie van i.p.r.-openbare orde in het Belgische recht wettelijk werd geformaliseerd.⁸⁴⁴ Dit verklaart ook de formulering die een *kennelijke* onverenigbaarheid vereist. Het lijkt erop dat het Hof van Cassatie deze kennelijke onverenigbaarheid bekomt, door het onderzoek naar de i.p.r.-openbare orde te beperken tot een controle van de te verwachten rechtsgevolgen die het gevolg zouden zijn van het toepassen van het toepasselijk verklaarde buitenlands recht.⁸⁴⁵

Multilaterale executieverdragen steunen op het *wederzijds* vertrouwen van de verdragsstaten in elkaar hun rechtssystemen en rechters. Hierdoor wordt de rechter er toe gebracht om de openbare orde toets mild te hanteren.⁸⁴⁶

592 Naast de i.p.r.-verdragsbepalingen bestaat er nog een categorie van verdragsbepalingen die de nationale openbare orde als onverdraagzame reactie tegen internationale situaties beperkt. Dit is de verdragsrechtelijke openbare orde.

De (nationale) verdragsrechtelijke openbare orde bakent al die aspecten (van de interne openbare orde) af, welke een verdragsstaat *essentieel* vindt en waardoor zij zich aan haar verdragsverplichtingen onttrekt.⁸⁴⁷

⁸⁴¹ Zie randnummer 555.

⁸⁴² H. VAN HOUTTE, *l.c.*, 175.

⁸⁴³ Voor een overzicht en een bespreking van die verdragen zie F. RIGAUX, *o.c.*, nr. 526 en N. WATTÉ, *l.c.*, 71.

⁸⁴⁴ Zie randnummer 570.

⁸⁴⁵ Zie randnummer 576.

⁸⁴⁶ H. VAN HOUTTE, *l.c.*, 176.

⁸⁴⁷ Zie afdeling 2 van het volgende hoofdstuk

Deze verdragsrechtelijke openbare orde kan een aanwijzing zijn voor wat wel en wat niet onder de nationale i.p.r.-openbare orde valt.

De verdragsrechtelijke openbare orde situeert zich in de context van het internationaal recht, maar onderscheidt zich van de internationale openbare orde, zoals de internationale arbitrage die kent en zoals die ook in het internationaal recht voorkomt.

HOOFDSTUK 4

DE OPENBARE ORDE EN GOEDE ZEDEN IN HET INTERNATIONAAL RECHT⁸⁴⁸

593 Het begrip openbare orde (en goede zeden) vervult in het internationaal recht op twee verschillende manieren haar functie als afbakeningsmechanisme. Om beide functies van elkaar te onderscheiden, vermeldt dit rapport de openbare orde in de eerste context als ‘de werkelijk internationale openbare orde’ en in de tweede context als de ‘verdragsrechtelijke openbare orde’.

AFDELING 1

DE WERKELIJK INTERNATIONALE OPENBARE ORDE EN GOEDE ZEDEN

§1 Problematiek

594 Het internationaal recht regelt de leefbaarheid van de internationale samenleving. De leefbaarheid van de internationale samenleving berust echter niet exclusief op de regels van het internationaal recht. Het internationaal recht beperkt zich immers hoofdzakelijk tot het regelen van de onderlinge betrekkingen tussen internationale rechtspersonen (staten en internationale organisaties).

Een staat is een internationaal rechtspersoon die als zodanig door de internationale gemeenschap van staten wordt erkend. Staten zijn soeverein, ze zijn onafhankelijk van andere staten en zijn enkel aan de internationale rechtsorde onderworpen. Die internationale rechtsorde wordt gekenmerkt door een afwezigheid van een internationale wetgever.⁸⁴⁹

595 Het internationaal recht wordt dan ook hoofdzakelijk bepaald door onderlinge overeenkomsten tussen staten (internationale verdragen). Dit heeft tot gevolg dat staten menen dat hun staatssovereiniteit inhoudt dat ze mogen doen wat zij willen.⁸⁵⁰ Dit in absolute zin opvatten zou de leefbaarheid van de internationale samenleving bedreigen.

⁸⁴⁸ Dit hoofdstuk steunt volledig op de bijdrage van H. ROLIN, *l.c.*, 441-462.

⁸⁴⁹ H. SCHERMERS en H. VAN HOUTTE, *Internationaal en Europees recht, Compendium voor de rechtspraktijk*, Antwerpen, Kluwer, 1987, nr. 1, 3 en 280.

⁸⁵⁰ H. SCHERMERS en H. VAN HOUTTE, *o.c.*, nr. 280 en 344. Zie voetnoot 79 voor een kritische opmerking.

Deze problematiek is analoog aan die van het interne recht waar een onbegrensde wilsautonomie de leefbaarheid van die gemeenschap in het gevaar zou brengen. Verschil is wel dat de internationale gemeenschap niet vergelijkbaar is met een democratische rechtsstaat. Het eventueel stellen van absolute grenzen ligt dan ook veel delicates.⁸⁵¹

596 Toch beperkt het internationaal recht de vrijheid van de staten met betrekking tot wat zij met elkaar door middel van verdragen kunnen overeenkomen. Net zoals het interne recht regels kent met betrekking tot de rechtsgeldigheid van overeenkomsten, zou het internationaal recht regels kennen met betrekking tot de rechtsgeldigheid van verdragsrechtelijk aangegane verbintenissen.

Sommige auteurs hebben het over regels die zouden bestaan uit een 'echt' internationale openbare orde of goede zeden, terwijl het Verdragenverdrag van Wenen het heeft over het 'jus cogens'. Net zoals in het interne recht zouden de internationaal rechtelijke regels met een louter dwingend karakter moeten worden onderscheiden van deze die tot de 'echte' internationale openbare orde of goede zeden behoren. Het is vooral de rechtsleer, eerder dan de internationale jurisprudentie, die deze redenering aanhangt.⁸⁵²

§2 Commentaar

597 Het is voor het doel van dit rapport niet relevant of de door deze strekking verdedigde analogie op zich een voldoende juridische basis vormt. Het is voor dit rapport echter wel relevant om na te gaan welke juridische betekenis de begrippen openbare orde en goede zeden in de voorgestelde context zouden hebben.

598 Een eerste vaststelling is dat er binnen deze strekking geen éénduidige terminologie wordt gehanteerd, onder meer de begrippen (internationale) openbare orde en goede zeden komen er in voor. Op basis van de hier verrichte oppervlakkige lectuur zouden deze zowel in hun *sensu stricto* als in hun *sensu lato* betekenis voorkomen.⁸⁵³

⁸⁵¹ Vergelijk randnummers 422-424.

⁸⁵² Voor een overzicht van de voor en tegenstanders in de rechtsleer en van de minderheidsstrekking bij de internationale rechters, zie H. ROLIN, *l.c.*, rechtsleer 451-453 (pro) 454 (contra) en 455 voor de dissidente of individuele rechterlijke opinies.

⁸⁵³ Zie randnummers 540-542.

599 In wezen wordt de door deze strekking voorgestelde afbakening ingegeven door de bezorgdheid om het voortbestaan van de internationale gemeenschap als gemeenschap te garanderen.⁸⁵⁴ Als gevolg van deze finaliteit en van het respecteren van de soevereiniteit (lees autonomie) van de staten, moet een dergelijke afbakening worden beperkt tot wat voor het voortbestaan van de internationale gemeenschap als gemeenschap essentieel is.

Om dit te kunnen bewerkstelligen moet ofwel het begrip openbare orde, ofwel het begrip goede zeden in zijn (*sensu lato*) betekenis, ofwel beiden in hun (*sensu stricto*) betekenis worden gehanteerd.

600 De hier beschreven internationale openbare orde of goede zeden begrenst de wilsautonomie van de internationale rechtspersonen, wanneer het absoluut toepassen van hun wilsautonomie het voortbestaan van de internationale gemeenschap als gemeenschap wezenlijk zou bedreigen. Dit is een enger gegeven dan wat met betrekking tot de internationalisering van de interne openbare orde en goede zeden werd gesteld. Daar werd gesteld dat de nationale invulling van de grenzen van de verdraagzaamheid van de interne rechtsorde ten opzichte van de wilsautonomie van particulieren werd versoepeld om de nationale gemeenschap vlot in de internationale gemeenschap te doen functioneren.⁸⁵⁵ Beide situaties worden dan ook door een verschil in focus gekenmerkt.

Ook de focus van de internationale arbitrage is ruimer en het daar gehanteerde begrip van ‘werkelijk’ internationale openbare orde lijkt dan ook ruimer te zijn dan het hier voorgestelde begrip.

§3 Besluit

601 Ook het internationaal recht zou de begrippen openbare orde en goede zeden gebruiken om datgene af te bakenen wat voor de leefbaarheid van de in acht te nemen context (de internationale gemeenschap) essentieel is. Ook hier zouden beiden begrippen over een (*sensu stricto*) en een (*sensu lato*) betekenis kunnen beschikken.

Voor het overige is deze internationale openbare orde en goede zeden belangrijk wanneer het in het internationaal privaatrecht wordt ingeroepen.⁸⁵⁶

⁸⁵⁴ Zie randnummer 594.

⁸⁵⁵ Zie randnummer 559.

⁸⁵⁶ Zie randnummer 590.

AFDELING 2

DE 'EXCEPTIE' VAN DE INTERNE OPENBARE ORDE EN GOEDE ZEDEN

§1 Problematiek

602 Het internationaal recht gebruikt het begrip openbare orde (en goede zeden) echter ook nog op een heel andere wijze om de mate waaraan de verdragsstaten aan hun verdragsverplichtingen zijn verbonden, af te bakenen. Om zich aan de door hen aangegane verdragsverplichtingen te kunnen onttrekken, beroepen de verdragsstaten zich dan echter niet op een werkelijk internationale openbare orde, maar wel op hun *eigen interne* openbare orde (en goede zeden). Dit rapport omschrijft dit verdragsrechtelijk beroep op de exceptie van de eigen interne openbare orde wel eens als de verdragsrechtelijke openbare orde.

§2 Principe

603 Verdragen bevatten soms bepalingen die de openbare orde en goede zeden vermelden zonder dat ze er (rechtstreeks) toe strekken om de interne openbare orde van de verdragsstaten in te vullen.

De openbare orde (en de goede zeden) bakenen dan de werking van het verdrag af door te bepalen in welke situaties *de verdragsstaten* het recht hebben om van de verdragsregelen af te wijken.

Het in gevaar brengen van de openbare orde (of de goede zeden) geldt hier als verdragsrechtelijke ontsnappingsbepaling (hierna ook wel verdragsexceptie genoemd), voor zover het verdrag daartoe de ruimte nog laat. Dergelijke beperkende bepalingen verplichten de verdragsstaten om zich te bezinnen wat nu echt voor de interne leefbaarheid van hun gemeenschap essentieel is, rekening houdend met een internationaal omgevingskader.

De bespreking van de openbare orde en goede zeden in de diverse octrooiverdragen zal dit maar al te duidelijk aantonen.

604 De definitie die Van Hecke en Lenaerts aan de *internationale* openbare orde geven⁸⁵⁷, parafraserend, betekent de verdragsrechtelijke openbare orde 'in de eerste plaats een (in verdragen voorziene en

⁸⁵⁷ Zie randnummer 565.

eventueel ingeperkte) reactie die de grenzen aanduidt van de verdraagzaamheid van de interne rechtsorde tegenover (de resultaten) van de toepassing van daarvan sterk afwijkende verdragsbepalingen; het is dus een particularistische reactie waardoor de materiële opvattingen van het eigen recht de bovenhand krijgen boven de verdragsrechtelijke rechtvaardigheid'.⁸⁵⁸

§3 Jurisprudentiële invulling en internationalisatie

605 Het zijn de nationale rechters die in eerste instantie interpreteren wat onder hun nationale verdragsrechtelijke openbare orde valt. Maar Van Houtte wijst er op dat "de verdragsstaat [] niet de volle bevoegdheid [heeft] om een eigen inhoud te geven aan de 'openbare orde' die zij inroept", want die "inhoud wordt immers ook internationaal bepaald." De supranationale rechterlijke controle bestaat hierin dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, het Hof van Justitie of het Internationaal Gerechtshof toekijken of de nationale rechters niet een "te ruime interpretatie" aan hun verdragsrechtelijke openbare orde en goede zeden geven.

Het Internationaal Gerechtshof baseert zich op het feit dat de verdragsrechtelijke openbare orde als algemeen rechtsbeginsel "de praktijken en opvattingen van de beschaafde landen moe[et] weerspiegelen."⁸⁵⁹ Het EVRM beperkt de vrijheid van de verdragstaten om de openbare orde als ontsnappingsclausule in te roepen, tot de gevallen die nodig zijn in een democratische samenleving.⁸⁶⁰ Het EHRM controleert of verdragstaten dit niet te ruim interpreteren. Deze internationale toetsing van de invulling van de verdragsrechtelijke openbare orde en goede zeden beperkt bijgevolg de interpretatievrijheid van de verdragsstaten.⁸⁶¹

⁸⁵⁸ Een meer dan veertig jaar oude uitspraak van het Internationaal Gerechtshof omschrijft de verdragsrechtelijke openbare orde bepaling als "*that safety valve*" dat in talrijke verdragen voorkomt en voor het hof een *algemeen rechtsbeginsel* is dat als bron van internationaal recht fungeert. Zie H. VAN HOUTTE, *l.c.*, 177.

⁸⁵⁹ *Ibid.*

⁸⁶⁰ Artikelen 6 en 8-11.

⁸⁶¹ Voor voorbeelden, zie H. VAN HOUTTE, *l.c.*, 177.

HOOFDSTUK 5

EEN NOG ONAFGEWERKT BESLUIT

606 De vorige drie hoofdstukken toonden aan hoe de openbare orde en goede zeden in uiteenlopende juridische contexten telkens een specifieke *functie* hebben. Ondanks de specificiteit van deze functies, hebben deze begrippen telkens *gemeen* dat zij in elke context *absolute grenzen* aangeven. Absolute grenzen omdat die *voor het voortbestaan van de* (nationale of internationale) *gemeenschap essentieel* zijn. In dit opzicht zijn de openbare orde en de goede zeden héél éénduidige begrippen. Het afbakenen op deze assen (éénmaal ruim, éénmaal eng, en tweemaal als eventuele bijkomende verenging) vormt een delicate evenwichtsoefening tussen enerzijds het mogelijk maken van de grootste mogelijke maatschappelijke diversiteit en anderzijds het bewaren van de daartoe nodige elementaire maatschappelijke samenhang.

607 De wijze waarop deze fundamentele rechtsbegrippen daar conceptueel op worden afgebakend, gebeurt dan ook telkens met het oog op het garanderen van een zo ‘open’ mogelijke betekenis. Hierdoor dragen de openbare orde en de goede zeden bij tot het garanderen van de nodige ruimte voor afwijkende opvattingen, voor ‘het andere verhaal’, waardoor het dominante maatschappelijke maatschappijbeeld (zie het algemeen belang?) dit ander verhaal nooit zal kunnen verstikken. Op voorwaarde dat dit andere verhaal binnen de democratische rechtsstaat kan passen. (Met andere woorden dit dominant maatschappelijk ideaal respecteert?)

608 Maar juist dit ‘andere verhaal’ keert zich tegen deze voor haar bescherming zo essentiële begrippen. In de context van het octrooirecht bekampen zij die negatief of uiterst kritisch tegenover het octrooirecht staan, juist de hier wetenschappelijk beargumenteerde éénduidigheid van beide begrippen, want dit zou hun afwijkende visie in de praktijk herleiden tot een ‘tandenloos’ verzet. Hun wens is juist om door middel van deze begrippen hun inhoudelijk moreel waardeoordeel aan de rest van de maatschappij op te leggen. Daartoe verruimen zij de betekenis waardoor die veel minder tolerant wordt, terwijl deze begrippen juist in het octrooirecht al heel wat ruimer worden afgebakend dan in welk andere rechtstak ook. Het is vooral dankzij de bestaande octrooiverdragen dat dit niet nog meer gebeurt.

609 Het volgende hoofdstuk beoogt dan ook om deze paradox te analyseren, te verklaren en eventueel zelfs (gedeeltelijk) te verhelpen. Dit meteen laatste hoofdstuk van dit deel analyseert in welke mate de octrooirechtelijke openbare orde en goede zeden met de interne openbare orde en goede zeden kunnen worden gelijkgesteld.

Daarvoor onderzoeken afdelingen 1 en 2 de betekenis en de functie van beide begrippen in het octrooirecht in de periode voor de octrooiverdragen. Zij doen dit aan de hand van het debat dat toen in de rechtsleer bestond. Daarop toetst afdeling 3 de zo verworven inzichten aan de actuele context van het octrooirecht, dewelke hoofdzakelijk verdragsrechtelijk wordt ingevuld. Opnieuw komt de voortschrijdende internationalisatie van de openbare orde en de goede zeden op de proppen, zij het uitsluitend via de verdragsrechtelijke openbare orde en goede zeden.

HOOFDSTUK 6

DE OPENBARE ORDE EN GOEDE ZEDEN IN HET OCTROOIRECHT

AFDELING 1

HET OUDE BELGISCHE DEBAT

610 In 1854 werd de Nederlandse Octrooiwet van 1817⁸⁶² vervangen door de Belgische Octrooiwet, hierna afgekort als BOW-1854⁸⁶³. Alhoewel deze wet geen bepaling omtrent de strijdigheid van octrooien met de openbare orde en goede zeden bevatte, vormde deze wet de aanleiding voor een discussie in de rechtsleer omtrent de rol van deze begrippen in het Belgische octrooirecht.

Een duidelijk begrip van deze discussie vergt een voorafgaande rechtshistorische en wetshistorische situering van de BOW-1854.

§1 Rechtshistorische situering voor de BOW-1854

A VERTICALE EN HORIZONTALE SITUERING

611 Tot aan de BOW-1854 beschikte de Belgische overheid, naar analogie van de buurlanden, over een absolute macht om octrooiaanvragen *naar eigen goeddunken* al dan niet te verwerpen.⁸⁶⁴ De Franse Revolutie en haar principes waren in dit opzicht aan het octrooirecht voorbijgegaan, zodat de octrooiverlening tot 1854 eerder meer weg had van een verlening van een *mercantiel privilege uit het Ancien Régime*, dan van een instrument waarmee de overheid uitvindingswerkzaamheid en de publicatie ervan wenste te stimuleren. Het facultatieve karakter van de octrooiverlening kan immers moeilijk als een adequate stimulans worden beschouwd. De uitvinder was nooit zeker of hij zijn uitvinding niet beter zo lang mogelijk geheim zou houden, dan ze prijs te geven en uiteindelijk toch nog onbeschermd achter te blijven.

⁸⁶² Loi du 25 janvier 1817 relative à la concession de droits exclusifs pour l'invention ou l'amélioration d'objets d'art et d'industrie, *Journal Officiel* n. VI, 3, *Pas.* 1817-1818, 83.

⁸⁶³ Wet van 24 mei 1854 op de uitvindingsoctrooien (verkort geciteerd BOW-1854). De oorspronkelijke, officiële franse tekst werd gepubliceerd in het *Journal Officiel* van 25 mei 1854 en in de *Pasin.* 1854, nr. 223, p. 174. Een officieuze Nederlandse vertaling werd opgenomen in de *Verzameling der Wetten en Koninklijke Besluiten* 1854, nr. 58, 383. Van de officieuze Nederlandse versie werd in 1936 een ambtelijke vertaling opgemaakt door het Ministerie van Economische Zaken welke werd gepubliceerd in *T.W.S.-W.I.R.* III.B.1.

⁸⁶⁴ Artikel 1 van de door de BOW-1854 afgeschafte Nederlandse Octrooiwet 1817 begon met "Des droit exclusifs *pourront* être accordés par nous..." Artikel 1 BOW-1854 begon daarentegen met "Il sera accordé..." Eigen cursivering. Voor een verdediging van deze aanpak zie A. ANOUL, *Brevets d'invention: commentaire de la loi du 24 mai 1854, suivi d'un résumé des principales législations étrangères*, Brussel, Delevingne et Callewaert, 1854, p. 25, nr. 20.

612 In 1848 woedde de derde en laatste golf van *burgerlijke* revoluties, met gemengd succes, door Europa. Wederom was Frankrijk het epicentrum, maar in tegenstelling tot 1830 werd België hier niet rechtstreeks door getroffen.

Het industriële België had zich in 1830-1839 van het meer mercantiele en rurale Nederland afgescheiden. Nadien ontwikkelde België zich tot een van de meest geïndustrialiseerde economieën ter wereld, ondanks dat de opkomende Belgische industrie zich genoodzaakt zag om de internationale concurrentiestrijd te trotseren. België had immers in 1830 haar afgeschermd Nederlandse (koloniale) afzetmarkt verloren en had zelf een te kleine thuismarkt.

Dit lukte onder meer door de vele technische vernieuwingen in de steenkoolindustrie rond het midden van de negentiende eeuw. Deze technologische voorsprong versterkte de positie van de Belgische steenkoolindustrie.⁸⁶⁵ Het is in deze context dat het facultatieve karakter van de octrooiverlening steeds meer als een (te) hinderlijke rem dreigde te werken.

Desondanks was de Franse revolutionaire wetgever de eerste om het octrooirecht van dit Ancien Régime karakter te bevrijden, waarop de BOW-1854 deze (burgerlijke) revolutionaire principes van de nieuwe Franse octrooiwet in het Belgische recht invoerde. Toch week de BOW-1854 op bepaalde (toch wel essentiële) punten van haar Franse voorbeeld af.

613 De belangrijkste verwezenlijking van beide octrooiwetten is het ontnemen van het facultatief, lees arbitrair, karakter van de octrooiverlening door het schrappen van het onderzoek dat aan de octrooiverlening voorafgaat. Dit beginsel van afwezigheid van een voorafgaand onderzoek moest *waarborgen* dat het verkrijgen van een octrooi voor de rechtssubjecten een *subjectief recht* zou zijn, waardoor de octrooiverlening voor de overheid een *objectieve plicht, zonder discretionaire bevoegdheid* werd.

Het octrooirecht verloor hierdoor haar Ancien Régime karakter, waarbij het verlenen van privileges aan bevoorrechte rechtssubjecten centraal had gestaan. Sedertdien heeft het octrooirecht als *finaliteit* het stimuleren en publiceren van uitvindingswerkzaamheid, door het *in het vooruitzicht stellen* van een subjectief recht om derden, gedurende een zekere periode, de exploitatie van die uitvinding te kunnen ontzeggen.

⁸⁶⁵ G. KURGAN – VAN HENTENRIJK, "Industriële ontwikkeling", in X. (ed.), *Algemene Geschiedenis der Nederlanden*, XII, Haarlem, Fibula – Van Dishoeck, 1977, 37.

614 Deze ingrijpende (mentaliteits)wijziging leidde tot de vraag of de overheid bij de behandeling van een octrooiaanvraag elke discretionaire bevoegdheid verloor, of dat zij een octrooiaanvraag nog op haar verenigbaarheid met de openbare orde of de goede zeden mocht toetsen. De BOW-1854 bevatte hierover geen enkele bepaling.

B VOORBEREIDENDE WERKEN

615 Dit feit kwam tijdens de bespreking van het wetsontwerp in de Kamer van Volksvertegenwoordigers te berde, waarop de minister antwoordde dat:

"Tout ce qui est défendu par la loi ne peut être l'objet d'un brevet; ce qui est contraire aux bonnes mœurs, à la sûreté de l'État, ne peut être objet de commerce, par conséquent ne peut être breveté.

Quoi qu'il arrive, cette nécessité d'accorder des brevets sans examen ne peut pas s'entendre d'une manière absolue ; on pourra toujours s'assurer si, dans la catégorie des objets pour lesquels on demandera des brevets, il s'en trouve dont *la vente* est illicite, comme contraire aux lois, aux bonnes mœurs et à la sûreté de l'État. De pareils objets ne seront jamais brevetés..."⁸⁶⁶

Met zijn antwoord impliceerde de minister dat de BOW-1854 geen uitdrukkelijke bepaling *behoefde* waarin vermeld zou staan dat een uitvinding niet kon worden geoctrooieerd, wanneer die uitvinding in strijd was met de wetten, of de goede zeden, of de *veiligheid van de staat*. De minister had het niet over de openbare orde.

616 Uit het citaat van de minister blijkt dat de Belgische overheid haar beoordelingsrecht, of -plicht, enkel behield met betrekking tot het beoordelen van de strijdigheid met de wetten, de goede zeden en de veiligheid van de staat. Tevens konden de rechtbanken een daarmee strijdig octrooi nietig verklaren.⁸⁶⁷ Opmerkelijk is dat het volgens de minister niet zo zeer de uitvinding *op zich*, maar wel de *commercialisatie van die uitvinding* strijdig moest zijn om te resulteren in een weigering tot octrooiverlening.

⁸⁶⁶ A. ANOUL, o.c., p. 18-19, voetnoot 1.

⁸⁶⁷ L. ANDRÉ, *Traité des brevets d'invention et de la contrefaçon industrielle: commentaire comparé de la législation belge de la législation française et de la convention internationale de 1883*, Brussel, Bruylant, 1899, p. 604, nr. 965; A. ANOUL, o.c., p. 19, nr. 13 en p. 25, nr. 21 en TH. TILLIERE, *Traité théorique et pratique des brevets d'invention de perfectionnement et d'importation*, Brussel, Decq, 1854, p. 221-222, nr. 37-38 en 40 en p. 228, nr. 49.

"Je ne crois pas que le gouvernement doive dans tous les cas accorder un brevet; il ne le pourra pas lorsque l'exploitation ou la vente sera contraire à la loi."⁸⁶⁸

De minister gaf hierbij een voorbeeld dat nadien tot veel discussie heeft geleid:

"Ainsi, il ne pourra breveter les objets qui tiennent à l'art de guérir, *puisque la loi le défend*."⁸⁶⁹

Deze visie weerklonk voordien al in het rapport van de centrale sectie⁸⁷⁰, alsook in een vroeger wetsontwerp, met een heel andere strekking.⁸⁷¹ Desondanks bewaarde BOW-1854 hierover een absoluut stilzwijgen.

617 De door de minister gehanteerde formulering stemde met geen enkele van de gangbare wettelijke formuleringen overeen: noch met artikel 46, lid 2 van de Wet van 20 april 1810 (bepalingen die de openbare orde betreffen), noch met artikel 6 B.W. (de wetten die de openbare orde en goede zeden betreffen), noch met artikel 1133 B.W. (is ongeoorloofd, wanneer zij door de wet verboden is, of wanneer zij strijdig is met de goede zeden of de openbare orde).

Wat betreft zinsopbouw stemde de formulering van de minister nog het meest overeen met die van artikel 1133 B.W. Alleen werd de strijdigheid met de openbare orde door de strijdigheid met de veiligheid van de staat vervangen.

§2 Het Franse voorbeeld

618 Het Franse voorbeeld baseerde de niet-octrooieerbaarheid, omwille van strijdigheid met de openbare orde en de goede zeden, op artikel 30, 4° van de Franse Octrooiwet. Dit artikel verklaarde octrooien nietig en zonder effect:

"Si la découverte, invention ou application est reconnue contraire à l'ordre ou à la sûreté publique, aux bonnes mœurs et aux lois du royaume".

⁸⁶⁸ Eigen cursivering. *Ann. Parl.* 1851-52, 986.

⁸⁶⁹ Eigen cursivering. *Ann. Parl.* 1851-52, 986.

⁸⁷⁰ "Elle [la 6° section] demande encore s'il pourra être accordé des brevets pour des compositions pharmaceutiques ou autres remèdes. ... Examinant la question soulevée par la 6° section par rapport aux brevets à accorder pour les compositions pharmaceutiques ou autres remèdes, la section centrale pense que ces compositions, dans l'esprit de la présente loi, ne sont pas brevetables." *Ann. Parl.* 1851-1852, 986.

⁸⁷¹ Brussel, 29 januari 1902, *Pas.* 1902, II, 117-119; G. VANDER HAEGHEN, *Brevets d'invention: extrait des Nouvelles*, in *Le droit intellectuel*, Brussel, Larcier, 1936, 90-93, voetnoot 29.

Zo stelde de speciale commissie in haar rapport: "Les inventions qui touchent à la salubrité publique, telles que les remèdes, les compositions médicamenteuses et généralement tous les moyens préservatifs ou curatifs qui intéressent la santé ou la vie des hommes ne peuvent être brevetés." *Ann. Parl.* 1851-1852, 666.

De onderlijnde delen in beide citaten tonen hoe de Belgische minister deze Franse bepaling heeft geparafraseerd. De minister heeft daarbij wel de zinsopbouw gewijzigd en de verwijzing naar de openbare orde uit het begrip "openbare orde of veiligheid" weggelaten.

619 De Franse Raad van State concludeerde dat het beginsel van afwezigheid van vooronderzoek door de Franse wetgever zodanig absoluut was gesteld dat de strijdigheid met de openbare orde of veiligheid, of met de goede zeden of met de wetten niet als grond kon dienen om een octrooi niet te verlenen. De Franse overheid was dan ook verplicht om een uitvinding ondanks haar manifest strijdig karakter toch te octrooieren. Nadien kon een dergelijk octrooi door de rechtbanken worden vernietigd.⁸⁷² In dit opzicht was de Belgische benadering veel pragmatischer.

620 Artikel 2, lid 1 van de Franse octrooiwet sloot farmaceutische bereidingen of elk ander geneesmiddel van octrooiering uit.⁸⁷³ *A contrario* waren de geneeskundige instrumenten volgens een unanieme Franse rechtspraak en rechtsleer wel octrooieerbaar.⁸⁷⁴

Deze bepaling was het gevolg van een verhitte discussie die in Frankrijk had plaats gevonden. Een discussie die in België pas na de invoering van BOW-1854 ontstond, waarbij de administratieve praktijk en een deel van de octrooidoctrine het Franse voorbeeld voorstonden.

§3 Rechtshistorische situering na de BOW-1854

621 Na 1854 ontwikkelde België zich steeds meer tot een belangrijk industrieland. Nieuwe industrieën zoals de scheikundige industrie en de voedingsindustrie maakten in de tweede helft van de negentiende eeuw hun opgang. De industrialisering van de geneesmiddelenontwikkeling en -vervaardiging was voor de toenmalige maatschappij een belangrijke omwenteling.

Deze onwennigheid ten opzichte van de industriële farmacie zou in het octrooirecht het openbare orde en goede zeden debat gaan beheersen. In dit opzicht zijn er sterke gelijkenissen met de huidige hernieuwde belangstelling voor de openbare orde en goede zeden in het octrooirecht.

⁸⁷² VANDER HAEGHEN, *o.c.*, nr. 714.

⁸⁷³ "Ne sont pas susceptibles d'être brevetés les combinaisons pharmaceutiques ou remèdes de toute espèce." E. PICARD en X. OLIN, *Traité des brevets d'invention et de la contrefaçon industrielle sous l'empire de la loi belge de 1854 précédé d'une théorie sur les inventions industrielles*, Brussel, Parent, 1866, p. 178, nr. 111.

⁸⁷⁴ L. ANDRÉ, *o.c.*, nr. 130.

Die is er grotendeels gekomen door de maatschappelijke ambivalentie ten opzichte van de doorbraak van de biotechnologie en de daarmee gepaard gaande steeds grotere octrooiering van biologisch materiaal.⁸⁷⁵ Dit verhoogt enkel het belang om een rechtshistorische analyse van het toenmalige debat te ondernemen.

622 De toenmalige administratie achtte zich in ieder geval verplicht om octrooiaanvragen te weigeren wanneer die betrekking hadden op "uitvindingen met betrekking tot de kunst van het genezen."⁸⁷⁶

De doorheen de decennia schaarse rechtspraak was hierover verdeeld en had dan nog enkel betrekking op uitvindingen in verband met de geneeskunde, zoals geneesmiddelen en aanverwante uitvindingen.⁸⁷⁷

623 Het debat bleef dan ook vooral beperkt tot een *theoretische* discussie in de rechtsleer. Desondanks levert zij enkele interessante inzichten op.

Historisch-systematisch bestaat de analyse van de voorhanden zijnde rechtsleer slechts uit twee tijdsblokken, waarbij de huidige Cassatiedefinitie van interne openbare orde (9 december 1948) de cesuur vormt.⁸⁷⁸ Omwille van de relatieve schaarste van de te bestuderen literatuur lijkt een verdere opdeling niet erg zinvol.

⁸⁷⁵ Zie randnummers 24-33.

⁸⁷⁶ G. VANDER HAEGHEN, *o.c.*, nr. 136.

⁸⁷⁷ Zo stelde het Hof van Beroep te Brussel in haar arrest van 29 januari 1902 formeel dat alles wat als voorwerp van industrie of handel kon worden geëxploiteerd, als uitvinding kon worden geoctrooieerd: "Attendu que le texte de l'article premier de la loi sur les brevets est clair, formel et ne comporte ni exception ni distinction permettant d'exclure de la brevetabilité les instruments chirurgicaux ni même les moyens curatifs ou préservatifs intéressants la santé ou la vie de l'homme, pourvu qu'ils soient susceptibles d'être exploités licitement comme objets d'industrie ou de commerce ..." Brussel, 29 januari 1902, *Pas.* 1902, II, 117-119. (Met gelijklopende conclusies van het Openbaar Ministerie.)

Daarentegen stelde het Hof van Beroep te Luik in 1930 kortweg dat een geneesmiddel niet octrooieerbaar was: "Attendu que si un médicament n'est pas brevetable et ne peut normalement être l'objet d'un droit privatif à l'égard des tiers ..."

Luik, 14 mei 1930, *Pas.* 1931, II, 125-128.

⁸⁷⁸ Zie randnummer 472 et seq.

§4 Rechtsleer

A TOT AAN DE CASSATIEDEFINITIE VAN DE INTERNE OPENBARE ORDE

624 De doctrine deelde het standpunt van de minister dat de BOW geen expliciete bepaling behoefde om het octrooieren van uitvindingen wegens strijdigheid met de openbare orde en de goede zeden te weigeren, voor haar was dit immers een *algemeen rechtsbeginsel*.⁸⁷⁹

1 Betekenis van de strijdigheid met de wetten, de goede zeden, of de veiligheid van de staat

625 De toenmalige doctrine interpreteerde de formulering van de minister in de zin van artikel 1133 B.W., zonder dat zij daarbij met artikel 6 B.W. rekening hield.⁸⁸⁰

626 Picard en Olin maakten wel een onderscheid tussen de strijdigheid met de wetten bij de octrooi-aanvraag en deze die zich pas na de octrooiverlening zou voordoen.

Een octrooi dat ten tijde van de octrooiaanvraag in strijd met de wetten was, kon voor Picard en Olin niet worden verleend, ongeacht of die wetten een publiek dan wel een privaat belang beschermden.

Een octrooi dat geldig werd verleend, maar dat nadien door een wetswijziging met die wet in strijd was, kon volgens Picard en Olin enkel worden nietig verklaard, indien die wet een publiek belang beschermd. Het privaat belang van de octrooihouder moest niet voor een ander wettelijk beschermd privaat belang wijken. In dit laatste geval berokkendens dergelijke plots strijdige octrooien de gemeenschap immers toch geen noemenswaardige (sensible) schade.

⁸⁷⁹ "Cela ne résulte d'aucun texte précis de la loi, mais est *suffisamment établi par les principes généraux du droit* qui excluent naturellement de son domaine tout ce qui est illicite, et par les discussions de la loi de 1854." Of "Il rentre dans la mission du gouvernement d'empêcher tout ce que les lois *prohibent*, tout ce que l'ordre public et les bonnes mœurs *réprouvent* [] car on ne concevrait pas que *la dignité d'un gouvernement*, le respect des principes de moralité et d'ordre public qui est *la loi des lois dans une société civilisée*." Eigen cursivering. Citaten respectievelijk van E. PICARD en X. OLIN, o.c., p. 191, nr. 127 en TH. TILLIÈRE, o.c., p. 221, nr. 37. Zie ook nog L. ANDRÉ, o.c., p. 115, nr. 117.

⁸⁸⁰ Tillière was de eerste om dit al in 1854 impliciet aan te geven. Zie de in voetnoot 879 opgenomen citaat, waarin Tillière het had over: strijdigheid met de waardigheid van de regering (= met de wetten), met de goede zeden en met de openbare orde. In 1866 argumenteerden Picard en Olin dat de octrooirechtelijke betekenis van "door de wet verboden, of strijdig met de goede zeden of de openbare orde" identiek was aan die in artikel 1133 B.W.: "Nous pouvons adopter en matière de brevets la définition que le Code civil a donnée du mot illicite à propos de la cause des obligations. Les raisons en effet, sont les mêmes; on ne comprendrait pas pourquoi, lorsqu'il s'agit des brevets, la loi se serait montrée plus sévère ou plus facile que lorsqu'il s'agit des conventions. Du reste, nous serions fort embarrassés pour distinguer, puisque nulle part il n'y a de traces d'une distinction." E. PICARD en X. OLIN, o.c., p. 192, nr. 128. Zij werden hierin gevolgd door *Les Pandectes belges, Tome quatorzième* 1885, Trefwoord "Brevet d'invention", p. 445, nr. 113.

Het privaat belang van de octrooihouder moest dan dus enkel wijken voor wetten met een "*absoluut imperatief*" karakter", die dan nog *eng* (maar toch nog in de zin van het algemeen belang) moesten worden geïnterpreteerd.⁸⁸¹

627 Dit standpunt *neigt* al sterk naar onze hedendaagse invulling van het begrip interne openbare orde. Picard en Olin hadden het echter over wetten van algemeen belang en niet over wetten van openbare orde, noch over wetten die een essentieel belang voor de Staat of Gemeenschap beschermen, of die in het privaatrecht de juridische grondslagen vastleggen waarop de economische of niet-economische orde van de maatschappij rust.

Picard en Olin beschouwden de openbare orde immers, net zoals de goede zeden, nog *als een niet wettelijk bepaald* domein.⁸⁸² Beide begrippen hadden toen nog een zuiver nationaal karakter.

628 De octrooidoctrine deelde immers de toenmalige opvattingen van de algemene rechtsleer en beklemtoonde het specifieke plaats- en tijdsgebonden karakter van de nationale goede zeden. Juist deze specificiteit bepaalde ook het onderscheid met de door universele beginselen gekenmerkte ethiek.⁸⁸³ De goede zeden van de andere landen konden bijgevolg niet als referentie dienen om de goorlooftheid van een octrooiverlening te beoordelen.⁸⁸⁴

⁸⁸¹ Picard en Olin omschrijven die wetten als volgt: "[E]lles détruisent en tout ou en partie une institution parce qu'elles la considèrent comme une injustice, comme une iniquité. [] l'intérêt public [] qui ne peut tolérer plus longtemps une situation reconnue éminemment préjudiciable. Ces principes peuvent nous servir à résoudre les hypothèses ou il s'agit des bonnes mœurs ou de l'ordre public. Si la violation qui résulte du brevet est considérable, si elle est choquante, intolérable, il faudra déclarer l'invention illicite et annuler le brevet." E. PICARD en X. OLIN, *o.c.*, p. 194, nr. 132. In dezelfde zin L. ANDRÉ, *o.c.*, p. 605, nr. 969.

⁸⁸² Zie randnummer 629.

⁸⁸³ Zie randnummers 511-515.

⁸⁸⁴ Tillière verwoorde dit als volgt: "La morale, malgré ses principes absolus et universels, *emprunte, dans les détails* infinis de ses appréciations, *aux habitudes, aux usages, au caractère, aux climat des peuples, une variété* qui fait de la question de moralité d'un acte particulier l'objet d'une décision tout relative. ... Celles [les inventions] qui contrarieraient certaines habitudes de décence, de décorum seront réprochées dans tel temps, chez telle nation, tandis qu'elles seront tolérées et même fort goûtées dans d'autres pays, à d'autres époques. Quand il s'agit d'un brevet belge, on ne doit porter ses vues *que* sur la Belgique, et consulter ses usages, son caractère, ses mœurs."

Ook Picard en Olin beklemtoonden dit nationaal karakter van de goede zeden: "Une invention sera contraire aux bonnes mœurs lorsque *sans contrarier aucune règle légale*, elle sera en opposition avec les principes de moral et d'honnêteté du temps *et du peuple au sein desquels elle sera produite.*"

Eigen cursivering. TH. TILLIERE, *o.c.*, p. 222, nr. 39 en E. PICARD en X. OLIN, *o.c.*, p. 193, nr. 130.

Vergelijk met het standpunt van Laurent over de interne goede zeden, zie randnummer 513.

629 In tegenstelling tot de algemene rechtsleer associeerde de octrooidoctrine de openbare orde zodanig met de veiligheid van de staat dat zij dit ertoe herleidde.⁸⁸⁵ Gezien de expliciete band met de veiligheid van de staat werd de octrooirechtelijke openbare orde zuiver nationaal ingevuld. Van een internationalisatie van de octrooirechtelijke openbare orde was toen nog geen sprake.

De octrooirechtelijke openbare orde werd door de toenmalige octrooidoctrine niet als iets wettelijk bepaalds gezien. Dit was enerzijds het gevolg van haar nauwe associatie met de openbare veiligheid en anderzijds doordat de minister en de doctrine enkel door de (volgorde in de) formulering van artikel 1133 B.W. werden beïnvloed en niet door die van artikel 6 B.W.

Als gevolg van dit alles werd de openbare orde of veiligheid opgevat als een *restcategorie* die *na* de strijdigheid met de wetten en *na* de strijdigheid met de goede zeden kwam. Picard en Olin beschouwden dit als een evidentie:

"Une invention sera contraire à l'ordre public quand, sans violer une disposition de la loi, sans contrarier la morale publique..."⁸⁸⁶

2 Concrete invulling van de strijdigheid met de wetten, de goede zeden, of de veiligheid van de staat

630 Kortom, de octrooidoctrine beperkte zich tot een theoretische omschrijving van de octrooirechtelijke openbare orde als een niet-wettelijk bepaalde restcategorie, net zoals ze dit met de octrooirechtelijke goede zeden deed. Deze laatste werden soms wel als bijkomend argument aangehaald om de strijdigheid met de wetten te ondersteunen.

Derhalve beperkte de octrooidoctrine zich tot een invulling van de strijdigheid met de wetten. De lijst van voorbeelden bleef altijd beperkt en grotendeels onbetwist, met uitzondering van misschien wel het belangrijkste voorbeeld, namelijk het door de minister aangehaalde voorbeeld van de geneesmiddelen (les objets qui tiennent à l'art de guérir).

⁸⁸⁵ Dit blijkt onder meer uit de volgende citaten: "Il est évident qu'une invention qui, par sa nature, son exploitation, serait nuisible à l'ordre public, *présenterait des dangers pour* la sûreté de l'État..." en "Une invention sera contraire à l'ordre public quand [] elle sera de nature à porter atteinte à *la paix et à la sécurité des citoyens*." Eigen cursivering. TH. TILLIERE, o.c., p.224, nr. 43 en E. PICARD en X. OLIN, o.c., p. 193, nr. 131.

Vergelijk met de opvatting over de interne openbare orde, zie randnummer 469.

⁸⁸⁶ E. PICARD en X. OLIN, o.c., p. 193, nr. 131.

A VOORBEELDEN WAAROVER ER EENSGEZINDHEID BESTOND

631 Zo bestond er eensgezindheid over een octrooiverbod voor ‘verboden uitvindingen’, dit zijn uitvindingen waarvan de toepassing en/of de productie verboden waren. Deze categorie omvatte wapens waarvan de productie verboden was ⁸⁸⁷, alsook alle middelen om abortus te plegen, want ook die waren toen verboden⁸⁸⁸, net zoals alle toestellen voor kansspelen⁸⁸⁹ en tenslotte ook nog een buitenbeentje, namelijk sacharine.

In tegenstelling tot de vorige voorbeelden was sacharine op zich niet verboden, noch haar productie, noch haar commercialisatie, noch de aanwending van deze stof, (noch het consumeren?). Met die uitzondering echter dat het in het begin van de twintigste eeuw verboden was om sacharine *als voeding of als voedingsbestanddeel* in de voedingsindustrie te gebruiken. Andere aanwendungen van sacharine (bijvoorbeeld in de farmaceutische industrie) waren daarentegen wel toegelaten. Dit deed Vander Haeghen tot de octrooierbaarheid van de niet verboden toepassingen van sacharine besluiten.⁸⁹⁰ Waarschijnlijk was dit toepassingsverbod een zuiver protectionistische maatregel ten gunste van de Belgische telers van suikerbieten.

632 Stellen dat heel de oude Belgische octrooidoctrine met dit octrooiverbod akkoord ging, is nogal delicaat. Het verbod is immers recenter dan de meeste van de hier vermelde naslagwerken. Deze waarschuwing is des te belangrijker omdat diezelfde octrooidoctrine uitermate verdeeld was over een ander octrooiverbod, waarbij de conceptuele inzet van de discussie de vraag was of men aan een commercialiseerbare uitvinding wel octrooibescherming kon ontzeggen door zich op de strijdigheid met de wetten te beroepen.

B VOORBEELD WAAROVER ER GEEN EENSGEZINDHEID BESTOND

633 Volgens een minderheidsstrekking kon dit niet, zij vereisten dat het verbod om een uitvinding te commercialiseren *absoluut* zou zijn. Verplichte formaliteiten of een beperking van de tot productie en

⁸⁸⁷ L. ANDRÉ, *o.c.*, p. 604, nr. 966. Tegenwoordig geldt het voorbeeld van de verboden, want immorele, wapens nog steeds.

Klassiek vermeldt de huidige octrooidoctrine de richtlijn van het Europees Octrooibureau dat bombrieven niet octrooieerbaar zijn. EPO, *Guidelines*, C-IV, 3.1. Zie bijvoorbeeld R. MOUFANG, "The concept", 73.

⁸⁸⁸ L. ANDRÉ, *o.c.*, p. 604, nr. 966; E. PICARD en X. OLIN, *o.c.*, p. 192, nr. 129.

⁸⁸⁹ L. ANDRÉ, *o.c.*, p. 604, nr. 966.

⁸⁹⁰ G. VANDER HAEGHEN, *o.c.*, nr. 128 en 130. Vraag is in welke mate een dergelijke verbodsbepaling het algemeen belang op het oog had, dan wel de privé belangen van de bietentelers beoogde te beschermen.

commercialisatie gemachtigde personen zijn dan ook geen voldoende grond om een uitvinding octrooibeschermt te weigeren.⁸⁹¹

Deze minderheidsstrekking vermeldde juist deze twee voor haar onaanvaardbare criteria omdat die toen voor geneesmiddelen golden, terwijl de meerderheidsstrekking, in navolging van de octrooiadministratie, juist wel een octrooiverbod voorstond voor alles wat raakte *aan de gezondheid en aan het leven*.⁸⁹²

634 De voorstanders van dit octrooiverbod beriepen zich in hun *juridische argumentatie* voornamelijk op de commentaren van de minister, de centrale sectie en de speciale commissie, zoals die hoger werden geciteerd.⁸⁹³ Bijkomend hanteerden zij het *sociale argument* dat ook de armen zich geneesmiddelen moesten kunnen aanschaffen.⁸⁹⁴ Bij sommige van deze auteurs strekte dit verbod zich uit tot geneeskundige diagnostische instrumenten en tot geneesmiddelen voor dieren.⁸⁹⁵

635 De minderheidsstrekking verwierp deze argumentatie in haar geheel of verzette zich er tegen door de reikwijdte van dit octrooiverbod zo veel mogelijk te beperken, zie de door sommigen voorgestane uitbreiding van dit octrooiverbod tot, bijvoorbeeld, geneesmiddelen voor dieren. Zo kelderde het Hof van Beroep te Brussel in 1902 de relevantie van de voorbereidende werken.⁸⁹⁶ Nadien sloot Vander Haeghen zich bij deze argumentatie aan.⁸⁹⁷

⁸⁹¹ A. ANOUL, *o.c.*, p. 20, nr. 15 en TH. TILLIERE, *o.c.*, p. 223, nr. 40.

⁸⁹² Voor een overzicht van wat bij een ruime of een enge interpretatie onder het verbod tot octrooiëring van geneesmiddelen kan vallen, zie L. ANDRÉ, *o.c.*, p. 116-125, nr. 120-135; TH. BRAUN en P. STRUYE, *Précis des brevets d'invention et de la contrefaçon industrielle: doctrine, jurisprudence, législations belge et congolaise, conventions internationales*, Brussel, Bruylant, 1935, 58-60, nr. 155-161; E. PICARD en X. OLIN, *o.c.*, p. 180-186, nr. 112-120 en G. VANDER HAEGHEN, *Brevets d'invention, marques et modèles*, Brussel, Larcier, 1928, 65-66, nr. 88.

⁸⁹³ Zie randnummer 616. Voor een overzicht van alle opmerkingen hierover, zie E. PICARD en X. OLIN, *o.c.*, p. 178-179, nr. 111.

⁸⁹⁴ Picard en Olin formuleren het als volgt: "Ce qu'il y a d'*inhumain et de dangereux* à rendre, par le monopole, *inaccessible* à la bourse des pauvres les sources de la santé et de la vie. ... Si l'on considère que le *stimulant* qui résulte des brevets est en somme *peu efficace*, on comprendra que nous ne sacrifions pas un intérêt majeur pour une utilité équivoque obtenue au moyen d'une atteinte portée au *patrimoine de l'humanité*." Eigen cursivering. E. PICARD en X. OLIN, *o.c.*, p. 190-191, nr. 126. Voor een kritiek op dit argument door een co-voorzitter van een verbod op het octrooiëren van geneesmiddelen, zie L. ANDRÉ, *o.c.*, p. 115-116, nr. 119.

⁸⁹⁵ Voor een overzicht van wat er volgens de discussie wel of niet onder kon vallen zie L. ANDRÉ, *o.c.*, nr. 120-134; E. PICARD en X. OLIN, *o.c.*, nr. 111-120; TH. BRAUN en P. STRUYE, *o.c.*, nr. 157-161 en G. VANDER HAEGHEN, *o.c.*, nr. 139-154.

⁸⁹⁶ Zie voetnoot 877.

⁸⁹⁷ Het rapport van de speciale commissie sloeg bijvoorbeeld op een ouder wetsontwerp dat een heel andere strekking had dan het wetsontwerp waaruit uiteindelijk de BOW-1854 voortkwam. Brussel, 29 januari 1902, *Pas.*, 1902, II, 117-119; G. VANDER HAEGHEN, *o.c.*, 90-93, voetnoot 29.

Het inhoudelijk belangrijkste tegenargument was natuurlijk de reeds aangegeven redenering dat *enkel* een verbod op de exploitatie en de commercialisatie van een uitvinding voldoende grond kon zijn om een octrooiverlening te weigeren. Dit kon dan ook enkel gelden voor *geheime* geneesmiddelen (les remèdes secrets), want hun commercialisatie was immers door de Belgische wet absoluut verboden.⁸⁹⁸

B SEDERT DE CASSATIEDEFINITIE VAN DE INTERNE OPENBARE ORDE

1 Betekenis van de strijdigheid met de wetten, de goede zeden, of de openbare orde

636 De vroegere octrooidoctrine had in navolging van de minister het octrooiverbod wegens strijdigheid met de wetten, de goede zeden, of de openbare orde als een algemeen rechtsbeginsel omschreven. Voor Remouchamps steunde dit verbod ook nog op de *finaliteit* van het octrooirecht: de overheid had het octrooirecht in het leven geroepen "om in hoofdzaak de vooruitgang van de techniek en de algemene welstand te bevorderen" en bijgevolg mocht "het toekennen of instandhouden van een octrooi niet [] steunen op uitvindingen die strijdig zouden zijn met de openbare orde of de goede zeden."⁸⁹⁹

637 Tillière, Picard en Olin hadden dit verbod aan artikel 1133 B.W. gekoppeld. De betekenis van beide openbare orde begrippen zou dus gelijk moeten zijn. Hierboven bleek dit tot aan de uiteindelijke Cassatiedefinitie van de interne openbare orde niet zo te zijn. Hetgeen begrijpelijk is, aangezien de algemene rechtsleer alsook het Hof van Cassatie tot dan geen eenduidige opvatting over de betekenis van de interne openbare orde hadden.⁹⁰⁰

Minder begrijpelijk is echter de trage doorwerking van de uiteindelijke Cassatiedefinitie van de interne openbare orde. Het is nu eenmaal wel zo dat de Cassatiedefinitie niet overal in de algemene rechtsleer veel bijval geniet.⁹⁰¹

⁸⁹⁸ Onrechtstreeks blijkt uit het betoog van Tillière dat dit verbod ingesteld werd om de volksgezondheid te beschermen door "charlatanisme" tegen te gaan. TH. TILLIERE, *o.c.*, p. 223, nr. 41. Zie op dit punt ook L. ANDRÉ, *o.c.*, nr. 119 en G. VANDER HAEGHEN, *Brevets d'invention, extrait des Nouvelles*, Brussel, Larcier, 1936, 89-95, nr. 135-137 en voetnoot 29.

⁸⁹⁹ L. REMOUCHAMPS, *Octrooien*, in A.P.R., Brussel, Larcier, 1969, p. 139, nr. 274.

⁹⁰⁰ Zie randnummers 459-471.

⁹⁰¹ Zie randnummers 481-484.

638 Zo omschreef M. Gotzen in 1970 het geoorloofd karakter van een uitvinding nog aan de hand van de opsomming uit de negentiende eeuw:

"Uit de algemene beginselen van het Recht leidt men af dat geen octrooi kan worden verleend voor een uitvinding die voor niets anders kan worden gebruikt dan voor het overtreden van een of andere precieze wetgeving of, *meer algemeen*, van de openbare orde of de goede zeden."⁹⁰²

Bij Remouchamps was de invloed van het Cassatie-arrest al gedeeltelijk terug te vinden: zo had hij het enkel nog over strijdigheid met de openbare orde en goede zeden en niet meer over de strijdigheid met de wetten.⁹⁰³ Dit laatste was voor Remouchamps geen afzonderlijke categorie meer. Vraag is wat Remouchamps dan wel onder strijdigheid met de openbare orde en goede zeden verstond. Op zich al een formulering die eerder naar artikel 6 B.W., dan naar artikel 1133 B.W. verwees.

639 Remouchamps kon in ieder geval de goede zeden, als zijnde de meest essentiële maatschappelijke zeden die met absolute nietigheid worden gesanctioneerd, moeilijk van de overige maatschappelijke zeden onderscheiden. Remouchamps beschouwde de goede zeden als "een vorming van "*gewoonterecht*" dat zich ontwikkelt "rond begrippen van *menselijke waardigheid*, goede trouw, beschaafdheid en dergelijke meer."⁹⁰⁴

Remouchamps sprak zich hierbij niet uit over de mate waarin de goede zeden nationaal, dan wel universeel worden bepaald. Het is bijgevolg onduidelijk in welke mate de universalisatie, van de goede zeden al tot de octrooidoctrine was doorgedrongen. Wel is het interessant om te zien hoe Remouchamps reeds in 1969 de menselijke waardigheid op de eerste plaats zette. Dit is ruim voordat dit begrip door de razend snelle ontwikkelingen in de biotechnologie brandend actueel werd.⁹⁰⁵

⁹⁰² M. GOTZEN, *Overzicht van het recht van economische vrijheid en intellectuele eigendom*, Leuven, Acco, 1970, nr. 137. Eigen cursivering.

⁹⁰³ Zie randnummer 636.

⁹⁰⁴ Dit blijkt uit de volgende citaten:

"Onder goede zeden *in brede zin* wordt hieronder begrepen alles wat de *menselijke waardigheid* aantast, de ontucht, de aanslagen op de vrijheid van huwelijk en op het huwelijk zelf."

"De goede zeden [in enge of in ruime zin?] zijn [] een vorming van *gewoonterecht* dat zich ontwikkelt rond begrippen van *menselijke waardigheid*, goede trouw, beschaafdheid en dergelijke meer."

"De appreciatie van de [] goede zeden blijft afhankelijk van de omstandigheden, van tijdsbestek en spreidt zich uit over tal van graden en schakeringen van tekortkomingen of inbreuken."

"[z]ekere vergrijpen, *strijdig met de goede zeden*, maar enkel als aanslagen op de gelijkheid in het rechtsverkeer, op de zwakheid van onbekwamen, op de voorwaarden van toestemming *slechts relatief nietig* ten opzichte van deze die er tegen beschermd worden."

Eigen cursivering. L. REMOUCHAMPS, o.c., p. 138-139, nr. 273-274.

⁹⁰⁵ Zie randnummer 279.

640 In Remouchamps' omschrijving van de openbare orde komen al veel elementen uit de definitie van het Hof van Cassatie voor. Toch week zijn omschrijving er nog dermate vanaf dat die een andere essentie kreeg:

"Door openbare orde bedoelt men *in de eerste plaats* alles wat de levensbelangen van de Staat en de gemeenschap betreft, *grotendeels vastgelegd in wettelijke bepalingen*, zoals grondwet, strafwet, gerechtelijke inrichting, de rechtsgronden waarop de economische en zedelijke orde van de maatschappij berust, *de vrijheid van arbeid, het gewaarborgd erfrecht*."⁹⁰⁶

Het ontging Remouchamps blijkbaar dat de nieuwe definitie van de interne openbare orde een verenging tot 'het essentiële' inhield.

2 Concrete invulling van de strijdigheid met de wetten, de goede zeden, of de veiligheid van de staat

641 Naast de vraag *welke omschrijving* de octrooidoctrine in de loop van de tijd aan de begrippen openbare orde en goede zeden in het octrooirecht gaf, rest er de vraag *hoe de praktische invulling* van de strijdigheid van de octrooiering van een uitvinding 'met de wetten, de goede zeden of de openbare orde' in de loop van meer dan een eeuw is geëvolueerd.

642 In verband met de middelen om abortus te plegen, verbijzonderde de naoorlogse doctrine dat om niet octrooieerbaar te zijn de uitvinding "uitsluitend bestemd [moest zijn] om voor vruchtafdrijving te dienen". Het was dus niet voldoende om vast te stellen dat een uitvinding daartoe *kon dienen*. Kortom, de strijdigheid van de octrooiering moest "in het voorwerp van de uitvinding zelf" liggen.⁹⁰⁷

Deze opvatting klinkt ook door in de definitie die M. Gotzen aan de octrooirechtelijke openbare orde en goede zeden gaf: "geen octrooi kan worden verleend voor een uitvinding die voor niets anders kan worden gebruikt dan voor het overtreden...".

In deze verbijzondering weerklinkt de problematiek van het octrooiverbod voor bepaalde toepassingen met sacharine, terwijl dit laatste verbod ondertussen al niet meer bestond. Zo ook was het verbod om geneesmiddelen te octrooieren verdwenen. De geraadpleegde literatuur geeft wel niet aan wanneer en om welke reden deze discussie in het voordeel van een octrooieerbaarheid werd beslecht.⁹⁰⁸ Een mogelijke

⁹⁰⁶ Eigen cursivering. L. REMOUCHAMPS, *o.c.*, p. 138-139, nr. 273-274.

⁹⁰⁷ L. REMOUCHAMPS, *o.c.*, p. 139, nr. 275-276.

⁹⁰⁸ M. GOTZEN, *o.c.*, nr. 137 en L. REMOUCHAMPS, *o.c.*, 138-139.

uitleg is dat de tegenstanders het inhoudelijke pleit uiteindelijk wonnen, waardoor tegenwoordig enkel uitvindingen met uitsluitend verboden toepassingen niet octrooieerbaar zouden zijn.

643 Een andere mogelijke (complementaire) verklaring is het verdwijnen van de maatschappelijke ambiguïteit ten overstaan van het toekennen aan geneesmiddelen van een octrooirechtelijke exploitatiebescherming.⁹⁰⁹ Trouwens, in die periode werd de sociale zekerheid steeds verder uitgebreid. Met andere woorden, de voedingsbodem voor de discussie en dus ook de nood aan een diepgaande reflectie over de betekenis van de strijdigheid met de openbare orde en de goede zeden in het octrooirecht was verdwenen.

Pas met de opkomst van de biotechnologie zou er een nieuwe voedingsbodem verschijnen, maar ondertussen hadden heel wat octrooiverdragen de octrooirechtelijke openbare orde en goede zeden reeds geïnternationaliseerd.

Vooraleer daar dieper op in te gaan, volgt eerst nog een analyse van dit oude debat.

AFDELING 2

ANALYSE

644 Deze analyse vertrekt vanuit de vraag in welke mate de stelling van de oude octrooidoctrine klopt dat de octrooirechtelijke orde en goede zeden met hun burgerrechtelijke naamgenoten (art. 6 en 1133 B.W.) overeenstemmen. De eerste stap daartoe is een vergelijking van de wijze waarop het oude debat deze begrippen op de vier afbakenings-assen positioneert. Deze analyse vloeit dan over in een analyse van de wijze waarop deze begrippen in het octrooirecht praktisch (kunnen) functioneren en wat de gevolgen daarvan zijn.

⁹⁰⁹ Volgens Moufang beschouwden de voorstanders van het oude Franse octrooiverbod voor geneesmiddelen dat de bevoorrading van dergelijke 'maatschappelijk' levensnoodzakelijke goederen niet door de exclusiviteit van octrooien mocht worden belemmerd. Volgens hem won slechts gaandeweg het besef veld dat de octrooirechtelijke bescherming van dergelijke 'maatschappelijk' levensnoodzakelijke uitvindingen de maatschappelijke noden op een adequatere wijze kon lenigen, doordat dit een stimulans tot een groter aantal van dergelijke uitvindingen betekende. Deze bevindingen kunnen waarschijnlijk even goed opgaan voor de Belgische situatie. Zie R. MOUFANG, "Patenting of Human Genes, Cells and Parts of the Body? – The Ethical Dimensions of Patent Law" (verkort geciteerd "Patenting"), *IIC* 1994, 501.

§1 Wijze van afbakenen

A EERSTE AS: DE DOMEINEN VAN DE MAATSCHAPPELIJKE ORDE

645 Uiteindelijk aanvaardde de oude octrooidoctrine in de persoon van Remouchamps de Cassatiedefinitie van een interne openbare orde voor zover die alle drie de maatschappelijke domeinen beslaat. Voor de goede zeden lijkt dit bij Remouchamps in ieder geval nog niet zo te zijn, die waren voor hem nog te nauw verbonden met concepten als de menselijke waardigheid, goed trouw, enz. Maar op basis van de voor 1948 niet betwiste voorbeelden kan in ieder geval worden besloten dat verboden wapens tot het domein van de Staats- of Gemeenschapsbelangen behoren, net zoals dat verboden abortusinstrumenten of bepaalde kansspelen tot het niet-economische of morele domein behoren, terwijl verboden sacharinetoepassingen tenslotte in het economische domein thuishoren. Hieruit blijkt dat de octrooirechtelijke openbare orde en goede zeden alle maatschappelijke domeinen van de interne openbare orde en goede zeden kunnen beslaan.

B TWEEDE AS: HET WETTELIJK OF NIET-WETTELIJK BEPAALDE

646 Alle bestudeerde voorbeelden betroffen strijdigheid met de wet, waar de openbare orde toen nog niet toe werd gerekend. Zelfs de niet octrooierbaarheid van geneesmiddelen werd, zij het impliciet, uit de BOW-1854 afgeleid. Ook dit voorbeeld lijkt niet onder strijdigheid met de goede zeden te kunnen worden gecategoriseerd.

De goede zeden bleven zo een restcategorie (vangnet?) waar men nooit een beroep op heeft moeten doen. Dit verklaart ook waarom ze nooit zo ruim werden omschreven dat ze alle maatschappelijke domeinen zouden omvatten. De praktische behoefte daartoe heeft zich toen immers nooit voorgedaan. Dit is een wezenlijk verschil met hun naamgenoot uit het burgerlijk recht, waar De Page op basis van een empirisch onderzoek kon aantonen dat zij in alle drie de maatschappelijke domeinen als absolute nietigheidssanctie voorkwamen.⁹¹⁰

⁹¹⁰ Zie randnummer 518.

C DERDE AS: GRADATIE-AS

647 De door de doctrine niet betwiste voorbeelden blijken te voldoen aan de strijdigheid met wat toen voor het voortbestaan van de maatschappelijke orde(s) als essentieel werd bevonden. Enkel de verboden sacharinetoepassingen vallen hier niet onder.⁹¹¹ Dit verbod heeft echter ook niet zolang stand gehouden. Gezien de maatschappelijk essentiële functie van de openbare orde en goede zeden moeten zij het subjectief recht van het rechtssubject om een octrooi te verkrijgen, soms wel kunnen ontzeggen, maar dit zou op basis van deze as slechts uiterst zelden (kunnen) voorkomen.⁹¹²

D VIERDE AS: HET ABSTRACT BEPAALDE OF DE CONCRETE SITUATIE

648 Voor de absolute nietigheidssanctie van artikel 6 en 1133 B.W. volstaat het dat een abstracte norm van openbare orde of goede zeden niet mag worden geschonden. Het is daarbij niet vereist dat de concrete schending ook effectief het voortbestaan van de essentie van de maatschappelijke orde zou bedreigen. Toegepast op het octrooirecht rijst de vraag welke abstracte norm van openbare orde of goede zeden er niet mag worden geschonden.

Zijn dit de artikelen (uit de octrooiwet of eventueel uit andere wetten) die bepalen wat wel en niet kan worden geoctrooierd, of zijn dit (ook) artikelen die daar niets over bepalen? De volgende paragraaf poogt dan ook om deze uiterst complexe vraag te beantwoorden.

649 Vooraf past de waarschuwing dat een octrooi geen exploitatievergunning inhoudt, maar enkel het negatief recht toekent om derden gedurende een zekere periode de exploitatie van de geoctrooierde uitvinding te ontzeggen. Het aan een uitvinding ontzeggen van octrooibescherming, vormt dan ook geen exploitatieweigering, maar betekent dus wel dat *elkeen* deze uitvinding *kan en mag* toepassen, voor zover er natuurlijk geen wettelijke exploitatiebelemmeringen zijn. Het octrooirecht is dan ook ongeschikt als middel tegen exploitatierisico's die het voortbestaan van de maatschappelijke orde in haar essentie zouden bedreigen.⁹¹³

⁹¹¹ Het beschermen van de nationale suikerbietenindustrie is zelfs strijdig met het algemeen belang wanneer dit in de zin van een dominerend meerderheidsbelang zou worden opgevat, want deze bescherming lijkt eerder een dominerend minderheidsbelang te zijn, ten nadele van de meerderheid van de bevolking die door het ontzeggen van het sacharine-alternatief tot een suikerconsumptie wordt verplicht.

⁹¹² Vgl. R. MOUFANG, "Patenting", 504.

⁹¹³ Zie ook U. SCHATZ, "Patentability of Genetic Engineering Inventions in European Patent Office Practice", *IIC* 1998, 12 en J. STRAUS, "Patenting Human Genes in Europe – Past Developments and Prospects for the Future", *IIC* 1995, 931.

De afgewezen uitvinder rest er dan slechts de optie om zijn uitvinding zo lang mogelijk te proberen geheim te houden, maar geheime geneesmiddelen mochten juist niet aan de man worden gebracht... Vraag is dan ook wat er op grond van artikel 6 en 1133 B.W. eigenlijk met de abstracte norm van openbare orde en goede zeden in strijd moet zijn: de octrooibeschermering of de uitvinding?

§2 Ongeoorloofde octrooibeschermering versus ongeoorloofde uitvinding

650 De Belgische octrooidoctrine heeft de door haar geponeerde gelijkstelling tussen de octrooi-rechtelijke en de burgerrechtelijke openbare orde en goede zeden uit de artikelen 6 en 1133 B.W. nooit grondig onderbouwd. Zij heeft nooit nagegaan of deze gelijkstelling wel degelijk opgaat. Daarom toetst deze paragraaf of de artikelen 6 en 1133 B.W. wel degelijk in een octrooi-rechtelijke context (geheel of gedeeltelijk) van toepassing kunnen zijn. Meer bepaald of de octrooiaanvraag, of de uitvinding in kwestie een voorwerp of externe oorzaak kunnen hebben, die dan ook nog met de openbare orde of de goede zeden in strijd kan zijn.

A DE ONGEOORLOOFDE OCTROOIBESCHERMING

1 Situering

651 Artikel 2, lid 1 van de oude Franse Octrooiwet verbood expliciet om aan farmaceutische bereidingen octrooibeschermering te verlenen. Dit vormt een goed voorbeeld van een schending van een abstracte octrooinorm die van openbare orde was.

Concreet verzette de Franse wetgever zich tegen het feit dat een uitvinder van een farmaceutische bereiding *derden het recht zou kunnen ontzeggen om die uitvinding te exploiteren*. De Franse wetgever verbood hiermee juist datgene wat de octrooiaanvrager met het bekomen van het octrooi als *concreet rechtsgevolg* beoogde te bewerkstelligen.

652 Met andere woorden, de Franse wetgever verbood het *voorwerp* van de rechtshandeling, die de octrooiaanvraag is, want zoals hoger werd uitgelegd, bestaat het voorwerp van een rechtshandeling uit "het concrete rechtsgevolg dat de handelende partij beoogt"⁹¹⁴ en een octrooiaanvraag is nu eenmaal ook een rechtshandeling.

⁹¹⁴ Zie randnummer 544.

De externe oorzaak van deze rechtshandeling bestaat dan uit de bedoeling of de beweegreden die de aanleiding tot de octrooiaanvraag is. Met andere woorden, dit is de *bestemming* die aan het beschermen van de *exploitatie* van de uitvinding wordt gegeven.

653 Maar hoe kunnen het voorwerp en de externe oorzaak van de octrooiaanvraag ongeoorloofd zijn in een maatschappij die technologie als positief waardeert en die een vrije markteconomie aanhangt, waarbij dit laatste ook nog eens op eigendomsrechten steunt? Want zowel in de tweede helft van de negentiende eeuw als heden ten dage heerst het vrije marktmodel met haar vereiste dat het autonome rechtssubject zich economisch zo vrij mogelijk moet kunnen ontplooiën.

Een garantie hiertoe is het hem toekennen van eigendomsrechten op roerende en onroerende goederen alsook op intellectuele vindingen. Eigendomsrechten beperken de vrijheid van derden met als doel de eigenaar de ruimte, de vrijheid te geven om zich zo vrij mogelijk te kunnen ontplooiën, een delicate evenwichtsoefening dus. Tussen toen en nu, alsook tussen de verschillende Westerse landen, bestaan er slechts verschillen in opvatting over hoe formeel en/of substantieel dit vrije marktmodel en deze eigendomsrechten moeten worden ingevuld en bijgestuurd.⁹¹⁵

654 Het octrooirecht geeft daarbij uiting aan de dominante meerderheidsopvatting die de technologische vooruitgang en verspreiding als positief voor de maatschappelijke vooruitgang waardeert.⁹¹⁶ Door deze positieve waardering (onder meer) in de vorm van een octrooibescherming voor uitvindingen te uiten, biedt de maatschappij de uitvinder de mogelijkheid om zijn uitvinding op een andere wijze te beschermen dan door een altijd precaire geheimhoudingsstrategie.

Dit laatste is een strategie die hij dan nog altijd kan verkiezen, maar de uitvinder heeft dankzij de octrooibescherming tenminste al een *keuze(vrijheid)*. In een maatschappij die echter tegenover technologie en wetenschap afkerig staat, heeft de uitvinder, de wetenschapper of de ontdekker die keuze(vrijheid) echter nooit, hem rest er slechts de precaire geheimhouding. En toch blijkt deze keuzevrijheid in onze technologische, economische maatschappij ook niet altijd te bestaan. Zij is er niet onbegrensd, maar dit is niet anders dan met elke andere individuele vrijheid.

⁹¹⁵ Zie randnummer 346.

⁹¹⁶ Zie randnummer 345.

2 Een ongeoorloofd voorwerp

655 Strijdigheid van het voorwerp van de octrooiaanvraag komt voor wanneer het ongeoorloofd karakter uit deze rechtshandeling zelf blijkt, wanneer de beloofde zaak of prestatie, *in casu* het door middel van een octrooi verhinderen dat derden een uitvinding zouden exploiteren, uit zichzelf in strijd is met de openbare orde of de goede zeden. (Zoals elk onderzoek naar de geldigheid van het voorwerp van een rechtshandeling blijkt dit al na een oppervlakkige controle.)

Dit betekent dan ook niets anders dan dat die maatschappij niet kan verdragen dat een derde die uitvinding niet zou mogen exploiteren. Haar rechtssysteem keurt niet (noodzakelijk) deze uitvinding af, maar wel "de economisch exclusieve positie" die een octrooi aan de uitvinder van een dergelijke uitvinding zou verlenen.⁹¹⁷ Met andere woorden, het rechtssysteem vereist dat de exploitatie van bepaalde (soorten van) uitvindingen niet aan derden zou kunnen worden ontzegd.

Tenzij de wetgever die uitvinder alternatieven aanreikt, ontzegt zij hem meteen ook de vrijheid om zijn beschermingsstrategie te kiezen. Hij wordt dan eigenlijk veroordeeld tot het geheimhouden van zijn uitvinding, maar dit is een optie die de wetgever neemt en waarvan hij de gevolgen aanvaardt (eventueel door een andere vorm van bescherming en/of beloning uit te werken).

656 Voor farmaceutische bereidingen deed de oude Franse Octrooiwet dit onmiddellijk én uitdrukkelijk. De wetgever hoeft zich voor een dergelijke beperking van de octrooieerbare uitvindingen niet eens op de openbare orde en de goede zeden te beroepen. Het al dan niet octrooieerbaar stellen van bepaalde soorten uitvindingen behoort nu eenmaal tot het waardeoordeel van de dominante meerderheid. Belangrijk is echter wel dat de wetgever een dergelijke beperking van de octrooieerbare uitvindingen uitdrukkelijk en duidelijk aangeeft, zodat de eventuele aanvrager kan inschatten waar hij aan toe is. In een dergelijke situatie kan deze laatste zo niet het slachtoffer worden van een waardeoordeel door de octrooiadministratie.

De oude Franse octrooiwet en de BOW-1854 hadden immers juist tot doel om een dergelijk waardeoordeel bij de octrooiverleningsprocedure uit te sluiten. Dit waardeoordeel kwam sindsdien enkel de wetgever toe en in de mate dat dit oordeel positief was (voor bepaalde categorieën van uitvindingen), beschikte het rechtssubject over een subjectief recht op octrooibescherming van zijn uitvinding, mits hij aan de voorwaarden van de octrooiwet voldeed.

⁹¹⁷ R. MOUFANG, "Patenting", 1994, 504.

657 Juist op dit punt week de praktijk van de Belgische octrooiadministratie van de basisfilosofie van haar wetgever af, waarbij de door haar en de meerderheid van de octrooidoctrine opgeworpen juridische verantwoording uiteindelijk door hun tegenstanders werd gekelderd.⁹¹⁸ Deze afwijzende houding van de Belgische octrooiadministratie was dan ook niets anders dan de doorwerking van een Ancien Régime-mentaliteit waarmee de BOW-1854 komaf had willen maken.

De Franse octrooiadministratie heeft nooit in dit euvel kunnen vervallen omdat de Franse wetgever haar elke beoordelingsbevoegdheid had ontnomen, met inbegrip van het beoordelen van de openbare orde en goede zeden. Deze beoordeling kwam er enkel de rechtbanken toe.⁹¹⁹

Het poneren dat het octrooieren van een bepaalde uitvinding op zich ongeoorloofd is omdat dit met de openbare orde in strijd is, hoort dus enkel aan de wetgever toe te komen, niet aan de octrooi-administratie. Dit betekent niet noodzakelijk dat het octrooieren van een bepaalde uitvinding op zich nooit strijdig kan zijn met de goede zeden, maar dit oordeel komt zeker niet de octrooiadministratie toe, maar enkel de rechter.

Deze laatste kan naar aanleiding van een betwisting van een verleend octrooi steeds oordelen of deze octrooibescherming het schenden van een norm inhoudt die voor het voortbestaan van de maatschappelijke orde essentieel is. Hoe dan ook een delicaat oordeel, wat ook blijkt uit de moeilijkheid om tot de ongeoorloofdheid van de externe oorzaak van de octrooiaanvraag te besluiten.

3 Een ongeoorloofde externe oorzaak

658 Bij strijdigheid van de externe oorzaak van de octrooiaanvraag is het door middel van een octrooi willen verhinderen dat derden een uitvinding zouden exploiteren, een uit zichzelf geoorloofd voorwerp van de octrooiaanvraag. Het is echter de bedoeling of de beweegreden die aan dit verhinderen wordt gegeven, die dan ongeoorloofd is. Bijvoorbeeld een niet te rechtvaardigen onvoldoende bevoorrading van de markt van de octrooiverlenende staat.

Het sociale argument van de voorstanders van een octrooiverbod op geneesmiddelen zou eventueel in deze zin kunnen worden gekwalificeerd (mits een zeer ruime interpretatie en dan nog), maar dan had men dit toch nog geval per geval moeten bestuderen, wat echter niet is gebeurd.

⁹¹⁸ Voor deze laatsten had de octrooiaanvraag voor een geneesmiddel dan ook een geoorloofd voorwerp.

⁹¹⁹ Zie randnummer 619.

659 Immers, bij de octrooiverlening kan er hoe dan ook nog niet worden ingeschat of deze grens zal worden overschreden (oppervlakkig onderzoek van de octrooiconclusies) en na de octrooiverlening (diepgaand onderzoek) is de (huidige) dwanglicentie een elegantere oplossing dan het nietig verklaren van het octrooi. De beloningsfinaliteit van het octrooirecht om uitvindingen en hun publicatie te stimuleren, wordt er tevens beter door gerespecteerd.⁹²⁰

Binnen die ene grens en rekening houdend met andere wettelijke bepalingen, moeten de octrooihouder en de licentienemers dan ook vrij zijn om op basis van hun octrooibeschermtng een aan hun prijsbeleid gebonden aanbodbeleid te ontwikkelen.

Kortom, het beoordelen van de externe oorzaak van de octrooiaanvraag was en is totaal niet geschikt als benaderingswijze om tot haar strijdigheid met de openbare orde of de goede zeden te besluiten.

B DE ONGEORLOOFDE UITVINDING

1 Situering

660 Deze kwestie toont wel aan hoe nauw de geoorloofdheid van de octrooiaanvraag met de exploitatie en commercialisatie van de uitvinding is verbonden. Een octrooiaanvraag gebeurt immers met de (commerciële) bedoeling om te verhinderen dat derden de uitvinding zouden exploiteren. De ‘psychologische’ afstand tussen het octrooieren en het exploiteren van een uitvinding is dan ook uitermate klein, waardoor de discussie omtrent de strijdigheid van een octrooi met de openbare orde en de goede zeden zich dan ook hoofdzakelijk op de geoorloofdheid van de uitvinding heeft toegespitst. Het beoordelen van de geoorloofdheid van de uitvinding houdt in zekere zin het beoordelen van feitelijke situaties in. In zekere zin, want er wordt niet beoordeeld of een specifieke situatie effectief het voortbestaan van de maatschappelijke orde in haar essentie bedreigt. Dit vormt een eerste verschil met de beoordeling van de feitelijke situatie in de context van artikel 138 Ger. W. of in het kader van het internationaal privaatrecht (de i.p.r.-openbare orde als exceptie en als toets).

⁹²⁰ Art. 31 t.e.m. 38 B.O.W. Zie de verfijning van het arsenaal aan burgerrechtelijke sancties tijdens de vorige twee eeuwen, waardoor er nu nog minder behoefte bestaat om de absolute en ongenueanceerde nietigheids sanctie in te roepen. Zie randnummer 491.

661 Een tweede, nog belangrijker, verschilpunt is dat het beoordelen van de (on)geoorloofdheid van een uitvinding eigenlijk een *uitbreiding* en geen beperking van het geoorloofdheidsonderzoek van de octrooiaanvraag inhoudt.⁹²¹ Deze weigeringsgrond handelt immers niet over de vraag of het geoorloofd is om door middel van een octrooi te verhinderen dat derden een uitvinding zouden exploiteren, maar wel over de vraag of deze uitvinding op basis van de interne openbare orde en goede zeden wel geoorloofd is. Een uitbreiding van het geoorloofdheidsonderzoek betekent meteen ook een uitbreiding en geenszins een bijkomende begrenzing van de maatschappelijke onverdraagzaamheid. In dit opzicht verschilt het octrooirecht fundamenteel met de hoger vermelde bijkomende begrenzingen aan de absolute onverdraagzaamheid van openbare orde en de goede zeden.

Indien er met een uitvinding op basis van de normen van openbare orde en goede zeden geen enkele geoorloofde toepassing mogelijk is, blijft het bij een *symbolische*, want zuiver theoretische, uitbreiding van het geoorloofdheidsonderzoek. Dit is echter *niet* meer het geval van zodra er met deze uitvinding toch een of andere geoorloofde toepassing mogelijk is. Dan is er geen sprake meer van een symbolische, maar wel van een *reële* uitbreiding van de maatschappelijke intolerantie, want elke derde zou deze dan onbeschermd uitvinding voor die ene toepassing kunnen exploiteren.

662 Deze uitbreiding is echter juist omwille van haar sterke symboliek belangrijk, want zij drukt de dominante maatschappelijke opvatting over de finaliteit van het octrooirecht uit. Zoals Remouchamps al aangaf, wordt het octrooirecht voornamelijk beschouwd als een stimulans tot technologische vernieuwingen die zo de algemene welvaart bevorderen.⁹²² Naar verluidt horen uitvindingen die met de openbare orde of met de goede zeden in strijd zijn, dan ook niet te worden gestimuleerd en zouden zij daardoor niet verdienen dat hun exploitatie door een octrooi zou worden beschermd.

⁹²¹ De toenmalige octrooidoctrine was zich hier niet helemaal van bewust, want zo stelden Picard en Olin dat: "Nous pouvons adopter en matière de brevets la définition que le Code civil a donnée du mot illicite à propos de la cause des obligations. *Les raisons en effet, sont les mêmes; on ne comprendrait pas pourquoi, lorsqu'il s'agit des brevets, la loi se serait montrée plus sévère ou plus facile que lorsqu'il s'agit des conventions.* Du reste, nous serions fort embarrassés pour distinguer, puisque nulle part il n'y a de traces d'une distinction." Nochtans... Zie E. PICARD en X. OLIN, *o.c.*, p. 192, nr. 128.

⁹²² Zie randnummer 636.

Zelfs al zou dit octrooiverbod slechts een symbolisch effect scoren, als gevolg van een absoluut toepassingsverbod voor de uitvinding in kwestie, dan nog blijkt het volgens deze opvatting de moeite waard te zijn om deze symbolische afkeuring door de overheid expliciet te tonen, te uiten.⁹²³ Voor Tillière is dit zelfs belangrijker dan het eventuele onrecht dat hierdoor aan een ten onrechte afgewezen octrooiaanvrager wordt aangedaan.⁹²⁴

663 Vraag is natuurlijk of dit geldt voor uitvindingen waarvan elke toepassing ongeoorloofd is, dan wel slechts enkele, dan wel of het om uitvindingen gaat die soms wel mogen worden toegepast, maar nooit of niet zomaar mogen worden gecommmercialiseerd. Opnieuw moet er een onderscheid worden gemaakt tussen strijdigheid van het voorwerp en van de externe oorzaak, maar ook tussen de strijdigheid van de exploitatie en strijdigheid van de commercialisatie van de uitvinding.

2 Een ongeoorloofd voorwerp

664 Het voorwerp van de uitvinding kan enkel maar met de openbare orde en goede zeden in strijd zijn, indien dit voor *elke* exploitatie van deze uitvinding zo is. Dit was het geval bij de verboden wapens en bij de kansspelen, alsook bij de middelen die enkel voor abortus konden dienen (productie- en gebruiksverbod). Dit inzicht is slechts na 1949 in de hier geanalyseerde octrooidoctrine doorgedrongen. Hoe dan ook heeft een uitvinding die onmogelijk op een geoorloofde wijze kan worden geëxploiteerd voor niemand een marktwaarde, noch voor de uitvinder, noch voor derden. De uitvinder heeft dan ook geen enkele reden om voor zijn uitvinding een octrooi aan te vragen en het daarbij nog eens publiek te maken.⁹²⁵ Net zoals met de ongeoorloofde externe oorzaak van een octrooiaanvraag is dit eigenlijk een zuiver theoretische strijdigheid, maar deze hier heeft wel een sterk symbolisch nut.

⁹²³ Zo stelt Anoul dat: "Le gouvernement devrait refuser de [] breveter [une invention qui serait contraire aux lois et aux mœurs], car en l'accordant il violerait une loi qui condamne le principe de cette découverte, il offenserait les mœurs qui la proscrirent." Deze symbolisch positieve waardering die een octrooiverlening van een ongeoorloofde uitvinding zou inhouden, wordt door Vander Haeghen zelfs verward met een overheidshandeling die deze uitvinding geoorloofd zou maken: "La loi sur les brevets n'a évidemment pu rendre licite ce qui est déclaré illicite par des lois de droit commun, de telle sorte qu'une protection légale ne peut être donnée à une chose défendue par ailleurs." Zie A. ANOUL, *o.c.*, p. 17, nr. 12 en G. VANDER HAEGHEN, *o.c.*, p. 101, nr. 158.

⁹²⁴ "Si ce système préventif peut présenter quelque *danger*, exposer le demandeur à un *refus arbitraire*, d'un autre côté [] les cas fort rares, où des prétextes de moralité publique, de respect aux lois, pourraient couvrir une injustice, offrent, sans contredit, *moins d'inconvénients* que l'obligation pour le pouvoir d'apposer le *sceau de la protection légale sur des objets illicites*." Zie TH. TILLIERE, *o.c.*, p. 221 37.

⁹²⁵ In die zin, maar niet volgens de hier gehanteerde voorwerp, externe oorzaak benadering: U. SCHATZ, *l.c.*, 12.

665 Iets anders is de situatie waarbij de uitvinder zijn eigen uitvinding zelf niet mag exploiteren of commercialiseren. Een octrooi is echter nog geen toestemming tot exploitatie. In de tweede helft van de negentiende en in het begin van de twintigste eeuw bestonden er nog lang niet zoveel exploitatie- en/of commercialisatie- formaliteiten en beperkingen als nu. Het beginsel van de vrijheid van handel en nijverheid dat uit het begin van de Franse Revolutie stamde, vierde toen nog hoogtij. Hierop vormde de productie en commercialisatie van geneesmiddelen een grote uitzondering.⁹²⁶ Maar voor de tegenstanders van een octrooiverbod voor geneesmiddelen vormden deze formaliteiten en beperkingen nog geen afdoende argument om de uitvinder geen octrooi te verlenen. Zij argumenteerden daartoe dat zelfs indien een uitvinder zijn uitvinding niet zelf zou mogen exploiteren en commercialiseren, hij zijn octrooi nog steeds geldelijk kon doen renderen door het te verkopen of in licentie te geven. Deze redenering geldt dan ook voor de aan banden gelegde productie van toegestane wapens, bijvoorbeeld enkel voor het gebruik door het Belgisch leger of bestemd voor de export. Het is dan ook in die zin dat hun standpunt dat een uitvinding enkel niet kan worden geoctrooieerd indien die niet kan worden gecommmercialiseerd, moet worden begrepen. In feite hanteerden zij commercialiseren als synoniem voor exploiteren.⁹²⁷

666 Nochtans zijn commercialisatie en exploitatie geen twee identieke begrippen. Immers, daar waar het verbod op de exploitatie van een uitvinding automatisch een verbod op de commercialisatie van die uitvinding inhoudt, houdt het verbod op de commercialisatie van een uitvinding niet altijd een verbod op de exploitatie van deze uitvinding in. Zo kan een rechtssysteem zich soms wel met de exploitatie van een uitvinding verzoenen, maar niet met ook maar enige commerciële doeleinde, dewelke deze exploitatie zou vergezellen.⁹²⁸ Toen was dit echter nog niet het geval.

De intentie om een uitvinding te commercialiseren (dit wil zeggen op een commerciële wijze te exploiteren) zou dan als een schending van de openbare orde en de goede zeden kunnen worden ervaren. Gezien de commerciële inspiratie bij het aanvragen van een octrooi, namelijk het ontzeggen aan derden om die uitvinding te exploiteren, zou ook de octrooiaanvraag als strijdig met de openbare orde en goede zeden kunnen worden beschouwd.⁹²⁹

⁹²⁶ Zie L. ANDRÉ, *o.c.*, p. 604, nr. 967 en TH. TILLIERE, *o.c.*, p. 223, nr. 41

⁹²⁷ Zie randnummer 633. Vrije vertaling van wat Tillière omschrijft als "la vente ou la fabrication de certains objets".

⁹²⁸ In die zin, maar niet volgens de hier gehanteerde voorwerp, externe oorzaak benadering: R. MOUFANG, "Patenting", 507.

⁹²⁹ Zie ook randnummer 721.

3 Een ongeoorloofde externe oorzaak

667 Wel kon een uitvinding soms zowel op een geoorloofde als op een ongeoorloofde wijze worden geëxploiteerd. Dit betreft echter niet het voorwerp, maar wel de externe oorzaak van de uitvinding. De beoogde ongeoorloofde wijze van exploitatie moet dan de ongeoorloofde bedoeling of beweegreden tot de octrooiaanvraag zijn. Bijvoorbeeld het door de oude octrooidoctrine gegeven voorbeeld van een middel dat ook, maar niet uitsluitend, voor abortus kon worden gebruikt, maar waarvoor de octrooibeschermer wel met het oog op de exploitatie voor abortus wordt aangevraagd, of het voorbeeld van de ongeoorloofde sacharinetoepassingen.

Iets dergelijks beoordelen is echter uiterst delicaat. Hoogstens een controle van de conclusies (dit is het *instrumentum* van de rechtshandeling) op vermeldingen die een strijdige bestemming opgeven, zou mogelijk zijn. Na het schrappen van de ongeoorloofde conclusies (aborticum met als formule x; zoetstof met als actieve stof sacharine) zou het resterende deel van de octrooiaanvraag een geoorloofd karakter verkrijgen en dus kunnen worden geoctrooieerd (geneesmiddel met als formule x; geneesmiddel met als actieve stof sacharine). Blijkt dit niet zo te zijn, dan heeft die uitvinding in werkelijkheid een strijdig voorwerp.

4 Een geoorloofde beoordeling?

668 Vraag is of heel dit onderzoek van de geoorloofdheid van de uitvinding (hetgeen een feitelijke uitbreiding van het geoorloofdheidsonderzoek inhoudt) wel verenigbaar is met de finaliteit van de BOW-1854 om de octrooiverlening haar facultatief karakter te ontnemen.

AFDELING 3

DE INTERNATIONALISATIE VAN DE OCTROOIRECHTELIJKE OPENBARE ORDE EN GOEDE ZEDEN

§1 Soorten octrooiverdragen

669 De *invulling* van de begrippen openbare orde en goede zeden wordt in het octrooirecht, net zoals in de overige rechtstakken, steeds meer geïnternationaliseerd.⁹³⁰ Voor het octrooirecht is deze internationalisatie volledig aan een verdragsrechtelijke regelgeving toe te schrijven.

Een goed begrip van deze verdragsrechtelijke bepalingen vergt dat deze verdragen eerst historisch-systematisch worden gesitueerd. De hier aangegeven tijdsblokken gelden voor het geheel van de intellectuele rechten.⁹³¹ Hieronder worden ze enkel met betrekking tot het octrooirecht besproken.

670 Een constante in het octrooirecht is dat de octrooibeschermering zich nooit over de staatsgrenzen heen uitstrekt. In een eerste periode gold dit territorialiteitsbeginsel zodanig absoluut dat uitvinders er niet of moeilijk in slaagden om in vreemde fora octrooibeschermering te verkrijgen (de territoriale periode). Dit gaf aanleiding tot heel wat free-riding-problemen.

In de negentiende eeuw probeerden sommige staten deze free-riding-problematiek door middel van bilaterale verdragen tegen te gaan. Op het einde van de negentiende eeuw veranderde deze bilaterale aanpak in een multilaterale aanpak. In de loop van de twintigste eeuw nam, zowel op het Europese als op het internationale niveau, zowel het aantal multilaterale verdragen, als het aantal verdragsstaten steeds meer toe (de internationale periode). Toch werd er toen nog heel wat free-riding getolereerd.

Tevens ontbrak het op wereldniveau nog steeds aan een efficiënt sanctiemechanisme.

Het TRIPs-Verdrag dat in 1994 in het kader van de Wereld Handels Organisatie (hierna WTO) tot stand kwam, bracht hierin verandering.⁹³² Alle WTO-Staten zijn verplicht om zich aan de TRIPs-bepalingen te

⁹³⁰ Zie randnummers 549-561 ; 588-592 en 605.

⁹³¹ Voor deze algemene bespreking worden de door Drahos aangegeven tijdsblokken en commentaar overgenomen. P. DRAHOS, "Intellectual Property and Human Rights", *I.P.Q.* 1999, 351-357.

⁹³² Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, including trade in counterfeit goods van 15 april 1994 (verkort geciteerd TRIPs, van kracht sedert 1 januari 1, 1995), *Publ. L.* 23 december 1994, 336/213; *B.S.* 23 januari 1997.

houden, hetgeen door het institutioneel sanctiemechanisme van de WTO kan worden afgedwongen (de globale periode).

671 De verschillende verdragsrechtelijke regelingen van de octrooirechtelijke openbare orde en goede zeden kaderen in de multilaterale fase van de internationale periode en in de globale periode. Deze verdragsrechtelijke regelingen worden in hun chronologische volgorde besproken en in het licht van de bevindingen van de vorige afdeling geanalyseerd.

§2 Aanloop: het internationale harmonisatieniveau

A HISTORISCH-SYSTEMATISCH KADER

672 De huidige waaier aan multilaterale octrooiverdragen met een internationale focus is slechts van recente datum. Voor de Tweede Wereldoorlog beperkte de multilaterale verdragsrechtelijke regeling van het octrooirecht zich tot het Unieverdrag van Parijs (hierna afgekort als Uv) en haar herzieningsverdragen.⁹³³

Enkel het Herzieningsverdrag van Lissabon is hierbij van belang, want het voegde in 1958 het artikel 4 quater aan het Uv toe. Dit vormde de *aanloop* voor een verdere verdragsrechtelijke regeling van de octrooirechtelijke openbare orde en goede zeden. Daarnaast bevat het Verdrag tot samenwerking inzake Octrooien, ook wel PCT genaamd, een specifieke bepaling in verband met de openbare orde en de goede zeden.⁹³⁴

⁹³³ Verdrag van Parijs 20 maart 1883 tot bescherming van de industriële eigendom (verkort geciteerd het Unieverdrag, of als Uv). Herzien te Brussel op 14 december 1900, te Washington op 2 juni 1911, te 's Gravenhage op 6 november 1925, te Londen op 2 juni 1934, te Lissabon op 31 oktober 1958 en te Stockholm op 14 juli 1967. Dit laatste Verdrag werd goedgekeurd door Wet 26 september 1974, B.S. 29 januari 1975, 885. Artikel 29 bepaalt dat de Franse tekst authentiek is. De Nederlandse tekst is een vertaling die in het Belgisch Staatsblad werd gepubliceerd.

⁹³⁴ Verdrag van Washington van 19 juni 1970 tot samenwerking inzake Octrooien (verkort geciteerd PCT), B.S. 7 oktober 1977 (errata: B.S., 28 augustus 1982, 9897). Voor wijzigingen van dit verdrag zie o.a.: B.S. 14 november 1986, 15453.

B ARTIKEL 4 QUATER UNIEVERDRAG VAN PARIJS

1 Beschrijving

673 Het Uv waarborgt dat bij het behandelen van een octrooiverdrag de rechtssubjecten uit andere Uniestaten in vergelijking met de eigen rechtssubjecten niet zullen worden gediscrimineerd. De techniek van het recht van voorrang, ook wel de Unionistische prioriteit genaamd, draagt hiertoe bij. Concreet betekent dit dat diegene die in eender welke Uniestaat het eerst voor een bepaalde uitvinding octrooibescherming aanvraagt, vanaf dan gedurende welgeteld één jaar in alle andere Uniestaten voor deze octrooiaanvraag voorrang krijgt, zelfs al was hij in die andere Uniestaten uiteindelijk niet de eerste om voor deze uitvinding octrooibescherming aan te vragen. De enige voorwaarde is natuurlijk dat hij gedurende dit ene jaar in die andere Uniestaten ook werkelijk voor deze uitvinding octrooibescherming aanvraagt.⁹³⁵

674 Daarnaast ontzeggen Uniestaten zich slechts enkele van de meest eenvoudige en meest algemene free-rider-technieken. Het free-rider-probleem is hiermee geenszins van de baan. Ook latere herzieningen van het Uv konden dit niet bewerkstelligen, wel stelt het Uv sedert het Verdrag van Lissabon van 31 oktober 1958, in artikel 4 quater toch al dat:

"De verlening van een octrooi zal niet kunnen worden geweigerd en een octrooi zal niet kunnen worden nietig verklaard *op grond van het feit*, dat de *verkoop* van het geoctrooieerde voortbrengsel of van het voortbrengsel dat is verkregen door toepassing van een geoctrooieerde werkwijze, *uit hoofde van de nationale wetgeving* onderworpen is aan *belemmeringen of beperkingen*."⁹³⁶

Artikel 4 quater Uv beperkt de exceptie(gronden) waarop een Uniestaat zich zou kunnen beroepen om aan haar Unieverplichtingen te ontsnappen, zonder hierbij naar de openbare orde of de goede zeden te verwijzen. Toch vormde deze bepaling de aanzet tot latere verdragsrechtelijke beperkingen van de exceptiegrond van de openbare orde en goede zeden.

⁹³⁵ F. GOTZEN, *Intellectuele rechten, Industriële eigendom, II, Octrooirecht*, Brussel, 1999, 9.

⁹³⁶ Eigen cursivering.

2 Analyse

675 Gezien de finaliteit van het Uv beperkt artikel 4 quater Uv zich juist tot het expliciet verwerpen van één welbepaalde ongeoorloofdegrond. Hierdoor kan een Uniestaat die niet meer opwerpen om zich aan haar Unieverplichtingen te onttrekken en zo een octrooi niet te verlenen of nietig te verklaren. Het verdragsrechtelijk verbieden van een interne ongeoorloofdegrond betekent dus in de praktijk het verwerpen van een welbepaalde verdragsexceptie.

Concreet **verwerpt** artikel 4 quater Uv **uitdrukkelijk** dat *belemmeringen* of *beperkingen* van de verkoop van een uitvinding als grond kunnen dienen om tot de ongeoorloofdeheid van de uitvinding te besluiten. Deze twee soorten voorschriften kunnen sedertdien geen argument meer vormen om een uitvinding octrooi-bescherming te ontzeggen. Voorbeelden van zo een loutere verkoopsbelemmering of verkoopsbeperking zijn onder meer staatsmonopolies en kwaliteits- of veiligheidsvoorschriften.

De argumentatie waarop artikel 4 quater Uv naar verluidt zou steunen, is dat verkoopsbelemmeringen of -beperkingen na de octrooiverlening nog kunnen worden ingetrokken of gewijzigd.⁹³⁷ (Dit is impliciet het argument van de neutraliteit van het octrooirecht.)

676 *A contrario* en gezien de algemeen voorzichtige aanpak van het Uv tegen free-rider toestanden kan worden gesteld dat alle overige argumenten om tot de *ongeoorloofdeheid van de uitvinding* en dus van haar octrooi-bescherming te besluiten, **impliciet** door artikel 4 quater Uv als een verdragsrechtelijk geldige exceptiegrond worden erkend. Dit is bijvoorbeeld het geval voor een verkoopsverbod dat verder reikt dan een loutere verkoopsbelemmering of verkoopsbeperking.⁹³⁸

Dit argument om verkoopsbelemmeringen of verkoopsbeperkingen als weigeringsgrond of nietigheidsgrond voor octrooien uit te sluiten, kan echter evengoed dienen om *elk* verkoops- of exploitatieverbod als weigerings- of nietigheidsgrond uit te sluiten. Immers ongeacht of een verkoopsverbod absoluut is of niet, en ongeacht of een verkoopsverbod op overwegingen van openbare orde of goede zeden rust, behoudt elk exploitatieverbod en (zeker) elk verkoopsverbod een tijdsgebonden en dus veranderlijk karakter. Artikel 4 quater Uv is dan ook niet anders dan *een eerste aanzet tot een verdere beperking van deze exceptiegrond*. Wat ook uit enkele latere verdragen blijkt.

⁹³⁷ Zie G.H.C. BODENHAUSEN, "De Diplomatieke Conferentie te Lissabon", *BIE* 1959, 69.

⁹³⁸ Ingevolge Brits verzet om ook een verkoopsverbod als exceptiegrond te weigeren. G.H.C. BODENHAUSEN, *l.c.*, 69. Zie ook E. ARMITAGE en I. DAVIS, *Patents and Morality in Perspective*, Londen, Common Law Institute of Intellectual Property, 1994, 18.

Anderzijds is het wel zo dat de formulering van artikel 4 quater Uv *adequaat genoeg* is om de meest voor de hand liggende free-rider-technieken tegen te gaan, hetgeen *de optiek van het Uv* is. Voor een Uniestaat met free-rider-intenties die een 'buitenlandse' uitvinding geen octrooibescherming wenst te verlenen, is het immers veel gemakkelijker om dit te bewerkstelligen door middel van verkoopsbelemmeringen of verkoopsbeperkingen dan door middel van een verkoopverbod.⁹³⁹

Een verbod om een uitvinding te publiceren zou echter ook een gemakkelijke ontsnappingsroute kunnen zijn. Juist deze problematiek van ongeoorloofde publicaties in de context van uitvindingen komt in het PCT voor.

C ARTIKEL 21, LID 6 PCT

1 Beschrijving

677 Het PCT heeft tot doel om wereldwijd de aanvragen van octrooien voor een zelfde uitvinding te vereenvoudigen. Daartoe creëerde het PCT de optie om één enkele aanmelding hetzij bij de nationale overheid van het land van de verzoeker, hetzij bij een regionaal gecentraliseerde instantie te beschouwen als een aanvraag voor iedere op de lijst aangewezen verdragstaat. Na afloop van een internationaal nieuwheidsonderzoek en eventueel na afloop van een niet bindende internationale voorlopige beoordeling, wordt de aanvraag naar de aangewezen verdragsstaten doorgestuurd.⁹⁴⁰

678 In tegenstelling tot artikel 4 quater Uv, verwijst artikel 21, lid 6 PCT wel naar de openbare orde en de goede zeden.⁹⁴¹ Daarenboven beperkt artikel 21, lid 6 PCT zich niet tot de openbare orde en de goede zeden, maar het heeft het ook over 'kleinerende opmerkingen'. Nochtans houdt artikel 21, lid 6 PCT geen beperking van de verdragsexceptie in, want het is helemaal geen verdragsexceptie:

"Indien de internationale aanvraag uitdrukkingen of tekeningen bevat die naar het oordeel van het Internationale Bureau in strijd zijn met *de goede zeden of de openbare orde* of indien naar zijn oordeel de internationale aanvraag *kleinerende opmerkingen* bevat, zoals omschreven in het Reglement, kan het zodanige uitdrukkingen, tekeningen en opmerkingen *uit haar publicaties weglaten, met vermelding van de*

⁹³⁹ Dit argument werd echter niet expliciet gehanteerd om de ingevoerde beperking van de verdragsexceptie te verantwoorden.

⁹⁴⁰ F. GOTZEN, o.c., 10 en G. TRITTON, *Intellectual Property in Europe*, Londen, Sweet & Maxwell, 1996, 37.

⁹⁴¹ Het is onduidelijk of dit de diverse interne openbare ordes van de verdragsstaten betreft of dat dit een werkelijk internationale openbare orde betreft.

plaats en het aantal woorden of tekeningen dat is weggelaten en kan het *op verzoek* afzonderlijke afschriften van de weggelaten passages *verstrekken*."

2 Analyse

679 Immers op grond van deze bepaling ontsnappen verdragsstaten niet aan hun verdragsverplichtingen. Artikel 21, lid 6 PCT voorziet enkel in de mogelijkheid om bepaalde passages uit de internationale publicatie *weg te laten, zonder dat dit octrooirechtelijke gevolgen heeft*, want elke verdragsstaat beslist afzonderlijk of de strijdigheid met de goede zeden of de openbare orde, of kleinere opmerkingen al dan niet een grond vormen om een octrooi te weigeren. Het PCT beoogt immers geen harmonisatie van het substantiële octrooirecht, maar *enkel een efficiënte bundeling van middelen*. Het PCT *behoeft* dan ook *geen* verdragsexceptie die op ongeoorloofdheidsgronden steunt.

680 Om deze efficiënte bundeling van middelen te kunnen bewerkstelligen, moet het PCT zich wel zo soepel (lees verdraagzaam) mogelijk opstellen. Dit verklaart de formulering van artikel 21, lid 6: de PCT-route mag niet dienen om elke (denkbare) niet-publicatie grond uit de nationale of regionale (lees Europese) aanmeldingsroutes te omzeilen.

Anderzijds mag het publicatiebeleid van PCT-Staten die 'liberalere' opvattingen huldigen, hierdoor niet in het gedrang komen. Dit wordt bewerkstelligd door de gedetailleerde vermelding van de weglating en door de mogelijkheid tot het verstrekken van de weggelaten passages aan de eventuele verzoekers.⁹⁴²

§3 Uitdieping: het Europese harmonisatieniveau

A HISTORISCH-SYSTEMATISCH KADER

681 Enkele multilaterale octrooiverdragen met een specifiek Europese focus vullen de huidige waaier aan multilaterale octrooiverdragen met een internationale focus verder aan en diepen ze nog meer uit. Dit Europese luik is het resultaat van een beweging die in 1955 (dus nog voor het Herzieningsverdrag van Lissabon) onder de hoede van de *Raad van Europa* was gestart en die tot drie belangrijke

⁹⁴² Vraag is in welke mate dit in de praktijk ook effectief gebeurt.

octrooiverdragen zou leiden. Het doel was om in het beste geval tot een gezamenlijk octrooi te komen, of om in het slechtste geval de werklust van de diverse nationale octrooi-instanties te verlichten.⁹⁴³ Voorlopig werd enkel deze minimale doelstelling behaald.

682 Deze drie multilaterale Europese octrooiverdragen zijn in chronologische volgorde: het Verdrag van Straatsburg uit 1963⁹⁴⁴, het Europees Octrooiverdrag uit 1973⁹⁴⁵ en het Gemeenschapsoctrooiverdrag uit 1975⁹⁴⁶. Deze chronologische volgorde is niet zonder belang, want elk verdrag bouwde op de verwezenlijkingen van de vorige verdragen voort.

Het Verdrag van Straatsburg vormde een belangrijke breuk met het verleden, doordat het de wezenlijke beginselen van het octrooirecht op een verstrekkende wijze harmoniseerde. Zo harmoniseerde dit verdrag onder meer de beginselen van nieuwheid en uitvinderswerkzaamheid.

Nadien heeft het EOv deze substantiële beginselen van het Verdrag van Straatsburg in haar verdragstekst geïncorporeerd. De overname van deze beginselen gebeurde wel niet altijd even letterlijk. Dit is onder meer het geval met de verdragsexceptie. Daarom volgt eerst een beschrijving en analyse van het Verdrag van Straatsburg.

Het EOv, dat een geüniformiseerde octrooiverlening inhoudt, werd op haar beurt *aangevuld* door het GOV dat een werkelijk communautair Europees octrooi in het leven zou moeten roepen. Hierdoor zou op communautair Europees niveau het territorialiteitsbeginsel in zeer ruime mate naar het Communautaire niveau worden overgeplant. Eenmaal het GOV van kracht zou zijn, zouden vooral de buitengrenzen van de Europese Gemeenschap nog relevant zijn.⁹⁴⁷ Afgezien van het feit dat het GOV tot op heden niet in werking is getreden, is dit verdrag met betrekking tot de formulering van de verdragsexceptie niet belangrijk, aangezien het hiervoor naar het EOv verwijst.⁹⁴⁸

⁹⁴³ Voor een uitvoerige beschrijving van de onderlinge wisselwerking bij de ontstaansgeschiedenis van dit verdragsrechtelijke drieluik zie E. ARMITAGE en I. DAVIS, *o.c.*, 3-4 en 21-24.

⁹⁴⁴ Verdrag van Straatsburg van 27 november 1963 betreffende de eenmaking van enige beginselen van het octrooirecht (verkort geciteerd Verdrag van Straatsburg), Goedkeuringswet 8 juli 1977, *B.S.* 30 september 1977, p. 11971, tekst van het verdrag in bijlage bij *B.S.* 7 oktober 1977.

⁹⁴⁵ Verdrag van München van 5 oktober 1973 inzake de verlening van Europese octrooiën (verkort geciteerd Europees Octrooiverdrag of EOv), *B.S.* 7 oktober 1977, zoals gewijzigd door de Internationale Akte van München tot wijziging van artikel 63 EOv, *B.S.* 10 juli 1977.

⁹⁴⁶ Verdrag van Luxemburg van 15 december 1975 betreffende het Europees octrooi voor de gemeenschappelijke markt (verkort geciteerd Gemeenschapsoctrooiverdrag of GOV), Goedkeuringswet 8 juli 1977, *B.S.* 30 september 1977, p. 11971, tekst der verdragen in bijlage bij *B.S.* 7 oktober 1977, gewijzigd door het akkoord van Luxemburg van 15 december 1989, *Publ. L* 401 30 december 1989.

⁹⁴⁷ Naast dit Communautaire octrooi zouden de nationale octrooiën ook nog blijven voortbestaan. F. GOTZEN, *o.c.*, 12.

⁹⁴⁸ Artikel 57 in de oorspronkelijke tekst van 1975 en artikel 56 in de gewijzigde tekst van 1989.

Na de totstandkoming van het EOv en van het GOv was de taak van het Verdrag van Straatsburg voltooid. Om die reden wordt het Verdrag van Straatsburg niet vaak meer geciteerd.

B EERSTE FASE: ARTIKEL 2 § A) VAN HET VERDRAG VAN STRAATSBURG

1 Beschrijving

683 Zoals hierboven uiteengezet, had het Verdrag van Straatsburg de harmonisatie van enkele wezenlijke beginselen van het octrooirecht tot doel om zo later de octrooiverlening te kunnen harmoniseren en eventueel tot een gemeenschappelijk octrooi te komen. Onder deze wezenlijke beginselen verstanden de opstellers van het Verdrag van Straatsburg de technische beginselen van nieuwheid, uitvindingswerkzaamheid, industriële toepasbaarheid en de rol van de conclusies en van de beschrijving.⁹⁴⁹ In een dergelijke optiek kon free-riding niet langer worden geduld. Om die reden en mogelijk ook mede door een beperking tot louter Europese gesprekspartners (in tegenstelling tot het internationale Uv en haar Herzieningsverdrag van Lissabon) bevat het Verdrag van Straatsburg een veel stringentere verdragsexceptie.

Artikel 2 § a) luidt er als volgt:

"De Verdragsluitende Staten zijn niet gehouden octrooi te verlenen voor:

- a) uitvindingen waarvan *de openbaarmaking of de toepassing* strijdig zou zijn met de openbare orde of de goede zeden, met dien verstande dat *niet als strijdig* in deze zin zal worden beschouwd *het enkele feit*, dat de toepassing van een uitvinding door een wettelijke of reglementaire bepaling wordt *verboden*;"

2 Analyse

A PERMISSIEVE BEWOORDING, PROHIBITIEVE BEPALING

684 Artikel 2 § a) van het Verdrag van Straatsburg heeft een permissief geformuleerde aanhef "Verdragsluitende Staten zijn *niet gehouden* octrooi te verlenen voor...", die blijkbaar te verklaren is doordat deze bepaling pas laat in de ontwerp teksten werd ingelast met de bedoeling om de desbetreffende *bestaande nationale praktijken in stand te kunnen houden*.⁹⁵⁰

⁹⁴⁹ Art. 3-8. Zie ook E. ARMITAGE en I. DAVIS, o.c., 4.

⁹⁵⁰ E. ARMITAGE en I. DAVIS, o.c., 16-17.

Nochtans verwerpt het, net zoals artikel 4 quater Uv, een aantal gronden waarop een lidstaat zich zou kunnen beroepen om aan een uitvinding toch geen octrooi te verlenen. Verderop zal blijken dat de opstellers van het verdrag hierbij toch bepaalde gangbare nationale weigeringsgronden hebben verboden.

685 Het prohibitief karakter van artikel 2 § a) (en b) van het Verdrag van Straatsburg blijkt dan ook pas wanneer deze bepaling in samenhang met artikel 1 van ditzelfde verdrag wordt gelezen. Dit artikel 1 *gebiedt* immers dat:

"In de Verdragsluitende Staten zal octrooi worden verleend voor iedere uitvinding die voor toepassing op het gebied van de nijverheid vatbaar is, nieuw is en op uitvinderswerkzaamheid berust..."⁹⁵¹

Uit het samenlezen van beide artikelen blijkt dat de Verdragsluitende Staten *enkel* nog aan hun verdragsrechtelijke octrooieringsverplichting kunnen ontsnappen, *voor zover* het Verdrag van Straatsburg de door hen opgeworpen exceptie van ongeoorloofdheid *vermeldt*. Deze houding is begrijpelijk aangezien dit verdrag de weg diende te bereiden voor een zo eengemaakt mogelijk Europees octrooirecht.

B HET VERWERPEN VAN DE ONGEOORLOOFDE OCTROOI-BESCHERMING, MAAR MET OVERGANGSTERMIJN

686 Zo heeft artikel 2 § a) het *enkel* over de ongeoorloofdheid van de uitvinding en *niet* over de ongeoorloofdheid van het door middel van een octrooi (willen) verhinderen dat derden de uitvinding zouden exploiteren. Op grond van wat hierboven werd gesteld, betekent dit dat een lidstaat dit laatste voor geen enkele uitvinding kan verbieden. Deze mogelijke vorm van ongeoorloofdheid lag toen blijkbaar niet gevoelig.

Dit blijkt onder meer uit het feit dat artikel 12 in § 1a) en 2a) uitdrukkelijk de mogelijkheid voorzag dat Verdragsstaten zich bij de ondertekening of bij de neerlegging van hun akte van bekrachtiging, aanvaarding of toetreding zich het recht konden voorbehouden om gedurende tien jaren niet te voorzien in octrooiverlening voor onder meer "levensmiddelen en farmaceutische producten op zichzelf,..."
Gedurende die periode kon het willen octrooieren van dergelijke uitvindingen op zich nog ongeoorloofd zijn, zonder dat dit in strijd met de openbare orde hoefde te zijn.

⁹⁵¹ Ibid.

C HET AANVAARDEN VAN DE ONGEORLOOFDE UITVINDING, MITS VOORWAARDEN

687 De vorige afdeling stelde dat een uitvinding maar ongeoorloofd kan zijn indien geen enkele toepassing geoorloofd is. Maar dan nog is niet elke ongeoorloofde uitvinding strijdig met de openbare orde of de goede zeden. Dit laatste vereist bijkomend dat elke toepassing van deze uitvinding met de openbare orde en goede zeden in strijd is.

De opstellers van het Verdrag van Straatsburg waren zich hiervan bewust, net zoals zij er zich van bewust waren dat bijvoorbeeld de Britse octrooiwet van 1949 de ruimere strijdigheid met de (lees elke) wet hanteerde. Ondanks hun beslissing om de bestaande nationale praktijken in stand te houden, verkozen zij om de ongeoorlooftheid van de uitvinding als verdragsexceptie te beperken tot enkel die uitvindingen die met de openbare orde of de goede zeden strijdig waren.

688 Aangezien de Common-Law-landen het civielrechtelijke concept van de openbare orde niet kenden, opteerden de opstellers van het verdrag om de Franse term 'Ordre Public' in de Engelse versie over te nemen.⁹⁵² Voor de term goede zeden (*bonnes mœurs*) deden zij dit echter niet. Blijkbaar beschouwden zij de Angelsaksische term 'morality', zoals die in Sectie 10 van de Britse Patent Act uit 1949 voorkwam, als een synoniem van de goede zeden.

Het lijkt nogal *vreemd* dat het Common Law-begrip 'morality' identiek dezelfde betekenis zou hebben als het continentaal rechtelijke concept 'goede zeden', terwijl dit voor haar spitsbroeder openbare orde juist niet het geval is. Deze beslissing dient dan ook te worden betreurd, te meer daar een zuiver grammaticale lezing van 'morality' nog gemakkelijker dan een zuiver grammaticale lezing van de 'goede zeden' tot een foutieve interpretatie leidt. Iets waar de Angelsaksisch (geïnspireerde) doctrine spijtig genoeg niet van vrijwaard is gebleven⁹⁵³, met als resultaat een blijvend *misverstand*...

689 Het argument van de opstellers van het verdrag om de ongeoorlooftheid van de *exploitatie* van de uitvinding te beperken tot de strijdigheid met de openbare orde en goede zeden, was dat elk ander exploitatieverbod '*te gemakkelijk*' kort daarop kon worden opgegeven.⁹⁵⁴

⁹⁵² Het Angelsaksische "public order"-concept zou een heel andere betekenis hebben. E. ARMITAGE en I. DAVIS, *o.c.*, 18.

⁹⁵³ Zie bijvoorbeeld D. BEYLEVELD, *l.c.*, en P. DRAHOS, "Biotechnology", 441-449.

⁹⁵⁴ Vgl. E. ARMITAGE en I. DAVIS, *o.c.*, 18-19.

Dit vergt enige verduidelijking. Indien deze bepaling er niet was gekomen, had zich het volgende scenario kunnen voordoen. Geconfronteerd met de plotse gevolgen van deze harmonisatie van de substantiële beginselen van het nationale octrooirecht zou elke Verdragsstaat zich nog aan deze gevolgen hebben kunnen onttrekken, door tijdelijk wat belemmeringen op te werpen (inclusief een exploitatieverbod) en die na de octrooiweigering weer weg te nemen. Dit zou het Verdrag van Straatsburg onherroepelijk hebben ondermijnd. Een dergelijke ruime verdragsexceptie kon dan ook onmogelijk worden weerhouden.

690 Om te beklemtonen dat niet zomaar elk exploitatieverbod door de openbare orde of de goede zeden is ingegeven, werd er bijkomend de beperkende bepaling aan toegevoegd dat een dergelijke strijdigheid *niet zomaar kan worden afgeleid* uit "het enkele feit dat de toepassing van een uitvinding door een wettelijke of reglementaire bepaling wordt *verboden*." Het enkele feit van het toepassingsverbod blijkt dus enkel de *beginvoorwaarde* te zijn om te kunnen besluiten dat de exploitatie van de uitvinding met de openbare orde of de goede zeden in strijd zou kunnen zijn. Om dit te kunnen bewijzen zal de Verdragsstaat met een bijkomend en vooral met een beter argument moeten afkomen.

Artikel 2 § a) *geeft* echter *niet aan* wat *die bijkomende feiten* om tot een dergelijke strijdigheid te kunnen besluiten, wel zouden kunnen inhouden. Artikel 2 § a) vormt dan ook *enkel een negatieve beperking* van de inroepebaarheid van de interne openbare orde en goede zeden in een octrooirechtelijke situatie. Deze bepaling geeft *geen positieve invulling* aan wat in het interne recht onder die begrippen moet worden verstaan. Dit blijft er een zuiver nationale (internrechtelijke) aangelegenheid.

691 Een *bijkomend argument* voor de beperking tot een strijdigheid met de openbare orde en de goede zeden, was het feit dat een verkoopverbod voor de interne markt *niet noodzakelijk een uitvoerverbod inhoudt*.⁹⁵⁵ Dit verklaart ook waarom artikel 2 § a) het niet over de ongeoorloofdheid van de commercialisatie van de uitvinding heeft, maar wel over de ongeoorloofdheid van haar exploitatie. Enkel deze laatste situatie zou nog een geldige verdragsrechtelijke exceptiegrond kunnen vormen. De opstellers van het Verdrag van Straatsburg maakten hierdoor niet de fout die de Belgische tegenstanders van een octrooiverbod voor geneesmiddelen nog wel maakten.

⁹⁵⁵ E. ARMITAGE en I. DAVIS, *o.c.*, 19.

Zoals de vorige afdeling al aangaf, valt de beoordeling van het voorwerp van de uitvinding ruimer uit indien de geoorlooftheid van de commercialisatie dan wel indien de geoorlooftheid van de exploitatie wordt beoordeeld.⁹⁵⁶ De formulering van artikel 2 § a) van het Verdrag van Straatsburg houdt dan ook een beperking van deze weigerings- en nietigheidsgrond in. Een uitvinding die wel nog mag worden toegepast (= geëxploiteerd), moet bijgevolg octrooieerbaar zijn, zelfs indien elke binnenlandse commercialisatie van die uitvinding als een schending van de openbare orde en de goede zeden zou worden beschouwd.⁹⁵⁷

692 De kritiek die bij artikel 4 quater Uv werd geformuleerd, blijft ook hier gelden, namelijk ook een exploitatieverbod dat gebaseerd is op een strijdigheid met de openbare orde of de goede zeden heeft een tijdsgebonden en dus veranderlijk karakter. Een later opheffen van dit exploitatieverbod houdt in dat de uitvinder de eindelijk toegelaten exploitatie van zijn uitvinding niet tegen de concurrentie door derden kan beschermen, voor zover zijn (niet verkregen) beschermingstermijn natuurlijk nog niet zou zijn verstreken.⁹⁵⁸

Daarnaast is het nog maar de vraag hoe dat er in het licht van de huidige razendsnelle technologische ontwikkelingen met haar *tot voor kort ondenkbare* nieuwe types van uitvindingen en toepassingen een octrooibureau met voldoende kennis van zaken zou kunnen inschatten of elke exploitatie van een dergelijke uitvinding ongeoorloofd zou zijn, laat staan het voortbestaan van onze moderne Westerse maatschappijen wezenlijk zou bedreigen. Het vergt tijd om een nieuw type uitvinding op haar maatschappelijke kwaliteiten en gebreken in te schatten. Een eerste, en daardoor nog oppervlakkig, negatief oordeel zou voor de uitvinder zware gevolgen kunnen hebben. Voorwaar een uiterst veeleisende opgave voor de octrooiadministratie.

⁹⁵⁶ Strikt genomen kan er dan eigenlijk geen sprake zijn van de ongeoorlooftheid van de uitvinding. Een uitvinding is immers iets dat in eerste instantie kan worden geëxploiteerd (industriële toepasbaar zijn). Deze exploitatie kan gerust met een commerciële bedoeling zijn ingegeven, maar dit laatste gaat al niet meer over de geoorlooftheid van de uitvinding. Zie randnummers 665-666.

⁹⁵⁷ Bijvoorbeeld de productie en de verkoop aan vreemde mogendheden (export) van wapens die in het eigen land niet mogen worden gecommercialiseerd?

⁹⁵⁸ Zie randnummer 676.

D HET AANVAARDEN VAN DE ONGEORLOOFDE OPENBAARMAKING VAN DE UITVINDING, MITS VOORWAARDEN

693 Gezien de hoger uiteengezette gevolgen van de samenlezing met artikel 1 van het Verdrag van Straatsburg houdt de vermelding van de openbaarmaking in artikel 2 § a) in dat deze ongeoorloofde grond van de uitvinding als verdragsrechtelijke exceptie kan blijven bestaan.

De aangehaalde Belgische octrooidoctrine repte echter met geen woord over uitvindingen waarvan de publicatie ongeoorloofd was.

Vanuit een zuiver Belgisch perspectief lijkt het bestaan van een dergelijke ongeoorloofde grond dan ook nogal vreemd, maar bijvoorbeeld in het Verenigd Koninkrijk bestond dit echter wel. Daar behoorde het tot de algemene exceptie van het koninklijke prerogatief (Royal Prerogative) om uitvindingen waarvan de publicatie als *génant* werd ervaren, toch geen octrooibescherming te verlenen. Nochtans kwam deze uitsluitingsgrond in geen enkele van de opeenvolgende Patents Acts uitdrukkelijk voor.⁹⁵⁹

694 Wederom beperkten de opstellers van het verdrag deze exceptie tot de strijdigheid met de openbare orde en goede zeden, wat, bijvoorbeeld in het Verenigd Koninkrijk, tot dan toe niet het geval was. Het beperken van de gangbare Britse praktijk tot enkel die publicaties die met de openbare orde en goede zeden strijdig zijn, zou kunnen worden verklaard door de vrees dat het anders voor 'weerspannige' Verdragsstaten wat al te gemakkelijk zou zijn om onder hun Verdragsverplichtingen uit te komen.⁹⁶⁰ Een tijdelijk publicatieverbod is zo mogelijk nog vlugger te 'regelen' en na de octrooiweigering nog vlugger te 'herroepen', dan het creëren van een verkoopsbelemmering of -verbod als uitvlucht om niet te moeten octrooieren. Bovendien kan de verkoop van de zo niet octrooieerbare uitvinding onbelemmerd doorgaan. De verleiding kon wel eens te groot zijn...

695 Dit verklaart meteen ook waarom deze schijnbaar onzinnige verdragsexceptie voorkomt. Onzinnig, omdat het moeilijk voor te stellen is hoe een uitvinding wel exploiteerbaar zou kunnen zijn, zonder dat ze publiceerbaar kan zijn, vooral wanneer zowel de ongeoorloofde van de publicatie als de ongeoorloofde van de uitvinding enkel worden weerhouden wanneer zij met de openbare orde of de goede zeden in strijd zijn.

⁹⁵⁹ 1949 Patents Act S. 102. E. ARMITAGE en I. DAVIS, *o.c.*, 18-20 en 30-33.

⁹⁶⁰ Deze verklaring is slechts een hypothese, want de doorgenomen literatuur geeft hierover geen aanwijzingen.

Alleen hebben de opstellers van het Verdrag van Straatsburg vergeten om aan te geven dat niet zomaar elk publicatieverbod door de openbare orde of de goede zeden kan zijn ingegeven. Ze hebben dus vergeten om te stellen dat het enkele feit van het publicatieverbod slechts een *beginvoorwaarde* is om te kunnen besluiten dat de publicatie van de uitvinding met de openbare orde of de goede zeden in strijd zou zijn en dat de Verdragsstaat daartoe met een bijkomend en vooral met een beter argument zal moeten afkomen.⁹⁶¹

Hoe dan ook in de praktijk bleef deze vergetelheid toch zonder gevolgen, want de Verdragsstaten hebben er blijkbaar geen misbruik van gemaakt, waardoor de harmonisatie van het substantiële octrooirecht toch het beoogde effect scoorde.

696 Daarnaast wijst het bestaan van dit publicatieverbod ook op een *onbehagen* van de overheid (*in casu* de Britse) om door die maatschappelijk betwiste publicatie *in verlegenheid te worden gebracht*, terwijl de niet verboden exploitatie van de uitvinding (door de uitvinder, maar ook door iedere geïnteresseerde derde) voor de overheid maatschappelijk minder *gênant* was.

De overheidspublicatie van een uitvinding (een actieve daad) wekt immers nog vlugger de indruk van een officiële goedkeuring, dan het louter passief gedogen van de exploitatie van, bijvoorbeeld, uitvindingen die zich in het domein van de seksualiteit en de voortplanting situeren.⁹⁶² De seksuele revolutie kwam er immers nog maar aan, dankzij precies uitvindingen in dit domein...

697 Tenslotte nog even terugkoppelen naar de formulering van artikel 21, lid 6 PCT. Gewoon om aan te geven dat deze bepaling die van jongere datum is, duidelijk de invloed van dit artikel 2 § a) onderging.⁹⁶³

E GEEN RUIMTE VOOR TOEKOMSTIGE ARGUMENTEN OM NIET TE OCTROOIEREN

698 Artikel 2 § a) heeft het niet over de ongeoorloofde wijze waarop de uitvinding tot stand is gekomen, want net zoals bij de oude Belgische octrooidoctrine werd dit toen nog niet als problematisch ervaren. Onder meer door de informed consent-problematiek is dit nu even anders. Deze en andere in de

⁹⁶¹ Dit bijkomend argument zou er op neer kunnen komen dat het publicatieverbod is ingegeven, door het door (delen van) de maatschappij zedelijk betwiste karakter van bepaalde uitvindingen op het vlak van de seksualiteit. Zie ook de beschouwingen van E. ARMITAGE en I. DAVIS, *o.c.*, 17 en 30-33.

⁹⁶² Alhoewel, zie de opmerkingen van de oude Belgische octrooidoctrine in de voetnoten 923 en 924.

⁹⁶³ Zie randnummer 679 en 680.

toekomst eventueel als noodzakelijk aangevoelde ongeoorloofde gronden kunnen dan ook niet als verdragsexceptie worden ingeroepen.

Op basis van de doelstelling van het verdrag om de substantiële beginselen van het octrooirecht op een Europese schaal een te maken, ziet het er naar uit dat *enkel een verdragwijziging een uitbreiding van de verdragsexceptie* zou kunnen bewerkstelligen. Enkel zo zouden ongeoorloofde gronden die toen nog niet waren voorzien (zoals de ongeoorloofde totstandkoming van de uitvinding), er toch nog onder kunnen vallen.

Aangezien het Verdrag van Straatsburg ondertussen haar praktische relevantie heeft verloren, zou ook het EOv, dat die eengemaakte beginselen incorporeerde, of een latere wijziging aan het EOv, een dergelijke uitbreiding van de verdragsexceptie mogelijk kunnen maken.

C TWEEDE FASE: ARTIKEL 53 § A) EUROPEES OCTROOIVERDRAG

1 Beschrijving

699 Het EOv creëert voor de octrooiaanvrager de mogelijkheid om naast de diverse nationale octrooi-verleningsprocedures slechts één enkele octrooi-verleningsprocedure te doorlopen, die, naar keuze, voor enkele of voor alle EOv-lidstaten geldt. Na het succesvol doorlopen van die ene octrooi-verlenings-procedure, bekomt de aanvrager een bundel van nationale octrooien, die elk van de *nationaal voorziene bescherming* genieten.

Het is het nationale octrooirecht dat onder meer blijft bepalen in welke mate de octrooihouder van de exclusiviteit van zijn exploitatie kan genieten, wat de gevolgen bij eventuele namaking zijn, wat er op het vlak van octrooicenties allemaal kan.⁹⁶⁴

700 Free-riding is echter absoluut onverenigbaar met een enkele octrooi-verleningsprocedure, want dit laatste vergt een eenvormige regeling van meerdere aspecten van het octrooirecht. Dit zijn er meer dan hetgeen het Verdrag van Straatsburg reeds wist te harmoniseren. Daarom harmoniseert het EOv ook nog eens de gronden waarop de nietigheid van een *Europees verleend* octrooi kan worden bepleit.⁹⁶⁵

⁹⁶⁴ F. GOTZEN, o.c., 11-12.

⁹⁶⁵ Artikel 138 EOv dat onder meer (in haar lid 1 a) verwijst naar de artikelen van het hoofdstuk van de octrooierbaarheid van een uitvinding (artikel 52 tot en met 57).

De EOVLidstaten, zoals België, hebben deze nietigheidsgronden meteen ook voor hun nationaal verleende octrooien toepasselijk verklaard. Sindsdien zijn de nietigheidsgronden van de verschillende EOVLidstaten op een eenvormige en limitatieve wijze geregeld.

701 Een van deze eenvormige en limitatieve nietigheidsgronden, met name artikel 53 § a) EOVL, beroept zich op de strijdigheid van de openbare orde en de goede zeden:

"De Europese octrooien worden niet verleend voor:

a) uitvindingen waarvan *de openbaarmaking of de toepassing* strijdig zou zijn met de openbare orde of met de goede zeden, met dien verstande dat *niet als strijdig* in deze zin zal worden beschouwd *het enkele feit* dat de toepassing van de uitvinding in alle of één of meer Verdragsluitende Staten door een wettelijke of reglementaire bepaling is *verboden*."

Artikel 53 § a) vormt een van de bepalingen waarbij het EOVL een van het Verdrag van Straatsburg *afwijkende formulering* hanteert. Dit verschil in formulering blijkt niet zonder gevolgen te zijn.

Hierna volgt enkel een bespreking van deze verschillen en hun (eventuele) gevolgen.

2 Analyse

A VERPLICHTE, MAAR BEGRENSENDE ONGEOORLOOFDHEIDSGRONDEN

702 De doelstelling van het EOVL om één enkele octrooiverleningsprocedure aan te bieden en de daartoe noodzakelijke harmonisatie van de nietigheidsgronden, boden de opstellers van het EOVL slechts *twee lijnrecht tegenover elkaar staande opties*. Ofwel sloten ze elke verdragsrechtelijke exceptiegrond uit, ofwel, zoals gebeurde, legden ze bepaalde ongeoorloofdheidsgronden aan alle EOVLidstaten verplicht op. Elke andere optie zou de doelstellingen van het EOVL hebben ondermijnd.

Artikel 53 EOVL *legt* dan ook de ongeoorloofdheidsgronden als gemeenschappelijke weigerings- en nietigheidsgronden op. Hierin onderscheidt het zich van artikel 4 quater Uv en artikel 2 § a) van het Verdrag van Straatsburg. Dit blijkt al uit de aanhef van artikel 53 EOVL: "Europese octrooien *worden niet verleend voor*".

703 De EOVLidstaten zijn dan ook *niet vrij om* op basis van hun eventueel 'liberalere' opvattingen deze weigerings- en nietigheidsgrond voor Europees verleende octrooien *niet* in hun nationale octrooiwetten op te nemen. (Neem bijvoorbeeld de EOVLidstaten voor wie tot dan de ongeoorloofde publicatie van de

uitvinding geen grond vormde om een octrooi te weigeren.) De EOVLidstaten behouden natuurlijk hun vrijheid voor nationaal verleende octrooien, maar hebben dit niet gedaan.⁹⁶⁶

Evenmin duldt het EOVL het hanteren van restrictievere weigerings- en nietigheidsgonden voor Europees verleende octrooien. Het sluit dan ook elke andere exceptiegrond uit. Deze strikt opgelegde ongeoorloofdhedsgonden vormen een nagenoeg letterlijke weergave van artikel 2 § a) van het Verdrag van Straatsburg.

704 Vraag is of de overige verschillen met artikel 2 § a) van het Verdrag van Straatsburg de ongeoorloofdhedsgonden bijkomend beperken, dan wel verruimen, of tenslotte daar niets aan veranderen, alsook in welke mate zij nog uiteenlopend kunnen worden geïnterpreteerd. Dit zou immers de doelstellingen van het EOVL kunnen ondergraven.

Hierna volgt dan ook enkel een bespreking van de eventueel relevante verschillen.

B HET AANVAARDEN VAN DE ONGEOORLOOFDE UITVINDING, MITS VOORWAARDEN

705 Net zoals in artikel 2 § a) van het Verdrag van Straatsburg is *het enkele feit* dat de toepassing van de uitvinding verboden is, *onvoldoende* om tot de strijdigheid met de openbare orde of met de goede zeden te besluiten. Artikel 53 § a) heeft het daarbij wel over: "*in alle of één of meer Verdragsluitende Staten*".

Hierin verschilt zij van haar voorbeeld.

Zij voegt dit echter niet toe bij de strijdige publicatie van de uitvinding. Mogelijk had deze ongeoorloofdhedsgond haar praktische relevantie al verloren.⁹⁶⁷

706 Vraag is dan of het toepassingsverbod (de beginvoorwaarde) in één enkele, of in meerdere, of in alle lidstaten moet gelden. Hetzelfde geldt voor de vraag of dit verbod in één enkele, of in meerdere, of in alle lidstaten door een strijdigheid met de openbare orde of de goede zeden moet zijn ingegeven (bijkomende voorwaarde).

⁹⁶⁶ Zie randnummer 699.

⁹⁶⁷ Zie randnummer 695. Daarnaast was de seksuele revolutie toen ook al een feit. Zie voetnoot 961.

Een andere mogelijke verklaring is dat aangezien de opstellers van het Verdrag van Straatsburg een problematiek over het hoofd hebben gezien, de opstellers van het EOVL de door het EOVL geschapen extraproblematiek ook maar over het hoofd zagen.

De opstellers van het EOVL hebben immers de formulering "*in alle of één of meer Verdragsluitende Staten*" gewoonweg in de tekst van artikel 2 § a) van het Verdrag van Straatsburg ingelast. En zoals hoger al werd gesteld, vermeldt deze bepaling niet expliciet dat een louter publicatieverbod niet voldoende kan zijn om tot een strijdigheid met de openbare orde en de goede zeden te besluiten.

Daarenboven geeft artikel 53 § a) EOv niet aan wat er onder de begrippen openbare orde en goede zeden mag of moet worden verstaan. Bij gebrek aan een dergelijke invulling, blijft dit aan het interne recht voorbehouden, met alle hiermee gepaard gaande verscheidenheid van dien.

707 Aangezien artikel 138 EOv tot doel heeft om alle nietigheids- en weigeringsgronden voor een Europees verleende octrooien een te maken, *lijkt het aangewezen* om te vereisen dat de toepassing van de uitvinding in strijd zou zijn met de openbare orde en de goede zeden van *alle* lidstaten (bijkomende voorwaarde) en om die reden in *alle* lidstaten verboden is (beginvoorwaarde). Het feit dat die begrippen als gevolg van het stilzwijgen van het EOv, volgens het interne recht moeten worden begrepen en ingevuld, doet *geen afbreuk* aan deze interpretatie. Dit feit verhoogt enkel de drempel om tot een dergelijke strijdigheid te kunnen besluiten. Op die wijze kan de ‘eigenzinnige’ interpretatie en invulling van één enkele lidstaat de doelstellingen van het EOv niet ondergraven.

708 Die ‘eigenzinnige’ lidstaat beschikt immers nog steeds over de mogelijkheid om door het verbieden van de toepassing van een welbepaalde uitvinding, *haar octrooibescherming* in dat land *economisch onrendabel te maken*. Het is *dan aan de octrooihouder om te beslissen* of hij de jaarlijkse hernieuwingstaksen *als onrendabele onkosten wil blijven dragen*.

Die octrooihouder zal dit enkel doen, wanneer die hoopt of verwacht dat dit toepassingsverbod nog binnen de twintigjarige beschermingstermijn van het octrooi zou vervallen, of haar openbare orde en goede zeden karakter zou verliezen en dat hij de reeds gemaakte onkosten tijdens de nog resterende beschermingstermijn zal kunnen terugwinnen. Dit is een zuivere bedrijfseconomische beslissing. Deze optie houdt ook een stimulans voor het maatschappelijk debat in. Octrooihouders zullen in een dergelijk geval veel meer geneigd zijn om het maatschappelijk debat aan te gaan over de vraag of de toepassing van hun uitvinding al dan niet een met de openbare orde en de goede zeden strijdig karakter vertoont.

C EEN ‘TECHNISCH’ ONGEORLOOFDE OCTROOIBESCHERMING

709 Artikel 52 EOv verwoordt ‘technisch’ wat een octrooieerbare uitvinding kan uitmaken. Zo stelt § 4 dat diagnostische, therapeutische en chirurgische *methoden* niet octrooieerbaar zijn omdat die niet vatbaar zijn voor toepassing op het gebied van de nijverheid, hetwelk de derde technische octrooivoorwaarde

uitmaakt.⁹⁶⁸ Hier weerklinkt echter een deel van de discussie die ten tijde van de BOW-1854 omtrent de openbare orde en goede zeden heeft gewoed.⁹⁶⁹

§4 Mondiale harmonisatie

A TRIPs

1 Beschrijving

710 De opstellers van TRIPs willen voor het eerst op mondiaal niveau (lees: alle lidstaten van de WTO) materiële (maar ook procedurele) *regels* van octrooirecht *invoeren*. Dit heeft een harmoniserend effect tot *gevolg*.⁹⁷⁰

In de TRIPs-bepalingen die het octrooirecht harmoniseren, weerklinkt duidelijk de invloed van het EOV en van haar voorganger het Verdrag van Straatsburg, met dewelke de doelstellingen van TRIPs nog het meest mee overeenstemmen. Dit verschil, respectievelijk deze gelijkenis, in doelstellingen is voor de hierna volgende analyse van belang.

711 Tot die geharmoniseerde materiële regels van het octrooirecht behoort onder meer het voorwerp van een octrooi (art. 27). Artikel 27 § 2 omschrijft de door het TRIPs toegelaten verdragsrechtelijke exceptiegrond, terwijl in § 3 a) de uitsluiting van octrooiëring van artikel 52 § 4 EOV weerklinkt :

"2. De Leden *kunnen* van octrooierbaarheid uitsluiten uitvindingen waarvan het beletten van de *commerciële toepassing op hun grondgebied* noodzakelijk is ter bescherming van de openbare orde of de goede zeden, met inbegrip van de bescherming van het leven of de gezondheid van mensen, dieren of planten of ter vermindering van ernstige schade voor het milieu, mits deze uitsluiting niet slechts plaatsvindt omdat de *exploitatie* door de nationale wetgeving is verboden.

⁹⁶⁸ "Methoden voor behandeling van het menselijke of dierlijke lichaam door chirurgische ingrepen of geneeskundige behandeling en diagnosemethoden die worden toegepast op het menselijke of het dierlijke lichaam worden niet beschouwd als uitvindingen die vatbaar zijn voor toepassing op het gebied van de nijverheid in de zin van het eerste lid. Deze bepaling is niet van toepassing op voortbrengselen, met name stoffen of mengsels, voor de toepassing van één van deze methoden."

Zie ook randnummer 29 en 344.

⁹⁶⁹ Zie randnummer 634.

Overigens blijkt het niet zo technische karakter van deze uitsluiting uit de formulering van haar tegenhanger in TRIPs. Zie randnummer 714.

Het bestaan van deze bepaling bewijst hoe moeilijk het wel is om zogenaamd 'technische' en zogenaamd 'ethische' bepalingen van elkaar te scheiden. Vergelijk met randnummer 353, voor een ander voorbeeld van de onmogelijkheid om het octrooirecht op te delen in enerzijds zogenaamd zuiver 'technische' en anderzijds zogenaamd zuiver 'ethische' bepalingen.

⁹⁷⁰ G. VAN OVERWALLE, "TRIPs en het octrooirecht", *I.R.D.I.* 1997, 223.

3. De Leden *kunnen ook* van octrooieerbaarheid *uitsluiten*

a) diagnostische, therapeutische en chirurgische methoden voor de behandeling van mensen of dieren;"

2 Analyse

A PERMISSIEVE BEWOORDING, PROHIBITIEVE BEPALING

712 Net zoals bij artikel 4 quater Uv en artikel 2 § a) van het Verdrag van Straatsburg legt TRIPs geen verplichting op om een octrooi op basis van een ongeoorloofde grond niet te verlenen of nietig te verklaren. Aangezien TRIPs geen eengemaakt octrooi (verleningsregime) nastreeft is dit ook niet nodig. 'Liberalere' opvattingen moeten dan ook kunnen.

Artikel 27 § 2 TRIPs beperkt echter wel de mogelijke verdragsexcepties. Net zoals bij het Verdrag van Straatsburg blijkt dit slechts wanneer deze bepaling in samenhang met artikel 1 § 1 TRIPs wordt gelezen. Dit artikel voert een minimumbescherming voor intellectuele eigendomsrechten in:

"De Leden geven uitvoering aan de bepalingen van deze Overeenkomst. De Leden kunnen, maar zijn niet verplicht, in hun nationale wetgeving een uitgebreidere bescherming toepassen dan in deze Overeenkomst is vereist, mits deze bescherming niet in strijd is met de bepalingen van deze Overeenkomst. Het staat de Leden vrij de passende methode voor toepassing van de bepalingen van deze Overeenkomst binnen hun eigen rechtsstelsel en -praktijk te bepalen."

713 Net zoals het Verdrag van Straatsburg legt TRIPs dus slechts *minimum normen* op, waarbij TRIPs het beginsel overneemt dat wat niet uitdrukkelijk *in artikel 27 § 2 en 3 wordt vermeld*, niet toegelaten is. Al het overige wordt verworpen, niet vermeld betekent niet weerhouden. Dit is bijvoorbeeld het geval voor de niet meer vermelde ongeoorloofde publicatie van een uitvinding. Enkel door middel van een dergelijke limitatieve lijst kan TRIPs het free-rider-probleem effectief bestrijden, zeker onder de paraplu van de WTO en haar sanctieapparaat.

Het is dan ook opnieuw uitermate belangrijk om na te gaan welke ongeoorloofde gronden artikel 27 TRIPs nog uitdrukkelijk als verdragsrechtelijke exceptiegrond aanvaardt en om welke redenen het eventuele andere ongeoorloofde gronden stilzwijgend uitsluit.

B HET GEDOGEN VAN DE UITSLUITING VAN DIAGNOSTISCHE, THERAPEUTISCHE EN CHIRURGISCHE METHODEN

714 Artikel 27 § 3 a) TRIPs *gedooft* uitdrukkelijk de uitsluiting door artikel 52 § 4 EOv van de diagnostische, therapeutische en chirurgische methoden voor de behandeling van mensen of dieren, maar nergens verantwoordt het dit op technische gronden.⁹⁷¹ Evenmin erkent het dat een dergelijke octrooiaanvraag een met de interne openbare orde en goede zeden strijdig voorwerp zou kunnen hebben. Het erkent enkel dat de Verdragsluitende Staten dit van octrooieerbaarheid kunnen uitsluiten, maar het stelt ook niet meer dan dat.

C HET AANVAARDEN VAN DE ONGEOORLOOFDE UITVINDING, MITS ONDUIDELIJKE VOORWAARDEN

715 Op het eerste zicht heeft artikel 27 § 2 TRIPs het niet over de ongeoorloofdheid van de *exploitatie* van de uitvinding, maar wel over de ongeoorloofdheid van *commerciële toepassing* van de uitvinding, hetgeen een ruimere verdragsrechtelijke exceptiegrond is.⁹⁷²

Een grondigere analyse van deze bepaling geeft echter aan dat TRIPs een ander deel van de EOv- en Straatsburg-formulering niet in dezelfde zin wijzigde, namelijk: "mits deze uitsluiting niet slechts plaatsvindt omdat de *exploitatie* door de nationale wetgeving is verboden." Daarenboven handelt de ongeoorloofdheid van de uitvinding enkel over de commerciële toepassing *op het grondgebied* van de lidstaat. Deze afwijkende formuleringen maken er de interpretatie van deze bepaling niet gemakkelijker op. Wel is het zo dat de opstellers van het Verdrag van Straatsburg hadden gesteld dat een verkoopverbod voor de interne markt *niet noodzakelijk een uitvoerverbod inhoudt*.⁹⁷³ De vreemde formulering in TRIPs zou in die zin kunnen worden geïnterpreteerd, maar dit standpunt vereiste geen nieuwe formulering. Het is daarom evengoed mogelijk dat de opstellers van TRIPs zich er niet van bewust waren dat de ongeoorloofdheid van de exploitatie en de ongeoorloofdheid van de commercialisatie van de uitvinding niet volledig met elkaar kunnen worden gelijkgesteld.⁹⁷⁴

⁹⁷¹ Artikel 27 § 3 b) TRIPs *gedooft* wel ook nog een tweede uitsluiting, maar deze bepaling heeft een gedeeltelijk andere strekking.

⁹⁷² Zie randnummer 666.

⁹⁷³ Zie randnummer 691.

⁹⁷⁴ Zie de verwarring ten tijde van de BOW-1854 bij de tegenstanders van een octrooiverbod voor geneesmiddelen. Zie randnummer 665.

716 Het was daarentegen wel uitdrukkelijk de bedoeling om de ongeoorlooftheid van de *exploitatie* van de uitvinding als verdragsrechtelijke exceptiegrond te beperken tot enkel die ongeoorlooftheid waartegen de openbare orde en goede zeden bescherming vergen. De in randnummer 711 vermelde verbijzondering geeft de klassiek geworden opvatting weer dat een verbod om de uitvinding (te exploiteren of op het grondgebied van de betrokken lidstaat te commercialiseren) enkel de *beginvoorwaarde* kan zijn om tot een strijdigheid van de exploitatie van de uitvinding met de openbare orde of de goede zeden te kunnen besluiten.

In tegenstelling tot het Verdrag van Straatsburg en het EOV geeft TRIPs wel degelijk aan wat er onder die *bijkomende voorwaarde* kan en mag worden verstaan om tot een strijdigheid met de openbare orde en de goede zeden te besluiten. Zo kan of mag "de bescherming van het leven of de gezondheid van mensen, dieren of planten of ter vermindering van ernstige schade voor het milieu" hiertoe worden gerekend. Deze aanwijzing is noch verplichtend, noch limitatief.⁹⁷⁵

Een mogelijke verklaring voor deze aanpak is het feit dat de begrippen interne openbare orde en goede zeden hoofdzakelijk continentaal Europese begrippen zijn, die voor de rest van de wereld best wat toelichting mogen krijgen.⁹⁷⁶ Het is echter zeer de vraag of de gekozen formulering daar adequaat in slaagt. Naargelang wat men onder openbare orde en goede zeden verstaat, kan deze zogenaamde toelichting heel uiteenlopende betekenissen verkrijgen.

717 Bijvoorbeeld op basis van de door dit rapport verdedigde betekenis van de openbare orde en goede zeden duidt "bescherming van het *leven* of de *gezondheid* van mensen, dieren of planten of ter vermindering van *ernstige schade* voor het milieu" dat dit in het andere geval het voortbestaan van die gemeenschap in haar essentie zou bedreigen, zij het door de bedreiging van het leven of de gezondheid van individuele mensen, of van dieren of planten of zij het door ernstige schade aan het milieu. Zelfs de in dit rapport verworpen gelijkstelling van de openbare orde met het algemeen belang vergt nog steeds dat indien er op deze passage geen beroep zou worden gedaan, dit een *collectief* belang zou bedreigen, met alle afbakeningsproblemen van dien.⁹⁷⁷ Tenslotte zou een extreem grammaticale interpretatie van deze passage heel wat zaken in strijd met de openbare orde en goede zeden kunnen beschouwen, zelfs zaken die geen collectief belang vertegenwoordigen.

⁹⁷⁵ Voor dit laatste, zie de formulering "met inbegrip van".

⁹⁷⁶ Zie randnummer 688.

⁹⁷⁷ Zie het hoofdstuk over de interne openbare orde en goede zeden.

Enkel met betrekking tot de bescherming van het milieu, wordt er een zekere gradatie vereist, namelijk "ernstige". Maar wat dit "ernstige" verder inhoudt blijft onduidelijk. In ieder geval duidt het op een *discretionaire afweging* tussen enerzijds het *beschermen van de exploitatie* van de uitvinding en anderzijds de *risico's die de exploitatie van deze uitvinding zou inhouden*.

718 Precies deze neiging om discretionair een afweging te maken tussen nut en risico, weerklonk telkens opnieuw in de amendementen die het Europees Parlement aan de Biotechnologie Richtlijn wilde aanbrenge⁹⁷⁸. Deze amendementen situeerden zich ten tijde van het opstellen van TRIPs en er na. Dit wijst op een bepaalde tijdsgeest.⁹⁷⁹

Het weigeren of ontnemen van octrooibescherming neemt in de praktijk het risico dat met de exploitatie van die uitvinding gepaard kan gaan, niet weg. Zeker niet wanneer enkel de commercialisatie van de uitvinding, maar niet de exploitatie ervan wordt verboden (wat een van de mogelijke interpretaties van artikel 27 § 2 TRIPs zou kunnen zijn⁹⁸⁰).

B GEVOLGEN VOOR HET EO

1 In theorie

719 In ieder geval houdt TRIPs voor de EO-lidstaten geen bijkomende beperking van de ongeoorloofde gronden in. Gezien de modelfunctie van het EO bij het opstellen van de TRIPs-bepalingen, is dit te begrijpen. Zelfs de onhandige inlassing van de passage die de openbare orde en de goede zeden moet verduidelijken, kan niet zo worden geïnterpreteerd.

De enige uitzondering hierop is de uitsluiting van de publicatie van de uitvinding als exceptiegrond. Maar zoals hoger werd aangetoond, was deze exceptiegrond eigenlijk niet echt relevant van zodra ook de ongeoorloofde van de exploitatie van de uitvinding op een strijdigheid met de openbare orde en goede zeden moet steunen.⁹⁸¹

⁹⁷⁸ Zie randnummer 352. En zoals dit uiteindelijk toch nog tot de inlassing van lid 2 d) in artikel 6 van de Biotechnologie Richtlijn heeft geleid. Zie randnummer 354.

⁹⁷⁹ Voor een bespreking van wat die tijdsgeest zou kunnen inhouden, zie randnummers 743 -749.

⁹⁸⁰ Zie randnummer 715.

⁹⁸¹ Zie randnummer 695.

In theorie hebben de EOVLidstaten dan ook de mogelijkheid om hun verdragsexceptie te verruimen tot de strijdigheid van de commercialisatie van de uitvinding. Zij kunnen dit slechts doen door het EOVLidstaten verdrag in die zin te wijzigen

2 In de praktijk

720 Precies dit laatste zal gedeeltelijk gebeuren. De Diplomatieke Conferentie van 20-29 November 2000 die het EOVLidstaten heeft herzien, stelt de EOVLidstaten onder meer voor om artikel 53 § a) *in de zin* van de bewoordingen van artikel 27 § 2 TRIPs aan te passen. Hetgeen op zijn minst een eigenaardige ontwikkeling is. Eerst dient de bepaling van het EOVLidstaten als voorbeeld, om nadien in de mate dat TRIPs er toch nog van afwijkt, er te worden aan aangepast, terwijl TRIPs een volledig andere doelstelling nastreeft. Na ratificatie van het voorstel van de Diplomatieke Conferentie zou artikel 53 § a) EOVLidstaten bepalen dat:

"European patents shall not be granted in respect of:

(a) inventions the *commercial exploitation* of which would be contrary to "ordre public" or morality, provided that *such exploitation* shall not be deemed to be so contrary merely because it is prohibited by law or regulation in some or all of the Contracting States;"⁹⁸²

721 Zo zou onder meer de strijdigheid van de publicatie van de uitvinding met de openbare orde en de goede zeden verdwijnen. Belangrijker is echter de herformulering van de verdragsexceptie tot de (loutere) strijdigheid van de *commerciële* exploitatie. In tegenstelling tot artikel 27 § 2 TRIPs ontbreekt het deze nieuwe formulering van artikel 53 § a) EOVLidstaten niet aan duidelijkheid. De nieuwe formulering heeft het over de strijdigheid van de commerciële exploitatie en dit kan niet louter worden afgeleid uit feit dat *die* exploitatie verboden is (such exploitation, bedoeld wordt: de *commerciële* exploitatie van die uitvinding). Dit brengt het EOVLidstaten niet enkel op één lijn met TRIPs, maar ook met artikel 6, lid 2 c) van de Biotechnologie Richtlijn waarin "het gebruik van menselijke embryo's voor industriële of commerciële doeleinden" als strijdig met de openbare orde en de goede zeden wordt beschouwd. Wetenschappelijke of geneeskundige doeleinden worden er echter niet in uitgesloten.

⁹⁸² Diplomatic Conference 2000, 20 to 29 November 2000, Act revising the Convention on the grant of European patents (European Patent Convention) of 5 October 1973, last revised on 17 December 1991, OJ EPO Special Edition 2001 n° 1, 12.

Deze wijziging is dan ook niet zonder praktische betekenis, want blijkbaar mag de uitvinder van dergelijke geneeskundige toepassingen dan ook geen octrooibeschermtng genieten, terwijl derden zijn uitvinding wel vrij daartoe kunnen gebruiken.⁹⁸³

722 Tenslotte rest er nog de vaststelling dat de toelichting dat de bescherming van de openbare orde of de goede zeden ook "de bescherming van het leven of de gezondheid van mensen, dieren of planten of ter vermijding van ernstige schade voor het milieu" niet werd overgenomen. Hetgeen enkel kan worden toegejuicht.

C GEVOLGEN VOOR DIT RAPPORT: EEN ONAFGEWERKT ONDERZOEK

723 De beslissingen van de Diplomatieke Conferentie tonen aan dat het nuttig zou zijn om de bevindingen van dit rapport eens grondig aan alle voorbeelden van de Biotechnologie Richtlijn te toetsen, maar ook aan de standpunten van het Europees Octrooibureau.

Het beperkte tijds kader voor dit onderzoek liet hiervoor echter geen ruimte. Zo heel erg is dit echter niet omdat zowel de Europese Unie als het Europees Octrooibureau aan de hier geanalyseerde EOV- en TRIPs-bepalingen zijn gebonden. Daarenboven levert de reeds ondernomen analyse reeds voldoende stof tot conclusies. Deze komen in de volgende afdeling aan bod.

724 Een belangrijke onderzoeksvraag voor dit deel van het rapport was immers of de weigering van octrooibeschermtng aan een uitvinding die gebaseerd is op menselijk lichaamsmateriaal zonder dat daartoe de vereiste informed consent werd bekomen, eventueel als secundair, als bijkomend sanctiemechanisme dienst zou kunnen doen. Het antwoord op deze vraag wordt meteen verruimd tot alle soorten ongeoorloofd tot stand gekomen uitvindingen die met de openbare orde en de goede zeden in strijd zouden zijn.

De tweede en moeilijkste onderzoeksvraag voor dit deel was de vraag op welke wijze de openbare orde en de goede zeden in het octrooirecht in het licht van de morele horizon van onze moderne Westerse maatschappijen moeten worden begrepen. Het beantwoorden van deze vraag heeft niet alleen getoond

⁹⁸³ Niet te verwarren met de onderzoeksexceptie die bijvoorbeeld in België bestaat. Artikel 28 § 1 b) doet het recht van de octrooihouder niet uitsprekken tot het verbieden van "proefnemingen die het voorwerp van de geoctrooieerde uitvinding betreffen". Deze exceptie zou alle proefnemingen omvatten die gericht zijn op onderzoek van het geoctrooieerde voorwerp. (Wetenschappelijke) proefnemingen met het geoctrooieerde voorwerp gericht op iets anders horen daar echter niet onder. Zie G. VAN OVERWALLE, "Klinische proeven en volksgezondheid, naar een herijking van het algemeen belang in het octrooirecht", T.P.R. 2000, 928.

hoe dat dit met de finaliteit van het octrooirecht moet worden verzoend, maar ook met de betekenis en dus de functie van beide begrippen in de overige domeinen van het recht, domeinen waar ze trouwens onlosmakelijk mee verbonden zijn.

AFDELING 4

BEOORDELING VAN DE EVOLUTIE VAN DE VERDRAGSEXCEPTIE

725 Volledig afgewerkte besluiten naar voren schuiven is (altijd) onmogelijk. In plaats van dit te ambiëren, beoogt deze afdeling om door het formuleren van haar besluiten de bereidheid tot reflectie van de kritische lezer, en bijgevolg een verdere discussie, aan te wakkeren.

Daartoe worden deze besluiten nogal provocerend geformuleerd, net zoals dit bij de beschrijving van de aan de gang zijnde machtsverschuiving in de biomedische sector ook al gebeurde.⁹⁸⁴ Deze keer wordt niet de biomedische sector geïsoleerd, maar wel de octrooiwereld én haar critici. Het is nu eenmaal beter om een hevig, maar grondig debat te hebben, dan geen debat, of dan een oppervlakkig debat waarbij niemand de eigen vertrouwde stellingen durft te verlaten.

§1 Onmogelijk, maar ook niet wenselijk, om ongeoorloofd tot stand gekomen uitvindingen niet te octrooieren

A NU NIET MOGELIJK, MAAR IN DE TOEKOMST...

726 De enige twee soorten kwalificaties die telkens in min of meerdere mate als verdragsexceptie worden aanvaard, zijn enerzijds de diagnostische, therapeutische en chirurgische methoden, en anderzijds de met de openbare orde en goede zeden strijdige exploitatie, commercialisatie of publicatie van de uitvinding.

⁹⁸⁴ Zie randnummers 201-205.

Het ongeoorloofd tot stand komen van de uitvinding (zonder informed consent, op ongeoorloofde wijze verworven kennis van traditionele gemeenschappen, niet naleven van veiligheidsvoorschriften) komt (totnogtoe) nooit als verdragsexceptie voor. Al deze discussiepunten zijn immers van recentere datum dan de meeste octrooiverdragen met hun beperkte lijst van toegelaten verdragsexcepties. Het beperken van de gronden om een uitvinding octrooiverlening te weigeren, komt neer op het creëren van een zo groot mogelijke verdraagzaamheid, keuzevrijheid, binnen de dominante meerderheidsopvatting die tot het octrooirecht heeft geleid.

727 Uit de ondernomen analyse blijkt dat er geen constante lijn in de afbakening van de verdragsexcepties terug te vinden is. Oorspronkelijk was er een beperkende tendens aanwezig (Verdrag van Lissabon, Verdrag van Straatsburg), maar telkens de verdragsexceptie sindsdien in een bepaald domein werd beperkt, werd ze tegelijk in een ander domein opnieuw uitgebreid (EOV, TRIPs, Diplomatieke Conferentie).

Het is echter zeer de vraag of de opstellers zich hier wel altijd goed van bewust zijn geweest.

728 Dit ontbreken van een duidelijk uitgesproken beperkende of uitbreidende tendens, houdt in dat als gevolg van maatschappelijke druk een dergelijke uitbreiding van de verdragsexceptie nog steeds kan gebeuren. Om als EOVLidstaat een schending van de informed consent-vereiste in de nationale wetgeving als strijdig met de octrooirechtelijke openbare orde en de goede zeden te kunnen verklaren, is het wel vereist dat zowel TRIPs, als het EOVL in die zin zouden worden aangepast.

Het baat dan ook niet om, zoals de Belgische Wetgever zinnens is, een ongeoorloofd tot stand gekomen uitvinding te kwalificeren als een uitvinding waarvan de commerciële exploitatie strijdig is met de openbare orde of de goede zeden.⁹⁸⁵ Het valt immers zeer te bezien of de wetgever dan haar logica zou durven doortrekken en elke commerciële exploitatie van een dergelijke uitvinding zowel door de uitvinder als door derden (want er zou dan geen octrooibescherming zijn) op grond van strijdigheid met de openbare orde of de goede zeden zou durven te verbieden.

Indien de Belgische Wetgever bij haar standpunt blijft, moet zij als gevolg van haar verdragsverplichtingen deze logica tot zover doortrekken. Immers, voor zover de recentere octrooiverdragen de

⁹⁸⁵ Zie de versie van 31 mei 2001 in randnummer 332.

ongeoorloofde exploitatie, publicatie en commercialisatie van de uitvinding al als argument aanvaarden om tot de niet-octrooieerbaarheid van de uitvinding te beslissen, beperken zij dit meteen tot de ongeoorloofdheid wegens strijdigheid met de openbare orde en goede zeden. En TRIPS heeft met de WTO een alerte en geduchte waakhond...

Met andere woorden, indien België in haar voornemen volhardt om precies dit te doen, schendt ze momenteel haar verdragsverplichtingen ten opzichte van TRIPS en van het EOV. Dit geldt ook voor het niet octrooieerbaar stellen van andere soorten ongeoorloofd tot stand gekomen uitvindingen.

Daarboven is het gezien het karakter van het octrooirecht en haar sanctieregime absoluut af te raden een dergelijke verdragswijziging na te streven.

B ... NIET WENSELIJK, WANT

729 Het Belgische voornemen zou tot een loodzware procedure, maar vooral een *onaangepaste sanctie* leiden. Het recht vereist nochtans een zeker *evenwicht* tussen de schending van een norm en haar sanctie.⁹⁸⁶ De sanctie kan onder meer de correctie van die schending inhouden, bijvoorbeeld door een schadevergoeding, een herstel in de oorspronkelijke toestand. Het octrooirecht beschikt echter over niet veel andere sancties dan het *ontzeggen van octrooibescherming*.⁹⁸⁷

Het ontzeggen van octrooibescherming, staat dan ook op geen enkele wijze in verhouding tot de geschonden norm, omdat zij er op neer komt dat iedereen die uitvinding vrij mag exploiteren, commercialiseren. Naargelang de concrete schending zou deze sanctie te sterk of te zwak kunnen zijn. Deze sanctie houdt immers geen enkele correctie van de schending in. Dit is noch een herstel in de oorspronkelijke toestand⁹⁸⁸, noch een vorm van financiële schadevergoeding⁹⁸⁹. De uitvinding wordt immers gewoon verder geëxploiteerd. Sterker nog, iedereen kan die uitvinding dan vrij exploiteren.⁹⁹⁰

⁹⁸⁶ Zie bijvoorbeeld de vereisten die de Biomedische Conventie aan een adequate sanctie stelt. Zie randnummer 287 en 316-319.

⁹⁸⁷ Zo voorziet het octrooirecht bijvoorbeeld soms in de dwanglicentie. De context is echter heel anders dan hetgeen hier wordt besproken. Zie randnummers 658 -659.

Haar arsenaal aan sancties is immers niet of nauwelijks geëvolueerd, zeker in vergelijking met de rest van het interne recht dat tegenwoordig over een ruim en genuanceerd arsenaal aan sancties beschikt, waardoor de absolute nietigheidssanctie die de strijdigheid met de openbare orde en de goede zeden inhoudt, er slechts de ultieme sanctie vormt. Zie randnummer 528.

⁹⁸⁸ Bijvoorbeeld voor de schending van de weigering om lichaamsmateriaal voor onderzoeksdoeleinden te laten gebruiken, of voor de schending van de wens om dit lichaamsmateriaal niet voor militaire doeleinden te laten exploiteren (subjectiveringstendens, zie randnummer 209).

⁹⁸⁹ Hetgeen in het recht klassiek als alternatief of als aanvullende correctie wordt gebruikt.

⁹⁹⁰ Tenzij dit laatste juist als de adequate sanctie wordt beschouwd.

Er bestaat slechts één type van bijzondere situatie waarbij het 'aan een uitvinding ontzeggen van octrooibeschermt', een corrigerende werking zou kunnen hebben. Namelijk, wanneer de persoon van wie geen informed consent werd bekomen, niet had gewild dat de eventueel op basis van zijn lichaamsmateriaal gemaakte uitvindingen zouden worden geoctrooieerd.⁹⁹¹

730 Een bijkomend probleem is het grensoverschrijdend karakter van vele uitvindingen. Voor biotechnologische uitvindingen wordt er normaliter in meer dan een land octrooibeschermt aangevraagd en vele van die uitvindingen zullen in hun ontwikkelingsfase op de inbreng uit meerdere landen steunen. Zeker voor het gebruik van menselijk lichaamsmateriaal is dit zo, dergelijk onderzoek (zij het nu in een academische, dan wel in een industriële context) vergt soms zodanige aantallen heel specifieke stalen, dat die in meerdere landen over de wereld moeten worden ingezameld. Het bepalen wanneer een uitvinding al dan niet geoorloofd tot stand kan komen, wordt internationaal niet eenvormig ingevuld. Zo slaagt de Biomedische Conventie er al niet in om het (nader) gebruik van lichaamsmateriaal concreet en eenvormig te regelen.⁹⁹² Dit plaatst de Staat die bijvoorbeeld de schending van de informed consent-vereiste octrooirechtelijk wil sanctioneren, voor het probleem om zich uit te spreken over het schenden van normen in andere landen (die al dan niet over een sterk rechtssysteem beschikken, dus zowel Westerse landen, als onderontwikkelde landen). Dit gegeven stelt het rechtssysteem van een Staat die een dergelijke sanctionering overweegt, voor een onmogelijke opdracht. Indien meerdere staten dit zouden sanctioneren, bestaat er voor de onderzoekssector het risico dat die staten dit allemaal verschillend zullen invullen. Zo iets zou het onderzoek enkel maar bemoeilijken en ontmoedigen.

731 Daarenboven zou de ongeoorloofd tot stand gekomen uitvinding als verdragsexceptie fundamenteel verschillen van de verdragsexcepties die steunen op een uitvinding waarvan de exploitatie, publicatie of commercialisatie strijdig zou zijn met de openbare orde of goede zeden van de *staat die deze excepties zou inroepen*. Een in een derde staat ongeoorloofd tot stand gekomen uitvinding in de eigen staat om die reden geen octrooibeschermt verlenen, is dan ook een heel andere zaak.

⁹⁹¹ Dan rest er nog de onopgeloste kwestie hoe deze wil kan worden bewezen.

⁹⁹² Zie randnummers 308-311.

Een dergelijke verdragsexceptie zou dan ook steeds het risico inhouden dat zij zou worden misbruikt om bepaalde categorieën uitvindingen waar het eigen land niet sterk in staat, octrooibeschermt te ontzeggen. Een dergelijk risico botst met de nu bereikte internationale octrooiharmonisatie en de daarmee gepaard gaande verdraagzaamheid.

732 Daarnaast bedreigt een dergelijke sanctie een elementair beginsel van het moderne octrooirecht, namelijk het octrooi als een subjectief recht, waarbij de te octrooieren uitvinding niet discretionair mag worden beoordeeld op de eventuele verhouding tussen haar nut en haar risico.⁹⁹³ (Beide aspecten kunnen trouwens op het moment van de beoordeling tot octrooiering nooit volledig adequaat worden ingeschat.)

733 Het octrooirechtelijk sanctioneren van een op ongeoorloofde wijze tot stand gekomen uitvinding, houdt ook het risico op verzwijging in. Overtreders kunnen immers beslissen om de uitvinding geheim te houden en zo proberen te exploiteren, maar vooral zouden die kunnen proberen om hun overtrekking te camoufleren.

Dit kan als volgt verlopen. Gemakshalve bestaat in dit voorbeeld de ongeoorloofde wijze waarop de uitvinding tot stand is gekomen, uit het ontbreken van een informed consent. De niet-gerechtigde gebruikers van dit lichaamsmateriaal beseffen vooreerst dat ze op basis daarvan een *economisch interessante* uitvinding hebben ontwikkeld. Bijkomend beseffen zij dat hun uitvinding bij een eventuele exploitatie niet geheim te houden is, of dat die, gezien de technologische en wetenschappelijke tendensen, in de niet te verre toekomst nog door anderen kan worden uitgevonden. Het geheimhouden van de exploitatie is bijgevolg geen bedrijfseconomisch relevante optie.

Om hun uitvinding dan toch nog te kunnen octrooieren, proberen die uitvinders op dat moment alsnog een informed consent te bekomen. Deze informed consent hoeft niet noodzakelijk door de oorspronkelijke 'donor' te worden gegeven. Iemand anders met identiek dezelfde of vergelijkbare 'lichaamseigenschappen' is voldoende. Aangezien de octrooiverlenende overheid onwetend is over het bestaan van een eerste en onwillige 'donor', kan een bekomen informed consent als bewijslast al voldoende zijn. Gegeven de geringe variatie van het menselijk genoom is dit een best haalbare optie. (Dit laatste relateert onmiddellijk de eventuele stelling dat de 'donor' een deel van de winst zou moeten krijgen.⁹⁹⁴)

⁹⁹³ Zie randnummer 613.

⁹⁹⁴ Zie ook randnummer 315.

Uit dit voorbeeld blijkt hoe het octrooirechtelijk sanctioneren van bijvoorbeeld de informed consent-vereiste *volledig haar doel voorbij schiet en zelfs contraproductief* is.

734 Een dergelijke bureaucratische controle zou niets meer kunnen bereiken dan het louter *formeel controleren* of het vereiste informed consent-document wel werd ondertekend. Een dergelijke praktijk gaat volledig voorbij aan de maatschappelijke en ethische noodzaak om informed consents te bekomen die zowel formeel, als substantieel zijn, zowel ‘eng’, als ‘ruim’.⁹⁹⁵

735 Kortom, het octrooirechtelijk sanctioneren van de ongeoorloofde wijze waarop een uitvinding tot stand is gekomen, is ondoelmatig, procedureel (bewijslast en dergelijke) veel te zwaar, contraproductief en bedreigt zelfs de fundamenten van het octrooirecht. Anders gesteld, dit is *fundamenteel onvereenigbaar met het octrooirecht*.

Het niet naleven van de informed consent-vereiste in het octrooirecht bestraffen is dan ook niet mogelijk en niet wenselijk, zelfs niet als bijkomend sanctiemechanisme.⁹⁹⁶

§2 Andere conclusies op basis van de evolutie van de verdragsexceptie

A GEEN TRENDSETTENDE CONCRETISERING VAN DE ETHISCHE DIMENSIE

736 Dit hoofdstuk toont aan hoe er telkens opnieuw een gebrek aan inzicht bestaat in wat de strijdigheid met de openbare orde en de goede zeden in het octrooirecht kan en zou moeten inhouden, net zoals dat er onvoldoende besef leeft omtrent wat de precieze gevolgen van het ontbreken van octrooibescherming wel zijn. Of anders gesteld, hoe er wordt verward tussen de ongeoorloofdheid van het voorwerp van de octrooiaanvraag voor een welbepaalde uitvinding enerzijds en de ongeoorloofdheid van de publicatie, de exploitatie of de commercialisatie van die uitvinding anderzijds.

Het blijkt toch zo *moeilijk* te zijn om beide zaken en de door beide zaken vereiste sancties van elkaar *te onderscheiden*.

⁹⁹⁵ Zie randnummer 239.

⁹⁹⁶ Zie de onderzoeksvraag die in randnummer 323 werd gesteld.

737 Vooral bij het argument ten voordele van de ongeoorloofde publicatie van de octrooiaanvraag of van het octrooi als ongeoorloofdheidsgrond blijkt duidelijk dat de overheid niet publiekelijk gecompromitteerd *wilde* worden door het publiceren van in de maatschappij zedelijk sterk betwiste uitvindingen.⁹⁹⁷ Wilde, want deze *gêne* van overheidswege blijkt tegenwoordig te zijn verdwenen. Dit bewijst de noodzaak van een duidelijk maatschappelijk besef van wat een octrooi (verlening) nu precies inhoudt.⁹⁹⁸ De octrooigemeenschap heeft hier dan ook een publieke voorlichtingstaak te verrichten. Deze publieke *gêne* van de overheid speelt ook bij de ongeoorloofde commercialisatie of exploitatie van de uitvinding mee. Net zoals het publiceren van een octrooiaanvraag, wordt het verlenen van octrooi-bescherming aan een maatschappelijk betwiste uitvinding, door de gemeenschap te gemakkelijk als een soort officiële goedkeuring van die betwiste uitvinding beschouwd. De toegenomen impact van de biotechnologie samen met de ambivalente reacties van de maatschappij voor de potentiële mogelijkheden van de biotechnologie verklaren waarom TRIPs van het EOv is afgeweken door niet enkel de exploitatie, maar ook de commercialisatie van een uitvinding als verdragsexceptie te aanvaarden. Vanuit dit perspectief is het ook begrijpelijk dat de Diplomatieke Conferentie TRIPs hierin is gevolgd. Begrijpelijk, maar niet goed te keuren. Deze *gêne* van overheidswege zou zich evengoed kunnen voordoen wanneer de maatschappij zich scherp bewust zou worden van de wijze waarop een bepaalde (soort) te octrooieren uitvinding op een ongeoorloofde, of betwiste, wijze werd gerealiseerd. Bijvoorbeeld door het niet naleven van de informed consent-vereiste. Omwille van dit besef werd er hierboven zo grondig onderzocht of het wel opportuun kan zijn om zoiets eventueel bijkomend te sanctioneren door middel van een octrooirechtelijke kwalificatie als zijnde strijdig met de openbare orde en goede zeden.

738 Het is deze *gêne* bij de overheid en niet een zuiver ethisch geïnspireerde bekommernis die de wijze waarop de verdragsexceptie telkens opnieuw wordt afgebakend, gedeeltelijk mee heeft beïnvloed. Dit gegeven doet echter geen afbreuk aan het feit dat die steeds wijzigende afbakening zich in de *morele* horizon van de moderne *Westerse* maatschappij situeert.

⁹⁹⁷ Zie randnummer 696.

⁹⁹⁸ Zie voor de in dit rapport verdedigde formulering van de precieze inhoud van het octrooirecht randnummer 740.

B WEL HET CONTINU HERBEVESTIGEN VAN EEN ALGEMEEN POSITIEF WAARDEORDEEL

739 Deze gêne bij de overheid *verklaart echter onvoldoende* waarom er soms toch nog de *neiging* bestaat om bij de beoordeling van de octrooiaanvraag *discretionair* een *waardeoordeel* uit te spreken, een (waarden) afweging te maken tussen het eventuele *nut en risico* van een specifieke uitvinding.⁹⁹⁹ Deze neiging bedreigt immers een essentieel kenmerk van het moderne octrooirecht, namelijk het subjectief recht op octrooibescherming dat aan elke uitvinder toekomt van zodra zijn uitvinding aan de octrooitechnische criteria beantwoordt (nieuwheid, inventiviteit, industriële toepasbaarheid, maar ook een correct begrepen openbare orde en goede zeden criterium).

740 Op die wijze geeft het moderne octrooirecht nogal *ongenuanceerd uitdrukking* aan de maatschappelijk positieve waardering van de *toekomstige* technologische ontwikkelingen. Het komt daarbij aan de octrooiwetgever toe om eventueel bepaalde categorieën van uitvindingen uitdrukkelijk van dit algemeen positieve waardeoordeel uit te sluiten. De wetgever kan dit natuurlijk slechts voor zover hij die toekomstige categorieën van uitvindingen *kan voorzien* en mits hij verdragsrechtelijk nog niet aan dit recht heeft verzaakt.

Het is enkel binnen deze grenzen dat de octrooiadministratie bij het beoordelen van individuele octrooiaanvragen, nog over een zekere interpretatiemarge beschikt. Deze interpretatiemarge geldt vooral bij nieuwe en onvoorzene categorieën van uitvindingen. Zo hebben de Westerse octrooiadministraties in de jaren tachtig en negentig het pad geëffend voor het octrooieren van biotechnologische uitvindingen. Zo bevestigden zij impliciet dat volgens hen dit algemeen positieve waardeoordeel ook voor de biotechnologie geldt. Met andere woorden dat ook deze categorie van uitvindingen het verdient om door middel van octrooien te worden gestimuleerd.¹⁰⁰⁰

741 Gestimuleerd, want het octrooirecht vormt een beloningsmechanisme dat tot buitengewone winsten in het vooruitzicht stelt, zij het mits de uitvinder zijn geoctrooierde uitvinding ook nog adequaat aan de man weet te brengen. Dit laatste veronderstelt onder meer het gevrijwaard blijven van eventuele niet-

⁹⁹⁹ Zoals dit blijkt uit het in artikel 27 § 2 TRIPs ingelaste voorbeeld van wat de bijkomende voorwaarde zou kunnen zijn om tot de strijdigheid met de openbare orde of de goede zeden te mogen besluiten, maar ook uit de vele amendementen die het Europees Parlement aan de Biotechnologie Richtlijn had willen aanbrengen. Zie randnummers 717-718.

¹⁰⁰⁰ Zie randnummer 347.

octrooirechtelijke sancties omwille van de ongeoorloofde totstandkoming van de uitvinding (bijvoorbeeld schadeclaims, imagooverlies en dergelijke meer), maar ook en vooral het weten te voldoen aan de gestelde exploitatie- en commercialisatievoorwaarden.

Dit beïnvloedt het economische succes van de octrooirechtelijk beschermde uitvinding, wat dan weer de economische opportuniteit bepaalt om de exploitatie van een uitvinding te blijven beschermen en daarvoor te blijven betalen.

742 Alhoewel exploitatie- en commercialisatievoorwaarden zich buiten het juridische kader van het octrooirecht situeren, sturen zij toch het octrooirecht als ongenueanceerd positief maatschappelijk waardeoordeel over de technologie bij. Met andere woorden, zij zorgen voor de nuances die het octrooirecht zelf niet kan aanreiken.

Vraag is dan waarom dit nodig is. In essentie is dit dezelfde vraag als waarom er in de discussie over het octrooirecht soms discretionaire tendensen aanwezig zijn. Of nog anders gesteld, is het maatschappelijk waardeoordeel over de wetenschap en haar praktisch uitvloeisel, de uitgevonden technologie, dan toch niet zo absoluut positief?

C WEL EEN GEGROEID 'ETHISCH' AANVOELENDE MAATSCHAPPELIJK ONBEHAGEN

743 Deze laatste vraag is eigenlijk een retorische vraag, aangezien er bij de bespreking van het ontstaan van de informed consent-vereiste en zelfs al in de inleiding van dit rapport een maatschappelijke ambivalentie ten opzichte van de enorme ontwikkelingen van de technologie werd (vast)gesteld. Iets dat des te meer voor de biotechnologie en voor de biomedische technologie in het bijzonder geldt. Dit verhaal wordt hier nu niet overgedaan.

Enkel dient er te worden vastgesteld dat er een maatschappelijke wens bestaat om dit onbehagen onder meer ook vanuit het octrooirecht te beantwoorden. De gène van de overheid hiervoor verklaart haar keuze om in het octrooirecht, in tegenstelling tot de overige onderzochte rechtstakken, de ongeoorloofdheids-toets van de openbare orde en de goede zeden uit te breiden en zich dus minder tolerant op te stellen dan wat voor het voortbestaan van het wezen van de maatschappelijke orde eigenlijk nodig is.

Deze begrippen dienen dan nog altijd als veiligheidsklep, meer bepaald om het octrooisysteem als uiting van de dominante meerderheidsopvatting zo veel mogelijk in stand te houden, zelfs indien de keuzevrijheid van de uitvinder daartoe ten onrechte dient te worden geslachtofferd. Zo bekeken dienen ze toch nog steeds als waarborg voor het voortbestaan van een specifieke grondslag van onze maatschappelijke orde, die het octrooirecht toch wel is.

744 Maar hierboven werd uiteengezet waarom deze weg van het minste kwaad vaak nog zo moeilijk, zo niet onmogelijk is. Toch blijft deze neiging, deze behoefte aan een octrooirechtelijk antwoord bestaan, ook binnen de eigen octrooigemeenschap.

Een gedeeltelijke verklaring hiervoor is het feit dat dit onbehagen ook bij personen leeft die tot de octrooigemeenschap, die tot de uitvinderswereld behoren. Voor dergelijke personen is het octrooirecht immers een vertrouwd (technisch) normenkader. Het is dan ook begrijpelijk dat zij eerst binnen dit kader naar antwoorden zoeken¹⁰⁰¹, maar dit blijft een 'eng' ethisch-filosofische en een juridisch inadequate poging tot antwoord die voor de morele horizon van de moderne Westerse maatschappij blind blijft. Voor de hierboven besproken problematiek is deze benadering (bijna) niet mogelijk zonder dat zij het octrooisysteem in zijn bestaan zou bedreigen, hetwelk uitermate symbolisch zou zijn.

745 Deze grote symboolwaarde van het octrooirecht (toegepast op de biotechnologie) verklaart bijkomend waarom deze maatschappelijke neiging bestaat om het octrooirecht zelf de vrees voor de potentiële negatieve impact van de (biotechnologie) te laten beantwoorden.

Het octrooirecht heeft die grote symboolwaarde omdat het octrooirecht de potentiële en dus nog deels toekomstige, impact van de biotechnologie nu vandaag de dag al heel duidelijk tot uiting doet komen. Het is vooral een maatschappelijk ongenueanceerde uitdrukking van een absoluut positieve waardering van de biotechnologie, terwijl de maatschappij daar eigenlijk nog ambivalent tegenover staat.¹⁰⁰²

Er ontbreekt blijkbaar een even krachtig middel of medium om dit andere luik van het maatschappelijk waardeoordeel over de biotechnologie even expressief uit te drukken.

¹⁰⁰¹ Een goed voorbeeld hiervan is de oproep van Drahos in P. DRAHOS, "Biotechnology", 441-449.

¹⁰⁰² Zie de oude discussie over de octrooieerbaarheid van geneesmiddelen in België. Zie randnummer 616.

D EEN BEDREIGING VOOR HET OPEN KARAKTER VAN DE OPENBARE ORDE EN GOEDE ZEDEN

746 Daarnaast bestaat er voor het octrooirecht een 'existentiële' reden. Immers de niet adequate symbolisering van het globaal (en ambivalent) maatschappelijke waardeoordeel, kan sommigen die vijandig staan tegenover elke vorm van (bio)technologie, ertoe bewegen om niet zozeer de moeilijk te begrijpen technologie en haar vaak moeilijk in te schatten gevolgen te bediscussiëren, maar om daarentegen een van haar meest expressieve en zichtbare symbolen, namelijk de octrooibescherming van deze uitvindingen, te bestrijden.

Temeer dat door de bijna 'instinctmatige' reactie om binnen het octrooirecht naar antwoorden te zoeken, het octrooisysteem fundamenteel kan worden ondergraven, zoals de bespreking van de sanctionering informed consent-vereiste in het octrooirecht al aangaf.¹⁰⁰³

Gezien de grote rol van het octrooirecht bij het stimuleren van de huidige biotechnologische races (eerst was er de genomics-race, nu is er de proteomics-race), vormt het ondermijnen van het octrooirecht, een ideaal middel om de (bio)technologische 'vijand' fundamenteel in zijn ontwikkeling af te remmen. Hetgeen voor de tegenstanders van de (bio)technologie een niet te versmaden succes zou kunnen inhouden.

747 Het open karakter van de betekenis van de begrippen openbare orde en de goede zeden lijkt dan de gedroomde hefboom te zijn. Dit rapport argumenteert echter dat dit niet kan omdat deze begrippen dan geen open karakter meer zouden hebben. Hun open karakter draagt in onze democratische rechtsstaten in een belangrijke mate bij tot het bewerkstelligen van een zo ruim mogelijke individuele vrijheid binnen het kader van een zo verdraagzaam mogelijke maatschappij, dewelke slechts in een absolute onverdraagzaamheid omslaat wanneer het voortbestaan van die maatschappij in haar essentie wordt bedreigd.

Ook in het octrooirecht is dit zo, waarbij het octrooirecht de begrippen wel al op een veel onverdraagzamere wijze hanteert dan de overige bestudeerde rechtstakken. Daarnet gaf dit rapport al aan dat dit wel enigszins te begrijpen is, maar eigenlijk gaat dit nu al te ver. Zeker voor wat betreft de

¹⁰⁰³ Zie randnummers 731-735.

ongeoorloofde commercialisatie van een uitvinding als grond om geen octrooibescherming te verlenen, maar eigenlijk ook voor de vaak moeilijk in te schatten absoluut ongeoorloofde exploitatie van een uitvinding. Bijgevolg gaat het invoeren van de ongeoorloofd tot stand gekomen uitvinding zeer zeker te ver. Een dergelijk voorstel gaat voorbij aan de waarschuwing dat het onderzoek onder de oppervlakte een moeilijke en delicate zaak is.¹⁰⁰⁴ Tevens gaat dit voorbij aan de waarschuwingen van de Belgische rechtsleer aan het adres van de wetgever om de openbare orde niet te pas en te onpas in te roepen, maar om daarentegen een zo groot mogelijke zorgvuldigheid in acht te nemen, waarbij de wetgever moet zorgen voor een correct en adequaat evenwicht tussen de openbare orde en de wilsautonomie.¹⁰⁰⁵

748 De openbare orde en goede zeden mogen in het octrooirecht dan ook niet verworden tot een instrument om binnen het octrooisysteem een meer dan absoluut noodzakelijke onverdraagzaamheid in te voeren, want dit zou niet meer aan de essentie van beide begrippen beantwoorden. En gezien de innige band tussen deze begrippen en hun naamgenoten in de andere rechtsdomeinen, zou dit op termijn ook het open karakter en dus de essentiële werking van deze begrippen in die andere rechtstakken kunnen bedreigen. Dit zou pas een bedreiging voor de wezenlijke grondslagen van onze maatschappelijke orde betekenen.

Dit is dus fundamenteel gevaarlijk, want het wezen van beide begrippen steunt op, en garandeert, de fundamentele verdraagzaamheid van onze maatschappij. Een verdraagzaamheid die een noodzakelijke voorwaarde vormt voor de formele en substantiële autonomie van elk individu, die 'vrij van' en 'vrij voor' moet kunnen zijn. Een vrijheid die slechts kan worden begrensd door de (gemeenschap van de) Andere(n). Een gemeenschap waar elkeen omwille van zijn mens-zijn als mens moet worden gerespecteerd, die dit daarom ook verdient en daar als persoon ieder van ons toe oproept.

749 De begrippen openbare orde en goede zeden hebben dan ook dezelfde maatschappelijke ethisch-filosofische grondslag als de 'enge' en 'ruime' betekenissen van informed consent, namelijk het belangrijke Westerse autonomiebegrip en alles wat ermee samenhangt.

Het sanctioneren van de informed consent-vereiste zou in het octrooirecht paradoxaal genoeg deze begrippen en deze gezamenlijke grondslag onrecht aandoen. Toch spreekt een dergelijk voorstel aan, omdat dit ons als mens aangrijpt. Het systematisch achterwege laten van het bekomen van informed

¹⁰⁰⁴ Zie randnummer 548.

¹⁰⁰⁵ Zie randnummer 485 met voetnoten.

consents voor het gebruik van menselijk lichaamsmateriaal, leidt tot een soortgelijk resultaat als wanneer we allemaal ontelbare keren als mens, als individu, als persoon zouden worden gekloond.

Beide zaken treffen ons rechtstreeks als persoon, juist omdat ze (het *schrikbeeld* van) een heel vergaande *depersonalificatie* inhouden, terwijl onze moderne Westerse maatschappij van het recht en van de technologie juist verlangt, vereist, dat ze beiden ter wille van mensen tot stand zouden komen. Mede hierdoor kunnen we het recht en de technologie als menselijke fenomenen positief waarderen.

E BESLUIT: DE NOODZAAK OM DE INFORMED CONSENT-VEREISTE ADEQUAAT TE BEANTWOORDEN

750 Heel dit rapport leidt dus tot die ene conclusie: het (nader) gebruik van lichaamsmateriaal vergt het bekomen van formele en substantiële informed consents, met inbegrip van een toestemming tot de latere octrooiëring van dit lichaamsmateriaal, maar het octrooirecht kan dit zelf niet bewerkstelligen. Hierdoor rest er nog de vraag hoe dit dan wel kan en moet. Hierbij is een minder provocerend taalgebruik meer gepast.

DEEL 3

RESTERENDE OPTIES

Technologie slechts te zamen met recht en ethiek ter wille van mensen.

HOOFDSTUK 1

INLEIDING

751 Dit deel analyseert de nog resterende opties met als doel het bewerkstelligen van zoveel mogelijk informed consents die zowel 'eng' (formeel) als 'ruim' (substantieel) zijn. Informed consents waarin er liefst wordt toegestemd met het (nader) gebruik van lichaamsmateriaal én met het eventueel octrooieren van de er uit voortkomende uitvindingen. Met dien verstande echter dat een eventuele weigering evengoed moet worden aanvaard, maar vooral moet worden gerespecteerd.

Het volgende hoofdstuk gaat kort enkele andere juridische opties na en stelt vast dat geen enkele zuiver juridische optie een adequate oplossing kan inhouden. Daarom formuleert het laatste hoofdstuk een alternatieve aanpak.

Het overzicht van de resterende zuiver juridische opties sluit aan op het debat over de octrooirechtelijke openbare orde en goede zeden door eerst na te gaan of het schenden van de informed consent-vereiste strijdig is met de (burgerrechtelijke) interne openbare orde en goede zeden.

HOOFDSTUK 2

JURIDISCHE OPTIES

AFDELING 1

DE INTERNE BELGISCHE OPENBARE ORDE EN GOEDE ZEDEN

752 Zoals hoger al aangegeven leidt de strijdigheid met de interne openbare orde en de goede zeden tot een absolute nietigheidssanctie. Partijen kunnen er contractueel niet van afwijken. Deze absolute nietigheidssanctie is ingegeven omdat de geschonden norm de "essentiële belangen van de staat of de gemeenschap raakt, of in het privaatsdomein de grondslagen vastlegt waarop de economische of de niet-economische orde van de maatschappij rust".¹⁰⁰⁶

753 Het is zeer de vraag of de informed consent-vereiste een dergelijke norm kan uitmaken. *Geen enkele grondslag* van informed consent (noch het autonomiebeginsel, noch het bewaren van het vertrouwen, noch het beantwoorden van het menselijke lijden, noch het corrigeren van de machtsverhoudingen, noch als uiting van onze democratische samenlevingsvorm) verantwoordt een *absolute* nietigheidssanctie. Een absolute nietigheidssanctie waarbij het slachtoffer van een niet-nageleefde informed consent-vereiste het recht zou ontberen om van de nietigheidssanctie af te zien. Een absolute nietigheidssanctie waarbij iedereen, dus zonder het slachtoffer te zijn, de nietigheidssanctie zou kunnen invoeren.¹⁰⁰⁷ Dergelijke gevolgen zijn niet te verantwoorden. Om die redenen kan de schending van de informed consent-vereiste voor het (nader) gebruik van lichaamsmateriaal geen schending van de interne Belgische openbare orde en goede zeden inhouden. Voor zover nog nodig, vormt deze conclusie een extra argument om te stellen dat een dergelijke schending ook niet met de octrooirechtelijke openbare orde en goede zeden in strijd kan zijn.

¹⁰⁰⁶ Zie randnummer 540 en 606.

¹⁰⁰⁷ Zie randnummer 463 en voetnoten 661 en 663.

AFDELING 2

DE INFORMED CONSENT-VEREISTE ALS PATIËNTENRECHT

§1 Patiëntencontext is te eng

754 Een andere optie is het omschrijven van de informed consent-vereiste als een patiëntenrecht, ook voor wat betreft het (nader) gebruik van menselijk lichaamsmateriaal. Idealiter regelt een dergelijke wettelijke bepaling elke maatschappelijke context waarbij er menselijk lichaamsmateriaal kan worden bekomen. Immers ook niet-patiënten van wie naar aanleiding van een screening menselijk lichaamsmateriaal wordt bekomen, moeten er door worden beschermd.

In dit opzicht mag de wetgever zich niet laten (mis)leiden door de op een 'eng' autonomieconcept gebaseerde verantwoording van de informed consent-vereiste, waarbij de patiënt als niet, of minder, autonoom wordt beschouwd.¹⁰⁰⁸

§2 Te zuiver juridisch als benadering

755 Een zuiver juridische benadering is altijd intrinsiek beperkt. Het recht kan slechts enkele elementen van een 'ruime' (substantiële) informed consent in rekening brengen. Dit doet echter geen afbreuk aan de waarde van een juridische sanctionering. Een dergelijke sanctionering scheidt hoe dan ook een formeel kader waarbinnen het gemakkelijker kan zijn om substantiële informed consents te bekomen. Op zich volstaat een juridische sanctionering echter niet.

Zo is het onduidelijk hoe het recht een geschonden informed consent substantieel zou kunnen corrigeren. Neem, bijvoorbeeld, een persoon die om principiële redenen niet aanvaardt dat zijn lichaamsmateriaal voor onderzoek en voor uitvindingen zou dienen. Het recht kan de schending van deze informed consent (*in casu* van een weigering) wel vaststellen en de er uit afgeleide celcultuur laten vernietigen. Maar indien er iemand aan de hand van dit lichaamsmateriaal reeds een uitvinding heeft gedaan, kan het moderne Westerse recht niet, of moeilijk, die uitvinding verbieden.

¹⁰⁰⁸ Zie randnummers 89, 119, 125 en 148.

756 Het recht kan slechts bemiddelen en de mogelijkheid scheppen voor een substantiële dialoog met de 'geviseerde' potentiële donor. Gezien de maatschappelijke tendensen om het eigen menselijk lichaam tegelijk zowel vergaand te objectiveren, als vergaand te subjectiveren, is een dergelijke dialoog meer dan nodig.

Elke 'gesolliciteerde' donor ondergaat in min of meerdere mate de invloed van beide tendensen.¹⁰⁰⁹ Het ontbreken van een substantiële dialoog houdt dan ook het risico in dat de dan onvermijdelijk 'enge', louter formele informed consent door de 'donor' gebruikt zal worden om zijn eigen winst oogmerk na te streven¹⁰¹⁰, of om het gebruik van zijn lichaamsmateriaal tot in het extreme te subjectiveren. Indien beide 'ontsporingen' vaak zouden voorkomen, zou dit het succes van het octrooirecht en van de biotechnologische ontwikkelingen hinderen.¹⁰¹¹

§3 Beperkt tot de nationale of de Europese context

757 Een nationale of Europese afdwinging van de informed consent-vereiste vormt nog steeds geen internationaal, geen globaal antwoord op deze problematiek. Enkel een wereldwijde benadering kan hier een adequaat antwoord op vormen. Een verdragsrechtelijke aanpak is hiervoor een te logge en trage procedure. Hoe dan ook zullen er wel altijd nationale verschillen blijven bestaan, die de vereiste internationale samenwerking in de biotechnologische sector zouden kunnen hinderen.

§4 Nood aan een niet zuiver juridisch, wereldwijd antwoord

758 Al deze bevindingen leiden tot de vaststelling dat het recht begrensd is in haar antwoord om het naleven van de informed consent-vereiste voor menselijk lichaamsmateriaal adequaat te waarborgen. Naast de zuiver juridische benaderingen heeft de wetenschappelijke en industriële onderzoeksgemeenschap nood aan een aanvullend mechanisme dat dit (op termijn) wel zou kunnen bewerkstelligen.

De bal licht dan ook in het kamp van die biotechnologische wereldgemeenschap.

¹⁰⁰⁹ Zie randnummers 206-213.

¹⁰¹⁰ Hetgeen in strijd is met artikel 21 van de Biomedische Conferentie, zie randnummer 313.

¹⁰¹¹ Zie voetnoot 1009.

HOOFDSTUK 3

VOORSTEL TOT PRO-ACTIEVE, VRIJWILLIGE ZELFREGULERING

AFDELING 1 UITGANGSPUNT

§1 Lessen uit het verleden

759 De geschiedenis van de moderne geneeskunde in de Verenigde Staten toont hoe die om het vertrouwen van de patiënt te herwinnen, uit eigen beweging een eigen deontologie heeft ontwikkeld. De geneeskundige discipline heeft toen nagelaten om daarnaast zelf een informed consent-beleid te ontwikkelen. Ze heeft vooral te laat op de jurisprudentiële ontwikkeling van een afdwingbare informed consent-vereiste gereageerd.¹⁰¹²

Die medische discipline is er pas heel wat later met behulp van de wetgever in geslaagd om de vergaande impact van de opgelegde informed consent-vereiste enigszins te verzachten. Of anders gesteld, de Amerikaanse artsengemeenschap heeft toen een opportuniteit gemist om zelf een voor haar werkbare informed consent-vereiste te ontwikkelen en heeft er de prijs voor betaald.¹⁰¹³

De biotechnologische sector zou dan ook beter niet dezelfde fout begaan. Een deel van de sector beseft dit en heeft reeds bepaalde initiatieven of oproepen gelanceerd.

§2 Enkele bestaande voorstellen en initiatieven

A THEORETISCHE VOORSTELLEN

760 Zo formuleerde Nature al in 1996 drie grondbeginselen omtrent de rechten van donoren van genetisch materiaal. Hierna volgt een vrije weergave van dit standpunt.

Ten eerste moeten informed consent-overeenkomsten over twee aanverwante zaken duidelijk zijn. Zo zouden ze uitdrukkelijk moeten erkennen dat de mogelijkheid bestaat dat uit het onderzoek op het afgenomen lichaamsmateriaal commerciële baten kunnen voortvloeien (mede dankzij octrooi-bescherming?). Daarbij aansluitend is het noodzakelijk om meteen de wijze aan te geven waarop er met die commerciële baten *billijk* zal worden omgesprongen.

¹⁰¹² Zie randnummers 172 - 175.

¹⁰¹³ Zie randnummer 268 en 273.

Ten tweede is het vereist (omwille van het billijkheidsbeginsel?) dat een dergelijke commercialisatie (octrooirechtelijk afschermen?) het verdere onderzoek niet belemmert (door bijvoorbeeld te vergaande beperkingen opgelegd door de octrooihouder?). Een zekere onderzoeksconcurrentie moet kunnen blijven bestaan. (De informed consent-overeenkomst kan de belofte daartoe bevatten.)

Ten derde erkent Nature dat het bekomen van informed consents verbonden is met de culturele diversiteit die eigen is aan deze wereld. Dit vergt het erkennen van verschillende types van informed consent, alsook het erkennen van de politieke rechten van inheemse volkeren.¹⁰¹⁴

761 Nature beperkt zich in dit redactioneel standpunt tot het stellen dat er met die commerciële baten billijk moet worden omgesprongen, net zoals het zich beperkt tot het vaststellen dat het financieel vergoeden van alle donoren die aan de basis van een commercialisatie liggen, praktisch niet doenbaar en ethisch bekritiseerbaar is. Kort voor dit redactioneel had "the Human Genome Organization" (HUGO) een ethische code goedgekeurd die onder meer aangeeft hoe beide pijnpunten gezamenlijk kunnen worden aangepakt, zonder dat deze oplossing een onbehoorlijke aansporing zou inhouden. Deze ethische code beschouwt verschillende soorten overeenkomsten met de donor(en) als goorloofd. Zo kan er in ruil voor het voor onderzoek afstaan van lichaamsmateriaal, worden voorzien in gezondheidszorg of 'informatiestructuren'. Deze ethische code aanvaardt zelfs het aanwenden van een zeker percentage van eventuele latere royalty's voor humanitaire doeleinden.¹⁰¹⁵

Net zoals de Biomedische Conventie beoogt deze ethische code het voorkomen van bioethische 'paradijzen' voor het verkrijgen en aanwenden van menselijke lichaamsstalen.¹⁰¹⁶ Beide projecten blijven echter te abstract, blijven te veel weg van de concrete praktijk. De internationale biomedische sector heeft nood aan een meer praktisch en gemakkelijk afdwingbaar internationaal initiatief.

B EEN PRAKTISCH INITIATIEF¹⁰¹⁷

762 Västerbotten is een streek in Zweden met 260 000 inwoners die voorheen sterk geïsoleerd leefden. Hierdoor zijn er een aantal erfelijk ziekten uitgesproken aanwezig. Zo is er een ongewoon hoge sterfte ten gevolge van een cardiovasculaire ziekte. In 1985 werd om die reden in 1985 een biobank opgericht.¹⁰¹⁸

¹⁰¹⁴ Zie "Gene donors' rights at risk", *Nature* 1996, vol. 381, 1.

¹⁰¹⁵ D., DICKSON, *l.c.*, 279.

¹⁰¹⁶ *Ibid.*, zie ook randnummer 278.

¹⁰¹⁷ Voor meer details zie A. ABBOTT, "Sweden sets ethical standards for use of genetic 'biobanks'", *Nature* 1999, vol. 400, 3.

¹⁰¹⁸ 'The Medical Bank, voorheen Umeå's Blood Bank naar de stad in Västerbotten waar de biobank is gehuisvest.

Alle inwoners van Västerbotten werden door hun huisdokter verzocht om elke tien jaar een bloedstaal af te staan dat zou dienen voor onderzoek naar de oorzaken, en naar een eventuele behandeling, van deze ziekte (informed consent voor een specifiek onderzoeksdoel). De biobank bezit nu lichaamsstalen van 60 procent van de bevolking van Västerbotten.

Toen dat bleek dat deze biobank ook bij het onderzoek naar andere genetisch bepaalde ziektes van nut kan zijn, werd in 1999 UmanGenomics opgericht. UmanGenomics is een privé onderneming die zich toelegt op het ontcijferen van de genen uit Västerbottens biobank en is voor 51 procent eigendom van de plaatselijke universiteit en gezondheidsdienst. De biobank bezit de volledige collectie geanonimiseerde bloedstalen, alsook de sleutels om de respectievelijke donoren te kunnen achterhalen. De Zweedse Raad voor Medisch Onderzoek vereist immers in haar ethische richtlijnen van 1999 dat deze in een publieke instelling, zoals universiteiten of medische overheden, zouden worden bewaard.

763 UmanGenomics bezit dan wel de exclusieve rechten om alle genetische informatie uit deze biobank te winnen (met uitzondering van de universiteitsonderzoekers die dit ook mogen) en om de bekomen informatie te verkopen (iets wat de universiteitsonderzoekers niet mogen).¹⁰¹⁹ Daarenboven belooft UmanGenomics om haar onderzoekscontracten zoveel mogelijk plaatselijk uit te besteden, hetgeen plaatselijke hightech werkgelegenheid zou moeten scheppen.

Behalve de meerderheidsparticipatie van de plaatselijke universiteit en gezondheidsdienst controleert de plaatselijke bevolking de werking van zowel de biobank als UmanGenomics doorheen de plaatselijke politici die als niet- stemgerechtigde leden in de raad van bestuur van beide instellingen zitten.

764 Het plaatselijke ethische comité onderwerpt daarenboven alle onderzoeksvoorstellen aan een sociale en ethische controle. Zo bepaalt dit comité of een nieuw onderzoeksvoorstel hetzij een nieuw, nog niet in toegestemd, gebruik, dan wel een gebruik inhoudt dat niet wezenlijk verschilt van het vorige, reeds in toegestemde gebruik. Individuele informed consent voor elk nieuw type van onderzoek is immers het grondbeginsel.

¹⁰¹⁹ Uit het artikel in Nature is het onduidelijk, maar wel aan te nemen dat het hier enkel de onderzoekers van de plaatselijke universiteit betreft.

Enkel het ethisch comité kan de toestemming geven om de anonimiteit van de lichaamsstalen op te heffen. Op deze wijze controleert dit ethisch comité elke toegang tot de opgeslagen bloedstalen en ziet zo tevens toe op het feit dat de toegang ertoe niet zou worden gemonopoliseerd, ook niet doordat de beschikbare voorraad van bepaalde stalen volledig zou worden opgebruikt.

In het geval dat een bepaalde genetische studie ook voor verwanten van de donor gevolgen zou kunnen hebben, oordeelt het ethisch comité of er ook van hen een informed consent moet worden bekomen. Tenslotte oordeelt het ethisch comité geval per geval (lees project per project) wat er met de informed consent-vereiste voor reeds lang gearchiveerde lichaamsstalen moet worden aangevangen.

765 De geïnterviewde voorzitter van het ethisch comité opperde daarbij het volgende voorbeeld. Het is een hypothetisch voorbeeld over een belangrijk en kwaliteitsvol nieuw soort onderzoeksproject over een in die streek wijd verspreide ziekte, waarbij de donoren slechts een minimaal nadeel van zouden kunnen ondervinden.

De voorzitter oordeelt (in eigen naam) dat het in een dergelijk geval mogelijk zou moeten kunnen zijn om de informed consent-vereiste te beperken tot slechts een reeks van (regionale) krantenadvertenties waarin wordt vermeld dat elke donor het recht heeft om aan te geven dat hij voor dit specifiek onderzoek zijn toestemming weigert (lees weerleggen van het *vermoeden* van informed consent).

766 Dit is een voorbeeld waarbij er werd gestreefd naar zoveel mogelijk evenwicht, controlemogelijkheden, ethisch en sociaal aanvaardbare 'wederdiensten', alsook het behoud van een zo vrij mogelijke toegang voor universitaire onderzoekers en waarbij een realistisch opgevatte informed consent-vereiste en privacy beginsel de twee leidmotieven vormen.¹⁰²⁰

¹⁰²⁰ Vergelijk met de situatie in IJsland waar er enkel al een databank bestond, maar waar een biobank van de bevolking nog moest worden opgericht en waar de wetgever het beginsel van een vermoede informed consent als leidmotief hanteert. IJslanders die hier niet aan wensen deel te nemen, moeten een terugtrekkingsformulier tekenen. Doen zij dit niet, dan kunnen zij nadien hun vermoede informed consent niet meer intrekken. Dit zou omstreeks 1999 onder een belangrijk deel van de IJslandse bevolking de vrees voor misbruiken hebben gewekt. Voor meer over de IJslandse regeling met DeCode Genetics zie *ibid.*, alsook H. JONATANSSON, "Iceland's health Sector Database: A Significant Head Start in the Search for the Biological Grail or an Irreversible Error", *Am. J. Law, Med. & Ethics* 2000, vol. 26, 31-67 en M.G. McINNIS, "The assent of a nation: genetics and Iceland", *Clin. Genet.* 1999, vol. 55, 234-239.

AFDELING 2

VOORSTEL: KWALITEITSLABELS

§1 Reden

767 Daarom formuleert dit rapport een voorstel tot het vrijwillig ontwikkelen van een kwaliteitslabel. Een label, omdat een dergelijke benadering voldoende soepel is om rekening te houden met enerzijds de verschillende contexten waarin menselijk lichaamsmateriaal biotechnologisch kan worden gebruikt en met anderzijds de grote verschillen in impact die dit (nader) gebruik kan hebben.

Het zou immers inopportuun zijn om voor elke situatie één enkele uniforme en gedetailleerde invulling van informed consent op te leggen. De opstellers van de Biomedische Conventie zagen dit ook al in. Met betrekking tot het (nader) gebruik van menselijk lichaamsmateriaal getuigt hun regeling dan ook van de nodige ‘soepelheid’.¹⁰²¹

Het normatief succes van een dergelijk kwaliteitslabel hangt af van de wijze waarop dat de partijen die conform dit label werken, hun collega’s free-riders publiekelijk weten stigmatiseren. Tegelijk zouden ze hierdoor de sector als geheel weten te destigmatiseren, waardoor de betrekkingen van deze sector met het publiek al wat normaler zouden worden.¹⁰²²

§2 Aanpak

A DOELSTELLINGEN, CRITERIA, OPVOLGING

768 Het is belangrijk dat de initiatiefnemers tot het label verwoorden welke maatschappelijke en ethische doelstellingen ze onder dit label nastreven. Dit kan onder meer de volgende aspecten omvatten.

Het toegeven dat informed consent helpt om het vertrouwen in de biomedische sector te behouden, maar ook om het lijden dat door de wetenschappelijke objectivering wordt veroorzaakt, tegen te gaan.

¹⁰²¹ Zie randnummers 308-312.

¹⁰²² Zie voor de noodzaak om de sector te destigmatiseren en haar betrekkingen met het publiek te normaliseren B.M. Knoppers die tevens voorzitter was van de werkgroep van HUGO die de in randnummer 761 vermelde ethische code opstelde. B.M. KNOPPERS e.a., *l.c.*, 399. Vergelijk met de situatie op het einde van de negentiende eeuw in de Verenigde Staten die de aanleiding was tot het door de medische discipline invoeren van een ethische code. Zie randnummer 173 en de voetnoten 244-245.

Het zowel formeel als substantieel erkennen van de donor als autonoom persoon en in de mate van het praktisch haalbare, het respecteren van de subjectiverende wensen van de donor met betrekking tot zijn lichaamsmateriaal (bijvoorbeeld niet voor militair gebruik).

De donor kan dan ook geen absolute subjectivering van zijn lichaamsmateriaal vereisen, maar geniet daarentegen altijd van de mogelijkheid om elke informed consent te weigeren.¹⁰²³ Om aan dergelijke subjectiveringswensen al zoveel mogelijk tegemoet te komen en ook om aan de noden van de onderzoeksgemeenschap in het algemeen tegemoet te komen, zou een dergelijk label bijvoorbeeld de verbintenis kunnen inhouden dat de afnemer van het lichaamsstaal zijn best zal doen om de toegang tot dit lichaamsmateriaal niet al te zeer te laten belemmeren.¹⁰²⁴

Informed consent is immers *a deal en part of that deal* is dat de onderzoekswereld beoogt om de maatschappij op lange termijn beter te maken. De potentiële toekomstige biomedische successen vergen dan ook een zekere soepelheid en inschikkelijkheid van de donor.

769 Om voor dit label in aanmerking te komen, zouden er aan een reeks minimumvoorwaarden moeten worden voldaan. Dit behelst onder meer enkele minimale formele vereisten, maar ook het ontwikkelen van een strategie om substantiële informed consents te bereiken.

Een label zonder toezicht zou slechts een lege doos zijn. Daarom vergt dit label een systeem van toezicht en bijsturing. Zo kan meteen ook de efficiëntie van dit label worden nagegaan en kan het aan de concrete noden van de praktijk worden aangepast.

Een adequate controle vergt bijvoorbeeld ook het nagaan van het aantal mensen die hun informed consent weigeren en de reden die ze daarvoor invoeren. Deze gegevens kunnen tot een beter ontwerp van het label leiden, alsook eventuele fraude blootleggen.¹⁰²⁵

¹⁰²³ Zie randnummers 184-189 en 212-213.

¹⁰²⁴ Dit zou net zoals de belofte om de donor confidentialiteit te beloven, best niet op een absolute wijze worden beloofd. Of om het wat meer juridisch te formuleren: voor de afnemer is het niet raadzaam om over deze beide aspecten een resultaatsverbintenis aan te gaan. Een inspanningsverbintenis is hier meer gepast.

Zie bijvoorbeeld de recente 'Statement of the American Society of Human Genetics'. Zie B.M. KNOPPERS e.a., *l.c.*, 395, die in voetnoot 69 verwijst naar *Am. J. Hum. Genet.* 1996, vol. 59, 471.

¹⁰²⁵ F.A.I. RIORDAN en A.P.J. THOMSON, "How to get patients' consent to enter clinical trials – Reports of trials should state proportion of people who refuse to participate"; *B.M.J.* 1996, vol. 312, 186.

770 Dit voorstel past ook in de huidige biomedische praktijk, waarbij labo's nu al gewoon zijn om aan *Quality Assessment Schemes* deel te nemen. In vergelijking met een octrooirechtelijke sanctie en eigenlijk met iedere juridische sanctie heeft dit voorstel ook nog het voordeel dat het preventief werkt, want dit is precies wat het screenen van de kandidaat deelnemers zou inhouden.¹⁰²⁶

B ONBAATZUCHTIGHEID, BILLIJKHEID TONEN

771 Zelfs met een dergelijk label ligt het voor de hand dat een onderzoeker met zijn onderzoek naast het maatschappelijk welzijn, ook altijd persoonlijk welzijn en zingeving zal blijven nastreven. Net zoals de donoren zijn onderzoekers onderhevig aan de hoger beschreven maatschappelijke tendensen tot objectivering en subjectivering (van het menselijke lichaam). Daar is niets mis mee, zolang dit maar geen extreme vormen aanneemt. Ongelukkig genoeg kan een ondoordachte informed consent-vereiste bij de patiënt echter juist dergelijke extreme reacties uitlokken.¹⁰²⁷

Nochtans kan een goed uitgekende informed consent-benadering dergelijke extremen zowel bij de donoren, als bij de onderzoekers tegengaan. De onderzoeksgemeenschap dient hierbij het initiatief te nemen door aan te tonen dat de (wetenschappelijke en industriële) onderzoeksgemeenschap ook een zekere (bijkomende) onbaatzuchtigheid aan de dag legt. Deze onbaatzuchtigheid bestaat uit het opzetten van een of meerdere fondsen die inspelen op de ethische bekommernis van de donor om met zijn lichaamsmateriaal zijn levensproject te helpen invullen. Deze fondsen kunnen worden gespijsd met een bepaald percentage van de financiële baten die uit een eventuele commercialisatie voortvloeien. Een dergelijk fonds kan bijvoorbeeld biomedisch onderzoek naar zeldzame ziektes of ziektes eigen aan de onderontwikkelde landen financieren, kortom onderzoek dat *geen commerciële aantrekkingskracht* heeft. Een andere optie is het financieren van onderzoek of sociale projecten die de bevroegde donorgroep specifiek aanbelangen, zoals het financieren van dure geneesmiddelen en behandelingen voor de financieel zwakste patiënten.¹⁰²⁸ Een dergelijke aanpak kan de subjectiveringswens van de patiënt helpen ondervangen en zelfs vervangen, als ook zijn objectiveringwens (financieel gewin) tegengaan.

¹⁰²⁶ Zie bijvoorbeeld E. DEQUEKER e.a., "Quality control in molecular genetic testing", *Nature Genetics* 2001, vol. 2, 717-723.

¹⁰²⁷ Zie randnummer 210.

¹⁰²⁸ Dit is een optie die meer aansluit bij wat HUGO in haar ethische code van 1996 voorstelt. Zie randnummer 761.

C ACTIEVE BETROKKENHEID VAN DE PATIËNT (ENGEMEENSCHAP)

772 Om echt adequaat en geloofwaardig te zijn moet de ‘donorgemeenschap’ van in de beginfase, maar ook nadien bij deze vier aspecten (doelstellingen, criteria, toezicht en bijsturing, onbaatzuchtige initiatieven) worden betrokken.¹⁰²⁹

D VOORWAARDE VOOR SUCCES: EEN KLEINSCHALIG BEGIN

773 Dit rapport wenst zich niet paternalistisch op te stellen. Daarom blijft dit voorstel zo abstract. Hoe dan ook heeft enkel een kleinschalig begin met enkele uiteenlopende pilootprojecten enige kans op slagen. Deze projecten moeten dan wel van kortbij worden opgevolgd, vergeleken en geëvalueerd. Deze *trial-and-error*-start vergt voor de efficiëntie ook een klein aantal betrokken, maar sterk geëngageerde partijen zowel vanuit de onderzoekswereld, als vanuit de ‘donorgemeenschap’. Kleinschalig betekent daarom nog niet een zuiver nationale of regionale start. Om vlug te kunnen aanslaan is juist een zo internationaal mogelijke, minstens een Europese, start nodig.

§3 Twee labels

774 Het ontwikkelen van een kwaliteitslabel voor toekomstige afname en gebruik van menselijk lichaamsmateriaal houdt het risico in dat de normen zo hoog komen te liggen, dat vroegere afnames, zelfs deze waarvoor een zekere informed consent werd bekomen, niet meer aan deze nieuwe en zwaardere normen zouden voldoen.

Aangezien een dergelijk kwaliteitslabel constant zal worden aangepast (verfijnt, maar mogelijk ook verzaard) bestaat dit risico ook voor lichaamstalen die onder een oudere versie van een dergelijk label zouden zijn afgenomen. Een dergelijke evolutie zou niet meer doen dan het weerspiegelen van de steeds grotere complexiteit en impact van het genetisch onderzoek. Hierdoor bestaat het gevaar dat deze oudere, maar nog steeds waardevolle, lichaamstalen niet meer voor onderzoek en gebruik in aanmerking zouden komen.¹⁰³⁰

¹⁰²⁹ Hierbij hoort de waarschuwing dat de vertegenwoordigers van de patiëntenorganisaties en dergelijke vaak de meest ‘strijdbare’ leden zijn, of dat zij na verloop van tijd te geïnstitutionaliseerd zijn. Met andere woorden, net zoals met elke andere ledenorganisatie bestaat er altijd een risico op een kloof met de door hen vertegenwoordigde achterban, het eeuwige probleem van een goede representativiteit.

¹⁰³⁰ Deze problematiek bestaat in zekere zin nu al, zie hiervoor E. MARSHALL, "Policy on DNA Research Troubles Tissue Bankers", *Science* 1996, vol. 271, 440.

Om dit probleem op te vangen stelt dit rapport voor om een afzonderlijk kwaliteitslabel voor reeds afgenomen lichaamsmateriaal te ontwikkelen. Bestaande ‘succesvolle’ initiatieven, zoals dit in Västerbotten, kunnen hierbij als voorbeeld dienen.

775 Dergelijke initiatieven moeten wel in hun specifieke context worden gesitueerd. Zo is de Västerbotten casus al bij al nog een relatief gemakkelijke casus, ten eerste omdat er oorspronkelijk alle bloedstalen op basis van een informed consent voor een welbepaald doel werden verkregen en ten tweede omdat de biobank een regionaal homogene groep van donoren betreft. Dit laatste vergemakkelijkt zowel het bekomen van nieuwe informed consents, desnoods door middel van krantenadvertenties, als het bewerkstelligen van een gevoel van betrokkenheid (werkgelegenheid, onderzoeksreputatie van de plaatselijke universiteit als tastbare bijkomende ‘wederdiensten’), alsook het waarborgen van de nodige controles op het individuele, het sociale en het regionale politieke niveau.

In andere situaties kan de oorspronkelijke informed consent en/of het homogeen regionale karakter ontbreken. Op zich vormen deze moeilijkheden onvoldoende grond om elk nader gebruik van deze lichaamssralen te verbieden. Het leidmotief van een dergelijk label zou moeten zijn om afhankelijk van de context zoveel mogelijk aspecten uit het label voor toekomstige staalafnames over te nemen. Het ontwikkelen van een label voor dergelijke *post-factum*-situaties zal dan ook nog veel meer een *trial-and-error*-benadering vergen.

AFDELING 3

BESLUIT

776 Dit voorstel voor twee soorten van kwaliteitslabels (voor nog af te nemen en reeds afgenomen lichaamssralen) lijkt de enige eventueel haalbare kaart te zijn om de problematische relatie tussen de informed consent-vereiste en het octrooieren van biotechnologische uitvindingen adequaat op te vangen. Vlaanderen en het VRWB kunnen hier een belangrijke rol in spelen.

ALGEMEEN BESLUIT ¹⁰³¹

“Truth lies in nuance”¹⁰³²

¹⁰³¹ Hierna volgt slechts een uiterst algemeen besluit, meer specifieke besluiten komen doorheen heel dit rapport voor.

¹⁰³² ANATOLE FRANCE

1 De noodzaak om informed consents voor het gebruik (met inbegrip van het octrooieren) van lichaamsmateriaal te bekomen

777 Et bestaat een ethische verantwoording en een maatschappelijke dynamiek om het naleven van de informed consent-vereiste voor het gebruik van lichaamsmateriaal te bewerkstelligen. Uit dit rapport blijkt hoe deze vereiste, de biotechnologie en het octrooirecht onlosmakelijk deel uitmaken van die ene moderne Westerse morele horizon.

2 Het juridische normenkader is te beperkt om dit adequaat te bewerkstelligen – de nood aan zelfregulering

778 Dit rapport toont ook aan hoe beperkt het juridisch normenkader is om de naleving van die vereiste adequaat te bewerkstellingen en hoe dit binnen het octrooirechtelijke kader absoluut niet kan en zelfs contraproductief zou zijn.

Het ‘gemene’ recht kan slechts een juridisch kader scheppen, dat door de specifieke formaliteit van het recht begrensd blijft. Alleen op zich kan het recht die ethische noodzaak en die maatschappelijk dynamiek nooit adequaat tegemoetkomen.

Hiervoor is een zelfregulerend initiatief vanuit de biomedische sector nodig. Meer specifiek wordt er de ontwikkeling van een kwaliteitslabel voorgesteld.

3 De nood aan een besef van de grenzen van een ‘eng’ ethisch-filosofische of ‘eng’ juridische benadering

779 Als conclusie in de marge wijst dit rapport op het feit dat het recht en de ethiek geen ‘eng’, maar wel ‘ruim’ autonome disciplines zijn. Een dergelijk inzicht in de begrensdheid van beide disciplines kan helpen bewerkstelligen dat de successen van onze moderne Westerse maatschappij op termijn worden gevrijwaard. Hopelijk heeft dit rapport hier in kleine mate toe bijgedragen.

BIBLIOGRAFIE

JURIDISCHE BIBLIOGRAFIE

Wetgeving

Internationale verdragen

Verdrag van Parijs 20 maart 1883 tot bescherming van de industriële eigendom (verkort geciteerd het Unieverdrag, of als Uv). Herzien te Brussel op 14 december 1900, te Washington op 2 juni 1911, te 's Gravenhage op 6 november 1925, te Londen op 2 juni 1934, te Lissabon op 31 oktober 1958 en te Stockholm op 14 juli 1967. Dit laatste Verdrag werd goedgekeurd door Wet 26 september 1974, *B.S.* 29 januari 1975, 885. Artikel 29 bepaalt dat de Franse tekst authentiek is. De Nederlandse tekst is een vertaling die in het Belgisch Staatsblad werd gepubliceerd.

Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (verkort geciteerd EVRM), Rome 4 november 1950, *B.S.*, 19 augustus 1955, err. *B.S.* 19 juni 1961.

Verdrag van Straatsburg van 27 november 1963 betreffende de eenmaking van enige beginselen van het octrooirecht (verkort geciteerd Verdrag van Straatsburg), Goedkeuringswet 8 juli 1977, *B.S.* 30 september 1977, p. 11971, tekst der verdragen in bijlage bij *B.S.* 7 oktober 1977.

Verdrag van Washington van 19 juni 1970 tot samenwerking inzake Octrooien (verkort geciteerd PCT), *B.S.* 7 oktober 1977 (errata: *B.S.* 28 augustus 1982, 9897). Voor wijzigingen van dit verdrag zie o.a.: *B.S.* 14 november 1986, 15453.

Verdrag van München van 5 oktober 1973 inzake de verlening van Europese octrooien (verkort geciteerd Europees Octrooiverdrag of EOv), *B.S.* 7 oktober 1977, zoals gewijzigd door de Internationale Akte van München tot wijziging van art. 63 EOv, *B.S.* 10 juli 1997.

Verdrag van Luxemburg van 15 december 1975 betreffende het Europees octrooi voor de gemeenschappelijke markt (verkort geciteerd Gemeenschapsoctrooiverdrag), Goedkeuringswet 8 juli 1977, *B.S.* 30 september 1977, p. 11971, tekst der verdragen in bijlage bij *B.S.* 7 oktober 1977, gewijzigd door het akkoord van Luxemburg van 15 december 1989, *Publ. L* 401 30 december 1989.

Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, including trade in counterfeit goods van 15 april 1994 (verkort geciteerd TRIPS, van kracht sedert 1 januari 1, 1995), *Publ. L.* 23 december 1994, 336/213; *B.S.* 23 januari 1997.

Raad van Europa November 1996, Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with Regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine (verkort geciteerd Biomedische Conventie), *DIR/JUR* (96) 14.

Diplomatic Conference 2000, 20 to 29 November 2000, Act revising the Convention on the grant of European patents (European Patent Convention) of 5 October 1973, last revised on 17 December 1991, *OJ EPO Special Edition* 2001 n° 1, 2-49.

Biotechnologie richtlijn en voorbereidende documenten

Richtlijn 98/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 juli 1998 "betreffende de rechtsbescherming van biotechnologische uitvindingen" (verkort geciteerd Biotechnologie Richtlijn), *PB. L* 30 juli 1998, afl. 213, 13-21.

EUROPESE COMMISSIE, "Voorstel van 20 oktober 1988 voor een richtlijn van de Raad betreffende de wettelijke bescherming van biotechnologische uitvindingen (COM(88) 496 def. – SYN 159), *PB. C* 13 januari 1989, afl. 10, 3-8.

EUROPESE COMMISSIE, "Toelichting van 21 oktober 1988 (COM(88) 496 def. – SYN 159) bij het voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de wettelijke bescherming van biotechnologische uitvindingen", 84p.

COMITÉ JURIDISCHE ZAKEN EN RECHTEN VAN DE MENS VAN HET EUROPEES PARLEMENT, "Final version of January 29 1992 of the report on the Commission proposal for a Council Directive on the legal protection of biotechnological inventions", (COM(88)0496 final – C3-0036/89 – SYN 159)", PE150.463/fin., p.

EUROPESE COMMISSIE, "Reaction of February 7, 1992 to the text adopted by the committee on legal affairs and citizens' rights".

EUROPESE COMMISSIE, "Gewijzigd voorstel van 16 december 1992 voor een richtlijn van de Raad betreffende de wettelijke bescherming van biotechnologische uitvindingen", (COM(92) 589 def. – SYN 159), *PB. C* 16 februari 1993, afl. 44, 36-50.

EUROPEES PARLEMENT, "Amendementen van 5 mei 1994 (A3-0321/94) aan het Gemeenschappelijk standpunt van de Raad inzake het voorstel voor een richtlijn 94/.../EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de wettelijke bescherming van biotechnologische uitvindingen, (C3-0087/94 – 94/0159(COD))", *PB. C* 25 juli 1994, afl. 205, 307-308.

BEMIDDELINGSCOMITÉ, "Gemeenschappelijk Ontwerp van 23 januari 1995 over de Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de wettelijke bescherming van biotechnologische uitvindingen", C4-0042/95, (00/0159 (COD)).

STRAUSS, J., "Rapport, PE216.340, 14 p., doc. N° 4 in COMMISSIE JURIDISCHE ZAKEN EN RECHTEN VAN DE MENS VAN HET EUROPEES PARLEMENT, Documenten van de openbare hoorzitting over de juridische bescherming van biotechnologische uitvindingen van 10 en 11 juni 1996", PE 217.904.

ECOSOC, "Advies van 11 juli 1996 over het Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de wettelijke bescherming van biotechnologische uitvindingen", 96/C 295/03, PB. C 7 oktober 1996, afl. 295, 11-17.

GAEIB, "Avis n°8, Les aspects éthiques de la brevetabilité des inventions portant sur des éléments d'origine humaine", 25 september 1996.

EUROPEES PARLEMENT, "Amendementen van 16 juli 1997 (A4-0222/97) aan het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de wettelijke bescherming van biotechnologische uitvindingen (COM(95)0661 – C4-0063/96 – 95/0350(COD))", PB. C 22 september 1997, afl. 286, 87-174.

EUROPESE COMMISSIE, "Vorbereidende besluiten van 29 augustus 1997, tot wijziging van het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de wettelijke bescherming van biotechnologische uitvindingen" (97/C 311/05), (COM(97) 446def. – 95/0350(COD)), PB. C 11 oktober 1997, afl. 311, 12-30.

COREPER, "Proposition modifiée du 19 novembre 1997, de directive du Parlement européen et du Conseil relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques", Dossier interinstitutionnel n° 95/0350 (COD), 12524/97 limité PI 57 CODEC 633.

RAAD, "Vaststelling van het gemeenschappelijk standpunt (EG) Nr. 19/98 van 26 februari 1998 met het oog op de aanneming van Richtlijn 98/.../EG van het Europees Parlement en de Raad van ... betreffende de rechtsbescherming van biotechnologische uitvindingen (98/C 110/02), PB. C 8 april 1998, afl. 110, 17-34.

Overige internationale documenten

WERELDGEZONDHEIDSORGANISATIE, "Verklaring met betrekking tot de promotie van de patiëntenrechten in Europa van 1994."

EPO, *Guidelines*, C-IV, 3.1.

Nationale documenten

Loi du 25 janvier 1817 relative à la concession de droits exclusifs pour l'invention ou l'amélioration d'objets d'art et d'industrie, *Journal Officiel* n. VI, 3, Pas. 1817-1818, 83.

Wet van 24 mei 1854 op de uitvindingsoctrooien (verkort geciteerd BOW-1854). De oorspronkelijke, officiële franse tekst werd gepubliceerd in het *Journal Officiel* van 25 mei 1854 en in de *Pasin.* 1854, nr. 223, p. 174. Een officieuze Nederlandse vertaling werd opgenomen in de *Verzameling der Wetten en Koninklijke Besluiten* 1854, nr. 58, 383. Van de officieuze Nederlandse versie werd in 1936 een ambtelijke vertaling opgemaakt door het Ministerie van Economische Zaken welke werd gepubliceerd in *T.W.S.-W.I.R.* III.B.1.

Loi du 25 mars 1876 contentant le titre premier du livre préliminaire du Code de Procédure Civile, *B.S.* 26 maart 1876.

Gerechtigd Wetboek, *B.S.* 31 oktober 1967.

Wet 14 juli 1976, *B.S.* 18 september 1976.

Wet houdende goedkeuring van het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, van het Protocol en van twee Gemeenschappelijke Verklaringen, opgemaakt te Rome op 19 juni 1980, *B.S.* 9 oktober 1987, 15.130.

RAADGEVEND COMITÉ VOOR BIO-ETHIEK, "Advies met betrekking tot het 'voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de rechtsbescherming van biotechnologische uitvindingen (versie van 19 november 1997, zie document 95/0350 COD)', volgend op de vraag om advies van Minister Di Rupo, Vice Eerste Minister en Minister van Economie en Telecommunicatie (Afgelinkt als Advies van het Raadgevend Comité voor Bio-Ethiek)", in H. NYS (ed.), *De Conventie Mensenrechten en Biogeneeskunde van de Raad van Europa, Inhoud en gevolgen voor patiënten en hulpverleners*, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, 1998, 247-256.

VAN REEPINGHEN, Ch., "Rapport van de Koninklijke Commissaris voor de hervorming van het gerecht", *Pasin.* 1967, 302-566.

AFDELING WETGEVING VAN DE RAAD VAN STATE, "Advies bij de Wet van 10 oktober 1967 betreffende het Gerechtigd Wetboek", *Pasin.* 1967, 712-768.

Voorontwerp van wet tot wijziging van de wet van 28 maart 1984 op de uitvindingsoctrooien, wat betreft de octrooieerbaarheid van biotechnologische uitvindingen. Versies van 5 maart en 31 mei 2001.

1949 Patents Act S. 102.

Rechtspraak

- Cass. 28 jan 1859, *Pas.* 1860, I, 359-371; *B.J.*, 1859, 198-201.
- Cass. 5 mei 1881, *Pas.* 1881, I, 235-237.
- Cass. 28 december 1896, *Pas.* 1897, I, 50-55.
- Cass. 11 juni 1908, *Pas.* 1908, I, 246-253.
- Cass. 10 oktober 1901, *Pas.* 1901, I, 367-368.
- Cass. 8 januari 1914, *Pas.* I, 52-56.
- Cass. 21 april 1921, *Pas.* 1921, I, 338.
- Cass. 12 mei 1922, *Pas.* 1922, I, 297.
- Cass. 22 maart 1923, *Pas.* 1923, I, 243-250.
- Cass. 29 september 1927, *Pas.* 1927, I, 296-298, verwijzende noot.
- Cass. 30 november 1933, *Pas.* 1934, I, 89.
- Cass. 8 maart 1934, *Pas.* 1934, I, 211.
- Cass. 20 maart 1941, *Pas.* 1941, 86-92, concl. Hayoit de Termicourt, verwijzende noot.
- Cass. 12 juni 1941, *Pas.* 1941, I, 217-223.
- Cass. 9 december 1948, *Arr. Cass.* 1948, 614-617; *Pas.* 1948, 699-702.
- Cass. 22 december 1949, *Arr. Cass.* 1950, 244-247; *Pas.* 1950, 266-268.
- Cass., 4 mei 1950, *Arr. Verbr.* 1950, 557-559; *R.W.* 1950-51, 11-14 en *Pas.* 1950, I, 624-627, noot R.H.
- Cass. 28 maart 1952, *Pas.* 1952, I, 483-484.
- Cass. 3 mei 1958, *Arr. Cass.* 1958, 686-688.
- Cass., 24 maart 1960, *Pas.* 1960, I, 860-862.
- Cass. 8 december 1966, *Pas.* 1967, I, 434-446.
- Cass., 12 februari 1975, *Pas.* 1975, I, 596-598.
- Cass., 1 oktober 1975, *Pas.* 1976, I, 141-145.
- Cass., 11 mei 1977, *Arr. Cass.* 1977, 930-932 en *Pas.* 1977, I, 924-926.
- Cass. 13 januari 1978, *R.C.J.B.* 1979, 40-44, noot GANSHOF, L.F.
- Cass. 25 oktober 1979, *R.W.* 1979-80, 1763-1767 en *Pas.* 1980, I, 262-265, noot.
- Cass., 2 april 1981, *Pas.* 1981, I, 835-851.
- Cass. 27 februari 1986, *R.C.J.B.* 1989, 56-66, noot WATTÉ, N.
- Brussel, 29 januari 1902, *Pas.* 1902, II, 117-119.
- Luik, 14 mei 1930, *Pas.* 1931, II, 125-128.
- Luik, 22 november 1979, *J.L.* 1980, 1-2.

Moore v. Regents of the University of California, 793, *P2d*, 479.

Rechtsleer

ADAMS, M., "Law is as I've told you before – Over de zwaartekrachtwerking van rechterlijke uitspraken in België", *T.P.R.* 1997, 1329-1397.

ANDRE, L., *Traité des brevets d'invention et de la contrefaçon industrielle: commentaire comparé de la législation belge de la législation française et de la convention internationale de 1883*, Brussel, Bruylant, 1899, 773 p.

ANOUL, A., *Brevets d'invention: commentaire de la loi du 24 mai 1854, suivi d'un résumé des principales législations étrangères*, Brussel, Delevingne et Callewaert, 1854, 141 p.

ARMITAGE, E. en DAVIS, I., *Patents and Morality in Perspective*, Londen, Common Law Institute of Intellectual Property, 1994, 92 p.

BAETEMAN, G., "Les effets des dispositions légales impératives protégeant des intérêts privés", (noot onder Cass. 6 december 1956), *R.C.J.B.* 1960, 158-174.

BEKAERT, H., "La mission du ministère public en droit privé", in X. (ed), *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, II, Brussel, Bruylant, 1963, 419-451.

BEYLEVELD, D., "Why Recital 26 of the E.C. Directive on the Legal Protection of Biotechnological Inventions Should Be Implemented in National Law", *I.P.Q.* 2000, 1-26.

BODENHAUSEN, G.H.C., "De Diplomatieke Conferentie te Lissabon", *BIE* 1959, 66-72.

BOSTYN, S.J.R., "The Patentability of Genetic Information Carriers. The new E.U. directive 98/44 on the legal protection biotechnological inventions", *I.P.Q.* 1999, 1-36.

– "Kloontje, kloontje in de mand, wie is de mooiste van het land? De implementatie van de EU richtlijn 98/44 octrooierbaarheid biotechnologische uitvindingen in Nederland.", *T. Gez.* 1999, 500-512.

BUSCHE, J., "Die Patentierung biologischer Erfindungen nach Patentgesetz und EPÜ", *GRUR Int.* 1999, 299-306.

BRAUN, TH. en STRUYE, P., *Précis des brevets d'invention et de la contrefaçon industrielle: doctrine, jurisprudence, législations belge et congolaise, conventions internationales*, Brussel, Bruylant, 1935, 248 p.

CALLENS, S., *Goed geregeld? Het gebruik van medische gegevens voor onderzoek*, in *Medisch Recht*, Antwerpen, Maklu, 1995, 538 p.

CORBISIER, M., "De l'action du ministère public en matière civile, dans l'intérêt de l'ordre public", *B.J.* 1861, 1441-1458.

DABIN, J., "Autonomie de la volonté et lois impératives, ordre public et bonnes mœurs, sanction de la dérogation aux lois, en droit privé interne", *Ann. dr. sc. pol.* 1939-1940, 190-247.

DE HARVEN, P., "Contribution à l'étude de la notion d'ordre public", (noot onder Cass. 14 januari 1954), *R.C.J.B.* 1954, 259-266.

DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil Belge*, I, Brussel, Bruylant, 1948, 1286 p.

DE VOS, L., *Le problème des conflits de lois: cours de droit international privé belge*, Brussel, Bruylant, 1946, XXXIV, 539 p.

DIEUX, X., "Le Contrat: instrument et objet de dirigisme?", in X. (ed.), *Les obligations contractuelles*, Brussel, Éditions du jeune barreau, 1984, 255-364.

DRAHOS, P., "Biotechnology Patents, Markets and Morality", *EIPR* 1999, 441-449.

– "Intellectual Property and Human Rights", *I.P.Q.* 1999, 349-371.

EKELMANS, M., "L'ordre public international et ses effets atténués", in X. (ed.), *L'ordre Public: concept et applications, in Les Conférences du Centre de droit privé et de droit économique III, Collection de la faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles*, Brussel, Bruylant, 1995, 283-303.

ENGBERTS, D.P., *Met Permissie, Morele argumentaties inzake het toestemmingsbeginsel bij de totstandkoming van de Wet Geneeskundige Behandelings-Overeenkomst*, Deventer, Kluwer, 1997, 372 p.

ERAUW, J., "Duitse alimentatie vorderingen en de openbare orde in België", *R.W.* 1979-1980, 1729-1738.

FOQUÉ, R., "De Autonomie van de rechtstaat", *Ars Aequi* 1995 (44), 675-677.

– "De noodzakelijke verwevenheid van recht en ethiek", *Ars Aequi* 1998 (47), 6-17.

GANSHOF, L.F., "Vers une société d'une personne de droit belge?", (noot onder Cass. 13 januari 1978), *R.C.J.B.* 1979, 44-68.

GOTZEN, F., *Intellectuele rechten, Industriële eigendom, II, Octrooirecht*, Brussel, 1999, 80 p.

GOTZEN, M., *Overzicht van het recht van economische vrijheid en intellectuele eigendom*, Leuven, Acco, 1970, 84 p.

GUTWIRTH, S., "De polyfonie van de democratische rechtsstaat", in ELCHARDUS, M. (ed.), *Wantrouwen en onbehagen: over de vertrouwens- en legitimiteitscrisis*, in *Balans*, XIV, Brussel, VUBPress, 1998, 137-193.

GRAULICH, P., *Introduction à l'étude du droit international privé*, Luik, Faculté de Droit, d'Économie et de Sciences sociales de Liège, 1978, 153 p.

GREGOIRE, M., "L'ordre public dans la jurisprudence de la Cour de Cassation", in X. (ed.), *L'ordre Public: concept et applications*, in *Les Conférences du Centre de droit privé et de droit économique III*, Collection de la faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, Brussel, Bruylant, 1995, 63-80.

HAUTENNE, N., "L'applications des techniques génétiques à la médecine contemporaine au regard de la Convention de biomédecine", *T. Gez.* 1999-2000, 87-111.

HENNAU-HUBLET, C., "Le droit médical, aux confins d'intérêts, de droits et de valeurs souvent concurrents", *T. Gez.* 1998-1999, 96-110.

KITS NIEUWENKAMP, J.H.W., "Totstandkoming en opzet", in NYS, H. (ed.), *De Conventie Mensenrechten en Biogeneeskunde van de Raad van Europa, Inhoud en gevolgen voor patiënten en hulpverleners*, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, 1998, 17-31.

KRUIITHOF, R., "Naar een 'Gouvernement des juges' in het Belgische verbintenissenrecht?", in VAN GERVEN, W. en KRUIITHOF, R. (ed.), *Naar een 'Gouvernement des juges' in het Belgische verbintenissenrecht en andere opstellen: Hulde aan Prof. Dr. R. Kruithof*, Bruylant, Brussel – Maklu, Antwerpen, 1992, 27-79.

KURGAN – VAN HENTENRIJK, G., "Industriële ontwikkeling", in X. (ed.), *Algemene Geschiedenis der Nederlanden*, XII, Haarlem, Fibula – Van Dishoeck, 1977, 34-42.

LAMEERE, J., "Du ministère public partie jointe à l'audience civile", *B.J.* 1888, 1521-1536.

LAURENT, F., *Principes de droit civil*, I, Brussel, Bruylant, 1878, nr. 49-50.

Les Pandectes belges, Tome quatorzième, 1885.

LOCRÉ, *Législation civile, commerciale et criminelle ou commentaire et complément des codes Français*, I, Brussel, Librairie de jurisprudence de H. Tarlier, 1836, 516 p.

MEINERTZHAGEN-LIMPENS, A., "Quelques aspects de l'ordre public en droit comparé", in X. (ed.), *L'ordre Public: concept et applications*, in *Les Conférences du Centre de droit privé et de droit économique III*, Collection de la faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, Brussel, Bruylant, 1995, 219-256.

MERLIN, M., *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, XIX, Brussel, Talier, 1827.

MATTHIJS, J., "Taak van het Openbaar Ministerie in het privaatrechtelijk rechtsgeding", *T.P.R.* 1977, 619-672.

MATTHIJS, J., *Openbaar Ministerie*, in *A.P.R.*, Gent, Story-Scientia, 1983, 392 p.

MOUFANG, R., "Patenting of Human Genes, Cells and Parts of the Body? – The Ethical Dimensions of Patent Law", *IIC* 1994, 487-515.

– "The concept of 'Ordre Public' and Morality in Patent Law", in VAN OVERWALLE, G. (ed.), *Octrooirecht, ethiek en biotechnologie* in *CIR*, XIII, Brussel, Bruylant, 1998, 65-77.

NYS, H., "Het nader gebruik van lichaamsmateriaal en biotechnologische uitvindingen" in VAN OVERWALLE, G. (ed.), *Octrooirecht, ethiek en biotechnologie* in *CIR*, XIII, Brussel, Bruylant, 1998, 159-179.

– "Doelstellingen, inleidende beginselen en mogelijke beperkingen", in NYS, H. (ed.), *De Conventie Mensenrechten en Biogeneeskunde van de Raad van Europa, Inhoud en gevolgen voor patiënten en hulpverleners*, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, 1998, 43-63.

PICARD, E. en OLIN, X., *Traité des brevets d'invention et de la contrefaçon industrielle sous l'empire de la loi belge de 1854 précédé d'une théorie sur les inventions industrielles*, Brussel, Parent, 1866, 828 p.

POSNER, R., "The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987", *Harvard Law Review* 1987, vol. 100, 761-780.

PUTTEMANS, A., "L'ordre public et la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce, sur l'information et la protection du consommateur", in X. (ed.), *L'ordre Public: concept et applications*, in *Les Conférences du Centre de droit privé et de droit économique III*, Collection de la faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles, Brussel, Bruylant, 1995, 137-190.

REMOUCHAMPS, L., *Octrooien*, in *A.P.R.*, Brussel, Larcier, 1969, 330 p.

RIGAUX, F., *Droit international privé*, I, *Théorie générale*, Brussel, Larcier, 1987, 386 p.

R.H. noot onder Cass., 4 mei 1950, *Pas.* 1950, I, 624-625.

ROGRON, *Code Civil expliqué par ses motifs et par des exemples*, Brussel, Tarlier, 1833, 439 p.

ROLIN, H., "Vers un ordre public réellement international", in X. (ed.), *Hommage d'une génération de juristes au président Basdevant*, Parijs, Éditions A. Pedone, 1960, 441-462.

ROMAIN, J.-F., "L'ordre public (notion générale) et les droits de l'homme", in X. (ed.), *L'ordre Public: concept et applications*, in *Les Conférences du Centre de droit privé et de droit économique III, Collection de la faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles*, Brussel, Bruylant, 1995, 5-61.

SCHERMERS, H. en VAN HOUTTE, H., *Internationaal en Europees recht, Compendium voor de rechtspraak*, Antwerpen, Kluwer, 1987, 324 p.

SCHATZ, U., "patentability of Genetic Engineering Inventions in European Patent Office Practice", *IIC* 1998, 2-16.

STRAUS, J., "Patenting Human Genes in Europe – Past Developments and Prospects for the Future", *IIC* 1995, 920-950.

TILLIERE, TH., *Traité théorique et pratique des brevets d'invention de perfectionnement et d'importation*, Brussel, Decq, 1854, 514 p.

TRITTON, G., *Intellectual Property in Europe*, Londen, Sweet & Maxwell, 1996, 803 p.

TROUET, C., "Vergelijkende analyse van de artikelen van de ontwerpteksten (1994-1996) en van de verdragstekst", in NYS, H. (ed.), *De Conventie Mensenrechten en Biogeneeskunde van de Raad van Europa, Inhoud en gevolgen voor patiënten en hulpverleners*, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, 1998, 65-110.

– "Recente ontwikkelingen van Medisch recht, Statuut van het menselijk lichaam", in X. (ed.), *Verslagboek 7^e VRG-Alumnidag, Recht in beweging*, Leuven, VRG-Alumni, 2000, 87-97.

VANDERGHEYNST, D., "La notion d'ordre public et des bonnes mœurs dans la proposition de directive européenne relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques", in G. VAN OVERWALLE (ed.), *Octrooirecht, ethiek en biotechnologie* in *CIR*, XIII, Brussel, Bruylant, 1998, 79-92.

VANDER HAEGHEN, G., *Brevets d'invention, marques et modèles*, Brussel, Larcier, 1928, 661.

VANDER HAEGHEN, G., *Brevets d'invention, extrait des Nouvelles*, in *Le droit intellectuel*, Brussel, Larcier, 1936, 588.

VAN GERVEN, W., *Het beleid van de rechter*, Antwerpen, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1973, 166.

– *Algemeen Deel*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1987, 519.

VAN GYSEL, A.-CH. en ROMAIN, J.-F., "Conclusions générales: l'ordre public entre hétérogénéité et homogénéité", in X. (ed.), *L'ordre Public: concept et applications*, in *Les Conférences du Centre de droit privé et de droit économique III*, *Collection de la faculté de droit de l'Université Libre de Bruxelles*, Brussel, Bruylant, 1995, 305-327.

VAN HECKE, G. en LENAERTS, K., *Internationaal Privaatrecht*, 1989, Gent, Story-Scientia, 1989, 435 p.

VAN HOECKE, M., *De interpretatievrijheid van de rechter*, in *Bibliotheek van het Gerechtelijk Recht*, VI, Antwerpen, Kluwer, 1979, 432 p.

VAN HOUTTE, H., "De internationalisatie van de openbare orde", in VAN GERVEN, W.; COUSY, H. en STIJNS, S. (ed.), *Liber Amicorum Walter Van Gerven*, Antwerpen, Kluwer, 2000, 167-178.

VAN LOON, T., "Zelfbeschikking als recht. Een onderzoek naar duurzame ontwikkeling tot meer vrijheid, individuele en collectieve verantwoordelijkheid in het raam van preventieve gezondheidszorg en sterven", in VLAAMS PREVENTIECONGRES 1997 (ed.), *Preventieve gezondheidszorg*, Diegem, Kluwer, 1997, XIV, 297-312.

VAN NESTE, F., "Hoe ethisch zijn recht en politiek?" in VAN NESTE, F., *Ter wille van mensen*, Antwerpen, Maklu, 1997, 45-62, oorspronkelijk gepubliceerd in *Publiek recht, ruim bekeken. Opstellen aangeboden aan Prof. J. Gijssels*, Antwerpen, Maklu, 407-426.

– "Le droit et 'le patrimoine moral' de l'humanité", in VAN NESTE, F., *Ter wille van mensen*, Antwerpen, Maklu, 1997, 63-74.

– "Ter wille van mensen – Persoonswaarden in het recht", in VAN NESTE, F., *Ter wille van mensen*, Antwerpen, Maklu, 1997, 83-95.

– "Het zelfbeschikkingsrecht – Een kritische studie", in VAN NESTE, F., *Ter wille van mensen*, Antwerpen, Maklu, 1997, 97-117, oorspronkelijk gepubliceerd in *R.W.*, 1991-1992, 689-699.

– "Op zoek naar het ethische gehalte in ons beroep", in VAN NESTE, F., *Ter wille van mensen*, Antwerpen, Maklu, 1997, 319-325.

– Relatie tot mensenrechten en het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (EVRM), in NYS, H. (ed.), *De Conventie Mensenrechten en Biogeneeskunde van de Raad van Europa, Inhoud en gevolgen voor patiënten en hulpverleners*, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, 1998, 33-41.

VAN OVERWALLE, G., *Octrooieerbaarheid van plantenbiotechnologische uitvindingen – Een rechtsvergelijkend onderzoek naar een rechtvaardiging van een uitbreiding van het octrooirecht tot planten in CIR, X*, Brussel, Bruylant, 1996, 704 p.

– "TRIPS en het octrooirecht", *I.R.D.I.* 1997, 222-244.

– "De octrooieerbaarheid van biotechnologische uitvindingen" in VAN OVERWALLE, G. (ed.), *Octrooirecht, ethiek en biotechnologie in CIR, XIII*, Brussel, Bruylant, 1998, 33-64.

– "Harmonisatie in het octrooirecht, het kwekersrecht en het gebruiksmodellenrecht: van het wiel naar de mens naar het wieltje", *I.R.D.I.*, 1998, 149-168.

– "Klinische proeven en volksgezondheid, naar een herijking van het algemeen belang in het octrooirecht", *T.P.R.* 2000, 899-968.

VELAERS, J., "Het menselijk lichaam en de grondrechten" in UFSIA. CENTRUM GRONDSLAGEN VAN HET RECHT (ed.), *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, 7-11.

VELLE, K., *Het Openbaar Ministerie in België (1796-1995) – Organisatie, bevoegdheden en archiefvorming*, Brussel, Algemeen Rijksarchief, 1995, 410.

VERHOEVEN, A., *The European Union in Search of a Democratic and Constitutional Theory*, onuitg., proefschrift doctor in de rechten, Katholieke Universiteit Leuven, 2001, 505p.

WATTÉ, N., "Quelques remarques sur la notion de l'ordre public en droit international privé", (noot onder Cass. 27 februari 1986), *R.C.J.B.* 1989, 66-104.

W.G., noot onder Cass. 1 februari 1951, *Pas.* 1951, 359-362.

W.G., noot onder Cass. 25 juni 1971, *Arr. Cass.* 1971, 1081-1092.

X, noot onder Cass. 25 oktober 1979, *Pas.* 1980, I, 264.

BIBLIOGRAFIE

NIET - JURIDISCHE BIBLIOGRAFIE

"Gene donors' rights at risk", *Nature* 1996, vol. 381, 1.

ABBOTT, A., "Sweden sets ethical standards for use of genetic 'biobanks'", *Nature* 1999, vol. 400, 3.

ALDERSON, P. en GOODEY, C., "Theories of consent", *B.M.J.* 1998, vol. 317, 1313.

AULISIO, M., "The Foundations of Bioethics: contingency and Relevance", *Journal of Medicine and Philosophy* 1998, vol. 23, 428-438.

BARKER, S., "Adult Liaison Update", *Input*, 2000, issue 26, n° 64, 8.

BRAECKMANS, L., "De tragiek van het 'zelf'. Een filosofisch-historische reflectie" in UFSIA. CENTRUM GRONDSLAGEN VAN HET RECHT (ed.), *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, 67-81.

BUTLER, D., "US/UK statement on genome data prompts debate on 'free access'", *Nature* 2000, vol. 404, 324.

CAMPBELL, C., "The Crumbling Foundations of Medical Ethics", *Theoretical Medicine and Bioethics* 1998, vol. 19, 43-152.

COMMERS, R., "Overwegingen betreffende de menselijke zelfstandigheid en de toekomst van de gezondheidszorg", in VLAAMS PREVENTIECONGRES 1997 (ed.), *Preventieve gezondheidszorg*, Diegem, Kluwer, 1997, XIV, 341-348.

COULTER, A., "Paternalism or partnership? Patients have grown up – and there's no going back", *B.M.J.* 1999, vol. 319, 719-720.

DEQUEKER, E., e.a., "Quality control in molecular genetic testing", *Nature Genetics* 2001, vol. 2, 717-723.

DICKSON, D., "HUGO approves ethics code for genomics", *Nature* 1996, vol. 380, 279.

DOYAL, L., "Journals should not publish research to which patients have not given fully informed consent – with three exceptions", *B.M.J.* 1997, vol. 314, 1107-1110.

DOYAL, L., "Informed consent – a response to recent correspondence", *B.M.J.* 1998, vol. 316, 1000-1001.

FADEN, R. en BEAUCHAMP, T., *A History and Theory of Informed Consent*, New York, Oxford University Press, 1986, 392 p.

GATELARI, M.; BUTOW, PH. en TATTERSALL, M., "Informed consent: what did the doctor say?", *The Lancet* 1999, vol. 353, 1713.

GEERTS, G. en HEESTERMANS, H., *Van Dale, groot woordenboek de Nederlandse taal*, Utrecht, Van Dale Lexicografie, 1992, twaalfde herziene druk, 3897 p.

GILLON, R., "Autonomy, respect for autonomy and weakness of will", *Journal of Medical Ethics* 1993, vol. 19, 195-196.

GOODARE, H. en SMITH, R., "The rights of patients in research – Patients must come first in research", *B.M.J.* 1995, vol. 310, 1277-1278.

GOODARE, H., "Studies that do not have informed consent from participants should not be published", *B.M.J.* 1998, vol. 316, 1004-1005.

GORDIJN, B., "The Troublesome Concept of the Person", *Theoretical Medicine and Bioethics*, 1999, vol. 20, 347-359.

HOWE, E., "Approaches (and Possible Contraindications) to Enhancing Patients' Autonomy", *The Journal of Clinical Ethics* 1994, 179-188.

INGELFINGER, F.J., "The Unethical in Medical Ethics", *Annals of Internal Medicine* 1975, vol. 83, 264-269.

JONATANSSON, H., "Iceland's health Sector Database: A Significant Head Start in the Search for the Biological Grail or an Irreversible Error", *Am. J. Law, Med. & Ethics* 2000, vol. 26, 31-67.

KESTIN, I.G., "Technical consent is inevitable in some circumstances", *B.M.J.* 1998, vol. 317, 947-948.

KNOPPERS, B.M., HIRTLE, M., LORMEAU, S., LABERGE, CL. M. en LAFLAMME, M., "Control of DNA Samples and Information", *Genomics* 1998, vol. 50, 385-401.

KRAKAUER, E., "Prescriptions: Autonomy, Humanism and the Purpose of Health Technology", *Theoretical Medicine and Bioethics* 1998, vol. 19, 525-545.

LOEWY, E., "Consent, Ethics, and Community", *The Journal of Clinical Ethics* 1992, 224-228.

LUSTIG, A., "Informed Consent as a Tool for Medical Management", *Journal of Medicine and Philosophy* 1996, vol. 21, 101-109.

– "Concepts and Methods in Recent Bioethics: Critical Responses", *Journal of Medicine and Philosophy* 1998, vol. 23, 445-455.

MADDER, H., "Existential autonomy: why patients should make their own choices", *Journal of Medical Ethics* 1997, vol. 23, 221-225.

MAERTENS, G., *Ethiek*, 1980, Acco, Leuven, 152 p.

MARSHALL, E., "Policy on DNA Research Troubles Tissue Bankers", *Science* 1996, vol. 271, 440.

MARTA, "A Linguistic model of informed consent", *The Journal of Medicine and Philosophy* 1996, vol. 21, 41-60.

– "Whose consent is it anyway? A poststructuralist framing of the person in medical decision-making", *Theoretical Medicine and Bioethics* 1998, vol. 19, 353-370.

MASSION, J., "L'éthique dans la législation sanitaire en Europe", *T.Gez.* 1998-1999, 265-275.

McCULLOUGH, L., "Moral Authority, Power, and Trust in Clinical Ethics", *The Journal of Medicine and Philosophy* 1999, vol. 24, 3-10.

McGRATH, P., "Autonomy, Discourse, and Power: A Postmodern Reflection on Principlism and Bioethics", *The Journal of Medicine and Philosophy* 1998, vol. 23, no. 5, 516-532.

McINNIS, M.G., "The assent of a nation: genethics and Iceland", *Clin. Genet.* 1999, vol. 55, 234-239.

McKNIGHT, C., "Autonomy and the akratic patient", *Journal of Medical Ethics* 1993, vol. 19.

O'NEILL, O., "Paternalism and partial autonomy", *Journal of medical ethics* 1984, vol. 10, 173-178.

PATERSON, "Consent forms are unhelpful", *B.M.J.* 1995, vol. 310, 936.

PHILIPKOSKI, K., "Monsanto to Offer Free Rice Tech", *Wired News* august 5 2000,
<http://www.wired.com/news/technology/0,1282,38043,00.html>.

REYNAERT, P., "Het subject en zijn lichaam" UFSIA. CENTRUM GRONDSLAGEN VAN HET RECHT (ed.),
Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood, Antwerpen, Maklu, 1996, 51-66.

RIORDAN, F.A.I. en THOMSON, A.P.J., "How to get patients' consent to enter clinical trials – Reports of trials should state proportion of people who refuse to participate"; *B.M.J.* 1996, vol. 312, 185-186.

ROSENBERG, L. en SCHECHTER, A., "Gene Therapist, Heal Thyself", *Science* 2000, vol. 287, 1751.

SAVULESCU, J., "Rational non-interventional paternalism: why doctors ought to make judgements of what is best for their patients", *Journal of Medical Ethics* 1995, vol. 21, 327-331.

SAVULESCU, J. en MOMEYER, R., "Should informed consent be based on rational beliefs?", *Journal of Medical Ethics* 1997, vol. 23, 282-288.

SECKER, B., "The Appearance of Kants Deontology in Contemporary Kantianism: Concepts of Patient Autonomy in Bioethics", *Journal of Medicine and Philosophy* 1999, vol. 24, 43-66.

SMITH, R., "Informed consent: edging forwards (and backwards)", *B.M.J.* 1998, vol. 316, 949-951.

TAEELS, J., "Ethiek en autonomie. Een socratisch perspectief" in UFSIA. CENTRUM GRONDSLAGEN VAN HET RECHT (ed.), *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, 13-28.

TAYLOR, C., *Sources of the Self, The Making of the Modern Identity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, 601 p.

VAN DER AREND, A. en GASTMANS, Chr., *Ethisch zorg verlenen – handboek voor de verpleegkundige beroepen*, Baarn, Intro, 1997, 207 p.

VAN DER VEKEN, J., *Fundamentele Wijsbegeerte – Een historisch-systematische inleiding*, Leuven, H.I.W., 1985, 277p.

VANHEESWIJCK, G., "Zelfbeschikkingsrecht of authenticiteit? Twee modaliteiten van de menselijke autonomie" in UFSIA. CENTRUM GRONDSLAGEN VAN HET RECHT (ed.), *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, 29-49.

VAN NESTE, F., "Genetica en samenleving", in F. VAN NESTE, *Ter wille van mensen*, Antwerpen, Maklu, 1997, 299-306.

WARNOCK, M., "Informed consent – a publisher's duty", *B.M.J.* 1998, vol. 316, 1002-1003.

WEISS, G., "Paternalism modernised", *Journal of Medical ethics* 1985, vol. 11, 184-187.

WEYNS, W., "Het 'meervoudig individu'. Een essay over zelfbeschikking in de postmoderniteit" in UFSIA. CENTRUM GRONDSLAGEN VAN HET RECHT (ed.), *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, 83-97.

H. WULFF, "The inherent paternalism in clinical practice", *The Journal of Medicine and Philosophy* 1995, vol. 20, 299-311.

YEIDE Jr, H., "The Many Faces of Autonomy", *The Journal of Clinical Ethics* 1992, vol. 3, 269-274.

BIBLIOGRAFIE

VERKORT GECITEERDE LITERATUUR

BOSTYN, S.J.R., "Kloontje, kloontje in de mand, wie is de mooiste van het land? De implementatie van de EU richtlijn 98/44 octrooieerbaarheid biotechnologische uitvindingen in Nederland" (verkort geciteerd "Kloontje"), *T. Gez.* 1999, 500-512.

DRAHOS, P., "Biotechnology Patents, Markets and Morality" (verkort geciteerd "Biotechnology"), *EIPR* 1999, 441-449.

– "Intellectual Property and Human Rights" (verkort geciteerd "Intellectual Property"), *I.P.Q.* 1999, 349-371.

FOQUÉ, R., "De Autonomie van de rechtstaat" (verkort geciteerd "De Autonomie"), *Ars Aequi* 1995 (44), 675-677.

– "De noodzakelijke verwevenheid van recht en ethiek" (verkort geciteerd "De noodzakelijke verwevenheid"), *Ars Aequi* 1998 (47), 6-17.

GEERTS, G. en HEESTERMANS, H., *Van Dale, groot woordenboek de Nederlandse taal* (verkort geciteerd "Van Dale"), Utrecht, Van Dale Lexicografie, 1992, twaalfde herziene druk, 3897 p.

LUSTIG, A., "Concepts and Methods in Recent Bioethics: Critical Responses" (verkort geciteerd "Concepts and Methods"), *Journal of Medicine and Philosophy* 1998, vol. 23, 101-109.

MARTA, J., "Whose consent is it anyway? A poststructuralist framing of the person in medical decision-making" (verkort geciteerd "Whose consent?"), *Theoretical Medicine and Bioethics* 1998, vol. 19, 353-370.

MOUFANG, R., "Patenting of Human Genes, Cells and Parts of the Body? – The Ethical Dimensions of Patent Law" (verkort geciteerd "Patenting"), *IIC* 1994, 487-515.

– "The concept of 'Ordre Public' and Morality in Patent Law" (verkort geciteerd "The concept"), in VAN OVERWALLE, G. (ed.), *Octrooirecht, ethiek en biotechnologie* in *CIR*, XIII, Brussel, Bruylant, 1998, 65-77.

NYS, H., "Doelstellingen, inleidende beginselen en mogelijke beperkingen" (verkort geciteerd "Doelstellingen"), in NYS, H. (ed.), *De Conventie Mensenrechten en Biogeneeskunde van de Raad van Europa, Inhoud en gevolgen voor patiënten en hulpverleners*, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, 1998, 43-63.

TROUET, C., "Vergelijkende analyse van de artikelen van de ontwerp teksten (1994-1996) en van de verdragstekst" (verkort geciteerd "Vergelijkende analyse"), in NYS, H. (ed.), *De Conventie Mensenrechten en Biogeneeskunde van de Raad van Europa, Inhoud en gevolgen voor patiënten en hulpverleners*, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, 1998, 65-110.

– "Recente ontwikkelingen van Medisch recht, Statuut van het menselijk lichaam" (verkort geciteerd "Recente ontwikkelingen"), in X. (ed.), *Verslagboek 7^e VRG-Alumnidag, Recht in beweging*, Leuven, VRG-Alumni, 2000, 87-97.

VAN GERVEN, W., *Algemeen Deel*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht* (verkort geciteerd *Algemeen Deel*), Brussel, Story-Scientia, 1987, 519 p.

VAN NESTE, F., "Genetica en samenleving", (verkort geciteerd "Genetica en samenleving") in VAN NESTE, F., *Ter wille van mensen*, Antwerpen, Maklu, 1997, 299-306.

– "Ter wille van mensen – Persoonswaarden in het recht" (verkort geciteerd "Ter Wille") in VAN NESTE, F., *Ter wille van mensen*, Antwerpen, Maklu, 1997, 83-95.

– "Op zoek naar het ethische gehalte in ons beroep" (verkort geciteerd "Op zoek") in VAN NESTE, F., *Ter wille van mensen*, Antwerpen, Maklu, 1997, 319-325.

– "Hoe ethisch zijn recht en politiek?" (verkort geciteerd "Hoe ethisch?") in VAN NESTE, F., *Ter wille van mensen*, Antwerpen, Maklu, 1997, 53, oorspronkelijk gepubliceerd in *Publiek recht, ruim bekeken. Opstellen aangeboden aan Prof. J. Gijssels*, Antwerpen, Maklu, 407-426 p.

– "Le droit et 'le patrimoine moral' de l'humanité" (verkort geciteerd "Le droit"), in VAN NESTE, F., *Ter wille van mensen*, Antwerpen, Maklu, 1997, 63-74.

– "Relatie tot mensenrechten en het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (EVRM) (verkort geciteerd "Relatie"), in NYS, H. (ed.), *De Conventie Mensenrechten en Biogeneeskunde van de Raad van Europa, Inhoud en gevolgen voor patiënten en hulpverleners*, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, 1998, 33-41.

VAN OVERWALLE, G., *Octrooieerbaarheid van plantenbiotechnologische uitvindingen – Een rechtsvergelijkend onderzoek naar een rechtvaardiging van een uitbreiding van het octrooirecht tot planten* (verkort geciteerd *Octrooieerbaarheid*) in CIR, X, Brussel, Bruylant, 1996, 704 p.

– "Harmonisatie in het octrooirecht, het kwekersrecht en het gebruiksmodellenrecht: van het wiel naar de mens naar het wielje" (verkort geciteerd "Harmonisatie"), *I.R.D.I.* 1998, 149-168.

COLOFON

Uitgave van de Vlaamse Raad voor Wetenschapsbeleid (VRWB), juli 2002

R. Dillemans, voorzitter

E. Monard, secretaris

VRWB- secretariaat

North Plaza B,

Koning Albert II-laan 7, 4e verd.

1210 Brussel

Tel: (02)553 45 20

Fax: (02)553 45 23

Email: vrwb@vlaanderen.be

Website: <http://www.vrwb.vlaanderen.be>

D/2002/6099/4

Reeds verschenen:

Studiereeks 1: *“Het ontwikkelen van een deflator voor O&O-uitgaven”*

Studiereeks 2: *“Wetenschappelijk Onderzoek: Tussen sturen en stuwen. Acta van het colloquium”*

Studiereeks 3: *“O&O-bestedingen van de Vlaamse Universiteiten”*

Studiereeks 4: *“Wetenschappelijk onderzoek en de genderproblematiek”*

Uitgave van de Vlaamse Raad voor Wetenschapsbeleid (VRWB)

R. Dillemans, voorzitter
E. Monard, secretaris

VRWB-secretariaat
North Plaza B - Koning Albert II-laan 7 (4e verd.)
1210 Brussel
Tel. +32(0)2 553 45 20
Fax +32(0)2 553 45 23
e-mail: vrwb@vlaanderen.be
website: www.vrwb.vlaanderen.be

