

De wet als winterdijk

Rode draad

Margo Trappenburg*



In dit artikel geeft de auteur haar visie op de relatie tussen recht, ethiek en wetgeving. Zij pleit voor wetgeving die functioneert als een winterdijk. Dit betekent dat de praktijk zichzelf reguleert. Pas als excessen optreden, dient er wetgeving te zijn die excessen voorkomt of indamt. Zij treedt onder meer in discussie met Wibren van der Burg, die eerder in deze Rode draad publiceerde over de verhouding recht, ethiek en wetgeving.

1 Inleiding

In een beroemd geworden artikel uit 1970 beschrijft de jurist Koopmans twee visies op wetgeving.¹ In de eerste visie is de wetgever codificator van elders *vorgefundene* recht. Normen ontstaan in de samenleving en de wetgever heeft tot taak ze vast te leggen en af te dwingen. Moord, diefstal en bedrog zijn niet primair verboden omdat de wetgever dat zo bepaald heeft; de samenleving keurt deze gedragingen af en daarom heeft de wetgever er strafrechtelijke vergrijpen van gemaakt. In de tweede visie is de wetgever een modifier die de samenleving door middel van regels probeert te sturen in een bepaalde richting. Normen worden in deze visie gecreëerd door de wetgever en moeten door de samenleving worden overgenomen. De overheid streeft bijvoorbeeld naar een schoner leefmilieu en daarom worden er regels uitgevaardigd: regels over de uitstoot van giftige gassen, over de lozing van afvalstoffen, over het transport van gevaarlijke stoffen, over het gebruik van katalysatoren enzovoort. Modifierende wetgeving heeft een instrumenteel karakter; de wet is een middel om bepaalde doelstellingen te bereiken.

Van verschillende kanten is wel betoogd dat deze beide perspectieven een groot aantal wetten adequaat kunnen typeren, maar minder geschikt

zijn bij het nadenken over wetgeving inzake ethische kwesties. Voor codificatie ontbreekt de noodzakelijke homogene morele gemeenschap. Over onderwerpen als prostitutie, homoseksualiteit, pedofilie, drugsgebruik, abortus, euthanasie en genetische manipulatie wordt in een moderne liberale samenleving heel verschillend gedacht. Welke opvattingen zou een codificerende wetgever moeten vastleggen in de wet?² Voor modificatie is de wetgever vaak simpelweg niet snel genoeg. Veel nieuwe morele vraagstukken hangen samen met technologische of wetenschappelijke ontwikkelingen: mag je menselijke embryo's maken in een kweekbakje? Mag je met die embryo's vervolgens wetenschappelijk onderzoek doen? Als je die embryo's gaat terugplaatsen in de baarmoeder van een vrouw, mag je dan alleen de gezonde embryo's terug plaatsen en de zieke vernietigen, of is dat een vorm van eugenetisch ingrijpen en een eerste stap op een hellend vlak dat met Nazi-praktijken kan eindigen? Mag je embryo's ook terugplaatsen in de baarmoeder van een vrouw die niet de eicellen heeft geleverd waar het embryo mee is gemaakt (zogenaamd hoogtechnologisch draagmoederschap)? Stel dat twee lesbische vrouwen graag willen dat een van hen zwanger raakt van een embryo waarvoor haar partner de eicel heeft geleverd, is dat dan moreel toelaatbaar? Een aantal erfelijke afwijkingen kan

* Margo Trappenburg is verbonden aan de Vakgroep Politieke Wetenschappen van de Rijksuniversiteit Leiden en tijdelijk gedetacheerd bij de Vakgroep Medische Ethiek van de Erasmus Universiteit Rotterdam.

1 T. Koopmans, 'De rol van de wetgever', opnieuw afgedrukt in: *Werkboek staatkunde*, samengesteld door de Commissie Staatkunde van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Rijksuniversiteit te Leiden, Samsom,

Alphen a/d Rijn 1979, pp. 349-359.

2 J. Vorstenbosch en P. Ippel, 'De weg naar de wet. Wetgeving over ethische kwesties: een interactief proces', in: W. van der Burg en P. Ippel (red.), *De Siamese tweeling. Recht en moraal in de biomedische praktijk*, Van Gorcum, Assen 1994, pp. 49-67, p. 53. Vgl. ook W. van der Burg, 'Wetgeving inzake morele kwesties: een procesgerichte benadering', *Ars Aequi* 47 (1998), pp. 79-87.

tegenwoordig worden aangetoond door middel van prenataal onderzoek (vlokkentest of vruchtwaterpunctie). Als het ongeboren kind zo een afwijking heeft kiezen ouders vaak voor abortus. Is een dergelijke selectieve abortus acceptabel? Om in dit soort ultranieuwe vraagstukken sturend op te kunnen treden zou de wetgever de wetenschap steeds een stap voor moeten zijn, iets wat nauwelijks te realiseren is: je kunt de richting en de snelheid van wetenschappelijke ontwikkelingen nooit precies voorspellen. Modificatie op dit terrein is geen haalbare kaart.

Daar moet onmiddellijk bij worden aangetekend dat het overdreven is om te stellen dat je met codificatie en modificatie in de praktijk van de gezondheidszorg, de bio-ethiek of het gezondheidsrecht helemaal geen kant uit zou kunnen. Een paar voorbeelden:

1 Voorstanders van legalisering van euthanasie beroepen zich graag op de codificatiegedachte. Zij wijzen op de uitkomsten van opinie-onderzoek waaruit blijkt dat de overgrote meerderheid van de Nederlanders (tegen de 80% in recente opiniepeilingen³) van mening is dat een arts een ongeneeslijk zieke patiënt uit zijn lijden mag helpen wanneer deze daar herhaaldelijk en uitdrukkelijk om vraagt. Voorstanders van vrije euthanasie vinden dat deze in de maatschappij gevormde norm hoognodig in wetgeving zou moeten worden vastgelegd.

2 Het debat over postmortale orgaandonatie voorafgaand aan de recent ingevoerde wet laat zich goed beschrijven als een strijd tussen codificatie en modificatie. Aan de ene kant stonden voorstanders van het 'toestemmingssysteem'. In dat systeem mag een overledene alleen als orgaandonor worden gebruikt als hijzelf (via een donorcodicil) of zijn nabestaanden daarvoor uitdrukkelijk toestemming hebben gegeven. Het toestemmingssysteem werd alom beschouwd als een uitwerking van de in de maatschappij, in het rechtsbewustzijn van burgers levende norm. Vastlegging daarvan zou dus neerkomen op codificatie van de heersende moraal. Aan de andere kant stonden de voorstanders van het 'geen bezwaar systeem'. Zij waren van oordeel dat elke overledene als orgaandonor moest kunnen worden aangemerkt tenzij hij daar bij leven uitdrukkelijk bezwaar tegen had aangetekend. Door de invoering van dit systeem zou zich in de maatschappij geleidelijk een nieuwe norm kunnen ontwikkelen; langzaam aan zouden mensen het normaal gaan vinden na hun dood nog iets voor anderen te betekenen. Voorstanders van het geen bezwaar systeem hoopten de samenleving in deze richting te kunnen sturen. De strijd werd uiteindelijk

beslecht in het voordeel van het toestemmingssysteem. Het ingevoerde registratiesysteem is een variant op de heersende leer.

3 Een belangrijke reden waarom modificatie bij ethische kwesties niet lukt, zou gelegen zijn in de snelle technologische ontwikkeling die deze ethische kwesties veroorzaakt. De wetgever kan niet veel anders dan daar hijgend achteraan rennen. Recent heeft de wetgever daar echter wat op gevonden: in de Wet bijzondere medische verrichtingen wordt de minister de bevoegdheid toegekend bepaalde medische technieken simpelweg te verbieden vanwege morele of maatschappelijke bezwaren. Aldus is het niet langer noodzakelijk de wetenschappelijke ontwikkelingen bij te benen. De minister kan de ontwikkelingen als haar dat beter lijkt even stop zetten. (Onlangs heeft de minister van de haar toegekende bevoegdheid gebruik gemaakt en de Utrechtse 'genderkliniek' gesloten. In die genderkliniek werd geprobeerd de kans op een baby met een door de ouders gewenst geslacht te verhogen door middel van zaadselectie.)

Niettemin klopt het dat codificatie en modificatie door de bank genomen minder geschikt zijn als uitgangspunt voor wetgeving in ethische kwesties. Zelfs ten aanzien van een vraagstuk als euthanasie bestaat grote morele verdeeldheid (tegenover de 80% die er geen moeite mee heeft staat een nog altijd vrij groot aantal Nederlanders dat zeer principiële bezwaren heeft tegen deze vorm van stervenshulp). Codificatie van de heersende leer blijft problematisch. Modificatie op medisch-ethisch terrein zou makkelijker kunnen worden door een uitbundig gebruik van de Wet op de bijzondere medische verrichtingen, maar we mogen toch hopen dat de minister de bevoegdheid die haar daarin is toegekend sporadisch zal gebruiken. Om de haverklap een nieuwe technologische ontwikkeling verbieden zou een radicale breuk betekenen met het beginsel van academische vrijheid.

En dus, zeggen sommige juristen die verstand hebben van ethische vraagstukken, moeten we een nieuw type wetgeving of een nieuwe kijk op wetgeving introduceren. We moeten toe naar een interactionistische visie op wetgeving, schrijven Vorstenbosch en Ippel.⁴ We moeten kiezen voor een procesgerichte benadering, betoogt Van der Burg in zijn Rode draad bijdrage aan dit blad.⁵ In deze interactionistische of procesgerichte benadering⁶ wordt de wet beschouwd als een vorm

3 Vgl. J. van Holsteyn en M. Trappenburg, *Het laatste oordeel. Meningeën over nieuwe vormen van euthanasie*, Ambo, Baarn 1996, pp. 51-52.

4 Vorstenbosch en Ippel, *a.w.*

5 Van der Burg, *a.w.*

6 De benaderingen komen grotendeels op hetzelfde neer.

Vorstenbosch en Ippel leggen iets meer de nadruk op het proces dat leidt tot wetgeving en benadrukken dat een lange voorbereidingsfase met veel discussie niet alleen maar nadelig is (zoals vaak wordt gedacht), maar juist heel gunstig kan zijn.

van communicatie tussen wetgever en samenleving. De wetgever formuleert een aantal algemene uitgangspunten of fundamentele waarden in de vorm van vage of open normen en hoopt dat 'het veld' of de maatschappij aan de hand van deze uitgangspunten een moreel debat zal voeren over de precieze invulling daarvan. Scherpe regels zijn volgens Van der Burg minder geschikt voor de regulering van ethische kwesties: 'Strikte regels kunnen juist averechts werken, omdat ze de discussie dichtslaan en door gebrek aan flexibiliteit en openheid voor de praktijk niet aanvaardbaar zijn.'⁷ In de benadering van Van der Burg krijgt de wet het karakter van een geloofsbelijdenis ('De wet drukt uit wat wij als gemeenschap wezenlijk vinden, wat de achterliggende waarden zijn die wij als gemeenschap hoog willen houden'; de 'expressieve functie' van de wet) of van een discussiestuk ('Vage normen geven (...) een inhoudelijk kader dat uitnodigt voor verdere discussie over de invulling'; de 'communicatieve functie' van de wet).⁸

In dit artikel zal een ander alternatief voor codificatie en modificatie worden gepresenteerd, dat (denk ik) in een aantal opzichten, te prefereren is boven de procesgerichte, interactionistische benadering van Van der Burg en Vorstenbosch en Ippel, omdat het meer recht doet aan wat je de klassieke kenmerken van de wet zou kunnen noemen. In mijn visie zouden maatschappelijke sectoren als de gezondheidszorg gebaat zijn bij een wet met de functie van winterdijk.

2 Instituties met eigen normen

Een van de kenmerken van een democratische, pluralistische maatschappij is het bestaan van instituties en maatschappelijke sectoren met een eigen, niet door de wetgever gedicteerde moraal. Neem bijvoorbeeld het gezin. Ouders proberen zich bij de opvoeding van hun kinderen te houden aan allerlei normen over goed ouderschap. Zij leven mee met de schoolprestaties van hun kinderen, gaan kijken als hun zoon of dochter moet voetballen op zaterdagochtend, wijden hun kinderen in in de cultuur door ze mee te nemen naar musea, willen ze liefde bijbrengen voor de natuur door ze mee te nemen naar het bos, geven ze iets door van hun eigen geloof door met

ze te bidden of de bijbel te lezen, corrigeren ze bij ruzie met vriendjes of broertjes enzovoort, enzovoort.

Of neem de school. Onderwijzers voelen zich vaak verplicht alles uit hun leerlingen te halen wat erin zit. Zij moedigen zwakke leerlingen aan en belonen ze als zij extra hun best doen. Die beloning zal echter nooit bestaan uit een hoger cijfer voor rekenen, omdat elke onderwijzer begrijpt dat dat de betekenis van cijfers en daarmee uiteindelijk het niveau van de school zou ondermijnen. Leraren op de middelbare school weten dat zij geen seksuele betrekkingen met hun leerlingen mogen aangaan, ook niet als die leerlingen verliefd zijn op de docent. Hoogleraren aan de universiteit beschouwen het vaak als een morele plicht om zeer getalenteerde studenten te behouden voor de wetenschap en spannen zich in om voor hen onderzoeksplaatsen te regelen.

Neem ten slotte de gezondheidszorg. Het handelen van artsen wordt beheerst door de medisch professionele moraal: artsen horen niet uit te zijn op winstbejag. Zij moeten hun mede-artsen als collega's en niet als concurrenten beschouwen, zij moeten zich houden aan het medisch beroepsgeheim en zij moeten hun patiënten beschouwen als zorgbehoevende zieken ongeacht hun maatschappelijke status, geloof, huidkleur of politieke overtuiging.

Wat is nu, bekeken vanuit het perspectief van dergelijke maatschappelijke instituties, de meest verkieslijke vorm van wetgeving? Het allerergste wat je kunt hebben is een modificerende wetgever, die de morele orde binnen die instituties wil bijsturen of veranderen om bepaalde door haar gekozen doelen te bereiken; een wetgever die zou voorschrijven dat ouders hun kinderen niet mogen leren bidden omdat kinderen neutraal-liberaal moeten worden opgevoed, een wetgever die scholen opzadelt met telkens nieuwe reorganisaties zodat het onderwijzend personeel aan zijn verplichtingen tegenover leerlingen en studenten nauwelijks nog toe komt, een wetgever die marktprincipes introduceert in de gezondheidszorg vanuit de misvatting dat dit zou kunnen leiden tot kostenbesparing.

Een codificerende wetgever is veel minder erg, maar ook niet ideaal. Veel morele verplichtingen in genormeerde maatschappelijke verbanden zijn zelf opgelegde normen, of normen waar je elkaar op aanspreekt. Vaak zijn het tamelijk vergaande

7 Van der Burg, *a.w.*, p. 86.

8 Van der Burg, *a.w.*, pp. 85-86.

verplichtingen, die je niet altijd volledig waar kunt maken. Het voert te ver om dergelijke normen formele rechtskracht te geven. Het codificeren van normen kan bovendien verstarrend werken. Neem een wet die zou bepalen dat ouders hun kinderen moeten opvoeden in de geest van hun eigen religie. Voor sommige ouders zou dit naadloos aansluiten bij wat zij toch al van plan zijn. Anderen waren misschien na lang nadenken juist van plan om dit anders te gaan doen: ongelovige ouders die hun kind toch een beetje christendom mee willen geven, zodat het later zelf zal kunnen kiezen, christelijke ouders die hun kind om soortgelijke redenen ook willen laten kennis maken met andere godsdiensten. Een wet die de algemeen aangehangen norm codificeert verhindert dit soort experimenten en maakt misschien ook een einde aan het morele beraad dat aan die experimenten vooraf gaat. Zo een wet is een rem op wat later wellicht als morele vooruitgang zou kunnen worden aangemerkt.

Geen modificatie dus en liever ook geen codificatie. Laten we het nu eens proberen met de interactionistische benadering van Van de Burg, Vorstenbosch en Ippel. We leggen een aantal centrale waarden vast in de tekst (veiligheid en geborgenheid in het gezin, ontplooiing en ontwikkeling van de leerling, toewijding van een arts aan zijn patiënten) en we gebruiken deze waarden als uitgangspunt voor een voortgaande discussie over normen in het gezin, de school en de gezondheidszorg. Er is geen sprake van hinderlijke pogingen tot sturing en er is evenmin kans op verstarring. Het kan toch haast niet mooier? Het probleem met deze benadering ligt inderdaad niet aan de kant van de maatschappelijke instituties die met dit type wetgeving zouden worden geconfronteerd. Het probleem ligt hier aan de andere kant bij de wetgeving zelf. Een interactionistische, procesgerichte wet à la Vorstenbosch en Ippel, een wet als discussiestuk à la Van der Burg is zo weinig wet dat je je gaat afvragen waarom dat label er nog op zit. Discussiëren is heel waardevol en discussiestukken kunnen daar een goede ingang bij zijn, maar discussiëren aan de hand van een paar algemene uitgangspunten heeft met de gezaghebbende vaststelling van regels (en daar gaat het toch eigenlijk om in het wetgevingsproces) weinig te maken. Onwillekeurig doemt hier een vergelijking op met de transformatie die de Partij van de Ar-

beid doormaakte onder leiding van partijvoorzitter Felix Rottenberg. Rottenberg vond de PvdA een vastgeroeste, ouderwetse organisatie en besloot daar eens flink de bezem door te halen. Zijn belangrijkste hervorming bestond uit het introduceren van tal van nieuwe mogelijkheden en gremia voor discussie tussen partijleden onderling en tussen leden en niet-leden. Allemaal heel leuk en verfrissend, maar op zeker moment werd door critici de vraag opgeworpen of en zo ja, waar en hoe er in de Partij van de Arbeid ooit nog iets besloten werd. Een politieke partij is nu eenmaal geen debatclub of studentenvereniging; je kunt er niet volstaan met vrijblijvende discussies.⁹ Zo is het ook met een wet. Een wet moet iets strengers en serieuzers zijn dan een discussiestuk. Daar is het nu eenmaal een wet voor.

Ik zou willen pleiten voor een wet die een wet is, streng en precies, met strakke regels en zo min mogelijk vage begrippen. Deze wet zou zich echter wel op veilige afstand van de maatschappelijke praktijk moeten bevinden. Zo een wet heeft het karakter van een winterdijk. In normale doen staat hij onopvallend in het landschap. Vele meters verderop stroomt de rivier. Maar op het moment dat er dingen helemaal mis gaan en de rivier ver buiten haar oevers treedt is de winterdijk daar, als een stevige laatste waarborg in tijden van nood. Op het terrein van huwelijk en gezin heeft de wetgeving al dit karakter. Ouders hebben een grote mate van vrijheid bij de opvoeding van hun kinderen. Sommige ouders vinden het moreel onacceptabel om hun kleine kinderen mede te laten opvoeden door een leidster in een kinderdagverblijf. Anderen vinden dat een crèche juist heilzaam kan werken omdat hun kind er leert spelen met leeftijdgenootjes. Sommige ouders verwachten veel heil van de pedagogische tik. Anderen vinden elke vorm van slaag uit den boze. De wet bemoeit zich hier allemaal niet mee. Pas als de gezondheid dan wel de geestelijke of zedelijke belangen van het kind ernstig worden bedreigd kan er worden ingegrepen in de opvoedingsvrijheid van de ouders, zo bepaalt de wetgever in artikel 254 van boek 1 van het Burgerlijk Wetboek. Met modificatie van het gezinsleven of codificatie van opvoedingsnormen heeft dit weinig te maken. Artikel 1:254 BW heeft evenmin het karakter van een vertrekpunt voor een discussie volgens het model van de interactionistische wetgever. Daar heeft de opvoedings-

9 Vgl. B. Tromp, 'Inzake partijvernieuwing', *Socialisme & Democratie* 53 (1996), pp. 30-42.

praktijk de wet ook helemaal niet voor nodig. Men kan immers discussiëren aan de hand van nieuwe ideeën die door pedagogen worden gelanceerd, aan de hand van praktijkvoorbeelden of aan de hand van een combinatie van beide: praktijkvoorbeelden plus commentaar van een deskundige, de formule van menig praatprogramma op televisie.

Het model van de wet als winterdijk is in de gezondheidszorg ook wel gelanceerd en staat daar bekend als de leer van de 'medische exceptie'. Voorstanders van deze leer betogen dat artikelen in het Wetboek van Strafrecht niet bedoeld zijn om de medische praktijk te reguleren. Ook al zijn sommige behandelingen door een tandarts pijnlijker dan een klap van een onbekende op straat, dan nog zal men niet snel op het idee komen de tandarts aan te klagen wegens mishandeling. Artikelen in het Wetboek van Strafrecht hebben een ingebouwde uitzonderingsclausule voor handelingen verricht met een medisch doel of binnen de setting van de gezondheidszorg. De jurist Enschedé heeft ooit het verstandige idee gelanceerd dat dit vanzelfsprekend ook gold voor abortus (art. 296 WvSr)¹⁰ en voor euthanasie (art. 293 WvSr).¹¹ De bepalingen over abortus en euthanasie in het Wetboek van Strafrecht zijn gericht tot kwakzalvers die met zeepsop en breinaalden het leven van een zwangere vrouw in gevaar brengen en tot behulpzame lieden die geestelijk onevenwichtige personen op hun verzoek uit hun lijden verlossen. Zij zijn nooit bedoeld ter voorkoming van medische hulp bij het stervensproces of ter voorkoming van abortus op medische indicatie. Volgens de aanhangers van de leer van de medische exceptie is het dus niet nodig het Wetboek van Strafrecht te wijzigen om euthanasie door artsen te legaliseren. Verantwoorde medische stervenshulp valt volgens hen sowieso al niet onder artikel 293 WvSr. We zouden deze wetsbepaling dan rustig kunnen laten bestaan en ons kunnen koesteren in het veilige idee van een winterdijk op dit precarie gebied. In geval van nood, als deze of gene arts zich zou verbeelden jan en alleman uit zijn lijden te moeten helpen, is die bepaling er nog

(zoals we de tandarts die de minnaar van zijn vrouw met een boor te lijf gaat ook wel degelijk kunnen aanklagen wegens mishandeling). Artikel 293 WvSr heeft dan niet zozeer een symbolische waarde, zoals betoogd door Van der Burg,¹² artikel 293 WvSr wordt een norm die we gelukkig zelden nodig hebben, maar die we toch achter de hand houden.

3 Winterdijken maken

Mogen we embryo's maken in kweekbakjes, mogen we daarmee experimenteren, mogen we ze implanteren in vrouwen boven de 40, boven de 50, of boven de 60? Mogen we ongeboren kinderen laten testen op blindheid of hemofilie om ze te laten verwijderen als deze aandoeningen worden geconstateerd? In de eerste paragraaf van dit artikel passeerde een groot aantal nieuwe medisch-ethische dilemma's de revue. Over het algemeen zijn dit onderwerpen waar in het parlement verschillend over wordt gedacht. Confessionele partijen (SGP, GPV, RPF en het CDA) hebben grote aarzelingen bij de zegeningen van de medisch-technologische vooruitgang. Zij zijn vrijwel altijd strenger of behoudender dan niet-confessionele partijen. Niet-confessionele partijen hebben vaak grote moeite überhaupt een standpunt in te nemen over nieuwe medisch-ethische dilemma's. Sommige partijen zijn ten aanzien van het ene vraagstuk veel liberaler dan ten aanzien van andere kwesties. Groen Links bijvoorbeeld, lijkt, waar het gaat om de beoordeling van nieuwe medische technieken als in vitro fertilisatie of genetische manipulatie, veel minder liberaal dan bij de klassieke medisch-ethische issues abortus en euthanasie.¹³ Niet-confessionele partijen zijn soms ook intern verdeeld waar het gaat om medisch-ethische vraagstukken. D66 wordt over het algemeen beschouwd als de meest liberale partij op dit terrein, maar juist onder D66 minister Borst werd de Wet bijzondere medische verrichtingen ingediend en aangenomen, waarmee medisch-technologische ontwikkelingen simpelweg kunnen

10 Ch.J. Enschedé, 'Abortus op medische indicatie en het strafrecht', *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde*, 110 (1966), pp. 1349-1353.

11 Ch.J. Enschedé, *De arts en de dood. Sterven en recht*, Kluwer, Deventer 1985. Vgl. ook L. van Veenendaal, *Het 'goede' doen. Beschouwingen over juridische grenzen van het medisch (experimenteel) handelen*, (diss. RUU), Van Gorcum, Assen 1993.

12 Van der Burg, *a.w.*, p. 85.

13 M. de Groot, *De andere dimensie. Over de ethische scheidslijn in de Nederlandse samenleving*, doctoraalscriptie RU Leiden, ongepubliceerd, p. 68. Vgl. ook M. Kirejczyk, *Met technologie gezegend. Gender en de omstrede invoering van in vitro fertilisatie in de Nederlandse gezondheidszorg*, Jan van Arkel 1996, p. 233.

worden gestopt. Uit de verkiezingsprogramma's van de PvdA valt nauwelijks af te leiden waar de partij staat op medisch-ethisch gebied. Men is dan geneigd te rade te gaan bij publicaties van de hand van Huub Schellekens, actief in de PvdA, expert op dit gebied en auteur van de 'PvdA verkenning' *Genetisch onderzoek en de mens*. Schellekens is echter nogal behoudend in zijn ethische oordeelsvorming, vermoedelijk veel behoudender dan menig PvdA-er.

In een dergelijke situatie is het buitengewoon lastig met elkaar een (modificerende) normering te ontwerpen waar de praktijk, het veld, zich aan zou moeten houden. Een parlement met een streng religieuze meerderheid zou er vermoedelijk wel in slagen de praktijk aan banden te leggen of bij te sturen. Een parlement met een overtuigd seculier-liberale meerderheid zou vermoedelijk met een gerust hart afzien van wetgeving op dit gebied. Maar een parlement met aan de ene kant een minderheid van confessionele partijen die er stellige standpunten op na houden en aan de andere kant een meerderheid van niet-confessionele partijen die zich proberen te red- den met nogal ad hoc aandoende visies (vaak inge- geven door media-incidenten), is niet tot mo- dificatie in staat. In zo een parlement is een de- bat gericht op wetgeving die de medisch-techno- logische vooruitgang echt moet normeren tot mislukken geïdeemd.

In de afgelopen jaren is dan ook met enige regelmaat geprobeerd op een andere manier tot consensus (of in elk geval tot een wetsontwerp) te komen. Via een gemakzuchtige vorm van co- dificatie bijvoorbeeld. Men legt dan in de wet vast dat onderzoekers zich moeten houden aan 'de in de maatschappij levende normen', zonder nader te preciseren wat die normen dan zijn. Of via een soort interactionistische benadering. In de wet worden dan open normen geformuleerd die door het veld moeten worden geconcretiseerd en nader ingevuld. Te Braake beschrijft in een re- cente aflevering van het *Tijdschrift voor Gezond- heidsrecht* de in de afgelopen tien jaar onder- nomen pogingen om te komen tot wetgeving inza- ke experimenten met menselijke embryo's. Di- verse wetsontwerpen zijn gesneuveld na negatief advies door de Raad van State. Te Braake:

'De Raad van State heeft er meer dan eens geen doek- jes om gewonden dat een concept om andere dan in- houdelijke redenen niet voldeed aan eisen die aan wet- geving zijn te stellen. De wetgever kan daaruit leren dat het geen oplossing is als voor een juridische norm wordt verwezen naar ethische opvattingen en/of wordt gevlu- cht in raamwetgeving zonder inhoudelijke basis. Het is evenmin een oplossing als gebrek aan consensus wordt toege- dekt met bewoordingen die geen heldere, consistente, objectieerbare en hanteerbare norm be- vatten.'¹⁴

In feite verklaart de Raad van State zich hier te- gen ongespecificeerde codificatie en tegen vage interactionistische normen.

Hoe gaat nu een wetgever te werk die over- tuigd is geraakt van de meerwaarde van de win- terdijkbenadering? Zo een wetgever begint met de gedachte dat hij niet geroepen is om de prak- tijk in de medische wetenschap te normeren. Die praktijk normeert zich vanzelf wel: medici heb- ben te maken met een professionele moraal, onder- zoekers moeten zich houden aan de weten- schappelijke ethiek, veel ziekenhuizen hebben medisch-ethische commissies waar onderzoeks- protocollen besproken worden. De wetgever mag zich beperken tot het voorkomen van ex- cessen. In het parlement kan men het debat structureren rond de vraag wat nu het ergste is dat op een bepaald terrein van onderzoek of met een bepaalde medische techniek kan gebeuren en men kan vervolgens een wet construeren die dit rampscenario ondubbelzinnig zal kunnen tegen- houden. Dat kan de discussie in het parlement aanzienlijk vereenvoudigen en mogelijk ook ver- beteren. Niet-confessionele partijen die het lastig vinden aan te geven wat zij op medisch-ethisch terrein moreel verantwoord vinden, hebben vaak minder moeite aan te geven wat zij per se *niet* willen: geen Nazi-praktijken, geen eugenetica, geen experimenten met embryo's zonder toe- stemming van de 'vader' en de 'moeder' uit wier geslachtsellen het embryo is ontstaan. Confes- sionele partijen zullen de door niet-confessionele partijen voorgestelde verbodsbepalingen onder- schrijven. Het probleem zal vaak zijn dat zij nog veel meer zouden willen verbieden. De bood- schap van een winterdijkwet is echter niet: alles wat niet in deze wet wordt verboden is automa- tisch toegestaan. Die boodschap luidt: de medi- sche praktijk, de praktijk van het wetenschappe-

14 Th.A.M. te Braake, 'Wetgeving inzake wetenschappelijk onderzoek met menselijke embryo's. Enkele aandachtspunten', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, 22/5 (1998), pp. 273-286, p. 286.

lijk onderzoek zal zelf uiteraard normen ontwikkelen voor de dagelijkse praktijk. Met de winterdijkwet hebben die normen niets te maken. Pas als ergens iets volledig zou ontsporen komt die dijk in het vizier. Het is best mogelijk dat confessionele partijen dan nog van mening blijven dat zij de normen voor de praktijk (de zomerdijk) ook liever zelf zouden maken. Logisch nadenken zou hen echter moeten doen inzien dat zij die keuze niet hebben zolang zij geen parlementaire meerderheid vormen. Geconfronteerd met de wel aanwezige keuze tussen raamwetgeving, open interactionistische wetgeving of een scherpe, eenduidige winterdijknorm lijkt het verstandig die laatste te prefereren.

Kort samengevat. Bekeken vanuit het perspectief van maatschappelijke instituties of sectoren is een wetgever-modificator een dreigend schrikbeeld. Op een codificerende wetgever zit men vaak ook niet te wachten. Interactionistische wetgeving is voor die instituties waarschijnlijk veel prettiger, maar interactionistische wetgeving is, grof geformuleerd, teveel interactie en te weinig wet. Interactionistische wetgeving zal door de Raad van State met grote scepsis worden gezien. De winterdijkwet zou acceptabel moeten zijn, zowel voor maatschappelijke instituties en praktijken als ook voor juristen met zorg voor de kwaliteit van wetgeving.