

# STANDPUNTEN EN KANTTEKENINGEN

## (STRAF)RECHT EN ETHIEK

*Erik Claes*<sup>1</sup>

### 1. Inleiding

1. Tot op heden leeft er in de meeste democratieën nog steeds de overtuiging dat de praktijken waaraan haar burgers dagelijks deelnemen, doorkruist en opgedeeld (dienen te) worden door een aantal scherpe scheidingslijnen. Er is de scheiding tussen de religie en politiek, tussen politiek en recht, tussen religie en ethiek, tussen wetenschap en religie, tussen kunst en wetenschap, etc...Tegelijk echter groeit er in diezelfde democratieën een vertwijfelend besef dat diezelfde scheidingslijnen om allerlei redenen niet meer zo eenduidig kunnen worden getrokken.

Dit paradoxale samenspel van overtuiging en vertwijfeling treft in een belangrijk opzicht de verhouding tussen *recht en ethiek*. Langs de ene kant blijven zowel juristen en ethici sterk vasthouden aan de idee dat de sfeer van de juridische normen, van het juridisch delibereren en juridisch handelen onderscheiden is en behoort te zijn van de sfeer van ethische normen, van ethisch delibereren en ethisch handelen. Langs de andere kant zijn juristen en ethici er zich echter minstens impliciet van bewust dat de scheidingslijn tussen recht en ethiek in realiteit zeer dun en mistig is geworden. Uiteindelijk blijkt het niet zo gemakkelijk te zijn om beide praktijken van elkaar af te bakenen.

Twee grote oorzaken lijken dit soort van vertwijfeling in de hand te werken. Ten *eerste* leeft er vooral vanuit juridische hoek het besef dat het recht geen in zichzelf gesloten praktijk is. Juristen zijn er zich vandaag de dag scherp van bewust dat juridische normen, juridische concepten en rechtsbeginselen beïnvloed worden door en de weerspiegeling zijn van veranderende ethische geplogenheden, zich wijzigende morele normen en morele concepten. Tegelijk groeit er vooral vanuit ethische hoek het besef dat ethiek niet samenvalt met morele theorieën, maar in de eerste plaats verwijst naar bestaande ethische praktijken die plaats vinden binnen een bepaalde maatschappij met bestaande instellingen en structuren die mee door recht vorm hebben gekregen.

Een *tweede* oorzaak is nauw verweven met de zonet geschetste teloorgang van het primaat van morele theorievorming in de ethiek. Het is namelijk een belangrijk punt van inzicht dat het ethische perspectief heden ten dage een sterke structurele verandering heeft ondergaan. Binnen de ethische praktijk leeft een ander zelfbeeld dat structureel meer en meer gelijkenissen begint te vertonen met een juridische praktijk. Net zoals juristen zien ethici hun domein als een praktijk geworteld in een concreet aanwijsbare samenleving, een praktijk waar argumenteren en delibereren een cruciale rol spelen. Net zoals rechtsbeginselen in het recht, leiden morele normen en morele principes niet tot absolute uitspraken. Ze fungeren veeleer als een richtsnoer: hun gewicht moet nader

<sup>1</sup> De auteur is post-doctoraal onderzoeker FWO-Vlaanderen en is verbonden aan het Centrum voor Grondslagenonderzoek van het Recht, KULeuven.

bekeken worden in het licht van de omstandigheden van het geval en hun draagwijdte dient geconcretiseerd te worden vanuit de context van het geval. De vraag dringt zich dan spontaan op waarin dan nog het verschil ligt tussen de sfeer van de ethiek en die van het recht.

2. Hoe als overtuigd democraat het belang van de scheiding tussen recht en ethiek bepleiten, zonder het veranderde zelfbeeld van recht en ethiek uit het oog te verliezen? Dat is, als ik het goed voor heb, een van de centrale onderzoeksvragen die Koen Raes in zijn recente boek 'Controversiële rechtsfiguren' aan de orde stelt.<sup>2</sup> Het boek is eigenlijk een bundel van studies over uiteenlopende thema's zoals de vrije meningsuiting, dierenrechten, het tabaksverbod, de idee van universele mensenplichten, de kinderrechten, het leerstuk van het rechtsmisbruik. Vanuit een concrete problematiek probeert de auteur telkens de subtiële grens tussen ethische vragen, argumenten en juridische kwesties af te tasten. Als ik Raes' positie goed heb begrepen, dan is hij aanhanger van de *scheiding* van recht en ethiek. Zijn positie valt kort samengevat uiteen in twee stellingen. 1. Het is mede in het licht van de verworvenheden van de democratische rechtsstaat belangrijk het onderscheid tussen recht en ethiek te behouden. Een dergelijk onderscheid waarborgt het uit elkaar halen van de private levenssfeer en de publieke levenssfeer ('*privaat-publiek*'-argument).<sup>3</sup> Een dergelijk onderscheid creëert tevens de mogelijkheid voor de burger om zich vanuit een extern en moreel-kritisch perspectief tegenover een bepaald stelsel van rechtsnormen te kunnen plaatsen (*het argument van morele kritiek*).<sup>4</sup> 2. Ondanks de groeiende communicatie en groeiende familiegelekenissen, verschilt ethiek van recht in het omvattend karakter van haar perspectief en verschilt recht van ethiek door zijn geïnstitutionaliseerd, dwingend en ordenend karakter. In deze korte bijdrage wil ik Raes' positie, en bijgevolg de zonet verwoorde stellingen die samen zijn scheidingsthese uitmaken, op hun overtuigingskracht toetsen. Ik concentreer me hierbij in hoofdzaak op het concept rechtsbeginselen en het concept grondrechten en betrek ze tegelijk op de sfeer van het strafrecht. Dat is niet toevallig. Kenmerkend voor rechtsbeginselen en grondrechten, en dat lijkt in het bijzonder in het strafrecht tot uiting te komen, is namelijk dat de sfeer van recht en ethiek op het eerste gezicht semantisch in elkaar verstrengeld zijn. De positie van Raes met betrekking tot het recht-ethiek debat zal met andere woorden versterkt uit ons onderzoek komen, indien blijkt dat ook hier zijn pleidooi voor de scheidingsthese steek houdt. Raes positie komt echter verzwakt uit het onderzoek, indien zijn scheidingsthese hier onhoudbaar blijkt te zijn.

## 2. Waarin ligt het belang van het onderscheid tussen recht en ethiek?

3. In de hedendaagse rechtsfilosofie verschijnt het debat over de verhouding over recht en ethiek nogal gemakkelijk als een steriel academisch debat over wat recht tot recht maakt en of ethiek daar al dan niet een rol in speelt. Interessanter wordt de discussie

<sup>2</sup> K. RAES, *Controversiële Rechtsfiguren, Rechtsfilosofische excursies over de relaties tussen ethiek en recht*, Gent, Academia Press, 2001, 289

<sup>3</sup> *Ibid.*, 6

<sup>4</sup> *Ibid.*, 304.

sie wanneer men zich afvraagt waarom het nu vanuit praktische overwegingen in een concrete beleidssituatie of in een context van oordeelsvorming al dan niet belangrijk zou zijn de scheidingslijn tussen recht en ethiek te trekken. Voorstanders van de scheidingsthese, en Koen Raes vormt hier geen uitzondering, pakken meestal uit met twee afzonderlijke argumenten om het belang van het onderscheid tussen recht en ethiek te rechtvaardigen.

Het *eerste* argument dat ik het ‘*privaat-publiek*’-argument noem, gaat als volgt. Er behoort een scheidingslijn tussen het ethische en het juridische getrokken te worden, want ethische normen en praktijken mogen niet zomaar verheven worden tot juridische praktijken en juridische normen. Dat laatste vloeit voort uit het belang van een scherpe scheidingslijn tussen de private en de publieke sfeer. Zo bijvoorbeeld dient er een onderscheid te worden gemaakt tussen morele zeden met betrekking tot perverse seks en strafwetten die bepaalde seksuele praktijken strafbaar stellen (het houden van een huis van ontucht bijvoorbeeld). Het belang van dit onderscheid komt voort uit de overtuiging dat op grond van het vrijwaren van de vrije private seksuele beleving, hoe afkeurenswaardig ook vanuit moreel standpunt, dergelijke morele normen en zeden rond seksualiteit niet zomaar tot juridische afdwingbare normen kunnen worden verheven.

Het *tweede* argument dat ik *het argument van morele kritiek* noem, komt hierop neer. Er behoort een onderscheid gemaakt te worden tussen een juridische argumentatie op grond van juridische normen en een ethische argumentatie op grond van ethische normen. Deze stelling volgt uit de overtuiging dat rechtsregels hun rechtskarakter niet mogen ontleen aan ethische normen en waarden, wat op zijn beurt voortvloeit uit de meer algemene intuïtie dat rechtsregels de voorlopige positivering zijn van de visie van een democratische meerderheid, waar tegenover elke burger zich vanuit ethische overwegingen en overwegingen van rechtvaardigheid moet kunnen verzetten. Zo bijvoorbeeld behoort er een onderscheid gemaakt te worden tussen, enerzijds, een morele deliberatie over welke seksuele handelingen moreel wenselijk zijn en, anderzijds, een juridische deliberatie over de vraag of een welbepaalde seksuele praktijk al dan niet strafbaar is overeenkomstig een bepaalde wettelijke strafbaarstelling. Dit vloeit voort, zo gaat de redenering, uit het punt dat een bepaalde wettelijke strafbaarstelling, zoals het houden van een huis van ontucht, zijn rechtskarakter niet mag verliezen omdat een dergelijke strafwet vanuit morele overwegingen onrechtvaardig blijkt te zijn. Dat een dergelijke strafbaarstelling, ondanks morele bezwaren, zijn rechtskarakter moet blijven behouden, volgt uit het feit dat het rechtskarakter van de strafbaarstelling zijn tijdelijkheid en voorlopigheid bevestigt. Dat laatste laat elke burger juist toe zich vanuit een moreel-kritisch perspectief tegenover die wettelijke strafbaarstelling te positioneren.

4. Beide argumenten blijken plausibel te worden gemaakt aan de hand van de zonet gehanteerde voorbeelden, maar zij verliezen veel van hun plausibiliteit wanneer ze worden ingezet in de sfeer van rechten en rechtsbeginselen. Neem nu bijvoorbeeld het ‘*privaat-publiek*’-argument. Dit argument gaat uit van de assumptie dat het belang van de scheiding tussen het private en het publieke steeds noodzaakt tot het afscheiden van morele normen van juridisch afdwingbare normen en tot het bepleiten van de scheidingsthese waarbij de wereld van het morele en het juridische twee aparte semantische velden dienen te zijn. Deze assumptie blijkt misschien houdbaar te zijn ten aanzien van een door de meerderheid gedeelde seksuele moraal, maar niet ten aanzien van morele rechten. Zo is er het morele recht op eerbiediging van de eigen seksuele integriteit wat

leidt tot het morele verbod iemand in zijn seksuele integriteit te schenden. Dit recht, en dit verbod, bevestigen en ondersteunen het belang van het onderscheid tussen de private en de publieke sfeer. Toch volgt hier niet de noodzaak uit om dit morele recht op eerbiediging van de seksuele integriteit af te weren uit de sfeer van het recht. Dat dit morele recht het belang van afzondering van de private sfeer van de publieke sfeer onderstreept, impliceert ook niet dat het morele recht op eerbiediging van de seksuele integriteit en het corresponderende juridische recht verschillende semantiek dienen te hebben. Integendeel het feit dat dit recht als wezenlijke onderdeel van de private sfeer bescherming door de overheid verdient, pleit veeleer voor juridisering van dit morele recht op eerbiediging van de fysieke integriteit.

5. Ook het *argument van morele kritiek* gaat uit van een assumptie die ontwricht wordt wanneer het op rechten en rechtsbeginselen wordt toegepast. Het is zelfs een dubbele assumptie. In genoemd argument ligt verondersteld dat a) het belang van de scheiding tussen recht en ethiek noodzakelijk is om zich ethisch-kritisch te positioneren ten aanzien van geldend recht. b) een moreel onrechtvaardige rechtsnorm zijn rechtskarakter steeds moet behouden omdat dit noodzakelijk is om een ethisch-kritische houding tegenover die gepositieerde rechtsnorm aan te nemen.

Proberen we vervolgens de houdbaarheid van de *eerste assumptie* uit te testen ten aanzien *het legaliteitsbeginsel*. Dit beginsel wordt in het strafrecht belichaamd door het ‘lex-certa’-beginsel (de plicht om een wettelijke strafbaarstelling zo nauwkeurig mogelijk te omschrijven), maar ook door het beginsel van strikte interpretatie (de plicht om de juiste draagwijdte van een wettelijke strafbaarstelling weer te geven). Datzelfde legaliteitsbeginsel vindt zijn grondslag in morele idealen zoals het autonomiebeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel die nauw verweven zijn met het recht om vrij te kunnen handelen in afwezigheid van een permanente dreiging van bestraffend en vrijheidsberovend overheidsoptreden. In het Belgische strafrecht heeft het legaliteitsbeginsel onder invloed van de rechtspraak van het Hof van Cassatie een vrij soepele invulling gekregen, waarbij aan de strafrechter de ruimte wordt gelaten om, gelet op de omstandigheden van het geval, de betekenis van een wettelijke strafbaarstelling te concretiseren. “*De legaliteit van een strafbaarstelling*”, aldus het Hof,

*“vereist dat ze, op zichzelf of in context met andere bepalingen gelezen, op voldoende precieze wijze de als strafbaar gestelde gedraging omschrijft, dat aan deze vereiste is voldaan wanneer het voor hem op wie de strafbepaling toepasselijk is, mogelijk is op grond ervan de feiten en nalatigheden te kennen die hun strafrechtelijke aansprakelijkheid meebrengen, zelfs als de nadere omschrijving wordt overgelaten aan de rechter”*.<sup>5</sup>

Als het argument van kritische moraal met zijn eerste assumptie van toepassing is op het legaliteitsbeginsel, dan zou de scheiding tussen recht en ethiek noodzakelijk zijn om zich kritisch te kunnen positioneren ten aanzien van het feitelijke geldende legaliteitsbeginsel in het Belgische strafrecht. Deze redenering loopt echter mank en dat heeft wellicht te maken met een gebrekkig zicht op de structuur van rechtsbeginselen. Kenmerkend voor rechtsbeginselen is dat hun betekenis *onderbepaald* is en nooit uitgeput wordt door hun feitelijke gelding op een welbepaald moment (in een wettelijke norm of

<sup>5</sup> Cass. 24 augustus 1998, *Arr. Cass.* 1998, 370 en *Pas.* 1998, I, 370.

in een rechterlijke uitspraak).<sup>6</sup> Kenmerkend voor rechtsbeginselen, vervolgens, is dat ze *ten grondslag liggen* aan de rechtsorde in haar geheel. Wie een bepaalde invulling geeft aan legaliteit, legt meteen een claim op haar betekenis in samenhang met, in het licht van en ten grondslag liggend aan de rechtsorde in haar geheel.

Beide kenmerken brengen met zich mee dat men geen morele expert hoeft te zijn om zich kritisch te distantiëren van de feitelijke invulling van legaliteit, indien die niet voldoende verdedigbaar blijkt te zijn. Men hoeft geen ethisch perspectief af te zonderen van een juridisch perspectief om zich binnen het recht zelf kritisch te verhouden ten opzichte van de erg soepele door het Hof van Cassatie ontworpen versie van het legaliteitsbeginsel. En meer nog, rechtsbeginselen zoals dat van legaliteit bieden voldoende ruimte voor interpretatie om *binnen* het recht op grond van morele overwegingen een andere conceptie van legaliteit te bepleiten.

Zo zou men vanuit een morele gevoeligheid een alternatieve versie van legaliteit kunnen verdedigen, waarbij de strafrechter in contrast met de visie van het Hof van Cassatie niet zomaar op gelijk wijze de nadere draagwijdte van een wettelijke strafbaarstelling mag preciseren. Vertrekkende van het vertrouwen dat eenieder vanuit een moreel oogpunt mag hebben dat strafrechtelijke overheden zich in de formulering en interpretatie van strafbaarstellingen laten leiden door eerstgenoemdes fundamentele rechten, zou een *rechtenconceptie van legaliteit* kunnen worden verdedigd. Volgens een dergelijke conceptie van legaliteit is de strafrechter verplicht om zich in zijn interpretatiearbeid rekenschap te geven van bepaalde grondrechten die in het voorliggende geval in het geding zouden zijn. Zo'n alternatieve door morele overwegingen gekleurde invulling van legaliteit, hoeft niet buiten de sfeer van het recht ontworpen te worden. De voorwaarde is evenwel dat een dergelijke morele invulling, een dergelijke rechten-conceptie van legaliteit voldoende aansluiting vindt bij de Belgische rechtsorde en ten grondslag kan liggen aan die rechtsorde in haar geheel.

**6.** Proberen we nu vervolgens de houdbaarheid van het *argument van morele kritiek* uit te testen ten aanzien van de *tweede* assumptie. Als die steek houdt, dan zou het losmaken van het rechtskarakter van het legaliteitsbeginsel van zijn ethische waarde, een noodzakelijke voorwaarde zijn om zich ethisch kritisch te positioneren ten aanzien van legaliteitsbeginsel. Maar is dit wel zo? Deze redenering is problematisch omdat het legaliteitsbeginsel, net zoals alle rechtsbeginselen, niet zomaar een bepaalde origine hebben op grond waarvan eenduidig hun rechtskarakter kan worden afgeleid. In tegenstelling tot een rechtsnorm die zijn juridische gelding put uit de rechtsvormende kracht van de instelling die de rechtsnorm tot stand brengt, spelen rechtsbeginselen zelf een belangrijke rol in de bepaling van wat recht is en wat niet. Zo speelt het legaliteitsbeginsel in het strafrecht een cruciale rol bij het trekken van een lijn tussen juridisch strafbare gedragingen en moreel verwerpelijke, maar juridisch niet strafbare gedragingen. Belangrijk bij rechtsbeginselen, zoals legaliteit, is bovendien dat zij het rechtskarakter van bepaalde normen niet alleen vastleggen op puur formele criteria, maar ook op een bepaalde interne normativiteit. Het rechtskarakter dat het legaliteitsbeginsel aan een laakbaar type van gedragingen meegeeft, impliceert niet alleen dat die gedraging door een wetgever in een strafbaarstelling is vastgelegd. Het rechtskarakter dat dit beginsel

<sup>6</sup> Over deze problematiek, zie 'in extenso' R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Londen, Duckworth, [1977] 1996, 14-49, 91 e.v.

aan dit laakbare type van gedragingen meegeeft, impliceert ook dat het vanuit een perspectief van democratie en participatie in de eerste plaats aan een democratisch verkozen parlementair orgaan toekomt om te delibereren welke maatschappelijk laakbare gedragingen verdienen geïncrimineerd te worden.

Samengevat kan men dus poneren dat het rechtskarakter van rechtsbeginselen, in tegenstelling tot rechtsregels, niet zomaar eenduidig kan worden vastgelegd, dat rechtsbeginselen zelf een rol spelen in de bepaling van het rechtskarakter van rechtsnormen en dat rechtsbeginselen doorheen hun rechtsverlenende werking een welbepaalde normatieve status verlenen aan rechtsnormen. Dergelijke vaststelling doet natuurlijk de vraag stellen waaraan rechtsbeginselen dan wel hun rechtskarakter verlenen. Het antwoord verwijst wellicht opnieuw naar het perspectief van een rechtsorde in haar geheel. Wat legaliteit tot een rechtsbeginsel in een bepaalde rechtsorde maakt, gaat terug op de idee dat dit beginsel ten grondslag ligt aan die rechtsorde in haar geheel, en dat bijgevolg die rechtsorde niet meer als een rechtsorde denkbaar is, indien dit legaliteitsbeginsel niet aanwezig was. Dit betekent dat een bepaalde invulling van legaliteit haar rechtskarakter ontleent aan de mate waarin ze kan worden samengedacht met het geheel van rechtsnormen en rechtsbeginselen die aan de rechtsorde ten grondslag liggen. Dit betekent ook dat een bepaalde invulling van legaliteit die de harde kern van dit beginsel miskent, geen enkele rechtswaarde heeft. Dit betekent, tot slot, dat sommige invullingen van legaliteit een sterkere rechtswaarde hebben dan andere, omdat ze op een meer verdedigbare wijze inpassen in de rechtsorde opgevat als een coherent systeem van rechtsnormen en rechtsbeginselen.

Indien rechtsbeginselen en hun invulling ervan hun rechtswaarde ontleen aan de wijze waarop ze reconstrueerbaar zijn als ten grondslag liggend aan het rechtssysteem op zich, dan destabiliseert dit wel behoorlijk de tweede assumptie waarvan hierboven sprake was. Het wordt nu moeilijk om nog vol te houden dat men zich enkel moreel-kritisch kan verhouden ten opzichte van een bepaalde invulling van een rechtsbeginsel als legaliteit, op voorwaarde dat men het rechtskarakter van legaliteitsbeginsel losmaakt van de morele waarde ervan. Vermits het rechtskarakter van legaliteit niet eenduidig vastligt, is er met het oog op de bepaling met de rechtswaarde van legaliteit, plaats voor een moreel-kritische houding ten aanzien van een bepaalde invulling van legaliteit, op voorwaarde dat de morele beginselen van waaruit men een bepaalde invulling van legaliteit evalueert, reconstrueerbaar zijn in het licht van de rechtsorde in het geheel.

7. Welke implicaties heeft het voorgaande nu voor de positie van K. Raes aangaande de verhouding tussen recht en ethiek? Hierboven werd gezegd dat die positie uiteenviel in twee stellingen. *Een*, de stelling dat het in een democratische rechtsstaat belangrijk is het onderscheid tussen recht en ethiek te handhaven. *Twee*, de stelling dat ondanks de vervaging van recht en ethiek toch nog twee verschillende semantische velden kunnen worden afgebakend.

Wat de eerste stelling betreft, hebben we vastgesteld dat de twee argumenten die klassiek worden gegeven om het belang van de scheidingsthese te bepleiten, minstens niet volstaan ten aanzien van rechten en rechtsbeginselen. Ten aanzien van het recht op eerbiediging van seksuele integriteit en ten aanzien van het legaliteitsbeginsel is het echt niet nodig om de sfeer van recht en ethiek uit elkaar te houden, opdat het belang van 'privacy' en het belang van een moreel-kritisch perspectief zou worden gevrijwaard. De private sfeer wordt niet bedreigd indien het morele recht op eerbiediging van de seksu-

ele integriteit wordt gejuridiseerd. Het moreel-kritisch perspectief ten aanzien van legaliteit is niet in zijn voortbestaan bedreigd indien men de scheiding tussen recht en ethiek zou opgeven, en het moreel-kritisch perspectief ten aanzien legaliteit is niet bedreigd indien men het recht karakter van legaliteit zou doen afhangen van morele argumenten en beginselen. Voorwaarde is wel dat de morele argumenten ten grondslag kunnen liggen aan de rechtsorde in haar geheel. De vraag die zich nu opdringt, is in welke mate het ten aanzien van rechten en rechtbeginselen überhaupt nog zinvol is om de scheidingstheze te bepleiten en of het niet zinnvoller is te pleiten voor een sterke verwevenheid van recht en ethiek.

Alvorens hierop in te gaan, concentreren we ons op de houdbaarheid van de tweede stelling van Koen Raes, met name de positie dat recht en ethiek twee verschillende semantische velden zijn, met een verschillend perspectief en een verschillende finaliteit. Net als daarnet, zullen we trachten die these te destabiliseren door bijzondere aandacht te hebben voor de positie van (grond)rechten en rechtsbeginselen en door de discussie grotendeels te beperken tot het domein van het strafrecht.

### 3. Waarin verschilt ethiek van recht?

8. Waarin verschilt de sfeer van de ethiek van de sfeer van het recht? Een van de meest doorslaggevende verschillpunten ligt er volgens Raes in dat het perspectief van de morele expert of van de moreel oordelende persoon *alomvattend* is, in tegenstelling tot het perspectief van de jurist die beperkt en meer gespecialiseerd zou zijn. Recht kenmerkt zich door een algemeen regelkarakter, wat, ik citeer Raes “*vaak botst met de omvattendheid van het ethisch perspectief waarin rechtsregels maar één dimensie van het probleem zijn*”.<sup>7</sup> Zonder precies te weten, wat onder die notie ‘alomvattend’ precies moet worden verstaan, lijkt dit onderscheid, ten minste ‘prima facie’, voldoende overtuigingskracht te genereren.

Neem nu bijvoorbeeld het vrij recent arrest van het Brusselse Hof van Beroep van 25 oktober 2000.<sup>8</sup> Voor het Hof lag de vraag voor of de houders van een parenclub veroordeeld konden worden op grond van het misdrijf van het houden van een huis van onthucht. In de club, zo werd door de verbalisanten vastgesteld, onderhielden een aantal paren geslachtsbetrekkingen, anderen hadden orale seks, nog anderen vonden genot in hun kijklust. Wanneer een gemiddeld medeburger zich hier, met zijn gemiddelde opvattingen over seksuele moraal, over de morele schuld van de dader zou uitspreken, dan zou dat oordeel en de argumenten waarop dat oordeel geschoeid is, meer omvattend zijn dan een juridisch oordeel. Immers, in dit oordeel wordt de dader ‘all things considered’ in zijn morele kwaliteiten als persoon geïsoleerd. Een rechter daarentegen die zich uitsprekt over de strafrechtelijke schuld spreekt zich op een veel beperkter wijze uit het voorliggende geval. Hij buigt zich over de vraag of bepaalde feiten onder een vooraf bepaalde strafbaarstelling vallen en hij buigt zich over de vraag of de feiten met een welbepaalde intentie zijn gepleegd die aan de verdachten kunnen worden toegerekend. Bondiger geformuleerd: vanuit een ethisch perspectief plaatst men zichzelf of een ander

<sup>7</sup> K. RAES, *Controversiële rechtsfiguren*, 289.

<sup>8</sup> Brussel 25 oktober 2000, *A.J.T.* 2000-01, 331.

in het licht van zijn eigen of andermans morele waarde als persoon; vanuit een juridisch perspectief richt men zich vooral tot de morele kwaliteiten van iemands handelen zonder een uitspraak te doen over de morele waarde van diens persoon.

Bij nader inzien blijkt een dergelijke persoonsgerichte invulling van een omvattend ethisch perspectief, hoewel op zich wel interessant, niet toereikend te zijn om het verschil tussen ethiek en recht te markeren. Het punt is namelijk, zo blijkt zeer sterk uit het strafrecht, dat het grenzeloos inbrengen in het strafrecht van een beoordeling van een individu in zijn morele kwaliteiten als persoon, zelf weer op een soort van morele weerstand stuit die een vertaling vindt in het respect voor eenieders 'privacy', voor eenieders vrije seksuele beleving en in de uitbouw van allerlei strafrechtelijke beginselen die het strafrechtelijk optreden van de overheid sturen en begrenzen. De zonet genoemde persoonsgerichte invulling van omvattendheid kan dus onmogelijk een wezenskenmerk zijn van de ethische sfeer. Een dergelijke invulling van een omvattend perspectief evocert immers zelf weer rivaliserende ethische gevoeligheden van respect voor eenieders 'privacy' in hoofde van de staat en burgers. Deze ethische gevoeligheden roepen hen op tot terughoudendheid met betrekking tot beoordeling van andermans ultieme morele kwaliteiten als persoon.

**9.** Wat het voorgaande wel duidelijk maakt, is dat de sfeer van de ethiek uiteenvalt in een web van verschillende soorten van ethische praktijken die sterk van elkaar verschillen en in een spanningsverhouding ten opzichte van elkaar staan. Neem nu het geval van de parenclub. Minstens drie types van ethische praktijken doorkruisen elkaar hier. Er is ten eerste de *conventionele ethiek*, de seksuele moraal van de gemiddelde burger die geënt is op bepaalde waarden en taboes, op grond waarvan deze bepaalde verwachtingen heeft ten aanzien van de andere burger en op grond waarvan hij bepaalde gedragingen van die andere burger zal beoordelen en veroordelen. Er is ten tweede de *aspiratie-ethiek* op grond waarvan burgers zichzelf en elkaar percipiëren in het licht van hun morele waarde als persoon. In dergelijke ethische context verschuift de aandacht van na te leven verplichtingen en verwachtingen, naar na te leven levensidealen en levensstijlen. De aandacht verschuift er tegelijk van de morele kwaliteit van de handeling naar de morele kwaliteiten als persoon. Er is, tot slot, een derde type van ethische praktijk die ik een *rechten-ethiek* zou willen noemen. Ook hier treden mensen elkaar met verwachtingen en met verplichtingen tegemoet. Deze verwachtingen vinden hun grondslag echter niet in de eerste plaats in taboes of bepaalde gemeenschapswaarden. Ze vinden hun grondslag in het voor eenieders zelfrespect noodzakelijke vertrouwen dat hij geëerbiedigd wordt in die bewegings- en oordeelsvrijheid die nodig is om *zelf* op eigen verantwoordelijkheid *zijn* leven zinvol uit te bouwen. Opdat eenieder zich ook echt in dit vertrouwen beschermd zou kunnen weten, dienen aan eenieder ook rechten ter beschikking gesteld te worden om dit vertrouwen te kunnen handhaven en hard te maken. Om die reden is dergelijk type van ethische praktijk een rechten-praktijk.

Tegen de achtergrond van deze veelsoortigheid aan ethische praktijken zou men nu, in de lijn van Raes, het volgende kunnen bepleiten. Het omvattend karakter van de ethische sfeer zou inhouden dat de burger vanuit een ethisch perspectief in een positie staat van waaruit hij op een geïntegreerde wijze deze verschillende ethische praktijken, met hun eigen vorm van ethische aandacht en ethische argumenten in onderlinge samenhang kan denken. Het ethische perspectief verwijst ook naar een onpartijdige positie van waaruit de morele beoordelaar in een afweging op grond van de meest verdedig-



bare argumenten tot de meest evenwichtige oplossing kan komen.<sup>9</sup> De ethische sfeer, in tegenstelling tot de juridische sfeer, zou de burger spontaan, als het ware van nature, in een positie brengen van waaruit hij met het apothekersweegschaaltje zou kunnen meten welk gewicht aan de conventionele moraal omtrent seksualiteit dient te worden gegeven in de perceptie van de morele kwaliteiten van een persoon in zijn streven naar een goed leven.

**10.** Het punt is echter dat de ethiek als geheel van uiteenlopende praktijken vanuit zichzelf niet zo'n alomvattend perspectief kan genereren. Drie voorwaarden zijn hier immers voor nodig. *Ten eerste*, de burger die bijvoorbeeld vanuit een bepaalde conventionele, seksuele moraal het uitbaten van parenclubs beoordeelt, moet over een *moreel theoretisch* vermogen beschikken om de verschillende ethische praktijken die hier met betrekking tot het uitbaten van parenclubs in het geding zijn (aspiratie-ethiek, rechten-ethiek) in hun structuur en hun verhouding bloot te leggen. Hij dient ook over een soort van moreel theoretisch vermogen te beschikken om in het licht van die context van het uitbaten van parenclubs een positie en om bepaalde morele principes te reconstrueren van waaruit diezelfde burger vanuit een neutraal en onpartijdig standpunt deze verschillende ethische praktijken in hun samenhang kan denken en op grond daarvan tot een zo verdedigbaar mogelijke beslissing te komen over de vraag of de betrokken al dan niet het recht hadden om dergelijke parenclubs uit te baten. *Ten tweede*, zonder *institutionele structuren* en institutionele actoren belast met het maken, uitvoeren, interpreteren en handhaven van rechtsnormen, is er ook geen duurzaam samenlevingsverband van waaruit burgers, maar ook wetgevers en rechters in zo'n alomvattend perspectief worden gebracht. Zonder bijvoorbeeld de institutionele consolidatie van interpretatieregels die rechters verplichten grondrechten (recht op 'privacy') een rol te laten spelen in de interpretatie van de strafbaarstelling van het houden van een huis van ontucht, kan de strafrechter niet tot een onpartijdige positie worden gebracht van waaruit hij het meest verdedigbare evenwicht tussen een conventionele seksuele moraal en een rechten-ethiek kan vinden.<sup>10</sup> Een *derde* voorwaarde die noodzakelijk is voor het mogelijk maken van zo'n omvattend perspectief, is het tot stand brengen van een *interactie* tussen een zich ontwikkelende morele theorie en zich ontwikkelende institutionele structuren. Een institutioneel raamwerk dat de positie van de strafrechter afbakt in het interpreteren van een strafbaarstelling, zoals het houden van het huis van ontucht, moet gestuurd worden door een morele theorie die dit raamwerk interpreteert en heroriënteert opdat het een alomvattend onpartijdig perspectief en opdat het een evenwichtige en samenhangende oordeelsvorming zou genereren.<sup>11</sup>

**11.** Gelet op deze drie voorwaarden, moet men dus, in schril contrast met wat Raes beweert, besluiten dat de *sfeer van de ethiek*, opgevat als geheel van uiteenlopende ethische praktijken en intuïties, in elk geval *niet vanuit zichzelf* een omvattend perspectief kan genereren. In schril contrast met wat Raes beweert, is omvattendheid *niet* het kenmerk van ethiek die het verschil met recht markeert. Sterker nog rijst het *vermoeden*

<sup>9</sup> K. RAES, *Controversiële rechtsfiguren*, 298, 301

<sup>10</sup> Voor een poging tot constructie van zo'n coherent geheel van interpretatieregels die grondrechten een belangrijkere rol laat spelen in de interpretatie van wettelijke strafbaarstellingen, zie E. CLAES, *Legaliteit en rechtsvinding in het strafrecht*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, te verschijnen.

<sup>11</sup> Ik vermoed dat ik hier in de nabijheid kom van de methode van het reflectieve equilibrium, zoals uitgewerkt in J. RAWLS, *Theory of Justice*, Oxford, Oxford University Press, [1971] 1988.

dat het recht en vooral de rechtsbeginselen van dat recht in staat zijn een omvattend perspectief te genereren. Alvorens dit vermoeden een sterkere grondslag te bieden, zal hieronder worden aangetoond dat het in de context van rechtsbeginselen en grondrechten erg moeilijk is om criteria te vinden die *recht* van ethiek kunnen afbakenen.

#### 4. Waarin verschilt recht van ethiek?

12. In zijn boek ‘Controversiële rechtsfiguren’ probeert Raes de eigenheid van het juridische ten aanzien van het ethische aan te wijzen door te verwijzen naar minstens een drietal kenmerken die in de sfeer van de ethiek zouden ontbreken: *Ten eerste*, in tegenstelling tot ethische normen en ethische argumenten komen rechtsnormen en juridische argumenten tot stand in een geïnstitutionaliseerde context. Met *institutionalisering* wordt hier verwezen naar een raamwerk van bevoegdheidsverlenende regels en beginselen. Dat raamwerk roept verschillende instellingen in het leven die bevoegd zijn om normen te maken, normen uit te voeren, te interpreteren en te handhaven. Datzelfde ‘frame-work’ richt ook procedures in die bepalen hoe het maken, uitvoeren, interpreteren en handhaven van normen dienen te verlopen.<sup>12</sup>

*Ten tweede*, en nauw verbonden met het voorgaande verschillen juridische normen van ethische normen en praktijken in de mate ze *afdwingbaar* kunnen worden gemaakt, door een geïnstitutionaliseerd systeem van handhaving van rechtsnormen.<sup>13</sup> *Ten derde*, en ook dat houdt verband met de idee van handhaving van normen, zou het recht volgens Raes verschillen van ethiek in zijn *ordenende* functie. Rechtsnormen zijn nooit ethisch zuiver omdat ze het product zijn van politieke besluitvormingsprocessen “*die de algemene ordening van de samenleving tot voorwerp hebben*”.<sup>14</sup> In tegenstelling tot de sfeer van de ethiek zou het recht als systeem van rechtsregels erop gericht zijn een bepaald schema van gedragnormen van bovenaf, desnoods met geweld, aan die samenleving op te leggen met het oog op bereiken van een reeks van vooraf bestaande sociale doeleinden.

In het selecteren van deze drie kenmerken van de sfeer van het recht is Raes uitgegaan van simpele veronderstelling dat er een scheidingslijn loopt tussen recht en ethiek, omdat de ethische sfeer genoemde kenmerken niet bezit. Deze redenering klopt echter enkel indien deze kenmerken uit zichzelf ethisch neutraal zijn. En hier knelt het schoentje. In de context van grondrechten en rechtsbeginselen is de institutionele dimensie, de dimensie van afdwingbaarheid en de ordenende functie van recht, en van strafrecht in het bijzonder helemaal niet ethisch neutraal.

13. Wat de *institutionele* dimensie van recht en strafrecht betreft, kan alvast worden opgemerkt dat rechtsbeginselen, waaronder het legaliteitsbeginsel, een belangrijke institutionaliserende dimensie hebben. Dit beginsel verdeelt immers in een belangrijk opzicht de bevoegdheid tussen strafwetgever en strafrechter. In principe is enkel de strafwetgever bevoegd om bepaalde onwenselijke gedragingen bij democratische meerderheid strafbaar te stellen. De strafrechter mag enkel de draagwijdte van de strafwet vast-

<sup>12</sup> K. RAES, *Controversiële rechtsfiguren*, 289.

<sup>13</sup> *Ibid.*, 302.

<sup>14</sup> *Ibid.*, 299.

leggen zonder in de plaats te treden van de beleidskeuze van de strafrechter. De impact van dit legaliteitsbeginsel op institutionele verhoudingen is echter niet ethisch neutraal. Door toedoen van dit ideaal wordt er onder meer voor gezorgd dat het institutionele kader waarin strafrechtelijke normen zich voltrekken, beantwoorden aan het democratische ideaal van participatie. Rechtsbeginselen zoals legaliteit bevestigen en markeren dus de eigenheid van de juridische, geïnstitutionaliseerde sfeer, maar die eigenheid, om ten volle begrepen te worden, dient verhelderd te worden in het licht van morele intuïties die eraan ten grondslag liggen en op grond van een publieke morele theorie die deze intuïties scherp stelt en in een coherent theoretisch schema plaatst.

Wat, vervolgens het kenmerk van *afdwingbaarheid* betreft, staat Raes hier – ten minste met betrekking tot grondrechten en rechtsbeginselen – voor heel wat problemen. Volgens Raes verschillen rechtsbeginselen van morele beginselen in de mate waarin ze kunnen worden afdwongen: “*Als elementen van het recht zijn ook rechtsbeginselen gestoeld op de mogelijkheden van hun naleving af te dwingen. Daarom zijn algemene rechtsbeginselen niet tot ethische beginselen te herleiden*”.<sup>15</sup> Rechtsbeginselen vragen een nadere legitimatie van hun afdwingbaar karakter, terwijl morele principes de legitimiteit van afdwingbare rechtsbeginselen kunnen beoordelen en verlenen.

Wanneer we deze stelling naar het strafrecht doortrekken, dan is deze in een belangrijk opzicht onhoudbaar. Neem nu opnieuw het legaliteitsbeginsel. In het strafrecht staat dit beginsel niet bekend als een juridisch principe waarvan de afdwinging nadere legitimatie nodig heeft vanuit de ethische sfeer die er uitwendig aan zou zijn. Legaliteit wordt wel erkend als een beginsel dat het straffende en dwingende optreden van de overheid legitimeert door het van buitenaf aan bepaalde perken en grenzen te onderwerpen. Legaliteit is in de eerste plaats een *rechtsbeschermend* beginsel dat het individu rechten biedt tegen willekeurig overheidsoptreden door onder meer de wetgever te verplichten een strafbaarstelling nauwkeurig te omschrijven. Dit recht kan weliswaar afdwingbaar gemaakt worden tegenover de overheid, maar de afdwingbaarheid daarvan vraagt niet opnieuw om nader legitimatie, omdat ze juist het verlengstuk is van het met legaliteit verweven recht dat eenieder heeft op een *regel-geleid handelen* van strafrechtelijke overheden. Opnieuw geldt hier dat de idee van afdwingbaarheid niet ethisch neutraal is. Wat de betekenis is van de afdwingbaarheid van het legaliteitsbeginsel, kan pas ten volle geduid worden door het blootleggen van de interne moraliteit die in het legaliteitsbeginsel besloten ligt.

**14.** Een laatste kritisch bezwaar bij de positie van Raes betreft de *ordenende* functie van recht. Recht zou in tegenstelling tot ethiek speelbal zijn van compromissen, machtsverhoudingen en contingente beleidsopties, wat te wijten is aan de intense interactie tussen recht en politiek. Pragmatische juristen zullen deze gedachte wel genegen zijn, maar opnieuw ligt het zwakke punt van Raes’ positie in de problematiek van rechtsbeginselen. Die zwakte komt sterk tot uiting in het strafrecht.

Concentreren we ons opnieuw op het legaliteitsbeginsel zoals het werkzaam is in het strafrecht. Daarnet zeiden we dat dit beginsel in het leven is geroepen om de ordenende, controlerende en sturende functie van strafrecht in het maatschappelijke leven te begrenzen en te kanaliseren ter bescherming van de individuele vrijheid van de individuele justitiabele. Maar zoals de meeste rechtsbeginselen in het strafrecht heeft het legali-

<sup>15</sup> *Ibid.*, 304.

teitsbeginsel een janushoofd. Legaliteit heeft naast zijn dimensie van rechtsbescherming tegelijk ook een onmiskenbare *ordenende* functie. Dat overheden slechts mogen optreden binnen de grenzen van een wettelijke strafbaarstelling als het houden van een huis van ontucht, geeft de overheid tegelijk een instrument om ordenend op te treden in de samenleving met betrekking tot seksuele zeden. De wet is niet alleen een begrenzing van het strafrechtelijk optreden, het is ook een instrument van criminele politiek.

Het punt is nu dat het legaliteitsbeginsel ook in zijn ordenende functie niet ethisch neutraal hoeft en zelfs niet ethisch neutraal behoort te zijn. Uitgaande van een rechten-conceptie van legaliteit verwijst de interne moraliteit van dit beginsel ook naar het vertrouwen van eenieder in het *rechten-geleid* handelen van overheid en medeburgers. Op de bescherming en handhaving van dit vertrouwen mag niet alleen de potentiële verdachte rekenen, maar ook het potentiële slachtoffer. Elk potentieel slachtoffer van maatschappelijk onrecht mag er overeenkomstig het legaliteitsbeginsel op vertrouwen dat de wetgever en de strafrechter zijn vertrouwen in het rechten-geleid handelen van zijn medeburger herstellen, handhaven en met straf(dreiging) afdwingen. Dit vertrouwen dienen wetgever en strafrechter waar te maken door het op een rechten-geleide wijze formuleren en interpreteren van bepaalde strafbaarstellingen.

Uit dat laatste volgt dat de ordeningsfunctie van het legaliteitsbeginsel helemaal niet ethisch-neutraal is. Van de strafrechter wordt immers overeenkomstig het legaliteitsbeginsel verwacht dat hij bijvoorbeeld in de interpretatie van het misdrijf van verkrachting ook rekening houdt met de gelijke rechten van eenieder op respect voor zijn seksuele integriteit en voor zijn vrijheid om zelf zinvol met zijn seksuele integriteit om te gaan. Wat nu precies de draagwijdte is van het respect voor seksuele integriteit en hoe dat recht zich verhoudt ten aanzien van andere rechten, is voorwerp van morele theorievorming.

**15.** Hogerop waren we op het vermoeden gestoten dat de ethische sfeer als complex web van verschillende types van ethische praktijken nood heeft aan een rechtsorde.<sup>16</sup> Op grond van een interactie tussen de institutionele structuren van het recht en een zich ontwikkelende morele theorie, zouden de condities voor een omvattend en onpartijdig standpunt kunnen worden gecreëerd en zouden een aantal morele principes kunnen worden gestipuleerd van waaruit en waarmee de verschillende types van ethische praktijken zich in een zo evenwichtig mogelijke samenhang laten samen denken. Dit vermoeden heeft meer grondslag gekregen, nu duidelijk is geworden dat de institutionele dimensie van recht niet ethisch neutraal is, maar door toedoen van zijn rechtsbeginselen een interne ethische finaliteit bezit. Vanwege hun verankering in de instituties van het recht, enerzijds, en vanwege hun interne moraliteit, anderzijds, zijn rechtsbeginselen de ultieme plaats waar de interactie tussen morele theorievorming en instituties kan plaats vinden en die zo de institutionele structuren helpen vormgeven. Net zoals uit rechtsbeginselen blijkt hoezeer een rechtsorde is *aangewezen* op morele theorievorming die een zo verdedigbaar mogelijke voorstelling van de interne ethische finaliteit van die rechtsorde kan geven, zo ook blijkt hoezeer de ethische sfeer als chaotisch samenspel van ethische praktijken *aangewezen* is op het geïnstitutionaliseerde recht waarin opnieuw

<sup>16</sup> Zie randnummer 11.

rechtsbeginselen een essentiële rol blijken te spelen. Deze ontdekking van wederzijdse afhankelijkheid dwingt ons echter de scheidingstheze los te laten en alternatieve positie voor te stellen en te onderschrijven.

## 5. De verwevenheid van recht en ethiek

**16.** In de inleiding van ‘Controversiële rechtsfiguren’ opent Raes zijn boek met de aantrekkelijke gedachte dat de betere rechtsfilosofie er een is ‘in actie’, een die zijn visie ontwikkelt vanuit specifieke juridische en maatschappelijke problemen.<sup>17</sup> Deze in steek heeft ook belangrijke consequenties voor het debat over recht en ethiek. Een rechtsfilosofie die zich vanuit praktische problemen ontwikkelt zal veel moeilijker massieve en algemene uitspraken kunnen doen over de verhouding tussen recht en ethiek. Hoe deze verhouding theoretisch gezien juist ligt, zal steeds moeten worden gepreciseerd tegen de achtergrond van een concrete problematiek en tegen de achtergrond van veranderende maatschappelijke omstandigheden. Het beste wapen tegen het onstabiel en vaag worden van de lijn tussen recht en ethiek bestaat er dan wellicht in deze praktische, casuïstische houding aan te nemen. De opdracht bestaat er dan in om vanuit elke problematiek opnieuw die lijn proberen te trekken, in de hoop dat er zich op termijn een nieuw patroon begint af te tekenen. Het is de verdienste van het boek van Raes dat hij in een belangrijk opzicht gepoogd heeft deze praktische houding naar het ‘recht-ethiek’-debat door te trekken. Terecht onderstreept Raes dat het de dag van vandaag onhoudbaar is geworden in absolute zin een scheiding tussen recht en ethiek te bepleiten. Terecht wijst Raes erop dat recht en ethiek elkaar beïnvloeden en dat er een communicatie tussen beide sferen bestaat. Toch is het hem, minstens tegen de achtergrond van de problematiek van rechtsbeginselen en grondrechten, niet gelukt aan te tonen waarom het vanuit de grondslagen van de rechtsstaat zo belangrijk is die scheiding tussen recht en ethiek te blijven claimen. Raes is er, opnieuw tegen de achtergrond van rechtsbeginselen en grondrechten, ook niet in geslaagd om aan te tonen wat nu precies de eigenheid is van ethiek en wat de eigenheid is van recht, opdat er een scheiding tussen recht en ethiek zou kunnen worden gemarkeerd.

In wat volgt, wens ik op grond van diezelfde praktische houding die Raes zo genegen is, een andere these inhoud te geven waarvan ik doorheen de kritiek op diens boek reeds de meeste bouwstenen heb aangereikt. In die these staat de idee van *de verwevenheid van recht en ethiek* centraal.<sup>18</sup> Belangrijk hierbij is dat ook deze these niet in zijn absolute kan worden gesteld, maar verder dient te worden verfijnd vanuit casuïstiek. In wat volgt wens ik de verwevenheidstheze scherp te stellen en toe te lichten aan de hand van de grondrechtenproblematiek in het strafrecht.

**17.** In zijn arrest van 29 april 2002 in de zaak *Pretty vs. Verenigd Koninkrijk* moest het Europees Hof voor de Rechten van de Mens onder meer oordelen of het Britse verbod op hulp bij zelfdoding in strijd was met het recht op eerbiediging van het privéleven zoals geformuleerd in art 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de

<sup>17</sup> *Ibid.*, IX.

<sup>18</sup> Ik ontleen die term dankbaar aan R. FOQUÉ, “De noodzakelijke verwevenheid van recht en ethiek”, in *Ars Aequi* 1998, 6-17.

Mens.<sup>19</sup> De eiser bij het Hof, mevrouw Pretty, leed aan een ongeneeslijke, slepende en fatale neurologische aandoening die alle spieren van het lichaam doet verzwakken. In de eindfase van die ziekte vervalt het spraakvermogen en verzwakken de ademhalingsspieren, wat uiteindelijk leidt tot het uitvallen van de respiratoire functies, met de dood tot gevolg. In een ver gevorderde fase van haar ziekte vroeg mevrouw Pretty aan de Britse vervolgende instanties of haar man zou kunnen worden vrijgesteld van vervolging, nadat deze haar zou hebben geholpen bij zelfdoding. Dit verzoek werd echter geweigerd.

Ten aanzien van de vraag of de weigeringsbeslissing van de Britse vervolgende instantie en het Britse strafrechtelijke verbod op hulp bij zelfdoding al dan niet een onrechtmatige inbreuk uitmaakten op de uitoefening van het recht op ‘privacy’, werden door het Hof twee visies aangereikt met betrekking tot art 8 E.V.R.M. Volgens een eerste visie, die van mevrouw Pretty, moet art 8 geïnterpreteerd worden in het licht van het recht op zelfbeschikking. Dit recht op zelfbeschikking, en dat ligt sterk vervat in het recht op ‘privacy’, impliceert het recht van eenieder om over zijn eigen lichaam en de toestand ervan beslissingen te nemen, en dus het recht te kiezen hoe en wanneer te sterven. Niets is immers meer intiem verbonden met de manier waarop een persoon zijn leven leidt dan de wijze en de tijd van zijn sterven.

Volgens een tweede visie, die van de Britse regering, kan uit het recht op privé-leven niet het recht om te sterven worden afgeleid. Het recht op ‘privacy’, opgevat als het recht om zelf over de wijze van zijn leven te beschikken, vindt zijn mogelijkheidsvoorwaarde in het leven zelf. Dit recht op ‘privacy’ uitbreiden tot het recht om over wijze en tijd van sterven te beslissen, maakt die mogelijkheidsvoorwaarde ongedaan.

Het Hof zelf formuleerde in zijn beslissing een derde visie. Het bevestigde dat art 8.1. E.V.R.M. dient te worden gelezen vanuit het beginsel van zelfbeschikking, en meer in het bijzonder vanuit het principe van persoonsautonomie. Het bevestigde ook dat de uitoefening van het recht op privé-leven kan inhouden dat de betrokkene het recht wil uitoefenen om zelf wijze en tijd van sterven te kiezen.

“The way she chooses to pass the closing moments of her life is part of the act of living, and she has a right to ask that this too must be respected.”<sup>20</sup> Het Hof oordeelde echter dat de Britse overheid overeenkomstig art 8.2. E.V.R.M. gerechtigd zou zijn om beperkingen op te leggen aan de uitoefening van het recht van een persoon om zelf tijdstip en wijze van sterven te kiezen. De weigering van de Britse vervolgende autoriteiten tot opschorting van vervolging en het wettelijke verbod van hulp bij zelfdoding maken dus geen schending uit van art 8.2. E.V.R.M. Het is hier immers niet onredelijk, aldus het Hof, de Britse staat de beoordelingsvrijheid te geven om zelf uit te maken of het nalaten van dergelijke weigeringsbeslissing en het opheffen van het verbod van hulp bij zelfdoding geen al te groot risico van schending van het recht op leven met zich mee zou brengen van andere categorieën van kwetsbare personen. “Nonetheless, the Court finds (...) that States are entitled to regulate through the operation of the general criminal law activities which are detrimental to the life and safety of other individuals. The more serious the harm involved the more heavily will weigh in the balance considerations of public health and safety against the countervailing principle of personal autonomy.”<sup>21</sup>

<sup>19</sup> Europees Hof voor de Rechten van de Mens., 29 april 2002, *Pretty vs. Verenigd Koninkrijk*, *Publ. Eur. Court of H.R.*, 2002.

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> *Ibid.*

**18.** Wie nu naar deze casus en de verschillende rivaliserende interpretaties van art 8 E.V.R.M kijkt vanuit de verhouding tussen recht en ethiek, zou hier minstens twee posities kunnen innemen. Voorstanders van een scheidingsthese zouden hier kunnen beweren dat ethische en politieke overwegingen *van buitenaf* de inhoud van het recht op ‘privacy’ komen bepalen. In zijn invulling van art 8 E.V.R.M. in de context van hulp bij zelfdoding zou de eiser zich dan *van buitenaf* laten inspireren door ethische intuïties die hij zou hebben samengevat in het morele recht op zelfbeschikking. Volgens een dergelijke opvatting over recht en ethiek ziet de eiser art. 8 als een juridisch instrument om bepaalde ethische overtuigingen verwerkelijkt te zien en hebben die ethische overtuigingen recht van bestaan los van art. 8 E.V.R.M.

Volgens de *verwevenheidsthese* daarentegen worden juridische bepalingen, zoals art 8 E.V.R.M, niet gezien als een instrument waarvan de betekenis het contingente resultaat is van morele doeleinden en politieke overwegingen die extern zouden zijn aan het recht en waarbij morele overwegingen zich zomaar kunnen ontwikkelen los van juridische bepalingen zoals art 8 E.V.R.M. Positief geformuleerd valt de verwevenheidsthese uiteen in twee luiken: de verstrengeling van ethiek in het recht en de verstrengeling van recht in ethiek.

De verstrengeling van ethiek in recht (*eerste luik*) komt erop neer dat het recht een eigen *interne* ethische finaliteit bezit, en dit mede door toedoen van de grondrechten en rechtsbeginselen die aan die rechtsordes ten grondslag liggen. Voor de articulatie van haar interne ethische finaliteit, is een rechtsorde, met inbegrip van haar grondrechten en rechtsbeginselen, aangewezen op morele theorievorming. Toegespijst op de vraag naar de draagwijdte van art 8 E.V.R.M. (het recht op ‘privacy’), wil de verwevenheidsthese hier zeggen dat art 8, als verdragsartikel en als deel van het verdragsrecht, een interne ethische finaliteit bezit die voor verheldering en articulatie aangewezen is op morele theorievorming, zoals die rond het morele principe van zelfbeschikking. Juridische argumenten, in hun kwaliteit, staan dus niet los van morele argumenten, omdat ze door morele argumentatie kunnen worden geoptimaliseerd. Hoe overtuigender de morele theorievorming rond zelfbeschikking des te overtuigender de juridische interpretatie van art 8 E.V.R.M. Dit eerste luik van de verwevenheidsthese lijkt ook vrij goed te passen bij de visie van het Hof zelf met betrekking tot de draagwijdte van art 8. E.V.R.M. in de context van hulp bij zelfdoding. Het Hof probeert uit zijn eigen case-law omtrent art 8. E.V.R.M een principe te puren dat hij gearticuleerd krijgt vanuit het moreel principe van zelfbeschikking of persoonlijke autonomie.

**19.** De verwevenheidsthese verwijst ook naar de verstrengeling van recht in ethiek (*tweede luik*). De ethische sfeer, omdat ze uiteenvalt in een diversiteit van types van ethische praktijken is op haar beurt aangewezen op een juridisch-institutioneel raamwerk dat burgers en publieke actoren een neutrale en omvattend positie aanreikt van waaruit het gewicht van de verschillende ethische praktijken wordt afgewogen en hun onderlinge verhoudingen wordt gepreciseerd. Morele theorievorming staat hier niet los en buiten het recht, maar dient in interactie met de institutionele structuren van een rechtssysteem een omvattend en onpartijdig perspectief te construeren dat reeds in de instituties van het recht besloten ligt.

Toegespijst op de *Pretty-case*, vertrekt de verwevenheidsthese hier van het gegeven dat de idee van zelfbeschikking die verankerd ligt in tal van ethische praktijken in onze samenleving, potentieel in conflict kan treden met andere ethische praktijken die het

respect voor het menselijke leven en de menselijke gezondheid belichamen. Gelet op de moeilijkheid om vanuit de ethische sfeer een evenwicht te vinden tussen deze verschillende praktijken, is de ethische sfeer aangewezen op recht, in casu op het recht van de Conventie en op instituties, zoals het Europees Hof, om vanuit een neutraal en omvattend perspectief geval per geval een evenwichtige afweging te maken. Dit tweede luik van de verwevenheidstheze lijkt in een zeker opzicht te verantwoorden waarom het Hof met betrekking tot art 8 E.V.R.M. een tussenpositie tussen het standpunt van mevrouw Pretty en dat van de Britse staat heeft gezocht. Het standpunt van mevrouw Pretty zou vanuit een ethisch standpunt nog al te zeer aanleunen bij de ethische praktijken rond zelfbeschikking. Het standpunt van de Britse overheid zou al te zeer aanleunen bij de ethische praktijken rond het respect voor het menselijke leven. Het Europese Hof zou gelet op het verdragsrecht, gelet op zijn institutionele rol en gelet op zijn juridische technieken (zoals ‘the free margin of appreciation’), gezocht hebben naar een meer neutraal en omvattend perspectief om een evenwichtige beoordeling van het geval te kunnen maken.

**20.** Hierboven hebben we, hopelijk overtuigend, aangetoond dat het in de context van rechtsbeginselen en grondrechten veel meer gerechtvaardigd is de verwevenheid tussen recht en ethiek, dan de scheiding tussen recht en ethiek te bepleiten. Tegen de verwevenheidstheze kan echter worden ingebracht dat er een bepaald type van ethische praktijken is die niet kan (en wellicht niet behoort) betrokken te worden in de interpretatie van de rechtsbeginselen en grondrechten die aan de rechtsorde ten grondslag liggen. Die praktijken verwijzen naar heel intense situaties waarbij een individu getroffen en geappelleerd wordt door de humaniteit van een ander persoon en waarbij hij in vaak symbolisch geladen gebaren de humaniteit van die persoon zal trachten te bevestigen. Gelet op het feit dat dergelijke menselijke verhoudingen zich moeilijk duiden in termen van rechten, aanspraken, plichten en normatieve verwachtingen, lijkt het hier in deze context veel meer verdedigbaar te zijn om opnieuw de scheiding tussen ethiek en recht te bepleiten, veeleer dan de verwevenheid van recht en ethiek.

Ter afronding van deze bijdrage, zou ik deze problematiek wat verder willen toelichten, niet om er een oplossing voor te bedenken, maar gewoon om afsluitend verder onderzoek in het vooruitzicht te stellen.

## **6. Geeft het recht ruimte aan de ontmoeting met de singuliere ander?**

**21.** Concentreren we ons opnieuw op de uitspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in het geval *Pretty vs. Verenigd Koninkrijk*. Pleitbezorgers van de verwevenheidstheze hebben hier alle redenen om instemmend tegen de motivering van het Hof aan te kijken. In *juridisch* opzicht lijkt deze uitspraak optimaal te zijn verantwoord omdat de draagwijdte van art. 8. E.V.R.M. wordt geïnterpreteerd vanuit *morele* concepten als zelfbeschikkingsrecht, persoonsautonomie, menselijke waardigheid die op hun beurt voldoende aansluiting vinden bij de finaliteit van de Conventie en de bestaande ‘case-law’ van het Hof met betrekking tot art 8 E.V.R.M. In *ethisch* opzicht lijkt deze beslissing ook optimaal te zijn, omdat het Hof vanuit een *onpartijdig* standpunt en



binnen het *juridische* raamwerk van de Conventie er in geslaagd is in de context van hulp bij zelfdoding de verschillende ethische relevante overwegingen op een evenwichtige wijze tegenover elkaar af te wegen: het zelfbeschikkingsrecht van mevrouw Pretty, het recht op leven van de meest kwetsbaren, en de vrije beoordelingsmarge van de nationale overheden.

Ondanks deze optimale wederzijdse betrokkenheid tussen recht en ethiek, zal niemand zich hier van de indruk kunnen ontdoen dat er iets schort met de uitspraak van het Hof, dat de uitspraak, hoe evenwichtig ze ook tot stand is gekomen, toch nog niet voldoende recht doet aan onze gevoelens van empathie met het lot van mevrouw Pretty en haar echtgenoot. In haar kwetsbaarheid en in haar vraag om door haar man uit haar lijden te worden verlost, verschijnt mevrouw Pretty in al haar menselijkheid: ze verschijnt voor ons als een uniek menselijk wezen, afgezonderd van ons door haar eigen lijden en haar eigen sterfelijkheid, die niemand in haar plaats kan dragen. Mevrouw Pretty appelleert ons tevens in al haar menselijkheid, omdat ze ondanks haar kwetsbaarheid nog voldoende kracht weet te ontplooiën om zich ten aanzien van haar eigen sterfelijkheid te positioneren en zich in die positie door anderen bevestigd te willen zien. Onze ontroering gaat ook uit naar mevrouw Pretty's echtgenoot die in zijn bereidheid haar bij haar wil tot sterven te helpen, een geste doet om de menselijkheid van zijn vrouw, haar waardigheid en zelfrespect, te bevestigen en tot volle recht te laten komen.

Hoe komt het dat het Hof in de interpretatie van het recht op 'privacy' en de beperkingen op de uitoefening van dat recht, uiteindelijk onvoldoende plaats kan geven aan onze solidariteit met het lot van mevrouw Pretty en met haar wens geholpen te worden bij haar zelfdoding? Het antwoord ligt wellicht in het feit dat het Hof, gelet op zijn neutrale positie ervan, moest nagaan of de wens van mevrouw Pretty generaliseerbaar is als een recht en of die wens op een evenwichtige wijze kan worden samen gedacht met de rechten van andere personen. Het punt is nu dat we in onze gevoeligheid voor de menselijkheid van mevrouw Pretty geen kenmerk van haar persoon respecteren (het zelfbeschikkingsrecht) dat alle personen op gelijke wijze toekomt en waarvan het belang tegenover andere rechten dient te worden afgewogen (recht op leven). In onze aandacht voor de menselijkheid van mevrouw Pretty zijn we gericht op die woorden, gebaren, vragen die zich niet in een generaliseerbaar recht laten opnemen, omdat ze juist mevrouw Pretty's singuliere verhouding tot haar eigen sterfelijkheid belichamen. In onze eventuele bereidheid om aan haar wens tegemoet te komen, gehoorzamen we dus niet aan een plicht die haar, zoals elke andere persoon, als een recht ter beschikking staat. Door net als de echtgenoot van mevrouw Pretty gehoor te willen geven aan haar eigen keuze, wensen we doorheen de bevestiging van haar uniciteit tegelijkertijd haar menselijkheid terug te schenken.

**22.** Het lijkt er dus op dat zich hier een onoverbrugbare kloof aftekent tussen het recht, als sfeer van normen en generaliseerbare rechten en plichten, enerzijds, en een bijzonder type van ethische praktijk, waarbij de ontmoeting met de singuliere ander centraal staat, anderzijds. Toch is het o.i. nog te voorbaring om hier de these van de verwevenheid tussen recht en ethiek definitief in te ruilen voor de klassieke scheidingsthese. Ter afronding van deze bijdrage en vooruitziend op nader onderzoek, lijkt het ons belangrijk te zijn wat verder de verhouding tussen de sfeer van recht en het geheel van dergelijke intense en vaak ontroerende interindividuele verhoudingen af te tasten. Onderzocht moet worden in welke mate een rechtsorde, met haar rechtsregels, rechtsbe-

ginselen en grondrechten, toch een plaats kan toekennen aan een dergelijk type van ethische praktijken waarin de ontmoeting met de singuliere ander centraal staat. Verder onderzoek is ook nodig om na te gaan of er geen onpartijdig, alomvattend perspectief denkbaar is binnen het recht, van waaruit aan een dergelijke praktijk, voor zover het in concurrentie treedt met andere types van ethische praktijken, toch nog voldoende gewicht kan worden gegeven.