

Symboolwerking van embryo-wetgeving

**We zijn het aan onszelf als beschaafd land
verplicht om het respect voor embryonaal
menselijk leven te waarborgen. Wetgeving die
handelingen met menselijke embryo's reguleert is
derhalve dringend gewenst. Maar – hoe vreemd
het ook mag klinken – de precieze inhoud van die
wetgeving is minder van belang; de
symboolwerking dient op de voorgrond te staan.**

1. Inleiding¹

Half maart heeft minister Borst-Eilers een notitie naar de Tweede Kamer gestuurd over onderzoek met embryo's.² Daarin wordt meer ruimte voor embryo-onderzoek geboden dan in de plannen van het vorige kabinet; het door dat kabinet ingediende wetsvoorstel wordt daarom ingetrokken.

Het politieke debat over deze problematiek heeft een merkwaardig karakter. Enerzijds is er een vrijwel unanieme overeenstemming 'dat er een wet moet komen' waarin het gebruik van menselijke embryo's³ voor onderzoeksdoelen wordt gereguleerd. De huidige situatie waarin embryo's in vitro juridisch vogelvrij zijn, wordt Kamerbreed onwenselijk geacht. Anderzijds zijn er sterke meningsverschillen over de gewenste inhoud van die wet.⁴ Daarbij zijn er drie hoofdvragen:

1. Mag men rest-embryo's (overgebleven van in-vitro-fertilisatie) gebruiken voor wetenschappelijk onderzoek en geneeskundige doelen?
2. Mag men speciaal embryo's kweken met het oog op dit gebruik?
3. Mag men onderzoek verrichten met embryo's ouder dan 14 dagen?

Het vorige kabinet beantwoordde alle vragen negatief; dit kabinet beantwoordt alleen de eerste vraag anders door onderzoek met rest-embryo's onder voorwaarden toelaatbaar te achten. Veel gezondheidsjuristen vinden echter dat er geen wezenlijk verschil is tussen 1 en 2, en beantwoorden daarom ook de tweede vraag positief.⁵ Sommige ethici en onderzoekers ten slotte zien geen grond voor de 14-dagengrens.⁶

Achter deze praktische meningsverschillen schuilen verschillende morele opvattingen over de status van het embryo. Het is onwaarschijnlijk dat hierover overeenstemming kan worden bereikt. De morele opvattingen over het embryo zijn daarvoor te sterk verbonden met meer fundamentele religieuze en levensbeschouwelijke opvattingen.⁷

Deze onoverbrugbare ethische dissensus hoeft echter niet te betekenen dat er op politiek-juridisch gebied geen vooruitgang mogelijk is. In dit artikel zal ik verdedigen dat we het juridisch-politieke debat moeten loskoppelen van de ethische discussie over de morele status van het embryo. Wanneer we de gedachte van een (mede door morele argumenten geïnspireerde) statutetheorie van het embryo verlaten, kunnen we in een analyse van de symboolwerking van wetgeving een vruchtbaarder model vinden om tot goede embryo-wetgeving⁸ te komen.

2. Statustheorieën

De gangbare gezondheidsrechtelijke benadering is het construeren van een beschermwaardigheid of status voor het embryo op basis van bepaalde eigenschappen.⁹ Die beschermwaardigheid vormt de grond voor een stelsel van juridische bescherming dat deels al geacht wordt geldend recht te zijn en dat deels nog gecreëerd moet worden via nieuwe regelgeving. Wanneer we zoeken naar vertrouwde juridische categorieën om die status vorm te geven, dan ligt conceptualisering in termen van rechten of belangen voor de hand.¹⁰

1. In een *rechtentheorie* ziet men het embryo als wezenlijk gelijk of in hoge mate gelijk aan een volwassen mens; op basis daarvan kent men het embryo een recht op leven toe en eventueel ook andere rechten ter bescherming.¹¹ Een eerste bezwaar tegen een rechtentheorie is dat zij niet aansluit bij het geldend Nederlands recht: rechtspersoonlijkheid begint eerst bij de geboorte; abortus is toegestaan. Een tweede bezwaar betreft de theoretische uitgangspunten: ze miskennen dat het vroege embryo in veel opzichten fundamenteel verschilt van een volwassen mens. Sommige kerkelijke doctrines stellen weliswaar dat vanaf de conceptie sprake is van een menselijk persoon, maar deze doctrines zijn zo controversieel en vinden in Nederland zo weinig weerklank dat ze in onze pluralistische samenleving niet als uitgangspunt voor het recht kunnen gelden. Een derde bezwaar betreft de praktische implicaties. Een sterke rechtentheorie leidt tot een vrijwel compleet verbod op experimenten met embryo's. Een politieke meerderheid accepteert echter dat sommige zwaarwegende belangen van wetenschap en geneeskunde onderzoek met embryo's kunnen rechtvaardigen. Een rechtenmodel gaat hieraan voorbij en moet daarom vanwege de te restrictieve uitkomsten worden verworpen. Men kan natuurlijk een minder absoluut rechtenmodel construeren, waarin het embryo veel zwakkere rechten krijgt. Maar in feite komen we daarmee bij andere theorieën terecht, omdat de grondslag voor deze zwakke rechten dan doorgaans gevonden wordt in hetzij een belangentheorie, hetzij een theorie van een groeiende waarde of beschermwaardigheid van het embryo.

2. Een *belangentheorie* kan beter recht doen aan de praktijk van wetenschappelijk onderzoek en geneeskunde dan een rechtentheorie. Het belang van toekomstige hersentransplantaties voor Parkinsonpatiënten en het belang van onvruchtbare vrou-

Wibren van der Burg
is jurist en ethicus en
is als hoofdonderzoeker
'Grondslagen
van het recht' verbonden
aan het
'Schoordijk Instituut
voor grondslagenonderzoek
en rechtsvergelijking' van de
Katholieke Universiteit
Brabant.



wen bij onderzoek naar de oorzaken van onvruchtbaarheid kunnen aldus goed worden geconceptualiseerd. Het grote bezwaar tegen een belangentheorie is echter dat het niet goed mogelijk is om de positie van het embryo te conceptualiseren in termen van belangen. Een embryo van enkele weken heeft geen eigen belangen, hoogstens heeft de toekomstige persoon die. Soms is het zeker dat er geen toekomstige persoon zal zijn, als het embryo vernietigd wordt ten gevolge van een experiment of anderszins tenietgaat. In zo'n geval kan er redelijkerwijze geen belang van het vroege embryo geconstrueerd worden.¹² De consequentie is dat zelfs de meest triviale belangen van onderzoek al genoeg gewicht in de schaal leggen om embryo's te mogen gebruiken. Maar dit is een onaanvaardbare uitkomst: ook wie niet zo ver wil gaan om het embryo een recht op leven toe te kennen, zal doorgaans het embryo, als een prille vorm van menselijk leven, met een zeker respect willen bejegenen. Omdat een belangenbenadering inzake embryo's geen recht kan doen aan deze wijdverbreide overtuiging, is zij niet aanvaardbaar.

3. De hierboven geschetste posities zijn beide onaanvaardbaar als uitgangspunt voor een wetgevingsbeleid in onze pluralistische samenleving. Een rechtentheorie biedt een sterke bescherming aan het embryo, maar miskent de legitieme belangen

en meer in het bijzonder onderzoek, met menselijke embryo's.

9. Leenen, o.c., p. 113 omschrijft status als 'een hoedanigheid welke bescherming tegen handelen van anderen verdient'.

10. In deze context is slechts een zeer summier weergave mogelijk.

11. Een voorbeeld is P.W. Smits (1992), *The right to life of the unborn child in international documents, decisions and opinions*, (diss. Leiden) Bedum: Profiel.

12. Het is niet duidelijk vanaf wanneer men wel van eigen belangen zou kunnen spreken. Sommige ethici nemen het begin van de aanleg van de hersenen (6 weken na de conceptie). Andere auteurs gaan uit van een min of meer voltooid zenuwstelsel (20-26 weken). Vrijwel alle ethische theorieën komen echter tot een tijdstip ver voorbij de veertien dagen.

1. Mijn dank gaat uit naar Bart van Klink, Paul van Seters en Willem Witteveen voor hun commentaren op een eerdere versie.

2. *Notitie regelgeving inzake enige handelingen en wetenschappelijk onderzoek met embryo's en foetussen*, aangeboden bij brief d.d. 16 maart 1995, Kamerstukken II, 1994/1995, 23 016, nr 7. (hierna aangeduid met de Notitie).

3. In dit artikel zal ik – in overeenstemming met de Notitie – de term embryo gebruiken voor het beginnend menselijk leven vanaf de bevruchting.

4. Voor een goed overzicht van de verschillende politieke standpunten, zie R.M. den Hartog-van Ter Tholen (1993), 'Beleidsvorming over het omgaan met embryo's bij politieke en maatschappelijke dissensus', in: F.W.A. Brom, B.J. van den Bergh en A.K. Huijbers (red.) (1993), *Beleid en ethiek*, Assen: Van Gorcum, p. 112-124.

5. Vgl. H.J.J. Leenen (1994), *Handboek gezondheidsrecht. Deel I. Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, (3e druk) Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink, p. 127-128; Th.A.M. te Braake (1995), 'De juridische status van het embryo: een stevig aange-meerde leer', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* (1995), p. 80-85, i.h.b. p. 84.

6. Vgl. G.M.W.R. de Wert (1989), 'Niet-therapeutische experimenten met (pre)-embryo's. Enige ethische kanttekeningen', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 1989, p. 74-85, i.h.b. p. 84.

7. Voor een uitgebreider overzicht van de ethische discussie, zie J.S. Reinders (1993), *De bescherming van het ongeboren leven. Morele en godsdienstige overwegingen bij experimenten met menselijke embryo's*, Baarn: Ten Have.

8. Korthedshalve zal ik steeds de uitdrukking embryo-wetgeving gebruiken om te verwijzen naar wet- en regelgeving inzake handelingen,

gediend door wetenschappelijk onderzoek en geneeskunde. Een belangentheorie doet weliswaar de laatstgenoemde belangen recht, maar kan geen uitdrukking geven aan een diepgevoorteld idee dat ook embryonaal menselijk leven respect verdient. Gezien deze situatie ligt het voor de hand te zoeken naar een tussenpositie die de voordelen van beide extremen combineert.

De leer der *groeïende beschermwaardigheid* lijkt hierin te voorzien.¹³ Deze stelt dat de status van het embryo in de loop van de ontwikkeling toeneemt; belangrijke overgangsfasen daarbij zijn de innesteling (14 dagen na de conceptie) en de levensvatbaarheid (20-24 weken).¹⁴ Dit is de heersende leer in het gezondheidsrecht; bovendien lijkt zij weerklank te vinden bij alle partijen van de huidige paarse coalitie.¹⁵

Gevoelsmatig spreekt de doctrine zeker aan. Enerzijds wordt de intrinsieke waarde van het embryo erkend. Anderzijds is het prille embryo minder beschermwaardig dan een mens, zodat het gewicht van zwaarwegende wetenschappelijke en medische belangen de beschermwaardigheid van het embryo soms opzij kan zetten. Bovendien past de idee van een groeiende beschermwaardigheid bij onze intuïtie dat een ouder embryo

Onder gezondheidsjuristen is overigens een duidelijke tendens om niet alleen het experimenteren, maar ook het speciaal kweken acceptabel te achten en te kiezen voor de 14-dagengrens.

dat meer gelijkenis vertoont met een mens, een sterkere bescherming verdient dan een achtcellig embryo. Een dergelijke glijdende schaal is vaak het resultaat van discussies in adviescommissies, als een compromispositie waar ieder vrede mee kan hebben, zodra geaccepteerd is dat meer fundamentele religieuze overtuigingen buiten beschouwing moeten worden gelaten om consensus mogelijk te maken.

Als een ethische statutetheorie is de toenemende beschermwaardigheid recentelijk onder zwaar vuur te komen liggen.²⁶ Elders heb ik – deels aansluitend bij Sutorius – betoogd dat er onvoldoende positiefrechtelijke aanknopingspunten zijn om deze leer als geldend recht te beschouwen.¹⁷ Maar ook als uitgangspunt voor toekomstige wetgeving moet deze opvatting m.i. worden verworpen.

Een reden daarvoor is dat er geen bevredigende theoretische fundering is voor deze doctrine – zoveel heeft de ethische discussie inmiddels wel duidelijk gemaakt. De voltooiing van de innesteling is onvoldoende grond voor een verschil in status. Het kan zijn dat 14 dagen op andere gronden een bruikbare grens is, maar dat betekent niet dat we uit die arbitraire grensbepaling een statusverschil kunnen afleiden. 50 kilometer per uur is eveneens een arbitraire doch verdedigbare grens; uit het feit dat de wetgever die grens getrokken heeft, mogen we echter niet afleiden dat er een achterliggende idee is van wezenlijke

verschillen tussen snelheden van 49 en van 51 km. Met andere woorden: het kan goed zijn dat een wetgever ergens in de embryonale ontwikkeling grenzen trekt, en er dus sprake is van een groeiende bescherming van het embryo. Ik zal hieronder zelf ook een 14-dagengrens verdedigen, dus pleiten voor een toenemende *bescherming* in toekomstige wetgeving. Ik maak alleen bezwaar tegen de ongefundeerde gedachte dat daaruit een achterliggende leer van groeiende *beschermwaardigheid* kan worden afgeleid.

Het gebrek aan theoretische rechtvaardiging voor de leer der toenemende beschermwaardigheid heeft ook praktische gevolgen. Doordat de theoretische fundering zwak is, wordt het moeilijk om tot een behoorlijke afweging te komen van de beschermwaardigheid van het embryo tegenover belangen van onderzoek en geneeskunde. Als we al niet kunnen aangeven waarom het embryo rond de nidatie beschermwaardiger wordt, hoe kunnen we dan bepalen dat die beschermwaardigheid zwaarder of minder zwaar weegt dan deze belangen? Een niet nader gespecificeerde noch gefundeerde theorie van groeiende beschermwaardigheid – die in de praktijk weinig meer blijkt dan een vage slogan – biedt ons geen maatstaf hierbij. Iedere keuze om wel of niet een bepaald onderzoeksproject toe te staan is dan hoogst arbitrair. In een rechtsstaat is dat niet aanvaardbaar.

Deze willekeur in het besluitvormingsproces wordt aardig weerspiegeld in de posities die aanhangers van de leer der groeiende beschermwaardigheid innemen ten opzichte van de drie hoofdvragen die in de inleiding werden genoemd. Ten aanzien van elk van de drie vraagstukken vindt men aanhangers van de groeiende beschermwaardigheid in beide kampen. (Onder gezondheidsjuristen is overigens wel een duidelijke tendens om niet alleen het experimenteren, maar ook het speciaal kweken acceptabel te achten en te kiezen voor de 14-dagengrens.) Dit gebrek aan onderscheidend vermogen is een goede illustratie van de stelling dat de leer der groeiende beschermwaardigheid geen goede basis vormt voor toekomstige wetgeving.

3. Symboolwerking in plaats van bevelswerking

Na deze analyse lijken we met lege handen te staan. Er is geen bevredigende statutetheorie van het embryo die de basis kan vormen voor nieuwe wetgeving; noch een rechtentheorie, noch een belangentheorie, noch een groeiende beschermwaardigheid bieden een bruikbare aanzet. Het lijkt daarom tijd voor een andere benadering.

Alle statutetheorieën hebben gemeen dat ze eigenlijk een vrij simpel model van wetgeving hanteren. Een embryo heeft een bepaalde status, en moet daarom wettelijk beschermd worden; die bescherming bieden we door wettelijke gedragsregels te formuleren voor de behandeling van embryo's. Bij zo'n beschermingsmodel past een nadruk op bevelswerking van de wet.¹⁸ Dit wetgevingsmodel is m.i. echter niet erg zinvol bij de problematiek van embryo-experimenten. Bevelswerking veronderstelt een aanvaarde gezagsrelatie tussen overheid en uitvoerders.¹⁹ Omdat veel onderzoekers en andere betrokkenen het idee hebben dat zij beter dan de wetgever in staat zijn te bepalen wat in concreto wel of niet acceptabel is en het oordeel van de wetgever hierover veelal geen groot gezag zullen toekennen, is deze gezagsrelatie problematisch.

Een in dit geval vruchtbaarder benadering legt het accent op de symboolwerking van wetgeving. Symboolwerking heeft twee aspecten: een expressief en een communicatief aspect.²⁰ Het

expressieve aspect houdt in dat wetgeving kan worden gezien als een expressie van bepaalde waarden die door de gemeenschap in ere worden gehouden. Het *communicatieve aspect* houdt in dat de politieke gemeenschap via wetgeving deze waarden aan haar leden voorhoudt, erop rekenend dat zij deze waarden als richtsnoer zullen nemen. Hoe zij dat doen, wordt echter – binnen bepaalde grenzen – aan die leden zelf overgelaten.

Het lijkt me dat symboolwerking van wetgeving het hart raakt van het debat over embryo's. Het parlement wenst een wet om het grote belang uit te drukken van bepaalde waarden zoals het respect voor embryonaal menselijk leven en om de onderzoekers duidelijk te maken dat van hen als leden van deze samenleving verwacht wordt dat ze zich door deze waarden laten leiden. Dit gemeenschappelijk vertrekpunt blijkt uit het feit dat de noodzaak van een wet breed gevoeld wordt. De politieke controverse gaat vooral over de vraag welke grenzen er precies op centraal niveau aan de decentrale besluitvorming moeten worden gesteld.

4. Waardetheorie in plaats van statutetheorie

Symboolwerking is ideaaltypisch verbonden met een specifieke variant van waardetheorie. Het begrip waarde kan verwijzen naar (kenmerken van) individuele entiteiten die waarde hebben: een mensenleven, een embryo, een dier. Ronald Dworkin heeft in deze lijn een waardetheorie van het embryo ontwikkeld als variant van de eerder besproken statusleer der groeiende beschermwaardigheid.²¹ Met het begrip waarde kunnen we echter ook bedoelen meer abstracte collectieve waarden, zoals rechtvaardigheid, rechtszekerheid, respect voor de menselijke waardigheid, d.w.z. 'waarden die het politieke en juridische streven van de gemeenschap, in diepe zin, kenmerken.'²² Uitgangspunt zijn dan niet entiteiten die waarde hebben, maar subjecten of gemeenschappen die zich richten op bepaalde waarden.

Deze twee typen waarden kunnen we aanduiden als individuele resp. collectieve waarden. Het onderscheidingscriterium is tweeledig: het gaat om *waardevolle* entiteiten, resp. *waardegerichte* entiteiten, en deze hebben doorgaans een individueel resp. collectief karakter. Symboolwerking van wetgeving concentreert zich op collectieve waarden.

De identiteit van een politieke gemeenschap en van haar leden wordt deels bepaald doordat die gemeenschap bepaalde collectieve waarden in ere houdt en deze uitdrukt in de wet. Dat de Nederlandse samenleving democratisch is, dat rechten van burgers worden gerespecteerd, en dat dit alles ook in wetgeving is vastgelegd, bepaalt het karakter van die samenleving. Voor zover burgers zichzelf identificeren als leden van een samenleving, is deze waarde-oriëntatie ook van belang voor die burgers zelf.²³ Deze collectieve waarden die een gemeenschap karakteriseren, grijpen terug naar individuele waarden, maar overstijgen deze gedeeltelijk. De waarde van een behoorlijk sociaal zekerheidstelsel is primair gelegen in het feit dat het individuele burgers een behoorlijke levensstandaard garandeert in plaats van hen te laten leven in armoede. Maar ook al is dit de voornaamste reden voor de waarde van dit stelsel, het is niet de enige: het drukt ook uit wat voor samenleving we willen zijn. Onze samenleving heeft bijvoorbeeld een gemeenschappelijk idee van respect voor het menselijk leven. De Nederlandse wetgeving geeft op veel manieren uitdrukking aan dit respect. Maar er bestaan meningsverschillen over hoe dat respect precies moet worden ingevuld en uitgewerkt. Volgens sommigen hoort daarbij dat euthanasie soms gerechtvaardigd is; voor anderen is dat juist in strijd met respect voor het menselijke leven. Ook al is er dus op meer abstract niveau een gemeenschappelijk idee, op het concrete vlak lopen de opvattingen soms uiteen.²⁴

Iets soortgelijks geldt ten aanzien van embryo's. We hebben een gemeenschappelijke idee dat ook embryonaal menselijk leven met respect moet worden behandeld.²⁵ Over bepaalde concretisering van die gemeenschappelijke waarde zijn we het eens. We zouden bijvoorbeeld geschokt zijn wanneer een

13. Dit is de meest gangbare betiteling. Er wordt ook wel gesproken van 'toenemende waarde' of 'progressieve rechtsbescherming'.

14. Er zijn overigens ook ethische varianten die niet een schoksgewijze, maar een geleidelijke toename van de beschermwaardigheid voorstaan. Binnen het recht is dit echter moeilijk operationaliseerbaar.

15. Volgens Den Hartog-van Ter Tholen, o.c., is het de impliciete of expliciete opvatting van PvdA, VVD en D66. Overigens is er ook binnen het CDA een stroming die deze doctrine aanhangt. In het verleden heb ik zelf ook deze opvatting verdedigd (W. van der Burg et al. (1989), *Toveren met een eitje. Politiek en voortplantingstechnieken*, Amsterdam: PPR-Studiestichting).

16. Vgl. Reinders o.c.; G.A. den Hartogh (1993), *Kun je een zygote liefhebben?*, (oratie UvA) Utrecht: Stichting Socrates.

17. E.Ph.R. Sutorius (1993), *Manipuleren met leven; deel II, Handelingen Nederlandse Juristenvereniging*, Zwolle: Tjeenk Willink. W. van der Burg (1994), 'De juridische 'status' van het embryo: een op drift geraakte fictie', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* (1994), p. 386-401.

Reacties hierop verschenen van de hand van

H.J.J. Leenen (*Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* (1994), p. 402-406) en Th.A.M. te Braake (*Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* (1995), p. 80-85).

Voor een uitgebreider overzicht van de juridische literatuur kan worden verwezen naar de eerste twee publikaties en naar Leenen, *Handboek gezondheidsrecht*, hoofdstuk VII.

18. De begrippen bevelswerking en symboolwerking zijn ontleend aan W.J. Witteveen (1992), 'Delegeren is communiceren', in: I. Kolhoop (red.), *Delegatie van wetgevende bevoegdheid: Preadviezen voor de Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid*, Alphen a/d Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink.

19. Witteveen, o.c. p. 70.

20. Over symboolwerking: W.J. Witteveen, P. van Seters and G. van Roermund (red.) (1991), *Wat maakt de wet symbolisch?*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink; Witteveen, o.c. Het onderscheid tussen een expressief aspect en een retorisch of communicatief aspect heb ik eerder toegepast op de rol van grondrechten in het gezondheidsrecht: W. van der Burg en H.M. Oevermans, 'Grondrechten in het gezondheidsrecht. Beperkingen van de gangbare grondslagenbenaderingen', in: W. van der Burg en P. Ippel (red.) (1994), *De Siamese tweeling*.

Recht en moraal in de biomedische praktijk, Assen: Van Gorcum, p. 187-202.

21. R. Dworkin (1993), *Life's Dominion*, New York: Alfred A. Knopf.

22. A.A.G. Peters (1993), 'Recht als project', in: *Recht als kritische discussie*, Arnhem: Gouda Quint, p. 268.

23. R.M. Dworkin (1990), *Justice and the Good Life*, University of Kansas (Lindley Lecture) stelt dat het voor het goede leven van de meeste mensen wezenlijk is dat ze deel uitmaken van een min of meer rechtvaardige samenleving.

24. Hier gebruik ik Dworkins bekende onderscheid tussen gemeenschappelijke idee ('concept') en controversiële opvatting ('conception'), dat juist bij een waardetheorie m.i. zeer vruchtbaar is. Vgl. R. Dworkin (1978), *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, p. 134.

25. Die collectieve waarde verwijst mede terug naar een – al dan niet toenemende – individuele waarde van het embryo; die individuele waarde kan echter niet de rechtstreekse grondslag vormen voor wetgeving.

onderzoeker embryo's aan zijn hond zou voeren, ongeacht of ze nu tien dagen of tien weken oud zijn. Maar over verdere concretisering van die gemeenschappelijke waarde bestaat grote pluriformiteit van opvattingen. Sommigen menen dat ieder instrumenteel gebruik van embryo's moet worden uitgesloten, terwijl anderen zelfs experimenten met embryo's ouder dan twee weken accepteren.

We krijgen aldus een andere rechtstheoretische structurering van de problematiek. In een statutheorie van het embryo moeten de belangen, rechten of waarde van het embryo als (quasi-) subject of object worden afgewogen tegen andere belangen. In een waardetheorie gaat het om een conflict tussen de centrale waarden van een samenleving. De metafoor van afwegen is hier ongeschikt: de vraag voor de wetgever is niet welk belang, recht, status, of waarde het zwaarste weegt. De taak van de wetgever (en van de uitvoeringspraktijk) is beter te formuleren als: recht doen aan de verschillende waarden die in het geding zijn.

5. Wetgevingscriteria vanuit een symboolwerkingsperspectief

Een symboolwerkingsperspectief is ook in constructieve zin bruikbaar voor de ontwikkeling van nieuwe wetgeving. Het kan overigens alleen de hoofdlijnen aangeven, maar nooit de grondslag zijn voor een complete wettekst. In een statutheorie zijn 'objectieve' criteria, gebaseerd op kenmerken van het embryo, bepalend. In principe kan daarom een compleet wetsvoorstel worden ontwikkeld in de beslotenheid van de studeerkamer. In een waardetheorie daarentegen is de centrale vraag welke waarden door een specifieke samenleving moeten worden nagestreefd. Dat kan alleen worden bepaald in een democratische dialoog binnen die samenleving, c.q. binnen belangrijke fora van die samenleving. Filosofische en juridische reflectie spelen daarbij overigens een belangrijke ondersteunende rol, doordat zij een beredeneerde aanzet kunnen geven voor de discussie.²⁶ De twee eerder onderscheiden aspecten van symboolwerking leiden tot twee algemene criteria voor wetgeving. Het eerste criterium, gebaseerd op het expressieve aspect, is dat de wet een adequate en gezaghebbende uitdrukking moet bevatten van alle relevante waarden. Deze waarden moeten niet alleen in de wet worden geformuleerd, maar ook moet, voor zover zij conflicteren, een oplossing of op zijn minst een oplossingsrichting worden aangegeven die het meeste recht doet aan alle relevante waarden.

Een tweede criterium, gebaseerd op het communicatieve aspect, is dat de wet de discussie en besluitvorming in concrete gevallen dusdanig structureert dat de in het geding zijnde waarden door alle betrokkenen daarbij als uitgangspunt worden aanvaard. De wet moet procedures institutionaliseren die bevorderen dat discussie en besluitvorming plaatsvinden in het licht van deze waarden. Een middel daartoe kunnen toetsingscommissies zijn, indien voorzien van een juiste opdracht. In de eerste plaats zouden dergelijke commissies de expliciete taak moeten hebben het publieke debat gaande te houden; eerst in de tweede plaats dienen ze beslissingen te nemen over concrete onderzoeksvoorstellen.²⁷ Dergelijke commissies dienen te worden samengesteld zowel uit vertegenwoordigers van direct betrokkenen als uit onafhankelijke leden, waaronder ethische en juridische deskundigen. Hierdoor kan de commissie zowel een goede discussie over de interpretatie van de gezaghebbende waarden als een redelijke aanvaarding van de uitkomsten door de betrokkenen bewerkstelligen.

6. Embryo-wetgeving vanuit een symboolwerkingsperspectief

Het grootste probleem bij embryo-wetgeving is natuurlijk welke concrete materiële normen in de wet moeten worden vastgelegd. Een argumentatie zou daarbij de volgende hoofdlijnen kunnen volgen.

Een eerste stap is om de waarden te onderscheiden die in het geding zijn, in dit geval:

1. de waarde van respect voor embryonaal menselijk leven;
2. de waarde van een humaan karakter van wetenschap: de onderzoeker dient altijd morele overwegingen in acht te nemen;
3. de waarde van wetenschappelijk onderzoek en vrijheid van onderzoek;
4. de waarde van de geneeskunde als bestrijding van menselijk lijden.

De eerste twee waarden suggereren beperkingen in ons handelen met menselijke embryo's. De laatste twee waarden impliceren het toestaan van onderzoek met embryo's. Hiermee is het fundamentele spanningsveld geschetst: aan de ene kant moet de ruimte voor experimenten beperkt zijn, omdat daarmee afbreuk wordt gedaan aan de eerste twee waarden; aan de andere kant moeten we voldoende ruimte laten voor ontwikkelingen in de medische wetenschap.

De primaire waarde dient te zijn die van respect voor menselijk embryonaal leven. Deze waarde zou maximaal gerespecteerd worden door een volledig verbod op embryo-onderzoek, maar dat zou alle andere in het geding zijnde waarden geheel verwaarlozen. Daarom dienen we te kiezen voor een *nee, tenzij*: het gebruik van embryo's is verboden, tenzij kan worden aangetoond dat zwaarwegende belangen van medisch onderzoek ermee worden gediend. Een *nee-tenzij*-criterium is in bio-ethische kwesties niet ongebruikelijk. Het past uitstekend in een symboolwerkingsperspectief: het geeft aan dat hoewel één waarde belangrijker wordt geacht, de andere in het geding zijnde waarden daaraan niet geheel ondergeschikt zijn, maar dat de bewijslast ligt bij hen die inbreuk willen maken op de belangrijkste waarde.

De verdere uitwerking van een *nee-tenzij*-norm dient geleid te worden door een bezinning op de onderlinge verhouding van de vier genoemde waarden. Een eerste stap kan zijn om experimenten met rest-embryo's toe te staan als de uitzondering die de minste inbreuk maakt op het respect voor embryonaal menselijk leven.

Een tweede stap kan zijn om het speciaal kweken van embryo's voor onderzoeksdoelen te verbieden. Het speciaal creëren van embryo's voor onderzoeksdoelen is de meest instrumentele houding die men kan innemen ten aanzien van embryonaal leven. Daarom moet het creëren van embryo's puur en alleen als onderzoeksobjecten te zeer in strijd worden geacht met het vereiste respect voor embryonaal leven.

Een derde stap zou zijn om een maximumgrens te stellen voorbij welke men niet meer met embryo's mag experimenteren. De lijn als zodanig blijft vrij arbitrair; omdat er, zowel nationaal als in Europees verband, een consensus lijkt te groeien rond de 14-dagengrens, is deze goed verdedigbaar.

Het bovenstaande kan niet meer zijn dan een tentatieve schets voor een benadering van de embryo-problematiek die geënt is op de idee van symboolwerking. Deze schets blijkt goed te passen bij de Notitie van minister Borst-Eilers; op elk van de drie hoofdvragen en ten aanzien van de procedurele vormgeving stemmen de keuzen overeen.

**Ons zelfbeeld als een beschaafde samenleving
vereist dat we een minimaal, en indien mogelijk
een behoorlijk bestaansniveau garanderen aan de
minder bevoorrechte leden van de samenleving.**

Het in de Notitie voorgestelde verbod op speciaal kweken wijkt daarentegen significant af van de heersende leer in het gezondheidsrecht. Wie, zoals Leenen, een statutheorie ontwikkelt, zal doorgaans geen verschil maken tussen het gebruik van embryo's naargelang de ontstaanswijze. Status wordt immers niet beïnvloed door intenties of omstandigheden.²⁸ Toch is dit voor veel mensen contra-intuïtief: er is wel degelijk een wezenlijk verschil tussen gebruik van rest-embryo's en het gebruik van speciaal gekweekte embryo's. Dit komt – in mijn ogen terecht – ook tot uitdrukking in de Notitie. Een waardebenadering biedt hiervoor een bevredigende theoretische grondslag. Nu dat niet geldt voor een statutheorie, is er een extra reden om de heersende leer der groeiende beschermwaardigheid af te wijzen. Niet alleen vindt zij onvoldoende steun in het geldende recht en is haar theoretische fundering onbevredigend, ze leidt ook tot een minder aanvaardbaar resultaat ten aanzien van het kweken van embryo's.

7. Het open karakter van een waardenbenadering

Het bovenstaande is slechts een voorzichtige schets; op basis van een waardetheorie is het niet mogelijk om keiharde argumenten te geven voor de verschillende keuzen. Is dat niet een belangrijk nadeel van deze benadering? In een rechtenbenadering zou het een doorslaggevend nadeel zijn, omdat willekeur in het erkennen van rechten onaanvaardbaar is in een democratische rechtsstaat. Ook voor een belangentheorie is dit nadeel fataal, omdat deze een min of meer objectieve beoordeling en afweging van de verschillende belangen vereist; als de maatstaf hiervoor ontbreekt, is de resulterende willekeur een groot probleem. In een waardetheorie daarentegen is het open karakter van de argumentatie niet problematisch, integendeel, het vormt juist een aanknopingspunt voor een democratische rechtsvorming. Een waardebenadering leent zich niet voor een dogmatisch-deductieve redenering. Zij biedt een aantal uitgangspunten, een kader waarmee de maatschappelijke en politieke

discussie gestructureerd kan worden, zonder dat er keiharde argumenten aan ontleend kunnen worden voor concrete beleidsalternatieven. Ook bij andere wetten en beleidsproblemen is de symboolwerking soms primair van belang voor het 'dat', maar niet voor het 'wat'. Een voorstel om iedere bijstand voor werklozen af te schaffen zou voor de overgrote meerderheid van de Nederlandse bevolking onacceptabel zijn. Ons zelfbeeld als een beschaafde samenleving vereist dat we een minimaal, en indien mogelijk een behoorlijk bestaansniveau garanderen aan de minder bevoorrechte leden van de samenleving. De wettelijke waarborg van bijstand voor werklozen is een belangrijke uitdrukking van dat zelfbeeld. Maar de precieze hoogte van de steun – hoe belangrijk ook voor de direct betrokkenen – kan niet worden bepaald op basis van zijn symboolwaarde alleen. Het 'dat' is wezenlijk; de exacte hoogte of grens is secundair en moet worden bepaald op grond van aanvullende argumentatie.

Vanuit het perspectief van symboolwerking zijn grenzen vaak arbitrair: een grens is nodig, maar waar is onduidelijk. Soms is dit anders; door een specifieke politiek-historische ontwikkeling heeft een grens dan zelf een symboolkarakter gekregen. Dat kan een goede grond zijn om die grens aan te houden. De grens zal dan doorgaans beter worden gerespecteerd, zodat een hellend vlak effectief kan worden vermeden. Het lijkt erop dat in veel westerse landen, inclusief Nederland, beperking van embryo-experimenten tot de eerste veertien dagen zo'n sterke symboolwaarde heeft gekregen.²⁹ Dit kan een goede grond zijn om die grens aan te houden, zelfs wanneer de oorspronkelijke argumenten om die specifieke grens te kiezen inmiddels als niet doorslaggevend worden gezien.

8. Tot slot

Wetgeving die handelingen met menselijke embryo's reguleert is dringend gewenst. We zijn het aan onszelf als beschaafd land verplicht om het respect voor embryonaal menselijk leven te waarborgen. De precieze inhoud van de wetgeving is echter – hoe vreemd dit ook mag klinken – alleen van secundair belang. Dit mag inderdaad vreemd klinken, maar een persoonlijke opmerking kan illustreren dat dit niet zo vreemd is. Vanaf 1988 houd ik me al bezig met de politieke, ethische en juridische aspecten van embryo-onderzoek. Ik heb een sterke overtuiging dat wetgeving nodig is; tegelijkertijd heb ik over de inhoud van die wetgeving veel minder sterke overtuigingen. In dit artikel heb ik enkele stellingen daarover naar voren gebracht, maar de tegengestelde posities acht ik eveneens verdedigbaar, zij het iets minder goed. Mijn indruk is dat een soortgelijke houding bestaat bij veel politici, ethici, juristen en onderzoekers. Die ambivalentie is niet het gevolg van gebrek aan kennis of inzicht. Het lijkt me dat zij alleen verklaard kan worden vanuit het feit dat bij wetgeving op dit terrein de symboolwerking op de voorgrond dient te staan. Daarom is het hoog tijd dat we daarvan de implicaties voor het project van embryo-wetgeving serieus nemen. □

26. Voor de verhouding tussen democratische discussie en theoretische reflectie, zie W. van der Burg (1991), *Het democratisch perspectief*, Arnhem: Gouda Quint, p. 131-139.

27. Een uitgebreide analyse van de taken van zo'n commissie geeft F.W.A. Brom (1994), 'Het toetsen van ethische bezwaren. De wette-

lijke regeling van biotechnologische handelingen bij dieren', in: W. van der Burg en P.C. Ippel, *De Siamese tweeling*, Assen: Van Gorcum, p. 155-172.

28. H.J.J. Leenen, *Handboek gezondheidsrecht*, p. 128; Te Braake, o.c., p. 84.

29. Deze grens is zelfs vastgelegd in een ont-

werp-conventie van de Raad van Europa: de Draft convention for the protection of human rights and dignity of the human being with regard to the application of biology and medicine (Bioethics Convention), Artikel 15.