

De Siamese tweeling

Recht en moraal in de biomedische praktijk

Redactie:
W. van der Burg
P. Ippel

Uitgave in samenwerking met het
Centrum voor Bio-ethiek en Gezondheidsrecht



1994
Van Gorcum, Assen

1 De twee-eenheid van recht en moraal

Filosofische begripsverheldering en terreinverkenning

Wibren van der Burg

1.1 Inleiding

In de Baby Ross-casus waarmee de inleiding tot dit boek begint, wordt duidelijk dat ethiek en recht op tal van manieren met elkaar verstrengeld zijn. Toch kunnen we het daarbij niet laten. Het kan in de praktijk van groot belang zijn of iets als een juridische norm moet worden beschouwd of als een morele norm. De medici en de geraadpleegde ethici vonden het in dit geval moreel verantwoord om niet tot een operatie over te gaan. Dat betekent evenwel nog niet dat het ook juridisch verantwoord is. Als het Hof had geoordeeld dat het handelen van de artsen in strijd was met het recht, dan had dit vergaande consequenties kunnen hebben voor de artsen in tuchtrechtelijke en strafrechtelijke zin. Het maakt dus wel degelijk uit of een norm 'slechts' een morele norm is of (ook) een juridische norm.

Er zijn nog tal van andere voorbeelden te vinden waar moraal en recht van elkaar verschillen en waar deze verschillen praktisch van belang zijn. Zo is volgens sommige ethici het verschil tussen actieve en passieve euthanasie moreel irrelevant, omdat het doel hetzelfde is. In de meeste landen is dit verschil juridisch echter wezenlijk en is het verschil tussen een gevangenisstraf en geheel vrijuit gaan. Hier lopen dus de categorieën en indelingen van recht en moraal niet parallel; in andere gevallen botsen ze direct. Begin jaren zeventig was in Nederland actieve euthanasie juridisch strafbaar, maar volgens velen soms moreel geboden. Hetgeen leidde tot diverse strafprocessen en uiteindelijk tot een verandering van het recht. Soms reguleert het recht waar geen duidelijke morele plicht lijkt te bestaan; hierbij kunnen we denken aan een groot deel van het bestuursrecht dat de gezondheidszorg ordent. Omgekeerd hebben morele normen vaak betrekking op zaken die niet door het recht geregeld (kunnen) worden. Abortus provocatus is in Nederland onder bepaalde voorwaarden legaal. Maar dat betekent niet dat abortus een moreel neutrale handeling is. Zo is het op zich legaal, maar ons inziens niet moreel verdedigbaar om een vrucht te aborteren alleen omdat deze kleurenblind is of flaporen heeft.

In dergelijke situaties is het van belang onderscheid te kunnen maken tussen morele en juridische normen. Daartoe moeten we eerst weten wat we onder moraal en wat onder recht verstaan. Dit is geen simpele vraag: over de definitie van 'recht' en van 'moraal' wordt in rechtsfilosofie en ethiek al eeuwen gediscussieerd, zonder dat er een werkelijk overtuigend antwoord is gekomen. Dat lijkt misschien vreemd. Het is toch volstrekt duidelijk dat een parkeerverbod een juri-

dische regel is en dat de norm 'Heb uw naaste lief gelijk uzelf' een morele norm is? Waarom is de definitie en met name de onderlinge afbakening van recht en moraal toch zo moeilijk? Daarvoor zijn ten minste drie oorzaken aan te wijzen. De eerste oorzaak is dat er een sterke overeenkomst is tussen recht en moraal. Het zijn allebei normstelsels die gericht zijn op het menselijk handelen; ze bevatten handelingsrichtlijnen. Deze richtlijnen zijn bovendien vaak (vrijwel) identiek. Diefstal, moord en bedrog zijn zowel in het recht als in de moraal verboden. Deze sterke gelijkenis vormt weliswaar een belangrijk praktisch probleem bij het bepalen van wat recht is en wat moraal, maar een principiële barrière hoeft het niet te zijn. Een eenige tweeling lijkt ook sterk op elkaar; niettemin kan men met enige moeite en oefening de beide kinderen leren onderscheiden. Dat recht en moraal deels inhoudelijk gelijke normen bevatten en gelijke kenmerken hebben, impliceert niet dat ze niet te onderscheiden zijn.

De tweede oorzaak voor het feit dat we moraal en recht moeilijk kunnen onderscheiden, is dat er veel twijfelgevallen bestaan. De meeste rechtssystemen erkennen gewoonterecht; met name in nog weinig ontwikkelde rechtssystemen heeft dit een belangrijke rol. Maar hoe kan men precies bepalen wanneer iets slechts een algemeen aanvaarde morele opvatting is en wanneer het als een rechtsregel moet worden beschouwd? Het volkenrecht is een tweede probleem. Kan iets als recht worden beschouwd, ook al is er geen gezaghebbende instantie die het afdwingt? Ook dicht bij huis kunnen we twijfelgevallen vinden. Is de Code voor de Dierenarts van de Koninklijke Nederlandse Maatschappij voor Diergeneeskunde recht, wanneer een dierenarts niet verplicht is lid te zijn van deze Maatschappij? Is een interne ethische code van een bedrijf recht? En is het in bepaalde situaties wettelijk voorgeschreven advies van een dierexperimentencommissie een moreel of een juridisch oordeel?

De derde oorzaak is de meest fundamentele. We kunnen recht en moraal moeilijk onderscheiden, omdat ze niet te scheiden zijn. In het recht wordt verwezen naar morele normen, via termen als 'goede trouw' en 'redelijkheid en billijkheid', of via open beginselen zoals grondrechten, die mede gestalte krijgen vanuit een ethische doordening. Omgekeerd is in onze moderne samenleving de moraal niet los te denken van het recht. De morele regel 'gij zult niet stelen' veronderstelt dat er een juridische constructie van eigendom is. In een samenleving die zo sterk gestructureerd is door het recht en door juridische categorieën, kan de moraal niet los van dat recht worden gezien. Hiermee is de probleemstelling van deze bijdrage gegeven. Hoe komen we tot goede algemene begripsomschrijvingen van recht en moraal, en hoe kunnen we op basis daarvan de verhouding tussen beide beschrijven?

1.2 Een onderscheidingscriterium tussen moraal en recht?

Een gangbare methode in de rechtsfilosofie om te komen tot een begripsbepaling van recht en van moraal is het zoeken naar een onderscheidingscriterium. Daarbij komt men dan tot definities die ruwweg de volgende vorm hebben: 'een norm is

recht, als het aan voorwaarden x en y voldoet en moraal als het daar niet aan voldoet, maar wel aan de voorwaarde z'. Men zou aldus het definieringsvraagstuk kunnen oplossen door simpelweg een dergelijk onderscheidingscriterium af te spreken als afbakening. Het probleem is dat er niet een dergelijk, algemeen aanvaard onderscheidingscriterium is. Of men een dergelijk criterium accepteert, en zo ja welk, is namelijk sterk bepaald door achterliggende visies op moraal en recht.

Een traditioneel gangbaar onderscheid is bijvoorbeeld dat het recht zich zou richten op het uiterlijk waarneembare handelen, terwijl de moraal zich richt op de intenties, de bedoelingen van de handelende persoon.¹ Dit onderscheid past goed in een christelijke, en met name in een protestantse moraalopvatting. Alleen God is in staat onze bedoelingen te doorgronden en alleen God heeft uiteindelijk het recht daarover te oordelen. De staat en het recht zijn nodig om te zorgen dat de mensen elkaar geen schade berokkenen; daartoe moet het recht zich richten op de waarneembare gedragingen.

Een doorslaggevend bezwaar tegen dit onderscheid is dat ethische theorieën die wel primair kijken naar de gevolgen, zoals het utilitarisme, volgens dit criterium niet tot de morele sfeer, maar tot de juridische sfeer worden gerekend. Ook in het recht, en met name in het strafrecht, wordt bovendien wel degelijk gekeken naar de intenties die iemand had. Het is zelfs de vraag of men een handeling wel adequaat kan beschrijven zonder naar de intenties te kijken, en of men een intentie kan beoordelen los van de beoogde en te verwachten gevolgen. Wanneer ik, als medische leek, de oprechte bedoeling heb om iemand met behulp van de medische encyclopedie van zijn blinde darm af te helpen, zullen de te verwachten nadelige gevolgen voor de patiënt bij de morele beoordeling wel degelijk meespelen.

Een tweede onderscheidingscriterium dat vaak wordt voorgesteld, is dat voor recht de aanwezigheid van officiële sancties en van staatsmacht essentieel zouden zijn, terwijl de moraal sanctieloze normen zou betreffen. Inderdaad is in veel gevallen - maar niet altijd - overtreding van juridische normen met strafrechtelijke of civielrechtelijke sancties verbonden, en staan er op overtredingen van morele normen doorgaans geen officiële sancties. Maar als algemeen onderscheid schiet het sanctiecriterium tekort. Volkenrecht wordt tot het recht gerekend, terwijl er slechts weinig organen zijn die het kunnen en willen handhaven, en deze organen zijn zeker niet als een 'superstaat' te karakteriseren. Sommige door de staat uitgevaardigde wetten kennen geen sancties. Intern verenigingsrecht is wel degelijk recht, terwijl het niet met de staat verbonden is en er vaak ook geen sancties voorzien zijn. Er is dus meer recht dan statelijk gesanctioneerd recht. En als afbakening van moraal is dit criterium ook al weinig bevredigend, omdat het zou inhouden dat een morele norm, zodra ze door de staat gesanctioneerd werd, geen morele norm meer zou zijn.

Naast deze twee criteria zijn er nog tal van andere voorgesteld, die we hier niet zullen behandelen. Al deze criteria blijken slechts gedeeltelijk houdbaar en

¹ Vgl. Radbruch 1973, 127-137. Voor een kritiek zie Shklar 1986, 39v.

slechts voor bepaalde typen recht en bepaalde typen moraal op te gaan. Sommige filosofen trekken hieruit de conclusie dat het zinloos is om een omschrijving van recht of van moraal op te stellen. Voor onze analyse zou dat echter weinig bevredigend zijn, want hoe zijn de feitelijke en wenselijke relaties tussen moraal en recht te beschrijven als beide elementen niet eerst afzonderlijk zijn bepaald?

Daarom zullen we voor een andere oplossing kiezen. Het lijkt beter om niet zozeer naar een onderscheidingscriterium te zoeken tussen moraal en recht, laat staan naar een scheidingscriterium. Juist als recht en moraal zo sterk met elkaar verweven zijn, is het niet verstandig theoretische definities te construeren die er toe leiden dat een norm hetzij tot het recht, hetzij tot de moraal behoort. Het formuleren van een onderscheidingscriterium zou hiertoe echter wel leiden. Dit be-
zwaar geldt niet voor het construeren van twee van elkaar onafhankelijke definities van 'moraal' en 'recht'. Als we recht en moraal elk apart definiëren, blijft het mogelijk dat morele en juridische normen soms samenvallen, soms kunnen bot-
sen en soms los van elkaar kunnen staan. We zijn dan in staat om zinvol de rela-
ties tussen moraal en recht te onderzoeken, zonder door onze definities de vraag-
stelling al te sturen in een bepaalde richting. Daarom moeten we op zoek naar af-
zonderlijke in de praktijk bruikbare definities van recht en van moraal, die niet te
veel verbonden zijn met specifieke filosofische posities en zo min mogelijk tot
dubieuze categoriserings leiden.

1.3 Recht

De inspiratie voor een bruikbare definitie van het recht kunnen we vinden bij de
Engelse rechtsfilosoof H.L.A. Hart. Volgens Hart kunnen we het recht zien als
een stelsel van primaire en secundaire regels.² Primaire regels zijn de inhoud-
lijke normen waarnaar de burgers zich moeten gedragen. Ook moraal kan wor-
den gezien als een stelsel van primaire normen. Het specifiek juridische wordt
echter gevormd door de secundaire normen. Deze normen zijn normen van de
tweede orde; ze zeggen iets over onze omgang met de primaire normen. Hart on-
derscheidt drie typen secundaire normen:

- 'rules of recognition', die bepalen welke primaire regels als recht worden er-
kend en welke niet (bijvoorbeeld: een wet moet via een voorgeschreven procedu-
re door regering en Staten-Generaal zijn goedgekeurd, wil de wet als recht gel-
den);
- 'rules of change', die bepalen hoe regels kunnen worden veranderd (bijvoor-
beeld: een rechtsnorm kan worden veranderd door de wetgever of door de rech-
ter onder bepaalde voorwaarden);
- 'rules of adjudication', die bepalen hoe een rechtsnorm moet worden toegepast,
met name in gevallen van conflict (bijvoorbeeld de regels in het Wetboek van
Strafvordering die bepalen hoe iemand die een strafbaar feit heeft begaan, kan
worden berecht).

² Hart 1961, 89v.

Tegen Harts opvattingen dat het recht een stelsel van regels is, zijn nogal wat be-
zwaren aan te voeren. Zo mist hij hierdoor de belangrijke rol die beginselen
en idealen in het recht spelen.³ Maar Harts visie op het recht kan in een bescheide-
ner vorm ons een minimale definitie van recht opleveren. Een normenstelsel is
dan als recht te beschouwen als het behalve uit primaire normen ook uit secun-
daire normen bestaat.⁴ Waaruit het naast regels nog meer bestaat, kunnen we
vooral nog in het midden laten.⁵ Dit brengt ons tot de volgende definitie:

*Recht is een stelsel van normen en waarden, dat zowel bestaat uit primaire nor-
men als uit secundaire normen: erkenningsregels, veranderingsregels en toep-
assingsregels.*

De voorgestelde definitie van recht gaat uit van een normenstelsel als geheel
en zegt niets over afzonderlijke normen en waarden. Dat betekent dat we aan de
hand van die definitie zelf nog niet kunnen bepalen of een concrete norm een juri-
dische norm is of niet. Dit is afhankelijk van de vraag of die norm volgens de er-
keningsregels van het rechtssysteem zelf als rechtsnorm moet worden be-
schouwd.⁶ De primaire en secundaire normen kunnen meer of minder uitgewerkt
en volledig zijn. In het interne recht van een vereniging zullen ze vaak slechts ru-
dimentair aanwezig zijn, terwijl het recht van een staat een heel ingewikkeld en
uitgewerkt systeem van primaire en secundaire normen omvat.

Met behulp van deze definitie kan men bijvoorbeeld aangeven wanneer een be-
drijfs-ethische code als recht kan worden beschouwd. Zodra deze code onder-
deel uitmaakt van een intern normenstelsel dat aangeeft hoe die code toegepast en
veranderd kan worden, en dat de normen als bindende normen voor de werkne-
mers van het bedrijf laat gelden, kunnen we het recht noemen, ook al is het nog
een rudimentaire vorm van recht.⁷ Zolang de ethische code echter nog een niet
verbindende aanbeveling is, die niet kan worden toegepast door bepaalde gezag-
hebbende organen en waarvoor ook niet een duidelijke wijzigingsprocedure is
voorzien, is het nog geen recht.

We hebben nu een minimumdefinitie van recht, maar daarmee hebben we nog
niet een compleet beeld van wat recht is en hoe het functioneert. Voor een com-

³ Vgl. Dworkin 1978, de hoofdstukken 2 en 3.

⁴ Vgl. over deze definitie ook Selznick 1969, 3v, die pleit voor een zwakke, minimale
definitie, die zo veel mogelijk insluit en dus een ruim bereik heeft. Voor een goed beeld van
recht wil hij deze definitie aanvullen met een 'strong concept', een begrip dat een veel
uitgewerkter beeld geeft van recht in een ontwikkelde vorm. In het construeren van zo'n
strong concept van recht spelen echter, zoals we hieronder zullen zien, achterliggende
filosofische posities een bepalende rol.

⁵ Onder normen verstaan we in dit verband zowel regels als beginselen en rechten. Daarnaast
kan een normenstelsel ook bestaan uit waarden, zoals deugden of idealen.

⁶ Of die erkenningsregels feitelijk bestaan (zoals Hart stelt) of dat ze - geheel of gedeeltelijk -
geconstrueerd worden (zoals Dworkin stelt) kunnen we hier in het midden laten.

⁷ Een consequentie van deze definitie is ook dat het recht niet aan de staat gebonden is, zodat er
op een bepaald grondgebied een groot aantal rechtssystemen naast elkaar kunnen bestaan. Zie
hierover Selznick 1969, 4v.

ten in het staatsrecht is sterker dan in het privaatrecht; we kunnen het staatsrecht echter niet goed begrijpen door van die specifieke grondrechtenoriëntatie te abstraheren. Sancties mogen dan geen algemeen kenmerk zijn van recht; in de praktijk kunnen we het functioneren van recht vaak niet goed begrijpen als we de verbinding met mogelijke sancties in de meeste rechtsgebieden buiten beschouwing laten.

Om werkelijk te kunnen bepalen wat de rol van het recht kan zijn op biomedisch terrein, moet men al deze kenmerken en eigenaardigheden in de analyse betrekken. Voor een goed begrip van het recht en van de verschillen tussen recht en moraal kan men niet volstaan met een minimale definitie of een abstracte kennis.

1.4 Moraal

Het definiëren van moraal is nog moeilijker dan het definiëren van recht. Er is een grote verscheidenheid aan visies op moraal: sommige leggen het accent op het juiste handelen, andere op de juiste levenshouding; sommige zijn gericht op algemene morele regels, principes en idealen, andere concentreren zich op concrete situaties en problemen. Sommige criteria die in definities van moraal voorkomen, hebben inhoudelijke implicaties. Universaliseerbaarheid (de eis dat morele normen geacht worden te gelden voor iedere persoon in vergelijkbare omstandigheden) wordt in veel ethische theorieën als definiërend kenmerk van moraal gezien, maar is tegelijk omstreken omdat het als normatieve eis onvoldoende recht zou doen aan de verschillen tussen concrete situaties. We kunnen hier dan ook niet anders doen dan uit deze veelheid proberen een minimumdefinitie van moraal te destilleren, die zo min mogelijk moraalopvattingen uitsluit:

Moraal is het geheel van normen en waarden die een persoon (of een groep) beschouwt als richtlijn voor het eigen handelen en waarvan de normen door deze persoon (of groep) universaliseerbaar en belangrijk worden geacht.¹⁰

Een uitgebreide verdediging van deze definitie zou hier te ver voeren; ter toelichting slechts het volgende. Behalve handelingsnormen kan een moraal ook waarden bevatten, zoals idealen en deugden. Ethische theorieën verschillen ondermeer in het gewicht dat ze aan elk van deze elementen toekennen: een aristotelische benadering legt de nadruk op deugden, terwijl utilitaristische en kantiaanse theorieën de nadruk op handelingsnormen en plichten leggen. De universaliseerbaarheidspretentie houdt niet in dat normen ook feitelijk universeel aanvaard moeten worden - dat zou natuurlijk volstrekt irrealistisch zijn. Maar het houdt wel in dat iemand moet menen dat de normen die voor haar gelden ook voor anderen in vergelijkbare situaties gelden. Deze eis is nodig om moraal af te bakenen tegen puur op eigenbelang gebaseerde normen: ik kan niet willen dat alle mensen de norm 'je mag stelen wanneer je dat uitkomt' als richtlijn voor hun handelen nemen.

pleet beeld moeten we ook kijken naar het recht in een ontwikkelde vorm en naar het concrete recht waar we in geïnteresseerd zijn. Recht bestaat, net als moraal, primair uit handelingsrichtlijnen. Lon L. Fuller heeft erop gewezen dat een rechtssysteem, wil het effectief het handelen van de rechtsgenoten reguleren, aan een aantal voorwaarden moet voldoen.⁸ Het gaat hier om voorwaarden die belangrijke inhoudelijke implicaties hebben voor het recht. Deze acht voorwaarden worden ook wel principes van legaliteit genoemd.

Een eerste voorwaarde is dat de richtlijnen van het recht een zekere algemeenheid moeten hebben. Een recht dat alleen uit zeer concrete handelingsaanwijzingen voor concrete personen bestaat, zou zo complex worden dat het onhanterbaar wordt.⁹ Het recht moet bovendien bekendgemaakt zijn. Een burger die niet weet dat er een wet is die verbiedt om harder dan 120 km per uur te rijden, zal zich ook niet door die wet laten leiden. Een wet mag verder geen terugwerkende kracht hebben. Ik kan mij alleen laten leiden door wetten die op het moment dat ik moet handelen reeds gelden. Een vierde voorwaarde is dat wetten helder moeten zijn; anders is onduidelijk waaraan men zich moet houden. De wetten mogen verder niet tegenstrijdig zijn en ze mogen niet het onmogelijke eisen. Wetten moeten ook een zekere duurzaamheid in de tijd hebben; wetten die dagelijks veranderen, maken de burger hoordol. De laatste voorwaarde van Fuller is dat er een congruentie moet zijn tussen de officiële regels en de manier waarop ze in de praktijk door gezagsdragers worden uitgevoerd.

Het recht kan in meerdere en mindere mate aan deze voorwaarden voldoen. Zo is het duidelijk dat het adagium 'iedere burger wordt geacht de wet te kennen' in onze moderne samenleving niet op kan gaan: volledige bekendheid van alle burgers met alle wetten is een illusie. Ook helderheid en algemeenheid zijn kenmerken die soms sterker en soms minder sterk aanwezig zijn. Volgens Fuller is het ideaal van het recht gelegen in het volledig realiseren van deze legaliteitsprincipes, maar is het tegelijk duidelijk dat dit in de praktijk onmogelijk is. We zullen dus altijd genoeg moeten nemen met een gedeeltelijke realisering van deze streefnormen. Tegelijk is een minimale verwezenlijking noodzakelijk, om het recht überhaupt te kunnen laten functioneren.

Naast deze acht kenmerken die in andere formuleringen ook bij andere auteurs te vinden zijn, zijn er natuurlijk ook nog tal van kenmerken die specifiek zijn voor bepaalde vormen en ontwikkelingsstadia van het recht. Het zijn deze specifieke kenmerken die een concreet rechtssysteem maken tot wat het is. Kennis van een minimale definitie of van algemene beginselen van legaliteit is noodzakelijk om iets van recht te begrijpen. Maar een volledig begrip van recht krijgt men eerst door een concreet rechtssysteem te bestuderen zoals het in de context van de samenleving functioneert.

Juist omdat de kenmerken zo specifiek zijn, heeft een algemene opsomming weinig zin. Vaak verschillen ze ook per rechtsgebied. De oriëntatie op grondrecht

⁸ Fuller 1978.

⁹ Een puur casuïstisch recht is dus - mogelijk in tegenstelling tot een casuïstische moraal - niet goed mogelijk; Gesetzgebung für den Einzelfall is een juridisch schrikbeeld.

¹⁰ Vgl. over het definitieprobleem Wallace en Walker 1970. Introduction; Van Willigenburg et al. 1993, 12v. In onderscheid met 'moraal' gebruiken we de term 'ethiek' voor de systematische reflectie op moraal.

men. Het vereiste dat men de norm belangrijk acht, kan dienen om moraal af te bakenen tegen etiquette-regels of gewoonteregels.

Hiermee hebben we een minimale definitie van moraal, die zoveel mogelijk moraalopvattingen binnensluit. Maar waar het in de moraal werkelijk om gaat, blijft onduidelijk. Net als bij het recht moeten we voor een werkelijk begrip van de moraal dus verder gaan dan alleen de minimale definitie. Moraal is niet een willekeurige verzameling normen: ze hebben een bepaald doel. Over wat dat doel is, verschillen de ethische theorieën; daarom is het niet goed mogelijk om dat doel in een minimale definitie op te nemen. Maar tegelijkertijd kunnen we het verschijnsel moraal niet goed begrijpen los van de inhoud van de normen, die gerechtvaardigd kunnen worden door bepaalde doelen.

De meest gangbare bepaling van dat doel is gegeven door G.J. Warnock: de moraal dient ertoe om 'the human predicament' te verbeteren. Het doel van de moraal is dan gelegen in het verbeteren (of het tegengaan van verslechtering) van de menselijke samenleving. In de moraal gaat het om het welzijn (in ruime zin) van andere mensen, om hun geluk, hun integriteit. In het licht van de recente verschuivingen in het westerse denken kunnen we dit verruimen door ook dieren en de natuur in de kring van morele aandacht te betrekken.

Deze doelomschrijving is nog vrij vaag en kan in deze context ook niet anders dan vaag zijn, omdat er zoveel verschillende moraalopvattingen zijn, die bovendien voortdurend in ontwikkeling zijn. Naast dit algemene doel kan een moraal nog andere doelen omvatten, zoals persoonlijke levensidealen of gemeenschappelijke waarden van een samenleving. Iemand kan bijvoorbeeld als doel hebben om, gezien haar talenten, een grote bijdrage te leveren aan de wetenschappelijke vooruitgang, of aan een goede maatschappelijke omgang met wetenschap en technologie. Een dergelijk persoonlijk ideaal is een waarde die meebepalend is voor iemands morele opvattingen als geheel en voor het belang dat daarbinnen aan verschillende normen en waarden wordt gehecht, zoals aan intellectuele integriteit. Een samenleving kan een democratisch ideaal als waarde aanvaarden en daaraan een bepaalde invulling geven, die anders is dan de invulling die in andere samenlevingen daaraan wordt gegeven.

H.L.A. Hart heeft een belangrijk onderscheid gemaakt in twee typen moraal. We kunnen spreken van de moraal die een persoon of een groep feitelijk aanvaardt als de 'positieve moraal'. Maar tegelijk weten we dat die feitelijk aanvaarde moraal op tal van punten bekritiseerbaar is, niet volmaakt is. Voor de kritiek die een buitenstaander kan leveren op iemands positieve moraal, wordt een beroep gedaan op de 'kritische moraal', als het ware de ideale moraal die eigenlijk zou moeten gelden. Zo kunnen we constateren dat in de positieve moraal van vroegere samenlevingen slavernij was toegestaan; met behulp van een kritische moraal kunnen we hierop kritiek leveren.

Nu is het natuurlijk niet eenvoudig om te bepalen wat die kritische moraal eigenlijk is. De idee mag begrijpelijk zijn, maar de concretisering ervan niet, omdat we nu eenmaal niet beschikken over een voor alle tijden gegeven universeel geldig overzicht van morele normen en waarden. In feite kunnen we allerlei normatief-ethische theorieën, zoals utilitarisme of kantianisme, als voorstellen zien

voor een kritische moraal. Ethiek en kritische moraal zijn hier niet goed van elkaar te scheiden.¹¹ We kunnen niet anders dan uitgaan van onze (beperkte en voorlopige) opvattingen over hoe die kritische moraal eruit zou moeten zien. Niettemin blijft het verhelderend om het onderscheid te maken tussen deze twee typen moraal. We kunnen bijvoorbeeld beschrijven hoe in de positieve moraal een samenleving het democratie-ideaal invult en tegelijk vanuit (onze opvatting van) de kritische moraal daarop kritiek leveren. Bij discussies over de verhouding tussen moraal en recht is het essentieel om te weten of het gaat over de verhouding tussen die positieve moraal en het recht of tussen de kritische moraal en het recht. Als de wetgever of de rechter moet beoordelen of bepaald gedrag moreel verwerpelijk is, is het wezenlijk om na te gaan of het uitgangspunt de positieve of de kritische moraal is.¹²

Voor de verhouding tussen positieve en kritische moraal geldt hetzelfde als voor die tussen moraal en recht: ze kunnen niet simpelweg van elkaar afgebaard worden. De verhouding tussen positieve en kritische moraal is een dialectische. Enerzijds is in de positieve moraal van onze samenleving de pretentie ingebouwd dat het een ten overstaan van allen verdedigbare moraal is; dit zorgt ervoor dat in de positieve moraal altijd een streven aanwezig is in de richting van een kritische moraal. Het vermogen tot kritische reflectie en aanpassing aan veranderende inzichten in het licht van een kritische moraal is een essentieel onderdeel van de positieve moraal. Omgekeerd worden onze opvattingen over de kritische moraal mede bepaald aan de hand van de positieve moraal van de samenleving waarin we leven; we kunnen ons daar nooit geheel uit losmaken.

1.5 De feitelijke verhouding tussen recht en moraal

Nu we minimale definities en begripsbepalingen hebben van recht en moraal, kunnen we ons richten op de centrale vraagstelling van dit boek: de verhouding tussen beide. Daarbij gaat het in deze bijdrage om een descriptieve analyse: hoe is de verhouding feitelijk? en niet om een normatieve analyse: hoe zou de verhouding moeten zijn? Vragen over de verhouding tussen het recht en de moraal zijn te algemeen als uitgangspunt voor een zinvolle analyse. Als antwoorden zullen we vermoedelijk niet verder komen dan trivialiteiten als 'het recht heeft altijd een zekere openheid naar de moraal, maar houdt tevens een relatief zelfstandige positie'. De vragen worden pas werkelijk interessant, als we kijken naar concrete problemen in specifieke rechtsgebieden. We hebben het dan over vragen als: hoe verhouden de morele opvattingen van artsen ten aanzien van informed consent zich tot de juridische dogmatiek; zijn deze ook veranderd als gevolg van de juri-

¹¹ Overigens omvat ethiek als wetenschappelijke discipline meer dan voorstellen voor een kritische moraal; naast normatieve ethiek en reflectie op ethische theorieën en moraal houdt de ethiek zich ook bezig met ondermeer meta-ethiek en descriptieve ethiek.

¹² Vgl. het beroemde debat over het Britse Wolfenden-rapport over de strafbaarstelling van homoseksualiteit en prostitutie, met name het artikel van Hart 1977 hierover.

dische ontwikkelingen of is juist omgekeerd het recht veranderd onder invloed van de morele opvattingen van artsen?

Maar hierbij stuiten we op een fundamenteel probleem. Want om te bepalen hoe de verhouding is, moeten we eerst bepalen wat allemaal precies tot het recht en tot de moraal behoort. Met name wanneer grondrechten in het geding zijn, is er vaak in de praktijk nauwelijks verschil te zien tussen de juridische en de morele argumentatie. Is bijvoorbeeld het 'zelfbeschikkingsrecht' een juridisch recht, een juridisch beginsel, een moreel beginsel, of slechts een moreel ideaal? Voor het antwoord op eerdergenoemde vraag rond informed consent is dit van groot belang: als het alleen een moreel beginsel of ideaal is, wordt namelijk in het gezondheidsrecht via een beroep op dit zelfbeschikkingsrecht veelvuldig een beroep gedaan op morele argumentaties.

Met onze definities hebben we alleen de mogelijkheid om te bepalen of een normenstelsel als geheel recht of moraal is. Maar deze definities geven geen antwoord op de vraag of een concrete norm deel uitmaakt van een van beide of zelfs van beide stelsels. Het zelfbeschikkingsrecht bijvoorbeeld is typisch een norm die zowel deel uit kan maken van het recht als van de moraal. Maar bij strikte, rechtspositivistische opvattingen van het recht is het twijfelachtig of het een juridische norm is. Het zelfbeschikkingsrecht is namelijk als zodanig nergens in de wet vastgelegd. Sommige gezondheidsjuristen beschouwen het echter als de 'in het recht besloten' grondslag voor bepaalde wel geformuleerde grondrechten, zoals de bescherming van de persoonlijke levenssfeer.¹³

We moeten voor het bestuderen van de verhouding tussen moraal en recht dus een preciezer begrip hebben van recht en van moraal. We zullen beginnen met het recht. De vraag is welke modellen van recht we hanteren en hoe we het recht begrenzen. In het bijzonder is daarbij de vraag uit welke elementen het recht wordt opgebouwd van belang. Zien we het recht in hoofdzaak als een verzameling van regels en concrete (rechterlijke) beslissingen of zien we het recht als mede gevormd door beginselen en idealen? Van de beantwoording van deze vraag hangt af hoe we vanuit een juridisch perspectief de verhouding tussen recht en moraal zien.

Als we het recht met de rechtspositivist Hart beschouwen als een verzameling van min of meer algemene regels en beslissingen, is het recht redelijk scherp afgebakend van de moraal. De moraal kan in deze visie in hoofdzaak op drie manieren het recht beïnvloeden. Allereerst is dit natuurlijk het geval wanneer de wetgever op basis van (veranderende) morele opvattingen met een wet komt waarin nieuwe regels worden vastgelegd. Een voorbeeld hiervan is de Gezondheids- en welzijnswet voor dieren.¹⁴ De tweede mogelijkheid is dat de rechter meent dat de bestaande verzameling regels geen eenduidige oplossing geeft voor een nieuw probleem, bijvoorbeeld voor de vraag of een draagmoederscontract juridisch geldig is. In zo'n geval kan de rechter de lacune in het recht opvullen met

een beroep op morele opvattingen van zichzelf of van de bevolking of met een beroep op de kritische moraal. De derde mogelijkheid ten slotte is dat in de regels vage open termen worden gebruikt, die impliciet of expliciet verwijzen naar morele opvattingen, zoals 'goede trouw', 'redelijkheid en billijkheid' of 'de zorg van een goed hulpverlener'. De invulling van deze vage open termen vereist een beroep op morele opvattingen, waarbij het accent kan liggen hetzij op de positieve moraal van de gemiddelde burger, hetzij op een kritische moraal.¹⁵ Een voorbeeld van de eerste benadering is de in de Engelse literatuur gangbare verwijzing naar het oordeel van 'the man in the jury-box' of 'the man in the Clapham omnibus'. Een voorbeeld van de tweede is de manier waarop in Nederland 'de medische ethiek' als een autoriteit ook in het recht wordt gebruikt, waarbij niet wordt bedoeld een verwijzing naar opiniepeilingen over wat de gewone burger vindt, maar een verwijzing naar overtuigingen binnen de desbetreffende wetenschappelijke discipline.¹⁶ Maar hoe dat beroep op morele overwegingen precies geschiedt, hangt ook weer af van de achterliggende visie op het recht. Een rechtspositivist zal dit meestal zo minimaal mogelijk proberen te doen, omdat hij daarmee de vaste grond verlaat van het positieve recht. Natuurrechtsdenkers of constructivisten in de trant van Ronald Dworkin zullen bij de invulling van open termen veel directer en zichtbaarder verwijzen naar morele opvattingen. Binnen een regelgericht model van het recht zal de moraal dus slechts op zeer specifieke manieren het recht doordringen: via nieuwe wetgeving, via jurisprudentie in moeilijke gevallen, via invulling van open termen.

Anders ligt het in een model waarin principes en idealen als wezenlijke onderdelen van het recht worden erkend. Veel beginselen en idealen kunnen namelijk worden beschouwd als gemeenschappelijk aan recht en moraal: grondrechten en een democratisch ideaal maken zowel deel uit van het recht als van de meeste morele opvattingen. Dergelijke beginselen en idealen vormen daarom een brug tussen recht en moraal; het morele debat over de reikwijdte van het morele recht op privacy is vrijwel rechtstreeks in juridische termen te vertalen. Omgekeerd vormt de jurisprudentie en juridische literatuur over informed consent een belangrijke bron voor ethici voor het aanscherpen van hun theorieën over informed consent. Ronald Dworkin, een van de belangrijkste pleitbezorgers voor erkenning van principes en idealen in het recht, spreekt dan ook van een fusie tussen morele en juridische theorieën.

In principegerichte en ideaalgerichte modellen van het recht komt de moraal vooral binnen via het hart van het recht, de fundamentele beginselen en idealen die aan het hele recht ten grondslag liggen. Voor een goede interpretatie van rechtsbeginselen en voor een bepaling van de kracht van die beginselen bij conflict met een ander beginsel of een regel, kan het recht niet volstaan met het antwoord in het recht zelf te zoeken. Een beroep op algemene morele theorieën is daarvoor onmisbaar. Door erkenning van idealen - waarden die nooit geheel te

¹⁵ In de praktijk zijn het meestal mengvormen. Voor een mooi voorbeeld zie hoofdstuk 9.

¹⁶ Vgl. de manier waarop in de Baby Ross-casus ook in de juridische procedure de opvattingen van medisch-ethici als rechtvaardiging werden gebruikt.

¹³ Vgl. Leenen 1988, 20v. Zie ook de hoofdstukken 11 en 12 van dit boek.

¹⁴ Zie hoofdstuk 9 van dit boek.

daarentegen in de moraal de nadruk op bepaalde persoonlijke deugden of zelfs op een mensenleven omspannende projecten, dan is de koppeling met het recht veel moeilijker. Een ethische analyse over de deugd van rechtvaardigheid laat zich niet rechtstreeks vertalen naar een juridische regeling voor het probleem van wachtljsten in de gezondheidszorg.

Met deze verschillen tussen deugdehikken en regelethieken is een tweede verschil verwant. Sommige moraalopvattingen richten zich primair op de 'smalle' moraal, die regels omvat die noodzakelijk zijn om mensen vreedzaam met elkaar te laten samenleven. Daarbij gaat het om normen als 'niet doden' en 'niet stelen'. Een 'brede' moraal bevat veel meer; ze biedt een alomvattend kader om te bepalen wat een goed leven is. In een smalle moraal is het niet van belang op wat voor manier iemand haar seksualiteit beleeft, en of zij de hele avond voor de televisie zit of vrijwilligerswerk verricht. In een brede moraal is dit allemaal juist wel van belang. Een smalle moraal nu laat zich vrij eenvoudig vertalen in het recht, een brede moraal veel minder. In het recht gaat het volgens gangbare liberaal-democratische opvattingen vooral om minimumnormen (de smalle moraal), die niet de burgers of de samenleving tot een volmaakt leven moeten bewegen, maar slechts zorgen dat de samenleving redelijk soepel functioneert zonder dat er slachtoffers vallen.

1.6 De historische ontwikkeling van de verhouding

De visie op de verhouding tussen moraal en recht hangt dus af van de achterliggende visies op recht en op moraal, met behulp waarvan men recht en moraal construeert. Daarbij zorgt de juridische en morele werkelijkheid wel degelijk voor een grove richtingbepaling, maar achterliggende rechtsfilosofische en ethische posities blijven ook bij de descriptieve analyse een belangrijke rol spelen. De analyse zal bovendien verschillen per tijd, per rechtssysteem, en zelfs per rechtsgebied. Daarom is het goed om nu een historisch perspectief in te nemen.

In oudere rechtssstelsels, zoals het vroeg-Romeinse recht of het middeleeuwse recht, bestaat een sterke verwevenheid van recht, moraal en politiek. In de loop der tijden vindt er binnen dit complexe normenstelsel van recht, moraal en politiek echter een zekere differentiëring plaats. In Nederland bereikt deze een hoogtepunt in de negentiende eeuw. Dat is de tijd waarin de grote codificaties tot stand komen, zoals het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Door deze schriftelijke vastlegging (positivering) van het recht, zowel van het materiële als van het procedurele recht, wordt het recht een in hoge mate autonoom systeem. Verwijzingen naar de moraal zijn bijna niet meer nodig, omdat de wetboeken een vrijwel compleet systeem van rechtsregels geacht worden te bevatten. Beïnvloeding door de politiek is ook minder eenvoudig, omdat de onafhankelijke rechterlijke macht in vastgelegde procedures volgens vastgelegde regels kan beslissen. In een dergelijke context is een sterk rechtspositivistisch model van recht als verzameling regels en rechterlijke beslissingen redelijk geschikt om de rechtswerkelijkheid te vatten.

realiseren zijn, maar wel nagestreefd behoren te worden¹⁷ - incorporeert het recht in zichzelf een kritische maatstaf die steeds weer opnieuw invulling vereist in het licht van veranderende morele opvattingen.

De conclusie van het voorgaande is dat een neutrale analyse van de verhouding tussen moraal en recht, los van modellen van het recht, onmogelijk is. Men zou nu kunnen tegenwerpen dat de vraag welk model het beste is, te bepalen valt door een toetsing aan de feiten, zoals ook de waarheid van een natuurwetenschappelijke theorie getoetst kan worden aan de feiten. Helaas gaat deze tegenwerping niet geheel op. De feiten waar het in een model van recht om gaat, hebben namelijk een bijzonder karakter. Rechtsregels of rechtsbeginselen zijn niet aanwijsbaar in de werkelijkheid zoals de fysieke zaken en eigenschappen die door de natuurwetenschappen worden bestudeerd. Aanwijsbaar zijn slechts wetten, jurisprudentie en andere rechtsbronnen, maar die zijn niet het recht - ze vormen slechts de basis waaruit regels en beginselen kunnen worden geconstrueerd.

Het recht is niet een puur feitelijk normenstelsel, maar wordt door mensen geconstrueerd.¹⁸ Hoe mensen dit rechtssysteem construeren, is natuurlijk niet geheel willekeurig. Men kan er niet omheen dat in het geldende Nederlandse recht open termen een belangrijke rol spelen, dat in veel wetten regels worden geformuleerd en dat beginselen in toenemende mate worden erkend. In die zin houdt de rechtswerkelijkheid ergens het midden tussen de beide hierboven geschatte modellen. Maar waar precies dat midden is en hoe men van al die losse elementen een geheel, een rechtssysteem construeert, wordt niet volledig bepaald door de feiten. Men kan bijvoorbeeld beginselen van behoorlijk bestuur beschouwen als zich langzaam uitkristalliserende regels, maar ook als niet helemaal tot regels te reduceren principes die in het recht een openheid naar de moraal bewerkstelligen. Men kan de gelijkheidsnorm van artikel 1 van de Grondwet zien als een regulatief ideaal, als een beginsel, of als een regel met extreem open termen. Er blijft dus ook bij een beschrijving van het geldende recht altijd een moment van constructie dat niet wordt gededetermineerd door feiten, maar afhankelijk is van achterliggende rechtsfilosofische posities.

Voor de moraal geldt iets vergelijkbaars als voor het recht. Hoe men de verhouding moraal-recht ziet, hangt af van de moraalopvatting waar men vanuit gaat. Als men in de moraal de nadruk legt op bepaalde regels voor het handelen, dus een regeletheik hanteert - zoals bijvoorbeeld in bepaalde varianten van het utilitarisme en het kantianisme - zijn er veel parallellen en verbanden tussen recht en ethiek. Morele argumenten met betrekking tot de rechtvaardiging van euthanasie zijn dan vrij eenvoudig in juridische termen vertaalbaar. Een dergelijke regeletheik heeft dan ook grote praktische relevantie voor het recht. Legt men

¹⁷ Van der Burg 1991, 29.

¹⁸ Met deze uitspraak gaan we toch uit van een bepaalde visie op het recht, namelijk een constructivistische. Er valt aan een dergelijke stellingname niet te ontkomen: een constructivistische benadering past ons inziens het beste bij de feiten en is bovendien ook vanuit normatief gezichtspunt het aantrekkelijkste. Zie daarover Dworkin 1978 en Van der Burg 1991.

In de loop van deze eeuw verandert dat. Het recht wendt zich weer meer naar de samenleving toe. Enerzijds betekent dit dat het meer open komt te staan voor sociale noden (denk aan het arbeidsrecht en het huurrecht) en voor maatschappelijke en morele ontwikkelingen. Het sterk autonome recht wordt een meer responsief recht.¹⁹ Anderzijds wordt het ook steeds meer een beleidsinstrument in handen van de overheid die in de moderne verzorgingsstaat de taak op zich neemt om het maatschappelijk leven te kunnen beheersen. Deze tweepoligheid van het recht, responsiviteit en instrumentaliteit, tegen de achtergrond van een relatieve autonomie, is een belangrijk kenmerk van het moderne recht.

Deze ontwikkeling is niet voor elk rechtsgebied gelijk verlopen. Een traditioneel rechtsgebied als het strafrecht, dat gebaseerd is op een verticale verhouding van overheid en burger en mede een doelstelling van sociale controle kent, bestaat uit een uitgewerkt systeem van zorgvuldig geformuleerde juridische regels; de rol van open termen (en de daarmee verbonden invloed van de moraal) is daar relatief gering. In sommige delen van het civiel recht spelen open termen een grotere rol, zoals ook in het Nieuw Burgerlijk Wetboek duidelijk blijkt. Met name in sterk in ontwikkeling zijnde rechtsgebieden zoals het gezondheidsrecht wordt bij de rechtsontwikkeling een groot beroep op beginselen en idealen gedaan. Men kan daarom spreken van een sterke moralisering van het recht in deze gebieden.²⁰

Wil men werkelijk greep krijgen op de verhouding tussen moraal en recht, dan zal men dus (binnen een historisch perspectief) onderscheid moeten maken tussen rechtsgebieden. Binnen die rechtsgebieden zijn vaak weer verdere differentiaties nodig. Dit is goed te illustreren aan de hand van het biomedisch gebied. Het recht dat betrekking heeft op problemen op biomedisch terrein is een amalgam van verschillende rechtsgebieden zoals civielrecht, strafrecht, bestuursrecht en tuchtrecht. Elk van deze rechtsgebieden heeft zijn eigen model van recht en ook zijn eigen verhouding tot morele normen. Open termen in het civielrecht, dat in principe uitgaat van gelijkheid van partijen, functioneren anders dan in het strafrecht waar een sterke ongelijkheid tussen verdachte en Openbaar Ministerie bestaat, of in het medisch tuchtrecht dat voortkomt uit een zelfregulering door beroepsgeenoten. Al deze tradities komen samen in het biomedisch recht. Voor een goed begrip van dit recht is het daarom nodig om elk van de constituerende tradities afzonderlijk te verkennen door middel van een interne rechtsvergelijking.

Ook voor de positieve moraal is het zinvol de achter ons liggende ontwikkeling te analyseren. Hierbij vallen termen als ontzuiling en secularisatie; een toenemende nadruk op autonomie en rechten en in samenhang daarmee in de richting van een smalle moraal, zijn al bij vrij oppervlakkige kennismaking zichtbaar. Dat brengt ook een andere visie op het recht met zich mee. Waar het aan het begin van deze eeuw nog acceptabel geacht werd christelijke opvattingen van een brede moraal inzake seksualiteit, euthanasie en abortus door de strafwet af te

dwingen, is dat (althans in Nederland) tegenwoordig niet meer aanvaardbaar.

Ook hierbij moet overigens weer gewaakt worden voor te simpele generalisaties en moet onderscheid gemaakt worden tussen verschillende velden en thema's. Dat homoseksualiteit strafbaar moet zijn, zal tegenwoordig bijna niemand meer beweren. Maar een beroep op traditionele morele normen lijkt nog wel degelijk een rol te spelen in kwesties als de toegankelijkheid van donorinseminatie voor lesbische paren. En bij sommige kwesties is volgens veel ethici een beroep op bepaalde opvattingen van een brede moraal onvermijdelijk, bijvoorbeeld bij vragen rond milieuzorg of experimenten met embryo's. In het eerste voorbeeld kan men zich niet neutraal opstellen ten aanzien van vragen met betrekking tot wat een aanvaardbare en duurzame levensstijl is; bij het tweede komen fundamentele vragen, zoals wanneer een embryo als een menselijke persoon moet worden beschouwd, onvermijdelijk aan de orde.

1.7 Tot slot

Deze bijdrage beoogt een eerste begripsbepaling van moraal en recht op biomedisch terrein en met name een analyse van hun onderlinge verhouding te geven. Een omvattend overzicht is in dit beperkte bestek alleen al praktisch gezien niet mogelijk, omdat de problematiek en de ontwikkelingen daarin veel te divers en complex zijn. Het grootste probleem is echter dat achterliggende ethische en rechtsfilosofische posities niet alleen onze visie bepalen over hoe recht en moraal zich zouden moeten verhouden, maar ook onze analyse van hoe ze zich feitelijk verhouden. Bovendien doet een algemene analyse onvoldoende recht aan de grote verscheidenheid in verschillende rechtsgebieden en deelgebieden van het biomedisch recht liggen de verhoudingen verschillend.

De verhouding tussen moraal en recht leent zich dus niet voor simpele en algemene antwoorden. Maar dat betekent niet dat ze niet zinvol bestudeerd kan worden. Alleen moet dat 'van onderaf' gebeuren, door concrete studies en niet door abstracte filosofische analyses. In de hoop dat uit de verzameling van dergelijke detailstudies hier en daar geleidelijk aan toch wat algemenere conclusies duidelijk worden.

Literatuur

- Burg, W. van der (1991). *Het democratisch perspectief. Een verkenning van de normatieve grondslagen der democratie*, (diss. Utrecht) Arnhem: Gouda Quint.
- Dworkin, R. (1978), *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Fuller, L.L. (1978), *The Morality of Law*, New Haven: Yale University Press.
- Habermas, J. (1988), *Recht en Moraal*, Kampen: Kok Agora.
- Hart, H.L.A. (1961), *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon.

¹⁹ Vgl. Nonet and Selznick 1978.

²⁰ Met moralisering van het recht wordt hier - zonder pejoratieve bijbetekenis - bedoeld de sterke doorwerking van moraal in het recht.

- Hart, H.L.A. (1977), 'Immorality and Treason', in: R. Dworkin (ed.), *The Philosophy of Law*, Oxford: University Press, 83-88.
- Hirsch Ballin, E.M.H. (1984), 'Over het leven beschikken', *Rechtstheorie en Rechtsfilosofie* (1984), 182-184.
- Leenen, H.J.J. (1988), *Handboek gezondheidsrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom.
- Nonet, P. en P. Selznick (1978), *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, New York: Harper & Row.
- Radbruch, G. (1973), *Rechtsphilosophie*. (8ste Aufl., Hrsg. von E. Wolf und H.-P. Schneider) Stuttgart: K.F. Koehler.
- Selznick, P. (1969), *Law, Society and Industrial Justice*, New York: Russell Sage Foundation.
- Shklar, J.N. (1986), *Legalism: Law, Morals, and Political Trials*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Wallace, G. and A.D.M. Walker (1970), *The Definition of Morality*, London: Methuen.
- Warnock, G.J. (1971), *The Object of Morality*, London: Methuen.
- Willigenburg, T. van, et al. (1993), *Ethiek in praktijk*, Assen: Van Gorcum.

2 Gezondheidsrecht en gezondheidsethiek

De geboorte van een Siamese tweeling

Pieter Ippel

2.1 Inleiding

In het voorjaar van 1992 vierde de Vereniging voor Gezondheidsrecht haar vijftienvigtiigjarige bestaan met een groot congres. Het is een bloeiende vereniging met honderden leden en drukbezochte vergaderingen. Sinds 1977 verschijnt een eigen tijdschrift. Hoewel soms geklaagd wordt over de te geringe formatie bij universitaire vakgroepen is het gezondheidsrecht zowel in juridische als in medische faculteiten een geaccepteerd vak.

In het najaar van 1992 vond de oprichtingsvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Bio-ethiek plaats. Enkele jaren eerder ontstonden de eerste universitaire onderzoeksinstituten voor bio-ethiek en kwam een speciaal vakblad voor gezondheidsethiek op de markt.

Deze data en de volgorde daarvan suggereren dat de institutionalisering van de ethiek die zich bezighoudt met de gezondheidszorg pas plaatsvond nadat het gezondheidsrecht zich als vakgebied al had ontplooid. Men zou kunnen vermoeden dat de gezondheidsethiek pas gestalte kreeg nadat en omdat het gezondheidsrecht bepaalde normatieve vragen liet liggen. De ethiek lijkt zo de bezemwagen van het recht te zijn.

Zoals uit verschillende bijdragen in dit boek blijkt, is het verband tussen ethiek en recht op dit terrein ingewikkelder, zowel inhoudelijk als historisch gezien. De bedoeling van deze bijdrage is om een korte terugblik, reconstructie en interpretatie te geven van ontstaan en ontwikkeling van het gezondheidsrecht en de gezondheidsethiek als afzonderlijke vakgebieden. Speciale aandacht zal uitgaan naar de vraag hoe de verhouding tussen deze disciplines, en daarmee de relatie van recht en moraal, moet worden gezien. Deze vraag is met name interessant omdat door gezondheidsjuristen het thema van de verhouding tussen positief recht en rechtsbeginselen - met in ieder geval een morele connotatie - hoog op de agenda is gezet, hoger dan in andere rechtsgebieden gebruikelijk is.

2.2 De groei van het gezondheidsrecht

De term gezondheidsrecht werd voor het eerst in de jaren vijftig gebruikt. Pas in de jaren zeventig en tachtig echter werd het begrip algemeen gangbaar. Ruim omschreven kan men alle rechtsregels die verband houden met de gezondheidszorg