

door Leon Heuts, journalist

De Leidse jurist Carel Stolker vond het aanvankelijk ook niet kunnen: een zwaar gehandicapt kind dat schadevergoeding eist omdat het is geboren. Maar al voor de uitspraak van de Hoge Raad in de zaak-Kelly [zie het artikel van Lucien Ridderbroek elders in dit blad, red.] was hij helemaal om. 'Dit is een gewone schadevergoedingszaak'.

**A**ls baby Kelly zou kunnen spreken tegen haar arts, wat had ze dan gezegd? De Leidse jurist Carel Stolker, hoogleraar aansprakelijkheidsrecht, verwoordt het zo: 'Gij arts, had mijn moeder in staat moeten stellen me te laten aborteren. Mijn leven is niet waard geleefd te worden.' Stolker verwijst – in een diesrede die hij twee jaar geleden uitsprak – naar het boek Job. Job, beproefd door de duivel, roept in wanhoop uit: 'De dag verga, waarop ik geboren werd. Die dag duisternis had hij moeten blijven.'

## Carel Stolker

**'De uitspraak in de zaak-Kelly heeft niets van doen met de waarde van het leven met een handicap; het is een beroepsfout en de zaak moet zó worden gewogen'**

Maar Kelly kan niet spreken en zal dat nooit kunnen – ze is zowel mentaal als fysiek ernstig gehandicapt. Desondanks heeft de Hoge Raad in maart bepaald dat een schadevergoedingseis van het kind door de rechter moet worden gehonoreerd.

Aanleiding tot de uitspraak is het in gebreke blijven van een verloskundige van het Leids Universitair Medisch Centrum. De moeder – zwanger van Kelly – vertelde haar dat een chromosomale afwijking vaak voorkwam in de familie van de vader. Ze vertelde ook dat als haar ongeboren baby deze afwijking zou hebben, ze zou kiezen voor abortus. Het zou niet moeilijk zijn geweest de afwijking via een vruchtwaterpunctie aan te tonen – desondanks vond de verloskundige het

niet nodig het onderzoek uit te laten voeren.

'De Hoge Raad', zegt Stolker nu, 'laat het kind als het ware binnendringen in de behandelingsovereenkomst tussen de moeder en de verloskundige. Hoewel geen stem, zegt het kind fictief: "ik had nooit moeten leven".' En inderdaad wordt de vordering van het kind geboekstaafd onder de omineuze naam *wrongful life*. Stolker: 'Omineus, tja algemeen vindt men het een ongelukkige en tendentieuze term. In ieder geval blijkt de uitspraak meer dan een louter juridische. Het is, zoals vaak in het burgerlijk recht, ook een morele uitspraak. Ze zegt iets over goed en kwaad, leven en dood. Dat blijkt al uit de vele reacties. Organisaties van gehandicapten vroegen zich na de eerdere uitspraak van het gerechtshof af of gehandicapt



Foto: Marc de Haan/Hollandse Hoogte

leven voortaan een te vermijden schadepost zou zijn. Sommigen vreesden een vorm van eugenetica. Geestelijken waarschuwden voor een hellend vlak.’

Stolker zelf vond het aanvankelijk ook niet kunnen, een zwaar gehandicapt kind dat schadevergoeding eist om het feit van zijn geboorte. ‘Gekker dan dit moet het niet worden, dacht ik aanvankelijk. Maar in de loop van de tijd ben ik er anders over gaan denken. Dit is uiteindelijk een gewone schadevergoedingszaak, zij het met een bijzondere inhoud. Ik ben ook heel blij dat de Hoge Raad in de motivering duidelijk heeft gemaakt dat de uitspraak niets van doen heeft met de waarde van het leven met een handicap. Het is een beroepsfout, en als zodanig moet de zaak worden gewogen.’

Neemt niet weg dat er stevige argumenten – gebaseerd op uitspraken in andere landen – zijn aan te voeren tegen de *wrongful life*-claim. Het eerste is dat een ongeborn kind geen recht heeft op abortus. Stolker: ‘De moeder moet goed geïnformeerd een beslissing kunnen nemen, ook – en dat is cruciaal – met het oog op het kind. Het kind verdient het daarom toch als het ware deel uit te maken van de overeenkomst – zelfs al had dat tot de dood geleid. Ik noem dat de *relativiteit van de contractuele norm*: het contract tussen moeder en ziekenhuis reikt verder dan slechts tussen die directe partijen. Het gaat hier helemaal niet om het recht op abortus, maar om een vordering tot schadevergoeding. *Wrongful life* is een misleidende term. Maar het aansprakelijkheidsrecht werkt nu eenmaal zo dat er een eiser moet zijn, vandaar deze nogal ongemakkelijke constructie “ik had niet geboren moeten worden en gij, verloskundige, hebt uw werk niet goed gedaan”. Maar uiteindelijk gaat het om een beroepsfout.

Met een puur “hellend vlak” of het risico van eugenetica heeft dat op zich niets te maken.’

Een ander argument tegen de claim is dat niet de arts de schade heeft toegebracht aan het kind, maar ‘de natuur’. Stolker: ‘Toch is er een direct causaal verband tussen het feit dat de verloskundige verder onderzoek overbodig achtte, en de geboorte van het kind. De moeder heeft duidelijk aangegeven dat ze tot abortus was overgegaan. Misschien was het anders geweest als ze daarover

*‘De Hoge Raad gaf een helder antwoord aan diegenen die menen dat de uitspraak geen blijk zou geven van moraal’*

minder duidelijk was – er is natuurlijk een grijs gebied.’

Opent dit ‘grijs gebied’ de deuren naar een claimcultuur? Kunnen advocaten, gespecialiseerd in medische claims, zich in de handen wrijven? Stolker: ‘Er is weer wat meer ruimte. Dit soort uitspraken zullen waarschijnlijk wel tot een stijging van verzekeringspremies van ziekenhuizen leiden. Maar om dit nu het startschot te noemen van een claimcultuur naar Amerikaans model, dat is overdreven. Er zijn veel meer factoren die tot een dergelijke cultuuromslag kunnen leiden dan alleen het recht. Bijvoorbeeld de teruggang

in sociale voorzieningen, de rol van de media, of advocaten die werken volgens het *no cure no pay*-principe. Belangrijk is ook de ontwikkeling naar steeds meer gespecialiseerde advocaten. In sommige staten van de VS richten advocaten zich niet meer op medische schadeclaims in het algemeen, maar bijvoorbeeld louter op vorderingen gericht tegen gynaecologen. Hun kennis doet bij wijze van spreken nauwelijks meer onder voor die van een arts. Zo ver zijn we in Nederland nog lang niet.’

Een laatste tegenwerping dan: hoe bepaal je de schadevergoeding? Dergelijke bepalingen worden geschat met het oog op de ‘herstelfunctie’ – de vergoeding moet min of meer een compensatie zijn van de geleden schade. Daartoe moet je de situatie vóór de fout vergelijken met die van daarna, en juist dat kan bij Kelly niet echt. Stolker: ‘Ik vroeg ooit een rechtsfilosoof wat volgens hem de compensatie zou moeten zijn voor de geleden schade. Zijn antwoord was: “twee gulden vijfenzeventig” – de kosten voor een busje Hedex-pillen die met een slok port naar de dood zouden leiden. Maar de Hoge Raad is op dit punt heel duidelijk – op een manier die ik moedig vind, omdat de raad laat blijken niet alleen een formeel juridisch oordeel te hebben geveld, maar ook een moreel. Het kind, aldus de raad, heeft recht op schadevergoeding om daarmee bij te dragen aan de menswaardigheid van haar leven. Een helder antwoord aan diegenen die menen dat de uitspraak louter is gebaseerd op een beroepsfout, en geen blijk zou geven van moraal.’

*Zie over het besproken arrest ook het artikel van Lucien Ridderbroek verderop in dit nummer*

d e r e c h t s f i l o s o f v i n d t

## Kosten bezwaarprocedures zelden vergoed

De Wet kosten bestuurlijke voorprocedures leidt slechts in één tot twee procent van de bezwaarschriftprocedures tot een vergoeding van de kosten. De gemiddelde vergoeding bedraagt € 403. Dat blijkt uit een evaluatieonderzoek dat is uitgevoerd door de Rijksuniversiteit Groningen en Pro Facto BV. Volgens de onderzoekers wordt in vijf tot tien procent van de bezwaarschriftprocedures om een onkostenvergoeding gevraagd, doorgaans door de rechtshulpverlener. ‘Belanghebbenden

die zonder rechtshulpverlener bezwaar maken, doen zelden een beroep op een vergoeding. Dat kan te maken hebben met onbekendheid met de regeling, maar ook met het feit dat burgers bij het voeren van een bezwaarprocedure bijna geen andere kosten maken dan die van rechtsbijstand,’ aldus Justitie in een persbericht naar aanleiding van de evaluatie. De onderzoekers pleiten voor meer actieve voorlichting omtrent de wet.