

Een duivels dilemma

Janneke Gerards*

Op 8 augustus 2000 werd in Manchester, in het Verenigd Koninkrijk, een tweeling geboren met de namen Jodie en Mary.¹ Zij hadden elk hun eigen hartje, longen en andere vitale organen, net als hun eigen armen en benen, maar bleken bij het bekken met elkaar te zijn vergroeid. Gespecialiseerde artsen hadden tijdens de zwangerschap de hoop uitgesproken dat Jodie en Mary van elkaar konden worden gescheiden en daarna een zelfstandig bestaan konden hebben. Meteen na de geboorte bleek echter dat Mary weliswaar leefde, maar dat ze niet in staat was zelfstandig te ademen en bloed rond te pompen. Daarvoor was ze afhankelijk van Jodie, met wie ze via een gezamenlijke slagader was verbonden. Jodie bleek sterk genoeg te zijn om zowel zichzelf als haar zusje van zuurstof te voorzien en ze groeide redelijk vlot. Toch bleek uit allerlei medische onderzoeken dat ze dit niet lang zou kunnen volhouden. Binnen enkele maanden zou haar hart zo overwerkt raken dat er niet voldoende bloed meer zou vloeien naar de vitale organen. Als er niet snel iets zou gebeuren, zouden Jodie en Mary binnen drie tot zes maanden allebei overlijden. Duidelijk was ook dat Jodie goed ontwikkeld was en dat een scheidingsoperatie zou betekenen dat ze een gezond leven zou kunnen leiden zonder al te veel fysieke en mentale beperkingen. Zo'n operatie zou echter één belangrijk nadeel hebben: door het verbreken van de slagader tussen Mary en Jodie zou Mary geen bloed en zuurstof meer krijgen, en dat zou haar acute dood betekenen.

*Als er niet snel iets zou gebeuren,
zouden Jodie en Mary binnen
drie tot zes maanden allebei overlijden*

De artsen legden deze kwestie voor aan de ouders van de tweeling, die weigerden toestemming te verlenen voor een scheidingsoperatie. Zij waren streng religieus en hadden de overtuiging dat het Gods wil was om de tweeling zo geboren te laten worden, en ook om de beide zusjes te laten over-

lijden. De artsen konden dit niet verenigen met hun eigen overtuiging dat het niet wenselijk is om twee kinderen te laten overlijden, als het medisch gezien goed mogelijk is om één kind te redden en een kans te bieden op een gezond leven. Het ziekenhuis benaderde dan ook de rechter, die naar Engels recht bevoegd is om de mening van de ouders te passeren en zonodig alsnog toestemming te geven voor de operatie.

*De enige manier waarop de rechter in
zo'n zaak een beslissing kan nemen,
is door een afweging te maken tussen
de belangen die in het geding zijn*

Op deze manier verwerd de kwestie van de scheiding van Jodie en Mary van een ethisch dilemma voor de artsen, en een moreel en religieus dilemma voor de ouders, tot een juridisch vraagstuk.² De belangrijkste rechtsvraag die in de zaak van de tweeling voorlag werd door één van de rechters bij het Engelse Court of Appeal kernachtig geformuleerd als de vraag of het leven van Mary mocht worden opgeofferd om op die manier het leven van Jodie te redden.³ Daarnaast speelde een tweede vraag, namelijk die of de wens van de ouders om de natuurlijke situatie te respecteren, zou moeten prevaleren boven de wens van de artsen om het leven van één van de tweelingzusjes te redden. Beide rechtsvragen waren nog niet eerder op deze manier aan de rechter voorgelegd en duidelijke wetgeving hierover was niet voorhanden – de beschikbare regels over euthanasie en abortus boden geen eenduidig antwoord, net zomin als de regels over recht op leven en het strafrechtelijk verbod op moord. In een dergelijke situatie is het voor een rechter bijzonder moeilijk om op een puur juridische manier te oordelen. Niet voor niets wordt dit type zaken met een Engelse term aangeduid als *hard cases*. De enige manier waarop de rechter in zo'n zaak een beslissing kan nemen, is door een

* Janneke Gerards is als hoogleraar staats- en bestuursrecht verbonden aan de Afdeling Staats- en Bestuursrecht van de Universiteit Leiden.

1 Dit zijn niet de eigenlijke namen van de kinderen, maar namen die zij in de procedure voor de Engelse rechter hebben gekregen om hen anoniem te laten blijven, maar hen tegelijkertijd te

kunnen identificeren als echte kinderen – afkorting als A of X hebben veel minder zeggingskracht.

2 *In Re A (Children) (Conjoined Twins: Surgical Separation)* [2001] Fam. 147 (Court of Appeal).

3 Ward LJ formuleerde het als volgt: '... can one's right to life be traded against another's?' (p. 190).

afweging te maken tussen de belangen die in het geding zijn. Dergelijke afwegingen komen in het recht vaker voor en roepen steeds bijzondere problemen op. De vraag is immers of een rechter in staat is om objectief en op rationele en juridische gronden vast te stellen hoe zwaar de betrokken belangen nu eigenlijk wegen, en of hij bij heel ongelijksoortige belangen eigenlijk wel kan beoordelen welk belang het zwaarste weegt. Of het daarbij gaat om een conflict tussen vrijheid van meningsuiting en godsdienstvrijheid, om een botsing tussen publieke milieubelangen en de financiële belangen van een onderneming, of, zoals in het geval van Jodie en Mary, om het recht op leven van een baby en het recht op respect voor een religieuze overtuiging, maakt voor die fundamentele problematiek niet veel verschil.

*Lord Justice Ward moest vaststellen
dat Jodie en Mary beiden een even
zwaarwegend recht op leven hadden*

Gelet op de complexiteit van belangenafwegingen in *hard cases* is het interessant om te zien hoe het *Court of Appeal* in de zaak van Jodie en Mary te werk ging. Belangrijk is vooral de opinie van Ward LJ (*Lord Justice*), die de meeste aandacht besteedde aan de belangenafweging en daarin door de andere rechters gesteund werd.⁴ Ward ging allereerst op zoek naar de steunpunten die de Engelse wetgeving en rechtspraak misschien toch zouden kunnen bieden. In dat verband stelde hij vast dat in het Engelse recht was geaccepteerd dat het belang van het kind altijd het meest zwaarwegend was. Zelfs als de ouders een tegengestelde mening hadden, zou de rechter de belangen van het kind moeten laten prevaleren.⁵ Die duidelijke regel vergemakkelijkte de taak van het *Court of Appeal*, in die zin dat het feitelijk geen rekening hoefde te houden met de weigering van de ouders, maar alleen hoefde te kijken naar de belangen van Mary en Jodie.⁶ Vervolgens zocht Ward in het Engelse recht of enig houvast zichtbaar was om de belangen van de baby's tegen elkaar af te wegen. Dat bleek er inderdaad te zijn, maar in dit geval bleek dat de afweging eerder te bemoeilijken dan te vergemak-

kelijken. Naar Engels recht is het namelijk niet toegestaan om een individu ter dood te brengen of de dood actief te bespoedigen, dit vanuit een fundamentele gedachte van de onschendbaarheid van het menselijk leven.⁷ Dit uitgangspunt van de *sanctity of life* zorgde ervoor dat Ward moest vaststellen dat Jodie en Mary beiden een even zwaarwegend recht op leven hadden. De schalen van de weegschaal waarin hun belangen moesten worden geplaatst, hingen voorsnag dus in balans.⁸ Omdat op die manier een beslissing onmogelijk is, diende Ward verder te zoeken naar doorslaggevende argumenten. Hij deed dit door de stelling te poneren dat in de 'schaal' van elk kindje het nut moest worden geplaatst van het uitvoeren of juist nalaten van de gevraagde operatie. Daarbij overwoog hij dat de operatie voor Jodie van zeer grote waarde zou zijn, omdat deze voor haar een relatief normaal leven in het vooruitschiet zou leggen. Voor Mary zou de operatie haar leven bekorten, maar het nalaten daarvan zou ook niet veel verschil maken – '... she remains doomed for death'.⁹ Dus, zo concludeerde Ward, was het belang van Jodie uiteindelijk veel zwaarwegender dan dat van Mary en moest de toestemming voor de operatie worden verleend.¹⁰

*Het is niet goed mogelijk om te bepalen
hoe zwaar het recht op leven
van Mary weegt, omdat er nu eenmaal
geen objectieve maatstaf is
om het gewicht van 'leven' te meten*

Deze uitspraak laat veel zien over de manier waarop een rechter in 'lastige zaken' te werk kan gaan. Door te zoeken naar de aanknopingspunten die wet en rechtspraak bieden, kunnen sommige vragen relatief eenvoudig worden beantwoord, en kunnen sommige belangen worden weggestreept uit de vergelijking. Daarna is het zaak om de resterende vragen en belangen zorgvuldig te bekijken. Zoals de opinie van Ward laat zien, is het moeilijk om het gewicht daarvan op een absolute manier vast te stellen. Het is bijvoorbeeld niet goed mo-

4 In het Verenigd Koninkrijk is het gebruikelijk dat alle rechters een afzonderlijke opinie schrijven en vervolgens op basis daarvan wordt bepaald hoe het dictum moet luiden. Anders dan in Nederland is er dus geen sprake van één uitspraak die door een meervoudige kamer in gezamenlijk overleg wordt geschreven.

5 Op p. 193/194.

6 Daarbij kon Ward LJ vrij gemakkelijk vaststellen dat de wens van de ouders niet in het belang van hun kinderen waren; zie p.

195/196.

7 Op p. 184 e.v.; zie specifiek *Airedale NHS Trust v. Bland* [1993] AC 789 en de nadere analyse van Brooke LJ in de zaak van Jodie en Mary, p. 210 e.v.

8 Zie p. 196.

9 Zie p. 197.

10 Zie p. 197.

gelijk om te bepalen hoe zwaar het recht op leven van Mary nu eigenlijk weegt, omdat er nu eenmaal geen objectieve maatstaf is om het gewicht van 'leven' te meten. In plaats daarvan kiest Ward ervoor om te bekijken in hoeverre de belangen van Mary en Jodie nu eigenlijk realiseerbaar zouden zijn, en zijn besluit uiteindelijk op een vergelijking van die realiseerbaarheid te baseren. Dan blijkt dat het ene belang, dat van Mary's leven, eigenlijk nauwelijks kan worden verwezenlijkt, terwijl dat voor het tegengestelde belang heel anders is. Door deze opzet van de redenering wordt een redelijke keuze tussen de beide belangen mogelijk, hoe moeilijk de zaak ook is.¹¹ Duidelijk is bovendien

hoe het denkproces van Ward is verlopen, waardoor juristen (wetenschappers, advocaten) kritiek kunnen leveren op de uitkomst van de zaak en kunnen bekijken hoe het in een volgend geval beter kan.¹² Juist om die reden is het van belang dat iedere rechter steeds zoekt naar overtuigende argumenten die zijn beslissing op een rationele manier kunnen ondersteunen, en dat hij die argumenten in een logisch samenhangend, krachtig en uitgebreid gemotiveerd betoog plaatst. Dat soort uitgebreide argumentaties is in het Verenigd Koninkrijk praktijk, maar is in Nederland nog steeds uitzonderlijk. Daarin ligt voor Nederlandse juristen een belangrijke uitdaging besloten. ❧

11 Deze benadering lijkt op een benadering die ook in de rechtstheoretische literatuur is terug te vinden. Zie vooral R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights* (vert. J. Rivers), Oxford: OUP 2004, p. 102. Ook andere rechters passen deze methode soms toe. Zie recentelijk bijv. EHRM 29 juni 2006, *Öllinger/Oostenrijk*, *European Human Rights Cases* (EHRC) 2006/107, m.nt. Gerards.

12 Zulke kritiek is ook wel geleverd. Sommigen hebben bijvoor-

beeld aangegeven dat je in een patstelling als deze als rechter niet mag ingrijpen, en de natuur haar gang moet laten gaan, of de voorrang moet geven aan de mening van de ouders (bijv. J.L. Black-Branch, 'Being over Nothingness: The Right to Life under the Human Rights Act', *European Law Review* 2001, 26 Supp (Human Rights), p. HR38/39). Ook andere meningen zijn denkbaar, zoals vaak in de argumentatieve discipline van het recht.