

Een onrechtmatig bestaan

Over de grenzen van de aansprakelijkheid¹

C.J.J.M. STOLKER

1. Een onrechtmatig bestaan

Op 24 februari 1977 werd in West-Duitsland een zwaar gehandicapt meisje geboren. Haar toestand was te wijten aan een rodehond-infectie van haar moeder in de eerste weken van de zwangerschap. De gynaecoloog, die de vrouw in behandeling had gehad, viel te verwijten dat hij de moeder destijds niet op de ziekte en de gevaren ervan had gewezen. Zou de vrouw op de hoogte zijn geweest, dan zou zij zich — dat stond vast — hebben laten aborteren.

De arts kreeg met twee vorderingen tot schadevergoeding te maken: een van de moeder die de extra kosten van het grootbrengen van een gehandicapt kind vorderde en een van het kind, een naar Amerikaans voorbeeld zo genoemde *wrongful life*-vordering.² Het meisje vorderde van de arts vergoeding van alle schade die zij als gevolg van de rodehond had geleden. Het Bundesgerichtshof stelde de moeder in het gelijk; het meisje werd, in een uitvoerig gemotiveerde uitspraak, in het ongelijk gesteld. Belangrijk in het oordeel was de volgende overweging:

‘...daß in Fällen wie dem vorliegenden überhaupt die Grenzen erreicht und überschritten sind, innerhalb derer eine rechtliche Anspruchsregelung tragbar ist.’³

Zijn hier dan toch, bij de *wrongful life*-vordering, de grenzen van het aansprakelijkheidsrecht bereikt?⁴ De Nederlandse auteur Schut verklaart zich — niet zonder bewondering voor de uitspraak van het Bundesgerichtshof — accoord met de beslissing. De uitspraak citerend, zegt hij

1. Naar aanleiding van de bijdrage heeft de schrijver een waardevol gesprek gehad met R.A.V. van Haersolte en A.M. Hol, met name over de vraag die onder paragraaf 4 van dit artikel aan de orde komt. Hij is hen beiden voor het meedenken zeer erkentelijk.
2. Ook de vader had een vordering ingesteld, maar die laat ik hier korthedshalve buiten beschouwing. De vordering van de moeder, de zogenoemde *wrongful birth*-vordering, zal eveneens buiten beschouwing blijven.
3. BGH 18 januari 1983, *Juristenzeitung*, 1983, p. 450.
4. In Amerika was die grens al eens eerder bereikt: *Zepeda v. Zepeda*, 190 NE2d 849 (Ill. 1963). Zie hierna onder paragraaf 5. De vordering wordt ook wel een *dissatisfied life claim* genoemd.

‘indien men zulk een aanspraak van het kind tegenover de arts wel aanvaardbaar vindt, zou bijvoorbeeld ook een aansprakelijkheid van de ouders die ondanks zware genetische belasting een kind verwekt hebben (en daarmee niet alleen zichzelf maar ook anderen met extra kosten opzadelen), moeten worden aangenomen. Dit alles maakt duidelijk dat de civiele rechtsorde inderdaad haar grenzen heeft bereikt, zodat van een verdergaande regeling moet worden afgezien. Een regeling van de aansprakelijkheid in dit soort gevallen is niet meer haalbaar en zinvol.’⁵

Wat wil daarmee gezegd zijn, dat ‘aansprakelijkheid in dit soort gevallen niet meer haalbaar en zinvol is’? Het kan hier toch niet gaan om een zesde vereiste voor aansprakelijkheid, van het type schuld, schade en causaliteit. Om aan aansprakelijkheid te ontkomen, mag een enkele verwijzing naar mogelijk toekomstige, heel andere, gevallen in het debat ten overstaan van de rechter niet beslissend zijn. Daar hoort men zich aan de regels te houden, in dit geval de regels die voortvloeien uit de dogmatiek van het aansprakelijkheidsrecht.⁶

Een dergelijk debat zal in de ogen van niet-juristen — in dit geval het slachtoffer en de arts — op een onaangename ‘toon’ gevoerd worden. De advocaat van het kind zal zijn vordering moeten laten steunen op de stelling dat het meisje maar beter niet geboren had kunnen worden. Ofschoon het haar dan natuurlijk niet gaat om vervangende schadevergoeding voor zelfdoding,⁷ maar om de wens de rest van haar leven althans financieel gezien zorgeloos te kunnen bestaan. Het zou evenwel onvoldoende zijn wanneer de advocaat van het meisje, met het terzijde schuiven van de dogmatiek, slechts naar een sociaal aanvaardbare oplossing zou vragen.⁸

5. G.H.A. Schut, *Wrongful life*, *RM Themis* 1987, p. 1 e.v. Een goed artikel over de wrongful life-vordering vind ik dat van de Belgische auteur R. Kruithof, *Rechtskundig Weekblad*, 1986, 1087, p. 2737 e.v.
6. Vergelijk J.H. Nieuwenhuis, Pleidooi voor een dogmatische rechtswetenschap, *RM Themis* 1988, p. 1 e.v.
7. Om het grof te zeggen de prijs van een buisje pillen.
8. Dat is wat mijns inziens R.M. Schoonenberg en in mindere mate ook Schoordijk doen in hun artikelen in respectievelijk de bundel *Rechtsvragen rond voortplanting en erfelijkheid*, Dordrecht 1986, p. 69 en in de Rood-de Boer-bundel, *Met het oog op het belang van het kind*, Deventer 1988, p. 129 e.v. Zie ook het preadvies voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht van J.K.M. Gevers, *Juridische aspecten van erfelijkheidsonderzoek en -advies*, 1987, p. 21 e.v.; Gevers’ betoog ligt in de lijn van dat van Schoonenberg. Mijns inziens is hij iets te optimistisch als hij spreekt van een ‘groeierende bereidheid van Amerikaanse rechters’ om wrongful life-vorderingen toe te wijzen (p. 25). In de rechtspraak is daarvan, voor zover ik kan overzien, geen sprake. Zo is de door hem genoemde uitspraak *Azzolino v. Dingfelder*, 322 SE2d 567 (NC 1984) inmiddels vernietigd door het Supreme Court van North Carolina, 337 SE2d 528 (NC 1985). De vordering werd slechts toegewezen in enkele gevallen: *Park v. Chessin*, 400 NYS2d 110 (NY 1977), nierziekte; *Becker v. Schwartz*, 386 NE2d 807 (NY 1978); *Turpin v. Sortini*, 643 P2d 954 (Cal. 1982), doofheid. Het Supreme Court van Californië kende slechts vergoeding voor bepaalde materiële schadeposten toe. Met deze laatste uitspraak is de veel gullere *Curlender*-uitspraak aan de kant gezet: *Curlender v. Bio-Science Laboratories, App.*, 165 Cal. Rptr. 477 (1980), *Tay Sachs*. Dit alles ligt iets anders voor de juridische literatuur. Daar wordt, net zoals in Nederland, veelal vóór de vordering

Anderzijds moet van de advocaat van de arts worden geëist dat hij aangeeft dat aan een of meer van de vereisten voor aansprakelijkheid niet is voldaan. Ook hier is het onvoldoende wanneer hij zich in concreto beroept op 'de grenzen van het aansprakelijkheidsrecht' onder verwijzing naar mogelijke andere gevallen in de verre toekomst. Om het anders te zeggen: de grenzen van het aansprakelijkheidsrecht worden in eerste instantie niet bepaald tot waar ons voorstellingsvermogen reikt of tot waar dat voor ons gevoel 'redelijk' is, maar door de grensstenen normschending, relativiteit, schuld, schade en causaliteit.

Een al dan niet emotioneel beroep op de grenzen van het aansprakelijkheidsrecht wordt vooral gehoord in gevallen van *medisch* aansprakelijkheidsrecht, en dan vooral van de zijde van de werkers in de gezondheidszorg. In bijvoorbeeld het *verkeers*aansprakelijkheidsrecht — waarvan het maatschappelijk belang veel groter is — klinkt zo'n beroep veel minder vaak. Hoe komt dat zo?

Een reden kan zijn dat artsen hun werk doen juist met het oog op de genezing van hun patiënten. Anders dan in het verkeer doorgaans het geval is, worden fouten dus niet gemaakt in de uitoefening van het eigen belang.⁹ Een ander verschil is dat partijen elkaar vooraf veelal reeds kennen, terwijl bovendien de relatie arts-patiënt bij uitstek als vertrouwensrelatie wordt gekenmerkt. Bij medische fouten verstoort een schadevergoedingsvordering van de patiënt, méér nog dan de fout zelf, die vertrouwensrelatie op ruwe wijze. Daarbij komt dat de arts de fout direct in de uitoefening van zijn beroep maakt. Het is begrijpelijk dat hij zich dan ook rechtstreeks in zijn beroepseer voelt aangesproken.

In dit verband is tevens van groot belang de angst voor 'Amerikaanse toestanden'. Artsen vrezen deze nieuwe wereld als hun voorland, met z'n reeksen van gerechtelijke procedures, premiestijgingen en *defensive medicine*.¹⁰ Vandaar wellicht het beroep op de grenzen van de aansprakelijkheid.

2. De wrongful life-vordering

Onder de noemer van wrongful life-vordering worden tal van zeer verschillende typen gevallen gebracht. Wel gaat het steeds om de vordering van het gehandicapte kind. Ik noem er een aantal afkomstig uit de Amerikaanse rechtspraak. Een onzorgvuldige medische behandeling van de moeder vóórdat de conceptie plaatsvond;¹¹ onzorgvuldige erfelijkheidsadvisering vóór¹²

gepleit.

9. Vergelijk C.J.H. Brunner onder HR 6 november 1981, NJ 1982, 567 (Bloedprik) en mijn dissertatie, *Aansprakelijkheid van de arts*, dissertatie Leiden, Deventer 1988, p. 35.
10. Vergelijk mijn *Van arts naar advocaat*, Deventer-Utrecht 1989.
11. Bijvoorbeeld *Renslow v. Mennonite Hospital* 367 NE2d 1250 (Ill. 1977), verkeerde bloedtransfusie negen jaar voor de conceptie; *Albala v. City of New York*, 445 NYS2d 108 (NY 1981), geperforeerde uterus vier jaren voor de conceptie.
12. Bijvoorbeeld *Park v. Chessin* 400 NYS2d 110 (NY 1977), ernstige nierziekte; *Moores v. Lucas*, 405 So2d 1022 (Fla. 1981), syndroom van Larsen; en de beroem-

respectievelijk tijdens¹³ de zwangerschap; onzorgvuldige sterilisatie van een patiënt, juist gericht op het voorkómen van de geboorte van een gehandicapt kind;¹⁴ onzorgvuldig voorschrijven van medicijnen (al dan niet gebrekkig) tijdens de zwangerschap;¹⁵ andere onzorgvuldige handelingen tijdens de zwangerschap.¹⁶

De wrongful life-vordering wordt in Amerika wel als de *frontier of medical malpractice litigation* gezien. Zij is vooral daarom zo in opkomst, omdat de markt van de *genetic counseling* een sterk groeiende is. In het Westduitse geval ging het weliswaar om het niet-onderkennen van (de gevaren van) rodehond, en ook in Engeland en in Amerika zijn er rodehond-zaken geweest, maar het merendeel van de Amerikaanse uitspraken hebben betrekking op tekortschietende erfelijkheidsadvisering.

Sommige wrongful life-vorderingen zijn gemakkelijker te beoordelen dan andere. Een arts die een zwangere vrouw een verkeerd medicijn toedient waardoor een tot dan toe gezond kind al vóór zijn geboorte wordt beschadigd, is rechtstreeks aansprakelijk jegens het kind. Hij heeft het kind letsel toegebracht, net zoals een onzorgvuldige automobilist die een zwangere vrouw aanrijdt en verwondt daarmee rechtstreeks onrechtmatig handelt jegens het ongeboren (eveneens verwonde) kind.

Heel veel moeilijker wordt het bij de rodehond-gevallen en bij de gevallen van onjuiste erfelijkheidsadvisering. Van letsel-toebrengen aan een gezond kind is dan geen sprake. Wat de arts in die gevallen wél verweten wordt, is dat hij de ouders ten onrechte de mogelijkheid van abortus heeft ontnomen of — in geval van een onzorgvuldige erfelijkheidsadvisering vóór de conceptie — dat hij de ouders de mogelijkheid heeft ontnomen níet te kiezen voor kinderen. Het zijn deze ‘veel moeilijker’ gevallen die in deze bijdrage centraal staan.

3. Een recht om geaborteerd te worden?

De stelling van het meisje luidt aldus: ‘U, arts, had mijn moeder in de gelegenheid moeten stellen mij te laten aborteren. Mijn leven is het niet waard geleefd te worden; liever geen leven dan zo’n leven.’ Het klinkt als Job, die door God beproefd (als krachtproef met de duivel) sprak: ‘Weg met

de zaak van *Curlender v. Bio-Science Laboratories App.*, 165 Cal.Rptr. 477, Tay Sachs.

13. Bijvoorbeeld *Procanic v. Cillo*, 478 A2d 755 (NJ 1984), rodehond; *Berman v. Allan*, 404 A2d 8 (NJ 1979), syndroom van Down.
14. Bijvoorbeeld *Speck v. Finegold* 439 A2d 110 (Pa. 1981), in deze zaak was eerst een sterilisatiefout gemaakt, daarna mislukte de abortus en daarop werd een ernstig gehandicapt kind geboren (Neurofibromatosis). En dan te bedenken dat studenten ons soms honen om onze ‘onwaarschijnlijke’ tentamencasus: *nothing as strange as reality!*
15. Bijvoorbeeld *Grodin v. Grodin and Cohen*, 301 NW2d 869 (Mi. 1980), vader en licht gehandicapt zoonje spreken moeder en arts aan voor de letselschade als gevolg van medicijngebruik tijdens de zwangerschap.
16. Bijvoorbeeld *Bergstreser v. Mitchell* 577 F2d 22 (1978), onzorgvuldig uitgevoerde keizersnee.

de dag waarop ik was geboren ... die dag, duisternis had hij moeten blijven'.¹⁷

Al eerder wees ik erop dat het voor het meisje niet gaat om een vordering tot 'nakoming', maar om een vordering tot schadevergoeding. Het aansprakelijkheidsrecht dwingt haar ertoe haar bestaan aan te vechten. Het Bundesgerichtshof oordeelde dat jegens de moeder wanprestatie is gepleegd en dat zij recht heeft op schadevergoeding, maar dat dat anders ligt voor het kind:

'Eine unmittelbare deliktsrechtliche Pflicht, die Geburt einer Leibesfrucht deshalb zu verhindern, weil das Kind voraussichtlich mit Gebrechen behaftet sein wird, die sein Leben aus der Sicht der Gesellschaft oder aus seiner unterstellten eigenen Sicht (für die naturgemäß nicht der geringste Anhalt besteht) 'unwert' erscheinen läßt, müßte innerhalb des allgemein auf Integritätsschutz ausgerichteten Kreises der deliktischen Verhaltensnormen einen Fremdkörper bilden. Es gibt sie nicht.'¹⁸

Weliswaar, zo vindt het college, kan de moeder met de arts een overeenkomst sluiten terzake van abortus, maar bij die overeenkomst is het kind niet meer dan lijdend voorwerp. Een recht om geaborteerd te worden heeft het kind niet en de arts kan dus ook geen rechtsplicht schenden.

Daaraan voegt het Bundesgerichtshof nog toe dat een rechter die het kind in het gelijk stelt, daarmee ook een uitspraak doet over de waarde van het leven van het kind: 'jij had er inderdaad maar beter niet kunnen zijn'. Onder een uitdrukkelijke verwijzing naar 'die Erfahrung mit der national-sozialistischen Unrechtsherrschaft beeinflusste Rechtsprechung der Bundesrepublik Deutschland' gruwet het ervan dat ooit rechters dergelijke uitspraken zouden moeten doen.

Schoordijk heeft erop gewezen dat alwie tegen dit oordeel verzet aantekent, zichzelf in moreel diskrediet lijkt te brengen. Hij betoogt dat naar huidige maatschappelijke en ethische inzichten het leven een hoog goed is, maar niet onder alle omstandigheden onaantastbaar. Hij vraagt zich af waarom de mens die met een zware handicap moet leven, omdat de arts de moeder niet heeft gewezen op dat grote gevaar van misvorming en het alternatief van een abortus, de arts niet zou kunnen voorhouden: 'Gij hebt mij in mijn menselijke waardigheid aangetast? Gij hebt ten onrechte geen oog gehad voor het feit, dat mijn moeder — ik kon niet voor mijzelf spreken, daarom moest mijn moeder dit doen — mijn leven niet menswaardig achtte en daarom hebt gij op mijn recht, voor zover dit binnen menselijk bereik ligt, redelijk gezond geboren te worden, inbreuk gemaakt'.¹⁹

De vraag is: heeft de arts jegens het meisje een rechtsplicht geschonden? Het Bundesgerichtshof beantwoordt die vraag ontkennend. Er is jegens het kind niet onrechtmatig gehandeld, er bestaat geen geschreven noch een

17. Job 3: 3-4. Kierkegaard heeft daarentegen eens opgemerkt dat Job alles verdroeg, totdat zijn vrienden kwamen om hem te troosten: toen verloor hij zijn geduld (*De Naakte Waarheid*, Baarn 1974, nr. 265).

18. BGH, a.w., p. 450.

19. H.C.F. Schoordijk in de Rood-de Boer-bundel, a.w., p. 132.

ongeschreven rechtsplicht om gehandicapten te aborteren. Evenmin vloeit voor het kind uit het contract moeder-arts een recht op abortus voort 'weil das geltende Recht der Mutter die rechtfertigende Erlaubnis zum Schwangerschaftsabbruch ausdrücklich nur in ihrem eigenen Interesse gewährt.'²⁰

Het recht om abortus te verlangen komt alleen toe aan de moeder, niet aan het kind. Schoordijk vraagt zich terecht af waaróm dat zo is. Is, zo schrijft hij, de moeder juist niet de eerstgeroepene om in het belang van het kind, zoals zij dit ziet, diens levenskansen onder ogen te zien en hieruit in het belang van het kind — waarover eenieder anders kan denken maar waarover de moeder wel een oordeel mag hebben — conclusies te trekken? 'Mag het kind zich bij die conclusie niet aansluiten, wordt zij aan hem niet toegerekend?'²¹ Schoordijk laat het hierbij, maar citeert nog wel de Duitse annotator Deutsch die het oordeel van het Bundesgerichtshof aldus kwalificeerde 'eine paternalistische Beschränkung des Schutzbereichs auf die Eltern erscheint seltsam altertümlich'.²²

De vraag is thans: hoe kan het kind zich, om met de woorden van Schoordijk te spreken, 'bij die conclusie aansluiten'?²³ Een geschreven of ongeschreven rechtsregel op grond waarvan de arts gehandicapten behoort te aborteren, bestaat niet. Dat behoeft geen betoog. Maar in deze casus is er meer aan de hand: er is een *overeenkomst* gesloten tussen de vrouw en de arts, waarbij de arts zich verplichtte om de vrouw in het licht van haar zwangerschap te informeren over haar ziekte (rodehond) en over de gevaren daarvan voor het ongeboren kind. Een vergelijkbare situatie doet zich voor in die gevallen waarin de arts de aanstaande ouders een onjuist erfelijkheidsadvies heeft gegeven. Dat advies wordt gevraagd met het oog op het krijgen van kinderen. Het verzoek van de ouders is niet in abstracto: 'kijkt u eens naar mijn genen', maar is in concreto gericht op het voorkómen van de geboorte van gehandicapte kinderen.

We stuiten hier op een probleem van relativiteit. Er is een norm: in dit geval geen ongeschreven norm of een wettelijke (zoals meestal bij relativiteit), maar een contractuele.²⁴ Aan die norm moet een bepaalde bescher-

20. BGH, a.w., p. 450; afwijzend ook de rechters Stephenson en Ackner in de enige Engelse wrongful life-zaak (rodehond) McKay v. Essex Area Health Authority [1982] 2WLR 890 (p. 900 e.v.). Zie hierover onder meer G. Robertson in *Modern Law Review*, 1982, p. 697 e.v., Ch. Lewis, The quality of life, The Law Society's Gazette, 1982, p. 839 en (uitvoeriger) K.S. Dass, Wrongful entry into life — cause of action, The Malayan Law Journal, 1983, p. cxiv e.v.

21. Schoordijk, a.w., pp. 133, 134.

22. E. Deutsch, Anmerkung *Juristenzeitung*, 1983, p. 451.

23. Men zou ook aan een derdenbeding kunnen denken, of wellicht ook aan een overeenkomst waarbij de moeder het dan nog ongeboren — wellicht zelfs nog niet verwekte — kind partij laat zijn. Doch deze constructies — die iets gekunstelds hebben — staan in zaken als deze buiten de werkelijkheid van alledag.

24. Het leerstuk van de relativiteit komt doorgaans voor in gevallen van onrechtmatige daad. Toch spreekt zij soms ook in gevallen van contractuele aansprakelijkheid. Vergelijk mijn *Aansprakelijkheid van de arts voor mislukte sterilisaties*, Deventer 1986, p. 60 e.v. en, in een fraai artikel, G.H. Lankhorst, De relativiteitseis in het aansprakelijkheidsrecht, *Ars Aequi*, 1987, p. 378. Zie ook Kruithof, a.w., p. 2750.

mingsomvang worden toegekend. Niet alleen moet worden vastgesteld tot welke schadeposten haar bescherming zich uitstrekt, maar ook *wie* er onder haar beschermingsomvang valt. In elk geval is dat de moeder, zo vinden kennelijk velen; maar ook het kind?

De overeenkomst die de vrouw sloot met de arts werd (behalve wellicht ook in het belang van de vrouw zelf) ook gesloten in het belang van het kind; hoe cru sommigen ook deze 'belangenbescherming' zullen vinden. De beschermingsomvang van de norm, zo zou ik menen, strekt zich dan ook uit tot het ongeboren kind. Ook jegens het kind is een norm geschonden, namelijk een contractuele norm.

Steun voor deze gedachte meen ik te vinden in het Verstekeling-arrest.²⁵ Van den Akker vloog met zijn bestelbus uit de bocht, sloeg over de kop en kwam tot stilstand tegen een boom. In de laadruimte van de bestelauto bleek zich, zonder dat hij zich daarvan bewust was, ... Jansen te bevinden, die overigens inmiddels uit de auto was geslingerd en zwaar gewond in de berm lag. De vraag was of Van den Akker nu ook *jegens Jansen* onrechtmatig had gehandeld. In een uitspraak, van groot belang voor het leerstuk van de relativiteit, overwoog de Hoge Raad:

'dat Van den Akker niet bedacht hoefde te zijn op de aanwezigheid van mensen in de laadruimte van zijn auto, en in zijn verkeersgedrag dus ook niet met eventueel daaraan verbonden gevaren voor het welzijn van deze mensen rekening behoeft te houden.'

Voor de vraag of het onjuiste verkeersgedrag van Van den Akker ook jegens de verstekeling onrechtmatig is, is volgens de Hoge Raad dus beslissend of de dader in zijn gedrag met het daaraan verbonden gevaar voor het welzijn van de verstekeling rekening had moeten houden. Rekening zal hij zeker moeten houden met overige weggebruikers; maar niet ook met een verstekeling, want op hem hoefde de bestuurder niet 'bedacht te zijn'.

Het valt niet in te zien waarom dit criterium niet ook dienst kan doen in (contractuele) wrongful life-zaken. De arts schendt ook jegens het kind een rechtsplicht (pleegt wanprestatie) als hij bedacht hoorde te zijn op diens aanwezigheid (en op diens belang zoals dat door de moeder wordt gezien). Dat kan zijn omdat de moeder hem, de arts, specifiek met het oog op haar nageslacht raádpleeft, maar het kan ook zijn dat hij eigener beweging de moeder hoort te informeren, zoals bij rodehond-gevallen.

4. Het probleem van de schade

Als we nu aannemen dat de arts jegens het kind aansprakelijk is, dan rijst vervolgens de vraag wat de schade is die het kind lijdt. Op het eerste gezicht is die vraag eenvoudig te beantwoorden: al die schade die voortvloeit uit de handicap; dus medische kosten, aanpassing van de woning, inkomensderving

25. HR 27 januari 1984, NJ 1984, 536 (G).

enzovoort. Aldus vergelijkt men de huidige gehandicapte toestand met die van een gezond kind, zoals men ter vaststelling van de schade nu eenmaal twee situaties pleegt te vergelijken. Daarbij moet steeds sprake zijn van een nadelige verandering, een 'vermindering'. Het 'vaste vergelijkingspunt' is steeds de situatie zonder de normschending.²⁶

Bij nader inzien stuiten we evenwel op een merkwaardig probleem. Zonder de normschending — bij een juist informeren over de ziekte rodehond, bij een juist erfelijkheidsadvies — zou het kind niet hebben bestaan. Wellicht zou er een gezond kind zijn geboren, maar dat was dan altijd een ánder kind geweest, bijvoorbeeld omdat de ouders na de abortus van de 'gehandicapte vrucht' voor een tweede — en dit maal wellicht gezond — kind hadden gekozen.²⁷ Maar het gehandicapte meisje dat in deze bijdrage centraal staat, zou nimmer gezond geboren zijn. Niet de arts was de oorzaak van de handicap, maar de rodehond. De arts kan uitsluitend worden verweten dat het kind met handicaps ter wereld is gekomen.

Er zijn hier naar mijn mening twee problemen die nauw met elkaar samenhangen. Het eerste is of de rechter, met de kwalificatie 'vermindering' (als element van schade) geen waardeoordeel over gehandicapt leven als zodanig uitspreekt. Vele Amerikaanse rechters die zich over de wrongful life-vordering hebben gebogen, bleken grote moeite met deze vraag te hebben. Want wordt de rechter niet gedwongen tot de uitspraak dat het leven van het kind inderdaad minder waard, inferieur, is geworden? Is, naar een Joods spreekwoord, het slechtste leven nog altijd niet beter dan de beste dood?²⁸ Mij lijkt het dat zo'n rechterlijke uitspraak allerminst een oordeel over de waarde van het menselijk leven als zodanig inhoudt. Bij de wrongful life-vordering gaat het om leven met handicaps. En daarover mag en moet de rechter een oordeel kunnen geven. Hij doet niet anders in letselzaken. In de zaak van Ebele Dillema bijvoorbeeld gaf de rechter een oordeel over de vermindering van de materiële en immateriële levensomstandigheden van Ebele, maar daarmee werd niets over een vermindering van de waarde van het leven van Ebele gezegd. Dat in de wrongful life-vordering het kind door de regels van het spel gedwongen is zijn gehandicapt bestaan af te zetten tegen níet-bestaan, doet daaraan niet af.

Het tweede probleem is veel groter. Gesteld dat we kunnen spreken van een 'vermindering', als element van schade, dan zullen we de omvang van die schade nog moeten vaststellen. Om de schade te kunnen vaststellen, moet

26. Zie daarover A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, dissertatie Utrecht, Deventer 1965, p. 14 e.v.
27. Wie in deze problematiek is geïnteresseerd verwijs ik naar D. Parfit, *Reasons and persons*, Oxford 1984, deel 3.
28. Zo werd in de zaak Gleitman v. Cosgrove — de vordering werd afgewezen — overwogen dat het 'is basic to the human condition to seek life and hold on to it however heavily burdened' en vervolgens, Theocritus citerend: 'For the living there is hope, but for the dead there is none', 227 A2d 689 (p. 693). Daarover uitvoerig in een op zich zelf interessant stuk van de Amerikanen J. Bopp, B.A. Bostrom en D.A. McKinney, The 'rights' and 'wrongs' of wrongful birth and wrongful life: jurisprudential analysis of birth related torts, *Duquesne Law Review*, 1989, p. 461 e.v. Naar mijn oordeel is die vraag evenwel bij de bepaling van de schade niet meer van belang. Zij is reeds beantwoord door de moeder (zie paragraaf 3).

hier vergeleken worden tussen gehandicapt-leven en niet-leven. Want er bestond voor het kind maar één alternatief voor zijn gehandicapte bestaan, namelijk niet-bestaan. Men bedenke dat het kind niet door de *arts*, maar door de *rodehond* is beschadigd. Wat de *arts* kan worden verweten is dat het kind gehandicapt is geboren. Wat dus mijns inziens niet mag, is vergelijken tussen gehandicapt leven en gezond leven. Dat laatste alternatief heeft voor het kind nimmer bestaan.

Maar hoe valt niet-leven, niet-bestaan, te waarderen? Wat is in deze situatie het 'vaste vergelijkingspunt'? Het probleem is dat het kind vaste grond onder de voeten mist, net zoals de baron Von Münchhausen, die te paard in het moeras terecht kwam. Weliswaar wist de baron zichzelf aan zijn pruik uit het moeras te trekken, maar daarvoor oogst hij dan ook onze eeuwige bewondering. Moet de vordering van het meisje daarom niet worden afgewezen?

Anderzijds kan men zich afvragen of dit probleem — de schade valt niet vast te stellen — geen al te formalistisch argument is om het meisje mee naar huis te sturen. Haar lijden ervaart zij dag en dagelijks; zou de *arts* géén fout hebben gemaakt dan had ze nimmer geleden; en toch krijgt ze te horen dat haar vordering op drijfzand is gebouwd. 'Werd mijn lijden maar eens gewogen, mijn leed op een weegschaal gelegd', horen wij Job nog eens, 'zwaarder zou het blijken dan al het zand van het strand aan de zee'. En tóch geen schadevergoeding? Is er niet iets te bedenken?

Ook de Engelse Law Commission heeft zich de vraag gesteld, of zij bij een afwijzing van de wrongful-life-vordering niet te veel gewicht gaf aan 'considerations of logic':

'Law is an artefact and, if social justice requires that there should be a remedy given for a wrong, then logic should not stand in the way.'²⁹

Ook Schoordijk lijkt niet onder de indruk van de kracht van de logica. Hij citeert de Duitse annotator Deutsch uitvoerig waar deze zich in krachtige bewoordingen verzet tegen het *Alles-oder-Nichts-Prinzip* van het Bundesgerichtshof.³⁰ Deutsch pleit ervoor het kind niet alle kosten van levensonderhoud te vergoeden, maar alleen die kosten die voortvloeien uit de handicap (het *Mehrbedarf*). Zijn betoog is doortrokken van de gedachte dat het recht tekort zou schieten als het geen oplossing zou bedenken. Maar hoe sympathiek ook het doel — wiens sympathie ligt er niet bij het kind — het schadeprobleem lijkt (anders dan ik ook zelf lang heb gedacht) niet te worden opgelost, maar terzijde geschoven: Deutsch vergelijkt, hoe men het ook wendt of keert, gehandicapt-leven met het gezonde leven.

29. The Law Commission (Law/Com No. 60 (Cmnd. 5709)) *Report on Injuries to Unborn Children*, 1974, p. 34 (ook in het Molengraaff-instituut in Utrecht aanwezig, vergelijk Schoordijk, a.w., noot 7). Tenslotte wijst de commissie de vordering tóch af, uit angst voor een toenemend aantal abortussen (zie hierna onder paragraaf 5).

30. Naar mijn oordeel verwacht Deutsch hier *Haftungsgrund* en *Haftungsumfang*, ofschoon hijzelf beweert van niet.

In de Amerikaanse rechtspraak is men tot heel verschillende resultaten gekomen. Slechts enkele (bijna steeds lagere) rechters hebben in het voordeel van het kind gevonnist. In het overgrote deel van de uitspraken werd de vordering van het kind afgewezen. Soms omdat er naar het oordeel van de rechter geen sprake was van een 'legally cognizable wrong' (zie evenwel hiervóór onder paragraaf 3), soms — het kwam hiervóór al aan de orde — omdat een voor het kind gunstige uitspraak, zou kunnen worden gezien als een diskwalificatie van het gehandicapte leven; en tenslotte — en die vraag is thans aan de orde — omdat een vergelijking tussen een gehandicapt bestaan en een gezond bestaan niet mogelijk is. Hoe kunnen wij iets zeggen over 'niet-bestaan', 'the utter void of non-existence'?³¹ Evenmin kunnen we iets zeggen over de vraag of dat niet-bestaan 'beter' is dan gehandicapt-bestaan, of dat het slechtste leven beter is dan de beste dood. In tal van Amerikaanse vonnissen wordt benadrukt dat het om veel meer gaat dan om schadebegrotingsperikelen: de 'imprecision of damages' zou onvoldoende reden zijn om de vordering van het kind af te wijzen.³² Het probleem is hier evenwel van letterlijk fundamentele aard: het raakt de grondvesten van ons schadebegrip. Op zichzelf is begrip op te brengen voor de rechter die zich, gesteld tegenover het meisje, minder gelegen laat liggen aan de fundamenten van ons aansprakelijkheidsrecht. Toch lijkt het mij moediger om stand te houden, en de vordering af te wijzen (maar, ik realiseer het me, het is gemakkelijk moedig te zijn op afstand).

Niettemin is mijn conclusie dat het kind bij dit type van wrongful life-vorderingen geen recht heeft op schadevergoeding. Niet omdat het kind geen schade ervaart, maar omdat het, voor de vaststelling van schadevergoeding noodzakelijke, vergelijkingspunt ontbreekt: een gezond leven had het kind hoe dan ook nooit gekregen. Voor het aansprakelijkheidsrecht behoort dit gehandicapt geboren kind niet anders te worden behandeld dan gehandicapten die níet op de fout van een ander kunnen wijzen. De fout op zichzelf is onvoldoende om tot schadevergoeding te concluderen. Dat geldt zowel voor de rodehond-gevallen, als voor die gevallen waarin voor of tijdens de zwangerschap een onzorgvuldig erfelijkheidsadvies werd gegeven. Beide typen van gevallen hebben dít gemeenschappelijk, dat voor het kind niet-bestaan het enige alternatief was geweest. Het kind — zoals dat thans voor de rechter staat — had nimmer 'gezonder' kunnen zijn. Dat is alleen anders als op basis van een zorgvuldig medisch handelen de handicap van het kind ten goede gekeerd had kunnen worden. Die toekomst lijkt overigens, nu op het vlak van bijvoorbeeld de genetische manipulatie almaar meer kan, steeds dichterbij te komen. Maar voorzover daarvan geen sprake is, moet de vordering worden afgewezen.³³

31. *Gleitman v. Cosgrove*, 227 A2d 689 (p. 692), rodehond, de eerste wrongful life-vordering. Ze werd afgewezen en de uitspraak zou een belangrijke rol spelen in tal van andere uitspraken waar de vordering werd afgewezen (bijvoorbeeld in de Engelse zaak *McKay v. Essex Area Health Authority* [1982] 2 WLR 890).

32. Bijvoorbeeld *Turpin v. Sortini*, 643 P2d 954 (Cal. 1982).

33. Dat dat 'hard' kan zijn erken ik. Dat moet het ook, in een héél ander geval, zijn geweest voor de Engelse weduwe *Weighall*, wier man door een EHBO-arts

5. Overige gronden voor afwijzing

Wie kennis neemt van de buitenlandse rechtspraak en literatuur over de wrongful life-vordering, merkt dat er ook andere argumenten zijn om de vordering van het kind af te wijzen. Zo heeft een aantal Amerikaanse rechters de vordering van het kind als 'against public policy' geoordeeld. Dat oordeel komt veelal voort uit de overtuiging dat het niet aangaat dat iemand zijn bestaan publiekelijk ter discussie stelt. Niettemin meen ik toch dat het in deze (en ook in andere) zaken gaat om een gewone schadevergoedingsvordering, zij het een waaraan een bijzondere casus ten grondslag ligt.

Het afwijzen van de vordering kan ook voortvloeien uit een bepaalde — veelal onuitgesproken — angst voor ethische vraagstukken. Nu moet de rechter veelal in korte tijd oordelen waar staatscommissies en de politiek jaren de tijd hebben. Dat zou een verklaring kunnen zijn waarop hij bij ethische vraagstukken een meer eenvoudige weg kiest. Zo beschouwde in de zaak *Becker v. Schwartz* een van de rechters het wrongful life-probleem als een 'mystery more properly to be left to the philosophers and the theologians'.³⁴ Weliswaar noemen Dias en Markesinis de ethische dimensie die aan sommige medische aansprakelijkheidszaken kleeft voor de jurist een 'God-sent gift ... it gives his topic an added dimension which other, more black-letter topics simply do not have', dat zal toch eerder door de onderzoeker zo worden ervaren, dan door de onder grote tijdsdruk werkende rechter.³⁵

Een ander argument, dat onder meer door de Engelse Pearson-commissie tegen de wrongful life-vordering werd aangevoerd, was het gevaar van een toenemend aantal abortussen.³⁶ Artsen zouden uit angst voor aansprakelijkheid op zwangere vrouwen druk kunnen gaan uitoefenen bij de geringste kans dat er met het kind iets 'mis' zou kunnen zijn. Dat argument begrijp ik niet goed: het gaat bij de meeste wrongful life-vorderingen om artsen die tekort schoten in de informatieverstrekking aan de vrouw. Als ze niet tekort zijn geschoten, hebben ze niets te vrezen: de keuze voor al dan niet een abortus is immers — zolang ze binnen de grenzen van de wet blijft — aan de vrouw. Angst voor enige druk op de vrouw is alleen reëel als er in een éérder

's nachts ten onrechte niet werd onderzocht. Vijf uur later stierf hij naar bleek aan een arsenicum-vergiftiging. De weduwe Weighall diende een schadevergoedingsvordering in. De rechter die over de zaak moest oordelen oordeelde dat het gedrag van de arts laakbaar was. Toch zou hij de vordering van de weduwe niet honoreren, want er kwam vast te staan dat ook als de arts wél zijn bed zou zijn uitgekomen en gedaan zou hebben wat hij behoorde te doen, de patiënt toch zou zijn gestorven. Daarvoor was de vergiftiging bij Weighall té accuut. De rechter wees daarom de vordering af, omdat de dood niet door de arts was veroorzaakt, *Barnett v. Celsea and Kensington Hospital Management Committee*, [1968] 2 WLR 422, besproken in mijn dissertatie, a.w. p. 121 e.v. Het argument dat zo de arts 'vrijuit' gaat, en dat dat ongewenst is, spreekt me niet aan. De 'straffende' functie die het aansprakelijkheidsrecht toch al nauwelijks heeft, dient in zo'n geval te worden gevonden in het tuchtrecht.

34. 46 NY2d 401 (1978), p. 41.

35. R.W.M. Dias en B.S. Markesinis, *Tort Law*, Oxford 1989, p. 171.

36. *Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury*, Report Vol. One 1978, Cmnd. 7054-I. No. 1485.

stadium fouten zijn gemaakt. Maar dan nóg vind ik dat argument te zwak om voor een *rechter* grond te zijn een wrongful life-vordering af te wijzen. Zó het argument al gegrond zou zijn, is hier toch veeleer een taak voor de *wetgever* weggelegd.

Datzelfde geldt voor de angst dat vorderingen van kinderen tegen de artsen zullen worden gevolgd door vorderingen van kinderen tegen hun ouders. Een van de eerste — beroemde — zaken was die van *Zepeda v. Zepeda*.³⁷ Een kind sprak zijn vader aan tot schadevergoeding omdat hij hem onder valse en niet-nagekomen trouwbeloften aan zijn moeder, had verwekt. Hij ging nu als *bastard* door het leven en zei daardoor schade te lijden. Het Supreme Court van Illinois vond het inderdaad onrechtmatig wat de vader had gedaan, maar vreesde zo zeer voor een stortvloed van vorderingen, dat het om die reden de vordering afwees. Andere voorbeelden zijn gemakkelijk te bedenken: rokende of drinkende moeders, zwangere vrouwen die bijvoorbeeld door gevaarlijk autorijden het ongeboren kind in gevaar brengen, en ouders — het Bundesgerichtshof noemt ze uitdrukkelijk — die ondanks een niet geringe kans op een gehandicapt kind tóch voor een zwangerschap kiezen. Mogen dit soort gevallen nu een argument zijn om in een heel ander geval de vordering van het kind af te wijzen? Ik meen van niet. Het gaat om gevallen die op hun eigen merites moet worden veroordeeld, waarbij met name moet worden gekeken naar de vraag of er wel sprake is van een normschending jegens het kind. Zo er al voor misstanden moet worden gevreesd, is toch ook hier een taak voor de wetgever weggelegd?³⁸

Tenslotte — en dat geldt vooral voor Amerika — wordt een belangrijk argument voor afwijzing van de vordering gevonden in de beteugeling van de medische aansprakelijkheids crisis. Dat argument speelt vooral voor de wetgever. In tal van staten is inmiddels wetgeving tot stand gekomen, waarin de wrongful life-vordering wordt verboden. De argumenten voor deze wetgeving zijn deels van 'hogere orde'³⁹, maar uitdrukkelijk wordt ook de verzekeringscrisis genoemd. Een voorbeeld is het recente Freind Amendment in de staat Pennsylvania.⁴⁰

37. *Zepeda v. Zepeda*, 190 NE2d 849 (Ill. 1963). In de Amerikaanse literatuur wordt wel gesproken van 'interfamilial warfare', vergelijk Bopp c.s., a.w., p. 511.

38. Zoals de Engelse wetgever met de Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976, chapter 28 en de wetgevers in tal van Amerikaanse staten. Recent is het zogenaamde Freind Amendment (zie hierna noot 40).

39. Bijvoorbeeld dat men het ongewenst vindt dat ouders die (zeggen te) kiezen voor abortus wél recht op schadevergoeding hebben, terwijl ouders die kiezen 'voor het leven' daar geen recht op zouden hebben. Dat onderscheid vinden sommigen niet te rechtvaardigen. In het Freind Amendment (zie de volgende noot) is dat een van de uitdrukkelijke argumenten om de wrongful life-vordering te verbieden.

40. De wetgeving is afkomstig van lid van het Huis van Afgevaardigden Steven Freind (42 Pa Cons. Stat. Ann. par. 8305-8306 (Purdon Supp. 1989)). De wet wordt besproken door J. Lyons, To be or not to be the Pennsylvania general assembly eliminates wrongful birth and life actions, *Villanova Law Review*, 1989, p.681 e.v.

6. Besluit

Ik kom terug op het begin van mijn bijdrage. Het Bundesgerichtshof vond dat bij toewijzing van de vordering van het meisje grenzen worden overschreden waarbinnen het aansprakelijkheidsrecht behoort te blijven. Het zou me allerminst verbazen als ook in ons land sommigen daar ook zo over denken. In deze bijdrage bepleit ik voorzichtig te zijn met die grenzen van de aansprakelijkheid. Een beroep erop is daarom gevaarlijk omdat het de *suggestie van vanzelfsprekendheid* in zich draagt: grenzen plegen immers kenbaar te zijn en duidelijk vast te liggen. Hier zal dat veelal schijn zijn: waar het Bundesgerichtshof een grens meende te vinden, bleken tal van (individuele) Amerikaanse rechters en tal van schrijvers daar heel anders over te denken. Ze zal door eenieder weer elders worden getrokken, zeker waar het gaat om zaken met een ethische inslag. Zo kan eenieder, zoals de Romeinen deden, aan zijn eigen Terminus, zijn eigen grensgod, offeren.

Als dat zo is, en als zo'n grens niet veel meer is dan een breekbare façade voor een hoogstpersoonlijke opvatting, dan verliest een beroep erop zijn nut. Net zoals dat tussen buren het geval is, hebben grenzen pas zin als ze door meer dan een persoon worden geaccepteerd. En is het nodig? We hebben in het aansprakelijkheidsrecht een duidelijke grenssteen, dat is het vereiste van de normschending: de wanprestatie, het onrechtmatige gedrag. Door — om mij even te beperken tot de medische aansprakelijkheid — de norm zorgvuldig vast te stellen, door geen overspannen eisen te stellen aan de beroepsuitoefening van artsen, wordt een veel belangrijker bijdrage geleverd aan het *tragbar* blijven van de aansprakelijkheid dan door één, betrekkelijk willekeurig, type vordering af te wijzen of bij wet te verbieden.⁴¹

Ik heb in deze bijdrage bovendien gepleit voor een zorgvuldige omgang met de dogmatiek van het aansprakelijkheidsrecht. Als pregnant voorbeeld koos ik het dilemma van de wrongful life-vordering. Mijn conclusie is dat de vordering van het kind moet worden afgewezen. Niet omdat jegens het kind geen rechtsplicht zou zijn geschonden; die is wel geschonden (paragraaf 3). Wat wèl aan aansprakelijkheid in de weg staat, is het feit dat het voor de vaststelling van de schadevergoeding noodzakelijke vergelijkingspunt ontbreekt (paragraaf 4). Er bestaat voor het kind maar één alternatief: niet-bestaan. Zoals ik het thans zie, en om het wat pathetisch te zeggen, is de keuze voor of tegen schadevergoeding tegelijkertijd een keuze voor of tegen de dogmatiek van het aansprakelijkheidsrecht. Ik heb voor de eerste gekozen en daarmee, dat realiseer ik me, tegen het kind. Zo gaat dat met dilemma's.

41. Zie daarover mijn *Van arts naar advocaat*, a.w., hoofdstuk 7.