

Burg, Wibren van der (2001)

De rol van de rechter rond levensbeëindigend handelen / Wibren van der Burg. - In: Erik-Jan Broers en Bart van Klink (red.), *De rechter als rechtsvormer*. - Den Haag : Boom Juridische uitgevers, 2001, ISBN 90-5454-135-0, p. 221-240

De rol van de rechter rond levensbeëindigend handelen*

Wibren van der Burg

1 Inleiding

Rechtsvorming door de rechter is een veelvoorkomend verschijnsel. Daartegen worden vaak principiële bezwaren aangevoerd, bijvoorbeeld dat een actieve rol voor de rechter in strijd zou zijn met de democratie of de trias politica. Opvallend is dat een andere vraag rond het rechterlijk optreden veel minder belangstelling geniet. Kan de rechter deze rol feitelijk wel goed vervullen? Is hij ervoor toegerust? Leidt zijn rechtsvormende rol tot goede resultaten, tot een beter recht? Zijn er misschien bepaalde typen rechtsvragen of problemen waarvoor de rechter bij uitstek de geschikte instantie is om ze te beslissen en zijn er ook andere typen waarvoor hij juist niet geschikt is?

Over dit soort vragen zijn in de literatuur vaak wel losse bespiegelingen te vinden, maar een theoretisch uitgewerkte en empirisch onderbouwde analyse is zeldzaam. De beantwoording van dergelijke vragen is een zeer complexe onderneming omdat het een vergelijkend perspectief vereist. Het is niet de vraag of de rechter het in absolute zin goed doet, maar of hij het beter doet dan alternatieven, zoals de wetgever, of maatschappelijke zelfregulering. Het is dan ook begrijpelijk dat Lon Fullers project van *eunomics*, dat beoogde voor deze vraagstelling tot een brede theorie te komen, door de grote complexiteit ervan onvoltooid is gebleven.¹

Toch moeten we ons door een dergelijke mislukking niet laten afschrikken. Op zijn minst kunnen we ons voorlopig richten op bescheiden deelanalyses, in de hoop dat geleidelijk de contouren van een meer omvattende theorie zichtbaar worden. In dit artikel wil ik nagaan hoe dat aan de hand van een concrete casestudy gestalte zou kunnen krijgen. Het betreft de rol van de rechter rond euthanasie en andere medische beslissingen rond het levenseinde.

* Ik ben de andere auteurs erkentelijk voor hun kritische commentaren bij een eerdere versie van dit artikel. Bijzondere dank geldt Maarten van Dijck, Marc Hertogh, Bart van Klink en Bertjan Wolthuis. Het onderzoek voor dit artikel werd mede mogelijk gemaakt door een PIONIER-subsidie van de Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek (NWO).

¹ Vgl. Karol Soltan, 'A Social Science That Does Not Exist', in: Willem J. Witteveen en Wibren van der Burg (red.), *Rediscovering Fuller. Essays on Implicit Law and Institutional Design*, Amsterdam; Amsterdam University Press 1999, p. 387-408.

Euthanasie is – althans in Nederland – een goed voorbeeld van een onderwerp waarbij de rechtsontwikkeling in belangrijke mate door de rechter is bepaald. De rechterlijke rol rond levensbeëindigend handelen heeft bovendien ook in de rechtstheoretische literatuur enige aandacht gekregen. In de Nederlandse politieke discussie is vaak bepleit dat de wetgever hier zou moeten optreden, maar de vraag is of dat wel terecht is. Zo is er door verschillende auteurs betoogd dat het recht hier een bescheiden rol zou moeten spelen en dat wetgeving doorgaans juist geen oplossing biedt; het zou vooral de rechter zijn die de rechtsontwikkeling in goede banen kan leiden.²

Ook internationaal heeft de Nederlandse euthanasiepraktijk veel aandacht gekregen, doorgaans met uiterst kritische commentaren. De Nederlandse ontwikkeling in dezen wordt door velen in het buitenland gezien als een hellend vlak.³ In een algemene theoretische analyse heb ik eerder verdedigd dat er belangrijke verschillen tussen rechter en wetgever zijn waar het betreft het risico van het hellend vlak.⁴ Er zijn verschillende versies van het hellend vlak, een empirische en twee logische. Voor een van de logische versies is de rechter extreem kwetsbaar en de wetgever juist niet. Doordat iedere rechterlijke uitspraak waarbij slechts een kleine stap gezet wordt, dankzij de precedentwerking het geheel van het geldende recht verandert, wordt een volgende kleine stap net iets gemakkelijker enzovoort. Dankzij een geheel van kleine stappen die elk op zich in het licht van voorgaande stappen redelijk lijken, kunnen we dan uitkomen bij een onaanvaardbare uitkomst. Waar het bewaken van scherpe grenzen voor de wetgever in principe simpel is omdat hij algemene en scherpe regels kan stellen, is dat bij rechterlijke rechtsontwikkeling veel moeilijker. Nu de rechtsontwikkeling inzake levensbeëindigend handelen grotendeels in handen van de rechter is geweest, lijkt het op theoretische gronden niet uitgesloten dat de ontwikkeling soms is doorgeschoten en dat de rechter levensbeëindigend handelen heeft getolereerd waar dat beter niet had kunnen gebeuren.

- 2 John Griffiths, Alex Bood en Heleen Weyers, *Euthanasia and Law in the Netherlands*, Amsterdam: Amsterdam University Press 1998; Roger B. Dworkin, *Limits. The Role of Law in Bioethical Decision Making*, Bloomington [etc.]: Indiana University Press 1996, p. 146.
- 3 Overigens niet alleen in het buitenland. Zie daarover Joop van Holsteyn en Margo Trappenburg, *Het laatste oordeel. Meninge over nieuwe vormen van euthanasie*, Baarn: Ambo 1996.
- 4 Wibren van der Burg, 'The Slippery Slope Argument', *Ethics* 102 (1991), p. 42-65, o.m. herdrukt in *The Journal of Clinical Ethics* 3 (1992) 4, p. 256-268 (vergezeld van commentaren door Edmund G. Howe, Benjamin Freedman, Raymond J. Devettere en David Ozar); Wibren van der Burg, 'Slippery Slope Arguments', in: R. Chadwick (ed.), *International Encyclopedia of Applied Ethics*, San Diego [etc.]: Academic Press 1998, p. 129-142.

Ik heb eerder de Nederlandse euthanasiepraktijk in relatie tot het hellend-vlakargument in meer algemene zin besproken.⁵ Daarbij heb ik verdedigd dat er van een hellend vlak geen sprake was maar – met een verwijzing naar een beeld van Inez de Beaufort – dat we de Nederlandse euthanasiepraktijk beter kunnen karakteriseren als een '(long and) winding road'.⁶ Inmiddels zijn er echter twee rechterlijke uitspraken geweest die tot een zekere nuancering lijken te nopen, namelijk uitspraken inzake levensbeëindiging bij een psychiatrische patiënte ('Chabot') en bij een levensmoede hoogbejaarde ('Brongersma'). Naar mijn mening zijn deze uitspraken inhoudelijk niet juist en zijn ze illustraties van hoe rechtspraak ongemerkt bepaalde grenzen kan verleggen en dus vatbaar is voor het hellend vlak. Als dat inderdaad het geval is, hoeft dat overigens niet onherroepelijk te zijn: de rechtspraak kan terugkomen op eerdere uitspraken, bijvoorbeeld in het licht van maatschappelijke kritiek,⁷ en de wetgever kan ook ingrijpen door nieuwe, striktere regels te stellen.

Helaas zal ik in dit artikel deze thematiek niet verder kunnen uitwerken. Voor iedereen die de problematiek van euthanasie en andere medische beslissingen rond het levenseinde enigszins kent, zal duidelijk zijn dat afgeronde analyses in dit bestek niet mogelijk zijn. Dit artikel is slechts een poging om aan te geven hoe we de rol van de rechter zouden kunnen onderzoeken. Het probeert te schetsen hoe een mogelijk onderzoek naar de kwaliteit van de rechterlijke rechtsvorming zou kunnen worden opgezet en welke hypothesen daarbij een rol zouden kunnen spelen. Het echte onderzoek zou veel meer ruimte vereisen.

De opzet van dit artikel is als volgt. In paragraaf 2 komt het analysekader aan de orde: Hoe kunnen we beoordelen of de rechter het goed gedaan heeft? Ik stel daartoe zes maatstaven voor. In paragraaf 3 ga ik in op de specifieke kenmerken van rechterlijke rechtsvorming en probeer op basis daarvan een aantal typen

- 5 Benjamin Freedman verweet mij – met een verwijzing naar een discussierapport over levensbeëindiging bij ernstig gehandicapte pasgeborenen dat binnen vier maanden na de 'decriminalisering' van euthanasie in 1992 verscheen – dat ik het duidelijkste voorbeeld van het hellend vlak, uit mijn 'own back yard', negeerde. ('The Slippery-Slope Argument Reconstructed: Response to van der Burg', *Journal of Clinical Ethics* 3 (1992) 4, p. 293-297, op p. 297.) In Wibren van der Burg, 'Critical Study of Douglas Walton, Slippery Slope Arguments', *Informal Logic* XV (1993) 3, p. 221-229, ben ik hierop ingegaan. Zie ook Van der Burg 1998, p. 140-141; voor een vergelijkbare conclusie, Griffiths, Bood en Weyers 1998, p. 299-303.
- 6 I.D. de Beaufort, 'Op weg naar het einde?', in: G.A. van der Wal (red.), *Euthanasie. Knelpunten in een discussie*, Baarn: Ambo 1987, p. 10-32.
- 7 Ook de minister en woordvoerders van politieke partijen kunnen deze maatschappelijke kritiek verwoorden en daarmee een aanwijzing geven dat ze, indien nodig, in toekomstige regelgeving bepaalde rechterlijke uitspraken zullen corrigeren. Dat lijkt bijvoorbeeld op het moment van afronding van dit artikel te gebeuren bij de behandeling in de Eerste Kamer van de nieuwe wetgeving op het gebied van euthanasie, waar zowel van de zijde der minister als van de zijde der partijwoordvoerders de uitspraak inzake Brongersma is bekritiseerd.

problemen te identificeren waarvan we mogen verwachten dat de rechter er goed of minder goed mee kan omgaan. En in paragraaf 4 poog ik in een zeer summiere schets te laten zien dat een dergelijke opzet inderdaad verhelderend kan werken en dat de genoemde hypothesen niet onaannemelijk zijn.

2 Analyse kader

Hoe kunnen we beoordelen of de rechter (of de wetgever) het goed heeft gedaan? Wat zijn criteria waarmee we kunnen toetsen of de rechtsontwikkeling in goede banen is geleid? Dit is natuurlijk een veelomvattende vraag, maar toch is het goed een poging te wagen. Ik zou twee clusters van criteria willen voorstellen. De eerste verzameling richt zich op de juridische doctrine vanuit een intern-juridisch perspectief, de andere op het recht in actie vanuit het perspectief van de samenleving.

In de rechtsvindingstheorie is veel aandacht besteed aan de manier waarop een rechterlijk oordeel totstandkomt en zou moeten komen. De meest overtuigende aanzet in dezen is mijns inziens gegeven door Ronald Dworkin. Volgens hem moet een overtuigende rechterlijke uitspraak passen bij het geldende recht ('the dimension of fit') en gerechtvaardigd kunnen worden vanuit de politieke moraal van het recht ('the dimension of political morality').⁸ Deze idee is nog erg vaag en moet nog nader verduidelijkt en geoperationaliseerd worden.

Voorals Dworkins tweede criterium is onduidelijk. Wat moeten we verstaan onder de 'political morality' van het recht? H.L.A. Harts onderscheid tussen kritische en positieve moraal kan hierbij een eerste verheldering bieden. Met de uitdrukking 'politieke moraal' kunnen we verwijzen naar de morele opvattingen zoals die feitelijk bij de bevolking leven, maar ook naar de kritische moraal, naar de ideale morele opvattingen die we soms gebruiken om bestaande instituties als het recht, en ook om de geldende moraal te bekritisieren. Het probleem bij dit laatste criterium is natuurlijk dat we tegenwoordig het geloof in een absolute morele grondslag hebben verloren of – voorzover dat niet het geval is – op zijn minst moeten erkennen dat er een groot aantal verschillende grondslagen zijn. Dit maakt het moeilijk te operationaliseren, maar de idee blijft desondanks zinvol dat de feitelijke morele opvattingen van de bevolking (en van mijzelf!) niet het laatste woord zijn, omdat deze mogelijk onder kritiek geen stand zullen houden en dat

8 Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press 1985, p. 143. In latere publicaties, met name *Law's Empire* (London: Fontana 1986), heeft hij dezelfde gedachte soms iets anders uitgewerkt, maar m.i. minder overtuigend.

we dus steeds een of meer kritische perspectieven nodig hebben die ons op een beter verdedigbare moraal oriënteren. Ik zou daarom het criterium van politieke moraal willen onderverdelen in een criterium van legitimiteit (wordt het oordeel geaccepteerd door de bevolking?) en inhoudelijke rechtvaardiging (is het oordeel inhoudelijk gerechtvaardigd?).⁹

Maar met deze tweedeling zijn we er nog niet. De terminologie van Dworkin geeft gemakkelijk aanleiding tot misverstanden. Het criterium lijkt in te houden dat het recht moet aansluiten bij morele opvattingen. Als moord moreel verwerpelijk is, moet het ook in het strafrecht verboden zijn. Maar dat is niet waarom het gaat. Het gaat niet om morele opvattingen over hoe mensen moeten handelen, maar om het 'rechtsbewustzijn' – de opvattingen over hoe het recht eruit zou moeten zien. Dit lijkt misschien haarkloverij, maar juist bij recht inzake ethische kwesties is het onderscheid vaak relevant. Sommige politici of rechtsgeleerden vinden bijvoorbeeld abortus moreel verwerpelijk, maar willen de keuze hierover aan de individuele burgers laten en verdedigen daarom dat het onder bepaalde voorwaarden legaal moet zijn.¹⁰ Er kan dus een verschil bestaan tussen iemands morele opvattingen over euthanasie en diens opvattingen over hoe het recht euthanasie zou moeten regelen. Bij beide criteria van legitimiteit en inhoudelijke rechtvaardiging moet het daarom gaan om feitelijke resp. kritische opvattingen over het wenselijk recht, en niet over de morele normen voor het menselijk handelen.

Ten slotte is er nog de complicatie dat Dworkin zijn criteria ontwikkelt ten behoeve van de oordeelsvorming van de rechter, terwijl ik op zoek ben naar criteria ter beoordeling achteraf van de rechterlijke rechtsvorming over een langere periode. Leidt dit nog tot wezenlijke verschillen? Mijns inziens niet, omdat zowel vooraf als achteraf de eis gesteld mag worden dat een rechterlijk oordeel aansluiting vindt bij het geldende recht en bij het rechtsbewustzijn. Maar het besef dat het hier niet gaat om een eenmalig gebeuren, maar om een deel van een langer historisch proces, kan wel tot een zekere bijstelling leiden.

Allereerst aan de kant van het rechterlijk oordeel. Het kan zijn dat een rechter te ver gaat en enkele nieuwe, te ruime criteria ontwikkelt waaraan euthanasie moet voldoen. Als dit oordeel wordt bekritiseerd in het juridisch of maatschappelijk

9 Voor deze reconstructie van Dworkins twee criteria in de vorm van drie criteria, zie ook Wibren van der Burg, 'Het belang van idealen. Een programmatie verkenning', in: Wibren van der Burg en Frans W.A. Brom (red.), *Over idealen. Het belang van idealen in recht, moraal en politiek*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 1-23, i.h.b. p. 9-10.

10 De traditionele discussie over 'legal moralism' is een illustratie van de mogelijkheid van een legitiem verschil tussen juridische en morele normatieve opvattingen. De grond voor een dergelijk verschil kan zijn gelegen in politiek-filosofische opvattingen (bijvoorbeeld een liberale neutraliteitsvisie), maar ook in opvattingen over de effectiviteit en beperkingen van het recht (bijvoorbeeld het inzicht dat 'victimless crimes' vaak moeilijk te vervolgen zijn).

forum en die kritiek aanleiding is tot latere correcties in de rechtspraak, heeft dat oordeel, hoewel het op zichzelf onjuist was, toch bijgedragen aan een goede rechtsontwikkeling. We moeten daarom nooit alleen kijken naar afzonderlijke rechterlijke uitspraken, maar de rechterlijke rechtsvorming als een samenhangend proces analyseren.

Daarnaast ook aan de kant van de opvattingen van de burgers. De rechter kan tijdens een proces van moraal- en rechtsontwikkeling soms enigszins voorop lopen. Hij kan nieuwe wegen inslaan die pas na een maatschappelijke discussie in bredere kring op instemming kunnen rekenen. Daarom moet ook het legitimiteitscriterium dynamisch worden geïnterpreteerd. We moeten dus niet alleen kijken naar de opvattingen van de bevolking over het wenselijk recht ten tijde van de uitspraak. Het kan zijn dat de uitspraak in eerste instantie op veel kritiek stuit, maar dat door het maatschappelijk debat dat erdoor wordt uitgelokt de bevolking de uitspraak steeds meer als juist ervaart.

In het licht van het bovenstaande kunnen nu Dworkins twee criteria worden geherformuleerd. Ik stel drie toetsingscriteria voor ten aanzien van de door rechterlijke rechtsvorming totstandgekomen juridische doctrine. Bij elk van deze criteria doe ik vervolgens een poging om ze ten behoeve van onderzoek te operationaliseren. Een volstrekt overtuigende operationalisering is overigens in veel gevallen niet haalbaar; we zullen het dan met een gebrekkige benadering moeten doen. Maar de operationalisering en het criterium zelf moeten zorgvuldig worden onderscheiden: het gegeven dat het moeilijk is het criterium goed te operationaliseren, kan geen reden zijn het criterium als zodanig te verwerpen.

I. Passendheid. Past deze doctrine bij de gangbare rechtsdogmatiek, bij de voorafgaande rechtspraak en wetgeving, bij het systeem van het recht?

Dit criterium vereist een eigen juridische analyse door de onderzoeker. Daarbij is een eigen waardering onvermijdelijk (bijvoorbeeld of de medische exceptie of de overnachtsconstructie beter past in het systeem van het recht), maar die kan worden geëxpliciteerd en daarmee controleerbaar gemaakt. Bovendien kan aanvullende steun worden gevonden in de juridische literatuur. Is daar veel kritiek op de door rechters ingeslagen wegen te vinden of juist instemming, en wordt daarbij verwezen naar het al dan niet passen bij (het systeem van) het geldende recht? Indien er veel kritiek is, kan dat een aanwijzing zijn dat de nieuwe doctrine niet goed aansluit bij het geldende recht.

Dit is een gradueel criterium, maar bovendien ook een criterium waarbij een volledige realisering vaak niet wenselijk is. Als een oordeel volledig past in het geldende recht is er immers geen rechtsontwikkeling. De rechtsvorming bestaat

dan hoogstens uit het concretiseren voor een nieuw geval. Wanneer we het verschijnsel van rechtsontwikkeling willen onderzoeken, zullen we ervan moeten uitgaan dat de oordelen nooit helemaal passen omdat ze gedeeltelijk een vernieuwing inhouden. Zo'n vernieuwing kan goed of minder goed passen bij het geldende recht; naarmate de aansluiting minder is, kunnen grotere (maar niet altijd doorslaggevende) vraagtekens worden geplaatst bij de rechtsvormende taak van de rechter.

II. Legitimiteit. Zijn de rechterlijke uitspraken in overeenstemming met de opvattingen van de bevolking over het wenselijk recht? Dat moet beoordeeld worden zowel op het tijdstip van de uitspraak als binnen een zeker tijdsverloop na de uitspraak.

Dit criterium vereist empirisch onderzoek. Hierbij doen zich twee problemen voor. Ten eerste wordt er doorgaans slechts onderzoek verricht naar de morele opvattingen van de bevolking, maar niet naar het rechtsbewustzijn.¹¹ Bij gebrek aan onderzoek naar de opvattingen over wenselijk recht biedt mijns inziens onderzoek naar de morele opvattingen overigens soms wel een indicatie van het rechtsbewustzijn. Als bijvoorbeeld euthanasie door een overgrote meerderheid van de bevolking moreel aanvaardbaar wordt geacht, is het aannemelijk dat er ook een meerderheid is voor een juridische regeling die hiervoor ruimte biedt.

Het tweede probleem is dat van de pluraliteit van onze samenleving. Over vragen van levensbeëindigend handelen is in Nederland geen consensus te verwachten. Wanneer men het legitimiteitscriterium dus zo zou uitleggen dat een uitspraak door de hele bevolking wordt gesteund, zou dit een onhaalbare eis vormen. Daarom moet ook dit criterium gradueel worden ingevuld: hoe groter het draagvlak, hoe beter. In het algemeen dient er immers in een democratie naar gestreefd te worden dat het recht door een zo groot mogelijk deel van de bevolking (en door zo veel mogelijk verschillende groepen) gesteund wordt.

III. Inhoudelijke rechtvaardiging. Zijn de rechterlijke uitspraken inhoudelijk gerechtvaardigd? Zijn ze in overeenstemming met (de best verdedigbare opvatting van) het goede recht?

De operationalisering van dit criterium is natuurlijk uitermate moeilijk. Het oordeel dat een rechterlijke uitspraak in een concrete casus inhoudelijk gerechtvaardigd is, hangt mede af van de eigen opvattingen van de onderzoeker. Toch denk ik dat we dit criterium niet kunnen laten varen met een verwijzing naar het moreel

¹¹ Een voorbeeld van onderzoek naar zowel morele als juridische opvattingen is Van Holsteyn en Trappenburg 1996.

pluralisme. Het is immers een te wezenlijk criterium. Als, zoals sommige buitenlandse critici suggereren, de Nederlandse ontwikkeling inzake euthanasie leidt tot een juridisch gelegitimeerde nieuwe Holocaust, zal het voor hen niet bepaald een geruststelling zijn dat die Holocaust goed bij het geldende recht past en steun vindt bij de bevolking. Voor de vraag of de rechter zijn werk goed gedaan heeft, kan men niet om een inhoudelijk oordeel heen.

Net als bij het eerste criterium is hierin een eigen waardering onvermijdelijk, deze keer niet een juridische, maar een normatief-rechtsfilosofische. Ook hier dient men het normatieve oordeel zo controleerbaar mogelijk te maken door de argumenten ervoor te expliciteren. Iemand met een andere normatieve opvatting kan dan aan de hand van dezelfde gegevens gemakkelijker beoordelen in hoeverre hij of zij door de argumentatie wordt overtuigd, en of een ander normatief uitgangspunt tot een ander concreet oordeel zou leiden.

Aanvullende steun voor het eigen oordeel kan hierbij gevonden worden in de vakliteratuur en in het politieke debat. Hebben de uitspraken bijvoorbeeld onder 'deskundigen van allerlei soort: artsen, ethici, filosofen, theologen, juristen' – door Van Holsteyn en Trappenburg ook als de 'elite' aangeduid¹² – veel kritiek of juist instemming opgeroepen? Hoe hebben het parlement en de publieke opinie gereageerd? Als een rechterlijke uitspraak op veel kritiek onder de politici en de deskundigen stuit, kan dat een indicatie zijn dat deze inhoudelijk niet gerechtvaardigd is. Naarmate daarentegen een breder spectrum van de politici en de deskundigen zich in de uitspraken kan vinden, mogen we vermoeden dat deze inhoudelijk beter gerechtvaardigd zijn.

Met intern-juridische criteria alleen komen we niet tot een afgerond oordeel. Uiteindelijk gaat het er ook om wat er in de praktijk gebeurt. Er zijn dus criteria nodig om te beoordelen in hoeverre de rechtsontwikkeling door de rechter ook in de praktijk goed werkt. Ten aanzien van het recht in actie, de manier waarop in de praktijk met de rechterlijke uitspraken en de daarin ontwikkelde normen wordt omgegaan, wil ik eveneens drie beoordelingscriteria voorstellen.

IV. Naleving en aansluiting bij de praktijk. Worden de rechterlijke normen nageleefd? Kan de praktijk uit de voeten met die normen, of ontduikt en negeert men ze?

De meest voor de hand liggende vraag is natuurlijk of de praktijk (de normadressaten) zich houdt aan de door de rechter ontwikkelde normen, of dat ze als onwerkbaar of onjuist worden genegeerd. Om dit criterium te toetsen, is

¹² Van Holsteyn en Trappenburg 1996, p. 13-14.

empirisch onderzoek nodig.¹³ Daaruit kan dan blijken of de praktijk overeenkomstig de normen handelt.¹⁴

Of de praktijk overigens naar de juridische normen handelt, omdat het juridisch verplicht is, doet hierbij niet ter zake en is ook niet goed te onderzoeken. Soms zullen de juridische normen doorwerken in morele overtuigingen en in gewoonten, en is niet meer na te gaan wat precies de invloed van het recht is. En in veel gevallen zullen rechter en wetgever bij hun normontwikkeling aansluiten bij in de praktijk gegroeide overtuigingen. Het is dan dus de praktijk die het primaat heeft, waarbij de rechtsvormende organen volgen en de praktijkovertuigingen codificeren.¹⁵ Dan is het een tweerichtingsverkeer: de praktijk leeft – vaak via indirecte invloeden – de normen na, maar de rechtsontwikkeling zoekt ook aansluiting bij de praktijk. Daarom moet het criterium ook worden geformuleerd als naleving van de normen door de praktijk en als aansluiting bij de praktijk. Bij de toetsing kan dan worden volstaan met nagaan of de praktijk ook overeenstemt met de normen.

V. Controleerbaarheid en handhaafbaarheid. Zijn de normen controleerbaar en handhaafbaar? Maken de rechterlijke uitspraken een effectieve controle en handhaving mogelijk, of belemmeren ze die juist?

Bij iedere norm moet rekening worden gehouden met al dan niet opzettelijke normovertreding. Zijn de normen duidelijk en precies genoeg om controle en eventueel vervolging mogelijk te maken? Kan het opsporings- en vervolgingsapparaat een normschending gemakkelijk opsporen en bewijzen, of doen zich hier onoverkomelijke problemen voor?

Dit criterium is moeilijk te operationaliseren. Om te beoordelen of er een effectieve controle en handhaving is, zou men immers normovertredingen (en vooral de ernstiger normovertredingen) moeten bestuderen en daarbij nagaan in hoeverre deze gecontroleerd en vervolgd zijn. Maar normovertredingen zijn moeilijk op te sporen, onder meer omdat artsen door het beroepsgeheim beschermd worden. De beste aanpak lijkt daarom om zich primair te richten op het opsporings- en handhavingsapparaat en na te gaan in hoeverre dit met de normen uit de voeten kan. Zijn de normen zo geformuleerd dat normovertredingen gemakkelijk

¹³ Rond euthanasie en andere vormen van levensbeëindigend handelen is dergelijk onderzoek de laatste tien jaar veel verricht, onder meer in het beroemde Remmelink-onderzoek.

¹⁴ Vgl. over de doorwerkingsproblematiek M.L.M. Hertogh, *Consequenties van controle. De bestuurlijke doorwerking van het oordeel van de administratieve rechter en de Nationale ombudsman*, (diss. Leiden) Amsterdam: VUGA 1997.

¹⁵ Vgl. Wibren van der Burg, 'Het primaat van de praktijk', in: Bart van Klink en Willem Witteveen, *De overtuigende wetgever*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 105-122.

bewijsbaar zijn? Zijn er voldoende mogelijkheden om tot een actieve opsporing over te gaan? Lijkt de frequentie van controlerende interventies in verhouding te staan tot de vermoedens over de frequentie van normschendingen?

VI. Communicatieve werking. Bevorderen de rechterlijke uitspraken de maatschappelijke discussie of frustreren ze die juist?

Dit criterium is juist van groot belang bij een rechtsontwikkeling op een gebied waar ook de moraal in ontwikkeling is.¹⁶ Rechterlijke uitspraken kunnen soms zo vormgegeven zijn (bijvoorbeeld door een uitgebreide motivering) dat ze uitlokken tot debat, dat ze bruikbare *topoi* bieden voor dat debat en een gemeenschappelijk oriëntatiekader. Maar ze kunnen soms ook juist ieder debat dichtslaan of in een ongewenste richting sturen door juridische begrippen te gebruiken die onvoldoende recht doen aan de complexiteit van de morele problematiek.¹⁷

De operationalisering hiervan ligt in zekere zin voor de hand: Hebben de rechterlijke uitspraken en de daarin ontwikkelde normen aanleiding gegeven tot debat, zowel in de maatschappij als geheel als in de medische praktijk? Is het debat op een bepaalde manier gestructureerd of gestuurd door de juridische interventie? Maar voor de waardering hiervan is moeilijk een abstracte richtlijn te geven. Soms kan het wenselijk zijn dat het recht door een bepaalde structurering houvast biedt; maar soms kan het ook een debat op een verkeerd spoor zetten. Voor de waardering van de mogelijk te constateren invloed op debatten kan slechts hetzelfde gelden wat eerder bij de criteria 1 en 3 werd opgemerkt: de onderzoeker zal zijn of haar normatieve argumenten hierbij zo expliciet mogelijk moeten maken om ze open te stellen voor controle en kritiek.

Hiermee zijn een zestal maatstaven ontwikkeld die een analytisch kader bieden voor de beoordeling of de rechterlijke rechtsvorming goed is verlopen. De beperkingen van het recht moeten we hierbij overigens wel serieus nemen. We mogen er niet van uitgaan dat het mogelijk is voor elk van deze maatstaven tot een positief oordeel te komen en dat de rechter gefaald heeft als dat niet het geval

16 Vgl. Frans W.A. Brom, *Onherstelbaar verbeterd. Biotechnologie bij dieren als een moreel probleem*, Assen: Van Gorcum 1997.

17 Vgl. M.J. Trappenburg, *Soorten van gelijk. Medisch-ethische discussies in Nederland*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993. Zij stelt dat het recht soms de structuur van een maatschappelijk debat sterk bepaalt, doordat de juridische begrippen en constructies ook dominant worden in het ethisch denken. Er is dan sprake van een voorgejuridiseerd gebied. De juridische overmachtsconstructie bij euthanasie is m.i. hiervan een voorbeeld; in de morele analyse door artsen lijkt de idee dat het gaat om een 'conflict van plichten' vaak een centrale rol te spelen. Maar dit is ethisch gezien slechts een van de mogelijke formele structureringen van het probleem, die andere structureringen uitsluit en bovendien inhoudelijk nog vrijwel niets zegt.

is (laat staan dat dit op een rekenkundige manier zou kunnen worden bepaald en gemiddeld). Het kan goed zijn dat de rechter het bevredigend heeft gedaan, ook als hij voor verschillende van deze maatstaven maar heel gebrekkige resultaten heeft behaald. Misschien is meer niet mogelijk. Het kan nodig zijn omwille van de rechtvaardige uitkomst of de effectieve handhaving een oplossing te kiezen die helemaal niet goed aansluit bij het geldende recht.

Voor een dergelijk totaaloordeel zou men nog een andere afweging moeten maken van de verschillende maatstaven in het licht van de concrete problematiek en in het licht van eventuele alternatieven.¹⁸ Dat valt echter buiten het bestek van dit artikel. Het gaat mij er nu alleen om een aantal indicatoren te identificeren die bruikbaar zullen zijn bij een oordeel over de vraag voor welk type problemen rechterlijke rechtsvorming adequaat kan zijn.

3 Enkele hypothesen over de kenmerken en beperkingen van rechterlijke rechtsvorming

Een van de weinige auteurs die geprobeerd hebben tot een vergelijkend onderzoek te komen van de manier waarop verschillende juridische instanties of processen zijn omgegaan met ethische kwesties is een minder bekende Dworkin, Roger B. Dworkin. In zijn boek *Limits. The Role of the Law in Bioethical Decision Making* onderscheidt hij vier juridische processen: *common law adjudication*, *legislation*, *administrative lawmaking* en *constitutional adjudication*.¹⁹ Hij bespreekt de specifieke karakteristieken van elk van deze processen en laat vervolgens zien welke processen bij een aantal bio-ethische vragen in de Verenigde Staten een rol hebben gespeeld; meestal is dit overigens niet bepaald een succesverhaal.

De theorie van Dworkin is te specifiek Amerikaans om direct bruikbaar te zijn en is bovendien in haar concrete analyses meestal niet erg overtuigend.²⁰ Maar zijn algemene analyse van de karakteristieken van *common law adjudication* biedt mijns inziens wel een bruikbaar vertrekpunt voor enkele werkhypothesen rond de vraag wanneer rechtspraak een goede bijdrage kan leveren aan de rechtsontwik-

18 De bovenstaande criteria zijn al helemaal niet bedoeld als een simpele meetlat waarlangs afzonderlijke rechterlijke uitspraken kunnen worden gelegd om te beoordelen of de rechter het goed gedaan heeft. Dat zou weer een heel ander analysekader vereisen. Dit analysekader is uitsluitend ontwikkeld met het oog op beoordeling van processen van rechterlijke *rechtsvorming*, wat doorgaans slechts een ondergeschikt aspect van rechterlijke uitspraken is.

19 R.B. Dworkin 1996.

20 Voor een uitgebreidere kritische bespreking, zie mijn review in *Bioethics* 13 (1999) 1, p. 76-79.

keling.²¹ Uit Dworkins analyse haal ik de volgende karakterisering van rechterlijke rechtsvorming.²²

Sommige kenmerken betreffen het karakter van de rechtsvormende instantie. Rechters zijn niet democratisch gekozen. Ze zijn jurist en daardoor wel deskundig op het gebied van het recht, maar niet op technisch of medisch vlak. Rechters hebben een beperkt instrumentarium aan oplossingen ter beschikking; ze hebben geen deskundigheid, geen staf en geen gezag om gedrag in detail te reguleren of om er voortdurend toezicht op te houden.

Andere kenmerken hangen samen met de manier waarop rechtsvorming totstandkomt. Rechters beslissen altijd naar aanleiding van concrete geschillen, die min of meer toevallig op hun bord terechtkomen. Rechtersrecht is daardoor reactief, niet proactief. Het ontwikkelt zich aan de hand van één concreet geval per stap, waarbij de volgorde van die gevallen toevallig is. Rechtersrecht kan zich daardoor volgens Dworkin ontwikkelen op een ongelijke, onsystematische, of zelfs onlogische wijze. Doordat rechterlijke uitspraken zich alleen op het concrete geval richten, geven ze weinig duidelijkheid en zekerheid over de algemene regels van het recht.²³

Ten slotte noemt Dworkin nog een kenmerk met betrekking tot de reikwijdte van de uitspraak dat specifiek is voor het Amerikaanse *common-laws* systeem. Rechtersrecht wordt vooral binnen de 50 staten ontwikkeld en leidt dus niet tot uniforme oplossingen voor de hele VS. Daardoor blijven de kosten van fouten in de rechtsontwikkeling beperkt en functioneren de staten als experimentele laboratoria. Dit kenmerk lijkt specifiek voor de VS, maar heeft in Nederland wel een parallel. Veel rechtszaken worden alleen op het niveau van rechtbanken en hoven behandeld en komen dus niet voor de Hoge Raad. Bovendien verstrijkt er altijd veel tijd tussen de uitspraak in eerste instantie en de eventuele einduitspraak door de Hoge Raad. Dit geeft de lagere instanties de gelegenheid tot experimenteren met nieuwe juridische constructies en normen om discussie uit te lokken van de praktijk en van het juridisch forum.

Op basis van het bovenstaande kunnen we een aantal hypothesen ontwikkelen over het type problemen waarvoor rechterlijke rechtsvorming adequaat zou kunnen zijn. Vertrekpunt daarbij is de vraag waarom rechtsontwikkeling nodig is, waarom er een behoefte is om het bestaande recht te veranderen. Het bestaande recht voldoet om de een of andere reden niet; er wordt blijkbaar een probleem gesignaleerd.

21 Ik versimpel hierbij zijn theorie wel aanmerkelijk en vertaal ideeën die specifiek zijn voor de Amerikaanse situatie zo goed mogelijk naar de Nederlandse.

22 R.B. Dworkin 1996, i.h.b. p. 7-10.

23 Idem, p. 13.

De vraag is nu voor welke problemen (of problematische aspecten) we op theoretische gronden kunnen verwachten dat rechterlijke rechtsvorming een geschikt antwoord biedt en voor welke niet.

De belangrijkste reden waarom verandering van het recht nodig is, is omdat er iets in de samenleving verandert. Op de nieuwe situatie heeft het geldende recht geen adequaat antwoord. Die veranderingen kunnen velerlei karakter hebben. Soms betreft het de introductie van nieuwe technologieën, zoals de moderne genetica, of ingrijpende maatschappelijke veranderingen, zoals een toename van het aantal ongehuwd samenwonenden (al dan niet van hetzelfde geslacht) met kinderen. Soms ook betreft het een verandering van normatieve opvattingen in de samenleving, bijvoorbeeld de toenemende acceptatie van euthanasie. Meestal is het een combinatie van al dit soort factoren.

Uit Roger B. Dworkins analyse kunnen we het vermoeden afleiden dat rechtspraak in het algemeen goed toegerust is om stapsgewijs met geleidelijke maatschappelijke ontwikkelingen om te gaan. Door de *case-by-case* benadering kan 'geëxperimenteerd' worden met nieuwe juridische oplossingen voor heel concrete gevallen. Het juridisch en het publieke forum kunnen reageren op nieuwe benaderingen in de lagere rechtspraak, zodat andere rechtbanken en hoven of de Hoge Raad met die reacties rekening kunnen houden. Daarbij kan men stapsgewijs vooruitgaan, nooit verder dan naar aanleiding van het concrete geval nodig is, zodat men alle relevante aspecten van de casuïstiek voor ogen kan houden en aldus tot een goede besluitvorming kan komen.

Dit is vooral een voordeel bij die ontwikkelingen waar men niet goed kan overzien wat alle complicaties zullen zijn. Een wetgever die van tevoren probeert te doordenken wat de juiste regelgeving is voor een moeilijk voorspelbare toekomstige ontwikkeling staat voor een vrijwel onmogelijke taak. Er kunnen zich immers allerlei volstrekt onverwachte ontwikkelingen voordoen waarvoor de regelgeving tekortschiet, hetzij door onnodig restrictief te zijn, hetzij door niet te reguleren waar dat wel nodig zou zijn. De rechtspraak kan hier in principe flexibeler op inspelen, door elke keer wanneer ze geconfronteerd wordt met een nieuwe situatie een specifiek daarop toegesneden oplossing te ontwikkelen. Rechtspraak is door zijn casusgerichte werkwijze zeer geschikt om stapsgewijs en flexibel een pad te banen op nog onbekend terrein.

Het is ook een voordeel bij kwesties waarover het maatschappelijk debat nog volop gaande is. Rechtspraak kan een bescheiden rol spelen in dit debat door slechts aan de hand van concrete gevallen, in het licht van dit debat, tot oordelen te komen. Het kan aldus het debat volgen en helpen bij het geleidelijk uitkristallise-

ren van de opvattingen zonder voortijdig knopen te moeten doorhakken waar het debat nog niet aan toe is.

Bij deze algemene stellingname moeten echter enkele kanttekeningen worden geplaatst. Het feit dat rechters niet democratisch gekozen zijn, maakt hen in principe minder geschikt om als vertolkers van de veranderende opvattingen van de bevolking op te treden. In de geschiedenis zijn tal van voorbeelden te vinden waar een eenzijdig samengestelde, conservatieve rechterlijke macht onvoldoende tegemoetkwam aan veranderende maatschappelijke opvattingen. Een berucht voorbeeld is natuurlijk het Amerikaanse Hooggerechtshof ten tijde van de New Deal.

Maar ook bij wetgeving is zeker niet altijd gegarandeerd dat zij in overeenstemming is met de veranderende opvattingen van de bevolking. De samenstelling van coalitieregeringen waarin minderheidspartijen soms een onevenredig grote rol spelen, is hiervan een van de oorzaken. Een voorbeeld hiervan is de controlerende positie van het CDA in veel kabinetten aan het eind van de twintigste eeuw, die lange tijd regeling van een aantal ethische kwesties in aansluiting bij veranderende maatschappelijke opvattingen tegenhield. Bovendien is wetgeving, zeker in Nederland, vaak een moeizaam, langdurig proces, wat een snelle en flexibele respons op ontwikkelingen belemmert.

Het hangt dus erg af van allerlei contingente factoren in hoeverre rechtspraak beter of minder goed in staat is dan wetgeving om aansluiting te vinden bij veranderende maatschappelijke opvattingen. Als rechters, bijvoorbeeld door een goede selectieprocedure en opleiding, juist midden in de samenleving staan, lijkt aannemelijk dat ze vaak beter dan de logge wetgevingsmachine in staat zijn om flexibel in te spelen op snelle veranderingen in maatschappelijke opvattingen.

Een tweede kanttekening is dat rechters wel juridische expertise bezitten, maar geen technische of medische. Hiervoor zijn ze dus afhankelijk van voorlichting door deskundigen. Zelfs als die voorlichting volstrekt objectief is,²⁴ is het soms niet eenvoudig om greep te krijgen op technisch of medisch zeer complexe situaties en daarover een verantwoord oordeel te vellen. De wetgever is dankzij ambtelijke ondersteuning, adviesraden, ruime financiële middelen en vooral ook meer tijd in principe veel beter in staat om ingewikkelde technische

24 In het Nederlandse strafrecht worden deskundigen weliswaar geacht onpartijdig te zijn, maar in de praktijk van euthanasiezaken worden ze vooral aangezocht door de verdediging. Het ligt voor de hand dat die alleen deskundigen uitnodigt die ervan overtuigd zijn dat de vervolgte arts medisch-ethisch juist gehandeld heeft. Het strafprocesrecht leidt hier dus gemakkelijk tot een zekere vertekening. Dit is een van de verklaringen die Griffiths, Bood en Weyers 1999, p. 340, geven voor het verschil in de Chabot-zaak tussen de uitspraak van de Hoge Raad (schuldigverklaring zonder strafoplegging) en die van het Medisch Tuchtcollege (de relatief zware straf van berisping).

problemen te overzien. Daarom mogen we verwachten dat waar complexe technische of medische kwesties bepalend zijn, de rechter minder goed in staat zal zijn om de rechtsontwikkeling in goede banen te leiden.

Een derde kanttekening is dat de algemene stellingname alleen geldt voor een stapsgewijze, experimentele ontwikkeling waarbij het geldende recht in ieder geval voldoende bruikbare aanknopingspunten biedt. Maar soms vraagt de maatschappelijke ontwikkeling niet om kleine veranderingen, maar om zeer ingrijpende. De openstelling van het huwelijk voor paren van hetzelfde geslacht is daarvan een voorbeeld. Omdat het huwelijk op zoveel plaatsen in het recht een rol speelt, is voor een rechter nauwelijks te overzien wat de gevolgen zouden zijn van een beslissing om het huwelijk open te stellen, en hoe hij in het licht van die gevolgen tot een verantwoorde aanpassing van het recht zou moeten komen. Voor dergelijke ingrijpende stappen is de rechter dan ook slecht geëquipeerd (wat overigens niet kan wegnemen dat in bijzondere gevallen, bij langdurig tekortschieten van de wetgever, de rechter toch verplicht zal zijn om recht te doen en dan maar zelf tot een nieuwe regeling te komen.)²⁵

We kunnen nu de volgende hypothese formuleren:

Hypothese 1. Rechterlijke rechtsvorming zal vooral adequaat zijn wanneer er behoefte is aan geleidelijke, stapsgewijze rechtsontwikkeling in reactie op veranderingen in de samenleving. Maar dit zal mogelijk minder zijn wanneer het gaat om veranderingen in de morele opvattingen van de bevolking, om veranderingen met een sterk technische of medische component, of om zeer ingrijpende veranderingen.

Een tweede reden waarom verandering van het recht nodig kan zijn, is dat het recht gemeten aan zijn eigen interne maatstaven tekortschiet. Het recht is onduidelijk of vertoont een gebrekkige samenhang. Het bevat te veel lacunes, is onoverzichtelijk. Het is niet intern consistent of leidt tot grote rechtsongelijkheid in de toepassing.

Hierbij moeten we onderscheiden wat voor gebreken het precies betreft. Wanneer er sprake is van onduidelijke of vage normen, of van beperkte lacunes en inconsistenties, is de rechter bij uitstek geschikt om een oplossing te bieden. Door nadere interpretaties van vage of onduidelijke normen kan duidelijkheid worden geschapen en ook door voor nieuwe gevallen een nieuwe rechtsregel te formuleren, kan de rechter sommige gebreken verhelpen. Het gaat hier immers

25 Een criterium dat ook in de rechtspraak van de Hoge Raad naar voren komt. Zie daarover S.K. Martens, 'De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter', *Trema* 2000-5, p. 171-181, p. 176.

om primair juridische problemen, waarvoor een juridisch-technisch antwoord gevonden kan worden, en daartoe is de rechter als geen ander geschikt.²⁶

Gaat het daarentegen om meer ingrijpende vormen van onduidelijkheid en inconsistentie of om grote lacunes, dan lijkt de rechter hiervoor minder goed toegerust. Doordat de rechter slechts naar aanleiding van concrete gevallen beslist, zal zijn rechtsvorming doorgaans wel in een bestaand systeem passen, maar veel minder een bijdrage kunnen leveren aan het tot stand brengen van een systeem in een sterk ongeordend veld. Om gaten te kunnen stoppen, zijn voldoende aanknopingspunten nodig in het geldende recht; als die er te weinig zijn, is de kans groot dat het stopsel mislukt. Op een geheel nieuw terrein met weinig positief recht zal daarom soms de rechtsvormende taak de capaciteit van de rechter te boven gaan, zeker wanneer het gaat om een gebied waar wezenlijk nieuwe normen moeten worden ontwikkeld.

Ook wanneer het probleem bestaat uit een algemeen gebrek aan rechtszekerheid en heldere regels, zal de rechter niet altijd in staat zijn om hierin te voorzien.²⁷ Rechtspraak is door zijn beroep op precedënten minder geschikt om heldere grenzen te stellen en te bewaken. Rechterlijke rechtsontwikkeling loopt daardoor het risico dat ongemerkt en ongewild verder wordt gegaan dan wenselijk is.²⁸ Dit risico is vooral groot wanneer er weinig aanknopingspunten (en dus ook weinig restricties) zijn in het geldende recht en de rechter grotendeels zijn eigen weg moet vinden.

Het bovenstaande leidt tot de volgende hypothese:

Hypothese II. Rechterlijke rechtsvorming zal vooral adequaat zijn wanneer er behoefte is aan verduidelijkingen en verhelderingen, verwijdering van beperkte inconsistenties en het invullen van kleinere lacunes in het recht. Naarmate de onduidelijkheden, inconsistenties of lacunes substantiëler zijn van omvang en aard zal de rechter echter minder goed in staat zijn om hiermee om te gaan.

Een derde reden waarom verandering van het recht nodig kan zijn, is dat er substantiële handhavings- of controleproblemen zijn. De rechtsregels worden bijvoorbeeld massaal overtreden of het opsporingsapparaat is niet in staat om normschendingen op te sporen of te bewijzen.

26 Zeker wanneer we kijken naar de Hoge Raad, die voor dit soort vragen de ideale mix bevat van mensen met een achtergrond in de rechtspraktijk en mensen met een achtergrond in de wetenschappelijke praktijk. Vgl. ook Martens 2000, p. 173, die stelt dat voor dergelijke 'technische kwesties' de rechtsvormende taak van de rechter van oudsher geaccepteerd is en ook niet wezenlijk verschilt van vragen van wetsuitleg.

27 Vgl. Martens 2000, p. 174: 'Welnu, één van de bezwaren tegen rechterlijke rechtsvorming is dat vaak een reeks uitspraken nodig is voordat de regel of de regels hun definitieve formulering vinden.'

28 Zie hiervoor mijn eerder genoemde artikelen over hellend-vlakargumentaties.

Voor dit soort problemen mogen we verwachten dat de rechter vrijwel niet in staat zal zijn om leiding te geven aan de rechtsontwikkeling. De rechter heeft immers geen ondersteunende staf en een beperkt instrumentarium aan sancties. Hoe een handhavings- en controleprobleem het beste kan worden aangepakt, onttrekt zich daarom vrijwel aan zijn beoordelingsvermogen en vooral ook aan zijn invloed. Daarom mogen we hier als hypothese formuleren:

Hypothese III. Rechterlijke rechtsvorming zal nauwelijks adequaat zijn wanneer het erom gaat een oplossing te vinden voor een gebrekkige handhaving en controle.

4 Voorlopige verkenning van de rechtspraak rond levensbeëindigend handelen

Natuurlijk is een uitgebreid onderzoek nodig om na te gaan in hoeverre dit analytisch kader en deze hypothesen bruikbaar en houdbaar zijn. Maar ook een korte schets kan al aannemelijk maken dat een dergelijk onderzoek inderdaad interessante resultaten kan opleveren.²⁹

De euthanasieproblematiek kent twee hoofdproblemen: het handhavings- en controlevraagstuk en het vraagstuk van de afbakening en inhoudelijke normering. Het eerste probleem is hoe gecontroleerd kan worden dat levensbeëindiging alleen plaatsvindt in die gevallen waarin en volgens die voorwaarden waaronder het toegestaan is en hoe de normen gehandhaafd kunnen worden. Volgens de derde hypothese is rechterlijke rechtsvorming voor dit soort problemen niet geschikt. Als we kijken naar de rechtsontwikkeling, dan verbaast het ook niet dat de rechter zich rond dit punt nauwelijks actief heeft betoond. Wetgever en bestuur (waaronder ook begrepen het OM, de politie en de inspectie) hebben hier meer mogelijkheden. Zowel ten aanzien van de opsporing (bijvoorbeeld de meldingsprocedure) als ten aanzien van de controle en de toetsing (bijvoorbeeld de invoering van toetsingscommissies) heeft het initiatief voor rechtsontwikkeling dan ook voornamelijk gelegen bij bestuur en wetgever. (Overigens niet altijd even succesvol, maar dit terzijde.) Dit lijkt de derde hypothese te bevestigen, dat hier weinig plaats is voor rechterlijke rechtsontwikkeling.

Het tweede hoofdprobleem is dat van de afbakening en de inhoudelijke normering. In welke gevallen is actieve levensbeëindiging juridisch toelaatbaar? En aan welke voorwaarden moet daarbij worden voldaan? Op dit terrein is de

29 Ik zie hier af van een uitgebreide beschrijving van de euthanasiediscussie en van de concrete casuïstiek; zie daarvoor bijvoorbeeld Van Holsteyn en Trappenburg 1996 en Griffiths, Bood en Weyers 2000.

rechter wel heel actief geweest, en volgens mijn eerste hypothese zou hij hier ook, althans gedeeltelijk, een goede rol kunnen vervullen. Maar er is hierbij een verschil tussen de klassieke euthanasiegevallen en een aantal moeilijke gevallen. Onder euthanasie in klassieke zin versta ik 'het door een arts beëindigen van het leven van een ongeneeslijk zieke patiënt op diens herhaald, uitdrukkelijk verzoek'.³⁰

Bij de klassieke euthanasiegevallen ging het om een rechterlijke rechtsvorming binnen relatief vaste kaders, in aansluiting op een veranderend rechtsbewustzijn onder de bevolking. In de rechtspraak zijn hiervoor stapsgewijs en zoekend, in nauwe interactie met het maatschappelijk debat en de meningsvorming in de medische beroepsgroep, een aantal zorgvuldigheidsnormen ontwikkeld. Mijs inziens is dit vooral succesvol geweest omdat de rechter een duidelijk kader ter beschikking had, dat bij de rechtsvorming voldoende houvast bood. De discussie richtte zich op handelen van artsen, dat gestructureerd werd in het licht van drie medisch-ethische waarden die ook in het recht erkend werden: bescherming van het menselijk leven; respect voor de menselijke zelfbeschikking; vermindering van lijden als gevolg van een ziekte. Er was een duidelijke lacune, maar er waren sterke aanknopingspunten in het recht om die lacune te vullen. De rechterlijke rechtsvorming was dan ook mijs inziens grotendeels succesvol: de jurisprudentie paste goed (hoewel niet echt elegant) in het juridisch systeem; zij kan op grote steun onder de bevolking rekenen³¹ en is mijs inziens inhoudelijk ook gerechtvaardigd. Bovendien sloot de ontwikkeling in de rechtspraak goed aan op de publieke discussie en speelde daarin op haar beurt ook een rol. Alleen voor de handhaving en controle werd, zoals eerder opgemerkt, nog niet echt een bevredigende oplossing gevonden, en ook de naleving in de praktijk schiet nog tekort, hoewel er reden is om aan te nemen dat het geleidelijk beter gaat.

In een tweetal nieuwe gevallen lag dit anders, omdat het gangbare kader maar gedeeltelijk van toepassing was.³² Daardoor moest de rechter wezenlijk nieuwe normen ontwikkelen. Bij de Chabot-zaak was zowel het zelfbeschikkingsrecht problematisch als het zuiver psychisch karakter van het lijden; bij de zaak-Brongersma was van een uitzichtloos somatisch lijden geen sprake. In beide gevallen rees dan ook de vraag of levensbeëindigend handelen hier nog wel tot het medisch-professionele terrein gerekend kon worden. Het ging hier dus, in

30 Van Holsteyn en Trappenburg 1996, p. 14.

31 Van Holsteyn en Trappenburg 1996, p. 14 en 52.

32 In de termen van Van Holsteyn en Trappenburg 1996, p. 9, betreft het hier de categorie 'levensbeëindiging zonder voorafgaande ziekte'. Daarnaast onderscheiden zij een tweede problematische categorie: 'levensbeëindiging zonder voorafgaand verzoek', bijvoorbeeld bij ernstig gehandicapte pasgeborenen. Ook voor deze tweede categorie is m.i. de rechterlijke rechtsvorming niet geheel adequaat geweest, maar ik beperk me hier om reden van ruimte tot de eerste categorie.

termen van mijn eerste en tweede hypothesen, niet om een geleidelijke aanpassing, maar om een ingrijpende wijziging, waarvoor ook binnen het geldende recht weinig aanknopingspunten waren. Te verwachten is dat de rechter hiermee aanmerkelijk meer moeite heeft.

Ik meen dat voor beide gevallen de rechterlijke rechtsvorming hier inderdaad minder adequaat is geweest, gemeten aan tenminste vier van de eerder genoemde beoordelingscriteria. Het criterium van passendheid is twijfelachtig (ze lieten levensbeëindiging voor wezenlijk nieuwe categorieën toe), en het is ook duidelijk dat de legitimiteit en inhoudelijke rechtvaardiging minder sterk zijn. Beide zaken leidden tot een veel bredere kritiek in het publieke forum en ook vanuit de medische beroepsgroep.³³ Ze lijken ook minder brede steun te hebben onder de bevolking dan de klassieke euthanasiezaken.³⁴ Ze introduceerden verder beoordelingscriteria die heel ruim en daardoor moeilijk toetsbaar en handhaafbaar zijn. Door bij de Chabot-zaak zuiver psychisch lijden en bij de Brongersma-zaak levensmoeheid als grond voor euthanasie c.q. hulp bij zelfdoding te accepteren, werd een extra complicatie geschapen voor een toch al ingewikkelde handhavingsproblematiek.

Vanuit de criteria passendheid, legitimiteit, inhoudelijke rechtvaardiging en controleerbaarheid en handhaafbaarheid moeten dus vraagtekens worden geplaatst bij de genoemde rechterlijke uitspraken. Het lijkt aannemelijk dat de rechterlijke rechtsvorming hier minder adequaat is geweest. Dit sluit aan bij de tweede hypothese dat de rechterlijke rechtsvorming minder adequaat zal zijn als er te weinig juridische aanknopingspunten zijn en de juridische lacune te groot is. In elk van deze zaken ontbraken een of meer van de uitgangspunten die bij de klassieke euthanasiegevallen wel tot bevredigende uitkomsten leidden. Bovendien was in de Chabot-zaak ook het psychiatrisch dossier erg complex en werd juist ook vanuit medische kring kritiek geleverd.³⁵ Was er sprake van onbehandelbaarheid en van een werkelijk vrije keuze? Dit sluit aan bij de eerste hypothese dat in zaken met een sterk medisch of technisch karakter de rechterlijke rechtsvorming minder adequaat zal zijn.

Natuurlijk is deze veel te korte schets niet echt overtuigend. Een gedetailleerde analyse van elk van de genoemde rechterlijke uitspraken (en van alle andere rechterlijke uitspraken rond levensbeëindigend handelen) zou nodig zijn om de

33 Vgl. bijvoorbeeld rond de Chabot-zaak de kritiek van Hans Achterhuis, Johan Goud, Frank Koerselman, Willem Jan Otten en Tom Schalken, *Als de dood voor het leven. Over professionele hulp bij zelfmoord*, Amsterdam: G.A. van Oorschot 1995. De Brongersma-zaak leidde tot forse kritiek vanuit de KNMG.

34 Vgl. Van Holsteyn en Trappenburg 1996, p. 78-80, resp. p. 88; ze constateren dat vrij veel ondervraagden bezwaren hebben tegen hulp bij zelfdoding aan psychiatrische patiënten en tegen de pil van Drion – de casus uit hun onderzoek die het meest lijkt op de Brongersma-casus.

35 Vgl. de zware kritiek die het Medisch Tuchtcollege op Chabots handelen gaf.

rechter wel heel actief geweest, en volgens mijn eerste hypothese zou hij hier ook, althans gedeeltelijk, een goede rol kunnen vervullen. Maar er is hierbij een verschil tussen de klassieke euthanasiegevallen en een aantal moeilijke gevallen. Onder euthanasie in klassieke zin versta ik 'het door een arts beëindigen van het leven van een ongeneeslijk zieke patiënt op diens herhaald, uitdrukkelijk verzoek'.³⁰

Bij de klassieke euthanasiegevallen ging het om een rechterlijke rechtsvorming binnen relatief vaste kaders, in aansluiting op een veranderend rechtsbewustzijn onder de bevolking. In de rechtspraak zijn hiervoor stapsgewijs en zoekend, in nauwe interactie met het maatschappelijk debat en de meningsvorming in de medische beroepsgroep, een aantal zorgvuldigheidsnormen ontwikkeld. Mijs inziens is dit vooral succesvol geweest omdat de rechter een duidelijk kader ter beschikking had, dat bij de rechtsvorming voldoende houvast bood. De discussie richtte zich op handelen van artsen, dat gestructureerd werd in het licht van drie medisch-ethische waarden die ook in het recht erkend werden: bescherming van het menselijk leven; respect voor de menselijke zelfbeschikking; vermindering van lijden als gevolg van een ziekte. Er was een duidelijke lacune, maar er waren sterke aanknopingspunten in het recht om die lacune te vullen. De rechterlijke rechtsvorming was dan ook mijs inziens grotendeels succesvol: de jurisprudentie paste goed (hoewel niet echt elegant) in het juridisch systeem; zij kan op grote steun onder de bevolking rekenen³¹ en is mijs inziens inhoudelijk ook gerechtvaardigd. Bovendien sloot de ontwikkeling in de rechtspraak goed aan op de publieke discussie en speelde daarin op haar beurt ook een rol. Alleen voor de handhaving en controle werd, zoals eerder opgemerkt, nog niet echt een bevredigende oplossing gevonden, en ook de naleving in de praktijk schiet nog tekort, hoewel er reden is om aan te nemen dat het geleidelijk beter gaat.

In een tweetal nieuwe gevallen lag dit anders, omdat het gangbare kader maar gedeeltelijk van toepassing was.³² Daardoor moest de rechter wezenlijk nieuwe normen ontwikkelen. Bij de Chabot-zaak was zowel het zelfbeschikkingsrecht problematisch als het zuiver psychisch karakter van het lijden; bij de zaak-Brongersma was van een uitzichtloos somatisch lijden geen sprake. In beide gevallen rees dan ook de vraag of levensbeëindigend handelen hier nog wel tot het medisch-professionele terrein gerekend kon worden. Het ging hier dus, in

30 Van Holsteyn en Trappenburg 1996, p. 14.

31 Van Holsteyn en Trappenburg 1996, p. 14 en 52.

32 In de termen van Van Holsteyn en Trappenburg 1996, p. 9, betreft het hier de categorie 'levensbeëindiging zonder voorafgaande ziekte'. Daarnaast onderscheiden zij een tweede problematische categorie: 'levensbeëindiging zonder voorafgaand verzoek', bijvoorbeeld bij ernstig gehandicapte pasgeborenen. Ook voor deze tweede categorie is m.i. de rechterlijke rechtsvorming niet geheel adequaat geweest, maar ik beperk me hier om reden van ruimte tot de eerste categorie.

termen van mijn eerste en tweede hypothesen, niet om een geleidelijke aanpassing, maar om een ingrijpende wijziging, waarvoor ook binnen het geldende recht weinig aanknopingspunten waren. Te verwachten is dat de rechter hiermee aanmerkelijk meer moeite heeft.

Ik meen dat voor beide gevallen de rechterlijke rechtsvorming hier inderdaad minder adequaat is geweest, gemeten aan tenminste vier van de eerder genoemde beoordelingscriteria. Het criterium van passendheid is twijfelachtig (ze lieten levensbeëindiging voor wezenlijk nieuwe categorieën toe), en het is ook duidelijk dat de legitimiteit en inhoudelijke rechtvaardiging minder sterk zijn. Beide zaken leidden tot een veel bredere kritiek in het publieke forum en ook vanuit de medische beroepsgroep.³³ Ze lijken ook minder brede steun te hebben onder de bevolking dan de klassieke euthanasiezaken.³⁴ Ze introduceerden verder beoordelingscriteria die heel ruim en daardoor moeilijk toetsbaar en handhaafbaar zijn. Door bij de Chabot-zaak zuiver psychisch lijden en bij de Brongersma-zaak levensmoeheid als grond voor euthanasie c.q. hulp bij zelfdoding te accepteren, werd een extra complicatie geschapen voor een toch al ingewikkelde handhavingsproblematiek.

Vanuit de criteria passendheid, legitimiteit, inhoudelijke rechtvaardiging en controleerbaarheid en handhaafbaarheid moeten dus vraagtekens worden geplaatst bij de genoemde rechterlijke uitspraken. Het lijkt aannemelijk dat de rechterlijke rechtsvorming hier minder adequaat is geweest. Dit sluit aan bij de tweede hypothese dat de rechterlijke rechtsvorming minder adequaat zal zijn als er te weinig juridische aanknopingspunten zijn en de juridische lacune te groot is. In elk van deze zaken ontbraken een of meer van de uitgangspunten die bij de klassieke euthanasiegevallen wel tot bevredigende uitkomsten leidden. Bovendien was in de Chabot-zaak ook het psychiatrisch dossier erg complex en werd juist ook vanuit medische kring kritiek geleverd.³⁵ Was er sprake van onbehandelbaarheid en van een werkelijk vrije keuze? Dit sluit aan bij de eerste hypothese dat in zaken met een sterk medisch of technisch karakter de rechterlijke rechtsvorming minder adequaat zal zijn.

Natuurlijk is deze veel te korte schets niet echt overtuigend. Een gedetailleerde analyse van elk van de genoemde rechterlijke uitspraken (en van alle andere rechterlijke uitspraken rond levensbeëindigend handelen) zou nodig zijn om de

33 Vgl. bijvoorbeeld rond de Chabot-zaak de kritiek van Hans Achterhuis, Johan Goud, Frank Koerselman, Willem Jan Otten en Tom Schalken, *Als de dood voor het leven. Over professionele hulp bij zelfmoord*, Amsterdam: G.A. van Oorschot 1995. De Brongersma-zaak leidde tot forse kritiek vanuit de KNMG.

34 Vgl. Van Holsteyn en Trappenburg 1996, p. 78-80, resp. p. 88; ze constateren dat vrij veel ondervraagden bezwaren hebben tegen hulp bij zelfdoding aan psychiatrische patiënten en tegen de pil van Drion – de casus uit hun onderzoek die het meest lijkt op de Brongersma-casus.

35 Vgl. de zware kritiek die het Medisch Tuchtcollege op Chabots handelen gaf.

hypothesen echt te toetsen en te verfijnen. Maar ik hoop dat zelfs deze korte schets wel aannemelijk heeft gemaakt dat een dergelijke analyse zinvol is en dat de voorgestelde beoordelingscriteria en hypothesen zinvolle vertrekpunten bieden.

5 Samenvatting en conclusies

In dit artikel heb ik gepleit voor een andere benadering van de discussie rond rechterlijke rechtsvorming waarbij niet de vraag centraal staat of hij het *mag*, maar of hij het *kan*. (Overigens zal een goede theorie over wanneer rechterlijke rechtsvorming goed kan functioneren en wanneer dat niet het geval is, uiteindelijk ook relevant zijn voor die principiële normatieve discussie.) Ik heb daartoe een zestal beoordelingscriteria voorgesteld aan de hand waarvan we kunnen beoordelen of de rechterlijke rechtsvorming adequaat was. Vervolgens heb ik aan de literatuur drie hypothesen ontleend over het type problemen waarvan we mogen verwachten dat de rechter er goed of minder goed mee kan omgaan. Tot slot heb ik laten zien met een summiere schets hoe een onderzoek op basis hiervan zou kunnen plaatsvinden en heb ik aannemelijk gemaakt dat het voorgestelde analysekader en de voorgestelde hypothesen bruikbaar en zinvol zijn.

Natuurlijk is dit alles nog erg tentatief en schetsmatig. Een veel uitgebreidere literatuurstudie zou nodig zijn om het analysekader en de hypothesen verder aan te vullen en te verfijnen. En vooral is een gedegen empirische studie nodig en ook een gedetailleerde juridische analyse van de rechterlijke uitspraken rond levensbeëindigend handelen, waarbij bijvoorbeeld ook aandacht wordt besteed aan het medisch tuchtrecht.

Een dergelijke analyse is niet alleen van belang voor het beter begrijpen van de ontwikkelingen rond levensbeëindigend handelen. Wanneer we op basis hiervan inzicht kunnen krijgen in de beperkingen en mogelijkheden van rechterlijke rechtsvorming, kan dat ook bruikbaar zijn voor andere terreinen waarop snelle veranderingen plaatsvinden en rechtsontwikkeling gewenst is. Om tot een verantwoorde theorie te komen, is daarbij overigens wel een comparatief perspectief nodig, waarbij rechterlijke rechtsvorming wordt vergeleken met rechtsvorming door de wetgever of bijvoorbeeld ook met zelfregulering. Dit inzicht kan zowel voor de rechter als voor de wetgever van betekenis zijn voor de invulling van hun rol inzake bijvoorbeeld antidiscriminatierecht, dierenrecht of recht met betrekking tot de moderne informatie- en communicatietechnologie.