

JEAN-MARC PIRET

Het eigen leven als schade

Rechtsfilosofische overwegingen bij *wrongful life*¹

*...quod licet non esse maxime sit
malum, inquantum privat esse, est
tamen valde bonum, inquantum
privat miseria, quae est maximum
malorum, et sic non esse eligitur.*

Thomas van Aquino²

INLEIDING

Enige maanden nadat het arrest van de Hoge Raad in de zaak Kelly gevallen is, lijkt het erop dat Nederland tot nu toe het enige land in Europa wordt waar de *wrongful life*-vordering door de civiele cassatierechter toegewezen werd zonder dat de wetgever direct ingrijpt.³ Daarmee is deze vordering echter nog geen 'business as usual' voor het aansprakelijkheidsrecht. Het blijft een moeilijke kwestie, waarin juridische, filosofische, ethische en maatschappelijke problemen in elkaar grijpen. Na de uitspraak van het Hof Den Haag in dezelfde zaak tekenden er zich grofweg twee soorten reacties af. Zij die de uitspraak afkeurden, wezen o.a. op juridisch-dogmatische problemen zoals de onmogelijkheid om vast te stellen of er bij het kind überhaupt schade is. Vervolgens werd ook benadrukt dat de schending van een rechtsplicht jegens de ouders nog niet impliceerde dat de verloskundige ook een rechtsplicht had jegens het ongeborn kind om mee te helpen ervoor te zorgen dat dit niet geboren zou worden. Verder kwam ook het argument aan bod dat de handicaps van het kind niet het gevolg zijn van de fout van de zorgverstrekker, daar het een

onbehandelbare aandoening met een genetische oorzaak betrof. De tegenstanders wezen ook op het gevaar van een vloedgolf aan lichtzinnige claims en op het risico dat in de toekomst ernstig gehandicapte kinderen misschien ook hun ouders zouden kunnen aansprakelijk stellen omdat zij geen genetisch onderzoek lieten doen of geen abortus lieten uitvoeren. Uit religieus-ethische hoek kon men een reeks principiële bezwaren horen, zoals de opmerking dat gelovige mensen die hun kind 'uit Gods hand' willen ontvangen (in het voorkomende geval dus ook een zwaar gehandicapt kind) in de toekomst wel eens verwijtend zouden bejegend kunnen worden indien de trend, zoals die in de toewijzing van de w L -claim zichtbaar wordt, zich doorzet. Een veel gehoord ethisch bezwaar was ten slotte ook nog dat toewijzing van dergelijke claims het respect voor gehandicapte mensen zou ondermijnen.

Diegenen die zich in de uitspraak konden vinden, reageerden door te stellen dat het argument van de onbepaalbaarheid van de schade een typisch geval van juridische haarkloverij is, en dat de dogmatiek van het schadevergoedingsrecht versoepeld dient te worden wanneer een al te strikte toepassing ervan tot onrechtvaardige consequenties leidt. Verder wezen de voorstanders van toewijzing er op dat het met het gevaar voor lichtzinnige claims en het risico dat kinderen hun ouders aansprakelijk zouden kunnen stellen, wel mee zou vallen omdat er (zoals in de zaak Kelly) eerst sprake dient te zijn van een beroepsfout en er bovendien naar huidig recht geen rechtsplicht bestaat om prenatale diagnostiek toe te passen en al helemaal niet om abortus te laten uitvoeren. In reactie op Kamervragen reageerde ook de minister door er op te wijzen dat een dergelijke rechtsplicht helemaal niet bestaat. Op het ethische argument van de tegenstanders van toewijzing, dat de w L -claim de waardigheid van het gehandicapte kind uitholt door te stellen dat dit 'beter niet geboren was', antwoordden de voorstanders, soms een beetje simplistisch, dat dit niet het geval is omdat het Hof (en nu ook de H R) zeggen dat dit niet het geval is.

Mijn eigen bijdrage aan het debat bestond er niet zozeer in te pleiten voor toewijzing van de vordering, dan wel er vanuit een rechtsfilosofische invalshoek op te wijzen dat de belangrijkste argumenten tegen toewijzing van de vordering niet dwingend zijn en dat ook sommige ethische bezwaren tegen w L niet echt overtuigen.⁴ Andere ethische bezwaren tegen toewijzing van de vordering zijn dan weer ernstiger, maar pleiten minstens even sterk tegen *wrongful birth*-vorderingen die heden in veel landen tamelijk courant toegewezen worden en tegen het uitvoeren van abortus, wat binnen bepaalde grenzen wettelijk toegestaan is.⁵

Nu ook de civiele cassatierechter in de zaak Kelly de w L -vordering heeft toegewezen, lijkt het me gepast om de door mij naar voren gebrachte argumenten kort opnieuw te presenteren, niet alleen omdat ze op belangrijke onderdelen afwijken van de argumenten voor toewijzing zoals die in de rechtswetenschappelijke literatuur te vinden zijn, maar ook omdat ik denk dat een aantal principiële bezwaren tegen de vordering door de voorstanders van toewijzing rechtsfilosofisch onvoldoende *au sérieux* genomen worden. Dat laatste heeft er mede toe geleid dat zowel het Hof als de HR arresten hebben geveld die ernstige motivaatiegebreken vertonen en daardoor weinig overtuigingskracht bezitten, zelfs als men het – zoals schrijver dezes – eens is met de uiteindelijke uitkomst van het geding. Het is daarom goed de principiële bezwaren tegen de vordering nog eens ten gronde te bespreken. Wat de juridische bezwaren betreft, beperk ik me tot het probleem van de schade en het probleem van de normschending. Vervolgens formuleer ik een rechtstheoretisch antwoord op de besproken bezwaren tegen de vordering. Daarna behandel ik de argumentatiegebreken in de arresten van het Hof en de HR. En tot slot bespreek ik enkele van de genoemde morele bezwaren tegen de vordering, waarbij ik ruim aandacht besteed aan de theologisch-ethische afwijzing van de w L-vordering en aan de daaraan ten grondslag liggende geloofsleer, om deze vervolgens op haar beurt, vanuit

een filosofisch-ethische invalshoek aan kritiek te onderwerpen.

SCHADE EN DE 'VERGELIJKING' VAN LEVEN EN NIET-EXISTEREN

Laten we beginnen bij het probleem van de schadebepaling en de 'onmogelijke' vergelijking van de actuele toestand van het kind met de hypothetische toestand waarin het kind zou verkeerd hebben indien de fout niet gemaakt was. Die vergelijking valt niet te maken, omdat zonder de fout van de zorgverstrekker het kind binnen de wettelijke termijn, d.w.z. toen het nog een foetus was, zou zijn geaborteerd en bijgevolg als kind nooit bestaan zou hebben. Voorstanders van toewijzing van de vordering reageren afwijzend op dit bezwaar, maar hun argumenten overtuigen niet.⁶

Het omzeilen van het bezwaar betreffende de onbepaalbaarheid van de schade door de vergelijking niet te maken of door de zaak gewoon weg te wuiven als haarkloverij, schept m.i. bijzonder grote onduidelijkheid inzake de status van de wL-vordering. Die onduidelijkheid vertroebelt ook de arresten die het Hof en de HR inzake wL geveld hebben. Ze berust op een onvoldoende rechtstheoretisch doordenken van de eigenlijke betekenis van de wL-claim en dat levert niet alleen een deficiet op in termen van studeerkamerwijsheid, maar jammer genoeg ook een grote vaagheid wat betreft de juridische *ratio decidendi* bij wL en onzekerheid betreffende de toekomstige reikwijdte van de aansprakelijkheid.⁷ Op het eerste punt kom ik nog uitvoeriger terug.

Maar eerst wil ik tonen dat er een andere weg bestaat via dewelke het probleem van de 'onmogelijke vergelijking' kan opgelost worden. In het voetspoor van de Amerikaanse rechtsfilosoof Joel Feinberg, heb ik er eerder op gewezen dat het in sommige gevallen wel degelijk mogelijk is

om het leven zelf als schade op te vatten, en in naam van het kind een rationele preferentie uit te spreken dat het 'beter nooit geboren was'. Ik vat deze redenering hier kort samen.⁸

Uitgangspunt ervan vormt het schadebegrip. Volgens Feinberg wordt er schade toegebracht aan een persoon door deze geboren te laten worden, indien die persoon bij de geboorte in een toestand verkeert waarvan redelijkerwijze dient aangenomen te worden dat nooit geboren zijn verkiesbaar ware geweest boven de conditie waarin die persoon verkeert. In die extreme gevallen waarin men een kind opzettelijk of door nalatigheid of door een gebrek aan de vereiste competentie laat geboren worden in een toestand die redelijkerwijze niet te verkiezen is boven nooit geboren zijn, is het kind door zijn geboorte *geschaad* en is hem *kwaad* berokkend. Voor een goed begrip van deze redenering is het van belang te benadrukken dat de veronderstelling dat het kind nooit geboren zou zijn, een contrafactische of tegenfeitelijke veronderstelling is (het kind is immers feitelijk juist wel geboren).

Maar op zichzelf beschouwd kan de vergelijking van de actuele toestand van het kind met de contrafactische veronderstelling dat het nooit geboren was, nog geen rationele preferentie voor dit laatste opleveren. De rationele preferentie nooit geboren te zijn veronderstelt een *tertium comparationis*, een verzwegen derde term die als maatstaf voor de vergelijking dient en die kan benoemd worden als de minimale drempel van waardigheid waar de drager van dat leven zelf recht op heeft. Sommige fysieke en geestelijke bestaanscondities kunnen zo erg zijn dat ze de persoon die ze dient te ondergaan onwaardig zijn. Het gaat dus niet om het oordeel dat het leven van de gehandicapte niet waard is geleefd te worden, maar om de redenering dat dit leven onder die condities *contrary to fact* beter nooit begonnen was. Wanneer deze persoon bovendien ten gevolge van een toerekenbare fout ter wereld is gekomen, kan zijn geboorte als *onrechtmatig* bestempeld worden.⁹

Voor een goed begrip van de morele implicaties van deze redenering is het essentieel in te zien dat niet het actuele *voortbestaan* van het kind als onrechtmatig bestempeld wordt, maar wel het feit dat de lijdensweg die zijn leven is hem ten gevolge van een kunst- of informatiefout niet bespaard gebleven is. Uitgangspunt van de vordering is dat het kind er nu eenmaal is, het moet met zijn handicap leven, ook als die ondraaglijk is, juist *omdat* er in onze morele en juridische cultuur geen plaats is voor actieve levensbeëindiging van het wilsonbekwame kind.¹⁰ De WL-vordering holt het taboe dat rust op actieve euthanasie bij wilsonbekwame personen niet uit; het omgekeerde is het geval: de vordering wordt pas mogelijk omdat levensbeëindiging van het kind moreel en juridisch geen optie is.¹¹ Bij deze vordering gaat het bijgevolg *juist niet* om het vinden van een rechtvaardiging voor het beëindigen van het leven van het kind, maar om een vordering tot schadevergoeding die het kind materieel in staat moet stellen de gevolgen van zijn handicaps zoveel mogelijk te verlichten. Om het in juridische termen te formuleren: het betreft hier geen vordering tot nakoming, maar een vordering tot compensatie van geleden schade.¹² Een vergelijkbare misvatting bestaat erin de preferentie voor de contrafactische veronderstelling dat het kind nooit geboren was op te vatten als een preferentie voor de dood, zoals A.G. Sainte Rose in de zaak Nicolas Perruche met veel retorisch geweld gedaan heeft. Maar om dood te gaan dient men geleefd te hebben. Wat het kind in de WL-vordering stelt, is dat het beter nooit geleefd had.

SCHIJNARGUMENTATIE EN VERDOEZELING IN DE ZAAK KELLY

Wat doet de HR in de zaak Kelly nu met het verweer van het Leidens Universitair Medisch Centrum dat de schade niet vaststelbaar is omdat de vergelijking van de actuele

toestand van Kelly met de niet-existentie onmogelijk is? In feite helemaal niets. De HR (r.o. 4.15) begint met te stellen dat het Hof dit verweer ‘terecht’ heeft verworpen, en dat is op zijn zachtst gezegd wonderlijk omdat het Hof zich hierover helemaal niet uitspreekt.¹³ Dat Kelly *zelf* schade geleden heeft doordat ze ter wereld gebracht werd, blijft in de argumentatie van het Hof een niet-geëxpliciteerde vooronderstelling. Dat het *eigen leven* van het kind dient opgevat te worden als schade die het kind oploopt doordat het ten gevolge van zijn geboorte dit van nature ernstig beschadigde leven zal moeten leiden, wordt door het Hof nergens expliciet erkend. Het wordt zelfs niet expliciet geponeerd, maar het moet afgeleid worden uit de overweging van het Hof dat de beroepsfout in juridische zin de ‘schade’ heeft veroorzaakt en dat deze voor vergoeding in aanmerking komt.

En het wordt er niet beter op in het arrest van de HR. In r.o. 4.15 zegt deze : ‘op zichzelf is juist dat de omvang van de schade die Kelly lijdt niet nauwkeurig kan worden vastgesteld’. Maar daar volgt volgens de HR niet uit ‘dat de door Kelly gevorderde schade (...) rechtens niet voor vergoeding in aanmerking komt.’ Door het te laten voorkomen alsof de schade weliswaar niet ‘nauwkeurig’ kan bepaald worden, maar dat dit aansprakelijkheid niet in de weg hoeft te staan, *insinueert* de HR dat er dus wel schade is. Waarin die schade echter juist bestaat, krijgen we ook van de HR niet te horen. In plaats daarvan zoekt hij redding in de toverformule dat de rechter ‘immers in gevolge art 97 van boek 6 de schade (dient) te begroten op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is’. Als de omvang van de schade niet nauwkeurig kan worden vastgesteld, dan dient zij te worden geschat, en wel zo dat deze schatting zo veel mogelijk in overeenstemming is met de ‘aard’ van de schade. Hier stelt zich een ernstig probleem. Om de omvang ervan te kunnen bepalen, dient immers eerst vast komen te staan dat er schade is en welke de aard ervan is. Maar over de ‘aard’ van de schade wordt

zowel door het Hof als door de HR angstvallig gezwezen. De omvang van schade waarvan het bestaan niet duidelijk kan omschreven worden, kan niet geschat worden, en zulks is *a fortiori* onmogelijk wanneer die schatting juist dient uit te gaan van de ‘aard’, (d.w.z. van het specifieke karakter) van iets waarvan het bestaan niet expliciet benoemd, erkend en vastgesteld wordt.

Waarom nemen zowel het Hof als de HR genoeg met zoveel vaagheid? Ik meen te weten waarom. Deze vaagheid is geen toeval, maar komt objectief neer op een verdoezelingstrategie. Ik gebruik deze term weloverwogen. Dat hij niet te scherp is, blijkt al uit de manier waarop de zonet bekritiseerde argumentatie is opgebouwd. Het heeft iets van een labyrint waarin de lezer het argumentatieve spoor snel bijster raakt. Eerst wordt gesteld (r.o. 4.4) dat het Hof het principiële verweer van de onmogelijke vergelijking met de non-existentie ‘terecht’ verworpen heeft: *quod non!* Maar deze bewering valt alleen te weerleggen door eerst het arrest van het Hof grondig te (her)lezen. En vervolgens wordt in r.o. 4.15 de pseudo-argumentatie en de kunst van het wegmoffelen tot virtuoze hoogte opgedreven. Na aan de verweerder te hebben toegegeven dat het niet mogelijk is ‘het niet-bestaan vermogensrechtelijk te vergelijken met het bestaan’, wordt gesteld dat dit niet impliceert ‘dat de door Kelly gevorderde schade rechtens niet voor vergoeding in aanmerking komt’. In een tussen haakjes geplaatste tussenzin wordt voor de betekenis van het ‘in deze context’ gebruikte schadebegrip terugverwezen naar het slot van r.o. 4.4, en dat gebeurt met een serene vanzelfsprekendheid die het vertrouwen moet wekken dat het daar dus allemaal al behandeld en uitgelegd is. In het slot van r.o. 4.4 staat echter enkel de flagrant contradictoire en onbegrijpelijke bewering dat de impliciete kwalificatie van de geboorte van Kelly als schade zeker niet inhoudt dat haar leven als schadepost kan worden aangemerkt.

Wie opzettelijk ervoor zou willen zorgen dat de lezer

misleid wordt, zou het niet beter kunnen bedenken. Een dergelijke intentie kan het hoogste rechtscollege natuurlijk niet in de schoenen geschoven worden, maar objectief, d.w.z. naar de interne logica van het betoog, is het resultaat wel identiek. De doorslaggevende argumenten, waar de lezer met ingehouden adem op zit te wachten, staan nooit waar ze behoren te staan, maar naar verluidt altijd elders, in het arrest van het Hof of in een andere rechtsoverweging. Maar wie daar gaat verifiëren in plaats van de ingenieuze terugverwijzingen als zoete koek te slikken, beseft al gauw dat hij met een kluitje in het riet gestuurd is. Niet alleen kan men zich terdege afvragen of een dergelijke argumentatiestijl de HR waardig is. Maar tevens valt te vrezen dat al deze schijnbewegingen en ontwijingmanoeuvres contraproductief werken en dat ze uiteindelijk ook de juridische geloofwaardigheid van het arrest uithollen.

Voor wie duidelijkheid en argumentatieve coherentie wil brengen in de WL-vordering staan er maar twee mogelijkheden open: ofwel vaststellen dat de schade van het kind zelf niet bepaalbaar is, wat ertoe leidt de vordering af te wijzen, ofwel toegeven dat in de WL-vordering het leven zelf onder bepaalde voorwaarden als schade aangemerkt kan worden. Het eerste wil de HR wellicht niet om het kind, nadat de zorgplicht van de ouders vervalt, niet in de kou te laten staan, en het laatste wil de HR niet omdat hij er ten onrechte impliciet van uit gaat dat daarmee de waardigheid van het kind zou aangetast worden. Op grond van de door mij geamendeerde contrafactische test van Feinberg is het wel degelijk mogelijk om het leven zelf onder omstandigheden als 'schade' op te vatten en een rationele preferentie uit te spreken ten voordele van de contrafactische veronderstelling nooit geboren te zijn, zonder dat dit gelijk staat met het oordeel dat het leven van het kind niet waard is geleefd te worden of voortgezet te worden. Niet alleen omdat een leven dat beter nooit begonnen was waard kan zijn voortgezet te worden, maar vooral omdat het contrafactische karakter van de redenering het niet

noodzakelijk maakt om een oordeel te vellen over de wenselijkheid van het voortbestaan van het kind. Ze gaat juist uit van zijn existentie en van de premisse dat het kind zijn ellendig leven te leven heeft.

Dat de HR zich om verschillende redenen niet wil inlaten met dit soort ingewikkelde filosofische redeneringen, is begrijpelijk. Maar zelfs dan had hij beter rekening dienen te houden met de principiële en ernstige bezwaren zoals die o.a. door Kortmann en Sluijters tegen de vordering naar voren gebracht zijn. Dan had hij duidelijker kleur moeten bekennen en had hij zich niet kunnen verschuilen achter vaagheden en achter de rituele bezwering dat de klaarblijkelijke contradicties in het arrest er geen zijn omdat hijzelf zegt dat het er geen zijn. Het hoogste rechtscollege bepaalt wat het recht is. Zijn beslissing kan worden opgevat als een taalhandeling waarin het geldende recht in de voorliggende casus vastgesteld wordt en dit in de dubbele betekenis van het woord. Enerzijds wordt er gezegd wat het recht is; het wordt meegedeeld en door die mededeling komt de concrete rechtsverhouding die voordien – althans in hoogste instantie – nog onbeslist was, anderzijds vast te staan. Het arrest is mededeling en beslissing tegelijkertijd. Het enuntiatieve aspect van het oordeel geeft er een objectieve dimensie aan: zie hier -zolang de wetgever er niet anders over beslist- het recht. Eens de beslissing genomen, is ze zonder appel. Maar de weg die tot de beslissing leidt, de *ratio decidendi* die eraan ten grondslag ligt, kan op zijn merites en gebreken beoordeeld worden. De HR stelt het recht in een concrete casus vast, maar hij bepaalt niet wat argumentatieve consistentie is. Dat er geen contradicties en ernstige gebreken in de motivatie van de beslissing zitten, valt niet decisionistisch vast te stellen, ook niet door een taalhandeling van het hoogste rechtscollege.

Ook waar het de problematiek van de normschending betreft, wordt het arrest gekenmerkt door een zekere vaagheid. Ook hier had de HR m.i. de kritiek van Kortmann e.a.

beter ter harte moeten nemen. Het arrest had er alleen maar meer scherpte en analytische precisie in de argumentatie door kunnen krijgen. Dat is jammer genoeg ook met betrekking tot dit belangrijke punt onvoldoende gebeurd. Reeds het Hof had geoordeeld dat betreffende de normschending jegens Kelly zowel het pad van de wanprestatie als dat van de onrechtmatige daad bewandelbaar is.¹⁴ De vraag is echter wat de contractuele rechtsplicht of de buitencontractuele zorgplicht van de verloskundige jegens het kind in het onderhavige geval precies inhield. Die kon er toch niet in bestaan mee te helpen ervoor te zorgen dat het kind binnen de wettelijke termijn geaborteerd werd? Of toch? Het ongeborn kind heeft toch ook geen recht op zijn eigen abortus, aldus Kortmann en andere critici? Waarin bestond de rechtsplicht van de zorgverstrekker en het ziekenhuis jegens de van nature zwaar beschadigde en onbehandelbare vrucht?

Die zorgplicht, aldus de HR, komt er op neer dat de behandelaar 'ook jegens het nog ongeborn kind ertoe is gehouden de in de gegeven omstandigheden vereiste prenatale diagnostiek te (doen) verrichten en, indien daartoe aanleiding is, een klinisch geneticus te consulteren, om de vrucht waarvan de vrouw zwanger is, nader te doen onderzoeken' (r.o. 4.13). De vrucht heeft er dus kennelijk mede recht op dat zijn moeder doorverwezen wordt voor prenatale diagnostiek, wat in het onderhavige geval *linea recta* tot zijn eigen abortus zou gevoerd hebben. Een schending van het recht van de moeder om op grond van een goed geïnformeerde keuze te kunnen besluiten haar zwangerschap eventueel af te breken wanneer de vrucht genetisch beschadigd blijkt, vormt meteen ook een schending van de zorgplicht jegens het nog ongeborn kind zelf. En toch heeft de ongeborn vrucht geen recht op haar eigen niet-bestaan en ook niet op de afbreking van de zwangerschap van haar moeder. Maar welke is dan de precieze inhoud van de norm waarvan de HR beweert dat deze jegens de ongeborn vrucht geschonden is? Welk recht van de nog

ongeboren Kelly werd hier geschonden? En hebben ongeboren kinderen überhaupt rechten?

DE RECHTEN VAN HET LEVEND GEBOREN
KIND TOEN HET NOG ONGEBOREN WAS

Een nadere rechtsfilosofische explicitering van het oude beginsel *infans conceptus pro iam nato habetur* dat zowel in het Nederlandse, het Belgische alsook in het Franse recht geldt, kan ons op het spoor brengen van een coherenter theorie betreffende de rechten van het ongeboren kind en de daarmee corresponderende rechtsplichten jegens dat kind. Deze rechtsfictie met betrekking tot het tijdstip van de geboorte van het kind, stamt uit het Romeinse recht en ziet erop toe dat de belangen van het kind beschermd worden, ook in de fase waarin het kind wel al verwekt, maar nog niet geboren is. Oorspronkelijk betekende dit dat de rechten van het levend geboren kind met terugwerkende kracht opklimmen tot aan zijn conceptie. Heden wordt in een aantal westerse rechtsstelsels aangenomen dat die rechten binnen zekere grenzen ook tot voor de verwekking van het kind kunnen opklimmen.¹⁵

In het Nederlandse recht vindt dit oude beginsel zijn neerslag in art. 1:2 BW: 'het kind waarvan de vrouw zwanger is, wordt als geboren aangemerkt zo dikwijls zijn belang dit vordert.' Dit betekent echter niet dat de foetus hierdoor tot rechtssubject wordt en al helemaal niet dat rechten toegekend worden aan onbestaande wezens. Om de rechtsfilosofische betekenis van art. 1:2 BW te doorgronden is het daarom nodig de draagwijdte van de volgende zin van het artikel goed te vatten. Die zin luidt: 'komt het dood ter wereld, dan wordt het geacht nooit te hebben bestaan.' Het geboren worden van het kind doet gelijktijdig diens rechten ontstaan en dus ook de rechtsplichten die anderen tegenover hem hebben en hadden. Enkel levend geboren en dus existierende personen hebben

het recht dat hun belangen niet geschonden worden en dit met inbegrip van schadeveroorzakende handelingen die voor hun geboorte en mogelijk zelfs voor hun verwekking plaatsvonden. Indien het kind niet levend geboren wordt, is er geen rechtssubject wiens rechten konden geschonden worden. Het recht van het kind niet geschaad te worden, ontstaat met de geboorte van het kind zelf en kan dus ook enkel geschonden worden indien het kind levend ter wereld komt.

Wanneer men dit nu toepast op de WL-vordering en daarbij ook uitgaat van de contrafactische test van Feinberg, komt men tot de volgende redenering. Het zwaar gehavend geboren kind heeft een subjectief recht niet geboren te worden in een toestand waarvan men wist of redelijkerwijze behoorde te weten dat die voor het kind ondraaglijk zwaar zou zijn. Zwaar gehandicapte kinderen kunnen dit recht enkel als geschonden recht verwerven: eerst hun geboorte doet immers tegelijkertijd het recht om niet in die toestand geboren te worden én de schending van dat recht ontstaan. Indien het kind niet levend zou geboren zijn, zou ook dit recht niet bestaan en bijgevolg zou het ook niet gerespecteerd kunnen worden, ten minste als we uitgaan van de juridische realiteit dat de rechtssubjectiviteit ontstaat met de geboorte van de persoon. Het feit dat zwaar gehandicapte en permanent lijdende kinderen het recht om niet in die toestand geboren te worden enkel kunnen verwerven als geschonden recht, is bij nader inzien geen onoverkomelijk bezwaar tegen het bestaan van dat recht. Gesteld dat er een recht bestaat om niet geboren te worden in een toestand die redelijkerwijze niet te verkiezen is boven nooit geboren zijn, dan is dit een recht dat iedereen bezit, en niet enkel die personen bij wie dit recht geschonden is. Bij alle personen die *geen* leven hebben dat redelijkerwijze niet te verkiezen is boven nooit geboren zijn, is dit recht gerespecteerd. En omgekeerd: eenieder wiens geboorte opzettelijk of ten gevolge van een beroepsfout niet verhoed of voorkomen werd en wie van

bij de geboorte elke kans op een draaglijk leven ontzegd is, wordt niet enkel geboren met rechten, maar met reeds geschonden rechten.

Laat de moeder van een zwaar gehandicapte vrucht binnen de wettelijke termijn abortus uitvoeren, bijvoorbeeld omdat ze het kind en zichzelf een leven als lijdensweg wil besparen, dan doet ze dat op basis van haar zelfbeschikkingsrecht en niet, zoals de HR in navolging van het Hof Den Haag verkeerdelijk stelt, op grond van de ouderlijke vertegenwoordigingsbevoegdheid. Het binnen de wettelijke termijn geaborteerde kind kan juridisch niet beschouwd worden als 'levend geboren' en wordt bijgevolg geacht nooit te hebben bestaan. Iemand die juridisch nooit heeft bestaan, kan niet vertegenwoordigd worden. Wanneer het zelfbeschikkingsrecht van de moeder door een beroepsfout doorkruist wordt en er een kind geboren wordt in een toestand die redelijkerwijze niet te verkiezen valt boven de niet-existentie, dan is niet alleen het zelfbeschikkingsrecht van de moeder, maar ook het recht van het kind op een minimaal waardig leven, geschonden. Het valt dan niet in te zien waarom dat geschonden recht en de daaruit ontstane schade niet via het schadevergoedingsrecht zouden gecompenseerd kunnen worden.¹⁶

FILOSOFISCHE METAKRITIEK VAN DE THEOLOGISCH-ETHISCHE KRITIEK OP WL

De weerzin van veel rechters om ten behoeve van de WL-vordering aan te nemen dat het in sommige gevallen 'beter' ware geweest dat een kind niet bestaan had, wortelt diep in de christelijke metafysica. Het leven staat de mens niet ter beschikking, het is een gave Gods, en als dusdanig is het waardevol, zelfs als het gaat om een leven dat zwaar lijdend en gebrekkig is. Die metafysische vooringenomenheid werkt bijvoorbeeld rechtstreeks door in de uitspraak van enkele Engelse rechters dat het bestaan, hoe deernis-

wekkend ook, per definitie altijd nog te verkiezen is boven niet-bestaan.¹⁷ Deze zienswijze gaat terug op de middeleeuwse scholastische filosofie waarin het zijn en het goede als convergerend werden gedacht. Bij Anselmus en Thomas van Aquino wordt het kwaad dan ook geconceptualiseerd als een zijnsgebrek, een gemis aan een vereist goed (*privatio boni*). In principe is het binnen een dergelijk denkkader dan ook niet mogelijk om een preferentie uit te spreken voor de niet-existentie. Prefereren niet te zijn of er nooit geweest te zijn, is een conceptuele onmogelijkheid, want niemand kan verlangen naar het niet-zijn, begrepen als algehele afwezigheid van het goede. Men kan alleen verlangen naar iets goeds. Niet-zijn is niets en heeft dus niets goeds. Bijgevolg kan men er niet naar verlangen.

En toch kunnen er situaties denkbaar zijn waarin deze preferentie voor de niet-existentie, die op zich zelf (*per se*) onmogelijk is, accidenteel (*per accidens*) mogelijk wordt. Thomas van Aquino behandelt dit bij zijn uiteenzetting over de straf der verdoemden in de hel.¹⁸ Hoewel ook voor hen geldt dat niemand kan verlangen naar het niets, kan in hun geval het niet-bestaan – contrafactisch – opgevat worden als het wegnemen van een staat van permanente ellende en op die negatieve manier, als ingebeelde beëindiging van het lijden, krijgt het niet-bestaan het karakter van iets goeds, aldus Thomas. Daarmee is voor de (neo-)thomist inzake wL de preferentie voor de contrafactische veronderstelling nooit geboren te zijn echter nog niet zonder meer aanvaardbaar. Thomas beperkt de accidentele mogelijkheid om te verlangen naar het niet-bestaan immers tot de situatie van de grootst denkbare ellende, vooral die van de verdoemden in de hel. Het zou er vervolgens op aan komen om met behulp van enige casuïstiek aannemelijk te maken dat een analoge redenering ook kan gelden bij bepaalde bijzonder ernstige aandoeningen, zoals die van Kelly. Of de katholieke doctrine daar de ruimte voor biedt, valt te betwijfelen. Thomas biedt hier althans weinig aanknopingspunten voor, zoals blijkt uit zijn opvatting dat het

voor de melaatse nog altijd beter is zo te zijn dan helemaal niet te bestaan.¹⁹

Maar er is nog een ander aspect binnen het christelijke denken op grond waarvan wL verworpen wordt. Ook dit aspect hangt samen met de wijze waarop in het christendom het kwaad wordt opgevat. Om duidelijk te maken waar het over gaat, paraphraseer ik in het kort een vaak gehoord argument tegen wL uit theologisch-ethische hoek. Gelovige ouders die hun kind 'uit Gods hand' willen ontvangen, aldus deze redenering, zijn op grond van hun gelovige levensbeschouwing bereid om ook een ernstig gehandicapt kind te aanvaarden en met liefde te omgeven. De wL-vordering, voor zover deze tendentieel ook het risico inhoudt op toekomstige claims van kinderen tegen hun ouders, vormt een maatschappelijke delegitimatie van deze levenshouding.²⁰ Het is hier niet mijn bedoeling de subjectieve authenticiteit en waarachtigheid van deze levenshouding in twijfel te trekken. Iedereen weet tot welke wonderen van barmhartigheid en opoffering de christelijke levenshouding mensen soms in staat stelt. Niettemin berust de houding die ertoe kan leiden een ernstig lijdend wezen willens en wetens op de wereld te zetten op een theologisch fundament dat zelf bekritiseerbaar is en waarvan de consequenties ronduit moreel bedenkelijk zijn. Dat fundament is terug te voeren op het klassieke theologische onderscheid tussen fysiek kwaad en moreel kwaad. Het laatste is het kwaad dat zijn oorsprong vindt in de vrije wil van de mens, de zonde, en hoeft ons hier niet verder bezig te houden. Wel van belang is hier de dogmatiek betreffende het fysieke kwaad. Het fysieke kwaad wordt, voor zover het de mens betreft, theologisch gekwalificeerd als strafkwaad (*malum poenae*) in onderscheid tot het schuld-kwaad (*malum culpae*). Het hoogste fysieke kwaad is de dood, die in het christendom een poenaal karakter heeft: ze is straf voor de erfzonde.²¹ Alle andere vormen van menselijk lijden door ziekte, natuurrampen, het verlies van geliefden, enz., zijn gradaties van deze aantasting van de

zijnsintegriteit en kunnen theologisch beschouwd worden als ontmoetingen van de dood in het leven (M. Scheler).

Ook het lijden van onschuldigen, rechtvaardigen en kinderen is in dit denkkader nog geordend op het hogere goed van Gods straffende rechtvaardigheid en draagt zo bij tot de volmaaktheid van de totaliteit der schepping. Het mysterie van het onschuldige lijden als onderdeel van de ondoorgrondelijke goddelijke voorzienigheid, vormt het kernstuk van de christelijke theodicee en draagt uiteindelijk nog bij tot de glorificatie van de goddelijke almacht, die in staat is om uit onnoemelijk leed nog een hoger goed te trekken.²² De moraaltheologische normen die de kerk op deze metafysische sokkel heeft opgetrokken, stellen het geduld, de lankmoedigheid, de aanvaarding van het lijden en de berusting in Gods wil centraal. Dat dit in het katholicisme tot een dolorisme zonder weerga geleid heeft, en zelfs tot een lijdensmystiek, is bekend.²³ Men hoeft slechts een theologisch naslagwerk van het midden van de twintigste eeuw open te slaan bij het lemma 'lijden' om te zien hoe verregaand en persistent deze moraal van de lijdensaanvaarding wel is: het lijden als verdiende straf, als aanzet tot inkeer, als bron van loutering, als relativering van aards geluk, als goddelijk reinigingsmiddel, als uitnodiging tot boetvaardigheid, als zelfopoffering, als medelijden, als kruisweg en *imitatio Christi*, als instrument van goddelijke pedagogie, als een 'sterven aan de zonde', als een 'met Christus aan het kruis gehecht zijn', als 'uw wil geschiede' en zo verder enzovoort. Het lijden in deze geest dragen, is voor de gelovige 'een zegen'.²⁴

In dit perspectief is ook het krijgen van een zwaar gehandicapt kind straf, beproeving, aanleiding tot zelfopoffering, kans tot gehoorzaamheid aan Gods wil en in die zin een 'zegen'. Het (naar mijn aanvoelen) weerzinwekkende aan een dergelijke moraaltheologie is dat ze het mogelijk maakt de komst van een zwaar gehandicapt, lijdend wezen te begrijpen als een door God gewilde beproeving die daardoor op haar beurt door de mens be-

hoort aanvaard te worden. Hij mag bidden dat die kelk aan hem voorbij zou gaan, maar hij mag de geboorte van het kind, eens het verwekt is, niet verhoeden, ook als dat medisch mogelijk en legaal geoorloofd is. Ongeboren kinderen, waarvan vaststaat dat ze zwaar gehandicapt en lijdend zullen moeten leven, zijn zo bezien moraaltheologisch geïnstrumentaliseerde wezens: ze dienen als mogelijkhedenvoorwaarde voor de gelovige ouders om hun overgave aan Gods wil, hun opofferingsbereidheid en boetvaardigheid te demonstreren. Het navrante aan de legitimatie van dit soort existentieel dolorisme *ad maiorem Dei gloriam*, is dat het ook nog het ondraaglijke lijden *van het kind zelf* omvat. Ook het kind moet zijn lijden maar dragen, dat is immers voor het kind de enige mogelijkheid om zijn kans niet te ontlopen in de hemel te komen.

Het valt op dat katholieke theologen die zich in het publieke debat rond WL begeven, nooit ingaan op de hier geschetste dogmatische achtergronden.²⁵ Zou het kunnen dat ook zij zich bij deze doctrine bijzonder ongemakkelijk voelen?

CONCLUSIE

De Gentse hoogleraar bio-ethiek Hugo van den Enden stelt dat wie willens en wetens gehandicapt leven op de wereld brengt, ook wanneer dit dankzij de wetenschappelijk-technologische evolutie voorspelbaar was en er ook voldoende aanleiding bestond om bijvoorbeeld een genetische screening te laten uitvoeren, er rekening dient mee te houden dat hij daarop aangesproken kan worden. 'Willens en wetens leven verwekken dat drastisch gereduceerde ont-plooiingskansen op een minimale levenskwaliteit heeft, zal in toenemende mate als immoraliteit worden gebrandmerkt. En wie niet wil weten om allerlei (...) redenen zal worden afgerekend op schuldig verzuim. Men kan dit rauwe en shockerende taal vinden, maar wie die evolutie

niet in de gaten heeft, bedrijft struisvogelpolitiek en handhaaft fataliteitsdenken in een ruimte die zal worden ingenomen door geïnformeerd verantwoordelijkheidsdenken'.²⁶ Als beschrijving van de richting waarin onze maatschappij met haar groeiende prognostische en biotechnologische mogelijkheden evolueert, lijkt me dit plausibel te zijn. Als legitimatie van een dergelijke trend lijkt me deze provocerende uitspraak – schrijnende gevallen daargelaten – op haar beurt echter om nadere preciseringen te vragen. Daarbij zal het van groot belang zijn op grond van medisch-ethische criteria de drempel vast te leggen onder dewelke er inderdaad kan gesproken worden van 'drastisch gereduceerde ontplooiingskansen op een minimale levenskwaliteit' zodat het gevaar afgewend wordt dat onze maatschappij de weg zou inslaan van een door het schadevergoedingsrecht mee aangezwengelde eugenetische cultuur waarin de nieuwe handelingsnorm inzake procreatie er niet enkel in zou bestaan het ergste kwaad en het ondragelijkste lijden te voorkomen, maar steeds meer ook het mindere leed of zelfs het genetische schoonheidsvlekje.

Het door mij in navolging van Feinberg uitgewerkte schadebegrip en het daaruit voortvloeiende recht van eenieder om niet geboren te worden in een leven dat dermate deerniswekkend is dat het redelijkerwijze niet te verkiezen valt boven (de contrafactische veronderstelling) nooit geboren te zijn, sluit claims van kinderen die in een dergelijke toestand verkeren, tegen hun ouders niet uit. Dat ouders die een dergelijk kind willens en wetens ter wereld brengen – bijvoorbeeld om religieus-fundamentalistische redenen – dan zouden kunnen veroordeeld worden tot een levenslange financiële zorgplicht tegenover zo een kind, lijkt mij – en daarin ben ik het eens met Van den Enden – niet shockerend. In dit verband kan men de vraag stellen waarom wij het niet shockerend vinden een maatschappelijk debat te voeren over de vraag of de procreatievrijheid van verstandelijk gehandicapten eventueel zou dienen ingeperkt te worden, terwijl wij het m.b.t. gezonde mensen die wil-

lens en wetens gebrekkige en lijdende wezens ter wereld willen brengen, vanzelfsprekend zouden moeten vinden dat zij daar – ook in de meest schrijnende gevallen – door niemand op aangesproken zouden kunnen worden en dit omwille van het loutere feit dat ze dit doen op grond van een geloofsovertuiging die zelf weer gestoeld is op een hoogst navrante moraaltheologie.

Vooralsnog bestaat er echter geen rechtsplicht tot genetische screening of tot het laten uitvoeren van abortus in geval van zeer ernstige beschadiging van de vrucht, zodat er eerst sprake moet zijn van het initiatief tot dergelijk onderzoek van de kant van de ouders alsook van hun verklaarde wil om bij een bepaalde afwijking tot zwangerschapsafbreking over te gaan enerzijds en van een beroepsfout van een zorgverstrekker anderzijds.²⁷

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 *Summa Theologica*, suppl. partis tertiae, quaest. XC VIII, art. 3, conclusio, ad tertium: ‘ofschoon *niet-zijn* een groot kwaad is, in zoverre het zijn erdoor weggenomen wordt, is het toch een groot goed, in zoverre het de ellende, die het grootste kwaad is, wegneemt; en zo wordt niet-zijn verkozen’.
- 3 Vanaf nu kort ik in dit artikel de termen ‘*wrongful life*’ af als WL, ‘*wrongful birth*’ als WB en ‘Hoge Raad’ als HR.
- 4 J.M. Piret, ‘De juridisering van menselijke relaties en de legitimiteit van *wrongful birth* en *wrongful life claims*’, in E. Brugmans en M. Buijsen (red.), *Krakend recht en verharde moraal. Maatschappelijke ontwikkelingen en hun invloed op recht en moraal* (Nijmegen 2004), p. 177-216.
- 5 De morele bezwaren tegen WB-claims wegen zwaarder dan die tegen WL-claims. (Voor een nadere argumentatie,

zie Piret, a.w., p. 196 e.v.) Indien de wetgever zou oordelen dat w L-claims bij wet verboden dienen te worden, dient hij zoals de franse wetgever consequent te zijn en aansprakelijkheid bij w B- en *wrongful pregnancy*-claims te beperken tot de immateriële schade. In dat geval worden echter niet alle aansprakelijkheidsrechtelijke consequenties getrokken uit de legalisering van abortus. Het is zeer de vraag of dat terecht zou zijn.

- 6 Schoordijk (cf. *NTBR* 2001/5, p.215) pleitte er enkele jaren geleden al voor de problematische vergelijking niet te maken en de zuivere w L-vordering, waarin het gehandicapte kind stelt dat het liever niet geboren was, te vervangen door een vordering die gebaseerd is op de redenering: 'mijn moeder had mij dit leven met een handicap willen besparen en de nadelige gevolgen van dit gehandicapte leven wil ik daarom vergoed zien'. Daarmee is niet alleen niet aannemelijk gemaakt dat het kind zelf schade geleden heeft, maar bovendien levert deze redenering strikt genomen ook nog geen schending van een rechtsplicht jegens het kind zelf op. De terechte kritiek van Kortmann (cf. 'Geld voor leven. Schadevergoeding voor "niet beoogd" leven', in: S.C.J.J. Kortmann en B.C.J. Hamel, *Wrongful birth* en *wrongful life* (Deventer 2004), p. 17) blijft dan ook overeind: er is geen grond om de vergelijking tussen leven en niet-bestaan te vervangen door de vergelijking tussen gehandicapt leven en leven zonder beperkingen, a fortiori niet wanneer het gaat om gevallen van onbehandelbare genetische aandoeningen waarin de mogelijkheid van een leven zonder handicaps zich nu juist niet voor doet. Nieuwenhuis ('Hellend vlak. Kelly en de claimcultuur', in: *NJB*, 2003/27) wil het probleem van de onmogelijke vergelijking oplossen door uit te gaan van de in het recht ontwikkelde zin voor rechtvaardigheid. Op grond van die rechtvaardigheidseis valt volgens hem niet in te zien waarom het kind zelf bij toegebrachte schade wel en bij genetische schade niet een recht op schadevergoeding zou hebben. Daarmee transformeert Nieuwen-

huis een schadevergoedingsrechtelijk vraagstuk in een vraagstuk van verdelende rechtvaardigheid. Afgezien van het feit dat het aansprakelijkheidsrecht daar niet voor dient, kan men zich ook de vraag stellen: waarom in dit geval wel schadevergoeding en in veel andere denkbare gevallen waarin het aansprakelijkheidsrecht voor ons gevoel ook onrechtvaardig uitpakt, niet? Stolker (interview in *Trouw*, 20 juni 2003) noemt het bezwaar van de ‘onmogelijke vergelijking’ een ‘heel flauw argument’ en een ‘typisch staaltje juristerij’ maar geeft zelf geen argumenten op grond waarvan kan aangenomen worden dat er überhaupt sprake kan zijn van schade in dit soort gevallen. Zie ook C.J.J.M. Stolker en M.P. Sombroek-van Doorn, ‘De *wrongful life*-vordering: schadevergoeding of euthanasie?’, in: *NTBR*, 2003/9, p. 502. Kottenhagen ten slotte (*Tijdschrift voor vergoeding personenschade*, 2003/3, p.64) stelt: ‘dat de schade wellicht moeilijk is vast te stellen, is als zodanig geen reden om schadevergoeding principieel onmogelijk te achten. Ik kom hierop nog terug.’ Dat laatste doet hij echter niet...

- 7 Zie in dit verband ook de bijdrage van M. Loth in deze bundel alsook M.A.J.M. Buijsen, ‘In overeenstemming met de aard van de schade? Over toewijzing van de *wrongful life*-vordering in de zaak Kelly’, in: *NJB* 2005/16, p. 835-840.
- 8 Voor de gedetailleerde uiteenzetting, zie Piret, a.w., p. 186 e.v. Voor de tekst van J. Feinberg, zie: ‘Wrongful life and the counterfactual element in harming’, in: *Freedom and fulfillment. Philosophical essays* (Princeton 1992), p. 3-37.
- 9 Door het strenge criterium van Feinberg aan te houden, kunnen *wL*-claims enkel toegewezen worden bij kinderen die in een dermate deerniswekkende toestand verkeren dat hun leven redelijkerwijze niet te verkiezen is boven de contrafactische veronderstelling dat ze nooit geboren waren. Dat sluit lichtzinnige claims voor minder leed uit. Het ontwikkelen van medisch-ethische criteria die het mogelijk maken om de gevallen die zo erg zijn dat ze de

test van Feinberg doorstaan, te onderscheiden van de gevallen die dat niet doen, en dus niet in aanmerking komen voor schadevergoeding op grond van w L, is een uiterst moeilijke, doch geen onmogelijke zaak. (In de Angelsaksische literatuur over w L ben ik minstens één keer een lijst met dergelijke criteria en aandoeningen tegengekomen.) Zelfs indien commissies van deskundigen hier een belangrijke rol kunnen in spelen, zal in de moeilijke gevallen nog altijd de rechter de knoop dienen door te hakken. Dat vindt Marc Loth een morele overbelasting van de rechter; cf. M. Loth, 'Waarden in balans. Vrijheid, gelijkheid en broederschap in het privaatrecht', in: K. van der Wal, (red.), *Vrijheid, gelijkheid en broederschap? Betekenis en huidige relevantie van het devies van de Franse Revolutie* (Budel 2004), p. 86. Die kritiek is begrijpelijk, maar daarbij dient toch ook voor ogen gehouden te worden dat de rechter die uiteindelijk uitspraak zal moeten doen over een dergelijke vordering, in een morele situatie verkeert die veel minder dramatisch is dan de situatie van de rechter die, zoals in het Amerikaanse geval van Terri Schiavo, niet moet beslissen over de toekenning van een schadevergoeding, maar over het dicht draaien van de levenskraan.

- 10 In de zorgvuldigheidseisen zoals geformuleerd in art. 2 van de wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding, gaat het juist essentieel om de wilsbekwaamheid van de verzoeker. Enkel wanneer de verzoeker zijn wil heeft geuit op een moment dat hij tot 'een redelijke waardering van zijn belangen terzake in staat werd geacht' (en bovendien aan alle andere criteria is voldaan), kan op zijn verzoek worden ingegaan.
- 11 Gesteld dat actieve euthanasie op zwaar gehandicapte wilsonbekwame kinderen onder bepaalde voorwaarden moreel aanvaardbaar zou worden geacht (en zonder twijfel komen dergelijke gevallen ver van de schijnwerpers in klinieken feitelijk voor. Zie voor een ethische reflectie op dit probleem de notitie 'Handelen rondom het levenseinde bij pasgeborenen.' Van de Vereniging Samenwerkende

Ouder- en Patiëntenorganisaties betrokken bij erfelijkheidsvraagstukken, op www.erfelijkheid.nl), dan is het natuurlijk zo dat een dergelijk verzoek een WL-claim uitsluit. Deze laatste kan slechts consistent gedacht worden tegen de achtergrond van het uitgangspunt dat het kind met zijn handicap te leven heeft.

- 12 Stolker & Sombroek-van Doorn, a.w., p. 500.
- 13 In r.o. 37 stelt het Hof dat het afwijzen door de rechtbank van de vordering tot immateriële schadevergoeding *voor het kind zelf* op een te eenzijdig medisch-biologische visie is gebaseerd. Door de fout van de verloskundige is er geen genetisch onderzoek uitgevoerd en kon de geboorte van een gehandicapt kind niet voorkomen worden, aldus de argumentatie. En het Hof vervolgt door te stellen dat ‘door die beroepsfout (..) dan ook in juridische zin de schade (is) veroorzaakt’ en dat die ‘schade valt aan te merken als een alleszins voorzienbaar gevolg van de beroepsfout, die juist om die reden nooit gemaakt had mogen worden’. Inmiddels een veel geciteerde zin! Maar de vraag hoe de schade precies omschreven kan worden, laat het Hof gewoon onbeantwoord. Zie ook B. Sluijters, ‘Ongewenst leven, *wrongful life*’, in Kortmann en Hamel, a.w., p. 61.
- 14 Het Hof oordeelt dat het kind dient beschouwd te worden als partij bij de behandelingsovereenkomst omdat de ouders mede ten behoeve van het ongeborn kind hebben gecontracteerd, en zo daar al anders zou worden over gedacht had dit het LUMC niet kunnen baten omdat het dan nog steeds aansprakelijk is op grond van de onrechtmatige daad die voortvloeit uit de schending van de zorgplicht die de verloskundige jegens de ongeborn vrucht heeft en die er op gericht is haar belangen te beschermen. Dit oordeel wordt door de HR bekrachtigd.
- 15 In de VS bestaat de rechtsfiguur van de ‘preconceptional tort’, in Duitsland heeft het *Bundesgerichtshof* in 1983 erkend dat ‘auch für das Deliktsrecht (...) eine haftungsbegründende Handlung vor der Geburt des Geschädigten (...) ja sogar vor der Erzeugung liegen kann.’

- 16 Het bezwaar dat de nood van extreem gehandicapte kinderen vaak op geen enkele manier met geld gelenigd kan worden, is ernstig en transformeert de vraag naar de toewijsbaarheid van w L-claims in de rechts-politieke vraag bij welke partij de kosten voor het in stand houden van een dergelijk leven het best kunnen gelegd worden: bij de gemeenschap en de ouders of bij artsen en hun aansprakelijkheidsverzekeringen. Een ander ernstig probleem ligt in de disproportionaliteit tussen fout en schade. Soms kan een samenloop van omstandigheden, een kleine onachtzaamheid bij het stellen van een diagnose door een arts of bij de interpretatie van een genetische test door een deskundige zeer zware consequenties hebben en tot torenhoge schadeclaims leiden. Een verdergaande collectivering van de risico's enerzijds en de rechterlijke matigingsbevoegdheid bij het toekennen van schadevergoeding anderzijds, kunnen hier wellicht ten dele een antwoord bieden. De schadeplichtigheid van zorgverstrekkers bij onbehandelbare genetische aandoeningen kan natuurlijk ook bij wet beperkt worden.
- 17 Een uitspraak die voor de agnost uiterst twijfelachtig is, want als we in strenge zin over de niet-existentie niets kunnen zeggen, kunnen we ook niet beweren dat de existentie 'beter' is. Dat is dan namelijk al een *petitio principii*: de existentie die zichzelf refereert. Een aanhanger van het denken van Georges Bataille zou nog een stap verder kunnen gaan op grond van de speculatieve overtuiging dat het leven een kortstondige discontinuïteit is in een zijnscontinuüm waar de mens in de erotiek onbewust naar 'terug' verlangt, en dat door de dood hersteld wordt. Cf. G. Bataille, *L'érotisme*, Paris 1957.
- 18 De inhoud van deze opmerkingen over het denken van Thomas betreffende het niet-bestaan, dank ik aan een korte, niet gepubliceerde tekst van dr. H. van der Meer s j die mij ter hand gesteld werd door Martin Buijsen, de organisator van dit symposium.
- 19 Van der Meer verklaart deze opvatting op grond van het

geloof dat ieder die bestaat in de hemel kan komen. Het ellendige bestaan van de melaatse weegt in dat perspectief niet op tegen de mogelijkheid van eeuwige gelukzaligheid (ibid.) Deze verklaring is echter subsidiair. Primair moet de verklaring van deze opvatting opnieuw gezocht worden in de ontologie van Thomas. Daar het kwaad geen substantie is, maar juist een privatie, is het subject van elk kwaad een goed. Het kwaad kan nooit op zichzelf bestaan. Daarom is geen natuurwezen geheel en al kwaad in de scholastische filosofie; in zoverre het bestaat en deel heeft aan het zijn is het al een goed. Dat heeft tot gevolg dat geen enkel kwaad al het goed kan wegnemen. Zelfs in de verdoemden en zelfs in duivels zit nog een goed, niet in zoverre ze slecht zijn, maar in zoverre ze zijn. Deze visie is in het christendom dominant geworden ten gevolge van de strijd tegen het manicheïstische dualisme dat uitging van een opperste kwaad – als tegenhanger van het opperste goed – en dat als bron van alle kwaad wezens voortbrengt die in zichzelf geheel en al kwaad zijn.

- 20 'Het is toch absurd dat wanneer je als ouders je gehandicapte kind uit Gods hand wilt ontvangen, je al rekening zou moeten houden met de mogelijkheid van schadeclaims achteraf. Die claims zouden zich in de toekomst behalve op medici, ook op ouders kunnen richten', aldus G. van den Brink, docent systematische theologie aan de universiteit Leiden in reactie op de uitspraak van het Hof Den Haag in de zaak Kelly (*Reformatorisch Dagblad*, 16 april 2003). Vervolgens spreekt deze auteur de wens uit dat dergelijke claims door de wetgever verboden zouden worden. Een analoge redenering ook bij de katholieke bisschop Eijk (bisschop van Groningen en bisschopreferent voor medisch-ethische zaken). De toekenning van de claim door het Hof moet ouders in verwachting van een gehandicapt kind aan het denken zetten, aldus Eijk. Hen kan, door de samenleving of door het kind, later verweten worden dat zij ten onrechte het kind ter wereld hebben laten komen. (...) Wordt het krijgen van een gehandicapt kind een luxe

- die wij ons eigenlijk niet meer moeten (willen) permitteren? Is het kiezen voor het leven van een gehandicapt kind nu als een verwijtbaar gebrek aan barmhartigheid gebrandmerkt...’ Gecit. bij Stolker en S-vD., a.w., p. 496.
- 21 Cf. Rom. 5, 12; voor de katholieke dogmatiek betreffende de erfzonde zoals die door het concilie van Trente nader gepreciseerd werd, zie A. van Hove, *De erfzonde*, Antwerpen 1936; i.v.m. de doctrine van het kwaad cf. A. Ryckmans, *Le problème du mal*, Bruxelles 1933.
- 22 Met zijn rationalistische theodicee (het bestaan van het kwaad als noodzakelijk element in de integraalberekening van de beste van alle mogelijke werelden) zal Leibniz het mysterie als mogelijksvoorwaarde van het geloof opheffen. De Leibniziaanse theodicee kan daarom vanuit een gelovig standpunt gezien worden als een rationalistische ketterij. Cf. H. Lübbe, *Religion nach der Aufklärung*, Graz/Wien/Köln 1986, p. 195 e.v. Het theologisch omduiden van het kwaad tot instrument van een hoger goed vindt ook plaats m.b.t. het morele kwaad. Dit levert de figuur op van de ‘felix culpa’ waarover de gelovigen in de paasnacht zingen, de ‘gelukkige’ en noodzakelijke schuld die ‘ons zulk een verlosser verdiende’. Het onderscheid zit hem volgens de katholieke dogmatiek hier in dat God het fysieke kwaad indirect, d.w.z. ten behoeve van een hoger goed wil, terwijl hij de zonde volstrekt niet wil doch enkel toelaat: de menselijke vrijheid veronderstelt immers het ‘posse peccare’ als noodzakelijke complement van het ‘posse non peccare’. Voor een bespreking van de secularisering van het theodicee-motief in de filosofie, zie O. Marquardt, ‘Entlastungen. Theodizeemotive in der neuzeitliche Philosophie’, in *Apologie des Zufälligen*, Stuttgart 1986, p. 11-33.
- 23 ‘Crux Christi sine tua non sufficit’ (Christus’ kruis volstaat niet zonder het uwe’, aldus Johannes Chrysostomus (*De gloria in tribulationibus*, Lib. 111, p. 141) Wie Christus zoekt, zoekt ook zijn lijden, aldus Ambrosius van Milaan. Later zal zich op die gedachte de traditie van de kruis-

mystiek enten: van Theresa van Avila over de volksmystiek zoals die in de lage landen bijvoorbeeld geïllustreerd werd door het veelvuldig herdrukte 'Het duyfken in de steenrotse', een in het midden van de zeventiende eeuw uitgegeven meditatie van 'eene mede-lydende siele op die bittere passie iesu christi' van de hand van een jezuïet, tot en met het werk van de twintigste eeuwse franse roman- crier Bernanos, is de cultus van het (mede)lijden in het katholicisme alomtegenwoordig. De tweede pagina van voornoemd boekje (het duyfken) is verlucht met een veel- zeggende gravure waarop, naast andere zinnebeelden, vanuit de hemel, meer bepaald vanuit een zich daar bevin- dend kruis (dat zelf opgebouwd is uit koningskronen), een waar spervuur van kleinere kruisen naar de aarde geschoten wordt en over de mensen uitgestort wordt. De kleine kruiskens bevatten inscripties zoals 'Peste', 'Sterf-huys', 'Bankeroet', 'Scande', 'Armoede', 'Oorlogh', 'Koude', 'Dorst', maar ook 'Lasteringhe' en 'Processen'. Rechts onderaan biedt een verrozen Christus de knielende gelovige, (te neergedrukt en murw gemaakt door al dat neerdalende onheil maar ook dankbaar voor het medicijn dat hij van de Heer mag ontvangen) eens temeer een kruis aan, ditmaal met de inscriptie 'sterkte'...(!) Mijn uitgave, Antwerpen 1662.

- 24 Het lijden, aldus de auteur van het lemma, 'moet uitgroeien tot gehoorzaamheid in alles, ja zelfs tot in de dood (...) Christelijk lijden is een sterven aan alle ongehoorzaam- heid, en in het vuur der goddelijke beproevingen zo ge- louterd worden, dat we alles doen en alles aanvaarden wat de vader welgevallig is.'; 'Hoe dieper de mens ingroeit in de vereniging met Christus, hoe zekerder hem het lijden vergezelt'; dit kan de gelovige zelfs voeren tot 'het verlan- gen om ontbonden te worden en te zijn met Christus'. (Als men in deze laatste zinsnede 'met Christus' weglaat, zou ze letterlijk door Battaille kunnen geschreven zijn. Zie ook noot 17.) *Theologisch Woordenboek*, Roermond/Maaseik, 1957, dl. II.

- 25 Dat deze leer door verschillende protestantse kerken op deze wijze niet gedeeld wordt, zou me niet verwonderen; maar voor de katholiek behoort ze nog steeds tot de geloofsleer.
- 26 H. van den Enden, 'De zaak Kelly en de verantwoordelijkheidsethiek', in: *Medisch Contact* 2003/18, p. 717.
- 27 De veelgehoorde waarschuwing dat ten gevolge van het Kelly-arrest het gevaar voor defensieve geneeskunde toeneemt, is onterecht. Voor dat de zaak Kelly speelde, was de norm (*lege artis*) namelijk al dat in een dergelijk geval diende doorverwezen te worden voor genetisch onderzoek, en die norm werd door de zorgverstrekker juist geschonden! Zie in dit verband ook het regeringsstandpunt, Kamerstukken, vergaderjaar 2004-5, 29323, nr.11. Bovendien wordt dit argument soms ook naar voren gebracht door auteurs die wél voor toewijzing van de w B-vordering zijn, wat inconsistent is. Van den Enden (a.w. p. 717) ziet overigens in defensieve geneeskunde geen kwalijke, maar juist een goede zaak. 'Hoe meer wij onverschillig, nonchalant of onwetend menselijk risicogedrag bij de voortplanting kunnen bestrijden en terugdringen, hoe meer wij onze toekomstgerichte ethische plicht doen...' Hoe de auteur denkt over de eventuele eugenetische implicaties hiervan is mij niet duidelijk. Voor een kritiek op de eugenetische consequenties van de liberale procreatiepolitiek, zie J. Habermas, *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?* Frankfurt 2001.