



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Hellend vlak. Kelly en de claimcultuur. Rede van de voorzitter van de Nederlandse Juristen-Vereniging
Nieuwenhuis, J.H.

Citation

Nieuwenhuis, J. H. (2003). Hellend vlak. Kelly en de claimcultuur. Rede van de voorzitter van de Nederlandse Juristen-Vereniging. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/12279>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/12279>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Hellend vlak

Kelly en de Claimcultuur

Begeeft het Haagse Hof zich met zijn uitspraak in de Kelly-zaak op een hellend vlak waarop het aansprakelijkheidsrecht onvermijdelijk afglijdt naar een cultuur waarin kinderen het leed dat hun door hun ouders is aangedaan niet langer verwerken tot een roman, maar tot een rechtszaak met als inzet een forse claim? Over varianten van het *hellend vlak*-argument, ijzeren logica en recht als ervaring.

Rede van de Voorzitter van de Nederlandse Juristen-Vereniging prof. mr J.H. Nieuwenhuis.

Het leven gaat niet steeds over rozen. Een van de lastigste obstakels trof ik op mijn pad in de herfst van 1964. Het was tijdens mijn vorming tot wachtmeester der bereden artillerie. Onontkoombaar liep dit deel van mijn loopbaan over de stormbaan. Eerst over een evenwichtsbalk boven een metersdiepe kuil, daarna met bekwame spoed over een glibberige, schuin geplaatste houten wand. Was de spoed niet bekwaam genoeg, dan gleed je langzaam maar onherroepelijk terug in een poel vol modder en slijk. Vooral aan het overwinnen van deze laatste hinderenis ontleen ik mijn *sense of achievement*.

Evenwichtsbalk en hellend vlak; vaste onderdelen van het exercitieterrein van het aansprakelijkheidsrecht. Vandaag wil ik het met U hebben over het hellend vlak als onmisbaar element van het debat over de claimcultuur, 'een cultuur waarin burgers elkaar veelvuldig en voor hoge bedragen in juridische zin aanspreken', aldus de minister van justitie.¹ De minister tekent daarbij aan dat het beleid 'niet zozeer gericht moet zijn op het tegengaan van het gebruik van het aansprakelijkheidsrecht, maar op het bestrijden en, waar mogelijk, voorkomen van uitwassen'.² Enkele weken geleden was de claimcultuur weer voorwerp van parlementair debat. De kamerleden Rouvoet, Van der Vlies en Ormel stelden vragen aan de minister. Heeft U kennisgenomen van de uitspraak van het Gerechtshof Den Haag dat het Leids Universitair Medisch Centrum een ernstig gehandicapte meisje smartengeld moet betalen voor de schade die zij lijdt omdat ze is geboren? Hoe beoordeelt U de claimcultuur waarvan deze kwestie blijkt geeft?³

Het meisje in kwestie is Kelly; zij is meervoudig gehandicapt ter wereld gekomen als gevolg van een beroepsfout van de verloskundige. Als de fout niet zou zijn gemaakt, zou een chromosomale afwijking aan het licht zijn gekomen, en zou de moeder van Kelly hebben besloten tot abortus.

Ook het kamerlid Dittrich stelde een vraag. Deelt U de bezorgdheid dat door deze uitspraak kinderen in beginsel ook hun eigen ouders kunnen aanklagen wegens een handicap die ze bij hun geboorte meekregen, omdat die ouders bijvoorbeeld geen genetisch onderzoek hebben (willen) laten verrichten?⁴ Begeeft het Haagse Hof zich met zijn uitspraak in de Kelly-zaak op een hellend vlak waarop het aansprake-

lijkheidsrecht onvermijdelijk afglijdt naar een cultuur waarin kinderen het leed dat hun door hun ouders is aangedaan niet langer verwerken tot een roman, maar tot een rechtszaak met als inzet een forse claim?

De waarschuwing voor het hellend vlak staat in de Amerikaanse literatuur bekend als het *slippery slope*-argument. Stap A is op zichzelf genomen misschien nog wel aanvaardbaar, maar leidt onontkoombaar tot stap B die ronduit verwerpelijk is. Laten we daarom ook stap A maar niet zetten. Het ophangen van enkele bewakingscamera's in het uitgaanscentrum van Alkmaar is wellicht geen slechte gedachte, maar dit zal tot gevolg hebben dat de Alkmaarse overheid ontdekt dat camera's goedkoper zijn dan agenten. Zo onttaardt Alkmaar binnen de kortste keren in één, groot, *Video-Land*, waarin het leven zich afspeelt als één, ononderbroken, *real life soap*. Niet doen dus, die camera's op de Kaasmarkt.

Leidt het toewijzen van een claim tegen een verloskundige die een fout maakte, ertoe dat het gehandicapte kind ook zijn eigen ouders kan aanspreken, en, zo ja, is dit reden om ook de eis tegen de verloskundige af te wijzen?

Het *slippery slope*-argument is zeker niet steeds een *drogreden*. Het is van belang dat de rechter bij het vervullen van zijn rechtsvormende taak de hem voorgelegde rechtsvraag niet beoordeelt in volstrekt geïsoleerde staat, maar nagaat welke vervolgvragen in het verschiets liggen. Enkele van de door de Hoge Raad ontketende rechtsontwikkelingen zijn voorwerp geweest van een zo aanhoudende nazorg met behulp van nadere, nuancerende en expliciterende, arresten dat achteraf de vraag kan worden gesteld of het niet beter was geweest als deze door de Hoge Raad verwekte *love babies* nimmer het levenslicht hadden aanschouwd. Te denken valt aan de omkeringsregel en de 50%-regel in het verkeersongevallenrecht.⁵

Zelf zou ik het *hellend vlak*-argument in stelling willen brengen in het debat over het recht op postmortale procreatie. Vrouwen claimen het recht om ook na de dood van hun man met behulp van zijn tevooren diepgevroren zaad (196 graden onder nul) een kind te verwekken. Sommige landen verbieden dit: Denemarken, Duitsland, Oostenrijk. Andere landen hebben er geen moeite mee: België. Nederland voert een terughoudend beleid: nee, tenzij...

Nee, tenzij... groen licht wordt gegeven door een breed samengestelde commissie waarvan naast artsen ook psychologen deel uitmaken.⁶ Vertrouwde ge-

1. TK 1998-1999, 26 630, nr. 1, p. 2.

2. TK 1998-1999, 26 630, nr. 1, p. 9.

3. TK 2002-2003, Aanhangsel 1203.

4. TK 2002-2003, Aanhangsel 1205.

5. HR 28 februari 1992, NJ 1993, 566.

6. EK 2001-2002, 27 423, nr. 47c, p. 15 en 20.



luiden uit de polder. Is de commissie van oordeel dat het verlangen naar een kind van haar overleden man vooral is ingegeven door een pathologische rouwverwerking, dan gaat het feest niet door en blijft het zaad in het vriesvak.

Het belang van het kind staat voorop, aldus de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport. Het belang van het kind is een machtig argument. Fertiliteitsklinieken zijn ook behulpzaam bij kunstmatige inseminatie van vrouwen met het zaad van hun nog springlevende man. Moet ook in dat geval niet worden gezien of dit wel in het belang is van het kind? Ook hier kan sprake zijn van een kinderwens die pathologische vormen heeft aangenomen.

En vervolgens: ook bij de medische advisering van partners die pogingen ondernemen langs natuurlijke weg een kind te verwekken, zal de arts soms op goede gronden menen: hou daarmee op. Het is volstrekt niet in het belang van het kind dat het wordt verwekt door dit engelenpaar (zij drinkt dagelijks een liter jenever; hij houdt het bij coke, ... in poedervorm). Is het niet verstandig dat de arts de vrouw doorverwijst naar een sociaal-psycholoog voor een indringend gesprek over sterilisatie en abortus?

Het eindigt ermee dat iedere vrouw die in aanmerking wil komen voor kinderbijslag, eerst een van overheidswege ingestelde commissie van psychologen moet raadplegen om te vernemen of haar voorgenomen zwangerschap wel in het belang is van het kind.

Kortom, van de drie alternatieven met betrekking tot postmortale procreatie: verbieden, toelaten, toelaten op voorwaarde dat een breed samengestelde commissie van deskundigen van oordeel is dat dit niet in strijd is met het belang van het kind, is het laatste het slechtste. Het eerste alternatief verdient de voorkeur: verbieden.

Deze voorkeur confronteert ons wel met een variant van het *hellend vlak*-argument: *liever kwaad dan erger*. De standaardvorm van het *hellend vlak*-argument

heeft de volgende structuur: laten we hier maar *niet aan beginnen*, anders gaat het *van kwaad tot erger*. De variant vertoont een ander verloop: laten we dit maar *gedogen* anders wordt het nog erger.

Liever kwaad dan erger. Als Nederland postmortale procreatie verbiedt, gaan partners met een postmortale kinderwens naar het buitenland, een buitenland bovendien waar zo min mogelijk vragen worden gesteld. Daarom kunnen we het maar beter hier toelaten, zij het onder strikte voorwaarden. Zo is het belang van het postmortaal verwekte kind het best gediend.

Dit argument is zeker niet krachteloos. Toch kan het met succes worden bestreden; ook nu weer door het hellend vlak in stelling te brengen. Moeten we dan niet ook vrouwenbesnijdenis toelaten? Nederlandse ziekenhuizen zijn daartoe uitstekend toegerust. Doen we het niet hier, dan wordt het meisje meegenomen naar Somalië en valt ze aldaar in handen van een lokale toverkol.

Deelt de minister de bezorgdheid dat door de uitspraak van het Haagse Hof in de Kelly-zaak kinderen in beginsel ook hun eigen ouders kunnen aanklagen? Bij zijn verwijzing naar het hellend vlak gewaagt Dittrich van 'bezorgdheid'. Het *hellend vlak*-argument appelleert vaak aan een onbestemd gevoel: waar gaat dit heen? Kinderen die van hun moeder schadevergoeding vorderen, onder aanvoering van de stelling dat hun havo-opleiding is gestrand, omdat zij tijdens de zwangerschap dagelijks twee pakjes sigaretten heeft gerookt. Het moet niet gekker worden.

Toewijzing van Kelly's smartengeldclaim jegens de verloskundige opent de poort naar claims van kinderen jegens hun ouders. Dit *hellend vlak*-argument kan worden ontkracht door zorgvuldig te onderscheiden. Door de verloskundige is een norm geschonden, een norm die ertoe strekt te voorkomen dat een ernstig gehandicapt kind wordt geboren. Schenden ouders die prenataal genetisch onderzoek achterwege laten een ongeschreven norm van maatschappelijke betamelijkheid? Naar huidige in Nederland levende rechtsovertuiging is het antwoord vrij zeker: nee.

Zelfs de vrouw die te horen heeft gekregen dat een kans bestaat dat zij een gehandicapt kind zal krijgen, handelt niet in strijd met hetgeen volgens huidige ongeschreven recht betaamt, als zij niettemin besluit de zwangerschap niet te laten afbreken. Een rechter die de vordering jegens de verloskundige toewijst, handelt in geen enkel opzicht inconsistent als hij vervolgens een door het gehandicapte kind tegen zijn ouders ingestelde vordering afwijst.

Wat als wij het scenario waarin kinderen hun ouders aanspreken wegens het feit dat zij gehandicapt zijn geboren, een ogenblik terzijde leggen en ons concentreren op de vordering tegen de verloskundige?

De toekenning van smartengeld aan een gehandicapt kind dat zonder de fout niet zou zijn geboren, heeft veel verzet opgeroepen. Kortmann heeft zich onlangs fel gekeerd tegen de beslissing van het Haagse Hof.⁷ Heeft Kelly wel schade? Is leven, al dan niet met een handicap, niet waardevoller dan niet leven?

Ik ben er vrij zeker van dat deze vraag, zo gesteld, niet kan worden beantwoord, althans niet op een wijze die in brede kring op instemming kan rekenen. Zelf bewaar ik de beste herinneringen aan de jaren vóór mijn geboorte.

De maatschappelijke en juridische acceptatie van abortus, zeker als deze plaatsvindt ter voorkoming van de geboorte van een ernstig gehandicapt kind, impliceert de erkenning van de vrijheid van de vrouw om na de uitslag van een prenatale diagnose te oordelen: geen leven is beter dan het deerniswekkende bestaan dat mijn kind te wachten staat.

7. S.C.J.J. Kortmann, Geld voor leven, Schadevergoeding voor 'niet beoogd' leven, rede uitgesproken ter gelegenheid van de 80ste dies natalis van de Katholieke Universiteit Nijmegen op donderdag 15 mei 2003.

Het slippery slope-argument is zeker niet steeds een drogreden.

De rechter is God niet. De God van Abraham, Isaak en Jacob kon zich veroorloven niet te motiveren waarom Hij wél acht sloeg op Abel en zijn offer, maar niet op Kaïn en zijn offer. De rechter heeft deze vrijheid niet.

Franse ouders van gehandicapte kinderen hebben de toewijzing van de *wrongful life* vordering door de Cour de cassation ervaren als een klap in hun gezicht. Licht in die uitspraak immers niet het verwijt besloten dat zij door abortus achterwege te laten een verwerpelijke keuze hebben gemaakt?

Omgekeerd vormt het categorische oordeel dat gehandicapt leven altijd nog beter is dan niet leven een diskwalificatie van vrouwen die kiezen vóór abortus op grond van hun overweging: een dergelijk leven wil ik mijn kind niet aandoen.

We kunnen voorbijgaan aan de vraag of gehandicapt leven waardevoller is dan niet leven. Over één ding zal iedereen het eens zijn: gehandicapt leven is in ieder geval niet waardeloos. Het blijft het waard de kwaliteit van dat leven, voor zoveel mogelijk, te optimaliseren.

Op dit punt is het toekennen van smartengeld van belang. Smartengeld niet als genoegdoening, als erkenning tegenover Kelly dat jegens haar onrecht is geschied doordat door een fout van verloskundige niet voorkomen is dat zij is geboren. Smartengeld als middel om haar kommervol bestaan (zij is negen keer opgenomen wegens ontoestbaar huilen) zo draaglijk mogelijk te maken. Als zou blijken dat Kelly baat heeft bij een wat langer verblijf in een warm land dan de bestaande sociale voorzieningen mogelijk maken, is het eisen en vervolgens toekennen van smartengeld om dit te realiseren zeker geen uitwas van de claimcultuur.

De rechter is God niet. De God van Abraham, Isaak en Jacob kon zich veroorloven niet te motiveren waarom Hij wél acht sloeg op Abel en zijn offer, maar niet op Kaïn en zijn offer.

De rechter heeft deze vrijheid niet. Stel: op de dag waarop Kelly werd geboren, komt in een ziekenhuis elders in Nederland Anja ter wereld, een meisje even zwaar gehandicapt als Kelly, ditmaal niet als gevolg van een chromosomale afwijking waarop door de verloskundige onvoldoende acht is geslagen, maar door een fout van de artsen tijdens de bevalling (een geïndiceerde keizersnede bleef achterwege). Anja ontvangt smartengeld dat kan worden gebruikt om de kwaliteit van haar leven nog voor zoveel mogelijk te optimaliseren.

Kunnen tegenstanders van de beslissing van het Haagse Hof uitleggen waarom dit in het geval van Kelly anders zou moeten zijn?

Dat kunnen zij zeker; hun uitleg volgt getrouw de regels van de vlakke meetkunde. Met behulp van passer en lineaal moet het punt worden bepaald waarop Anja en Kelly zich zouden hebben bevonden, indien de fout niet zou zijn gemaakt. Voor Anja is dat punt: de start van een leven als gezond kind. Voor Kelly is

dat het absolute nulpunt: niet bestaan.

Een ijzeren logica schijnt geen andere conclusie toe te laten: geen schadevergoeding voor Kelly.

Maar dan: *The Life of the law has not been Logic, it has been Experience* (Oliver Wendell Holmes).

Recht als ervaring; ervaring hier vooral begrepen als de door de eeuwen heen ontwikkelde *sense of justice*.

In de door Kortmann opgeworpen stelling dat gehandicapt leven waardevoller is dan niet leven, ligt besloten dat Kelly eigenlijk niet mag klagen. Als de verloskundige geen fout had gemaakt zou Kelly nog slechter af zijn: niet bestaan.

Toekenning van rechten, gegrond op verdelende rechtvaardigheid, dient plaats te vinden *kat'axian*, al naar gelang iemands *waarde* (Aristoteles). Toereikende redenen om aan Kelly, eenmaal geboren, een andere 'waarde' toe te kennen dan aan Anja, ontbreken. Kelly verdient, op gelijke voet met Anja, een eigen recht op schadevergoeding.⁸

Kortmann heeft nog een stok achter de deur:

'Indien de Hoge Raad het oordeel van het Hof met betrekking tot de vordering van Kelly in stand laat, is een snelle reactie van de wetgever gewenst.'

Kortmann denkt hierbij aan het voorbeeld van de Franse wetgever die de *wrongful life* uitspraken van de Cour de cassation heeft 'overruled'.

Moet de wetgever claims als die van Kelly in de kiem smoren?

Moet met name wettelijk worden vastgelegd dat een kind nimmer zijn ouders in rechte kan aanspreken wegens het feit dat hij gehandicapt is geboren?

Ook hier worden wij geconfronteerd met het onmisbare element van het debat over de claimcultuur: het hellend vlak.

In de Verenigde Staten heeft een dove vrouw die een homoseksuele relatie onderhield met een eveneens dove vrouw, met behulp van zaad van een zorgvuldig geselecteerde dove donor, het leven geschonken aan een dove zoon. Doofheid is in haar beleving geen handicap; doofheid bepaalt de identiteit van een trotse minderheid die de taak heeft de cultuur van doven door te geven aan toekomstige generaties.⁹

Het is een opvatting; toch zou ik honorering van een claim van de zoon tegen de moeder niet bij voorbaat willen uitsluiten.

Verskil met de ouders die ondanks de indicatie van een genetisch defect besluiten de zwangerschap niet af te breken, is dat in het Amerikaanse geval de genetisch bepaalde doofheid opzettelijk is uitgelokt.

Smartengeld heeft in dat geval vooral de functie van genoegdoening: erkenning dat onrecht is geschied.

Zo zijn wij aangekomen bij het thema van vandaag en past mij aandachtig zwijgen. ■

8. Zie J.H. Nieuwenhuis, De dag verga, waarop ik geboren werd, *RMThemis* 2001, p. 97; zie voorts S.D. Lindenbergh, AA 52 (2003) 5, p. 374: 'Zelf neig ik naar toewijzing van de vordering.'

9. Zoek op www.google.nl: 'sharon duchesneau'.