

94. Met uitzondering van het eventueel creëren van een verplichte verwijzing naar een naburig college. Zie noot 91.
95. Het spreekt vanzelf dat wij van een en ander inmiddels overtuigd zijn. Edoch, het is zoals H. Drion heeft gezegd: Het is met het neerschrijven van de eigen gedachten als met neurien: je vergeet zo licht dat het voor de buitenwereld anders klinkt dan

door de overheid veroorzaakte schade voor haar rekening te laten dan deze af te wentelen op de individuele justitiabele.⁹⁵

wat je zelf binnendoor hoort. (H. Drion, *Uit een klein glas*, Avalon Pers Woubrugge, 1994)

C.J.J.M. Stolker en D.I. Levine

Schrijvers zijn respectievelijk hoogleraar-directeur van het E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek en hoogleraar aan de University of California, Hastings School of Law.

EEN ONRECHTMATIG BESTAAN IN NEDERLAND

- een stand van zaken -

I. Inleiding

Nederland kent zijn eerste echte wrongful life-claim: een meisje dat zich in rechte erop beroept dat zij niet geboren had mogen worden. NRC Handelsblad berichtte als volgt:

'De ouders van de tweejarige Kelly uit Leiden hebben het Academisch Ziekenhuis Leiden (AZL) voor de rechter gedaagd omdat zij het ziekenhuis de geboorte van hun dochter verwijten. Het meisje is geestelijk en lichamelijke gehandicapt ter wereld gekomen. Dit had volgens de ouders voorkomen kunnen worden als tijdens de zwangerschap bij de vrouw een vruchtwaterpunctie of vlokcentest was uitgevoerd. Deze zou hebben uitge-

wezen dat het kind een zeldzame genetische afwijking had en dat had de ouders doen besluiten het kind te laten aborteren. (...) Kloppenburg (de advocaat van het echtpaar, red.) vordert een schadebedrag voor zowel de moeder, de vader, als de dochter zelf. De eis tot schadevergoeding namens het kind is gebaseerd op een zogenaamde 'wrongful life-actie'. Men spreekt van zo'n vordering wegens onrechtvaardig bestaan als de ouders haar namens het kind instellen. De moeder zegt eigenlijk namens het kind: 'Ik had ook niet geboren kunnen worden, dan had ik nu geen ellendig leven'.¹

Andere landen dan Nederland kenden de wrongful life-vordering al langer. Zo werd in 1977 in (toen nog) West-Duitsland een zwaar gehandicapt meisje geboren. Haar toestand was te wijten aan een rodehondinfectie van haar moeder in de eerste weken van de zwangerschap. De gynaecoloog, die de vrouw in behandeling had gehad, viel te verwijten dat hij de moeder destijds niet op de ziekte en de gevaren ervan had gewezen. Zou de vrouw op de hoogte zijn geweest, dan zou zij zich – dat stond vast – hebben laten aborteren. Net zoals het Leidse ziekenhuis kreeg deze arts met twee vorderingen tot schadevergoeding te maken: een van de moeder die de extra kosten van het grootbrengen van een gehandicapt kind vorderde (de wrongful birth-vordering²) en een van het kind, de wrongful life-vordering.³ Het meisje vorderde van de arts vergoeding van alle schade die zij als gevolg van de rodehond had geleden. Het Bundesgerichtshof stelde de moeder in het gelijk; het meisje werd, in een uitvoerig gemotiveerde uitspraak, in het ongelijk ge-

1. NRC Handelsblad 7 augustus 1996.

2. Zie over deze wrongful birth-vordering zeer recent HR 21 februari 1997, RvdW 1997, 54C; commentaren zijn te vinden in NJB 1997, blz. 475 e.v. en in het WPNR-nummer van 29 maart 1997; voorts, met literatuurverwijzingen, C.J.J.M. Stolker, *Aansprakelijkheid van de arts, in het bijzonder voor mislukte sterilisaties*, diss. Leiden 1988. In Frankrijk heeft het Cour de Cassation onlangs twee principiële uitspraken gedaan waarin de vordering van de ouders werd toegewezen: zie Recueil Dalloz 1997, blz. 35 e.v. Zie tenslotte voor een recente uitspraak van het Duitse Bundesgerichtshof Franz Nieper, *Missglückte Sterilisation des Mannes, Schmerzensgeld für die Frau und 'Kind als Schaden'*, A&V 1996, p. 88.

3. Ook de vader had een vordering ingesteld, maar die laten wij hier kortheidshalve buiten beschouwing. De vordering van de moeder, de zogenaamde wrongful birth-vordering, zal eveneens buiten beschouwing blijven.

steld. Belangrijk in het oordeel was de volgende overweging:

‘... daß in Fällen wie dem vorliegenden überhaupt die Grenzen erreicht und überschritten sind, innerhalb derer eine rechtliche Anspruchsregelung tragbar ist.’⁴

Zijn hier dan toch, bij de wrongful life-vordering, de grenzen van het aansprakelijkheidsrecht bereikt?⁵

Maar hoe ‘werkt’ dat? Want hoe wonderlijk de vordering op het eerste gezicht ook mag zijn, het kan hier toch niet gaan om een nieuw vereiste voor aansprakelijkheid, van het type schuld, schade en causaliteit? Om aan aansprakelijkheid te ontkomen, lijkt een enkele verwijzing naar de grenzen van de aansprakelijkheid in het debat ten overstaan van de rechter toch niet beslissend te zijn. Daar zou men zich aan de regels behoren te houden, in dit geval de regels die voortvloeien uit de dogmatiek van het aansprakelijkheidsrecht.⁶

Ook in andere landen is de wrongful life-vordering steeds met groot wantrouwen bejegend. Ook in de Engelse zaak *Mc Kay* – qua casuïstiek volstrekt vergelijkbaar met de Duitse – werd de vordering zonder veel omhaal afgewezen.⁷

Het debat voor de rechter zal in de ogen van niet-juristen – in dit geval de ouders van Kelly en de arts – op een onaangename ‘toon’ gevoerd worden. De advocaat van Kelly zal zijn vordering moeten laten steunen op de stelling dat het meisje maar beter niet geboren had kunnen worden. Ofschoon het haar dan natuurlijk niet gaat om vervangende schadevergoeding voor zelfdoding, maar om de wens de rest van haar leven althans financieel gezien, zorgeloos te kunnen bestaan. Het zou evenwel onvoldoende zijn wanneer de advocaat van het meisje, met het terzijde schuiven van de dogmatiek, slechts om een sociaal aanvaardbare oplossing zou vragen.⁸

Anderzijds moet van de advocaat van het ziekenhuis worden geëist dat hij aangeeft dat aan een of meer van de vereisten voor aansprakelijkheid niet is voldaan. Voor hem geldt dat het onvoldoende is wanneer hij zich in concreto beroept op ‘de grenzen van de aansprakelijkheid’. Om het anders te zeggen: de grenzen van het aansprakelijkheidsrecht worden in eerste instantie niet bepaald tot waar ons voorstellingsvermogen reikt of tot waar dat voor ons gevoel ‘redelijk’ is, maar door de grensstenen normschending, relativiteit, schuld, schade en causaliteit.

De wrongful life-vordering leidt ten slotte gemakkelijk tot emotionele reacties. Zo schreef de voormalig advocate mw. Van Melle op de opiniepagina van NRC Handelsblad over de zaak van Kelly als volgt:

‘Ik meen dat wij als samenleving al met al niet gelukkiger worden van dit soort procedures. Er is wellicht één

beroepsgroep die er beter van wordt en dat is de advocatuur. (...) Misschien moeten in dit geval juristen zich nu eens terughoudender opstellen, zoals wij de artsen vaak voorhouden.’⁹

In dit artikel geven wij een overzicht van de stand van zaken, nationaal maar vooral ook internationaal. Vooral in Amerika is over de vordering al veel geschreven. Maar ook in Nederland heeft een aantal auteurs heeft zich over het probleem van deze vordering gebogen. Opmerkelijk is dat de meeste auteurs (in Nederland en daarbuiten) voor toewijzing zijn, terwijl de *rechtspraak* – met uitzondering van Frankrijk, waar de Cour de Cassation de vordering van het kind toewees (zie hierna) – vrijwel steeds afwijzend is.¹⁰ We laten de vraag of überhaupt wel een fout is gemaakt, in dit artikel onbesproken.

4 BGH 18 januari 1983, Justizzeitung 1983, p. 450

5 In Amerika was die grens al eens eerder bereikt. Zepeda v Zepeda, 190 NE2d 849 (Ill 1963). Zie hierna onder par. 5. De vordering wordt ook wel een dissatisfied life claim genoemd. De Nederlandse auteur Schut toonde zich in 1987 niet zonder bewondering voor de uitspraak van het Bundesgerichtshof akkoord met de beslissing. De uitspraak citerend, zegt hij: ‘een regeling van de aansprakelijkheid (is) in dit soort gevallen niet meer haalbaar en zinvol’. G.H.A. Schut, Wrongful life, RM Themis 1987, p. 1 e.v.

6 Vgl. J.H. Nieuwenhuis, Pleidooi voor een dogmatische rechtswetenschap, RM Themis 1988, p. 1 e.v.

7 McKay v Essex Area Health Authority [1982] 2WLR 890

8 Dat is wat ons inziens R.M. Schoonenberg en in mindere mate ook Schoonhuyzen in hun artikelen in respectievelijk de bundel, Rechtsvragen rond voortplanting en erfelijkheid, Dordrecht 1986, p. 69 en in de Rood-de Boer-bundel, Met het oog op het belang van het kind, Deventer 1988, p. 129 e.v. Zie ook het pleidooi voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht van J.K.M. Gevers, Juridische aspecten van erfelijkheidsonderzoek en -advies, 1987, p. 21 e.v., Gevers' betoog ligt in de lijn van Schoonenberg. Ons inziens is hij veel te optimistisch als hij spreekt van een ‘groeierende bereidheid van Amerikaanse rechters om wrongful life-vorderingen toe te wijzen’ (p. 25). In de rechtspraak is daarvan voorover wij kunnen overzien, geen sprake. Zo is de door hem genoemde uitspraak Azzolino v Dingfelder, 322 SE2d 567 (NC 1994) inmiddels vernietigd door het Supreme Court van North Carolina, 337 SE2d 528 (NC 1985). De vordering werd slechts toegewezen in enkele gevallen. Park v Chessin, 400 NYS2d 110 (NY 1977), nierziekte, Becker v Schwartz, 386 NE2d 807 (NY 1978), Tuipin v Sortini, 643 P2d 954 (Cal 1982), doofheid. Het Supreme Court van Californië kende slechts vergoeding voor bepaalde materiële schadeposten toe. Met deze laatste uitspraak is de veel gulleire Curlender-uitspraak aan de kant gezet. Curlender v Bio Science Laboratories, App., 165 Cal. Rptr. 477 (1980), Tay Sachs. Dit alles ligt iets anders voor de juridische literatuur. Daar wordt, net zoals in Nederland, veelal voor de vordering gepleit.

9 Melissa van Melle, NRC Handelsblad 21 augustus 1996

10 Zie R.M. Schoonenberg, Zijn wrongful birth- en wrongful life-acties naar Nederlands recht toewijsbaar?, in J.K.M. Gevers →

2. De wrongful life-vordering

Onder de noemer van wrongful life-vordering worden tal van zeer verschillende typen gevallen gebracht. Wel gaat het steeds om de vordering

→ en H J J Leenen, Rechtsvragen rond voortplanting en erfelijkheid, Kluwer, Deventer 1986, p. 74 e v., H C F Schoordijk in Met het oog op het belang van het kind, Rood de Boer bundel 1988, p. 129 e v., B Sluyters, in Grenzen aan de zorg, zorgen aan de grens, Teenenbundel 1990, p. 133 e v., C J J M Stolker, Een onrechtmatig bestaan, in Dilemma's van aansprakelijkheidsrecht (Hol en Loth, red.), W E J Teeenk Willink, Zwolle 1991, p. 13 e v. en in Wrongful Life: the Limits of Liability and Beyond, The International and Comparative Law Quarterly 1994, p. 521 e v., en recentelijk (kort) A J Van, De relativiteit der onrechtmatigheid, in Onrechtmatige Daad, BW krant jaarboek 1996, p. 106 e v. Een goed artikel over de wrongful life-vordering is dat van de Belgische auteur R. Kruithof, Rechtskundig Weekblad 1986-1987, p. 2737 e v. Voor verdere internationale literatuur zie de bovenstaande Engelstalige bijdrage in de ICLQ. De bedoelde Franse uitspraak is te vinden in Recueil Dalloz 1997, p. 35 e v. 11. *Bijv. Renslow v. Mennonite Hospital* 367 N.2d 1250 (Ill. 1977), verkeerde bloedtransfusie negen jaar voor de conceptie, *Albala v. City of New York*, 445 N.Y.S.2d 108 (N.Y. 1981),

geperforeerde uterus vier jaren voor de conceptie

12. *Bijv. Park v. Chessin* 400 N.Y.S.2d 110 (N.Y. 1977), ernstige nierziekte, *Moores v. Lucas*, 405 So.2d 1022 (Fla. 1981), syndroom van Larsen, en de beroemde zaak van *Curlender v. Bio Science Laboratories App.*, 165 Cal. Rptr. 477, Tay Sachs

13. *Bijv. Procanic v. Cillo*, 478 A.2d 755 (N.J. 1984), rodehond, *Berman v. Allan*, 404 A.2d 8 (N.J. 1979), syndroom van Down

14. *Bijv. Spock v. Finegold* 439 A.2d 110 (Pa. 1981), in deze zaak was eerst een sterilisatiefout gemaakt, daarna mislukte de abortus en daarop werd een ernstig gehandicapt kind geboren (Neurofibromatosis)

15. *Bijv. Grodin v. Grodin and Cohen*, 301 N.W.2d 869 (Mn. 1980), vader en licht gehandicapt zoontje spreken moeder en arts aan voor de letselschade als gevolg van medicijngebruik tijdens de zwangerschap

16. *Bijv. Bergstreser v. Mitchell* 577 F.2d 22 (1978), onzorgvuldig uitgevoerde keizersnee

17. Slechts in drie zaken werd de vordering erkend. Het gaat om de (al wat oudere) zaken *Procanic v. Cillo*, 478 A.2d 755 (N.J. 1984), *Curlender v. Bio-Science Lab.*, 106 Cal. App. 3d 811 (Cal. 1980) en *Harbeson v. Parke-Davis*, 656 P.2d 483 (Wash. 1983)

18. 893 P.2d 345 (Nev. 1996)

19. Zie voor een uitvoering gemotiveerd voorbeeld *Keel v. Banach*, 624 So.2d 1022 (Alab. 1993)

20. Zie recent bijv. het artikel van Anthony Jackson, Action for Wrongful Life, Wrongful Pregnancy, and Wrongful Birth in the United States and England, *Loy. L.A. Int'l & Comp. L.J.* 1995, p. 535 e v. en kennelijk dezelfde in *Wrongful Life and Wrongful Birth – The English Conception*, *The Journal of Legal Medicine* 1996, p. 349 e v. Opmerkelijk in dit artikel is dat wordt gepleit enerzijds voor toekenning van de wrongful life-vordering in gevallen van ernstig letsel, en anderzijds voor afwijzing van de wrongful birth-vordering van de ouders. Het is heel onwaarschijnlijk dat de Amerikaanse of Britse rechtspraak deze draai zullen maken (zie hierna onder 4)

van het gehandicapte kind. Wij noemen er een aantal, afkomstig uit de Amerikaanse rechtspraak. Een onzorgvuldige medische behandeling van de moeder vóórdat de conceptie plaatsvond¹¹; onzorgvuldige erfelijkheidsadviesing vóór¹² respectievelijk tijdens¹³ de zwangerschap; onzorgvuldige sterilisatie van een patiënt, juist gericht op het voorkomen van de geboorte van een gehandicapt kind¹⁴; onzorgvuldig voorschrijven van medicijnen (al dan niet gebrekkig) tijdens de zwangerschap¹⁵; andere onzorgvuldige handelingen tijdens de zwangerschap.¹⁶

De wrongful life-vordering wordt in Amerika wel als de *frontier of medical malpractice litigation* gezien. Zij is vooral daarom zo populair, omdat de markt van de 'genetic counseling' een sterk groeiende is: het merendeel van de Amerikaanse uitspraken heeft betrekking op tekortschietende erfelijkheidsadviesing. Maar, vooruitlopend op hetgeen hierna volgt, kunnen we nu al wel vaststellen dat de vordering vrijwel nooit blijkt te slagen.¹⁷ In een van de meest recente zaken – *Sundi A. Greco v. United States of America* – is het oordeel over de vordering van het kind korter dan ooit.

'We decline to recognize any action by a child for defects claimed to have been caused to the child by negligent diagnosis or treatment of the child's mother.'¹⁸

Daar staat tegenover dat de vordering van de moeder (de wrongful birth-vordering) vrijwel steeds slaagt.¹⁹ In feite is het beeld al vele jaren onveranderlijk: de rechter wijst de vordering af, en wetenschappelijke auteurs zoeken steeds naar mogelijkheden om de rechtspraak 'om' te krijgen.²⁰

Sommige wrongful life-vorderingen zijn gemakkelijker te beoordelen dan andere. Een arts die een zwangere vrouw een verkeerd medicijn toedient waardoor een tot dan toe gezond kind al vóór zijn geboorte wordt beschadigd, is rechtstreeks aansprakelijk jegens het kind. Hij heeft het kind letsel toegebracht, net zoals een onzorgvuldige automobilist die een zwangere vrouw aanrijdt en het kind verwondt. Hij handelt daarmee rechtstreeks onrechtmatig jegens het ongeboren en beschadigde kind.

Heel veel moeilijker wordt het bij gevallen zoals dat van Kelly (onjuiste erfelijkheidsadviesing) of bij rodehondgevallen. Van toebrengen van letsel aan een gezond kind is dan geen sprake. Wat de arts in die gevallen wél verweten wordt, is dat hij de ouders ten onrechte de mogelijkheid van abortus heeft ontnomen of – in geval van een onzorgvuldige erfelijkheidsadviesing vóór de conceptie – dat hij de ouders de mogelijkheid heeft ontnomen niet te kiezen voor kinderen. Het zijn deze 'veel moeilijker' gevallen die in deze bijdrage centraal staan.

3. Een recht om geaborteerd te worden?

De stelling van het meisje luidt aldus: 'U, arts, had mijn moeder in de gelegenheid moeten stellen mij te laten aborteren. Mijn leven is het niet waard geleefd te worden; liever geen leven dan zo'n leven.' Het klinkt als Job, die door God beproefd (als krachtproef met de duivel) sprak: 'Weg met de dag waarop ik was geboren ... die dag, duisternis had hij moeten blijven'.²¹

Al eerder wezen wij erop dat het voor het meisje niet gaat om een vordering tot 'nakoming', maar om een vordering tot schadevergoeding. Het aansprakelijkheidsrecht dwingt haar ertoe haar bestaan aan te vechten. De vraag is wel of het ziekenhuis *jegens Kelly* een rechtsplicht heeft geschonden? Het Bundesgerichtshof beantwoordt die vraag in de eerdergenoemde zaak ontkenkend. Er is jegens het kind niet onrechtmatig gehandeld, er bestaat geen geschreven noch een ongeschreven rechtsplicht om gehandicapten te aborteren. Evenmin vloeit voor het kind uit het contract moeder-arts een recht op abortus voort

'weil das geltende Recht der Mutter die rechtfertigende Erlaubnis zum Schwangerschaftsabbruch ausdrücklich nur in ihrem eigenen Interesse gewährt'.²²

In deze visie komt het recht om abortus te verlangen alleen toe aan de moeder, niet aan het

kind. Al eerder vroeg Schoordijk zich af waarom dat zo is. Is, zo schrijft hij, de moeder juist niet de eerstgeroepene om in het belang van het kind, zoals zij dit ziet, diens levenskansen onder ogen te zien en hieruit in het belang van het kind – waarover eenieder anders kan denken maar waarover de moeder wel een oordeel mag hebben – conclusies te trekken? 'Mag het kind zich bij die conclusie niet aansluiten, wordt zij aan hem niet toegerekend?'²³ Schoordijk laat het hierbij, maar citeert nog wel de Duitse annotator Deutsch die het oordeel van het Bundesgerichtshof aldus kwalificeerde 'eine paternalistische Beschränkung des Schutzbereichs auf die Eltern erscheint seltsam altertümlich'.²⁴

De vraag is dan: hoe kan het kind zich, in de woorden van Schoordijk, 'bij die conclusie aansluiten'?²⁵ Een geschreven of ongeschreven rechtsregel op grond waarvan de arts gehandicapten behoort te aborteren, bestaat niet. Dat behoeft geen betoog. Maar in deze casus is er meer aan de hand: er is hetzij een *overeenkomst* gesloten tussen de vrouw en de arts, die het ziekenhuis niet behoorlijk is nagekomen (daarvan gaan we even uit), hetzij is er – bij gebreke van een overeenkomst – een onrechtmatige daad gepleegd door geen test aan te bieden. Een vergelijkbare situatie doet zich voor in die gevallen waarin de arts de aanstaande ouders een onjuist erfelijkheidsadvies heeft gegeven. Dat advies wordt gevraagd met het oog op het krijgen van kinderen. Het verzoek van de ouders luidt niet in abstracto: 'kijkt u eens naar mijn genen', maar is concreet gericht op het voorkomen van de geboorte van gehandicapte kinderen.

We stuiten hier op een probleem van relativiteit. Er is een norm: in dit geval geen ongeschreven norm of een wettelijke (zoals meestal bij relativiteit), maar een contractuele respectievelijk ongeschreven norm.²⁶ Aan die norm moet een bepaalde beschermingsomvang worden toegekend. Niet alleen moet worden vastgesteld tot welke schadeposten haar bescherming zich uitstrekt, maar ook wie er onder haar beschermingsomvang valt. In elk geval is dat de moeder, zo vinden kennelijk velen; maar ook het kind?

In een eerder artikel heeft een van ons beiden gewezen op de parallel met het Nederlandse versteke-lingarrest²⁷: om vast te kunnen stellen of het ziekenhuis ook jegens het kind een norm heeft overtreden, moet men nagaan of het ziekenhuis op de belangen van het kind 'bedacht' had moeten zijn.²⁸ Het valt niet in te zien waarom dit criterium niet ook dienst kan doen in (al dan niet contractuele) wrongful life-zaken. De arts schendt ook jegens het kind een rechtsplicht (pleegt wanprestatie) als hij bedacht hoorde te zijn op diens aanwezigheid (en op diens belang zoals dat door de moeder wordt gezien). Dat kan zijn omdat de moeder hem, de arts, specifiek met het oog op haar nageslacht raadpleegt, maar het kan ook zijn dat hij eigener bewe-

21. Job 3: 3-4. Kierkegaard heeft daarentegen eens opgemerkt dat Job alles verdroeg, totdat zijn vrienden kwamen om hem te troosten: toen verloor hij zijn geduld (De Naakte Waarheid, Baarn 1974, nr. 265).

22. BGH, a.w., p. 450; afwijzend ook de rechters Stephenson en Ackner in de enige Engelse wrongful life-zaak (rodehond) McKay v. Essex Area Health Authority [1982] 2WLR 890 (p. 900 e.v.). Zie hierover onder meer G. Robertson in Modern Law Review, 1982, p. 697 e.v., Ch. Lewis, The quality of life, The Law Society's Gazette, 1982, p. 839 en (uitvoeriger) K.S. Dass, Wrongful entry into life – cause of action, The Malayan Law Journal, 1983, p. cxiv e.v. Afwijzend is ook Sluyters, a.w. 1990, p. 143.

23. Schoordijk, a.w., pp. 133, 134.

24. E. Deutsch, Anmerkung, Juristenzeitung 1983, p. 451.

25. Men zou ook aan een derdenbeding kunnen denken, of wellicht ook aan een overeenkomst waarbij de moeder het dan nog ongeboort – wellicht zelfs nog niet verwekte – kind partij laat zijn. Doch deze constructies – die iets gekunstelds hebben – staan in zaken als deze buiten de werkelijkheid van alledag.

26. Het leerstuk van de relativiteit komt doorgaans voor in gevallen van onrechtmatige daad. Toch spreekt zij soms ook in gevallen van contractuele aansprakelijkheid. Vgl. Stolker, diss. 1988, p. 60 e.v. en voorts G.H. Lankhorst, De relativiteitseis in het aansprakelijkheidsrecht, Ars Acqui 1987, p. 378. Zie ook Kruihof, a.w. 1986/7, p. 2750.

27. Zie het artikel in ICLQ, a.w. 1994, p. 527, en eerder in Dilemma's van aansprakelijkheid, a.w. 1991, p. 10.

28. IIR 27 januari 1984, NJ 1984, 536 (G).

ging de moeder hoort te informeren, zoals bij rodehondgevallen. Steun voor deze benadering kwam recentelijk nog van Hol²⁹ en van Van³⁰.

4. Het probleem van de schade

Als we nu aannemen dat de arts jegens het kind aansprakelijk is, dan rijst vervolgens de vraag welke schade het kind lijdt. Op het eerste gezicht is die vraag eenvoudig te beantwoorden: al die schade die voortvloeit uit de handicap; dus medische kosten, aanpassing van de woning, inkomensderving enzovoort. Aldus vergelijkt men de huidige gehandicapte toestand met die van een gezond kind, zoals men ter vaststelling van de schade nu eenmaal twee situaties pleegt te vergelijken. Daarbij moet steeds sprake zijn van een nadelige verandering, een 'vermindering'. Het 'vaste vergelijkingspunt' is steeds de situatie zonder de normschending.³¹

Bij nader inzien stuiten we evenwel op een merkwaardig probleem. Zonder de normschending – bij een juist informeren over de ziekte rodehond, bij een juist erfelijkheidsadvies – zou het kind niet hebben bestaan. Wellicht zou er een gezond kind zijn geboren, maar dat was dan altijd een ander kind geweest, bijvoorbeeld omdat de ouders na de abortus van de 'gehandicapte vrucht' voor een tweede – en ditmaal wellicht gezond – kind hadden gekozen.³² Maar het gehandicapte meisje dat in deze bijdrage centraal staat, zou nimmer gezond zijn geboren. Niet de arts was de oorzaak van de handicap, maar de genetische afwijking of de rodehond. De arts kan uitsluitend worden verweten dat niet werd voorkomen dat het kind ter wereld is gekomen.

Er zijn hier twee problemen die nauw met elkaar samenhangen. Het eerste is of de rechter, met de kwalificatie 'vermindering' (als element van schade) geen waardeoordeel over gehandicapt leven als zodanig uitsprekt. Met name Amerikaanse rechters die zich over de wrongful life-vordering hebben gebogen, bleken vaak grote moeite met deze vraag te hebben. De vraag is of dit argument

hout snijdt. Men kan heel wel verdedigen dat zo'n rechterlijke uitspraak allerminst een oordeel over de waarde van het menselijk leven als zodanig inhoudt, maar dat in de wrongful life-vordering het kind door de regels van het spel gedwongen is zijn gehandicapt bestaan af te zetten tegen niet-bestaan.³³

Het tweede probleem is veel serieuzer. Gesteld dat men kan spreken van een 'vermindering', als element van schade, dan zal de schade nog moeten worden vastgesteld. Om de schade te kunnen vaststellen, moet vergeleken worden tussen gehandicapt-leven en niet-leven. Zo bestond er voor Kelly maar één alternatief voor haar gehandicapte bestaan, namelijk niet-bestaan. Wat de arts kan worden verweten, is dat het kind (gehandicapt) is geboren. De moeilijkheid is dat men niet kan vergelijken tussen gehandicapt leven en gezond leven. Dat laatste alternatief is er voor het kind nimmer geweest.

Maar hoe valt niet-leven, niet-bestaan, te waarderen? Wat is in deze situatie het 'vaste vergelijkingspunt'? Het probleem is dat het kind vaste grond onder de voeten mist, net zoals de baron Von Münchhausen die te paard in het moeras terecht kwam. Weliswaar wist hij zichzelf aan zijn pruik uit het moeras te trekken, maar daarvoor oogst hij dan ook nog steeds onze bewondering. Moet de vordering van het meisje daarom niet worden afgewezen? Anderzijds kan men zich afvragen of dit probleem – de schade valt niet vast te stellen – geen al te formalistisch argument is om het meisje mee naar huis te sturen. Haar lijden ervaart zij dag en dagelijks; zou de arts geen fout hebben gemaakt dan had ze nimmer geleden; en toch krijgt ze te horen dat haar vordering op drijfzand is gebouwd. 'Werd mijn lijden maar eens gewogen, mijn leed op een weegschaal gelegd', horen wij Job nog eens, 'zwaarder zou het blijken dan al het zand van het strand aan de zee'. En toch geen schadevergoeding? Is er niet iets te bedenken? Ook de Engelse Law Commission heeft zich de vraag gesteld of zij bij een afwijzing van de wrongful life-vordering niet te veel gewicht gaf aan 'considerations of logic':

'Law is an artefact and, if social justice requires that there should be a remedy given for a wrong, then logic should not stand in the way.'³⁴

En ook Schoordijk lijkt niet onder de indruk van de kracht van de logica. Hij citeert de Duitse annotator Deutsch uitvoerig waar deze zich in krachtige bewoordingen verzet tegen het *Alles-oder-Nichts-Prinzip* van het Bundesgerichtshof en zoekt naar een tussenoplossing. Deutsch pleit ervoor het kind niet alle kosten van levensonderhoud te vergoeden, maar alleen die kosten die voortvloeien uit de handicap (*het Mehrbedarf*). En ook de Nederlander Van kiest in een recente publicatie³⁵ voor een 'nor-

29. A.M. Hol, Beantwoording rechtsvraag Wrongful life, AA 1996, p. 275.

30. Zie Van, a.w. 1996, p. 107

31. Zie daarover A.R. Bloembergen, Schadevergoeding bij onrechtmatige daad, dissertatie Utrecht, Deventer 1965, p. 14 e.v.

32. Wie in deze problematiek is geïnteresseerd verwijzen wij naar D. Parfit, *Reasons and persons*, Oxford 1984, deel 3.

33. Aldus Stolker, a.w. 1994, p. 529 en 1991, p. 13 e.v.

34. The Law Commission (Law/Com No. 60 (Cmnd. 5709)) Report on Injuries to Unborn Children, 1974, p. 34. Ten slotte wijst de commissie de vordering toch af, uit angst voor een toenemend aantal abortussen (zie hierna onder par. 5).

35. Van, a.w. 1996, p. 107; hij voegt daar wel aan toe dat er over dit onderwerp veel meer is te zeggen.

matieve benadering, waarin het vergelijkingsmoment niet noodzakelijkerwijs voorop hoeft te staan. Deze betogen zijn doortrokken van de gedachte dat het recht tekort zou schieten als het geen oplossing zou bedenken. De Franse Cour de Cassation heeft wel zo'n oplossing bedacht en heeft de vordering zonder veel omhaal toegewezen. Het ging daarin om een onjuist verstrekt genetisch advies.

Mais attendu que les juges du fond ont pu considérer que la faute commise par le praticien en donnant un conseil qui n'avertissait pas les époux (de ouders van het kind C&S) d'un risque de réapparition dans leur descendance des troubles dont M X était atteint etait en relation directe avec la conception d'un enfant atteint d'une maladie héréditaire que des lois leur décision condamnant M Y a réparer les conséquences dommageables définitives des troubles de l'enfant est légalement justifiée.³⁶

Zoals gezegd hebben Amerikaanse rechters vrijwel steeds afwijzend gestaan tegenover de wrongful life-vordering. Slechts enkele keren is in het voordeel van het kind geoordeeld.³⁷ In het overgrote deel van de uitspraken werd de vordering van het kind afgewezen. Soms omdat er naar het oordeel van de rechter geen sprake was van een legally cognizable wrong, soms, het kwam hiervoor al aan de orde, omdat een voor het kind gunstige uitspraak, zou kunnen worden gezien als een diskwalificatie van het gehandicapte leven, en ten slotte – en die vraag is thans aan de orde – omdat een vergelijking tussen een gehandicapt bestaan en een gezond bestaan niet mogelijk is. Hoe kunnen wij iets zeggen over niet-bestaan, the utter void of non-existence?³⁸ Evenmin kunnen we iets zeggen over de vraag of dat niet bestaan beter is dan gehandicapt bestaan, of dat het slechtste leven beter is dan de beste dood. In tal van Amerikaanse vonnissen wordt benadrukt dat het om veel meer gaat dan om schadebegrotingspeukelen: de imprecision of

damages zou onvoldoende reden zijn om de vordering van het kind af te wijzen.³⁹ Het probleem is hier evenwel van letterlijk fundamentele aard: het raakt de grondvesten van het schadebegrip. Ook een aantal Nederlandse auteurs zou de vordering om die reden willen afwijzen, niet omdat het kind geen schade ervaart, maar omdat het, voor de vaststelling van schadevergoeding noodzakelijke, vergelijkingspunt ontbreekt. Een gezond leven had het kind hoe dan ook nooit gekregen.⁴⁰

Ook in de Engelse zaak *McKay* speelde het schadeprobleem een belangrijke rol bij de afwijzing van de vordering:

the most compelling reason to reject this cause of action is the intolerable and insoluble problem it would create in the assessment of damage. The basis of damages for personal injury is the comparison between the state of the plaintiff before he was injured and his condition after he was injured. () In a claim for wrongful life how does the court begin to make an assessment? The plaintiff does not say but for your negligence I would have been born uninjured. The plaintiff says But for your negligence I would never have been born. The court then has to compare the state of the plaintiff with non-existence of which the court can know nothing: this I regard as an impossible task.⁴¹

De Engelse auteur Jackson wijst in twee zeer recente publicaties deze redenering af, met als argument een verwijzing naar Engelse rechtspraak waarin de rechter wel uitspraken deed over gehandicapt versus niet-leven. Het gaat dan om zaken waarin de vraag luidt of een zeer ernstig gehandicapt kind alsnog een operatie zou moeten ondergaan, of dat het de gelegenheid zou moeten krijgen te sterven.⁴² Het lijkt onwaarschijnlijk dat Amerikaanse of Engelse rechters hem in deze vergelijking zullen volgen. Al was het maar omdat de casuïstiek en de rechtsvragen zeer van elkaar verschillen. Jackson pleit ervoor dat in de toekomst rechters wrongful birth vorderingen (dus de vordering van de ouders) in beginsel afwijzen, en dat de wrongful life-vordering nu juist wordt eikend. Hij wijst erop dat veel meer dan de ouders, het kind behoefte heeft aan bescherming door het recht.

Parents should not be allowed to recover for the rearing costs (opvoedingskosten) of either a healthy or a handicapped child. () The medical profession should be liable for the extent to which its negligent acts have led to injuries but no further. Therefore where a doctor has negligently failed to diagnose a genetic defect of the effects of a disease and this negligence leads to the birth of a child who suffers from disabilities, the child should be able to bring her own claim for wrongful life if her disabilities are so severe as to outweigh the benefits of being alive. () Her parents however,

36 Cour de Cassation 26 mai 1996 (2 lettres) Recueil Dalloz 1997 p. 36 met een kritische noot van Yannick Roché. Dth in 37. Zie hiervoor noot 10.

38 *Gleitman v Cosgrove*, 227 A2d 669 (p. 692) toehoudt de eerste wrongful life vordering. Ze werd afgewezen en de uitspraak zou een belangrijke rol spelen in tal van andere uitspraken waarin de vordering werd afgewezen (bijv. in de Engelse zaak *McKay v Essex Area Health Authority* [1982] 2 WLR 890).

39 *Bijl. Turpin v Sottini*, 643 P2d 954 (Cal. 1982).

40 *Sluyters* t.w. 1990 p. 144; *Stolk* t.w. 1991 p. 16 en t.w. 1994 p. 532/3 en *Hol* t.w. 1996 p. 275 c.v.

41 *McKay* [1982] 2 WLR 913.

42 *Jackson* t.w. 1996 p. 355 c.v. (onze curs.) De *zink* *Whitton* het *guit* is *Re B* [1990] 3 All ER 927.

should have no legal action, as it would be highly denigrating to their child and to the handicapped population in general. (...) The actions discussed balance the needs of the plaintiff against the wrongdoing of the defendant.⁴³

Dus, een beperkte aansprakelijkheid van de arts jegens de ouders; en een volledige aansprakelijkheid jegens het gehandicapte kind. Het voorstel zal, naar wij vermoeden, in geen van de hier besproken landen (dus Duitsland, Engeland, de VS en Nederland) een kans maken. Al was het maar omdat de rechtspraak in wrongful *birth*-vorderingen in elk van deze landen inmiddels duidelijk is: de ouders krijgen binnen bepaalde grenzen de opvoedingskosten vergoed.⁴⁴

Het probleem voor de Nederlandse rechter is duidelijk: de Nederlandse Kelly had nimmer 'gezond' kunnen zijn. Dat is alleen anders als op basis van een zorgvuldig medisch handelen de handicap van het kind ten goede gekeerd had kunnen worden. Die toekomst lijkt overigens, nu op het vlak van bijvoorbeeld de genetische manipulatie almaar meer kan, steeds dichterbij te komen. Maar voorzover daarvan geen sprake is, moet de vordering – althans in deze visie – worden afgewezen en is het woord eventueel aan de wetgever. Wat die wetgever betreft, kwam in 1990 Sluyters nog tot de slotsom dat er geen 'dringende behoefte' bestond voor de wrongful life-vordering nu de sociale wetgeving er in hoort te voorzien dat alle gehandicapte kinderen goed worden verzorgd.⁴⁵ Of het vertrouwen dat hieruit spreekt terecht is, is nog maar de vraag. Wel zal het zo zijn dat de noodzaak van dit type vorderingen in de VS, met haar beperktere sociale zekerheid, dringender is dan in Nederland.⁴⁶

5. Andere argumenten tegen wrongful life-vordering

Wie kennis neemt van de buitenlandse rechtspraak en literatuur over de wrongful life-vordering, merkt dat er ook andere argumenten zijn om de vordering van het kind af te wijzen.⁴⁷ Het afwijzen van de vordering kan voortvloeien uit een bepaalde veelal onuitgesproken angst voor ethische vraagstukken. Nu moet de rechter veelal in korte tijd oordelen waar staatscommissies en de politiek jaren de tijd hebben. Dat zou een verklaring kunnen zijn waarom hij bij ethische vraagstukken een meer eenvoudige weg kiest. Zo beschouwde in de Amerikaanse zaak *Becker v. Schwartz* een van de rechters het wrongful life-probleem als een 'mystery more properly to be left to the philosophers and the theologians'.⁴⁸ Daarentegen noemen Dias en Markesinis de ethische dimensie die aan sommige medische aansprakelijkheidszaken kleeft voor de jurist een 'Godsent gift ... it gives his topic an added dimension which other, more blackletter topics simply do not have', dat zal toch eerder door de onderzoeker zo worden ervaren, dan door de onder grote tijdsdruk werkende rechter.⁴⁹

Een ander argument, dat onder meer door de Engelse Pearson-commissie tegen de wrongful life-vordering werd aangevoerd, was het gevaar van een toenemend aantal abortussen.⁵⁰ Artsen zouden uit angst voor aansprakelijkheid op zwangere vrouwen druk kunnen gaan uitoefenen bij de geringste kans dat er met het kind iets 'mis' zou kunnen zijn. Dat argument lijkt evenwel eraan voorbij te gaan dat bij de meeste wrongful life-vorderingen artsen tekortschoten in de informatieverstrekking aan de vrouw. Als ze niet tekort zijn geschoten, hebben ze niets te vrezen: de keuze voor al dan niet een abortus is immers – zolang ze binnen de grenzen van de wet blijft – aan de vrouw. Angst voor enige druk op de vrouw is alleen reëel als er in een eerder stadium fouten zijn gemaakt. Maar dan nog lijkt dat argument te zwak om voor een *rechter* grond te zijn een wrongful life-vordering af te wijzen. Zo het argument al gegrond zou zijn, ligt hier toch veeleer een taak voor de *wetgever*.

Datzelfde geldt voor de angst dat vorderingen van kinderen tegen de artsen zullen worden gevolgd door vorderingen van kinderen tegen hun ouders. Een van de eerste – beroemde – zaken was die van *Zepeda v. Zepeda*.⁵¹ Een kind sprak zijn vader aan tot schadevergoeding omdat hij hem onder valse en niet-nagekomen trouwbeloften aan zijn moeder, had verwekt. Hij ging nu als *bastaard* door het leven en zei daardoor schade te lijden. Het Supreme Court van Illinois vond het inderdaad onrechtmatig wat de vader had gedaan, maar vreesde zozeer voor een stortvloed van vorderingen, dat het om die reden de vorde-

43. Jackson, a.w. 1995, p. 613 (onze curs.).

44. Stolker, a.w. 1991, p. 16 en 1994, p. 532. In gelijke zin Hol, a.w. 1996, p. 276.

45. Sluyters, a.w. 1990, p. 145.

46. Zie nader Edward D. Berkowitz en Richard V. Burkhauser, A United States perspective on disability programs, in *Curing the Dutch Disease* (Aarts, Burkhauser, De Jong, ed.), Avebury 1996, p. 71 e.v.

47. Zie ics uitvoeriger Stolker, a.w. 1991, p. 17 e.v. en a.w. 1994, p. 533.

48. 46 NY2d 401 (1978), p. 41.

49. R.W.M. Dias en B.S. Markesinis, *Tort Law*, Oxford 1989, p. 171.

50. Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury, Report Vol. One 1978, Cmnd. 7054-I. No. 1485.

51. *Zepeda v. Zepeda*, 190 NE2d 849 (Ill. 1963). In de Amerikaanse literatuur wordt wel gesproken van 'interfamilial warfare', vgl. Bopp c.s., a.w., p. 511.

ring afwees. Andere voorbeelden zijn gemakkelijk te bedenken:⁵² rokende of drinkende moeders, zwangere vrouwen die bijvoorbeeld door gevaarlijk autorijden het ongeboren kind in gevaar brengen, en ouders – het Bundesgerichtshof noemt ze uitdrukkelijk – die ondanks een niet geringe kans op een gehandicapt kind toch voor een zwangerschap kiezen. Mogen dit soort gevallen nu een argument zijn om in een heel ander geval de vordering van het kind af te wijzen? Wij menen van niet. Het gaat om gevallen die op hun eigen merites moet worden veroordeeld, waarbij met name moet worden gekeken naar de vraag of er wel sprake is van een normschending jegens het kind. Zo er al voor misstanden moet worden gevreesd, dan lijkt hier toch eerder een taak voor de wetgever weggelegd?⁵³ Ten slotte – en dat geldt vooral voor Amerika – wordt een belangrijk argument voor afwijzing van de vordering gevonden in de beteugeling van de medische aansprakelijkheids crisis. Dat argument speelt vooral voor de wetgever. In negen staten is inmiddels wetgeving totstandgekomen, waarin zowel de wrongful life-vordering als de wrongful birth-vordering wordt verboden.⁵⁴ De argumenten voor deze wetgeving zijn deels van 'hogere orde',⁵⁵ maar uitdrukkelijk wordt ook de verzekeringscrisis genoemd.⁵⁶

6. Conclusies

In de zaak van de kleine Kelly krijgt de Nederlandse rechter de gelegenheid om te oordelen over een van de meest wonderlijke vorderingen die het aansprakelijkheidsrecht kent: 'ik had niet geboren mogen worden'. In deze bijdrage geven wij een overzicht van de stand van zaken, nationaal en internationaal. De rechtsgeleerde literatuur, in Nederland en daarbuiten, pleit veelal vóór toewijzing van de claim: dogmatische verhinderings worden met 'normatieve benaderingen' omzeild. Volstrekt anders ligt dat voor de rechter. Voorzover wij dat konden nagaan is de vordering slechts in drie van de Amerikaanse staten erkend. In Engeland is de vordering afgewezen. Ook het Duitse Bundesgerichtshof wilde er niet aan: het vond dat bij toewijzing van de vordering van het meisje grenzen worden overschreden waarbinnen het aansprakelijkheidsrecht behoort te blijven.⁵⁷ Daar staat tegenover een tweetal zeer recent gepubli-

ceerde uitspraken van de Franse Cour de Cassation, waarin zonder veel omhaal de vordering werd toegewezen. In een eerdere bijdrage bepleitte een van ons voorzichtig te zijn met die grenzen van de aansprakelijkheid.⁵⁸

Als de Nederlandse rechter het ziekenhuis gelijk geeft, dan zou hij zich scharen in de lange rij van rechterlijke colleges die de vordering afwezen. Maar het kan in de Nederlandse Kelly-zaak ook anders gaan: een vonnis waarin de wrongful life-vordering wordt toegewezen. Zo'n uitspraak zou juridisch nieuws zijn. De rechter zou dan enerzijds moeten concluderen dat er wel degelijk relativiteit bestaat tussen de (mogelijke)⁵⁹ fout en de schade van het kind. Bovendien zal hij de apert lastige hobbel van de schade moeten nemen. Zou de vordering worden afgewezen, en meent men niettemin dat de belangen van het kind in wrongful life-gevallen onvoldoende tot hun recht komen, dan is het aan de wetgever voor die gevallen een nieuwe balans te vinden.

52. Uitvoerder A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, *Onrechtmatige daad in de relatie ouder-kind*, Nieuwenhuisbundel 1992, p. 133 e.v.

53. Zoals de Engelse wetgever met de *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976*, chapter 28 en de wetgevers in tal van Amerikaanse staten. Recent is het zgn. *Freind Amendment* (zie noot 58).

54. Pogingen om deze wetgeving door de rechter 'unconstitutional' verklaard te krijgen, liepen tot nog toe op niets uit.

55. Bijv. dat men het ongewenst vindt dat ouders die (zeggen te) kiezen voor abortus wél recht op schadevergoeding hebben, terwijl ouders die kiezen 'voor het leven' daar geen recht op zouden hebben. Dat onderscheid vinden sommigen niet te rechtvaardigen. In het *Freind Amendment* (zie de volgende noot) is dat een van de uitdrukkelijke argumenten om de wrongful life-vordering te verbieden.

56. Een voorbeeld is het *Freind Amendment* in de staat Pennsylvania. De wetgeving is afkomstig van een lid van het Huis van Afgevaardigden Steven Freind (42 Pa Cons. Stat. Ann. par. 8305-8306 (Purdon Supp. 1989)). De wet wordt besproken door J. Lyons, *To be or not to be the Pennsylvania general assembly eliminates wrongful birth and life actions*, *Villanova Law Review*, 1989, p. 681 e.v.

57. Andere zaken hebben wij niet kunnen vinden.

58. Zie m.n. *ICLQ* 1994, p. 535-536. In dat artikel wordt met name gefulmineerd tegen de opvatting van het Bundesgerichtshof dat de vordering afwees onder meer omdat zij (kortweg) te ver gaat.

59. Dat staat immers nog niet vast.