

Uddrag fra en dansk-hollandsk konference om ret, etik og bio-teknologi

HENRIK PALMER OLSEN

Artiklen gennemgår og kommenterer en række oplæg som blev præsenteret på en konference om ret, etik og bio-teknologi. Konferencen fandt sted den 24.-25. januar 1997 i Aarhus og blev besøgt af såvel filosoffer som jurister, hvorfor den emnemæssige spændvidde var ganske stor. Ikke alle indlæg er omtalt i artiklen, men der er foretaget en repræsentativ udvælgelse.

Om retsopfattelser og retlige værdier

Den Dansk Hollandske Konference om ret, etik og bio-teknologi åbnede fredag eftermiddag med en kommentar til et indlæg som var forfattet af den hollandske jurist Wibren van der Burg. Van der Burgs Artikel *Three models of law and morality*¹ er et spændende forsøg på at vise, at en forståelse af retten kan bygges op omkring tre forskellige modeller. Ingen af disse tre modeller indeholder *det* rigtige svar². Omvendt er alle tre modeller uundværlige for en fuldstændig forståelse. På samme måde som den fysiske enhed elektron kan forstås både som en artikel og som en bølge, således kan

også retten forstås på forskellige måder³. Van der Burg argumenterer for, at der er flere forskellige måder at nærme sig retten på, og at hver tilgangsvinkel har sin egen logik. Eftersom de forskellige tilgangsvinkler er inkommensurable (på samme måde som partikel-opfattelsen er inkommensurabel med bølge-opfattelsen), kan der ikke etableres et overordnet fælles retsbegreb. De tre retsmodeller er følgende:

1. "The legal as an aspect of social reality"
2. "Law as a product"
3. "Law as a practice"⁴

Den første model fokuserer på retten som en del af vores daglige interaktion og dermed som en integreret del af vores sociale virkelighed:

- 1 Indlægget er optrykt i den materialesamling der blev uddelt i forbindelse med konferencen. En revideret version af van der Burgs indlæg forventes publiceret i et internationalt tidsskrift i løbet af efteråret. Van der Burg har i øvrigt efter konferencen gjort mig opmærksom på, at han nu arbejder med en teori om to modeller, og ikke tre, som han gjorde ved konferencen.
- 2 For den kritiske læser må spørgsmålet selvfølgelig stilles, om van der Burgs egen (meta)teori, som den præsenteres i *Three models of law*, er rigtig.
- 3 *Three models of law and morality*, p. 5 i konferencens materialesamling. Kopi af denne og de øvrige indlæg som er omtalt i nærværende artikel kan fås ved henvendelse til Henrik Palmer Olsen, Studiestræde 6, 1455 København K, Danmark.
- 4 Ibid. p. 6-8. Van der Burg har nu opgivet ideen om "law as an aspect of social reality", jf. note 1 ovenfor. Se hertil van der Burgs artikel: *Bioethics and law: A developmental perspective* i *Bioethics*, vol. 11, no. 2 1997, p. 91ff, hvor han udelukkende sonderer mellem en "product approach" og en "Practice approach".

“The legal in this sense, is not some distinct element that can be separated from social reality. It is not a specific characteristic or quality of actions, not even a supervenient quality. It is rather a way of looking which guides both our actions and our constructive interpretation of those actions; sometimes the legal framework is even constitutive of our actions. The legal is thus an indissoluble part of society: it permeates our social relations. We therefore cannot isolate and separate law from reality, nor reality from law”. (*Three models of law and morality*, p. 6).

Set fra denne synsvinkel er retten altså ikke en bestemt afsondret del af den sociale virkelighed, men derimod et aspekt af denne på samme måde som f.eks. den blå farve på min sofa. Ser vi derimod på den anden model – retten som produkt – er der tale om en klart afgrænset størrelse. Retten som produkt udgør en samling af autoritative tekster, der indeholder en sammenhængende regulering af vores livsforhold:

“Law is thus either a collection of texts or a coherent body of norms ... Law as a collection of texts is the product of legislative and judicial activities ... Law as a coherent body of norms can be seen as a product as well. Legal doctrine is the product of constructive activity by scholars and legal officials ...” (Ibid. p. 7).

Denne opfattelse af retten er meget populær blandt de forfattere der skriver fremstillinger af enkelte retsområder. I disse fremstillinger præsenteres den retlige doktrin ofte som et fasttømret sæt af regler og principper. Ifølge denne opfattelse er retten altså nærmest en

ting man kan pege på og sige “sådan ser den ud!”.

Med den sidste model – retten som praksis – forholder det sig anderledes. Her flyttes fokus fra de fastfrosne tekster til den mere bevægelige retsanvendelse. En praksis kan defineres som en sammenhængende og kompleks form for koordineret aktivitet, der er socialt forankret. I praksis-modellen sættes der fokus på selve den aktivitet som udfoldes blandt lovgivere, dommere, advokater, o.s.v:

“The essential idea of law as a practice is that we do not focus on the product of these activities, but regard these activities themselves as the law.” (ibid. p. 8).

Her er det altså retsskabelsesprocessen, retsanvendelsesprocessen, m.v., som er i fokus. Van der Burgs pointe er som sagt, at disse tre modeller udgør tre forskellige inkommensurable måder at se retten på. Ydermere hævder han, at den retsfilosofiske debat bærer præg af, at forskellige forfattere angriber retten på grundlag af forskellige modeller, hvorfor debatten har meget svært ved at udvikle sig på en konstruktiv måde. Problemet består i at modellerne ikke er fuldt ud kommensurable. Dette illustrerer van der Burg med endnu et eksempel fra fysikkens verden:

“Quantum physics holds that we can determine exactly either the place of an elementary particle, or its speed, but not both at the same time. If we focus on law as a coherent body of rules, the ambiguity and controversy, the processes of change and argument cannot be fully understood. If we focus on law as a practice, the fascination for change and controversy makes it

impossible for us to construct a coherent body of norms, because many norms that we try to construct are not yet settled or are even highly controversial.” (ibid. p. 9).

Dette er en ganske god iagttagelse, der, som van der Burg selv nævner, f.eks. kan forklare en del af grunden til den vedblivende debat mellem H.L.A. Hart og Ronald Dworkin. På trods af at de begge inkorporerer dele af alle tre modeller fokuserer Hart primært på retten som et produkt (bestående af primære og sekundære regler), og Dworkin primært på retten som en praksis (bestående af løbende (gen)fortolkninger og argumentationer).

Da jeg har en del dårlige erfaringer med konferencer, hvor deltagerne først og fremmest forsøger at skyde de andres ideer i sænk, for dernæst at fremhæve deres egen fortræffelighed, har jeg i min respons på van der Burgs artikel først og fremmest forsøgt at bevare integriteten i hans idé om de forskellige måder at se retten på. Det vil sige, at jeg ikke har haft som hovedmål, at finde frem til kritikpunkter, men derimod at finde en måde at udbygge og underbygge hans idé på.

I forbindelse med andet arbejde, har jeg gennem et stykke tid beskæftiget mig med den tyske retsfilosof Gustav Radbruch, og i forbindelse med min læsning af van der Burgs artikel opdagede jeg en vis lighed mellem van der Burgs idé om uforenelige retsmodeller og Radbruchs idé om uforenelige retlige værdier. Jeg skal ikke her komme nærmere ind på Radbruchs retsfilosofi, men blot nævne at de retlige værdier udgøres af henholdsvis retfærdighed, retssikkerhed og hensigtsmæssighed/formålstjenlighed. Pointen er nu at de forskellige modeller i van der Burgs teori knytter sig til Radbruchs forskellige værdier. For nu at

give et eksempel: Den model, der ser retten som produkt korresponderer med værdien retssikkerhed. Produkt-modellen fokuserer på en forståelse af retten som bestående af normer der kan findes i bestemte autoritative tekster. Idealet bag denne synsvinkel er forudsigelighed og stabilitet, som samtidig er centrale elementer i den værdi, der går under navnet retssikkerhed.

På samme måde som de retlige modeller, er også Radbruchs retlige værdier inkommensurable. Dette kan f.eks. illustreres gennem den konflikt der eksisterer mellem retssikkerhed på den ene side og hensigtsmæssighed/formålstjenlighed på den anden side. Det er et vigtigt aspekt af den retlige regulering, at den er adækvat i forhold til det formål, som retten tjener. Dette aspekt – denne værdi – kan følges ved at indlægge en bred margin i retsreglerne, således, at retsanvenderne får mulighed for et relativt frit skøn i hver enkelt sag. Omvendt er det klart at retssikkerheden kræver klare regler. Med andre ord: Retssikkerheden kræver at de retlige regler er klare og skarpt skåret. Virkelighedens verden består imidlertid ofte af de såkaldte “grå områder”, hvorfor meget skarpe regler kan stille sig hindrende i vejen for en hensigtsmæssig/formålstjenlig regulering. Et tilsvarende problem gør sig gældende med hensyn til forholdet mellem retssikkerhed og retfærdighed. I det hele taget er det ikke svært at se de mange konflikter der kan opstå mellem de forskellige retlige værdier.

De problemstillinger der opstår i brydningsfladerne mellem de forskellige modeller og de forskellige retlige værdier er vigtige at diskutere i det hele taget. Særligt vigtigt er det dog at få taget hul på denne diskussion i forhold til nye reguleringsområder, og specielt når der er tale om et så kontroversielt område

som forskning indenfor og anvendelse af bioteknologi.

Om retlig beskyttelse af den døde krop

Konferencens anden artikel var skrevet af Ulla Hybel. Hendes artikel *Biomedical research and integrity of the dead body*⁵, var et af de mest interessante indlæg på konferencen, bl.a. på grund af emnets grænseoverskridende karakter. Levende personers fysiske integritet er godt beskyttet i dansk ret – og de fleste andre retssystemer. Straffelovens regler om forbrydelser mod liv og legeme og lægelovens krav om samtykke til behandling er eksempler på dette. Denne beskyttelse af personers fysiske integritet ophører imidlertid ved dødens indtræden. Spørgsmålet bliver så, om der findes et andet regelsæt, som regulerer spørgsmålet om, hvordan vi skal forholde os til døde kroppe: Hvad er tilladt og hvad er forbudt? Ulla Hybel mener at der er grænser for hvad man kan gøre med de dodes kroppe. Denne grænse mener hun, at man kan finde i en idé om respekt for den afdødes krop:

“To require that the dead body be treated with respect is a basic principle in most societies today. To the dying awareness of this respect can be important. Knowing

that, in general dead bodies are treated with respect, is important to many people, as it reassures them that also their own bodies will be treated respectfully after they are dead themselves. This way respect for the dead can be of importance to the *psychological integrity* of the living, as fear of what sort of things one’s body will undergo after death can be a source of uneasiness and anxiety.” (*Biomedical research and integrity of the dead body*, p. 23).

Kravet om respekt for de afdødes kroppe er således ikke så meget et hensyn til de døde, men et hensyn til de levende⁶. En afdød krop skal behandles med respekt af hensyn til de levendes psykiske integritet⁷.

Der er stærke følelser forbundet med spørgsmålet om, hvordan vi skal forholde os til de døde, hvilket skyldes, at spørgsmålet hænger tæt sammen med vores forestillinger om, hvad døden er. På trods af – eller måske netop på grund af – emnets kontroversialitet er Ulla Hybels behandling af emnet sober og klar, og hun formår på en god måde at pege på nogle af de modsigende værdier der ligger bag reguleringen. Et eksempel som kan illustrere dette er, at den retlige regulering af den medicinske forskning på døde er forskellig, afhængig af om den døde er hjernedød eller hjertedød. Medicinsk forskning som *ikke* vedrører eller foretages i forbindelse med en obduktion

- 5 Artiklen er optrykt i den materialesamling der blev uddelt i forbindelse med konferencen. Artiklen er en oversat og bearbejdet udgave af en del af Ulla Hybels ph.d.-afhandling: *Forsøgspersoners retssikkerhed*, som forventes at udkomme primo 1998.
- 6 Spørgsmålet er selvfølgelig om det overhovedet giver mening, at tale om et hensyn til de afdøde. Hvilke interesser kan man krænke hos en død? Spørgsmål som dette kan ikke besvares og jeg er derfor helt enig i at respekten for de afdødes kroppe må forstås som et hensyn til de levende.
- 7 Hvad der nærmere ligger i begrebet “respektfuld behandling” kommer Ulla Hybel ikke ind på i sit oplæg.

eller en transplantation, må *ikke* finde sted på personer, som alene er hjernedøde, men ikke hjertedøde. Dette gælder uanset om den afdøde har givet sin tilladelse til forskningen. Uanset at man i dansk ret har indført et hjernedøds-kriterium, der nu gælder på lige fod med det gamle hjertedøds-kriterium, opretholder man altså fortsat hjertedød som en betingelse for at iværksætte visse handlinger i forhold til døde. Dermed opretholder man på dette område en retlig forskelsbehandling uanset at det retlige udgangspunkt er, at man i Danmark accepterer hjernedøds- og hjertedøds-kriteriet som ekvivalente døds-kriterier. Der er altså en vis inkonsistens i den lovgivning som regulerer området, en inkonsistens som kan give bagslag i forhold til den tidligere debat om døds-kriterium. Når man nemlig støder på regulering, der indeholder en forskelsbehandling af hjerne- og hjertedøde, således at visse handlinger er tilladte overfor hjertedøde, men ikke overfor hjernedøde personer, stiller man uvægerligt sig selv det spørgsmål, om den hjernedøde nu også er rigtigt død: Der må jo være en grund til denne forskelsbehandling, eller hvad?

Om livsforlængende drab

Et af de mere provokerende indlæg på konferencen, stod den danske filosof Kasper Lippert-Rasmussen for. Hans korte artikel *Life-prolonging killings and their relevance to ethics*⁸, gav anledning til megen debat. Selve begrebet livsforlængende drab har en noget skinger tone, men problematikken er meget reel: Man kan sagtens forestille sig, at læger har mulighed for at behandle meget syge – døende – patienter på en måde som vil for-

længe patientens liv samtidig med, at den pågældende behandling vil fremtræde som den direkte dødsårsag. Med sans for dramatik lader Kasper Lippert-Rasmussen dog scenen indtage – ikke af læge og patient, men derimod af offer og mordere:

“A group of hit men are about to kill Sam. If Jack shoots Sam just before the hit men had planned to do, the hit men will withdraw from the scene seeing no need to carry out their original plan. Sam will then die from his mortal wound one hour later than if the hit men had shot him. Exactly enough time for Sam to do something of great importance to him. Jack who cares strongly about Sam and has no other way to prevent the hit men from doing their job shoots Sam.” (*Life-prolonging killings and their relevance to ethics*, p. 99).

Der er nok ikke mange jurister, der vil betænke sig på, at anklage Jack for overlagt mord, men er hans handling umoralsk? Når vi stiller spørgsmålet i forhold til lægers livsforlængende, men dræbende behandling bliver problemet – specielt ses i lyset af de seneste års bio-medicinske udvikling – imidlertid svære og uhyggeligt nærværende. En læge skønner f.eks. at en af hendes meget kræftsyge patienter vil dø indenfor et halvt år. Imidlertid ved hun at der findes et medikament, som kan give patienten et godt liv i et helt år. Problemet er blot, at det selv samme medikament, vil være årsag til patientens død, når året er gået. Hvad skal lægen gøre? Problemet bliver ikke lettere hvis der er tale om en patient som f.eks. har 10% chance for at overleve og 90 % chance for at dø inden for det næste halve år.

8 Artiklen er optrykt i den materialesamling der blev uddelt i forbindelse med konferencen.

Lippert-Rasmussens tilgang til problemet om "livsforlængende drab" er fagfilosofisk, og hans overvejelser i artiklen er hovedsagligt tænkt som et bidrag til diskussionen af forholdet mellem "at dræbe" og "at lade dø". Umiddelbart et meget teoretisk problem, men et problem som ikke er uden praktisk betydning. Som eksempel kan nævnes at diskussionen om forholdet mellem "at dræbe" og "at lade dø" er centrale for en forståelse af den diskussion der vedrører forholdet mellem passiv henholdsvis aktiv dødshjælp⁹.

Om etik og dyrs integritet

Hollænderen Robert Heger, der kommer fra institut for teologi ved universitetet i Utrecht, havde til konferencen forfattet et oplæg om, hvorvidt menneskers beskyttelse af dyr skal række videre end beskyttelsen mod smertefuld behandling (dyremishandling). I oplægget *Respect for animal integrity*?¹⁰ Forsøger Heger at problematisere det forhold at de nye biomedicinske teknikker gør det muligt at omforme dyrs genetiske kode og dermed bryde deres naturlige integritet. Vi kender allerede til lignende problemer: Opdræt af kalkuner med en så ekstrem kropsvægt at naturlig formering ikke lader sig gøre; Hunde der får kuperet haler af kosmetiske årsager; opdræt af kvæg, der ikke er i stand til kælte, men må hjælpes med kejsersnit, o.s.v. Spørgsmålet er nu ikke blot om det er moralsk rigtigt eller forkert at foretage sådanne indgreb i dyrs naturlige måde at være på. Spørgsmålet er:

"Are such judgements just variations on the theme that it is wrong to inflict suffering onto animals" Og Robert Heger svarer selv: "In my view, they are not, because they have a different tenor. What is disapproved of in the beef cattle or turkey examples is not that suffering is inflicted on these animals, but that they are deprived of the capacities of natural calving or mating." (*Respect for animal integrity*, p. 38).

Dette citat dækker over en kritik af utilitarismen som filosofisk grundlag for bedømmelsen af, om det er moralsk forkert at foretage indgreb i dyrs naturlige integritet. Ifølge utilitarismen skal en handling eller en regels moralske værdi bedømmes på dens nytte i forhold til at fremme menneskers og dyrs lykke. Det moralske mål er ifølge utilitarismen størst mulig præferenceopfyldelse (mest mulig lykke) med mindst mulige omkostninger (mindst mulig smerte).

Sagen er nu den, at genetisk manipulation, er en form for indgriben i dyrs liv, som ikke kan rummes indenfor den utilitaristiske forståelsesramme. Med genetisk manipulation kan man ændre dyrs præferencer uden at påføre dem smerte. Man laver simpelthen om på nogle helt basale dele af dyrets væsen. Hegers oplæg er et forsøg på at finde frem til et ikke-utilitaristisk princip, som kan danne grundlag for en regulering af spørgsmålet om, hvor langt man kan gå med den bio-medicinske teknologi. At sådanne overvejelser er nødvendige er der ingen tvivl om. Den seneste tids debat og politiske uro i forbindelse med fremkomsten af det første klonede får, siger noget om spørgsmålets aktualitet.

⁹ Se f.eks. kapitel 2 i *Dødshjælp? – en redegørelse*, Det Ethiske Råd, 1996.

¹⁰ Artiklen er optrykt i den materialesamling der blev uddelt i forbindelse med konferencen.

Hegers overvejelser bærer præg af at være foreløbige, men han byder dog på et rimeligt konkret forslag til et reguleringsprincip. Princippet om respekt for dyrs integritet bør ifølge Heger fortolkes på følgende måde:

“We ought to refrain from attacking the intact body of animals, from threatening the achievement of the ends and purposes characteristic of them, and from depriving them of the capacity to maintain themselves in an environment appropriate for them.” (*Respect for animal integrity*, p. 42)

Dette vil for mig at se føre til et *for* vidtgående forbud, men nu er bolden i hvert fald givet op for en diskussion af problemet om, hvor grænsen skal gå for, hvilke indgreb der bør være beskyttet af en dyreetik.

Afsluttende evaluering

Som det måske er fremgået af det ovenstående, var der tale om en konference, hvor det hovedsageligt var teoretiske og principi-

elle spørgsmål som blev diskuteret. For at en sådan diskussion skal få nogen betydning uden for den akademiske verden kræves det, at de principielle overvejelser flyder ud i de retsskabende og retsanvendende systemer. Og hermed er jeg nået frem til det største handicap for den ellers så vellykket konference: Der var næsten ikke nogen praktikere til stede, som kunne give et modspil til den til tider meget teoretiske diskussion. Der var ingen politikere, ingen embedsmænd, og heller ingen repræsentanter fra Det Ethiske Råd, eller lignende.

Bortset fra, at et samspil med praktikere kunne have gjort konferencen endnu bedre, er der dog ingen tvivl om, at der var tale om et vellykket arrangement. Ikke mindst fordi der blev skabt nogle gode kontakter mellem Danskere og Hollændere, som måske kan bære frugt i fremtiden.

Forfatteroplysninger:

Henrik Palmer Olsen er forskningsassistent ved Retsvidenskabeligt Institut A, Københavns Universitet.