

Wetgeving inzake morele kwesties: een procesgerichte benadering

Rode draad

Dr.mr. W. van der Burg*



Mogen morele normen, bijvoorbeeld rond abortus of homoseksualiteit, in wetgeving worden omgezet? Dit is doorgaans de centrale vraag in rechtsfilosofische analyses over de verhouding tussen moraal en wetgeving. Daarbij gaat men uit van twee veronderstellingen. Ten eerste veronderstelt men dat de morele normen bekend en relatief onomstreden zijn. Ten tweede worden juridische regels een effectief middel geacht om morele normen af te dwingen.

In onze pluralistische en dynamische samenleving zijn deze veronderstellingen minder adequaat. De moraal is zeer divers en sterk in beweging en bovendien vaak niet toegesneden op nieuwe kwesties zoals die rond biotechnologie. De handhaving van juridische regels blijkt steeds meer een probleem.

In een dergelijke situatie kan de verhouding tussen wetgeving en moraal beter worden gezien als een tweerichtingsverkeer. Hierbij is er zowel tijdens het wetgevingsproces als tijdens het implementatieproces een voortdurende wisselwerking tussen de ontwikkeling van morele normen en de rechtsontwikkeling. Deze benadering past ook een andere visie op wetgeving. De expressieve en communicatieve functies van de wet komen dan meer op de voorgrond te staan.

1 Inleiding

Steeds vaker krijgt de politiek te maken met morele problemen waarvoor op wettelijke regulering (of deregulering) wordt aangedrongen. Daarbij gaat het niet alleen meer om bekende thema's als abortus, euthanasie en discriminatie. Moderne biotechnologie of Internet, de gezondheidszorg of de intensieve varkenshouderij; ze roepen allemaal vragen op waarvan de morele dimensie niet langer ontkend kan worden. De voor de hand liggende vraag, die centraal staat in dit artikel, is hoe de wetgever hierop moet reageren.

In de meeste theorieën over wetgeving inzake morele kwesties¹ is een relatief simpel standaardmodel te herkennen. Men vertrekt bij morele normen die als bekend en relatief onomstreden worden gezien; bijvoorbeeld bepaalde normen inzake seksualiteit. De discussie gaat dan over de vraag of, en zo ja hoe, deze ook in wet-

geving moeten worden vastgelegd.² Deze vraag kent in feite twee varianten, al naar gelang de betekenis die men toekent aan het woord moraal.

Doorgaans onderscheidt men twee typen moraal.³ De *positieve moraal* zijn de normen en waarden die een samenleving of groep feitelijk aanvaardt. Maar we weten dat die feitelijk aanvaarde moraal op tal van punten niet volmaakt en dus bekritiseerbaar is. Voor de kritiek die men vanuit een relatief onpartijdige positie op de positieve moraal kan leveren (maar ook op instituties zoals het recht) wordt een beroep gedaan op de *kritische moraal*, als het ware de ideale moraal die eigenlijk zou moeten gelden. Tweehonderd jaar geleden was volgens de positieve moraal in Amerika slavernij toegestaan; niettemin waren er ook toen al mensen die deze moraal ter discussie stelden en er een alternatieve, kritische moraal tegenover stelden. Overigens bestaat *de* kritische moraal niet; er zijn slechts voorstellen voor een kritische moraal,

* Wibren van der Burg is hoofdonderzoeker grondslagen van het recht aan het Schoondijk Instituut van de Katholieke Universiteit Brabant.

1 De uitdrukking 'wetgeving inzake morele kwesties', zal ik verder gebruiken als korte aanduiding voor wetgeving die beoogt om morele problemen te reguleren, of waarvan op zijn minst in de publieke discussie de morele dimensie vrij sterk op de voorgrond treedt.

2 Een heel toegankelijke introductie tot deze thematiek is

te vinden in S. Lee, *Law and Morals*, Oxford University Press, Oxford 1986.

3 Dit onderscheid is geïntroduceerd door H.L.A. Hart, *Law, Liberty and Morality*. Oxford University Press, London 1963, p. 20. Uitgebreider over beide typen moraal en de dialectische relatie daartussen; F.W.A. Brom, *Onherstelbaar verbeterd. Biotechnologie bij dieren als een moreel probleem*. Diss. Utrecht 1997, p. 62 e.v. en p. 252 e.v.

zoals ethische theorieën (bijvoorbeeld utilitarisme of Kantianisme) en natuurrechtstheorieën, al dan niet van een theologische basis voorzien. Ondanks de verschillende uitgangspunten overlappen deze theorieën in de praktijk rond een aantal basisnormen (niet-doden, niet-stelen).

Meestal denkt men bij de doorwerking van moraal in wetgeving aan de positieve moraal. De vraag wordt dan: onder welke voorwaarden mag de positieve moraal doorwerken in wetgeving, of anders gezegd, dient wetgeving deze moraal te codificeren? Deze vraag wordt vaak toegespitst op strafrechtelijke verboden, en dan nog meer in het bijzonder op de zedelijkheidswetgeving. Men heeft het dan over de problematiek van het 'legal moralism' of ook wel de 'legal enforcement of morals'.⁴ Tegenstanders van juridisch moralisme beroepen zich meestal op liberale theorieën die inhouden dat burgers zoveel mogelijk vrij moeten zijn om hun morele overtuigingen te kiezen en daarnaar te leven.⁵ In Nederland is een dergelijke liberale opvatting inmiddels gemeengoed. Maar de thematiek is veel breder dan het strafrecht. Hoe moet bijvoorbeeld in de privaatrechtelijke vormgeving van relaties, zoals het huwelijksrecht, rekening gehouden worden met morele opvattingen binnen de bevolking?

Soms ligt echter het accent op vertaling van de kritische moraal in wetgeving. Moeten bijvoorbeeld morele claims over onvervreembare rechten van de mens in verdragen of wetgeving worden erkend? Is het misschien zelfs zo dat wetten die niet aan dergelijke minimumnormen voldoen — die in strijd met het 'natuurrecht' zijn — ongeldig zijn?⁶ Deze vraag wordt meestal toegespitst op thema's als mensenrechten en oorlogsmisdaden. Maar zij speelt op tal van gebieden; in het gezondheidsrecht wordt bijvoorbeeld regelmatig een beroep gedaan op medisch-ethische argumentaties.⁷

2 Twee problemen

Gemeenschappelijk aan dit standaardmodel zijn twee veronderstellingen:

1 Men gaat ervan uit dat het vertrekpunt bestaat uit onomstreden, goed vaststelbare normen. De inhoud van de positieve moraal staat doorgaans niet ter discussie bij het debat over juridisch moralisme en in ieder geval is dat niet het hoofdthema. De onzekerheid ligt elders: moet die moraal ook in het recht worden vastgelegd? Evenzo wordt in het debat over mensenrechten simpelweg aangenomen dat schending van mensenrechten moreel verwerpelijk is vanuit het perspectief van de kritische moraal; de vraag is slechts of dit ook juridische consequenties moet hebben.

2 Daarnaast gaat men ervan uit dat wetgeving een geschikt middel is om morele normen ingang te doen vinden. Wil je dat burgers (of organisaties) zich aan bepaalde morele normen houden, dan formuleer je deze als wettelijke plicht. De nadruk op strafrechtelijke normen valt hieruit te verklaren, gezien de daaraan verbonden sancties.

Beide veronderstellingen zijn niet in zijn algemeenheid houdbaar of onhoudbaar. Voor veel analyses is het daarop gebaseerde standaardmodel uitermate vruchtbaar geweest, en heeft tot een helder overzicht van de problemen geleid. Discussies over juridisch moralisme zijn daardoor niet alleen tot de rechtsfilosofische vakliteratuur beperkt gebleven, maar zijn ook doorgedrongen tot regeringsrapporten, de algemene media en zelfs rechterlijke uitspraken op allerlei niveaus.⁸

In de huidige Westerse samenlevingen zijn, zoals ik hieronder zal laten zien, beide veronder-

4 H.L.A. Hart en Lord Devlin hebben hierover een beroemd debat gevoerd. Zie hun artikelen opgenomen in R. Dworkin (ed.), *The Philosophy of Law*, University Press, Oxford 1977. Aanleiding voor dit debat was een rapport van de Britse commissie-Wolfenden uit 1957, die op grond van een fundamentele rechtsfilosofische analyse voorstelde homoseksualiteit te legaliseren. Het standaardwerk hierover is J. Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law. I Harm to Others (1984); II Offence to Others (1985), III Harm to Self (1986), Harmless Wrongdoing (1994)*, Oxford University Press, New York/Oxford.

5 Daarbij wordt er veelal van uitgegaan dat de staat neutraal zou moeten zijn ten opzichte van conflicterende morele opvattingen. Over hoe dit neutraliteitsideaal moet worden ingevuld verschillen de liberale opvattingen

overigens onderling sterk. Voor een kritische analyse zie B. van den Brink, *The Tragedy of Liberalism*. Diss. Utrecht 1997.

6 Vgl. over moderne natuurrechtstheorieën: R.P. George (ed.), *Natural Law Theory*, Clarendon, Oxford 1992.

7 Over de verhouding tussen recht en moraal in het gezondheidsrecht, zie verschillende bijdragen in W. van der Burg en P. Ippel (red.), *De Siamese tweeling*, Van Gorcum, Assen 1994, en W. van der Burg, 'Gezondheidsrecht en bio-ethiek: op naar een nieuwe verhouding', *Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*, 25 (1996), pp. 192-206.

8 In de Dudgeon-case, d.d. 22 oktober 1981, Publ. E.C.H.R., *Series A*, Vol. 45 (1982) citeerde het Europese Hof voor de Rechten van de Mens bijv. uitgebreid het hierboven genoemde Britse Wolfenden-rapport.

stellingen minder houdbaar, en wel in het bijzonder bij wetgeving rond morele problemen. Als echter de positieve of kritische moraal niet goed is vast te stellen, is er geen vertrekpunt voor de rechtsfilosofische analyse die vraagt naar het omzetten ervan in wetgeving. En als juridische regels niet effectief zijn om morele normen nageleefd te krijgen, heeft het weinig zin om de hele discussie te richten op de inhoud van de regels. Dit betekent dat precies voor die wetgevingsvraagstukken waar men graag een beroep zou doen op de inzichten uit het standaardmodel, dit tekortschiet.

Ad 1 In een homogene en statische samenleving is het relatief eenvoudig om te bepalen wat de positieve moraal is. Maar in een samenleving die sterk pluralistisch is en die bovendien zeer snelle ontwikkelingen doormaakt, is dat veel moeilijker. Wat is in onze huidige samenleving de positieve moraal rond euthanasie, rond huwelijksrelaties tussen twee mannen, rond porno op Internet of rond genetische modificatie van koeien? Bij dergelijke onderwerpen zijn de morele opvattingen thans zeer divers en sterk in beweging.

We moeten de morele fragmentarisering en onzekerheid overigens niet overdrijven, zoals sommige 'postmodernistische' denkers doen.⁹ Rond veel thema's, zoals de basisnormen die hun weerslag hebben gekregen in de klassieke bepalingen van het Wetboek van Strafrecht, bestaat nog wel degelijk een brede morele consensus. Maar juist bij de morele kwesties waar (het ontbreken van) wetgeving nu ter discussie staat, is de positieve moraal vaak zeer divers en kan dus nauwelijks een uitgangspunt zijn voor discussies over de inhoud van de beoogde wetgeving.

Voor de kritische moraal geldt een vergelijkbaar verhaal. Zoals gezegd is er een belangrijke inhoudelijke overlap tussen de voornaamste ethische theorieën en religieuze doctrines. Ze bieden daardoor een fundering voor veel normen

die inmiddels wettelijk zijn vastgelegd, zoals de klassieke strafrechtelijke bepalingen en de grondrechten. Maar juist voor de eerdergenoemde morele kwesties waar de wetgever nu mee worstelt, bieden ze te weinig houvast. De theorieën zijn achterhaald of ontoereikend en geven onderling tegenstrijdige antwoorden.

De conclusie is duidelijk. Voor veel van de morele problemen waar de wetgever nu mee wordt geconfronteerd, ontbreken bruikbare uitgangspunten, zowel in de positieve als in de kritische moraal. Gangbare analyses over het vertalen van morele normen in juridische normen zijn daardoor niet meer toepasbaar.

Ad 2 Ook de gedachte dat het maken van wetten voldoende is om morele normen te doen naleven, is niet meer houdbaar. Overigens werden hierbij door rechtssociologen altijd al vragen gesteld, vooral wanneer het ging om slachtofferloze delicten zoals drank- en drugsgebruik en ander gedrag dat in een besloten omgeving zoals een slaapkamer plaatsvindt.¹⁰ Dergelijk gedrag is nauwelijks te controleren en pogingen om het toch te criminaliseren en te bestrijden hebben vaak ongewenste nevengevolgen zoals corruptie van het politie- en justitie-apparaat en een sterke groei van georganiseerde criminaliteit. De geschiedenis van het mislukte alcoholverbod in de Verenigde Staten is hiervan een klassiek voorbeeld.

Handhaving van regelgeving blijkt in de praktijk steeds sterker op problemen te stuiten. Een belangrijke factor daarbij is de capaciteit van het strafrechtelijke apparaat (politie, rechterlijke macht en gevangeniswezen); vandaar dat er voortdurend voorstellen worden gedaan om het recht te handhaven via alternatieve sancties of via privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke wegen.¹¹ De factor waar ik hier echter de nadruk op wil leggen is het feit dat vrijwillige naleving minder vanzelfsprekend is: het gezag van de wet lijkt

9 Vgl. M. van Elteren, die (in zijn afsluitende conclusie, 'Terugblik en Reflectie' in P. Ester en L. Halman (red.), *De cultuur van de verzorgingsstaat*, Tilburg University Press, Tilburg 1994, p. 274) stelt dat er geen empirische aanwijzingen zijn voor de door auteurs als Lyotard en Baudrillard verdedigde stelling van een vergaande fragmentatie van persoonlijke identiteiten en politieke waarden. Ook andere empirische analyses komen tot vergelijkbare conclusies; vgl. bijv. de studies in M. Bovens en A. Hemelrijck (red.), *Het verhaal van de moraal*, Boom, Amsterdam 1996.

10 Een van de beste studies over de handhavingsproble-

matiek bij juridisch moralisme is nog steeds J.H. Skolnick, 'Coercion to Virtue', *Southern California Law Review*, 41 (1968) 3. H. Boutellier, *Solidariteit en slachtofferschap*, SUN Nijmegen 1993 heeft deze problematiek ook normatief vertaald door te bepleiten dat de gemeenschappelijke moraal die ten grondslag ligt aan het strafrecht gebaseerd moet zijn op solidariteit met concrete slachtoffers.

11 Vgl. de voorstellen van de commissie-Korthals Altes (Commissie Heroverweging Instrumentarium Rechts-handhaving), *Het recht ten uitvoer gelegd*.

geringer dan vroeger.¹²

Dit verlies aan vanzelfsprekend gezag geldt nog sterker voor wetgeving rond morele thema's. Burgers bepalen steeds meer zelf hun morele overtuigingen.¹³ Als kerk of staat toch proberen hen de wet voor te schrijven, leggen ze dat vaak gewoon naast zich neer. Dat geldt zeker niet alleen voor bekende onderwerpen als seksualiteit en relaties, abortus en euthanasie. De individualisering van de moraal heeft ook implicaties voor andere ethische kwesties als de zorg voor milieu en dieren en de gezondheidszorg. Ook daar geldt dat de individualisering en de pluriformiteit van de moraal ertoe leiden dat de burgers vaker hun eigen morele opvattingen laten prevaleren boven die van de wetgever.

3 Een procesgerichte benadering van wetgeving

Er is dus behoefte aan nieuwe benaderingen van wetgeving rond morele kwesties die een antwoord geven op de twee gesignaleerde problemen. Het gebrek aan consensus over morele normen vereist een ander perspectief op de inhoudelijke gronden voor wetgeving en daarmee op het proces van rechtsvorming. De handhavingsproblematiek vereist een ander perspectief op het proces van rechtstoepassing.

Op zich liggen de oplossingen voor de hand. Als er geen consensus meer is rond morele normen, moet men hetzij elders zoeken naar consensus, hetzij de consensus proberen te creëren. Als handhaving alleen mogelijk is door vrijwillige medewerking van de betrokkenen, moet men ervoor zorgen dat de wet door hen gedragen wordt. Beide oplossingen wijzen in dezelfde richting: proberen een proces op gang te brengen waarin er een moreel draagvlak groeit voor wetgeving en voor medewerking aan de uitvoering. Dat draagvlak heeft een dubbele functie: mee vorm geven aan de inhoud van de wet zelf en ondersteuning bij de uitvoering ervan.

De vraag is natuurlijk hoe dit bevorderd kan

worden. Ik denk dat hiervoor een ander perspectief op wetgeving nodig is. Ten eerste moet de nadruk meer liggen op processen van rechtsvorming en rechtstoepassing in plaats van op het product: de inhoud van de wet.¹⁴ Ten tweede moeten deze processen in hun onderlinge samenhang worden gezien. Rechtsvorming en rechtstoepassing moeten niet kunstmatig gescheiden worden; ze zijn steeds meer nauw met elkaar verweven, zowel in de fase van de aanloop tot de wet als in de fase van implementatie. Evenzo zijn de ontwikkeling van morele normen en de rechtsontwikkeling met elkaar verbonden; beide processen kunnen elkaar wederzijds ondersteunen. En tenslotte zijn ook wetgever en burgers niet los van elkaar te zien; zij werken samen in deze processen van normvorming en -toepassing.¹⁵

De hier voorgestelde benadering is dus procesgericht. Centraal staat de gedachte dat zowel de rechtsvorming als de rechtstoepassing een interactie vereisen tussen burgers en wetgever, een proces waarin moraalontwikkeling en rechtsontwikkeling samengaan. Het kan worden samengevat in twee stellingen:

1 Het wetgevingsproces in moreel geladen kwesties moet gestructureerd worden als een interactief proces tussen de wetgever en de samenleving (of relevante sectoren van de samenleving) zodat de ontwikkeling van nieuwe morele normen en de ontwikkelingen van nieuwe rechtsnormen elkaar kunnen versterken en deze nieuwe normen ook gemakkelijker ingang in de praktijk vinden.

2 Wetgeving inzake moreel geladen kwesties moet zo ontworpen worden dat het een effectieve vorm van communicatie is en dat het bovendien een permanente morele discussie over deze kwesties bevordert, omdat dit de beste manier is om te zorgen dat de praktijk georiënteerd blijft op de idealen en waarden die de wet beoogt te realiseren.

12 In de literatuur worden tal van verklaringen genoemd: de opkomst van de calculerende burger, het proces van individualisering van de moraal, de fragmentarisering van sociale structuren en de daarmee verbonden afnemende sociale controle zijn er slechts enkele van. Ik richt me hier vooral op één factor: de individualisering van de moraal.

13 Over deze individualisering van de moraal zie P. Ester, L. Halman and R. de Moor (eds.), *The Individualizing*

Society, Tilburg University Press, Tilburg 1994.

14 Voor de verschuiving in het recht van een product-oriëntatie naar een procesoriëntatie, zie A.A.G. Peters, *Recht als kritische discussie*, Gouda Quint, Arnhem 1993, p. 37.

15 Dit sluit aan bij de opvattingen van Peters, *a.w.*, en bij de ideeën over responsief recht zoals ontwikkeld door P. Nonet and P. Selznick, *Law and Society in Transition*, Harper & Row, New York 1978.

4 Een casestudy

Voor het verhaal al te theoretisch wordt, is het goed eens te kijken hoe zo'n procesgerichte benadering in de praktijk kan werken. Een mooi voorbeeld geven Vorstenbosch en Ippel.¹⁶ Zij beschrijven het langdurige wetgevingsproces bij de Wet op de dierproeven van 1977 en de latere wijzigingen daarin.

De stelling van Vorstenbosch en Ippel is dat de wetgevingsprocessen (zowel het proces dat uitmondde in de wet van 1977 als de processen leidend tot latere herzieningen) een interactie waren tussen de praktijk, de overheid en de algemene publieke opinie. Als resultaat van deze interactie ontwikkelde zich geleidelijk aan een consensus over de morele normen en daarmee ook over de gewenste juridische normen. Tijdens het wetgevingsproces vond door de discussie met de praktijk bovendien al een geleidelijke aanpassing plaats van de onderzoekspraktijk aan de aldus ontwikkelde normen. Ook nadat er eenmaal een wet was, ging deze discussie, en daarmee de verdere normontwikkeling, door.

Een aantal factoren waren hierbij van belang. Allereerst stelden de onderzoeksinstituten die dierproeven verrichtten steeds vaker dierexperimentencommissies in, ruim voordat er hiertoe een wettelijke verplichting was; men anticipeerde op deze verplichting. Deze commissies hebben als primaire taak de toetsing van voorgenomen dierproeven, maar in de praktijk minstens zo belangrijk is dat zij de discussie aangaan met de betrokken onderzoekers en hen aldus bewust maken van de ethische aspecten van de voorgenomen dierproeven. Concrete toetsing en discussie over de te hanteren morele normen gaan aldus hand in hand. Bij ieder voorstel voor een dierproef moet een protocol worden gevoegd dat de basis kan vormen voor een ethische afweging. In die afweging moet het belang van het doel van de proef worden afgewogen tegen het ongerief dat een dier ondervindt van de proef. Door dit vereiste van een protocol wordt een kader geschapen voor een ethische discussie en moet bovendien de onderzoeker die een dierproef voorstelt ook zelf expliciet stilstaan bij de morele vragen. Het blijkt daarbij van groot belang dat de-

ze commissies niet alleen een soort semi-rechterlijke beoordelingstaak hebben; ze vormen ook een context waarbinnen een open gesprek over morele normen mogelijk is en zijn een instantie die het besef van morele verantwoordelijkheid bij de onderzoekers stimuleert en aanscherpt.

Een open discussie is mooi, maar hiermee is nog niets gezegd over de inhoudelijke normen die werden gehanteerd. Maar ook in dit opzicht anticipeerde het veld op de signalen die de overheid gaf in de vorm van beleidsnota's en wetsvoorstellen. De erkenning van de intrinsieke waarde van het dier in overheidsnota's betekende dat de onderzoeksinstituten er niet meer om heen konden om tot een expliciete afweging te komen tussen de belangen van mens en dier bij de voorgenomen proeven. De fundamentele uitgangspunten die in discussie over mogelijke wetsontwerpen werden voorgesteld, werden aldus toegepast en getoetst door de dierexperimentencommissies. In een voortdurende interactie tussen overheid, commissies en onderzoekers kristalliseerden zich geleidelijk concretere normen en criteria uit. Meer theoretische analyses van ethici en dierproefdeskundigen, vaak ook weer direct gekoppeld aan concrete problemen door deelname aan het werk van dergelijke commissies, zorgden voor een verdere doordiening van de morele toetsingskaders.¹⁷ Doordat de normen aldus werden ontwikkeld en getest aan de hand van concrete casus, in samenspraak met de direct betrokken onderzoekers, convergeerden voorgestelde norm en praktijk — soms doordat de praktijk veranderde, soms doordat de voorgestelde normen inadequaat bleken en aangepast werden.

Het gevolg was dat, toen de wetgeving eindelijk van kracht werd, het grotendeels een vastlegging was van de morele normen en waarden die de praktijk in de tussentijd had aanvaard en in zelfregulering had vormgegeven. De kwaliteit van de wet profiteerde van dit lange proces en van de betrokkenheid van de praktijk. Doordat de wetgevingsambtenaren en politici zich bewust werden van de concrete problemen, percepties en ervaringen van de onderzoekers, werd de wet beter toegesneden op de praktijk. Daardoor, en doordat de onderzoekers gaandeweg de aldus

16 Vorstenbosch en Ippel, 'De weg naar de wet', in: W. van der Burg en P. Ippel (red.), *a.w.* Deze paragraaf is grotendeels gebaseerd op dit artikel.

17 De aldus ontwikkelde morele normen vormen in feite de resultante van een dialectisch proces tussen de ontwik-

keling van een kritische moraal (zoals bijvoorbeeld ontwikkeld en naar voren gebracht door ethici) en die van de positieve moraal (zoals bijvoorbeeld belichaamd in de opvattingen van het veld). Zie over deze dialectiek ook Brom, *a.w.*

vastgelegde normen zich al hadden eigen gemaakt, was ook de implementatie veel effectiever.

Deze case-study laat zien hoe de ontwikkeling van morele normen en de ontwikkeling van juridische normen elkaar kunnen versterken. Door die interactie wordt ook de implementatie minder problematisch, omdat de praktijk zich gedurende het proces al heeft gericht op de nieuwe wetgeving en bovendien ook inhoudelijk de legitimiteit van de wet onderschrijft. Een dergelijke structurering van het wetgevingsproces vormt dus een antwoord op de beide genoemde problemen:

1 Morele consensus wordt niet als uitgangspunt voorondersteld, maar als een van de doelen van de discussie gezien. In een voortdurend gesprek met het veld wordt er gezocht naar wat nu precies de morele problemen zijn en welke normen en waarden voor de praktijk toepasselijk zouden kunnen zijn. Moraalontwikkeling en rechtsontwikkeling gaan hand in hand.¹⁸

2 De nalevingsproblematiek wordt op drie manieren aangepakt. Allereerst is de inhoud van de wet zodanig dat deze aansluit op de reële problemen van de praktijk; de wet is dus praktisch uitvoerbaar. Daarnaast heeft het proces van normontwikkeling in samenspel met de praktijk ervoor gezorgd dat de normen ook gedragen worden door de praktijk. Maar misschien wel het belangrijkste is dat de wetgeving een beroep doet op de morele verantwoordelijkheid van de betrokkenen. Ze moeten goedkeuring vragen voor de door hen gewenste dierproeven en moeten daardoor stilstaan bij de ethische verantwoording. De toetsingscommissies dragen bij aan een verder gesprek over de morele vragen, zeker wanneer ze in hun werkwijze expliciet inhoudelijk in discussie gaan met de betrokkenen. Daarmee stelt de wetgever zich enerzijds terughoudend op: er wordt niet in detail voorgeschreven en gereguleerd. Maar anderzijds is het geen volledig ongebonden vrijheid voor de onderzoeker: de praktijk moet verder invulling geven.

In veel gevallen zal dat weer tot bijstelling van de wettelijke normen en procedurele kaders leiden. De criteria worden aangescherpt of er doen zich nieuwe problemen voor. Het uitvoeringsproces kan daardoor tegelijk weer worden gezien als het voortraject van een wetgevingsproces voor een wetsherziening. Dit wordt mooi geïllustreerd door het feit dat de Wet op de dierproeven inmiddels al meerdere malen is herzien, in reactie op ontwikkelingen in de praktijk en in de samenleving.

5 De functies van de wet

In een procesbenadering blijken normontwikkeling en normtoepassing in elkaar over te vloeien. Alleen door morele en juridische normen en waarden te concretiseren voor specifieke gevallen, kan de betekenis ervan duidelijk worden en kunnen die normen en waarden worden geformuleerd en verder ontwikkeld. Dit is een voortdurend proces. Is daarin eigenlijk nog wel een rol weggelegd voor wetgeving als concreet product?

Binnen een procesbenadering worden wetten zeker niet overbodig. Allereerst al niet omdat er in veel gevallen wel voldoende consensus is of groeit rond concrete normen die in wetgeving kunnen worden vastgelegd. Zo zijn er de afgelopen decennia tal van patiëntenrechten in de praktijk gegroeid en vervolgens wettelijk geformuleerd. We hebben het hier dan over de traditionele *waarborgfunctie* van het recht: het recht beschermt de rechten van individuele burgers. Maar er kan ook gaandeweg consensus zijn ontstaan over regels met een meer *ordenende of instrumentele functie*, bijvoorbeeld over de technische voorwaarden waaraan een instelling minimaal moet voldoen om verantwoord experimenten te kunnen verrichten.

In veel gevallen zal het echter niet goed mogelijk zijn om inhoudelijke normen te vinden die op voldoende consensus berusten. Ook dan kan de wet een rol vervullen, maar andere functies van de wet komen dan meer op de voorgrond, in het bijzonder de expressieve en de communicatieve functie.¹⁹

18 Vgl. hierover en over de rol van ethische commissies daarbij naast het aangehaalde proefschrift van Brom ook G. van Thiel en A.K. Huibers, 'De kwaliteit van communicatie', in: W. van der Burg en P. Ippel (red.), *a.w.*, pp. 143-153.

19 Beide functies samen kunnen ook worden betiteld als de

symbolische functie van wetgeving. Zie W.J. Witteveen, et al., *Wat maakt de wet symbolisch?*, Tjeenk Willink, Zwolle 1991. Deze bundel is met ander werk van Witteveen een belangrijke inspiratiebron geweest voor het navolgende. Andere bronnen zijn Brom, *a.w.*; en J. Vorstbosch en P. Ippel, *a.w.*

I Vaak is er wel op een fundamenteeler niveau overeenstemming. Er is discussie over hoe de verschillende waarden tegen elkaar moeten worden afgewogen en in concrete regels moeten worden vertaald, maar over die waarden zelf is geen meningsverschil. Men is het bijvoorbeeld niet eens over hoe de bescherming van het menselijk embryo of van het dier precies gestalte moet krijgen, maar wel dat beide een zekere intrinsieke waarde hebben.

In dergelijke gevallen kan wetgeving ook een belangrijke rol vervullen door in ieder geval die fundamentele waarden als uitgangspunt te formuleren. De wetgever geeft daarmee aan welke waarden belangrijk zijn en als richtinggevend door de burger moeten worden gezien. Er wordt dan dus niet in detail gereguleerd, maar slechts op hoofdzaken een normatief kader gegeven. Daarbij wordt aan de burgers de vrijheid (maar ook de verantwoordelijkheid) gelaten om te bepalen hoe men die waarden in concreto wil invullen en implementeren.

Ik zou dit de *expressieve functie* van wetgeving willen noemen. De wet drukt uit wat wij als gemeenschap wezenlijk vinden, wat de achterliggende waarden zijn die wij als gemeenschap hoog willen houden.²⁰ Deze expressieve functie is van belang bij tal van op het eerste gezicht onlogische of betekenisloze wetten en regels.

Een voorbeeld is het omstreden artikel 293 Wetboek van Strafrecht, dat euthanasie strafbaar stelt, ondanks de praktijk waarin het feitelijk legaal is mits aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Door euthanasie in het strafrecht te houden, geeft de wetgever een belangrijke en zinvolle symbolische boodschap: euthanasie mag nooit lichtvaardig worden verricht, het mag nooit vanzelfsprekend worden. Arts en patiënt worden er aldus steeds weer op attent gemaakt dat euthanasie zorgvuldige afweging behoeft, omdat een van de meest fundamentele waarden, het respect voor het menselijk leven, op het spel staat.

Een ander voorbeeld is het zogeheten 'nee, tenzij principe', dat uitgangspunt is voor de wetgeving inzake genetische modificatie.²¹ Voor de

materiële normen maakt het weinig uit of men kiest voor 'nee, tenzij' of 'ja, mits'. Maar wie aandacht heeft voor de expressieve functie van het recht, ziet wel degelijk een groot verschil. Met 'nee, tenzij' geeft de wetgever aan dat met dierproeven of genetische modificatie terughoudend dient te worden omgegaan. Op hetzelfde terrein ligt het erkennen door de wetgever van de intrinsieke waarde van het dier. Dit geeft aan dat we dieren niet alleen maar instrumenteel willen beschouwen en er dus goede redenen moeten worden aangevoerd om ze toch voor concrete doelen te gebruiken.

Er zijn nog veel meer voorbeelden te vinden waar de expressieve functie van het recht een rol speelt. Te denken valt aan de huwelijkswetgeving: het openstellen van het huwelijk voor homoparen zou uitdrukken dat homoseksuele relaties niet langer als tweederangs worden gezien.²² Andere voorbeelden zijn diverse bepalingen die algemene zorgvuldigheidsstandaarden formuleren, zoals artikel 7:453 BW dat hulpverleners verplicht de 'zorg van een goed hulpverlener' in acht te nemen.²³ Tenslotte kan hier ook gewezen worden op wetgeving inzake experimenten met menselijke embryo's; mijns inziens zou de discussie hierover aanzienlijk aan kwaliteit winnen wanneer men meer oog heeft voor de expressieve functie van wetgeving als uitdrukking van gemeenschappelijke waarden.²⁴

2 Een belangrijk aspect van een procesbenadering is dat er een voortgaande discussie blijft over wat moreel en juridisch verantwoord is. Ook hier kan de wet een stimulerende rol vervullen. Allereerst dient de wet zelf duidelijk te zijn door, in het verlengde van de hierboven genoemde expressieve functie, een heldere boodschap te geven over wat de wetgever als de fundamentele normen en waarden beschouwt. De praktijk kan de wet alleen als referentiekader gebruiken als deze voor iedereen duidelijk is.

Maar de wetgever kan ook het voortdurend bezinningsproces bevorderen. Een voorbeeld daarvan is de toetsingsprocedure rond dierproeven die de onderzoekers steeds dwingt alert te

20 Ik heb dit uitgewerkt voor wetgeving inzake embryo's in W. van der Burg, 'Legislation on human embryos: from status theories to value theories', *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (1996), pp. 73-87.

21 Zie daarover Brom, *a.w.*

22 Vgl. W. van der Burg, 'Het huwelijk — een omstreden instituut', *NJB* 1997, pp. 1321-1325. Aldus ook de meerderheid van de commissie-Kortmann in haar recente ad-

vies inzake openstelling van het burgerlijk huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht.

23 Vgl. daarover W. van der Burg, P. Ippel et al., 'The care of a good caregiver. Legal and ethical reflections on the good health care professional', *Cambridge Quarterly of Health Care Ethics* 3 (1994) 1, pp. 38-48.

24 Vgl. Van der Burg 1996, *a.w.*

zijn op de ethische aspecten. Soortgelijke procedures kunnen ook elders het maatschappelijk debat levend houden.²⁵

Belangrijk is daarbij echter welke stijl de betrokken commissies erop nahouden. Wanneer zij puur repressief reageren en zonder veel toelichting ja of nee zeggen tegen voorstellen, is de kans groot dat het debat eerder wordt gedoofd dan aangewakkerd. Maar als ze meer communicatief gericht zijn en met de onderzoekers en met de bredere kring van betrokkenen een discussie aangaan, waarin de normen worden getoetst aan de praktijk, kunnen ze juist een zeer nuttige rol vervullen en een bijdrage leveren aan verdere normontwikkeling.²⁶

De *communicatieve* functie van de wet komt aldus centraal te staan, en wel in tweeërlei opzicht.²⁷ Ten eerste moet de wet zelf een heldere boodschap uitzenden om als richtinggevend normatief kader bruikbaar te zijn. Ten tweede moet de wet voorzien in geïnstitutionaliseerde procedures en in een open gespreksklimaat, waardoor vanuit die kaders een voortgaande ethische bezinning mogelijk blijft.

Die heldere boodschap hoeft overigens niet de vorm aan te nemen van heel specifiek omschreven juridische regels. Dit is misschien waaraan juristen bijna automatisch geneigd zijn te denken. Duidelijkheid kan ook bestaan in het helder formuleren van de fundamentele waarden en de algemene uitgangspunten in de vorm van open normen, waarbij de wetgever de invulling opzettelijk overlaat aan het veld. Strikte regels kunnen juist averechts werken, omdat ze de discussie dichtslaan en door gebrek aan flexibiliteit en openheid voor de praktijk niet aanvaardbaar zijn. Vage normen geven veel meer een inhoudelijk kader dat uitnodigt voor verdere discussie over de invulling.

Het maken van vage normen alleen is echter niet genoeg, integendeel. Minstens zo belangrijk is hoe men hier mee om gaat en dit heeft de wetgever natuurlijk maar heel gedeeltelijk in de hand. Zeer goed denkbaar is dat legalistisch ingestelde juristen ermee aan de haal gaan en ver-

volgens op basis van een vage norm weer een complete rigide dogmatiek opbouwen. Ook het andere extreme is mogelijk: dat aan de vage normen helemaal geen betekenis wordt gehecht, omdat je er toch alles in kunt lezen wat je wilt. De praktijk dient een tussenvorm te vinden. Het gaat erom de vage normen wel als richtinggevend kader te aanvaarden en serieus te nemen en in onderlinge discussies aan de hand van concrete gevallen steeds weer opnieuw te bepalen hoe men aan de eigen juridische en morele verantwoordelijkheid vorm kan geven. Dit vergt een voortdurend onderlinge discussie en reflectie.

Een dergelijke open, discursieve en verantwoordelijke houding kan de wetgever, zoals gezegd, niet direct bevorderen. Maar er kunnen wel voorwaarden worden geschapen. Instelling van ethische commissies, zowel ter toetsing van concrete casus, als voor discussie van meer algemene beleidslijnen kunnen daarbij een rol spelen. Stimulans van het publieke ethisch debat en verhoging van de kwaliteit van de ethische argumentatie daarin, kan bijvoorbeeld geschieden door de ondersteuning van onderzoeksinstituten voor ethiek en van andere organisaties die het publiek debat mee vormgeven zoals het Rathenau-instituut of De Balie. Meer aandacht voor ethiek-onderwijs en ethische vorming, bijvoorbeeld aan faculteiten waar onderzoekers worden opgeleid, kan ook bijdragen aan een groter besef van de morele verantwoordelijkheid bij de direct betrokkenen. Op tal van manieren kan dus de overheid wel indirect bijdragen aan een open communicatie binnen de door haar geschapen wettelijke kaders.

6 Tot slot

In dit artikel heb ik gepleit voor een procesbenadering van wetgeving rond morele kwesties, waarbij meer aandacht is voor de expressieve en communicatieve functies van de wet. Dit is zeker niet de oplossing voor alle problemen. Processen hoeven immers niet tot consensus te leiden; bo-

25 Vgl. over de voorwaarden waaronder dergelijke commissies een goede rol kunnen vervullen Brom, *a.w.*; Van Thiel en Huibers, *a.w.*

26 Een soortgelijk proces beschrijft M.L.M. Hertogh, *Consequenties van controle: de bestuurlijke doorwerking van het oordeel van de administratieve rechter en de Nationale ombudsman*, Diss. Leiden, Vuga, Den Haag 1997. Omdat de Ombudsman een meer communicatieve stijl

hanteert dan de administratieve rechter, hebben zijn uitspraken een grotere doorwerking — ook al is de juridische kracht ervan geringer.

27 Vgl. hierover ook W.J. Witteveen, 'Delegeren is communiceren', in *Delegatie van wetgevende bevoegdheid*. Preadvies van de vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid, Samsom H.D.Tjeenk Willink, Alphen aan de Rijn 1992, pp. 46-98.

vendien kunnen soms bepaalde rechten en belangen zo zwaar wegen dat er, zelfs tegen maatschappelijke weerstanden in, tot directe wettelijke normering moet worden overgegaan. We zullen preciezer moeten onderzoeken onder welke voorwaarden zo'n benadering zinvol kan zijn; case-studies als die van Vorstenbosch en Ippel en van Brom kunnen ons daarbij op de goede weg helpen.

Het bovenstaande beoogt dan ook niet meer dan heel tentatief een perspectief te schetsen om op een andere wijze tegen wetgeving inzake ethische kwesties aan te kijken. Maar ik hoop tevens duidelijk te hebben gemaakt dat er voldoende aanleiding is om verder de mogelijkheden en onmogelijkheden van dit perspectief serieus te onderzoeken.