

## M. Buijsen (red.), *Onrechtmatig leven? Opstellen naar aanleiding van Baby Kelly*

Britta van Beers

M. Buijsen (red.), *Onrechtmatig leven? Opstellen naar aanleiding van Baby Kelly*, Nijmegen: Valkhof Pers 2006, 234 p.

Sinds 2005 is Nederland vrijwel het enige land ter wereld waar *wrongful life*-vorderingen worden erkend. In het Baby Kelly-arrest (HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606) wees de Hoge Raad schadevergoeding toe aan de elfjarige geestelijk en lichamelijk gehandicapte Kelly Molenaar voor alle kosten die zijn verbonden aan haar levensonderhoud en handicaps. Kelly's leven en handicaps konden voor zowel haarzelf als haar ouders tot een bron van schade worden, doordat haar ouders als gevolg van een medische beroepsfout de kans was ontnomen haar te laten aborteren. Hoewel in de familie Molenaar een geschiedenis bestond van chromosomale afwijkingen en de ouders hun zorgen hieromtrent kenbaar hadden gemaakt, had de verloskundige in kwestie nagelaten om prenatale diagnostiek te laten verrichten. De ouders zouden in het geval van tijdige detectie van de genetische afwijkingen de vrucht hebben laten aborteren. Door de fout kwamen Kelly's ernstige handicaps echter pas na haar geboorte aan het licht.

Dat ouders onder deze omstandigheden recht kunnen hebben op schadevergoeding ter hoogte van de opvoedingskosten van het kind, stond ten tijde van de uitspraak in 2005 nauwelijks meer ter discussie. Reeds in 1997 had de Hoge Raad een dergelijke *wrongful birth claim*, zoals de vordering van de ouders wordt genoemd, gehonoreerd (HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145). De werkelijk controversiële aspecten van het arrest hadden betrekking op de vordering van het kind, ofwel diens *wrongful life*-actie. Heeft ook het kind dat het resultaat is van een 'onrechtmatige geboorte' aanspraak op schadevergoeding wegens 'onrechtmatig leven'? Zo ja, wat is dan de schade?

In de zaak Baby Kelly beantwoordt de Hoge Raad de eerste vraag bevestigend. De verloskundige is niet alleen aansprakelijk jegens de ouders, maar ook jegens het kind dat uit de geboorte is voortgekomen. Kelly's *wrongful life*-vordering wordt toegevoegd. Wat het antwoord op de tweede vraag betreft, Kelly's hele gehandicapte bestaan en niet alleen haar handicaps, vormt blijkens de omvang van de schadevergoeding de schadepost in kwestie.

De uitspraak springt om meerdere redenen in het oog. Los van de technisch-juridische bijzonderheden, werpt de kwestie onder meer vragen op over de grenzen van het aansprakelijkheidsrecht, de juridische betekenis van het beginsel van menselijke waardigheid, de positie van het recht in het tijdperk van de medische biotechnologie en de aard van juridische causaliteit.

Het boek *Onrechtmatig leven? Opstellen naar aanleiding van Baby Kelly* onder redactie van Martin Buijsen vormt dan ook een welkome aanvulling op de bestaande literatuur. Het boek biedt een verzameling beschouwingen over het arrest vanuit

Britta van Beers

uiteenlopende disciplines: het aansprakelijkheidsrecht, de politicologie, de rechts-sociologie, de rechtseconomie, de moraaltheologie, de ethiek en de rechtstheorie zijn vertegenwoordigd. De medewerkers aan het boek waren ten tijde van de totstandkoming van het boek voor het grootste deel werkzaam aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Daarmee is het boek qua opzet te vergelijken met de eerdere, overwegend Nijmeegse bundel *Wrongful birth en wrongful life* (Kortmann & Hamel (red.), Deventer: Kluwer 2004).

De keuze voor een multidisciplinaire benadering is in deze context op haar plaats. In de Baby Kelly-zaak wordt een thematiek aangesneden die verbonden is met een aantal bredere, maatschappelijke ontwikkelingen. In het boek wordt onder meer ingegaan op de claimcultuur en het grenzeloos wordende aansprakelijkheidsrecht (Huls, Loth), de neiging tot depolitisering van medisch-ethische vraagstukken (Trappenburg), de eugenetische tendensen in de samenleving (Piret, Eijk) en de maatschappelijke solidariteit met gehandicapten (Huls, Van Boom). Bovendien biedt de inleiding een helder overzicht van de nationale en internationale ontwikkelingen op dit terrein (Buijsen en Hermans), zodat de samenhang tussen de verschillende bijdragen zichtbaar blijft.

Ondanks de veelheid aan interessante perspectieven die de bundel biedt, is er in een bepaald opzicht toch sprake van een eenvormigheid die typerend is voor het Nederlandse debat over *wrongful life*. Hoewel er in Nederland heel wat inkt over de uitspraak is gevloeid, zijn de discussies in rechtsgeleerde kringen over dit beladen onderwerp overwegend technisch en pragmatisch van insteek. De eenvormigheid werkt bovendien niet alleen in de toonzetting, maar ook inhoudelijk door: in de Nederlandse rechtsdogmatiek is de uitspraak hoofdzakelijk positief ontvangen. Dat blijkt ook bij lezing van de gebundelde opstellen. Ofschoon de meeste auteurs van de bijdragen benadrukken dat de motivering van de Hoge Raad te wensen overlaat, laat geen van hen zich openlijk kritisch uit over de strekking en uitkomst van het arrest. Piret, Kottenhagen en Den Hartogh verdedigen de uitkomst van het geding; Huls, Loth, Buijsen en Hermans bekritisieren slechts deelaspecten van het arrest, zonder hun persoonlijke eendoordeel uit de doeken te doen; en Van Boom en Trappenburg plaatsen elementen van de uitspraak tegen de achtergrond van bredere ontwikkelingen, zonder stelling te nemen. Weliswaar is de bijdrage van bisschop Eijk uitgesproken negatief. Zijn betoog strekt echter niet zozeer tot verwerping van *wrongful life*-vorderingen, als wel tot verwerping van de abortusvrijheid. Daardoor is er in zijn betoog weinig ruimte om de bijzonderheden van *wrongful life*-vorderingen tot hun recht te laten komen.

Wat aan de argumentatie van sommige voorstanders van toewijzing van *wrongful life*-claims bovendien opvalt, is de neiging om tegengeluiden weg te zetten als onderdeel van een persoonlijke of religieuze missie. Zo plaatst Huls in zijn rechts-sociologische opstel hoogleraar privaatrecht Kortmann en medisch-ethicus Wils, die beiden in de eerder genoemde Nijmeegse bundel kritiek op het arrest hebben geleverd, samen met Bush en de Paus in het kamp van 'religieus geïnspireerde critici', die zich niet laten 'overtuigen door een rationeel-zakelijke argumentatie' (p. 80). Ook Piret brengt de weerstand waarop *wrongful life*-claims stuiten vooral in verband met een christelijke vooringenomenheid (p. 129). Op die manier worden deze kritische geluiden op voorhand weggezet als irrationeel, religieus en onwetenschap-

pelijk, ook wanneer de desbetreffende kritiek is geformuleerd in uitsluitend seculiere termen.

De overwegend positieve teneur van het Nederlandse debat over *wrongful life* staan in scherp contrast met de ophef die dezelfde problematiek in Frankrijk veroorzaakte. In 2000 wees de *Cour de Cassation* vergoeding voor de kosten van Nicolas Perruches aangeboren afwijkingen toe (Cass. ass. plén. 17 november 2000, JCP 2000, II, 10438). Naar aanleiding van de Perruche-uitspraak brak niet minder dan een nationale rellos, inclusief manifesten in de grote dagbladen van rechtsgeleerden en publieke intellectuelen, stakingen van medisch personeel, demonstraties van gehandicapten en hevige politieke debatten. Franse rechtsgeleerden en ethici brachten hun verontwaardiging over *wrongful life*-claims onder woorden door te spreken in beladen termen als eugenetica, een *délire d'imputation*, een *droit à l'euthanasie prénatale*, en zelfs een *Hiroshima métaphysique*. Het resultaat van alle commotie was dat een wet werd afgekondigd, in de volksmond de *Loi Anti-Perruche* (2002) genoemd, waarin een einde aan *wrongful life*-vorderingen werd gemaakt. Daarnaast zwengelde de commotie op rechtstheoretisch niveau een prikkelend en vruchtbaar debat aan over de plaats van de rechtsgeleerde in maatschappelijke debatten en de functie van het recht.

Toegegeven, het Franse debat over *wrongful life* werd veelal in gezwollen termen gevoerd en was daardoor tamelijk polemisch van aard. Het gevolg was evenwel dat de discussie onmiddellijk op scherp werd gesteld en zowel voor- als tegenstanders van de uitspraak tot de kern van de problematiek doordrongen. In de Nederlandse rechtsdogmatiek wordt de kwestie daarentegen al snel afgedaan als een technisch-juridisch vraagstuk en blijven de maatschappelijke, rechtstheoretische en ethische implicaties helaas nogal eens onderbelicht.

Zo heerst onder specialisten op het terrein van het aansprakelijkheidsrecht de gedachte dat het arrest weinig opzienbarend is. Typerend in dat opzicht is Kottenhagens bijdrage aan de bundel. Hij plaatst het arrest tegen de achtergrond van de recente erkenning van nieuwe vormen van schadevergoeding, zoals shockschade en affectieschade. Zijn conclusie luidt dat 'het hier om een bevredigende en weinig verrassende uitspraak' (p. 156) gaat, die 'een logische volgende stap in de ontwikkeling van de jurisprudentie' (p. 145) vormt. Bovendien ontbeert de uitspraak zijns inziens maatschappelijke relevantie. Ook al geeft Kottenhagen een op zichzelf boeiend overzicht van de huidige tendensen in het schadevergoedingsrecht, zijn bijdrage nodigt weinig uit tot verdere gedachtevorming over het arrest.

Een vergelijkbaar sussende werking gaat uit van Van Booms beschouwingen. Daarin behandelt de auteur de vraag of er in *wrongful life*-gevallen ook andere vergoedingsarrangementen dan medische aansprakelijkheid mogelijk zijn. Hoewel een dergelijke vergelijking in een andere context wellicht relevant is en Van Boom bovendien grondig te werk is gegaan in zijn onderzoek, blijven de observaties wel erg algemeen en is het verband met het Baby Kelly-arrest enigszins geforceerd. Op de inhoud van de uitspraak wordt in zijn betoog dan ook nauwelijks ingegaan.

Het voornaamste probleem is dat men in deze en een aantal andere bijdragen aan het boek slechts deelaspecten van de uitspraak belicht en daardoor langs de kern van de controverse heen gaat. Het spraakmakende karakter van het arrest hangt samen met de vraag of in dit arrest Kelly's gehandicapte leven als onrechtmatig is

bestempeld, zoals ook uit de titel van de bundel blijkt. Zo ja, is dat dan niet in strijd met de menselijke waardigheid en zijn de grenzen van het aansprakelijkheidsrecht niet bereikt? Als het daarentegen alleen Kelly's handicaps zijn die in aanmerking komen voor vergoeding, is het dan niet vreemd dat de verloskundige aansprakelijk wordt gesteld voor aandoeningen waarin zij geen hand heeft gehad en die uitsluitend het gevolg zijn van Kelly's genetische constitutie? Deze fundamentele vragen, die Buijsen en Hermans in hun introductie bij de bundel opwerpen, laat een deel van de auteurs links liggen. Daardoor blijft bij lezing van deze bijdragen onduidelijk waarop alle ophef is gebaseerd of waarom de *wrongful life*-actie in andere rechtsstelsels niet wordt aanvaard.

In het boek wordt wel een plausible verklaring geboden voor het feit dat het Nederlandse debat over Baby Kelly veelal blijft steken in technische overwegingen. Loth, Piret en Huls opperen dat de pragmatische motivering van de Hoge Raad daar voor een groot deel debet aan is. De levensgrote vragen blijven onbeantwoord en de rechter focust zich op de juridisch-technische dimensie, schrijft Huls (p. 87). Piret gaat een stap verder en spreekt zelfs van een 'verdoezelingsstrategie' van de Hoge Raad. Volgens hem creëert de Hoge Raad met de ingewikkelde opbouw van zijn argumentatie een labyrint waarin de lezer al snel het spoor bijster raakt (p. 123). Loth komt tot een soortgelijke conclusie door de verwijzingen van de Hoge Raad naar de menselijke waardigheid onder de loep te nemen. Het principiële argument van de menselijke waardigheid verwordt in de motivering van het arrest tot een louter pragmatische afweging, betoogt Loth op overtuigende wijze (p. 45), terwijl de menselijke waardigheid nu juist de ethische spil van het arrest vormt. Loth laat zien dat de Hoge Raad op drie punten van zijn betoog al dan niet rechtstreeks gebruikmaakt van dit argument. Met deze referenties probeert de Hoge Raad driemaal een antwoord op dezelfde kernvraag te formuleren: berust toewijzing van schadevergoeding aan Kelly voor de kosten die aan haar leven verbonden zijn op een miskennis van de gelijke waarde en waardigheid van haar leven? Zoals uit de uitkomst van het arrest blijkt, meent de Hoge Raad van niet. De vraag is echter waarom.

Alleen in de derde referentie aan de menselijke waardigheid komt het hoogste rechtscollege tot een nadere uitleg van dit beginsel (r.o. 4.15), stelt Loth. Die uitleg komt er kortweg op neer dat toekenning van een geldsom het Kelly juist mogelijk maakt een zo menswaardig mogelijk leven te leiden. Deze interpretatie schiet volgens Loth wezenlijk tekort. Hij schrijft dat niemand zal betwisten dat schadevergoeding het Kelly mogelijk maakt een prettiger leven te leiden. Maar dat is ook niet het belangrijkste tegenargument van de critici van *wrongful life*. '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' (p. 46). Het resultaat is, in Loth's woorden, 'een motiveringstekort' van het arrest (p. 40).

Den Hartogh is het in zijn ethische beschouwingen met Loth eens dat de motivering van de Hoge Raad op dit punt te wensen overlaat. Sterker nog, het arrest vertoont zijns inziens innerlijke tegenstrijdigheden. Enerzijds lijkt de Hoge Raad het in strijd met de menselijke waardigheid te achten om een waardeoordeel over Kelly's leven uit te spreken en dat leven als een schadepost op te vatten. Anderzijds kan de gebruikte argumentatie van de Hoge Raad nauwelijks verhullen dat de schadever-

goeding die aan Kelly wordt toegekend, is gebaseerd op Kelly's belang om niet geboren te worden, ook al kan dat belang, zoals de Hoge Raad zelf benadrukt, niet in de vorm van een recht worden gegoten.

De vraag die Den Hartogh zich vervolgens stelt, is of de Hoge Raad er terecht impliciet van uit is gegaan dat 'een waarderende vergelijking van bestaan en niet-bestaan' een ontkenning van de menselijke waardigheid vormt. Den Hartogh meent van niet en betoogt dat *wrongful life*-vorderingen vanuit het perspectief van de menselijke waardigheid door de beugel kunnen. Op die manier lijkt de einduitkomst van het arrest zijn goedkeuring te kunnen dragen. Zijn betoog kan dan ook worden beschouwd als een poging om het arrest alsnog van een juiste motivering te voorzien. Aangezien ik Den Hartoghs bijdrage het krachtigst en meest uitgesproken acht van alle bijdragen aan de bundel, ga ik hierna uitvoeriger in op zijn argumenten. Ter onderbouwing van zijn positieve oordeel over de uitkomst van het arrest trekt Den Hartogh een parallel tussen euthanasie en *wrongful life*. Net als euthanasie berust *wrongful life* op de overweging van een persoon dat het voor hem beter zou zijn het leven niet voort te zetten, is Den Hartogh van mening. Dat persoonlijke oordeel getuigt niet van een gebrek aan respect voor de menselijke persoon:

'Essentieel [...] is dat het oordeel over de waarde van een voortgezet leven een oordeel is vanuit het gezichtspunt van de betrokkene zelf: het betreft de waarde van dat leven *voor hem*. Dus niet de waarde van zijn leven voor zijn familieleden of voor de maatschappij. Wat de menselijke waardigheid aantast is alleen de opvatting dat iemands leven maar beter kan eindigen omdat het een last is voor anderen, of omdat het niet voldoet aan de een of andere veronderstelde objectieve maatstaf ("lebensunwertes Leben"). Als levensbeëindiging op verzoek en de beslissing af te zien van levensverlengende behandeling de menselijke waardigheid niet hoeven aan te tasten, geldt dat a fortiori ook voor *wrongful life claims*' (p. 71).

Mijns inziens gaat de vergelijking tussen *wrongful life* en euthanasie echter op meerdere punten mank. Los van het gegeven dat euthanasie een strafrechtelijk vraagstuk en *wrongful life* een vraagstuk uit het medische aansprakelijkheidsrecht betreft, is een relevant verschil dat euthanasie berust op een *verslechtering* van iemands fysieke toestand, op basis waarvan de persoon in kwestie niet langer zijn leven wenst *voort te zetten*. Kelly's claim luidt daarentegen dat zij überhaupt niet *geboren* had willen worden, zo blijkt uit de formulering van haar vorderingen en de hoogte van de schadevergoeding die de Hoge Raad toeweest. Met andere woorden, bij *wrongful life* is er slechts het verschil tussen wel en niet geboren worden en kan in tegenstelling tot gevallen van euthanasie geen onderscheid worden gemaakt tussen de situatie voor en na de fysieke verslechtering. Kelly's afwijkingen zijn biologisch gezien *inherent aan haar bestaan*.

Mede daardoor pakt Den Hartoghs interpretatie van de menselijke waardigheid mijns inziens verschillend uit bij toepassing op euthanasie en op *wrongful life*, nog los van de vraag of die interpretatie juist is. Zoals Den Hartogh schrijft, is essentieel voor zijn lezing van de menselijke waardigheid hoe de betrokkene *zelf* tegen zijn leven aankijkt. Dat zien we ook terug bij euthanasie: een wettelijke voorwaarde is

dat er sprake is van een vrijwillig en weloverwogen verzoek (art. 2 lid 1 sub a Wet toetsing levensbeëindiging). Het oordeel dat de dood is te verkiezen boven het ondraaglijke lijden moet afkomstig zijn van degene wiens leven in het geding is. Wanneer dat niet het geval is, kan volgens Den Hartogh wel degelijk worden gevreesd voor een aantasting van de menselijke waardigheid. Van belang is daarom om te bezien of Kelly inderdaad haar eigen leven als ondraaglijk beschouwt.

Een eerste probleem daarbij is dat Kelly geestelijk ernstig gehandicapt is, zodat zij haar eigen visie hierover onmogelijk kenbaar heeft kunnen maken. Het zijn de facto haar ouders, als haar wettelijke vertegenwoordigers, en de rechter die in haar plaats een oordeel over haar leven vormen. Daarbij is het gevaar groot dat Kelly's leven langs een bepaalde 'veronderstelde objectieve maatstaf' wordt gemeten, zodat ook in Den Hartoghs benadering van de menselijke waardigheid het respect voor Kelly's persoon wordt aangetast. Haar leven wordt dan als dusdanig 'deerniswekkend' beschouwd, zoals de woorden van het hof luiden (Hof Den Haag 26 maart 2003, NJ 2003, 249, r.o. 23), dat het 'redelijkerwijze' verkieslijk was geweest om geaborteerd te worden.

Bovendien, zelfs als we meegaan in de juridische fictie dat Kelly in staat is een visie op haar eigen leven te verwoorden, blijft het tot op zekere hoogte twijfelachtig of men überhaupt kan oordelen dat zijn niet-geboorte is te verkiezen boven zijn leven. In tegenstelling tot gevallen van euthanasie ontbreekt een punt van vergelijking. *Wrongful life*-claims lijken een archimedisch punt te veronderstellen van waaruit men op zijn eigen bestaan kan neerkijken en tot een definitieve afweging kan komen tussen leven en niet geboren worden. De stelling dat men liever niet geboren had willen worden, is een geheel andere conclusie dan de beslissing dat men zijn bestaan, aangekomen op dat specifieke punt in zijn leven, niet wenst voort te zetten.

Maar wellicht is een dergelijk oordeel toch mogelijk. Ook dan lijkt een waardeoordeel door derden over de waarde van Kelly's leven echter onvermijdelijk. Met haar *wrongful life*-actie plaatst Kelly zich in het aansprakelijkheidsrecht met zijn eigen categorieën en kwalificaties, waarin haar concrete situatie zal moeten worden ingepast. Hoewel Loth terecht waarschuwt dat in kwesties als *wrongful life* het aansprakelijkheidsrecht grenzeloos lijkt te worden (p. 46), is het aansprakelijkheidsrecht nog niet zo ver gesubjectiveerd dat alles wat de betrokkene zelf als schade beschouwt, ook in het recht als schade dient te worden gekwalificeerd. Dat betekent dat de rechter bij de beantwoording van de vraag of Kelly's leven juridisch als schadepost kan worden gekwalificeerd, niet geheel kan uitgaan van Kelly's veronderstelde eigen mening over haar leven. De rechter zal zich toch op een bepaalde objectieve maatstaf moeten verlaten, aan de hand waarvan hij Kelly's leven al dan niet als bron van schade opvat.

Kortom, bij toewijzing van *wrongful life*-claims ontkomt de rechter niet aan een juridisch waardeoordeel over Kelly's leven dat niet geheel is terug te voeren op Kelly's persoonlijke visie op haar leven. Dat betekent dat haar leven, hoe men het ook wendt of keert, door anderen is gewogen en te licht is bevonden om het waard te zijn geleefd te worden. Ook volgens Den Hartoghs benadering van de menselijke waardigheid lijkt mij dat onaanvaardbaar.

Pirets betoog kan goed illustreren hoe een zeker waardeoordeel door derden over de relatieve waarde van menselijk leven bij toewijzing van *wrongful life*-vorderingen

vrijwel onontkoombaar is. Hij bepleit in navolging van Feinberg een schadebegrip, op grond waarvan men het recht heeft ‘om niet geboren te worden in een leven dat dermate deerniswekkend is dat het *redelijkerwijze* niet te verkiezen valt boven nooit geboren te zijn’ (p. 134, mijn cursivering). Achter de term ‘redelijkerwijze’ kan volgens mij slechts het waardeoordeel dat de rechter of de samenleving over Kelly’s leven vormt, schuilgaan. Dat blijkt nog duidelijker wanneer Piret stelt dat ‘het van groot belang [is] op grond van medisch-ethische criteria de drempel vast te leggen onder dewelke er inderdaad kan gesproken worden van “drastisch gereduceerde ontpleoingskansen op een minimale levenskwaliteit”’ (p. 134). Daarmee lijkt hij te pleiten voor toetsing van de kwaliteit van menselijk leven aan ‘een of andere veronderstelde objectieve maatstaf’.

Ter afsluiting van deze recensie kan worden gewezen op Trappenburgs boeiende bijdrage. Daarin laat zij zien hoe de politieke besluitvorming over medisch-ethische kwesties dikwijls wordt uitbesteed aan de medische professie en aan de rechter. Deze depolitiseringsstendens is eveneens herkenbaar in de discussies over *wrongful life*, zo stelt zij. De heikele kwestie is op het bord van de rechter terechtgekomen. Het voordeel van depolitisering bij *wrongful life* is volgens haar dat beleidsoverwegingen die mogelijk kwetsend zijn voor gehandicapten onuitgesproken kunnen blijven in de politieke arena.

Men kan zich echter afvragen of deze kwetsende vooronderstellingen dan niet alsnog in de rechtspraak zichtbaar worden. Dat dat niet ontegenzeggelijk het geval is, is het gevolg van de verhullende argumentatie die de Hoge Raad hanteert. Het is een van de grote verdiensten van deze bundel dat een aantal auteurs de vooronderstellingen van het arrest desondanks weet bloot te leggen. In verschillende bijdragen wordt duidelijk dat de Hoge Raad uiteindelijk wel degelijk tot een waardeoordeel over Kelly’s gehandicapte bestaan is gekomen: volgens de Hoge Raad had Kelly belang bij haar eigen abortus, en heeft aantasting van dat belang als schade te gelden. Dat nodigt mijns inziens uit tot kritiek op de uitkomst op het arrest, die jammer genoeg echter in deze bundel uitblijft.