

MARC LOTH

Engaged in a search for justice

Over grenzeloze aansprakelijkheid en de moeizame integratie van een moreel principe¹

INLEIDING

‘The court is engaged in a search for justice’, schreef Lord Millett in het *MacFarlane*-arrest van het House of Lords, ‘and this demands that the dispute be resolved in a way which is fair and reasonable and accords with ordinary notions of what is fit and proper’. Deze uitspraak – terug te vinden in de conclusie van de Procureur-Generaal bij het *wrongful life* arrest – lijkt typerend voor dat arrest.² Oordelende dat Kelly en haar ouders volledig schadeloos moeten worden gesteld, lijkt de Hoge Raad – ‘engaged in a search for justice’ – vooral recht te hebben willen doen aan de kammervolle toestand waarin de inmiddels 11-jarige Kelly verkeert (en in afgeleide zin haar ouders). ‘Iemand moet de schade dragen’, aldus Buijsen in het *NJB*, ‘en men heeft het rechtvaardiger geacht dat dat in dit geval de verloskundige is, en niet het gehandicapte kind’.³ Na het *wrongful birth* arrest uit 1997 – en meer in het algemeen: de tendens tot slachtofferbescherming in het civiele aansprakelijkheidsrecht – zal deze uitkomst niet echt verbazen. De eerste commentaren zijn ronduit positief: ‘Arrest in zaak Kelly is moedig en rechtvaardig’, kopt de *Staatscourant*.⁴ De Hoge Raad lijkt de tijdgeest goed te hebben aanvoeld.

Toch is het arrest theoretisch weinig bevredigend, aldus Martin Buijsen in het *NJB*. Niet alleen omdat de Hoge Raad de theoretische bezwaren uit de weg is gegaan – misschien mogen wij niet anders verwachten van een rechter, zelfs als het een cassatierechter is – maar vooral vanwege

de wijze waarop het oordeel is gemotiveerd. De meeste recente commentaren lijken die opvatting te steunen.⁵ In deze bijdrage wil ik die stelling onderbouwen door de motivering kritisch te onderzoeken. In de eerste plaats wil ik laten zien dat uit de juridische argumentatie niet of nauwelijks blijkt van enige begrenzing in de toepasbaarheid van de relevante begrippen, criteria en regels. De Hoge Raad heeft verschillende mogelijkheden daartoe onbenut gelaten waardoor die begrippen, criteria en regels betrekkelijk grenzeloos zijn geworden. Het daardoor ontstane motiveringstekort probeert de Hoge Raad op te heffen door een beroep op het principe van de menselijke waardigheid, althans door te betogen dat dit principe zich niet verzet tegen toewijzing van de vordering. Het tweede deel van mijn betoog is gewijd aan de meer principiële argumentatie, die – zo zal ik betogen – hortend en stotend vorm krijgt, maar uiteindelijk niet goed wordt geïntegreerd en daardoor niet overtuigt. De slotsom is dat het oordeel van de Hoge Raad niet door zijn argumenten wordt gerechtvaardigd, en dat het arrest ook voor de toekomst weinig houvast biedt.

DE ARGUMENTEN VAN DE HOGE RAAD

In mijn analyse zal ik de argumenten van de Hoge Raad onderscheiden in drie categorieën. In de eerste plaats zijn er de juridische argumenten (het beroep op rechtsbronnen), voorts is er de principiële argumentatie (het beroep op de menselijke waardigheid), en ten slotte zijn er de pragmatische argumenten (het beroep op de gevolgen van het oordeel).⁶ Hoewel zij in de motivering van de Hoge Raad door elkaar worden gebruikt, is de onderscheiding nuttig voor de analyse.⁷

a. De juridische argumenten; grenzeloze aansprakelijkheid

De juridische argumenten manifesteren zich in het arrest als de overwegingen die een directe respons vormen op de verweren van de verloskundige en het Leids universitair medisch centrum (LUMC). Daartoe behoren de uit de vereisten voor schadevergoeding voortvloeiende overwegingen met betrekking tot de grondslag van de aansprakelijkheid, het causale verband, de schadeberekening en de vergoeding van immateriële schade. In de toetsing van deze vereisten – en de verwerping van de verweren – maakt de Hoge Raad zich er volgens Buijsen gemakkelijk van af. Zonder veel zichtbare aandacht voor theoretische problemen worden de wettelijke begrippen en vereisten in stelling gebracht en op de vordering toegesneden. Met betrekking tot de grondslag wordt de samenhang van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid besproken, voor de causaliteit wordt het dubbele criterium van de *condicio sine qua non* en de redelijke toerekening in stelling gebracht, en voor de berekening van de schade wordt op grond van art. 6:97 BW als rechtmatig alternatief het leven als een gezond kind gehanteerd. De argumentatie is uiteraard genuanceerder dan hier gesuggereerd en leidt hier en daar wel degelijk tot nieuwe en verrassende beslissingen (bijvoorbeeld met betrekking tot de positie van de vader, het zelfbeschikkingsrecht van de moeder, en de afwijzing van een recht op abortus of niet-bestaan van het kind). Maar in de kern blijven het overwegingen die het wettelijk kader toesnijden op dit bijzondere geval en misschien mogen wij van de Hoge Raad ook niet meer verwachten.

Toch is er reden om niet gerust te zijn met deze benadering. De wijze waarop de Hoge Raad de begrippen en de geldende regels inzet biedt namelijk nauwelijks zicht op begrenzing in hun toepasselijkheid. De geldende criteria voor aansprakelijkheid lijken in dit arrest grenzeloos te zijn geworden; de grondslag van aansprakelijkheid, het causaliteitsvereiste en de schadeberekening bieden nauwe-

lijks nog enige begrenzing van de aansprakelijkheid. Voor de grondslag van de aansprakelijkheid – en daarmee de omvang van de kring van gerechtigden – is dit nog het meest sprekend, omdat zij zelfs nieuwe soorten claims dichterbij brengt.⁸ De grondslag van de aansprakelijkheid voor de beroepsfout van de verloskundige is de medische behandelingsovereenkomst (jegens de moeder), of de maatschappelijke zorgvuldigheid (jegens de vader en jegens de ongeboren Kelly). De vraag of de moeder de behandelingsovereenkomst alleen voor zichzelf of ook ten name van het kind is aangegaan, is een kwestie van uitleg (aan de hand van het *Haviltex*-criterium)⁹, maar ook in het eerste geval kan de beroepsfout van de verloskundige tevens onzorgvuldig en derhalve onrechtmatig zijn jegens de vader of de ongeboren vrucht (de laatste ex art. 1:2 BW). Aangezien de beschermingsomvang van het contract, maar vooral van de buitenwettelijke zorgvuldigheidsnorm rekkelijk zijn, resteren er nauwelijks grenzen te stellen aan de kring van gerechtigden; het kind dat zijn ouders aanspreekt voor zijn bestaan, komt in beeld.

De Hoge Raad lijkt zich hiervan bewust te zijn en wijdt een overweging aan dit risico. Terzijde zij opgemerkt dat dit strikt genomen geen juridische argumentatie is, maar een pragmatische argumentatie; het argument van het hellend vlak: 'het moet niet gekker worden'. De Hoge Raad beroept zich immers niet op een rechtsbron, maar staat hier stil bij de consequenties van zijn beslissing. Wat daar ook van zij, de Hoge Raad verwerpt dit argument door te wijzen op het argument dat Kelly geen recht heeft op niet-bestaan, noch op afbreking van de zwangerschap door haar moeder. De vordering is gebaseerd op de normschending van de verloskundige jegens Kelly. De suggestie is duidelijk: in het geval de ouders ervoor zouden kiezen een gehandicapt kind geboren te laten worden – of eerder al: geen prenataal onderzoek laten instellen – is dat een legitieme keuze, althans geen normschending jegens het kind.¹⁰ In het algemeen is dat een aanvaardbare grens,

maar de vraag dringt zich op of er geen omstandigheden denkbaar zijn waaronder het niet instellen van prenataal onderzoek en het niet afbreken van de zwangerschap niet toch een normschending jegens het kind zouden opleveren. Voor het achterwege laten van prenataal onderzoek kan worden gedacht aan een situatie waarin erfelijke afwijkingen op een niet te negeren schaal voorkomen in de familie; onder die omstandigheden zou het niet laten instellen van prenataal onderzoek door de ouders onrechtmatig jegens het kind kunnen zijn. En waarom zou niet betoogd kunnen worden dat het niet afbreken van de zwangerschap onrechtmatig is jegens het kind dat ernstig gehandicapt een bestaan met veel verdriet en pijn moet lijden? Ik begrijp niet waaraan de zekerheid wordt ontleend dat dit niet onrechtmatig zou zijn van de ouders jegens het kind. Het onderhavige arrest heeft de toewijzing van dergelijke claims wel degelijk dichterbij gebracht. De overwegingen en beslissingen ten aanzien van de grondslag van de aansprakelijkheid bieden dan ook niet de door de Hoge Raad zelf beoogde begrenzing.

Voor het causaliteitsvereiste geldt evenzeer dat het nauwelijks nog restricties biedt en ook hier zijn kansen gemist om de aansprakelijkheid te begrenzen. De toepassing van het *condicio sine qua non* vereiste en de criteria van de redelijke toerekening leiden in dit geval tot de vereenzelviging van twee situaties die onder het gezichtspunt van causaliteit totaal verschillend zijn, te weten die waarin de arts of verloskundige door een beroepsfout zelf de vrucht beschadigt (in utero), en die waarin een aangeboren afwijking door een beroepsfout niet tijdig wordt bemerkt en door het uitblijven van de interventie van de ouders tot de schade leidt (een informatiefout). In de Franse rechtspraak heeft deze kwestie geleid tot verdeeldheid tussen enerzijds de *Cour de Cassation*, en anderzijds de *Conseil d'État* en de lagere gerechten. In het geruchtmakende geval van Nicolas Perruche – gehandicapt geboren door een besmetting van zijn moeder tijdens de zwangerschap met rode hond,

welke besmetting niet door de arts was onderkend – wees de het hof de vordering van het kind af omdat de arts part noch deel had gehad aan de besmetting. Het *Cour de Cassation* oordeelde anders: het verlies van de kans van de moeder om abortus te plegen is de oorzaak van de schade van het kind. Het Conseil d'État zat echter op de lijn van het hof; omdat de handicap van het kind een natuurlijke oorzaak heeft, is er geen causaal verband tussen het handelen of nalaten van de arts en de schade van het kind.¹¹ Mede naar aanleiding van het publieke debat hierover is in Frankrijk na ingrijpen van de wetgever het recht op schadevergoeding van het kind beperkt tot schade die het onmiddellijke gevolg is van de beroepsfout (of indien deze de handicap heeft verergerd, of indien men verzuimd heeft passende maatregelen te nemen om de handicap te verminderen). Het Franse voorbeeld leert dat er mogelijkheden zijn om door middel van het causaliteitsvereiste restricties te stellen aan de toewijsbaarheid van deze vorderingen; niet zozeer omdat in het ene geval de beroepsfout directer tot de schade heeft geleid dan in het andere, maar vooral omdat in het laatste geval het handelen van de ouders een interveniërende factor is tussen de beroepsfout van de arts en de schade van het kind. Men hoeft geen aanhanger van de causaliteitstheorie van de *novus actus interveniens* te zijn om de beide gevallen onder het gezichtspunt van de causaliteit te onderscheiden.¹² Causaliteit is, zo beschouwd, een kwestie van alles of niets. Aanvaarding van deze redenering zou tot een integrale afwijzing van vorderingen als deze leiden en daar heeft de Hoge Raad kennelijk niet aan gewild. Het criterium van de redelijke toerekening biedt echter een mogelijkheid tot gradatie – bepaalde schade wel, andere niet – maar we zullen zien dat de Hoge Raad ook die kans heeft laten lopen.

Dat brengt ons op de schadeberekening. Het probleem is hier dat de begroting van de schade veronderstelt dat de ontstane situatie wordt vergeleken met het zogenaamde

‘rechtmatig alternatief’: de situatie die zou hebben bestaan indien de tekortkoming of onrechtmatige daad niet zou zijn gepleegd. Zoals al door vele schrijvers is uiteengezet is dat in een geval als dit niet de situatie waarin Kelly gezond zou zijn geweest (het betrof immers een aangeboren afwijking), maar de situatie waarin zij niet zou zijn geboren (want zou zijn geaborteerd). Twee problemen dienen zich aan: het logische probleem van de vergelijking met een situatie waarvan wij niets weten, en het morele probleem of en wanneer een gehandicapt bestaan al dan niet verkiezelijk is boven niet-bestaan. Het eerste probleem is geëxploreerd door J.M. Piret, in navolging van Joel Feinberg: kunnen wij het niet-bestaan überhaupt conceptualiseren?¹³ Het laatste is vooral voor Kortmann een steen des aanstoots; is het menselijk leven (gehandicapt of niet) niet altijd te prefereren boven niet-leven?¹⁴ Beide gezichtspunten zouden doorslaggevend kunnen worden geacht en dan moeten leiden tot een integrale afwijzing van de vordering. Voor de Hoge Raad is dat geen optie. Hij omzeilt beide problemen door op de voet van art. 6:97 BW de schade te begroten op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. Welke wijze van schadeberekening is dan het meest met de aard van deze schade in overeenstemming? De Hoge Raad en de Procureur-Generaal zijn het erover eens dat een vergelijking met een gezond leven het meest in overeenstemming is met de aard van de schade, hoewel dat een ‘over-toerekening’ aan de verloskundige inhoudt (een gezond leven lag immers zonder haar fout ook niet in het verschiet). Hoewel een gezond leven evenzeer een contrafactische situatie is als een niet-bestaan, is het er tenminste één waar wij ons iets bij kunnen voorstellen. Toch zijn de problemen nog niet opgelost. Voor de Hoge Raad impliceert deze vergelijking een volledige schadevergoeding. Kennelijk is daarbij vooral gedacht aan de gevolgen; minder zou tekort doen aan Kelly. Maar berust dat niet toch op een (impliciete) vergelijking met het niet-bestaan als rechtmatig alternatief? Voor de Procu-

reur-Generaal Hartkamp daarentegen impliceert de vergelijking met een gezond leven een gedeeltelijke schadevergoeding, gebaseerd op een vergelijking met een leven zonder de handicaps in kwestie. Kennelijk is daarbij vooral gedacht aan de oorzaak; de verloskundige is niet verantwoordelijk voor het leven als zodanig van Kelly. Maar wordt zij dan niet juist aangesproken voor waar zij niets aan kon doen (de handicaps van Kelly)? ‘Misschien laat de materie zich inderdaad niet conceptualiseren’, verzucht Buijsen¹⁵, maar hier volstaat een minder vergaande conclusie: de Hoge Raad had hier een kans om de aansprakelijkheid te begrenzen, maar heeft die niet benut.

b. De principiële argumenten; moeizame integratie

De juridische criteria, zoals door de Hoge Raad in dit arrest gehanteerd, stellen nauwelijks nog grenzen aan aansprakelijkheid. Het resultaat is niet alleen dat weinig houvast wordt geboden voor de beoordeling van toekomstige vorderingen, maar ook dat in dit arrest de gehanteerde juridische argumenten het rechtsoordeel niet zonder meer kunnen dragen. Het arrest vertoont in die zin een motiveeringsstekort. In het kennelijke besef van dit probleem zoekt de Hoge Raad versterking van zijn betoog door een beroep op andere argumenten, waaronder een principiële argument als de menselijke waardigheid van het gehandicapt geboren kind. Of beter gezegd, de Hoge Raad zoekt de weerlegging van het argument dat de menselijke waardigheid zich zou verzetten tegen toewijzing van een vordering als deze. Deze argumentatie komt in het betoog van de Hoge Raad op drie verschillende plaatsen in drie verschillende varianten voor. Die variatie is relevant en veelzeggend omdat het tot uiting brengt dat de rechter op verschillende wijzen kan omgaan met de verhouding tussen juridische en principiële argumenten (op het grensvlak van recht en moraal). Laten wij de argumentatie daartoe nader analyseren.

Hiervoor is aangehaald de overweging van de Hoge

Raad die is gewijd aan het verweer dat causaal verband tussen een eventuele fout van de verloskundige en de schade zou ontbreken. Daarbij bleek dat de Hoge Raad dit verweer verwerpt met een strikt juridisch beroep op de vereiste *condicio sine qua non* en de toerekening naar redelijkheid. Dan volgt tamelijk terloops de overweging: ‘Ter voorkoming van misverstand wordt in dit verband nog opgemerkt dat het feit dat de geboorte van een ernstig gehandicapt kind in het vorenstaande impliciet als ‘schade’ is aangemerkt, vanzelfsprekend geen oordeel inhoudt ten aanzien van de waarde van dat kind als persoon of van zijn bestaan, en nog minder betekent dat het leven van Kelly als schadepost wordt aangemerkt’ (r.o. 4.4). Dit is geen dragende overweging, maar een *obiter dictum*; het verband met de dragende juridische overweging is betrekkelijk dun. De Hoge Raad geeft ons na zijn juridische verwerping van het causaliteitsverweer ten overvloede nog mee dat uit de verwerping daarvan niet volgt dat Kelly haar leven als schadepost wordt aangemerkt, of dat haar leven minder waard zou zijn. Anders gezegd, zij die aanvoeren dat de verwerping van het causaliteitsverweer dat zou impliceren, hebben ongelijk. Dat is een stelling die nader onderzoek zou rechtvaardigen. De Hoge Raad geeft immers niet aan *hoe* zijn beslissing dan wel moet worden verstaan, en *waarom* de critici ongelijk hebben. Of anders gezegd, hij verzuimt te motiveren *waarom* zijn beslissing niet impliceert dat het leven van Kelly als schadepost of als minder waardevol is te beschouwen. Dat zou een verdergaande argumentatie vergen, die hier echter ontbreekt. De Hoge Raad schenkt hier weliswaar aandacht aan de morele betekenis van zijn oordeel, maar het is niet meer dan lippen-dienst. De menselijke waardigheid als bezweringsformule, maar gelukkig is dit niet alles.

Een ander argument had betrekking op de vordering tot vergoeding van de immateriële schade, die toewijsbaar werd geoordeeld. Dan volgt de navolgende overweging: ‘De toekenning aan de ouders van een vergoeding voor

immateriële schade impliceert niet dat het bestaan van Kelly voor hen een bron van leed is, maar berust uitsluitend erop dat de verloskundige een zo ernstige fout heeft gemaakt ten aanzien van een zo fundamenteel recht van de ouders, dat dit mede erkenning verdient in de vorm van een dergelijke schadevergoeding, waardoor aan de ouders tevens een zekere genoegdoening wordt verschaft voor de gemaakte materiële fout' (r.o. 4.10). Andermaal distantiëert de Hoge Raad zich van de gedachte dat zijn oordeel mogelijkterwils zou impliceren dat het leven van Kelly minder waard zou zijn. Hier blijft het echter niet bij de blote verwerping van die implicatie, maar volgt een alternatieve duiding van zijn oordeel. De toewijzing van de vordering tot immateriële schadevergoeding impliceert niet dat Kelly een bron van leed zou zijn, maar moet worden gezien als een respons op de fout van de verloskundige en een genoegdoening voor de ouders. Ook dit is geen dragende overweging, maar toch is het verband met de dragende juridische overweging al steviger dan hiervoor het geval was. De Hoge Raad geeft namelijk tevens aan *hoe* zijn beslissing dan wel moet worden verstaan, hij levert er de morele betekenis van zijn rechtsoordeel als het ware bij. Dat is mooi, dan weten wij hoe de Hoge Raad zijn eigen oordeel gelezen wil hebben, al geeft hij (nog steeds) geen reden *waarom* wij die beslissing niet anders mogen lezen. Waarom zouden we daarin niet mogen lezen dat het leven van Kelly een bron van leed, en in zoverre minder waard is? Het wordt degenen die de beoordeling van de Hoge Raad delen makkelijker, en de critici moeilijker gemaakt. Maar waarop een en ander berust – hoe de Hoge Raad werkelijk denkt over de waarde van het leven van Kelly – blijft nog onduidelijk.

Ten slotte wordt ook in de context van de verwerping van het verweer dat de omvang van de schade niet kan worden vastgesteld, een beroep gedaan op de menselijke waardigheid. Na het oordeel dat de schade op grond van art. 6:97 BW dient te worden begroot, overweegt de Hoge

Raad dat de rechter – door van die bevoegdheid gebruik te maken – niet de menselijke waardigheid van het gehandicapte ongeboren kind ontkent en daaraan evenmin tekort doet. ‘De toewijzing van de onderhavige vordering is immers niet gebaseerd op het oordeel dat het gehandicapte bestaan van Kelly lager moet worden gewaardeerd dan haar niet bestaan, maar op het feit dat (...) moet worden aangenomen dat het LUMC en de verloskundige onrechtmatig jegens haar hebben gehandeld door tekort te schieten in de nakoming van de zorgplicht die zij jegens de nog ongeboren vrucht hadden. Door het LUMC en de verloskundige op die grond schadeplichtig jegens Kelly te achten, wordt aan de menselijke waardigheid van Kelly niet tekortgedaan, maar wordt zij juist in staat gesteld, voor zover betaling van een geldsbedrag dat kan bewerkstelligen, zoveel mogelijk een menswaardig bestaan te leiden’ (r.o. 4.15).

Hier komt de Hoge Raad tot de kern van zijn principiële argumentatie. Anders dan in de beide eerdere overwegingen waarin de menselijke waardigheid aan de orde kwam, volstaat hij immers niet met het oordeel dat die waardigheid niet in het geding is, of dat de morele betekenis van het rechtsoordeel een andere is, maar geeft hij tevens aan dat deze beslissing juist in dienst staat van de waardigheid van Kelly (doordat zij het mogelijk maakt – voor zover geld dat kan – een menswaardig leven te leiden). Voor het eerst geeft de Hoge Raad aan *waarom* zijn beslissing geen inbreuk maakt op de menselijke waardigheid, of anders gezegd, biedt hij een argumentatie tegen de stelling dat een toewijzende beslissing inbreuk zou maken op de menselijke waardigheid. Daarmee verandert het betoog van karakter; het wordt een morele argumentatie, maar wel binnen een juridische context. Het beroep op het principe van de menselijke waardigheid wordt geïntegreerd in het juridische betoog; niet recht *en* moraal, maar recht *als* moraal. De bovenstaande analyse laat zien dat het beroep op de menselijke waardigheid aarzelend tot stand komt; eerst wordt dat principe als bezweringsformule ingeroepen

(‘...ter voorkoming van misverstand...’), vervolgens wordt aangegeven hoe het eigen oordeel dan wel moet worden geduid (‘...berust uitsluitend erop...’), en pas dan wordt aangegeven waarom de beslissing geen inbreuk maakt op de menselijke waardigheid (‘...maar wordt zij juist in staat gesteld om...’).

Dit drievoudig beroep op de menselijke waardigheid kan daarom worden gezien als een opeenvolging van verschillende stadia in de integratie van morele argumentatie in het juridisch discours. James Boyd White heeft een mooi opstel geschreven over een dergelijke intellectuele integratie: ‘(...) what I mean by integration is a kind of composition, and that in a literal, and literary sense: a putting together of two things to make out of them a third, a new whole, with a meaning of its own’. Waar het gaat om verschillende disciplines, ‘(...) I could imagine a course not in law *and* history, or sociology or economics or anthropology, but law *as* each of those things.’¹⁶ Wat voor de integratie van recht met andere disciplines geldt, geldt ook voor de integratie van recht met andere domeinen zoals de moraal. Van het gebruik van de menselijke waardigheid als bezweringsformule (‘recht en moraal’), naar het beroep op dat principe als juridisch argument (‘recht als moraal’); een ontwikkeling die mijns inziens het juridisch discours verrijkt met nieuw soort argumentatie. Het impliciet morele karakter van de oordeelsvorming wordt expliciet gemaakt en de rechter wordt uitgedaagd zijn oordeel te toetsen en te scherpen aan een principe als dat van de menselijke waardigheid. Voor de rechter betekent dit uiteraard dat hij uit de (morele) kast moet komen: wat vindt hij of zij zelf eigenlijk van deze principiële kwestie?

Van de Hoge Raad weten wij dat nu: volledige schadevergoeding maakt geen inbreuk op de menselijke waardigheid, maar maakt het juist mogelijk voor Kelly om een menswaardig bestaan te leiden. Door de omkering van het argument – de beslissing maakt geen inbreuk op de menselijke waardigheid, maar staat juist in dienst van een waar-

dig leven voor Kelly – verandert zij wel van karakter. Het gaat niet meer om de menselijke waardigheid *in abstracto* (zoals in de argumentatie van de tegenstanders), maar om de waardigheid van dit concrete bestaan (het leven van Kelly). Bovendien fungeert de menselijke waardigheid nu niet meer als grond van het rechtsoordeel, maar veeleer als doel van de beslissing: door toewijzing kan Kelly een menswaardig bestaan leiden. Kortom, de Hoge Raad integreert weliswaar het morele argument van de menselijke waardigheid in zijn betoog, maar verandert tegelijk het karakter van dat argument van een principieel in een pragmatisch argument. De Hoge Raad wijkt hierin af van de benadering van het *Bundesverfassungsgericht*, dat wel zijn oordeel baseert op de menselijke waardigheid als grond: ‘Die Verpflichtung aller staatlichen Gewalt, jeden Menschen in seinem Dasein um seiner selbst willen zu achten (...), verbietet es, die Unterhaltspflicht für ein Kind als Schaden zu begreifen’.¹⁷

De transformatie van de menselijke waardigheid als principieel argument in een pragmatisch argument past in een ontwikkeling die Hol, in navolging van Atyah, heeft aangeduid als een tendens van principe naar pragmatisme. Hierboven zagen wij ook al dat de Hoge Raad steeds minder acht slaat op de gronden, en steeds meer op de gevolgen van zijn beslissingen.¹⁸ Toch doet zich hier een bijzonderheid voor omdat het geen rechtsgrond *pur sang* betreft, maar een moreel principe. In een dergelijk geval is er veel voor te zeggen om (anders dan het *Bundesverfassungsgericht* heeft gedaan) het rechtsoordeel gemotiveerd te beperken tot het voorliggende geval. Dus niet: alle gevallen van schadevergoeding zijn wel of niet in strijd met het principe van de menselijke waardigheid, maar: dit geval is daarmee wel of niet in strijd, en vooral: op de navolgende gronden. Het abstracte gebruik van het principe zal slechts leiden tot een duplicatie van de morele argumentatie in het juridisch discours, terwijl het casuïstische gebruik nieuwe argumenten en inzichten kan opleveren (waarmee ook het

morele discours weer wordt verrijkt). Tot zover kan ik de Hoge Raad wel volgen. Maar door de menselijke waardigheid als grond te transformeren in een doel, schiet de Hoge Raad in zijn eigen voet. Niemand zal betwisten dat volledige schadevergoeding het Kelly beter mogelijk maakt een menswaardig bestaan te leiden, maar dat was ook niet het argument. Het argument was dat het in strijd met de menselijke waardigheid is om haar bestaan als schadepost te zien, en dat argument heeft de Hoge Raad niet weerlegd. Daar komt nog bij dat de argumentatie van de Hoge Raad onvoldoende restrictief is: de stelling dat volledige schadevergoeding het beter mogelijk maakt een menswaardig bestaan te leiden geldt voor nagenoeg iedere medische aansprakelijkheidsclaim. Het behelst in feite een beken-
tenis tot het rechtspolitieke doel van slachtofferbescherming.

SLOT

Dat brengt ons weer terug bij het uitgangspunt: de Hoge Raad heeft – ‘engaged in a search for justice’ – andermaal de slachtofferbescherming gediend. Daartoe zijn de relevante rechtsbegrippen, criteria en regels uitgelegd op een wijze die ze betrekkelijk grenzeloos maakt; zij bieden nauwelijks zicht op de begrenzing van hun toepassing. Het arrest biedt dan ook weinig houvast voor toekomstige gevallen. Bovendien lijdt het aan een motiveringstekort, in die zin dat het rechtsoordeel niet door de gronden wordt gedragen. De Hoge Raad probeert vervolgens dit motiveringstekort te dichten met een beroep op het principe van de menselijke waardigheid, althans met een weerlegging van het argument dat de menselijke waardigheid zich verzet tegen toewijzing van vorderingen als deze. Die poging is op zichzelf toe te juichen omdat het tot een verrijking van het juridische (en uiteindelijk ook het morele) discours leidt, maar het is ook een riskant genre, zoals juist in dit

arrest blijkt. In de overwegingen van de Hoge Raad verandert de menselijke waardigheid van een principieel in een pragmatisch argument, waardoor het niet alleen te ruim is, maar ook geen weerlegging vormt van het relevante tegenargument. Door de vordering toe te wijzen en tegelijkertijd te betogen dat dit niet in strijd is met de menselijke waardigheid, heeft de Hoge Raad zich in een onmogelijke positie gebracht waaruit hij zich alleen heeft weten te redden door een denaturering van dat principe.¹⁹ Het resultaat van dit alles is dat het oordeel uiteindelijk – ondanks alle juridische, principiële en pragmatische argumenten – niet toereikend is gemotiveerd en daardoor niet overtuigt. Het arrest past weliswaar in de tijdgeest van slachtofferbescherming, maar juist uit een oogpunt van rechtvaardigheid is er zeker iets op af te dingen. De zoektocht naar rechtvaardigheid van de Hoge Raad zal worden vervolgd.

NOTEN

- 1 De tekst is een bewerking van de voordracht die gehouden werd op het *wrongful life*-symposium, dat op 20 mei 2005 plaatsvond aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.
- 2 Hoewel in het *MacFarlane*-arrest dat principe juist werd ingeroepen om de schadevergoeding van de ouders na een ongewenste zwangerschap te beperken tot de directe kosten (exclusief de kosten van verzorging en opvoeding van het kind), terwijl de Hoge Raad die kosten in het *wrongful birth*-arrest uit 1997 toewijsbaar heeft geoordeeld.
- 3 M.A.J.M. Buijsen, 'In overeenstemming met de aard van de schade? Over de toewijzing van de *wrongful life*-vordering in de zaak Kelly', in: *NJB* 2005/16, p. 840.
- 4 *Staatscourant* 24 maart 2005, interview met R. Kottenhagen.
- 5 Zie bijvoorbeeld G.A. den Hartogh, 'Schadevergoeding voor het leven?', hierna, p. 50 e.v.

- 6 Wat Hol eerder ‘formele argumenten’ heeft genoemd. Zie A.M. Hol, ‘De weegschaal in balans: rationele argumentatie in het recht’, in: *Drie dimensies van recht, rechtstheorie, rechtsgeleerdheid, rechtspraktijk*, P.W. Brouwer e.a (red.) (Den Haag 1999), p. 260.
- 7 Deze onderscheiding sluit aan bij drie aspecten van het rechtsbegrip die een lange traditie hebben. Zie M.A. Loth en A.M.P. Gaakeer, *Meesterlijk recht* (Den Haag 2005(3)), p. 51-79. Het feit dat de Hoge Raad zich van deze drie soorten argumenten bedient – en zich niet beperkt tot strikt juridische argumenten – is veelzeggend voor het ruime rechtsbegrip dat het hoogste rechtscollege impliciet hanteert en waaruit andermaal blijkt van ‘the search for justice’.
- 8 Dat is wat anders dan te zeggen dat er veel van die claims zullen komen, de kwantitatieve vrees voor een claimcultuur.
- 9 Vgl. HR 8 september 200, *NJ* 2000, 734 (baby Joost).
- 10 Zie ook J.H. Nieuwenhuis, ‘Hellend vlak, Kelly en de claimcultuur’, in: *NJB* 2003/27, p. 1381.
- 11 Zie J. Vranken, ‘*Wrongful life* in Frankrijk: drie recente uitspraken’, in: *WPNR* 2001/6456, p. 752 e.v.
- 12 H.L.A. Hart en A. Honoré, *Causation in the law*, Oxford 1985(2).
- 13 J. Feinberg, ‘*Wrongful life* and the counterfactual element in harming’, in: *Freedom and fulfilment, philosophical essays* (Princeton 1992), p. 3-37.
- 14 S.C.J.J. Kortmann, *Geld voor leven, schadevergoeding voor ‘niet beoogd’ leven*, diesrede KU, Nijmegen 2003.
- 15 Buijsen, a.w., p. 840.
- 16 J. Boyd White, *Justice as translation, an essay in cultural and legal criticism* (Chicago/London 1990), p. 4, 19.
- 17 B verfg 28 mei 1993, B verfg 88, 203, 296 (*NJW* 1993, 1751).
- 18 A.M. Hol, ‘Principe of pragmatisme? Over de veranderende argumentatiestructuur in de moderne rechtspraak’, in: *Op goede gronden, bijdragen aan het tweede symposium juri-*

dische argumentatie Rotterdam 14 juni 1996, E.T. Feteris
e.a. (red.) (Nijmegen 1997), p. 9-22.

19 Zie Den Hartogh, die ook wijst op deze spanning.