
Vergaderjaar 2004–2005

29 800 VI

**Vaststelling van de begrotingsstaten van het
Ministerie van Justitie (VI) voor het jaar 2005**

Nr. 157

BRIEF VAN DE MINISTER VAN JUSTITIE

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 15 juni 2005

Hierbij zend ik u de notitie Consequenties uitspraak van de Hoge Raad van 18 januari 2005 inzake strafbaarheid overbrengen mogelijke HIV-besmetting, met verwijzing naar uw brief van 1 februari 2005 met kenmerk JUST-02-05, mede namens de Ministers van Volksgezondheid, Welzijn en Sport en voor Bestuurlijke Vernieuwing en Koninkrijksrelaties.

De Minister van Justitie,
J. P. H. Donner

Consequenties uitspraak van de Hoge Raad van 18 januari 2005 inzake strafbaarheid overbrengen mogelijke HIV-besmetting.

1. Inleiding

Bij brief van 1 februari 2005, kenmerk JUST-02-05, heeft de Vaste Commissie voor justitie uit de Tweede Kamer gevraagd om een brief van de ministers van Justitie, VWS en BVK over de voor- en nadelen van strafbaarstelling van het besmetten met HIV of een andere infectieziekte. Dit moet mede worden bezien tegen de achtergrond van preventiebeleid, bestaande mogelijkheden voor strafrechtelijk optreden en de grondwettelijke aspecten. Mede namens de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport en de minister voor Bestuurlijke Vernieuwing en Koninkrijksrelaties beantwoord ik dit verzoek als volgt.

In de notitie komen achtereenvolgens aan de orde:

- Arrest van de Hoge Raad van 18 januari 2005
- Strafbaarheid volgens geldend recht
- Voor- en nadelen van aanvullende strafbaarstelling
- Grondrechtelijke aspecten
- Conclusie

In procedure is gebracht een wetsvoorstel dat strekt tot het mogelijk maken van het afdwingen van medewerking van een verdachte bij het nemen van een bloedmonster, waaraan onderzoek kan worden verricht met het oog op het aantonen van een ernstige besmettelijke ziekte als HIV of hepatitis-B of -C. Dit wetsvoorstel stagneert al enige tijd na advies van de Raad van State over de uitvoerbaarheid van bepaald technisch onderzoek en de financiering daarvan. In de tussentijd staat de rechtsontwikkeling niet stil.

Vanaf het begin van het wetsvoorstel hebben alle deskundigen zich op het standpunt gesteld dat er geen aanleiding was voor een regeling die strekt tot een aanpassing van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van een verdachte die drager is van genoemde besmettelijke ziekten. Aangenomen werd dat de bestaande strafbepalingen toereikend waren om op te treden. Het wetsvoorstel brengt in zijn huidige vorm dan ook geen voorstel tot wijziging in de uitleg van de begrippen als voorwaardelijk opzet en aanmerkelijke kans zoals deze in de jurisprudentie over «onveilige seksuele contacten» door de Hoge Raad is ontwikkeld.

In april 2003 heeft het toenmalige Aids Fonds het rapport «Penitentie of Preventie?» over de gevolgen van de toepassing van het strafrecht voor de volksgezondheid en de positie van met het HIV besmette personen, toegezonden aan de minister van VWS en van Justitie. Een door het Aids Fonds ingestelde commissie concludeerde in haar rapport¹ dat veilig vrijen de verantwoordelijkheid is van beide betrokken partners. De Commissie was van oordeel dat moreel gezien mensen die weten dat zij HIV-positief zijn, maar ook mensen die weten dat zij een risico hebben gelopen, veilig behoren te vrijen. Het strafrechtelijk vervolgen van mensen met HIV die onbeschermd seksueel contact hebben gehad (zonder dat sprake was van machtsongelijkheid, dwang of misleiding) is echter onwenselijk vanuit het oogpunt van volksgezondheid en de positie van mensen met HIV, aldus de commissie. Het is nadelig voor de volksgezondheid omdat mensen zich minder snel zouden willen laten testen op HIV. De Minister van Justitie heeft zich bij brieven van 15 augustus 2003 en 27 april 2004 aan het Aids Fonds op het standpunt gesteld dat er geen reden was om in het vervolg in het geheel af te zien van vervolging van de hiervoor genoemde contacten, doch dat wel van geval tot geval diende te worden bezien of er voldoende aanleiding was tot het instellen van vervolging.

¹ «Penitentie of preventie? Over de gevolgen van de toepassing van het strafrecht voor de volksgezondheid en de positie van mensen met HIV».

De vraag is of dit standpunt kan worden gehandhaafd in het licht van de nieuwe jurisprudentie van de Hoge Raad ter zake. Dat geldt bijzonder ten aanzien van de vraag of vervolging nog mogelijk is in de gevallen waarin geen besmetting is overgedragen.

In deze notitie wordt alleen ingegaan op de eventuele strafbaarheid van het overbrengen van een mogelijke HIV-besmetting en niet op andere seksueel overdraagbare ziekten. Een kenmerkend onderscheid van HIV met andere seksueel overdraagbare ziekten is dat een definitieve HIV-besmetting pas na enige tijd met zekerheid kan worden vastgesteld of uitgesloten. Bij de andere seksueel overdraagbare ziekten kan een eventuele besmetting snel worden vastgesteld. Daarnaast bestaat bij HIV (nog) geen perspectief op volledige genezing. Dat laatste geldt ten dele ook voor hepatitis B en C. Hepatitis C wordt echter maar zeer zelden seksueel overgedragen, terwijl hepatitis B maar bij een minderheid van de volwassen patiënten chronisch wordt. Andere seksueel overdraagbare aandoeningen zoals chlamydia, gonorrhoe en syfilis zijn wel behandelbaar en ook snel na besmetting vast te stellen.

2. Het arrest van de Hoge Raad van 18 januari 2005

De Hoge Raad heeft op 18 januari 2005 uitspraak gedaan in een zaak die al eerder in 2003 aan hem was voorgelegd. Het betreft een verdachte die, terwijl hij wist dat hij besmet was met het HIV-virus, onbeschermd seksueel contact heeft gehad met een minderjarige jongen (NJb 2005, blz. 319–320, JOL 2005, 21). Vastgesteld is later dat de jongen niet besmet is geraakt.

In 2003 casseerde de Hoge Raad een arrest van het Hof Leeuwarden, waarin betrokkene werd veroordeeld voor poging tot doodslag, omdat het bewezen verklaarde (voorwaardelijk) opzet op de dood van het slachtoffer onvoldoende uit de bewijsmiddelen bleek. Voor dit opzet op een bepaald gevolg is volgens vaste jurisprudentie nodig dat de verdachte zich willens en wetens heeft blootgesteld aan de aanmerkelijke kans dat het gevolg zal intreden. De beantwoording van de vraag of de gedraging de aanmerkelijke kans op een bepaald gevolg in het leven roept, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waarbij betekenis toekomt aan de aard van de gedraging en de omstandigheden waaronder deze is verricht. Er is geen grond de inhoud van het begrip «aanmerkelijke kans» afhankelijk te stellen van de aard van het gevolg. Het zal in alle gevallen moeten gaan om een kans die naar algemene ervaringsregels aanmerkelijk is te achten. Voor de vaststelling dat de verdachte zich willens en wetens heeft blootgesteld aan zulk een kans, is niet alleen vereist dat de verdachte wetenschap heeft van de aanmerkelijke kans dat het gevolg zal intreden, maar ook dat hij die kans bewust heeft aanvaard (op de koop toe heeft genomen). Uit de enkele verklaring dat die wetenschap bij de verdachte aanwezig is dan wel moet worden verondersteld, kan niet zonder meer volgen dat hij de aanmerkelijke kans op het gevolg ook bewust heeft aanvaard, omdat in geval van wetenschap ook sprake kan zijn van bewuste schuld.

Na de cassatie door de Hoge Raad heeft het gerechtshof Arnhem de verdachte veroordeeld voor poging tot het toebrengen van zwaar lichame-lijk letsel, omdat hij bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat het slachtoffer door het seksueel contact met HIV besmet zou raken. Vrij-spraak volgde ten aanzien van de ten laste gelegde poging tot doodslag, omdat de dood van het slachtoffer, gelet op de huidige stand van de medische wetenschap, een te ver verwijderd gevolg van het handelen van de verdachte zou zijn, zodat hem dit niet kan worden toegerekend.

Bij de beoordeling van het arrest van het Arnhemse Hof heeft de Hoge Raad nu overwogen dat het hebben van onbeschermd seksuele

contacten door iemand die besmet is met het HIV-virus, gevaarzettend is. Dat brengt op zich niet mee dat diegene ook voorwaardelijk opzet heeft gehad op de kans dat die ander met het virus zou worden besmet. Die kans is naar algemene ervaringsregels niet zonder meer aanmerkelijk. Dat kan onder bijzondere omstandigheden anders zijn, maar deze heeft het Arnhemse hof niet vastgesteld.

De behandeling van de zaak zal worden voortgezet door het Hof Den Bosch.

Gebleken is dat de kans dat besmetting daadwerkelijk wordt overgebracht door gewelddadige seksuele contacten, weliswaar groter is dan bij vrijwillige contacten, maar niettemin uiteindelijk relatief ook zeer gering.

De Hoge Raad heeft voorts in zijn arrest aangegeven dat de vraag of het aangaan van onbeschermd seksuele contacten door een persoon die weet dat hij drager is van het HIV-virus ook zonder opzet op de mogelijke gevolgen, strafbaar moet worden gesteld ter beoordeling van de wetgever staat.

3. Strafbaarheid volgens geldend recht

Er zijn twee factoren die, naast de bijzondere bestanddelen van de desbetreffende delicten, relevant zijn voor uiteindelijke strafbaarheid. Het eerste is of er daadwerkelijke besmetting heeft plaats gevonden. Het tweede is of er sprake was van onvrijwillige (dwang, geweld) of vrijwillige contacten. Gedrag van een persoon die weet dat hij besmet is, en dat leidt tot daadwerkelijke besmetting van en ander is strafbaar in een culpoze vorm en een opzettelijke variant: artikel 308 Sr stelt het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel door schuld strafbaar en artikel 302, tweede lid, Sr het opzettelijk toebrengen van dat letsel.

Is er geen sprake van besmetting, maar wel van geweld dan kan nog worden gedacht aan mishandeling (artikel 300) of bij dwang of geweld aan verkrachting (artikel 242). De nadruk ligt in deze gevallen op de mishandeling of het zedendelict, daadwerkelijke besmetting kan afzonderlijk ten laste worden gelegd of strafverzwarend werken. Ook de vrees dat besmetting is overgebracht kan in aanmerking worden genomen bij de waardering van de ernst van het feit.

In de gevallen waarin geen sprake is geweest van dwang en geen besmetting heeft plaats gevonden, placht vervolgd te worden voor poging tot doodslag of tot het opzettelijk toebrengen van zwaar lichamelijk letsel (artikel 302, tweede lid, Sr). Uit het laatste arrest van de Hoge Raad blijkt dat vervolging gebaseerd op deze delicten een sterk verminderde kans van slagen zal opleveren. Ook de ontwikkeling van de medische wetenschap heeft daaraan bijgedragen. Vóór de introductie van HIV-remmers in 1996 was de constatering van HIV een aankondiging van de ziekte AIDS met een fataal verloop. Dat is door deze behandeling met medicijnen nu niet meer het geval. De overlevingskansen van mensen met HIV die behandeld worden, zijn sterk toegenomen.

Bij vrijwillig aangegane seksuele contacten kan evenmin sprake zijn van mishandeling: het opzettelijk toebrengen van lichamelijk leed aan een ander of het opzettelijk benadelen van eens anders gezondheid. Poging tot mishandeling is niet strafbaar.

Conclusie uit het voorafgaande is dat moet worden betwijfeld of in het vervolg strafrechtelijk optreden tegen het verzwijgen van HIV-besmetting bij onbeschermd seksueel contact, dat vrijwillig is aangegaan mogelijk is, als uiteindelijk geen besmetting wordt vastgesteld.

Ook blijkens de hiervoor weergegeven overweging van de Hoge Raad ligt het thans voor de hand dat de regering zich uitlaat over de (on)wenselijkheid van het introduceren van een aanvullende strafbaarstelling.

4. Voor- en nadelen aanvullende strafbaarstelling

Voordelen strafbaarstelling

1. Indien ervan wordt uitgegaan dat het contact vrijwillig is aangegaan en dat geen besmetting is overgebracht, is het niettemin laakbaar dat de HIV-drager zijn wederpartij in de situatie brengt dat deze laatste maximaal drie maanden in onzekerheid en vrees moet verkeren voordat vaststaat dat besmetting niet is overgedragen. Daartoe moet hij twee maal bloed afstaan. Dat bloed kan worden onderzocht op de aanwezigheid van het HIV-antigen en antistoffen tegen het virus; de uitkomst daarvan kan zeer snel beschikbaar zijn (b.v. binnen 24 uur). Een eerste negatieve test-uitkomst geeft echter geen absolute zekerheid. De test moet na drie maanden worden herhaald, omdat er sprake is van een zogenaamde «windowperiode», waarin het virus wel aanwezig is, maar nog niet kan worden opgespoord. In de praktijk komt het erop neer dat na 6 tot 10 weken na een mogelijke besmetting met een grote zekerheid kan worden bepaald of iemand geïnfecteerd is of niet. Omdat het echter van de gebruikte test afhangt hoe lang de windowperiode duurt, wordt algemeen gewerkt met de veilige CBO-norm (kwaliteitsinstituut voor de gezondheidszorg) van 3 maanden. Overigens kan, als snel bekend is dat iemand blootgesteld is aan het HIV-virus, meteen tot preventieve medicatie worden overgegaan. Door zo snel mogelijk maar uiterlijk 72 uur na het contact te starten met HIV-remmers als preventieve medicatie kan de kans op daadwerkelijke besmetting worden verminderd (post exposure profylaxe).

Kern van het verwijt dat een HIV-drager die zijn conditie bij onbeschermd seksuele contacten verzwijgt, kan worden gemaakt is dat hij zelf geen voorzorgsmaatregelen neemt en ook zijn wederpartij niet informeert zodat die alsnog zelf de nodige voorzorg kan nemen mocht hij of zij daar in eerste instantie niet voor gezorgd hebben en vervolgens de wederpartij maximaal drie maanden in onzekerheid laat verkeren over mogelijke besmetting.

Zonder een expliciete toevoeging aan het Wetboek van Strafrecht waarin dit gedrag strafbaar wordt gesteld, moet er rekening mee worden gehouden dat het niet meer mogelijk zal zijn om tegen dit gedrag met behulp van het strafrecht op te treden.

2. Daarnaast zou strafbaarstelling in het belang van de volksgezondheid kunnen zijn, vooropgesteld dat de strafbaarstelling ertoe leidt dat mensen met HIV minder vaak onveilig seksueel contact hebben.

Nadelen strafbaarstelling

1. De ratio van strafbaarstelling is bescherming van degene die willens en wetens een onbeschermd seksueel contact heeft met een ander. Het is de vraag of het nadelige effect voor deze persoon, dat erin bestaat dat deze drie maanden in onzekerheid verkeert over het al dan niet besmet zijn met HIV, voldoende zwaar weegt om strafbaarstelling te rechtvaardigen. Er is genoeg informatie beschikbaar die onveilig seksueel gedrag ontraadt; er zijn ook genoeg middelen beschikbaar om veilige seks te hebben. De genoemde onzekerheid is dus het gevolg van een eigen keuze voor onveilig en riskant gedrag.

Het huidige preventie- en voorlichtingsbeleid van de overheid ten aanzien van seksueel overdraagbare aandoeningen (soa), waaronder HIV-infecties, is gebaseerd op het uitgangspunt «ik vrij veilig of ik vrij niet» en sluit aan bij het regeringsbeleid dat uitgaat van de eigen verantwoordelijkheid van de burger. Omdat bescherming tegen soa heel goed mogelijk is (tenzij er

sprake is van dwang of misleiding) heeft een ieder hierin een eigen verantwoordelijkheid. De overheid draagt zorg voor onder meer voorlichting op scholen en voor informatiecampagnes opdat mensen op de hoogte zijn van het bestaan en het gevaar van soa en de mogelijkheden om zichzelf te beschermen. Het door de wetgever strafbaar stellen van genoemd gedrag verhoudt zich niet goed tot het huidige preventie- en voorlichtingsbeleid.

2. De handhaafbaarheid van een dergelijke strafbaarstelling is problematisch. Noodzakelijk is immers dat vast komt te staan dat ten eerste iemand wetenschap van zijn of haar HIV-besmetting heeft en ten tweede dat deze persoon die besmetting heeft verzwegen tegenover zijn of haar seks-partner.

Het aantonen van wetenschap van de HIV-besmetting zal redelijkerwijs alleen mogelijk zijn indien blijkt dat de besmette persoon een HIV-test heeft ondergaan en van de uitkomst daarvan op de hoogte is. Iemand kan immers jarenlang met HIV zijn besmet zonder het te merken, omdat er zich nog geen symptomen van de ziekte AIDS hebben voorgedaan. Mensen die veel onveilige seksuele contacten met wisselende partners hebben, weten over het algemeen wel dat zij een risico lopen op een besmetting met HIV. Dat betekent niet dat op grond van dat gedrag wetenschap van een besmetting is aan te nemen. Er is immers ook een behoorlijke kans dat iemand ondanks risicovol gedrag (nog) niet besmet is geraakt; de kans per gebeurtenis is zelfs vrij klein.

Zelfs als deze wetenschap wel mag worden verondersteld, kan de verdachte ontkennen dat hij of zij de besmetting heeft verzwegen. De rechter wordt dan geconfronteerd met twee tegenstrijdige verklaringen, waaruit hij de geloofwaardigste moet kiezen.

3. De expliciete strafbaarstelling kan ertoe leiden dat minder mensen bereid zullen zijn om zich te laten testen op HIV. Zoals hierboven uiteengezet is een HIV-test vereist om wetenschap van een besmetting te hebben. Het niet ondergaan van een dergelijke test maakt dat aan dit onderdeel van de delictomschrijving niet kan worden voldaan. Indien dit een impuls zou worden voor mensen om af te zien van een HIV-test, zou dat schadelijk zijn voor de volksgezondheid zijn, omdat daarmee zeer waarschijnlijk het aantal HIV-besmettingen zal toenemen. Het is niet de bedoeling dat een strafbaarstelling juist averechts gaat werken.

De overheid voert sinds een aantal jaren een actief testbeleid waarin mensen gestimuleerd worden om zich te laten testen op HIV. Het actief testen en behandelen verminderen de overdracht van HIV omdat enerzijds vroege behandeling van HIV de besmettelijkheid vermindert en anderzijds mensen die weten dat zij HIV hebben vaak hun verantwoordelijkheid nemen om veilig te vrijen. Dit laatste wordt bovendien bevorderd door een subsidie van VWS aan de HIV Vereniging Nederland voor het geven van voorlichting en bieden van ondersteuning aan mensen met HIV met als belangrijkste doel veilig vrijgedrag. Volgens een rekenmodel voorkomt elke vroeg opgespoorde HIV-infectie 10 tot 20 nieuwe infecties.

Sinds het actief testbeleid wordt gevoerd, neemt het aantal mensen uit risicogroepen voor HIV (bijvoorbeeld homoseksuele mannen) die ooit een HIV-test hebben ondergaan toe. Per augustus 2004 zijn in Nederland 9 767 personen met HIV geregistreerd. Er zijn naar schatting echter 16 500 personen in Nederland geïnfecteerd met HIV. Een behoorlijk aantal mensen is dus (nog steeds) niet op de hoogte van zijn of haar besmetting. Het is dus van groot belang voor de volksgezondheid dat mensen die risico hebben gelopen, bereid zijn zich te laten onderzoeken op HIV.

Mensen maken een afweging om zich wel of niet te laten testen op HIV. Daarbij kunnen uiteenlopende factoren meespelen zoals behandel-mogelijkheden en betere prognose bij vroege ontdekking maar ook angst voor sociale uitsluiting en nadelen voor de maatschappelijke positie. Het is zeker niet onaannemelijk dat juist voor de groep met veel wisselende onveilige seksuele contacten (die een groot risico vormt voor de versprei-ding van HIV) de strafbaarstelling bij de wel/niet testen afweging juist een doorslaggevende negatieve impuls is. Strafbaarstelling zou dan voor de volksgezondheid contraproductief zijn.

4. Voorzover strafbaarstelling een positief effect heeft op het gedrag van mensen die wetenschap hebben van hun HIV-besmetting, zou dit voor de volksgezondheid goed zijn. Maar zelfs als dit gedrag zich zou voordoen, kan strafbaarstelling tot een averechts effect leiden. Zoals al aangegeven zijn er per augustus 2004 in Nederland 9 676 HIV-positieve mensen geregi-streerd, maar naar verwachting bijna evenzoveel mensen wel besmet maar hiervan niet op de hoogte. Het aangeven van de sekspartner dat hij of zij niet HIV-besmet is zou dan voor een vals gevoel van veiligheid kunnen zorgen en het ten onrechte achterwege laten van voorzorgsmaat-regelen.

5. Grondrechtelijke aspecten

Slachtoffer

Vanuit grondrechtelijk perspectief dient strafbaarstelling in ieder geval het belang van het slachtoffer. In de Nederlandse en Straatsburgse recht-spraak met betrekking tot artikel 8 EVRM wordt erkend dat een persoon recht heeft op geestelijke integriteit en bescherming van zijn gezondheid. Dit aspect van het recht op de persoonlijke levenssfeer kent eveneens een component van positieve verplichtingen, hetgeen inhoudt dat de staat zorg draagt voor een optimale verwezenlijking van dat recht.¹ Het slacht-offer zal gedurende maximaal drie maanden in grote onzekerheid verkeren over zijn gezondheid en zich beperkt voelen in het maken van keuzes die betrekking hebben op de vormgeving van zijn leven. Onzeker-heid over de HIV-besmetting kan verstrekkende consequenties hebben voor zijn privé- en familielevens, voor zijn sociale relaties, zijn werk-gerelateerde situatie en mogelijk maatschappelijke uitsluiting tot gevolg hebben. Dat recht op geestelijke integriteit van het slachtoffer dient te worden afgewogen tegen het recht op geestelijke integriteit en het recht op gegevensbescherming van de dader (voor de uitwerking ervan zie hieronder). Artikel 8 EVRM laat beperking toe op het recht van geestelijke integriteit en gegevensbescherming van de dader indien de gezondheid of de rechten van anderen in het geding zijn. Er dient in dat geval een belangenafweging te worden gemaakt. Daarbij wordt nagegaan of er sprake is van een gerechtvaardigd belang, waarmee een dringende maat-schappelijke noodzaak is gediend en of de voorgestelde beperking daaraan proportioneel is.

Het dringend maatschappelijk belang dat wordt gediend met een straf-baarstelling is gelegen in bescherming van de volksgezondheid en is gericht op het voorkomen van verspreiding van HIV door gedrags-verandering met het oog op de onmogelijkheid van genezing. Tevens zijn met het toenemen van het aantal besmettingen hoge kosten verbonden voor wat betreft gezondheidszorg in de samenleving.

In het licht van de proportionaliteit draagt een strafbaarstelling bij aan een normmarkerende en afschrikwekkende werking. Voor wat de subsidiariteit betreft voorziet het wetsvoorstel in het opvullen van een leemte: strafbaar-stelling van geweld en van besmetting bestaat reeds, maar strafbaarstel-

¹ X en Y t. Nederland, EHRM 26 maart 1985, par. 29–30.

ling van gevallen waarin van dwang, noch van besmetting sprake is geweest ontbreekt. De afschrikwekkende werking van het voorstel moet het beleid dat reeds wordt gevoerd met het oog op voorkoming van verspreiding van besmetting met HIV, verder ondersteunen.

Voorts moet worden meegewogen dat een ieder in beginsel zelf verantwoordelijkheid draagt voor bescherming tegen besmetting die door seksueel contact kan worden overgedragen, zoals HIV. Degene die verkiest zich riskant te gedragen, is ook verantwoordelijk voor de gevolgen van dat gedrag. Het voorlichtingsbeleid is ook gericht op het wijzen op risico's voor degene die nog niet is besmet. Er zijn echter situaties denkbaar waarin het vasthouden aan de eigen verantwoordelijkheid niet steeds bevredigend is. Er zal een aantal gevallen blijven voorkomen waarin voor het slachtoffer in redelijkheid geen aanleiding bestond om bijzondere zorgvuldigheid te betrachten en beschermingsmaatregelen te treffen (bijvoorbeeld in een langdurende relatie waarin één der partners besmet is geraakt zonder dat de ander op de hoogte was van het riskante gedrag van de andere). In zulke gevallen kan het terugtreden van het strafrecht, gezien de lijn die de Hoge Raad heeft ingezet, als een omissie worden ervaren. In het licht van voornoemde overwegingen kan worden beargumenteerd dat het recht van de dader in dit verband minder zwaar zal moeten wegen.

Verdachte

Indien het komt tot een strafrechtelijke vervolging voor gedrag dat in ieder geval laakbaar is te achten, zal de verdachte zich voor de rechter kunnen beroepen op inbreuk op het recht op geestelijke integriteit en op het recht op gegevensbescherming onder artikel 8 EVRM en artikel 10 Grondwet. Dit is aan de orde omdat het bekend worden van de HIV-besmetting van de verdachte eveneens gevolgen kan hebben voor het privé- en familieleven, voor sociale relaties, de werkgerelateerde situatie en mogelijk maatschappelijke uitsluiting. Het recht op gegevensbescherming en geestelijke integriteit van de verdachte kunnen echter worden beperkt door onder meer de rechten en vrijheden van anderen en de gezondheid (zie hierboven).

Vraag is hoe de belangen van de dader en het slachtoffer zich tot elkaar verhouden in het licht van genoemde laakbaarheid van het handelen van de dader enerzijds en de meestentijds geldende eigen verantwoordelijkheid van het slachtoffer en de volksgezondheid anderzijds. In dit verband dient de aan te brengen beperking op de rechten van de verdachte proportioneel te zijn met het doel dat wordt nagestreefd. De proportionaliteits-toets in verband met het verlies van vertrouwelijkheid van gegevens van de HIV-besmetting dat een strafrechtelijke vervolging met zich kan brengen kwam eerder aan de orde in *Z. t. Finland*.¹ In die zaak overwoog het Straatsburgse Hof dat het belang van de dader bij bescherming van zijn medische gegevens minder zwaar kan wegen dan het belang van vervolging en eventuele publiciteit daarover. Het Hof kent aan de staat een beoordelingsmarge toe met inachtneming van de aard en de omvang van de belangen die in het geding zijn en de zwaarte van de inbreuk die wordt gemaakt.

Afweging van belangen: proportionaliteit

Voor wat betreft de proportionaliteit lijken twee tegengestelde richtingen mogelijk. Allereerst kunnen de belangen van het slachtoffer en van de samenleving als geheel, wanneer zij met in botsing komen met die van de verdachte, doorslaggevend zijn. Die uitkomst hangt samen met de laakbaarheid van het gedrag van de verdachte enerzijds en het algemeen

¹ *Z. t. Finland*, EHRM 25 februari 1997, par. 94 e.v.

belang van de volksgezondheid en het individueel belang van het slachtoffer anderzijds; tegen deze achtergrond zullen de belangen van de verdachte hoogstwaarschijnlijk minder zwaar wegen – zie de situatie in *X t. Finland* – dan die van het slachtoffer.

In de tweede plaats moet in het onderzoek naar de proportionaliteit tussen doel en middel echter ook worden gekeken naar de effectiviteit van het middel om het nagestreefde doel te bereiken. Op dat punt lijkt er een knelpunt te ontstaan: uitgaand van de beleidsdoelstellingen van de regering op het terrein van de volksgezondheid lijkt strafbaarstelling een averechts effect te sorteren op de testbereidheid en het nemen van de eigen verantwoordelijkheid van burgers. Het gekozen middel lijkt zich aldus tegen het nagestreefde doel – bescherming van de volksgezondheid – te keren en is mogelijk zelfs schadelijk in het licht van het nagestreefde doel. Daarnaast moet niet uit het oog worden verloren dat de «window-periode» voor het slachtoffer weliswaar op individueel niveau grote onzekerheid met zich brengt, maar dat dat een averechts effect op de bescherming van de volksgezondheid waarschijnlijk niet kan rechtvaardigen. Er staat voor een eventueel gewenste genoegdoening civielrechtelijke middelen open.

Conclusie

Naar aanleiding van de uitspraak van de Hoge Raad moet worden betwijfeld of in het vervolg strafrechtelijk optreden mogelijk is tegen het verzwijgen van een HIV-besmetting bij onbeschermd seksueel contact, dat vrijwillig is aangegaan en waarbij uiteindelijk geen besmetting wordt vastgesteld. Het ligt daarom thans voor de hand dat de regering zich uitlaat over de (on)wenselijkheid van het introduceren van een aanvullende strafbaarstelling.

Een dergelijke strafbaarstelling is weliswaar mogelijk, maar waarschijnlijk zullen de nadelen ervan de voordelen overtreffen. De voordelen zijn dat er in een (waarschijnlijke) strafrechtelijke leemte wordt voorzien en dat sommigen door de strafbaarstelling tot het achterwege laten van het tot dan toe vertoonde laakbare gedrag zullen overgaan. De nadelen zijn dat het voorzien in de strafrechtelijke leemte gezien de verwachte handhavingproblemen vooral als symbolisch moet worden beschouwd. Een symboliek die zich niet goed verhoudt met het huidige preventie- en voorlichtingsbeleid. Daarnaast geldt als een belangrijk nadeel dat strafbaarstelling niet als een positieve impuls kan worden gezien om een HIV-test te ondergaan, terwijl juist met de bereidheid van mensen om HIV-testen te ondergaan veel winst valt te behalen uit het oogpunt van volksgezondheid.