

Een Constitutioneel Hof in Nederland? Zuid-Afrika en *wrongful life* als voorbeeld...

NTBR 2015/9

Redactioneel

Het Zuid-Afrikaanse rechtssysteem laat zien dat de aanwezigheid van een constitutionele rechter van grote invloed kan zijn op de ontwikkeling van het privaatrecht in een land. Dit voorbeeld, toegelicht aan de hand van een wrongful life-zaak, maakt nieuwsgierig naar wat zo'n Constitutioneel Hof voor het Nederlandse privaatrecht zou kunnen betekenen.

Al jaren staat ter discussie of constitutionele toetsing een instrument is dat onze rechtsorde zou kunnen verrijken, naast de al bestaande toetsing aan verdragen zoals het EVRM. Daarop aansluitend rijst dan nog de vraag of wij ook een Constitutioneel Hof, als een zelfstandige rechterlijke instantie, zouden moeten introduceren. Die discussie is ook voor civilisten van groot belang, want de consequenties daarvan zijn potentieel enorm. Ik neem u graag mee naar Zuid-Afrika om u te laten zien wat voor een invloed een zelfstandig grondwettelijk Hof *kan* hebben op het privaatrecht.²

Niet lang na ons wereldwijd vermaarde *Baby Kelly*-arrest,³ lag ook in Zuid-Afrika de vraag voor of een *wrongful life*-claim gehonoreerd moest worden. In de zaak *Stewart v. Botha* werd die vraag negatief beantwoord door het *Supreme Court of Appeal* van Zuid-Afrika. Die hoogste civiele rechter liet daarbij optekenen dat zo'n claim de vraag oproept of het kind wel geboren had moeten worden, en vervolgde:

“That is a question that goes so deeply to the heart of what it is to be human that it should not even be asked of the law.”⁴

Dat was klare taal. Dat gaat men in Zuid-Afrika dus niet doen.⁵

Of toch...? Pakweg zes jaar later deed zich een volgende *wrongful life*-claim voor. De moeder van een jongen, H., die in 2008 met het syndroom van Down geboren wordt, stelt namens de jongen een *wrongful life*-claim in tegen het Fetal Assessment Centre, omdat de gedaagde nagelaten heeft de moeder te waarschuwen voor het hoge risico dat de jongen met Down geboren zou worden. Het Centre wijst de claim van de hand, want deze 'cause of action' wordt immers niet erkend naar Zuid-Afrikaans recht. Vertrouwend op de eerdere uitspraak in *Stewart*, wijst de rechter in eerste aanleg de claim van de hand. H. gaat vervolgens (direct) in beroep bij het *Constitutional Court of South Africa*, en de vraag die daar voorligt, is of het (privaat)recht – specifiek: de afwijzing van *wrongful life*-claims – zou moeten veranderen in het licht van de Zuid-Afrikaanse Grondwet.⁶

Na enige technische barrières over de procedurele route geslecht te hebben, wordt de te beslissen rechtsvraag geherformuleerd; het gaat erom 'whether the law should allow a child to claim compensation for a life with a disability'. Daarmee omzeilt de rechter de 'logical paradox' waarbij 'leven' vergeleken zou moeten

1 Citeerwijze: I. Giesen, 'Een Constitutioneel Hof in Nederland? Zuid-Afrika en *wrongful life* als voorbeeld...', NTBR 2015/9, afl. 3.

2 Ook in bijvoorbeeld België kent men een Constitutioneel Hof, net als in Duitsland.

3 HR 18 maart 2005, NJ 2006/606 (Baby Kelly).

4 Zie *Stewart and Another v Botha and Another* [2008] ZASCA 84; 2008 (6) SA 310 (SCA), par. 28.

5 Daar is wel wat op af te dingen, zie I. Giesen, *Of wrongful birth, wrongful life, comparative law and the politics of tort law systems*, 2009 (72) *THRHR* 257.

6 Zie *H. and Fetal Assessment Centre* [2014] ZACC 34, par. 2, zie www.constitutionalcourt.org.za/site/Fetal.htm (laatst geraadpleegd: 4 januari 2015).

worden met 'non-existentie' – dat was precies de paradox die in de zaak *Stewart* beslissend was – en legt hij de onderliggende normatieve keuze bloot.⁷ Vervolgens wordt een omvangrijke rechtsvergelijkende rondgang gemaakt, compleet met overzichtstabellen, waarbij wordt gereflecteerd op de waarde van rechtsvergelijking in het algemeen én in dit soort zaken,⁸ en wordt herhaald dat al het recht in Zuid-Afrika (en dus ook het privaatrecht) gegrond moet zijn in constitutionele waarden en moet worden toegepast met respect voor fundamentele rechten, en dat de (rechtsvergelijkende) argumenten voor en tegen *wrongful life* tegen die achtergrond moeten worden gewogen.⁹ Uiteindelijk wordt in het licht van artikel 28 van de Grondwet (inzake 'the best interest of the child') besloten dat een nieuwe zaak over *wrongful life* niet bij voorbaat kansloos is, omdat het wenselijk kan zijn dat het kind zelf een claim kan instellen, zonder afhankelijk te zijn van de *wrongful birth*-claim van de ouders. De constitutionele rechter bepaalt dus niet zelf dat een claim mogelijk moet zijn, maar slechts dat de civiele rechter dat opnieuw moet beoordelen in het licht van de betrokken grondwettelijke waarden die in de *Stewart*-zaak onvoldoende zijn meegenomen.¹⁰

Wat hier verder ook zij van de inhoudelijke merites van de *wrongful life*-uitspraak, onmiskenbaar blijkt de grote invloed die (de indringendere toetsing door) een Constitutioneel Hof kan uitoefenen op de privaatrechtelijke rechtsontwikkeling. Of dat dan ook overal, zoals in Nederland, toegejuicht zal worden, is echter de vraag. De vrees kan bestaan dat deze tendens tot 'constitutionalisering', hoe subtiel opererend ook, toch als de spreekwoordelijke olifant door de porseleinkast (het zorgvuldig en behoedzaam opgebouwde privaatrechtelijke systeem) zal banjeren, en dat zulks vooral veel schade opleveren zal, omdat daarmee de eeuwenoude pijlers van het privaatrechtelijke systeem worden aangetast. Bovendien blijkt dat via deze constitutionele insteek de rechtszekerheid in gevaar komt, want 'settled case law' wordt zo alsnog aantastbaar. Ook rijst nog de vraag of onze Grondwet momenteel voldoende toegerust is als toetsingskader.

Dit zijn krachtige tegenargumenten, maar aan de andere kant... Het verder ontluiken van de grondrechten als aanknopingspunt voor de ontwikkeling van het privaatrecht biedt ook kansen. Het Zuid-Afrikaanse voorbeeld maakt dan ook nieuwsgierig naar wat er allemaal zou kunnen in Nederland als er een zelfstandig Constitutioneel Hof zou bestaan, naast de al bestaande toetsing aan verdragen door de gewone civiele rechter. Hebben wij bijvoorbeeld voor de vergoeding van affectieschade de wetgever nog wel nodig nu in die gevallen de toegang tot de rechter (een effectieve remedie bieden art. 6:107-6:108 BW niet) en ons 'family life' in het geding is? En leidt de enkele schending van het zelfbeschikkingsrecht niet evident tot immateriële schadevergoeding waar dat nu nog niet steeds het geval is, bijvoorbeeld na een inbreuk op de regels van 'informed consent'? De zaak *H v. Fetal Assessment Centre* heeft mij in elk geval hongerig gemaakt naar meer kennis over wat er privaatrechtelijk wel en niet mogelijk zou kunnen zijn via een Constitutioneel Hof.

7 Zie par. 19-24. Dat punt ('er is geen schade') speelde ook bij het Belgische Hof van Cassatie dat een *wrongful life*-claim afwees: Cass. 14 november 2014, AR C.13.0441.N, via http://justitie.belgium.be/nl/rechterlijke_orde/hoven_en_rechtbanken/hof_van_cassatie/nieuws/news_2014-11-18.jsp?referer=tc:265-259198-64 (laatst geraadpleegd: 4 januari 2015).

8 A. Lollini, The South African Constitutional Court Experience: Reasoning Patterns Based on Foreign Law, *Utrecht Law Review*, Vol. 8, Issue 2 (May) 2012, p. 55 e.v.; I. Giesen, The Use and Influence of Comparative Law in 'Wrongful Life' Cases, *Utrecht Law Review*, Vol. 8, Issue 2 (May) 2012, p. 35 e.v.

9 Par. 28-47.

10 Zie de hints in par. 9, 18 en 27, expliciet par. 48, 52, 66 en 73, en met name par. 81 van de uitspraak.