

De dag verga, waarop ik geboren werd

‘Mede ten gevolge van een medische fout heb ik het leven gekregen, maar moet ik ook veel lijden. Omdat ook dit lijden mede het gevolg is van een medische fout, vind ik dat de veroorzaker van die fout mee moet helpen om dit lijden te verzachten en mijn bestaan zo draaglijk mogelijk moet maken. Ik verwijt de veroorzaker van de fout niet het feit dat ik geboren ben.’

Dit onthutsende ego-document is ontsproten aan de verbeelding van de advocaat van Kelly, een meisje dat meervoudig gehandicapt ter wereld is gekomen als gevolg van een beroepsfout van een verloskundige. Indien de fout niet zou zijn gemaakt, zou een chromosomale afwijking aan het licht zijn gekomen, en zou de moeder van Kelly hebben besloten tot abortus.

Hoe te oordelen over Kelly's aanspraak op schadevergoeding? De Haagse rechtbank is kortdaat afwijzen. De motivering is eveneens gedecideerd, een kleine ingreep met het ontledmes is voldoende. De omstandigheid dat Kelly gehandicapt is geboren, kan worden ontleed in twee afzonderlijke feiten: de geboorte en de handicap. De geboorte is inderdaad veroorzaakt door een fout van de verloskundige, maar daarover wordt niet geklaagd. Dit feit kan dus buiten beeld worden gedaaid. Houden we over de handicap. De handicap is echter niet een gevolg van de fout van de verloskundige, maar van de chromosomale afwijking waarmee Kelly al in haar prenatale staat was behept.¹

Is hier een speld tussen te krijgen? De Franse Cour de cassation meent van wel, getuige een onlangs in assemblee plénière gewezen arrest.

‘Dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Mme X avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interruption de sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap, et causé par les fautes retenues.’

Het kind kan vergoeding vorderen van zijn schade die het gevolg is van zijn handicap en is veroorzaakt door de medische fouten. De belangrijkste schakel in de causale keten is voor de Cour de cassation de omstandigheid dat de gemaakte fouten de moeder de mogelijkheid hebben ontnomen te kiezen voor

afbreking van haar zwangerschap om zo de geboorte van een gehandicapt kind te voorkomen.

Het arrest heeft in Frankrijk geleid tot veel tumult.² De schandpaal (‘La Cour de cassation méritait-elle le pilori?’) en de klacht van Job (‘Périsse le jour qui me vit naître’) komen eraan te pas. De verwijzing naar het boek Job is geen loos ornament. Dit is het boek van berusting en verzet. Berusting: ‘Naakt ben ik uit de schoot mijner moeder gekomen, naakt zal ik daarheen wederkeren. De Heer heeft gegeven, de Heer heeft genomen, gepiezen zij de naam des Heeren.’ Verzet: ‘Waarom ben ik niet bij de geboorte gestorven? () Eiken toch dat God mij onrecht heeft gedaan.’ Job weerspiegelt als geen ander onze gespletenheid ten opzichte van de plaats van onverdiend leed. Is dit een beschikking van het lot waarin we moeten berusten, of is onverdiend leed steeds *omecht* dat aanspraak geeft op vergoeding?

Het is niet ondenkbaar dat de weerzin tegen het toekennen van schadevergoeding in gevallen van *wrongful life* voortvloeit uit een algemeen, ongearticuleerd onbehagen over de veronderstelde groei van de ‘claim-cultuur’. Het blijft echter een onafwijsbare plicht de consistentie van het aansprakelijkheidsrecht in het oog te houden. Een kind dat einstig gehandicapt wordt geboren als gevolg van medische fouten, krijgt zijn schade vergoed, indien het zonder die fouten gezond ter wereld zou zijn gekomen. Op het eerste gezicht verschilt het hypothetisch perspectief van Kelly hemelsbreed. Als de fouten niet zouden zijn gemaakt, zou zij in het geheel niet zijn geboren. Rechtvaardigt reeds niet dit het verschil in behandeling: het schimmige karakter van de schade in gevallen van *wrongful life*? De schade lijkt in het niets te verdwijnen als we het gebaande pad van het schadevergoedingsrecht volgen. Wat is schade? Het nadelige verschil met de – hypothetische – situatie waarin de benadeelde zou hebben verkeerd, indien de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, niet had plaatsgevonden. Het tucé tei bepaling van de schade lijkt onvermijdelijk te voeren naar het absolute nulpunt: de non-existentie van de benadeelde.

Aan de andere kant: de aanslag op de kwaliteit van het leven is er niet minder om. Uit het oogpunt van een consistent en rechtvaardig aansprakelijkheidsrecht bestaat weinig reden twee kinderen die als gevolg van prenatale medische fouten in even einstige mate gehandicapt ‘door het leven moeten’, ongelijk te behandelen, en aan één van hen schadevergoe-

1 Rechtbank Den Haag 2 februari 2000. NJ 2000, 117BR. 2001, p. 40 e.v.

2 Cour de cassation 17 november 2000.

Dilloz 2001, p. 332 e.v., zie Dilloz 2001, p. 489 e.v.

ding te onthouden, omdat het zonder de fout in het geheel geen leven zou hebben gehad

Kan ooit tot de gerechtvaardigde belangen van het kind worden gerekend het belang om niet te worden geboren? Het – apodictisch – oordeel van de Cour de cassation grondt het recht van het kind op schadevergoeding op de omstandigheid dat door de medische fout de moeder de mogelijkheid is ontgenomen om te kiezen voor abortus. Zo raken we inderdaad de kern van de zaak. De maatschappelijke en juridische acceptatie van abortus, zeker als deze plaatsvindt ter voorkoming van de geboorte van een ernstig gehandicapt kind, impliceert de erkenning van het belang van dat kind om niet te worden geboren. De prenatale diagnostiek strekt ertoe een verantwoorde beslissing te nemen over het al dan niet doen voortduren van de zwangerschap. Als een vrouw na de constatering van genetische afwijkingen bij het kind waarvan zij zwanger is, besluit tot abortus, zal haar besluit wellicht voor een deel zijn ingegeven door de overweging dat zij zelf niet bestand zal zijn tegen de last van de verzorging van een ernstig gehandicapt kind, maar vrijwel zeker zal daarbij ook een belangrijke rol spelen de gedachte een dergelijk leven wil ik mijn kind niet aandoen.

Betekent dit dat Kelly had moeten aanvoeren dat zij liever niet geboren had willen worden? Deze gevolgtrekking vloeit volstrekt niet voort uit de aanvaarding van de opvatting dat de geboorte van bepaalde kinderen, mede in hun belang, voorkomen moet worden. Hier geldt iets dergelijks als bij *wrong-*

ful birth. Een echtpaar wil na het vierde kind geen verdere kinderen. Door een medische fout bij de sterilisatie van de man wordt een kerngezonde zoon, Quintus, geboren. Toewijzing van de vordering tot vergoeding van de kosten van opvoeding is niet daarvan afhankelijk dat de ouders aanvoeren dat zij betreuren dat Quintus is geboren. Een op voorhand geuite wens om verschoond te blijven van een vijfde kind is zeer wel verenigbaar met het standpunt van de ouders dat nu Quintus eenmaal geboren is, zij hem voor geen geld ter wereld kwijt zouden willen.

Zo ook met betrekking tot *wrongful life*. De omstandigheid dat op volsteekt redelijke gronden zou zijn besloten tot abortus, indien de diagnostische fout niet zou zijn gemaakt, sluit geenszins uit dat, eenmaal geboren, de gehandicapte toch niet zijn geboorte verwenst. Het feit dat de moeder, indien zij te horen had gekregen dat haar kind doof en vrijwel blind geboren zou worden, zeker zou hebben gekozen voor beëindiging van de zwangerschap, belet niet dat het kind vindt dat zijn leven, ondanks deze handicaps, waard is om geleefd te worden. Een eigen recht op vergoeding – en daarmee onafhankelijkheid van uitkeringen van overheidswege –, bestemd om aan zijn bestaan zoveel zin te geven als mogelijk is, is bij uitstek het middel om het gehandicapte kind te behoeden voor Job's ten hemel schreiende klacht: 'De dag verga, waarop ik geboren werd.'

J H N