

VU Research Portal

Driemaal belangenafweging in de Aidstestzaak

van Ommeren, Frank

published in

NJCM-bulletin: Nederlands tijdschrift voor de mensenrechten
1994

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

van Ommeren, F. (1994). Driemaal belangenafweging in de Aidstestzaak. *NJCM-bulletin: Nederlands tijdschrift voor de mensenrechten*, 19(2), 115-121.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

scherming te verkrijgen in door het recht toegekende rechten. Dat geldt bij uitstek ook voor de grondrechten.

De vraag kan worden gesteld of in een democratische rechtsstaat de toegang tot voorzieningen van klachtbehandeling niet tot op zekere hoogte in eenzelfde perspectief zou kunnen en moeten worden geplaatst. Zo meent Ten Berge dat kan worden gesproken van een nieuw normatief uitgangspunt dat het laatste decennium meer en meer gelding heeft gekregen, namelijk dat burgers het recht hebben klachten in te dienen bij de overheid over het functioneren van die overheid in brede zin en dat de overheid de plicht heeft om die klachten te behandelen en daarop te antwoorden.²⁴ Ten Berge stelt daarbij interne klachtbehandeling door overheidsinstanties voorop.

Ik zie klachtbehandeling door een onafhankelijke ombudsman als een extern sluitstuk op die interne klachtbehandeling. Het enkele feit van de toegang tot de ombudsman draagt bij aan de kwaliteit van de interne klachtbehandeling. Daarnaast ziet de Nationale ombudsman toe op de kwaliteit van die interne klachtbehandeling, door deze te toetsen aan algemene beginselen van behoorlijke klachtbehandeling.²⁵

In dit artikel is aangegeven dat ook de Nationale ombudsman een bijdrage levert aan het bevorderen van het naleven door de overheid van grondrechten. Het werk van de Nationale ombudsman moge dan, wat betreft de formele status van zijn oordelen, niet kunnen worden aangemerkt als een 'effective remedy' als bedoeld in artikel 13 EVRM²⁶, in de regel is dat werk materieel gezien wel degelijk effectief, zo leert de ervaring. In die zin is ook de toegang tot de ombudsman feitelijk één van de voorwaarden waarin behoort te zijn voorzien in een democratische rechtsstaat.

24. *O.c.*, p. 46. Zie in dit verband ook het aloude petitierecht ex art. 5 van de Grondwet, zoals behandeld in het proefschrift van C. Riezebos, *Recht van petitie, Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de juridische mogelijkheid van toegang tot het politieke systeem in Nederland en in de Bondsrepubliek Duitsland*, Zwolle 1992.

25. Zie de in noot 12 genoemde publikatie, alsmede: Marten Oosting, *Investigation and assessment by the Ombudsman: Criteria for dealing properly with complaints*, in: Report Fifth International Ombudsman Conference, Wien, October 1992, uitg. Österreichische Volksanwaltschaft, Wien 1993, pp. 19-24.

26. Zie: P. van Dijk en G.J.H. van Hoof, *De Europese conventie in theorie en praktijk*, 3e druk, Nijmegen 1990, p. 585.

DRIEMAAL BELANGENAFWEGING IN DE AIDSTEST-ZAAK

Mr F.J. van Ommeren*

Zelden is een uitspraak zo heftig bekritiseerd als het vonnis van de president van de Rechtbank te Amsterdam waarin hij een verkrachter beval tegen diens wil een aidstest te ondergaan.¹ Zeker zo veel kritiek verscheen er ook op de uitspraak van het Gerechtshof waarin het vonnis op dit punt werd vernietigd. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het Hof en bekrachtigt het vonnis van de president. Wat kan men nu lezen in dit tijdschrift? De Hoge Raad heeft een logisch arrest gewezen, de beperking van het grondrecht was voorzienbaar.²

1. Inleiding

Dat verbaast ... zoveel tegenspraak, zoveel discussie en dan volgt de apotheose: het is een logische, voor de hand liggende en zelfs voorzienbare uitspraak.

Verhey beëindigt zijn zeer lezenswaardige annotatie onder het arrest van de Hoge Raad als volgt: "In casu meen ik echter dat wel aan de voorzienbaarheidseis is voldaan. Het ligt immers voor de hand dat iemand die een grove inbreuk pleegt op de lichamelijke integriteit van een ander rechtens verplicht is om de gevolgen daarvan zo veel mogelijk ongedaan te maken. Deze verplichting vloeit logischerwijs voort uit de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer in acht moet worden genomen jegens degene die men zoveel schade heeft toegebracht. Het arrest laat daar echter geen twijfel over bestaan."

Voor zover Verhey wil zeggen dat hij met de beslissing van de Hoge Raad kan instemmen, ben ik graag met hem eens. Maar wat ik mij afvraag is waarop te baseren valt dat het vooraf *voorzienbaar* was dat het beginsel, dat inhoudt dat de dader de schade behoort te beperken, in deze zaak van toepassing zou zijn, ja zelfs in zo sterke mate doorslaggevend zou zijn dat het tot de beperking van het grondrecht zou leiden.

* Mr F.J. van Ommeren is verbonden aan NWO en werkzaam bij de vakgroep Constitutioneel recht en Bestuursrecht van de VU te Amsterdam.

1. Pres. Rb. Amsterdam 11 juli 1991, KG 1991, 242; NJCM-Bulletin 16-6 (1991), p. 560 e.v. m.n. A. Sas.

2. HR 18 juni 1993, RvdW 1993, 136; NJCM-Bulletin 18-7 (1993), p. 786 e.v. m.n. L.F.M. Verhey.

Zie voor een overzicht van de literatuur: NJCM-Bulletin 17-6 (1992), p. 643. Waar inmiddels met name nog aan kan worden toegevoegd: B. Vermeulen, *Horizontale werking van grondrechten*, Nemesis 1992, nr. 6, p. 5 e.v. en J.E. Goldschmidt, *De aidstest: doorwerking of beperking van macht?*, NJB 1993, p. 1539 e.v.

2. Toepassingsjurisdictie versus belangenjurisdictie

De aidstest-zaak is een uitgesproken voorbeeld van een zaak waarin de belangenafweging de doorslag geeft.

Bij toepassingsjurisdictie past de rechter de regel op het feitelijke geval toe, hij plaatst het geschil onder de daartoe kenbare rechtsregels en leidt daaruit vervolgens zijn beslissing af. De beslissing is het resultaat van de subsumptie. Dit is rechtspraak volgens het klassieke model van het logisch syllogisme zoals bijvoorbeeld door Paul Scholten in zijn Algemeen Deel is beschreven en bekritiseerd.

Bij belangenjurisdictie vindt er een heel andere activiteit plaats. De rechter maakt een afweging van belangen. Belangenafweging valt te omschrijven als het "onderzoeken in hoeverre een beslissing voor betrokkenen een (gunstig of ongunstig) verschil maakt".³

Deze twee soorten rechtspraak zijn niet altijd gemakkelijk van elkaar te onderscheiden. Bij beide soorten rechtspraak vindt interpretatie plaats. Bij toepassingsjurisdictie interpretatie van de rechtsregels en interpretatie van de feiten van het geval. Hoe anders te oordelen welke regels op welke feiten van toepassing zijn? Bij belangenjurisdictie vindt eveneens interpretatie plaats: uiteraard van de feiten en bovendien van de waarden en beginselen aan de hand waarvan de belangenafweging plaatsvindt.

Dat interpretatie bij beide een essentieel bestanddeel vormt, betekent geenszins dat het in principe niet om twee wezenlijk verschillende rechterlijke activiteiten gaat. Bij toepassingsjurisdictie is sprake van een afleiding van het één uit het ander. Bij belangenjurisdictie is geen sprake van een afleiding maar van een afweging. Bij een belangenafweging wordt de beslissing genomen door te letten op de *gevolgen* van de beslissing; een belangenafweging wordt gemaakt met het oog op het bereiken van een bepaald vooropgesteld doel. Bij toepassingsjurisdictie zijn niet de gevolgen maar de toepasselijke regels beslissend. (Dat de rechter in de praktijk ook bij toepassingsjurisdictie geneigd is regressief te redeneren - hij neemt eerst de beslissing en zoekt er daarna de toepasselijke regels bij - doet aan het principiële verschil tussen toepassings- en belangenjurisdictie niet af.)

Klassiek is het beeld van de rechter die algemene regels toepast: hij construeert en deduceert. In de moderne rechtsvindingsliteratuur wordt daarnaast het beeld gehanteerd van de rechter die per concreet geval tot een oplossing komt;

3. R. de Lange, *Publiekrechtelijke rechtsvinding*, Zwolle 1991, p. 8. Men zie over toepassings- en belangenjurisdictie verder m.n.: E.M.H. Hirsch Ballin, *Onafhankelijke rechtsvorming. Staatsrechtelijke aantekeningen over de plaats en functie van de Hoge Raad in de Nederlandse rechtsorde*, in: *De Hoge Raad der Nederlanden. De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, Zwolle 1988, p. 211 e.v. Zie nog recentelijk: A.A. Franken en E.P.M. Joosten (red.), *Wederkerige rechtsbetrekkingen. Belangenafweging door de rechter*, Lelystad 1993 en tevens I.C. van der Vlies, *Grenzen aan het recht*, Zwolle 1993.

deze rechter maakt van geval tot geval een belangenafweging.⁴ Een systeem in het recht is dan niet of nauwelijks meer te ontdekken. Van Zaltbommel ziet in deze ontwikkeling zelfs de grootste bedreiging voor onze rechtsstaat.⁵

Belangenjurisdictie heeft inderdaad zo zijn bezwaren, want de grond waarop de rechter tot zijn beslissing komt is moeilijk te achterhalen. Er zijn geen regels, zoals bij subsumptie, die rechtstreeks tot het eindresultaat leiden. Er zijn slechts beginselen die tegen elkaar worden afgewogen. De rechter is ongebonden. De uitkomst van zijn beslissing is meer dan ooit onbepaald en daardoor onvoorzienbaar.⁶

3. De drie beoordelingskaders in de aidstest-zaak

Het gaat in de aidstest-zaak om een afweging tussen de belangen van de verkrachter en het slachtoffer. De uitkomst van een belangenafweging is uiteraard in hoge mate afhankelijk van het kader waarbinnen de belangenafweging plaatsvindt. Deze zaak vormt daarop geen uitzondering. Sterker nog, volgens de A-G schuilt in het vinden van een passend beoordelingskader zelfs het hoofdprobleem van deze zaak. In de aidstest-zaak zijn verschillende beoordelingskaders gebruikt:

1. De president van de rechtbank construeert deze zaak als een botsing tussen de zowel aan eiseres als gedaagde toekomstige grondrechten, te weten het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (artikel 10 Gw) en het recht op onaantastbaarheid van het menselijk lichaam (artikel 11 Gw) en het hun beiden toekomende recht op eerbiediging van het privéleven (artikel 8 EVRM). Ter beantwoording van de vraag wie van hen beiden een inbreuk op de lichamelijke integriteit dient te dulden, dient een afweging van de wederzijdse belangen plaats te vinden. Naar de opvatting van de president moet het belang van eiseres prevaleren.

2. Het Hof hanteert een andere aanpak. Er is géén sprake van een botsing van grondrechten. Wel moet een belangenafweging worden gemaakt om vast te stellen of op grond van artikel 1401 BW een inbreuk mag worden gemaakt op de lichamelijke integriteit van de dader. Naar de opvatting van het Hof mag de inbreuk op dit grondrecht in casu niet worden gemaakt. Het belang van de dader weegt hier zwaarder dan dat van het slachtoffer.

3. De A-G beoordeelt de zaak weer op andere wijze en wordt daarin gevolgd door de Hoge Raad. Er is wél sprake van een botsing van grondrechten, namelijk tussen eiseres en verweerder: één van beiden dient een beperking van het

4. Hirsch Ballin, a.w. p. 219 e.v. en De Lange, a.w. p. 4 neigen er naar ook in kwantitatief opzicht een toename van belangenjurisdictie aan te nemen. Ik vraag mij echter af of het niet eerder zo is dat belangenjurisdictie meer voor publikatie in aanmerking komt, omdat zij als moeilijker, onvoorspelbaardere en daarom lezenswaardigere rechtspraak leidt.

5. L.K. van Zaltbommel, *De betekenis van het recht als systeem*, Zwolle 1993, p. 166.

6. Waarmee niet gezegd wil zijn dat toepassingsjurisdictie niet eveneens in zekere mate onbepaald en daarmee onvoorzienbaar kan zijn. Men denke bijvoorbeeld aan de genoemde interpretatieproblematiek.

grondrecht op onaantastbaarheid van het menselijk lichaam te aanvaarden. De inbreuk wordt gemaakt op grond van artikel 1401 BW. Uit dit wetsartikel vloeit het beginsel voort dat inhoudt dat de dader de schadelijke gevolgen van zijn optreden zoveel mogelijk moet beperken. Dit beginsel maakt dat de balans in casu doorslaat in het voordeel van de eiseres.

Kortom, de afweging van de belangen van eiseres en verweerder leidt (mede) door de plaatsing in verschillende kaders tot verschillende resultaten.

Naast het juridische beoordelingskader speelt, zoals gezegd, bij belangenafweging ook de interpretatie van de feitelijke omstandigheden een belangrijke rol. Hoè belangrijk blijkt fraai in deze zaak. Het Hof was uitgegaan van de omstandigheid dat een negatieve uitslag van de test bij de dader ten gevolge van de "windowperiod" nog geen zekerheid over de afwezigheid van besmettingsgevaar zou geven. Dit oordeel is onbegrijpelijk zo overweegt de Hoge Raad: gelet op de stand van de medische wetenschap duurt de "windowperiod" zes maanden. De president deed zijn uitspraak echter ruim negen maanden na de verkrachting. De "windowperiod" was dus reeds verstreken.⁷ Het Hof was derhalve bij zijn belangenafweging van onjuiste omstandigheden uitgegaan.

4. Het schadebeperkingsbeginsel

In deze zaak gaat het om een beperking van het grondrecht met als wettelijke beperkingsgrond artikel 1401 BW (oud). Dat betekent dat in het kader van dit artikel een belangenafweging moet worden gemaakt. De Hoge Raad overweegt: "In elk geval tussen burgers onderling kan een zodanige beperking in beginsel worden gegrond op artikel 1401, zulks mede aan de hand van de in dat artikel besloten liggende normen die het in het maatschappelijk verkeer betaamt jegens elkaar in acht te nemen." Wiens belang weegt zwaarder? Dat van de eiseres of dat van de verweerder? Bij één van beiden moet een inbreuk op het recht van lichamelijke onaantastbaarheid worden gemaakt. Beslissend is nu wat artikel 1401 BW met zich brengt.

Bekend is het beginsel dat zegt dat de *gedupeerde* de plicht heeft de omvang van de schade zoveel mogelijk beperkt te houden. Dit beginsel heeft een groot bereik: het geldt zowel in het privaatrecht als in het bestuursrecht en het geldt ongeacht of de schade onrechtmatig of rechtmatig is toegebracht.⁸ Uit artikel

7. Ook in de literatuur bestaat geen duidelijkheid over de "windowperiod". H. Simon, Asscher als dorpsoudste schendt grondrechten, NJB 1991, p. 1192 gaat er vanuit dat ook als de test negatief is dat *in het geheel geen* uitsluitel geeft over de HIV-status. Th. de Roos, Prima vonnissen maar geen 'gidsuitspraken', Nemesis 1992, nr. 1, p. 21 daarentegen hanteert een "windowperiod" van drie maanden. A. Sas, NJCM-Bulletin 16-6 (1991), p. 565 gaat onder verwijzing naar medische literatuur voorzichtig uit van een periode van zes maanden; ook L.F.M. Verhey, NJCM-Bulletin 17-6 (1992), p. 644 hanteert een "windowperiod" van zes maanden. De A-G komt na enig onderzoek eveneens tot de conclusie dat een termijn van zes maanden dient te worden aangehouden.
8. Zie bijv. J.A.M. van den Berk, Schadevergoeding voor rechtmatig toegebrachte schade door de overheid, Zwolle 1991, p. 119 e.v.

1401 BW vloeit ook de evenknie van dit beginsel voort: ook de *dader* heeft de plicht de schadelijke gevolgen zo beperkt mogelijk te houden.

Het kost de A-G zichtbaar enige inspanning dit beginsel aan de horizon te laten verschijnen. De eiseres noemt als grondslag voor haar vordering: schadevergoeding in natura. De A-G geeft hier een mooie wending aan, hij is bereid dit op te vatten als een vordering van een schadebeperkende maatregel. De A-G redeneert verder als volgt: de kosten van schadebeperkende maatregelen plegen, in het recht betreffende de onrechtmatige daad, ten laste van de dader te komen, dus is de dader zelf ook verplicht de schade bij het slachtoffer te beperken of verdere schade te voorkomen. Tegen de slotsom valt moeilijk iets in te brengen en zij wordt dan ook door de Hoge Raad overgenomen.

Maar daarmee is de kous nog niet af. Nu moet immers nog de belangenafweging volgen. Alleen de omstandigheid dat beiden, eiseres én verweerder, een inbreuk op hun grondrecht vreesden, maakte dat een geheel ander beginsel - namelijk het schadebeperkingsbeginsel - met een geheel andere achtergrond - namelijk artikel 1401 BW - beslissend kon zijn en de weegschaal deed doorslaan in het voordeel van eiseres. De ietwat onverwachte tournure die de A-G daar aan de zaak geeft, wordt door de Hoge Raad in hoofdzaak gevolgd.

5. De beperkingsgrond was niet voorzienbaar

Verhey wijst erop dat de beperking van een grondrecht voorzienbaar moet zijn; hij trekt daarvoor een interessante parallel met de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (Sunday Times).⁹ Het lijkt mij heel redelijk hier de voorzienbaarheidseis te stellen.¹⁰ Juist bij belangenafweging is dat echter een eis waar moeilijk aan valt te voldoen.

Hoewel de rechtvaardigheid van het schadebeperkingsbeginsel zeer evident is, is het een andere vraag of de toepasselijkheid en het doorslaggevend gewicht van dit beginsel in casu ook voorzienbaar waren. En daarmee zijn we weer terug bij het begin. Was de uitspraak voorzienbaar? Ik waag het te betwijfelen. *Is het een vooraf duidelijke norm dat de dader na zijn misdrijf alles moet doen of dulden om de schadelijke gevolgen ervan te beperken, zelfs verrichtingen die een inbreuk maken op zijn eigen lichamelijke integriteit?* Geenszins.

De parallel met Sunday Times verder doortrekkend: in deze uitspraak wordt genoeg genomen met ongeschreven recht als grondslag voor de beperking van een grondrecht. Dat is ook hier van belang omdat in het aidstest-arrest, hoewel de beperking hier strikt genomen wordt gebaseerd op een wetsartikel (1401 BW), het uit artikel 1401 BW voortvloeiende ongeschreven rechtsbeginsel doorslagge-

9. EHRM 26 april 1979, NJ 1980, 146 m.n. EAA. (In het verlengde hiervan wijst Verhey ook op HR 22 november 1991, NJ 1992, 508 m.n. PAS.)
10. Aangezien de grondrechtsbeperking wordt gestoeld op artikel 1401 BW is het van belang te bedenken dat de voorzienbaarheid ook in het gewone civiele aansprakelijkheidsrecht functioneert, niet alleen ten aanzien van de causaliteit maar ook ten aanzien van de onrechtmatigheid zelf als wel ten aanzien van de schuld van de dader.

vend is. De Sunday Times-uitspraak stelt twee voorwaarden die moeten zijn vervuld om de beperkingsgrond als "prescribed by law" aan te merken: het recht moet voldoende toegankelijk zijn ("accessible") en het moet met voldoende precisie zijn geformuleerd, zodat de justitiabele er zich naar kan richten ("foreseeable").

Op het eerste gezicht zou men wellicht kunnen denken dat de grondrechtsbeperking in het aidstest-arrest wel aan deze twee voorwaarden voldoet. De toegankelijkheid vormt ten aanzien van het ongeschreven recht doorgaans een probleem. Ook het schadebeperkingsbeginsel is niet makkelijk toegankelijk, maar dit beginsel viel in casu uiteindelijk wel met enige moeite te construeren (zie de vorige paragraaf).¹¹ Dit beginsel is ook met voldoende precisie geformuleerd; hoewel het onduidelijk is hoe ver het beginsel precies strekt, hetgeen juist in dit geval belangrijk is om te weten. Al met al is het schadebeperkingsbeginsel heel wel uit de maatschappelijke zorgvuldigheid af te leiden.

Toch denk ik niet dat de beperking van het grondrecht in casu aan de voorzienbaarheidseis voldoet. Met het afleiden van het schadebeperkingsbeginsel zijn we er immers nog niet. Het gewicht van het schadebeperkingsbeginsel moet vervolgens nog worden vastgesteld om de belangenafweging te kunnen maken. Het is de belangenafweging die hier roet in het eten gooit. Het was niet voorzienbaar dat het schadebeperkingsbeginsel zo ver zou strekken dat het een inbreuk op het recht op onaantastbaarheid van het menselijk lichaam zou rechtvaardigen. De onbepaaldheid van belangenafwegingen maakt de uitkomst moeilijk voorzienbaar, zeker in deze zaak waar al zoveel onduidelijkheid over het beoordelingskader bestond.

Stel bijvoorbeeld dat het schadebeperkingsbeginsel reeds bij het Hof had meegewogen (*quod non*). Zou het daar dan eveneens de balans in het voordeel van de eiseres hebben doen doorslaan? Waarschijnlijk niet (zelfs niet als het Hof van de juiste feiten was uitgegaan) want het Hof koos - ten onrechte¹² - als afwegingskader niet de botsing van grondrechten maar enkel de inbreuk op de lichamelijke integriteit van de dader (zie paragraaf 3).

Kortom, vanwege het element van de belangenafweging dat in deze zaak zo'n grote rol speelt, zou ik de beperkingsgrond niet voorzienbaar willen noemen. Dat was hij alleen geweest indien er vooraf een duidelijke voorzienbare grond was geweest waarop de rechter zijn bevel tot het dulden van de aidstest had kunnen stelen. Het is vooral de taak van de wetgever voor een dergelijke grond te zorgen. Er bestaan allerlei specifieke wetten die verschillende soorten beper-

11. B. Vermeulen, a.w. p. 8 komt tot een vergelijkbaar beginsel, namelijk de *subsidiare* plicht om bij aantasting van de lichamelijke integriteit de *gevolgen ervan zo veel mogelijk ongedaan te maken*. Hij leidt dit beginsel echter niet af uit artikel 1401 BW (de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt), maar naar eigen zeggen spoort hij dit beginsel en het gewicht ervan op door middel van interpretatie van de grondwet.
12. Het Hof gaat niet uit van een botsing van grondrechten omdat er in zijn ogen geen sprake meer is van een schending van de grondrechten van de eiseres. Deze opvatting impliceert met name dat de eiseres de aidstest niet tegen haar wil maar vrijwillig zou ondergaan; terecht zegt de A-G dat in het onderhavige geval niet van vrijwilligheid kan worden gesproken.

kingen van het grondrecht op lichamelijke onaantastbaarheid mogelijk te maken. Niet voor niets springt het verschijnsel van de belangenjurisdictie in het bijzonder in het oog wanneer de functie van de rechter in het geding is. Belangenjurisdictie heeft consequenties voor de plaats van de rechter in het staatsbestel: niet geheel ten onrechte wordt hij juist bij dit soort rechtspraak wel "wetgever-plaatsvervanger" genoemd.¹³

DRIEMAAL BELANGENAFWEGING IN DE AIDSTEST-ZAAK Reactie op F.J. van Ommeren

1. Van Ommeren stelt een belangrijke vraag aan de orde: was het vooraf voorzienbaar dat het schadebeperkingsbeginsel in deze zaak van toepassing zou zijn, ja zelfs in zo sterke mate zwaarwegend zou zijn dat de dader een beperking van zijn recht op lichamelijke integriteit heeft te dulden? Belangrijk omdat als het antwoord ontkennend is, de conclusie wellicht zal moeten luiden dat de vordering van het slachtoffer niet gehonoreerd had mogen worden. Het betoog van Van Ommeren toont in elk geval aan dat over deze vraag veel meer valt op te merken dan ik in mijn annotatie heb gedaan. Vandaar ook van mijn kant een uitvoerige reactie.

2. Om te beginnen is niet helemaal duidelijk wat Van Ommeren voor ogen staat. Met mijn ondersteuning van de beslissing van de Hoge Raad is hij het 'graag eens'. Vervolgens komt hij na ampele overwegingen tot het oordeel dat de beperking van het grondrecht niet voorzienbaar was. In zijn benadering had dit oordeel dan toch tot de conclusie moeten leiden dat sprake is van een schending van het grondrecht, hetgeen toewijzing van de vordering van het slachtoffer in de weg had moeten staan. Of is Van Ommeren van mening dat de Hoge Raad langs andere weg tot hetzelfde resultaat had kunnen komen? Vermoedelijk niet: in de slotzinnen van zijn betoog laat hij duidelijk tot uitdrukking komen dat een belangenafweging als in deze zaak verricht niet bij de rechter, maar bij de wetgever thuis hoort. Kortom, is hij het uiteindelijk wel of niet met mij eens dat de uitspraak ondersteuning verdient?

3. Van Ommeren heeft gelijk als hij stelt dat de uitkomst van een rechterlijke beslissing bij een onrechtmatige daadsactie zeker als het komt tot een belangenafweging vaak moeilijk vooraf voorzienbaar is. Indien er grondrechtelijke beginselen in het geding zijn is toepassing van de uit het EVRM voortvloeiende voorzien-

13. De uitdrukking "wetgever-plaatsvervanger" stamt van M.J.P. Verburgh, Wiarda-symposium (26-3-77), 11e stelling, NJB 1977, p. 508. In dit licht is mijns inziens ook de opvatting van H. Simon, a.w. p. 1191, 1192 te plaatsen: hij is van mening dat de belangenafweging in deze zaak eigenlijk tot de taak van de wetgever behoort.

baarheidsis niet zelden problematisch. Problematisch, maar niet onmogelijk. Terecht wijst Van Ommeren er op (noot 10) dat de voorzienbaarheidsis ook in het civiele recht functioneert. Uitvoeriger ben ik hierop ingegaan in mijn dissertatie: Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy, Zwolle 1992, p. 156 e.v.

4. Hoe ligt dat nu in het onderhavige geval? Van Ommeren formuleert als kernvraag: is het een vooraf duidelijke norm dat de dader na zijn misdrijf álles moet doen of dulden om de schadelijke gevolgen ervan te beperken, zelfs verichtingen die een inbreuk maken op zijn eigen lichamelijke integriteit? Alles niet natuurlijk: in zoverre is de vraag wat misleidend geformuleerd. Tot welke handeling de dader in concreto gehouden is zal afhangen van het belang van het slachtoffer. De rechter zal hier moeten komen tot een belangenafweging. In beginsel zou ik echter willen aannemen dat de dader van een misdrijf inderdaad verplicht is om de schadelijke gevolgen daarvan ten opzichte van het slachtoffer zo veel mogelijk te beperken.

In bepaalde, waarschijnlijk uitzonderlijke, gevallen kan een dergelijk schadebeperkingsbeginsel er zelfs toe leiden dat de dader een beperking van zijn grondrechten moet dulden. Zo ook in het onderhavige geval. Daarbij dient te worden bedacht dat de dader een zeer ernstige inbreuk heeft gepleegd op de lichamelijke integriteit. Dat het slachtoffer een zwaarwegend belang heeft om de gevolgen daarvan ongedaan te maken behoeft welhaast geen betoog. Indien de dader door zijn medewerking aan een HIV-test aan dit zwaarwegend belang tegemoet kan komen, lijkt het mij redelijk dat het grondrechtelijk belang van de dader in dit uitzonderlijke geval daarvoor moet wijken.

5. Daarmee is de vraag van Van Ommeren echter nog niet beantwoord. Want was een aldus geformuleerd beginsel en de toepassing daarvan in dit concrete geval vooraf voorzienbaar? Toegegeven, het is waarschijnlijk de eerste keer dat het schadebeperkingsbeginsel op deze wijze wordt toegepast. Bij mijn weten is het ook de eerste keer dat een zaak als deze aan de rechter wordt voorgelegd. Maar het gaat mij toch te ver om te stellen dat een uitspraak als nu door de Hoge Raad gedaan gelet op eerdere jurisprudentie niet verwacht had mogen worden. Zo heeft de rechter reeds in vele gevallen eveneens ter bescherming van slachtoffers van verkrachtingen op grond van de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm straatverboden opgelegd. Per slot van rekening gaat het daar eveneens om (soms vergaande) beperkingen van grondrechten van de dader, te weten zijn recht op bewegingsvrijheid. Was dan niet enigszins te voorzien dat de rechter ten behoeve van het slachtoffer onder omstandigheden als de onderhavige ook een andere grondrechtenbeperking zou toestaan? Mij lijkt deze volgende stap tot op grote hoogte voor de hand te liggen. Alleszins verdedigbaar is dan ook de stelling dat de dader van een zodanig ernstig misdrijf, mede gelet op eerdere jurisprudentie, mag verwachten dat hij op grond van de zorgvuldigheidsnorm die hij jegens het slachtoffer in acht heeft te nemen, in beginsel verplicht is een HIV-test te ondergaan, mits komt vast te staan dat hij daarmee het leed van zijn slachtoffer in

aanzienlijke mate kan verzachten. Het conflict in deze zaak draaide hoofdzakelijk om de vraag of aan laatstgenoemde voorwaarde was voldaan.

6. Met betrekking tot de voorzienbaarheidsis zij nog opgemerkt dat het EHRM deze tot dusverre niet erg strikt heeft toegepast. Het Hof erkent dat het onvermijdelijk is dat veel wetten vage begrippen omvatten, waarvan de interpretatie en toepassing alleen in de praktijk kunnen worden verduidelijkt. Zeker waar het gaat om de voorzienbaarheid van rechtersrecht lijkt het Hof soepel. Het Sunday Times-arrest (EHRM 26 april 1979, NJ 1980, 146 m.n. EAA) is daarvan een goed voorbeeld. Het Hof overwoog ter zake van het in geding zijnde 'prejudgment principle':

'To sum up, the Court does not consider that the applicants were without an indication that was adequate in the circumstances of the existence of the 'prejudgment principle'. Even if the Court does have certain doubts concerning the precision with which that principle was formulated at the relevant time, it considers that the applicants were able to foresee, to a degree that was reasonable in the circumstances, a risk that publication of the draft article might fall foul of the principle'.

In de eerste plaats zegt het Hof daarmee dat een norm ook voorzienbaar kan zijn in het geval het geldende recht op het betreffende punt nog niet duidelijk is. Dat de uitkomst van de belangenafweging in concreto onzeker is, is dus niet van doorslaggevende betekenis. Daarnaast blijkt uit de betreffende overweging dat de voorzienbaarheid in de interpretatie van het Hof kennelijk geen betrekking heeft op overtreding van de norm *sec*, maar op het *risico* dat van een dergelijke overtreding sprake *zou kunnen* zijn. Klagers beschikten over aanwijzingen omtrent het bestaan van het betreffende beginsel en konden derhalve vermoeden dat zij mogelijk in strijd met dat beginsel handelden. Is het onmogelijk deze redenering ook toe te passen op het schadebeperkingsbeginsel in de aidstest-zaak? Geenszins. Gelet op de soepele toepassing van de voorzienbaarheidsis door het Hof durf ik de stelling aan dat de uitspraak van de Hoge Raad de Straatsburgse toets der kritiek op dit punt zeer waarschijnlijk zou kunnen doorstaan.

7. Met Van Ommeren ben ik het niet eens dat de door hem veronderstelde onvoorzienbaarheid mede het gevolg zou zijn van de onduidelijkheid van het beoordelingskader. Het was inderdaad onduidelijk of het slachtoffer van haar kant een beroep kon doen op het recht op lichamelijke integriteit. Voor de beslechting van het geschil was deze vraag echter niet relevant. Duidelijk was in elk geval dat de vrouw een zwaarwegend belang had bij zo snel mogelijke beëindiging van de onzekerheid omtrent besmetting van het HIV-virus. Over de zwaarte van dat belang verschilden Rechtbank, Hof en Hoge Raad niet van mening. Om die reden kon de Hoge Raad ook in het midden laten of de vrouw een beroep kon doen op artikel 11 Grondwet. Anders dan Van Ommeren meent, heeft de Hoge Raad het geschil dus niet geplaatst in de sleutel van botsing van grondrechten: de Raad heeft zich hierover bewust niet uitgelaten, omdat dat voor de beslechting van het geschil niet van belang werd geacht.

Vershil van mening tussen genoemde rechters was er wel met betrekking tot de vraag of het testen van de dader aan de onzekerheid bij de vrouw een einde kon maken. Nu juist op dit punt heeft het Hof een cruciale beoordelingsfout gemaakt. Ook ten tijde van de uitspraak van het Hof immers was in medische kringen reeds in confesso dat de zgn. 'windowperiod' ongeveer zes maanden bedraagt. Nu deze periode in dit geval was verstreken op het moment dat de test in kort geding werd gevorderd, stond vast dat de dader door zich te laten testen wel degelijk de onzekerheid bij de vrouw omtrent haar besmetting had kunnen beëindigen. Het blijft uiteraard speculeren, maar indien het Hof was uitgegaan van de juiste medische gegevens was naar mijn overtuiging de kans aanzienlijk geweest dat ook het Hof de belangenafweging in het voordeel van de vrouw had laten uitvallen.

8. Zoals gezegd constateert Van Ommeren terecht dat een door de rechter te verrichten belangenafweging in toenemende mate moeilijk voorzienbaar is. Van Ommeren's oplossing voor dit probleem spreekt mij echter niet erg aan. Deze komt er op neer dat daar waar vanwege het element van de belangenafweging een duidelijk voorzienbare beperkingsgrond ontbreekt, het de taak van de wetgever is voor een dergelijke grond te zorgen.

De consequenties van dit standpunt zijn nauwelijks te overzien. Zij stijgen ver uit boven de concrete zaak waar het hier om gaat. Want als onvoorzienbaar was dat de rechter in een zaak als deze een aidstest zou bevelen, was het dan wel voorzienbaar dat de Goeree's op grond van de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm een verspreidingsverbod opgelegd zouden krijgen (vgl. HR 5 juni 1987, NJ 1987, 702 m.n. EAA), daar waar zij nota bene ter zake van dezelfde feiten in de strafrechtelijke procedure werden vrijgesproken? En is onder het huidige recht dan wel goed te voorspellen onder welke omstandigheden de rechter een straatverbod zal opleggen? Zo zijn nog vele andere voorbeelden te noemen waar de uitkomst van de rechterlijke belangenafweging evenzeer onzeker is. Verricht men een strenge voorzienbaarheidstoets, dan kunnen in deze gevallen naar mijn mening dezelfde kritische kanttekeningen worden geplaatst als die welke Van Ommeren heeft gemaakt bij het aidstest-arrest.

Om nu in al die gevallen van de wetgever te vergen dat hij duidelijkheid verschaft is werkelijk te veel gevraagd. Zeker in horizontale rechtsbetrekkingen moet het voor de wetgever als een onmogelijke opgave worden beschouwd om in concreet geformuleerde wetsbepalingen uitputtend te regelen wanneer publicaties onrechtmatig zijn, onder welke voorwaarden de rechter een straatverbod mag opleggen, onder welke specifieke condities een dagblad of tijdschrift politieke advertenties mag weigeren, wanneer en op welke wijze een werkgever van werknemers mag vergen dat zij op godsdienstige feestdagen komen werken enz. Nog afgezien van de enorme inspanning die de wetgever zou moeten leveren rijst de vraag wat deze bepalingen concreet moeten gaan inhouden. Zou niet te verwachten zijn dat de wetgever noodgedwongen zou blijven steken in vage normstelling, zodat weinig aan voorzienbaarheid zou worden gewonnen?

Maar gesteld al dat het mogelijk is om in al die gevallen duidelijke normen te stellen, rijzen onmiddellijk nieuwe problemen. Uiteraard is wettelijk ingrijpen

in bepaalde gevallen wenselijk of zelfs uit grondrechtelijk oogpunt geboden. Een te vergaande bemoeienis van de wetgever roept echter juist uit grondrechtelijk oogpunt ernstige bezwaren op. Te vrezen valt een zodanige overregulering van de maatschappelijke verhoudingen dat de vrijheid van de burgers er per saldo op achteruit gaat.

Vanuit deze algemene optiek ben ik er bepaald niet van overtuigd dat de wetgever een wettelijke regeling zou moeten treffen voor het dulden van een aidstest in horizontale verhoudingen. De zojuist genoemde argumenten wijzen naar mijn mening eerder in de richting van het tegendeel.

9. Dat ik in de slotzinnen van mijn noot wat kort door de bocht ben gegaan wil ik Van Ommeren graag toegeven. In zijn interessante betoog zie ik echter geen aanleiding om op mijn schreden terug te keren.

Mr. L.F.M. Verhey*

* Redacteur van dit tijdschrift.