

Religie als predispositie(?)



Mw. A.I. Schreuder*

1. Inleiding

Indien een slachtoffer met letselschade een bepaalde religieuze (of andere levens-)overtuiging aanhangt, kan dit van grote betekenis zijn voor de wijze waarop hij omgaat (althans wenst om te gaan) met het door de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis opgelopen letsel. Zijn overtuigingen kunnen onder andere een rol spelen bij de invulling die hij geeft aan zijn herstel en de (medische) behandelingen die hij in dit verband (al dan niet) wenst te laten plaatsvinden. Ter zake van de beoordeling en afwikkeling van de schade doet het belang van een dergelijke achtergrond zich met name gevoelen indien het slachtoffer deel uitmaakt van een religieuze beweging van waaruit men bepaalde 'reguliere' geneeskundige behandelmethoden niet aanvaardt, respectievelijk een geheel andere, alternatieve geneeswijze voorstaat – men denke aan Jehovah's Getuigen die geen bloedtransfusie wensen te ondergaan. Voor zover de afwegingen van het slachtoffer op basis van een dergelijke overtuiging tot gevolg hebben dat de schadeomvang groter is dan deze bij 'gebruikelijke' geneeskundige zorg zou zijn geweest, komt de vraag op of de desbetreffende schade (gedeeltelijk) voor rekening/risico van de laedens zou (moeten) komen, of dat het slachtoffer zagezegd de gevolgen van zijn overtuiging zou moeten dragen.

* Student master Aansprakelijkheid en Verzekering aan de Erasmus Universiteit Rotterdam (met dank aan prof. mr. S.D. Lindenberg voor begeleiding en commentaar).

In eerste instantie lijkt dit te zien op de (omvang van de) schadebeperkingsplicht (art. 6:101 BW), in welk verband het aankomt op de invulling van de in dit kader gehanteerde norm van ‘redelijkheid’, waarover mijns inziens reeds discussie mogelijk is. Men kan zich daarnaast (in meer fundamentele zin) afvragen hoe een dergelijk ‘redelijkheidsoordeel’ over het handelen van het slachtoffer zich verhoudt tot het grondwettelijk beschermde recht op vrijheid van godsdienst en levensovertuiging (art. 6 Grondwet) en of in dit kader niet evenzeer gewicht zou behoren toe te komen aan het gegeven dat de benadeelde de betreffende overtuiging reeds aanhang voorafgaand aan (en ten tijde van) het ongeval. In dit verband dringt zich de vergelijking op met het algemene uitgangspunt van ruime toerekening met betrekking tot predisposities. In de onderhavige bijdrage zal worden ingegaan op de vraag of de religieuze (en/of persoonlijke) overtuigingen van het slachtoffer als ‘predispositie’ dienen te worden opgevat, of dat de beoordeling van de afweging van het slachtoffer vanuit het kader van de schadebeperkingsplicht dient plaats te vinden (en op welke wijze dan).

In Angelsaksische stelsels is dit vraagstuk, zowel in de literatuur als jurisprudentie, reeds herhaaldelijk aan de orde geweest; in Nederland is hier vooralsnog echter verrassend weinig aandacht aan besteed. In het navolgende zal in dit licht eerst kort worden ingegaan op de casuïstiek/achtergrond waartegen deze vraag in onder meer de Verenigde Staten en Canada is geroepen. Vervolgens zal – in hoofdlijnen – worden geduid hoe men hier in de Angelsaksische literatuur tegenaan kijkt. Hierna zal kort worden geduid hoe het onderhavige vraagstuk in het Nederlandse systeem kan worden geplaatst en zal afsluitend worden bezien op welke wijze hier mijns inziens naar Nederlands recht mee omgegaan zou dienen te worden, waarbij ook enige aandacht zal worden besteed aan de keuze van de benadeelde voor een alternatieve geneeswijze uit niet-religieuze overwegingen.

2. Common Law - Mitigation of damages

Jehovah's Getuigen en Christian Scientists

Met name in de Verenigde Staten zijn diverse zaken aan de orde geweest waarin het ging om slachtoffers die vanuit hun geloofsovertuiging een ‘afwijkende’ afweging maakten ter zake van hun genezing en de medische behandelingen die zij in dit verband (niet) wensten te ondergaan. Het merendeel van deze zaken betrof de aanspraak op schadevergoeding van (de nabestaanden van) benadeelden die als Jehovah's Getuige – vanwege de Bijbelse passages over de plicht zich te onthouden van het tot zich nemen van bloed – geen toestemming gaven voor het laten verrichten van een bloedtransfusie, als gevolg waarvan genezing minder spoedig intrad en in sommige gevallen geheel uitbleef. Zo weigerde een slachtoffer, dat bij een verkeersonge-

val (onder meer) diverse botbreuken had opgelopen, om deze reden een operatieve ingreep te ondergaan, terwijl zij zonder een dergelijke behandeling binnen drie tot vier jaar in een rolstoel terecht zou komen en in toenemende mate zorg zou behoeven.¹ Elders verleende de partner van de benadeelde, bij wie door het ongeval interne bloedingen optraden, geen toestemming voor een bloedtransfusie. Als gevolg van het bloedverlies dat optrad tijdens de in dit verband noodzakelijke operatieve ingreep, kwam zij uiteindelijk te overlijden.² Eenzelfde ernstig gevolg trad in in een geval waarin een arts te laat was begonnen met een behandeling van de na de aanvankelijke ingreep opgetreden complicaties (o.a. een infectie en interne bloedingen), waardoor een bloedtransfusie de enige openstaande behandelingsmethode vormde.³

Een tweede type gevallen waarin de vraag naar de aanspraak op schadevergoeding van het religieuze slachtoffer opkwam, betrof slachtoffers (respectievelijk hun ouders) die als lid van de ‘Christian Science-kerk’ kozen voor de binnen deze beweging gepropageerde ‘genezing’ door middel van gebed. Zo besloten de ouders van een nog maar 8-jarig meisje om, nadat direct na het ongeval de terstond noodzakelijke spoedeisende hulp was verleend, haar (in weerwil van het advies van de behandelend arts) mee naar huis te nemen en pas een maand later, toen bleek dat een genezing via gebed was uitgebleven, de operatieve ingreep te doen plaatsvinden.⁴

Redelijkheid – van objectief naar subjectief

In voormelde (alsmede in de overige hier relevante, vergelijkbare) zaken, werd de afweging van het slachtoffer vanuit zijn geloofsovertuiging beoordeeld aan de hand van de vraag of hij aan zijn schadebeperkingsplicht (*mitigation of damages*, ook wel geduid als de *avoidable consequences doctrine*) had voldaan. De betekenis van dit leerstuk lijkt grotendeels overeen te komen met hetgeen naar Nederlands recht geldt: de benadeelde kan – kort gezegd – geen aanspraak maken op vergoeding van schade die hij met redelijke maatregelen had kunnen voorkomen dan wel beperken.⁵ De in dit verband gehanteerde maatstaf is de ‘redelijkheid’ – het gaat er (met betrekking tot de hier aan de orde zijnde gevallen) om of een redelijk handelend persoon wel of geen ‘reguliere’ medische behandeling zou hebben laten plaatsvinden.

In dit verband is van belang dat in de Verenigde Staten in de onderhavige zaken niet de rechter, maar een jury een oordeel heeft gegeven over de redelijkheid van de door het slachtoffer gemaakte afweging(en). Opmerkelijk genoeg is de jury in deze zeer vergelijkbare zaken op verschillende wijze geïnstrueerd ter zake van de vraag of en zo ja op welke wijze zij de religieuze overtuigingen van het slachtoffer bij haar oordeel mocht respectievelijk diende te betrekken. In dit verband kunnen drie ‘benaderingen’ worden onderscheiden.



Ruime toerekening met betrekking tot predisposities.



1. New York Appellate Division (Verenigde Staten) 5 juni 1997, *Williams v. Bright*, 658 N.Y.S. 2d 910. De in deze bijdrage aangehaalde Amerikaanse jurisprudentie kan worden geraadpleegd via www.leagle.com.
2. Court of Appeals, 5th Circuit (Verenigde Staten) 28 februari 1991, *Munn v. Algee*, 924 F.2d 568, 574.
3. Illinois Appellate Court (Verenigde Staten) 28 september 1990, *Corlett v. Caserta*, 562 N.E. 2d 257.
4. California District Appellate Court (Verenigde Staten) 1941, *Christiansen v. Hollings*, 1122 P.2d 723.
5. Zie met betrekking tot het Amerikaanse recht: Restatement (Second) of Torts, § 918 (1979).

6. Zie o.m. Supreme Court of Colorado (Verenigde Staten) 25 april 1966, *Industrial Commission v. Vigil*, 373 P.2d 308; Oklahoma Supreme Court (Verenigde Staten) 7 juli 1964, *Booth Tank Co v. Symes*, 394 P.2d 493; Oklahoma Supreme Court (Verenigde Staten) 28 oktober 1969, *Walter Nashert & Sons v. McCann*, 460 P.2d 941; Illinois Appellate Court (Verenigde Staten) 28 september 1990, *Corlett v. Caserta*, 562 N.E.2d 257; Michigan Court of Appeals (Verenigde Staten) 9 januari 2014, *Granger v. Rozier*, no. 309528.
7. Zie o.m. Connecticut Supreme Court (Verenigde Staten) 1932, *Lange v. Hoyt*, 159 A.575; California District Appellate Court (Verenigde Staten) 1941, *Christiansen v. Hollings*, 1122 P.2d 723; Court of Appeals, 5th Circuit (Verenigde Staten) 28 februari 1991, *Munn v. Algee*, 924 F.2d 568, 574.
8. New York Appellate Division (Verenigde Staten) 5 juni 1997, *Williams v. Bright*, 658 N.Y.S. 2d 910.
9. British Columbia Supreme Court (Canada) 27 januari 2012, *Abdalle v. British Columbia*, 2012 BCSC 128, te raadplegen via <http://www.courts.gov.bc.ca>.
10. British Columbia Supreme Court (Canada) 27 januari 2012, *Abdalle v. British Columbia*, 2012 BCSC 128, par. 75-77.
11. Zie A.C. Loomis, 'Thou shalt take thy victim as thou findest him: religious conviction as a pre-existing state not subject to the avoidable consequences doctrine', *George Mason Law Review* 2007, afl. 2, p. 473-511; J. Parobek, 'God v. the Mitigation of Damages Doctrine: Why Religion Should Be Considered a Pre-Existing Condition', *Journal of Law & Health* 2007, afl. 1, p. 107-138; J. Pomeroy, 'Reason, Religion, and Avoidable Consequences: When Faith and the Duty to Mitigate Collide', *New York University Law Review* 1992, p. 1111-1156; B. Rittersbach, 'Refusal of Medical Treatment on the Basis of Religion and an Analysis of the Duty to Mitigate Damages Under Free Exercise Jurisprudence', *Ohio Northern University Law Review* 1999, afl. 7, p. 381-397; 'Medical Care, Freedom of Religion, and Mitigation of Damages' (comment), *The Yale Law Journal* 1978, p. 1466-1487 (geen auteur). In de Verenigde Staten zou een geheel geobjectiveerde redelijkheidsmaatstaf strijdig zijn met de 'Free Exercise Clause' (vrije uitoefening), en de meer subjectieve maatstaf met de 'Establishment Clause' (neutraliteit van de staat met betrekking tot religieuze opvattingen) ter zake van de First Amendment. Zie over Canada: M. Ramsay, 'The Religious Beliefs of Tort Victims: Thin Skulls or Failure of Mitigation?', *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 2007, p. 399-427.
12. Zie o.a. J. Pomeroy, 'Reason, Religion, and Avoidable Consequences: When Faith and the Duty to Mitigate Collide', *New York University Law Review* 1992, p. 1135; 'Medical Care, Freedom of Religion, and Mitigation of Damages' (comment), *The Yale Law Journal* 1978, afl. 7, p. 1472 (geen auteur).
13. Zie o.a. J. Parobek, 'God v. the Mitigation of Damages Doctrine: Why Religion Should Be Considered a Pre-Existing Condition', *Journal of Law & Health* 2007, afl. 1, p. 121-122; J. Pomeroy, 'Reason, Religion, and Avoidable Consequences: When Faith and the Duty to Mitigate Collide', *New York University Law Review* 1992, p. 1135-1136.
14. 'Medical Care, Freedom of Religion, and Mitigation of Damages' (comment), *The Yale Law Journal* 1978, afl. 7, p. 1466-1487 (geen auteur).
15. J. Pomeroy, 'Reason, Religion, and Avoidable Consequences: When Faith and the Duty to Mitigate Collide', *New York University Law Review* 1992, p. 1111-1156; B. Rittersbach, 'Refusal of Medical Treat-

De eerste benadering hield in dat de juryleden opdracht kregen om het handelen van het slachtoffer te beoordelen aan de hand van de norm van een 'redelijk persoon', waarbij een redelijk persoon iemand is die niet de religieuze overtuiging van de benadeelde aanhangt (een geobjectiveerde benadering).⁶⁾ Onder vigeur van deze benadering werd in (bij mijn weten) alle gevallen geoordeeld dat de benadeelde zijn schadebeperkingsplicht had geschonden; dit was slechts anders voor zover niet kon worden vastgesteld dat een (andere) behandeling tot minder schade zou hebben geleid.

De tweede benadering hield in dat de leden van de jury werd voorgehouden dat zij de religieuze overwegingen van het slachtoffer in overweging mochten nemen; welk gewicht zij hieraan toekenden mochten zij evenwel zelf bepalen.⁷⁾ Een zodanige instructie werd bijvoorbeeld gegeven in de (hierboven kort genoemde) zaken waarin de gelaedeerde (respectievelijk diens moeder) koos voor een 'behandeling' op basis van diens geloofsovertuiging (Christian Science), hetgeen uitsluitend bestond uit 'genezing' op basis van gebed. De gerechtelijke instanties overwogen in dit verband enerzijds dat de maatstaf van 'reasonable care' niet geheel afhankelijk diende te worden gesteld van geheel individuele, persoonlijke overtuigingen, maar merkten anderzijds op dat theorieën over de juiste wijze van genezing die een groot aantal redelijke en intelligente mensen aanhangen, niet volledig buiten beschouwing konden worden gelaten. De jury kwam in deze zaak uiteindelijk tot het oordeel dat de keuze van het slachtoffer voor een alternatieve geneeswijze redelijk kon worden geacht.

In het derde geval werd de jury opdracht gegeven om zich volledig in te leven in het geloof van het slachtoffer om vanuit dat perspectief te bezien of de benadeelde redelijk handelde; deze tot op heden (bij mijn weten) slechts eenmalig gevolgde benadering heeft voorslagnog echter geen stand gehouden in hogere jurisprudentie.⁸⁾ In de betreffende (uiteindelijk vernietigde) uitspraak werd onder meer gerefereerd aan het belang van neutraliteit van de Staat ter zake van religieuze overtuigingen ter rechtvaardiging van de subjectieve invulling van de redelijkheidsmaatstaf.

In 2012 kwam het onderhavige vraagstuk voor het eerst voor een provinciaal Supreme Court in Canada⁹⁾; in de desbetreffende uitspraak werd geen uitsluitend gegeven over het Canadese recht op dit punt (omdat niet bewezen werd geacht dat het handelen van het slachtoffer voortkwam uit 'sincerely held religious beliefs'), maar wel interessant is dat de rechter verschillende opties zag ter zake van de invulling van de in dit verband gehanteerde maatstaf, blijkens zijn verwijzing naar de verschillende opvattingen uit de Canadese doctrine over de objectivering/subjectivering hiervan met betrekking tot het religieuze slachtoffer.¹⁰⁾

Van schadebeperking naar 'religious thin skull'

Bovenvermelde jurisprudentie is kritisch ontvangen in de Angelsaksische literatuur. Het voornaamste bezwaar tegen de gevolgde benadering(en) ziet men in de strijdigheid van het uit de instructie aan de jury voortvloeiende redelijkheidsoordeel met het grondwettelijk beschermde recht op vrijheid van religie.¹¹⁾ Met name de geobjectiveerde invulling van de redelijkheidsmaatstaf zou betekenen dat slachtoffers zich veelal voor de keuze gesteld zien tussen het verkrijgen van compensatie en het uitoefenen van hun recht op vrijheid van godsdienst, hetgeen (aldus) tot gevolg heeft dat dit recht niet in vrijheid kan worden uitgeoefend.¹²⁾ De meer subjectieve invulling van de redelijkheidsmaatstaf, waarbij de religieuze overtuigingen mogen worden meegewogen, doet echter evenzeer problemen rijzen, zo wordt gesteld, aangezien de omstandigheid dat dit een deels geobjectiveerde beoordeling blijft, impliceert dat de maatstaf aan de hand waarvan wordt geoordeeld (doorgaans) de in de gemeenschap heersende, door de meerderheid aangehangen 'norm' vormt. In een dergelijk redelijkheidsoordeel over het handelen van het slachtoffer ligt veelal ook een oordeel over de redelijkheid van de overtuiging besloten, hetgeen tot gevolg heeft dat de neutraliteit van de Staat ten aanzien van religieuze overtuigingen onvoldoende wordt gewaarborgd.¹³⁾

Er worden in dit verband diverse 'oplossingen' voorgestaan. Sommigen stellen eenvoudigweg dat de grondwettelijke bescherming in dit verband noopt tot het creëren van een uitzondering op de toepasselijkheid van de schadebeperkingsplicht op het handelen van het slachtoffer dat voortkomt uit zijn geloofsovertuiging.¹⁴⁾ Andere auteurs menen dat dit handelen (en/of nalaten) wel aan de hand van de schadebeperkingsplicht beoordeeld dient te worden, maar stellen zich op het standpunt dat hierbij de maatstaf van de 'reasonable believer' moet worden aangelegd.¹⁵⁾ Binnen een dergelijke benadering werken de religieuze overtuigingen van het slachtoffer door in de notie van redelijkheid; het komt er dan op aan of het handelen/nalaten van het slachtoffer redelijk kan worden geacht, bezien vanuit de religieuze overtuiging die hij aanhangt, hetgeen (grotendeels) gelijk is aan de hierboven geduide 'derde benadering' met betrekking tot het instrueren van de jury.

Een andere, in met name dogmatisch opzicht afwijkende, benadering die in de literatuur naar voren is gebracht, betreft (analoge) toepassing van de 'thin skull'/'eggshell skull' regel.¹⁶⁾ Dit betreft het (welbekende) uitgangspunt dat de laedens ook aansprakelijk is voor de schade die voortkomt uit een bijzondere kwetsbaarheid van de benadeelde. Indien dit (analoog) wordt toegepast op het religieuze slachtoffer, betekent dit dat diens overtuigingen worden opgevat als een reeds vóór het ongeval bestaande 'kwetsbaarheid' die door de aansprakelijkheid-scheppende gebeurtenis wordt geluxeed.

Het voornaamste verschil met een benadering binnen het kader van de schadebeperkingsplicht is (aldus) dat de afweging van het slachtoffer niet wordt beschouwd als een 'keuze' na het ongeval, maar wordt teruggevoerd tot de persoonlijke constitutie van de benadeelde *voorafgaand* aan de gebeurtenis. Aldus bezien zal in beginsel ook compensatie (moeten) worden geboden voor de (grotere) schade die voortkomt uit de overtuigingen van de benadeelde, vanuit de gedachte dat men het slachtoffer heeft te nemen zoals het is. Opgemerkt zij dat, als ik het goed zie, de hierboven geduide subjectivering van de redelijkheidsmaatstaf in de *uitwerking* niet wezenlijk verschilt van de 'religious thin skull' (zie verder de bespreking naar Nederlands recht).

Ter onderbouwing van analoge toepassing van de 'thin skull' regel op religieuze overtuigingen, wijst men er in de literatuur op dat dergelijke overtuigingen in wezen een grote gelijkenis hebben met een zwakke fysieke of psychische gesteldheid op het moment van het ongeval. Verwezen wordt in dit verband onder meer naar bevindingen uit de psychologie, alwaar wordt geconcludeerd dat religie zich op een zodanig diepe laag van het bewustzijn bevindt, dat het in essentie als een zowel biologische als psychologische conditie kan worden beschouwd.¹⁷⁾ Het is in dat opzicht niet gerechtvaardigd om de beslissing van een slachtoffer, waartoe hij zich gedwongen acht vanwege zijn reeds bestaande religieuze overtuiging, op te vatten als een 'vrije keuze' na het ongeval.¹⁸⁾

Daarnaast wordt aangevoerd dat de algemene rechtvaardigingen voor toepassing van de schadebeperkingsplicht niet, althans onvoldoende overtuigen met betrekking tot het religieuze slachtoffer. De in dit verband geduide rechtvaardigingen zijn (i) dat het niet 'fair' wordt geacht om de laedens aansprakelijk te houden voor gevolgen die hij niet heeft veroorzaakt en (ii) dat het leerstuk van de schadebeperkingsplicht bijdraagt aan het minimaliseren van de ongevalskosten (een rechtseconomisch perspectief).¹⁹⁾ Tegen het argument van 'fairness' jegens de aansprakelijk gestelde wordt in dit verband – kort samengevat – aangevoerd dat dit uitgangspunt dan evenzeer heeft te gelden ten aanzien van het slachtoffer; het lijkt evenwel niet 'fair' om hem voor de keuze te stellen tussen ofwel volledige compensatie, ofwel het schenden van zijn geloofsovertuiging, terwijl het slachtoffer zich uitsluitend door het onrechtmatige handelen van de laedens voor deze keuze gesteld ziet. Met betrekking tot het rechtseconomische argument van kostenminimalisatie wordt betoogd dat bij de kosten-batenanalyse ook de (immateriële) lasten aan de zijde van de benadeelde wegens het schenden van zijn religieuze overtuiging door het accepteren van de behandeling dienen te worden meegewogen. Aldus bezien is vermindering van de schadevergoeding indien het slachtoffer een behandeling weigert te ondergaan niet zonder meer 'efficiënt'.

3. Het Nederlandse stelsel en de voorgestane benadering naar Nederlands recht

Schadebeperkingsplicht: algemene uitgangspunten

In Nederland is er bij mijn weten tot op heden geen jurisprudentie over het onderhavige vraagstuk verschenen; wel is een enigszins verwante vraag opgekomen ter zake van de vergoeding van de kosten van lijkbezorging (art. 6:108 lid 2 BW). In dit kader komen, zoals bekend, in beginsel de 'in redelijkheid' gemaakte kosten voor vergoeding in aanmerking, voor zover deze in overeenstemming zijn met de omstandigheden waarin de overledene leefde. Indien vanwege de religieuze (dan wel etnische of culturele) achtergrond van de overledene aanvullende herdenkingskosten worden gemaakt, rijst de vraag of deze uit hoofde van art. 6:108 lid 2 BW worden vergoed.²⁰⁾ Met betrekking tot de extra kosten verbonden aan een begrafenis volgens Marokkaanse traditie, overwoog de Rechtbank Utrecht in dit verband dat de desbetreffende keuze van de nabestaanden, vanwege het 'hoogstpersoonlijke karakter' daarvan, in rechte niet kon worden getoetst en behoorde te worden gerespecteerd; de vordering tot vergoeding van deze kosten (circa € 5.000,-) werd derhalve toegewezen.²¹⁾ Of dit een juist uitgangspunt vormt, is niet geheel duidelijk; de Hoge Raad gaf eerder geen uitsluitsel over de subjectivering/objectivering van de aan te leggen maatstaf.²²⁾

Met betrekking tot de in deze bijdrage centraal staande afweging van het religieuze slachtoffer betreffende eventueel plaats te hebben medische behandelingen, ligt het in de rede dat het in Nederland, evenals in Angelsaksische stelsels, zou aankomen op de vraag of het slachtoffer aan zijn schadebeperkingsplicht (ex art. 6:101 BW) heeft voldaan. In dit verband geldt de algemene, bekende maatstaf of een 'normaal voorzichtig en redelijk mens, in dezelfde feitelijke omstandigheden geplaatst, [schadebeperkende] maatregelen (hier: de medische behandeling(en)) zou hebben genomen', of anders geformuleerd, of het nemen van zodanige maatregelen in redelijkheid van het slachtoffer kan worden gevergd.²³⁾ De grenzen van de schadebeperkingsplicht worden aldus (ook hier) gevormd door de notie van 'redelijkheid'. Aangenomen wordt dat een zekere mate van terughoudendheid bij deze beoordeling op zijn plaats is, daar de benadeelde zonder het onrechtmatige handelen van de laedens immers in het geheel niet gehouden zou zijn tot het nemen van schadebeperkende maatregelen.²⁴⁾

Met betrekking tot medische behandelingen ter herstel/beperking van het door het ongeval ontstane letsel is het uitgangspunt niettemin dat de benadeelde gebruikelijke behandelingen dient te ondergaan om zijn aanspraak op schadevergoeding niet te verliezen, voor zover voldoende

ment on the Basis of Religion and an Analysis of the Duty to Mitigate Damages Under Free Exercise Jurisprudence', *Ohio Northern University Law Review* 1999, p. 381-397.

16. A.C. Loomis, 'Thou shalt take thy victim as thou findest him: religious conviction as a pre-existing state not subject to the avoidable consequences doctrine', *George Mason Law Review* 2007, afl. 2, p. 473-511; J. Parobek, 'God v. the Mitigation of Damages Doctrine: Why Religion Should Be Considered a Pre-Existing Condition', *Journal of Law & Health* 2007, afl. 1, p. 107-138; ter zake van het Canadese stelsel M. Ramsay, 'The Religious Beliefs of Tort Victims: Thin Skulls or Failure of Mitigation?', *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 2007, afl. 2, p. 399-427.
17. Zie A.C. Loomis, 'Thou shalt take thy victim as thou findest him: religious conviction as a pre-existing state not subject to the avoidable consequences doctrine', *George Mason Law Review* 2007, afl. 2, p. 492-493.
18. A.C. Loomis, 'Thou shalt take thy victim as thou findest him: religious conviction as a pre-existing state not subject to the avoidable consequences doctrine', *George Mason Law Review* 2007, afl. 2, p. 484-486.
19. A.C. Loomis, 'Thou shalt take thy victim as thou findest him: religious conviction as a pre-existing state not subject to the avoidable consequences doctrine', *George Mason Law Review* 2007, afl. 2, p. 483.
20. Zie over deze thematiek B. van Eijk, 'Vergoeding van de kosten van lijkbezorging', *TVP* 2001, afl. 4, p. 101-108, die betoogt dat bij de beoordeling in dit kader mede rekening dient te worden gehouden met de culturele en/of religieuze achtergrond van het slachtoffer. Zie voorts R. Rijnhout, *Schadevergoeding voor derden in personenschadezaken* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012, p. 199-201 en G.M. van Wassenaer, 'Begraveniskosten, hoe redelijk is, gelet op de omstandigheden van de overledene, nu werkelijk redelijk?', *VR* 2008, afl. 10, p. 310-313.
21. Rb. Utrecht 30 januari 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BC3215, *VR* 2009/20. Zie over de kosten verbonden aan het laten plaatsvinden van de herdenking in het buitenland vanwege de culturele achtergrond van de overledene o.m. Hof Leeuwarden 19 juni 2002, ECLI:NL:GHLEE:2002:AE4420, *VR* 2003/98 (over een begrafenis in Marokko) en Rb. Arnhem 17 januari 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:AZ9274 (over een begrafenis in Turkije).
22. HR 16 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU6089, *NJ* 2008/186 (*Pruisen/Organice*).
23. HR 5 oktober 1979, ECLI:NL:HR:1979:AB7340, *NJ* 1980/43 (*Tauber/Verhey*); HR 29 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2657, *NJ* 1998/641 (*Elinga/British Wool*); A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht – Over de eigen schuld en omvang van de schade* (diss. Groningen), Kluwer: Deventer 2003, p. 117; A.L.M. Keirse, 'Terug aan het werk na een ongeval; wie kan wat van wie vergen?', *L&S* 2009, afl. 1, p. 7.
24. Zie A.L.M. Keirse, 'Terug aan het werk na een ongeval; wie kan wat van wie vergen?', *L&S* 2009, afl. 1, p. 6-7; A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht – Over de eigen schuld en omvang van de schade* (diss. Groningen), Kluwer: Deventer 2003, p. 135; A.L.M. Keirse, 'De schadebeperkingsplicht ingeleid' in: F.T. Oldenhuis, A.L.M. Keirse, T. Hartlief e.a. (red.), *Schadebeperkingsplicht – Wie verwacht wat van wie?*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2010, p. 15.

25. J.M. Barendrecht & H.M. Storm, *Berekening van Schadevergoeding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 202-203; A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1965, p. 408; A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht – Over de eigen schuld en omvang van de schade* (diss. Groningen), Kluwer: Deventer 2003, p. 165. Zie over de verwachte schadebeperking bijv. Rb. Rotterdam 8 september 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN9171, JA 2010/147, r.o. 4.29.
26. A.L.M. Keirse, 'De schadebeperkingsplicht ingeleid' in: F.T. Oldenhuis, A.L.M. Keirse, T. Hartlief e.a. (red.), *Schadebeperkingsplicht – Wie verwacht wat van wie?*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2010, p. 27.
27. Zie in dit verband Rb. Amsterdam 24 oktober 1984, ECLI:NL:RBAMS:1984:AL7679, VR 1986/160.
28. Zie hierover meer uitgebreid A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht – Over de eigen schuld en omvang van de schade* (diss. Groningen), Kluwer: Deventer 2003, p. 165.
29. Hof Arnhem 23 mei 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AY5110. Zie ook Rb. Amsterdam 25 mei 1965, VR 1968/101 (*De Leeuw/Tempo*), Rb. Groningen 20 februari 1976, VR 1980/4 (*Oldenhuis/Slager*) en Rb. Arnhem 22 juni 1978, ECLI:NL:RBARN:1978:AL7512, VR 1978/117.
30. Rb. Amsterdam 9 augustus 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX5906, JAR 2012/245 ter zake van een vordering ex art. 7:926 BW.
31. Rb. Amsterdam 25 mei 1965, VR 1968/101 (*De Leeuw/Tempo*).
32. A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht – Over de eigen schuld en omvang van de schade* (diss. Groningen), Kluwer: Deventer 2003, p. 135, 142.
33. Respectievelijk de eerste drie 'stappen', te weten het vaststellen van (i) het causaal verband en (ii) de toerekenbaarheid aan de benadeelde (m.b.t. de vraag óf de vergoedingsplicht dient te worden aangepast), en (iii) de wederzijdse causaliteit (m.b.t. de wijze waarop de schade moet worden verdeeld); zie A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht – Over de eigen schuld en omvang van de schade* (diss. Groningen), Kluwer: Deventer 2003, p. 83 e.v. over (het belang van het onderscheiden van) de vier stappen die in art. 6:101 BW besloten liggen.
34. Zie HR 21 maart 1975, ECLI:NL:HR:1975:AC5560, NJ 1975/372 (*Aangereden hartpatiënt*); HR 4 november 1988, ECLI:NL:HR:1988:AB8920, NJ 1989/751 (*ABP/Van Stuyvenberg*); HR 13 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1611, NJ 1997/175 (*De Heel/Korver*).
35. Zie o.m. HR 8 februari 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4961, NJ 1986/137 (*Henderson/Gibbs*); HR 8 februari 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4960, NJ 1986/136 (*Joe/Chicago Bridge*) en A.J. Akkermans, 'Causaliteit bij letselschades en medische expertise', *TVP* 2003, afl. 4, p. 96-100.
36. Zie o.m. A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht – Over de eigen schuld en omvang van de schade* (diss. Groningen), Kluwer: Deventer 2003; A.L.M. Keirse, 'The tortfeasor takes his victim as he finds him' in: T. Hartlief & S.D. Lindenbergh (red.), *Tien pennestroken over personenschade*, Den Haag: SDU Uitgevers 2009, p. 107-124; M.S.A. Vegter, 'Predispositie en eigen schuld bij RSI en andere multicausale ziekten', *TVP* 2004, afl. 3, p. 73-79. Zie in dit verband bijv. Rb. Arnhem 5 december 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BC1174, JA 2008/74. Zie ook Hof Amsterdam 1 juli 1985, ECLI:NL:GHAMS:1984:AL7649, VR 1985/62 (*C/Winterthur*).

aannemelijk is dat de schade hierdoor (inderdaad) zou worden beperkt/verminderd.²⁵⁾ Voor het overige zullen de omstandigheden van het geval in belangrijke mate bepalend zijn voor de beoordeling waartoe het slachtoffer in redelijkheid gehouden is.²⁶⁾ Relevante (objectieve) omstandigheden in dit verband zijn in ieder geval de risico's die gepaard gaan met de voorgestelde behandeling, de mate en waarschijnlijkheid van verbetering, alsmede de leeftijd²⁷⁾ en de medische situatie van het slachtoffer.²⁸⁾ In beginsel komt het aldus aan op een 'objectieve' weging, waarbij de afwegingsruimte van het slachtoffer voornamelijk wordt bepaald door de aard van de voorgestelde behandeling. Zo lijkt de gelaedeerde zijn schadebeperkingsplicht niet spoedig te schenden indien een mogelijke operationele ingreep aan de orde is. Het Hof Arnhem overwoog dienaangaande dat, gelet op de inbreuk op de lichamelijke integriteit die een zodanige (herstel)operatie maakt en het risico dat hier (inherent) aan verbonden is, een aanmerkelijke ruimte aan de gelaedeerde dient te worden gelaten om de (mogelijke) gevolgen van een zodanige ingreep af te wegen tegen het voortduren van de klachten, zonder dat dit een verlies van het recht op schadevergoeding tot gevolg heeft.²⁹⁾ Ook de Rechtbank Amsterdam wees – in een iets andere context – op het belang van het in art. 11 Grondwet en art. 8 EVRM neergelegde recht op lichamelijke integriteit, maar benadrukte dat in dit kader een belangenafweging dient plaats te vinden.³⁰⁾

Ook hier komt in dit verband de vraag op hoe objectief/subjectief de redelijkheidsmaatstaf dient te worden opgevat. Naar geldend recht lijkt er binnen het Nederlandse stelsel terdege enige ruimte te bestaan om subjectieve omstandigheden mee te wegen. Zo werd (in een wat verder verleden) mede acht geslagen op angstgevoelens van de benadeelde om een bepaalde ingreep te ondergaan, hoewel onzeker is *welk* belang hier precies aan werd toegekend, daar de voorgestane behandeling ook aanzienlijke risico's met zich meebracht. Niettemin lijkt het uitgangspunt een in enige mate geobjectiveerde beoordeling te vormen.³¹⁾ Zo ook Keirse die stelt dat subjectieve omstandigheden de grens van de schadebeperkingsplicht van het slachtoffer kunnen verleggen, maar hem niet van elke zorg ontheffen.³²⁾ Ik zou hier aan willen toevoegen dat, indien het bijvoorbeeld gaat om een slachtoffer dat wegens zijn opvattingen of andere in de subjectieve sfeer gelegen omstandigheden niet 'vol-doet' aan zijn schadebeperkingsplicht, er dan wel grond kan bestaan voor toepassing van een billijkheidscorrectie. Zoals bekend behelst art. 6:101 BW immers een tweeledige toetsing; het oordeel dat (en in welke mate) de schade mede het gevolg is van de aan de benadeelde toe te rekenen omstandigheid dat hij heeft nagelaten redelijke maatregelen – zoals de medische behandeling(en) – ter beperking hiervan te nemen, ziet op het eerste aspect, de causaliteit.³³⁾ De tweede 'fase' betreft de toetsing van deze causale verdeling naar billijkheid, waarbij het

aankomt op (onder andere) de ernst en aard van de normschendingen (hier: de initiële onrechtmatige gedraging van de laedens vs. de schending van de schadebeperkingsplicht door de gelaedeerde), de mate van verwijtbaarheid en de aard en ernst van de toegebrachte schade (het letsel). Daar deze omstandigheden in dergelijke gevallen op een beperkte billijkheidscorrectie lijken te wijzen, zou een gedeelte van de (grotere) schade alsnog voor rekening van de aansprakelijke partij komen.

Predispositieschade

Volledigheidshalve zij zeer kort gewezen op de benadering ter zake van predisposities, hetgeen er – kort gezegd – op neerkomt dat voor zover de benadeelde op het moment van het ongeval (naar later blijkt) een gevoeligheid voor fysiek of psychisch letsel heeft, die door de desbetreffende gebeurtenis wordt 'getriggerd', ook de verzwaarde gevolgen die op deze gevoeligheid kunnen worden teruggevoerd ex art. 6:98 BW worden toegerekend.³⁴⁾ Beperkingen van de ruime toerekening kunnen worden gevonden in het verdisconteren van de constitutie van het slachtoffer in de schadebegroting³⁵⁾ en (ook hier) de schadebeperkingsplicht. Deze beoordeling kent ter zake van predisposities evenwel een iets ander karakter: het komt er dan op aan of het slachtoffer zich in die mate voor zijn herstel heeft ingespannen die in redelijkheid van hem kan worden gevergd, gelet op de beperkingen die zijn constitutie (bijv. zijn persoonlijkheidsstructuur en/of psychische achtergrond) kan stellen aan zijn mogelijkheden om een behandeling aan te vangen of te ondergaan.³⁶⁾

De gevolgen van een (in enige mate) geobjectiveerde invulling van de schadebeperkingsplicht

Welke benadering dient nu ter zake van de religieuze overtuigingen, en de hieruit voortvloeiende afwegingen van het slachtoffer te worden gevolgd? Mijns inziens zal het, zolang het onderhavige vraagstuk binnen het kader van de schadebeperkingsplicht wordt geplaatst en een (in enige mate) geobjectiveerde maatstaf wordt gehanteerd, altijd blijven 'wringen' – het lijkt nu eenmaal niet passend om een redelijkheidsoordeel te vellen over het handelen van de benadeelde dat voortkomt uit een veelal inherent niet 'rationele' overtuiging, waarbij nu juist (gedeeltelijk) van deze overtuiging wordt geabstraheerd.

Ook komt in dit verband de vraag op hoe een dergelijke invulling van de schadebeperkingsplicht zich verhoudt tot het grondwettelijk beschermde recht op vrijheid van godsdienst en levensovertuiging van het slachtoffer (zoals neergelegd in art. 6 Grondwet en art. 9 EVRM). Zoals bekend dient dit grondrecht (evenals andere 'klassieke' grondrechten) er van oudsher in de eerste plaats toe om de verhouding tussen burgers en de overheid te normeren. Men zou

zich in dit verband kunnen afvragen of een rechterlijk oordeel over de redelijkheid van het handelen van het religieuze slachtoffer niet in essentie een dergelijke verticale relatie betreft, indien de civiele rechter als overheidsorgaan (in deze zin) wordt opgevat. In (onder meer) de Verenigde Staten lijkt men de verhouding tussen de benadeelde en de gerechtelijke instantie inderdaad op een dergelijke wijze te bezien en wordt veelal aangenomen dat het religieuze slachtoffer de hem geboden grondwettelijke bescherming rechtstreeks jegens de federale rechter kan inroepen.³⁷⁾ In Nederland lijkt over de precieze positie van de rechter meer onduidelijkheid te bestaan; in algemene zin wordt wel betwijfeld of grondrechten rechtstreekse werking hebben tegenover de burgerlijke rechter.³⁸⁾

In de verhouding tussen de aansprakelijke partij en het religieuze slachtoffer kan het recht op godsdienstvrijheid echter evenzeer een rol spelen bij de beoordeling van de aanspraak op schadevergoeding. Niet onstreden is dat fundamentele rechten ook betekenis hebben in de verhouding tussen private partijen onderling (de horizontale werking van grondrechten), welke 'doorwerking' ook in toenemende mate in de wetenschappelijke belangstelling is komen te staan.³⁹⁾ In dit verband zij kort gewezen op het (welbekende) onderscheid tussen de directe en indirecte horizontale werking van fundamentele rechten. De 'techniek' van de directe werking houdt kort gezegd in dat het grondrecht in een privaatrechtelijke rechtsbetrekking op gelijke wijze wordt toegepast als in een publiekrechtelijke verhouding, waarbij in het hier aan de orde zijnde geval eerst wordt bezien of er sprake is van het belijden van een godsdienst of levensovertuiging, en vervolgens wordt beoordeeld of (mogelijke) beperkingen in dit verband gerechtvaardigd zijn.⁴⁰⁾ De tweede, meer voorkomende vorm van doorwerking betreft de rechterlijke invulling van open normen, (mede) aan de hand van de waarden die in grondrechten besloten liggen, respectievelijk de beginselen waarvan zij een uitdrukking vormen. Grondrechten fungeren dan zagezegd als 'kenbron van fundamentele waarden'.⁴¹⁾

Een dergelijke, indirecte doorwerking van grondrechten is mijns inziens (ook) op zijn plaats met betrekking tot de afwegingen van het religieuze slachtoffer. Het gaat er, naar ik meen, om dat bij de invulling van de notie van redelijkheid in het kader van de schadebeperkingsplicht, mede betekenis zou behoren toe te komen aan het hetgeen in art. 6 Grondwet (en art. 9 EVRM) tot uitdrukking is gebracht, te weten dat een ieder het recht toekomt om een godsdienst of levensovertuiging te hebben en om deze in vrijheid te belijden. Dat hetgeen in dit recht besloten ligt bij het redelijkheidsoordeel dient te worden betrokken, volgt mijns inziens ook uit art. 3:12 BW, dat immers bepaalt dat bij de vaststelling van wat de redelijkheid eist, (onder meer) rekening moet worden gehouden met 'algemene rechtsbeginselen' en 'de in

Nederland levende rechtsovertuigingen'. Bij een geobjectieerde invulling van de redelijkheidsmaatstaf wordt echter (gedeeltelijk) geabstraheerd van de overtuigingen van het slachtoffer, waardoor ook de (mogelijke) grondwettelijke bescherming van het handelen dat voortvloeit uit deze overtuigingen niet kan worden meegewogen. Alsdan komt mijns inziens te veel gewicht toe aan de 'maatschappelijke acceptatie'⁴²⁾ van de afwegingen van het slachtoffer, terwijl het recht op godsdienstvrijheid niet zonder reden ook de rechten van minderheden omvat. Gelijk aan hetgeen in de Angelsaksische literatuur naar voren is gebracht, lijkt het mij voorts niet stroken met de bescherming die van dit recht uitgaat dat het slachtoffer zich (ten gevolge van de beperkte invloed van zijn overtuigingen op het redelijkheidsoordeel) niet zelden gesteld zal zien voor een keuze tussen het schenden van zijn geloofsovertuiging en het verkrijgen van financiële compensatie.

In algemene zin zij opgemerkt dat het inroepen van een grondrecht niet in alle gevallen betekent dat het slachtoffer zich in financiële zin geheel beschermd zal zien in zijn afwegingen. Het vormt, vanuit het kader van de indirecte horizontale werking van grondrechten, één van de relevante gezichtspunten, waarbij dient te worden bezien welk relatief gewicht toekomt aan de waarden die in het betreffende grondrecht besloten liggen. Ter zake van het onderhavige vraagstuk ben ik evenwel de mening toegedaan dat de godsdienstvrijheid van het slachtoffer in beginsel zwaarder weegt dan het hier tegenover staande belang van de laedens tot beperking van zijn schadevergoedingsplicht. Enerzijds omdat de overtuigingen van de benadeelde enkel een rol spelen ten gevolge van het onrechtmatige handelen van de laedens, hetgeen mijns inziens in de afweging een groter belang geeft aan de bescherming om hier in vrijheid naar te kunnen handelen dan in andersoortige verhoudingen (zoals bijvoorbeeld tussen een werkgever en een religieuze werknemer). Anderzijds omdat ik, zoals reeds naar voren is gekomen, meen dat de bescherming van de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging er onder meer in gelegen is dat ter zake van het handelen dat rechtstreeks uitdrukking aan deze overtuiging geeft, geen onevenredige lasten worden opgeworpen. In die zin is deel van de bescherming die uitgaat van het recht op godsdienstvrijheid (mits de uitoefening hiervan niet in strijd komt met andere, zwaarderwegende belangen/grondrechten) dat geen zeer verstrekkende, negatieve financiële gevolgen aan dit handelen worden verbonden.

Religieuze overtuigingen: predispositie of subjectivering van de notie van redelijkheid?

Zoals in het bovenstaande reeds aan de orde is geweest, zouden de in het voorgaande geduide bezwaren van een geobjectieerde maatstaf mogelijkkerwijs ondervangen kunnen worden



Directe en indirecte horizontale werking van fundamentele rechten.



37. New York Appellate Division (Verenigde Staten) 5 juni 1997, *Williams v. Bright*, 658 N.Y.S. 2d 910. Zie in dit verband o.m. B. Rittersbach, 'Refusal of Medical Treatment on the Basis of Religion and an Analysis of the Duty to Mitigate Damages Under Free Exercise Jurisprudence', *Ohio Northern University Law Review* 1999, afl. 7, p. 386-387.
38. D.J. Elzinga & R. de Lange, *Van der Pot. Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 293; L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 115-133.
39. Zie o.m. J.M. Emaus, *Handhaving van EVRM-rechten via het aansprakelijkheidsrecht* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013; S.D. Lindenbergh, 'De invloed van fundamentele rechten in het persoonschaderecht', *TVP* 2004, afl. 4, p. 110-114; S.D. Lindenbergh, 'The Constitutionalisation of Private Law in the Netherlands', in: T. Barkhuysen & S.D. Lindenbergh (red.), *Constitutionalisation of Private Law*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2006, p. 97-128; R. Nehmelman & C.W. Noorlander, *Horizontale werking van grondrechten. Over een leerstuk in ontwikkeling*, Deventer: Kluwer 2013; J.H. Nieuwenhuis, 'De Constitutie van het burgerlijk recht', *RM Themis* 2000, afl. 6, p. 203-2011; J.M. Smits, *Constitutionalisering van het vermogensrecht*, Preadvies NVVR, Deventer: Kluwer 2003; L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992 en in kritische zin B.J. de Vos, *Horizontale werking van grondrechten. Een kritiek* (diss. Leiden), Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2010.
40. Het meest bekende voorbeeld op het gebied van de vrijheid van godsdienst betreft mogelijk wel HR 5 juni 1987, ECLI:NL:HR:1987:AB9113, *NJ 1988/702* en HR 2 februari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB7894, *NJ 1991/289* (Goeree). Zie voorts o.m. HR 18 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1002, *NJ 1994/347* (HIV-test).
41. B.J. de Vos, *Horizontale werking van grondrechten. Een kritiek* (diss. Leiden), Apeldoorn-Antwerpen: Maklu 2010, p. 110.
42. Zie bijv. A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht – Over de eigen schuld en omvang van de schade* (diss. Groningen), Kluwer: Deventer 2003, p. 135 over het verschil in dit verband tussen het niet laten verrichten van een abortus en een bloedtransfusie.

door de notie van redelijkheid (ex art. 6:101 BW) geheel subjectief op te vatten, waarbij de geloofsovertuiging van het slachtoffer volledig doorwerkt in de redelijkheidsmaatstaf. Men zou in dit verband nog in enige mate kunnen abstraheren van mogelijke geheel individuele interpretaties van de benadeelde, door niet hemzelf, maar de gemeenschap waartoe hij behoort als ‘norm’ te nemen.⁴³ De alternatieve idee is dat de religieuze overtuigingen van het slachtoffer op een gelijke wijze worden benaderd als predisposities, waarbij aldus het algemene uitgangspunt van ruime toerekening (art. 6:98 BW) zou gelden en de schadebeperkingsplicht een (zeer) beperkte rol speelt. Het verschil tussen de twee benaderingen (subjectivering of bezien als predispositie) zal, als ik het goed zie, voor de beoordeling van de omvang van de schade uiteindelijk niet groot zijn; in beide gevallen wordt in het kader van de schadebeperkingsplicht immers bezien of de voorgestelde behandeling in redelijkheid van dit slachtoffer kan worden gevergd, gelet op zijn persoonlijke eigenschappen en verdere achtergrond. Wel relevant lijkt dat, indien de overtuigingen van het slachtoffer als ‘predispositie’ worden aangemerkt, dit betekent dat de hierdoor ontstane (grotere) schade in beginsel ex art. 6:98 BW wordt toegerekend, *tenzij* wordt geoordeeld dat het slachtoffer zich onvoldoende heeft ingespannen voor zijn herstel. Anders dan bij subjectivering van de redelijkheidsmaatstaf heeft dit tot gevolg dat de afweging van het slachtoffer niet primair binnen de schadebeperkingsplicht wordt gesitueerd – hetgeen mij juist lijkt omdat het nu juist gaat om een afweging die bezwaarlijk als een posterieure ‘keuze’ kan worden opgevat.

Ook voor het overige valt een benadering vanuit de notie van predispositieschade mijns inziens te prefereren. Ten eerste lijkt dit meer te passen binnen het bestaande kader van de schadebeperkingsplicht, waarin een (enigszins) geobjectiverde benadering het uitgangspunt vormt en enkel predisposities (als subjectieve omstandigheid) de beoordeling in dit verband in betekende mate lijken te beïnvloeden. Daarnaast, en dat lijkt mij het meest van belang, is de juridische achtergrond van religieuze overtuigingen en een bestaande fysieke/psychische kwetsbaarheid gelijk: het gaat er naar ik meen om dat het slachtoffer geen invloed heeft (of kan hebben) op de eigen fysieke en psychische zwaktes die worden geluxeerd door de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis, en evenmin op de ‘afwegingen’ die hieruit voortvloeien. Met betrekking tot de religieuze overtuigingen van het slachtoffer geldt mijns inziens evenzeer dat op zijn minst twijfelachtig is of dit een *keuze* en/of een omstandigheid is die hij *kan beïnvloeden*. Niet goed valt in te zien waarom de gevolgen van een anterieure mentale zwakte gesteldheid wel voor rekening van de aansprakelijke partij zouden komen, terwijl het handelen vanuit een religieuze overtuiging wordt beschouwd als een posterieure, in vrijheid gemaakte ‘keuze’, waarvan de benadeelde de gevolgen zou moeten dragen.

Een voorwaarde is (vanzelfsprekend) wel dat sprake dient te zijn van een ‘oprechte religieuze overtuiging’. Het vaststellen hiervan zou problemen kunnen doen rijzen, maar die zijn naar ik meen niet onoverkomelijk, gelet op bewijsbaarheid van lidmaatschappen van religieuze instellingen en dergelijke. Een eventuele angst voor een veelvuldig (onheus) beroep op deze grond is naar ik meen niet gegrond; het is immers een zeer uitzonderlijke situatie die voor het ‘gemiddelde slachtoffer’ ook niet zijn belangen dient (men wenst immers over het algemeen ook zelf behandelingen ter herstel te ondergaan). Een vraag die wel kan opkomen, is of de religieuze overtuigingen (en het hieruit voortvloeiende handelen) dan nog een rol zouden spelen bij de schadebegroting (naar analogie van ‘andere’ predisposities). Betoogd zou immers kunnen worden dat, indien iemand bijvoorbeeld weigert een bloedtransfusie te laten verrichten, het te verwachten valt dat hij op enig moment in de toekomst een medische behandeling zou moeten ondergaan waarbij dit probleem zich evengoed zal doen gevoelen. In beginsel lijkt het mij wel gerechtvaardigd een zodanige omstandigheid mee te wegen bij de schadebegroting, hoewel het ook hier niet gemakkelijk zal zijn om te bepalen wat de hypothetische situatie zonder ongeval zou zijn geweest.

En niet-religieuze overwegingen?

Men kan zich afvragen hoe het bovenstaande zich verhoudt tot de afwegingen van het slachtoffer die *niet* voortkomen uit religieuze overtuigingen. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan de benadeelde die opteert voor alternatieve geneeswijzen, zoals homeopathie, omdat hij meent dat dit meer effectief is, of omdat ‘reguliere’ medicatie schadelijk voor hem is. Voorts kan dit de (spiegelbeeldige) situatie betreffen, waarin de benadeelde door de behandelend arts aanbevolen alternatieve middelen, zoals cannabis ter controlering van de pijn, niet wenst te gebruiken, bijvoorbeeld omdat hij zich reeds voorafgaand aan het ongeval doelbewust onthield van verdovende middelen.⁴⁴

In dit verband kan ten eerste de vraag worden opgeworpen of, indien wordt gekozen voor een alternatieve geneeswijze, de kosten van deze behandelingen worden vergoed. Uit de dienaangaande verschenen jurisprudentie (vooral nog beperkt in omvang) lijkt te volgen dat een dergelijke vordering niet spoedig wordt toegewezen, waarbij zij opgemerkt dat het criterium dat werd aangelegd, verschilde. Zo werd in een aantal zaken van belang geacht of een (reguliere) ‘medische noodzaak’ of ‘medische indicatie’ voor de behandelingen bestond.⁴⁵ Elders werd als voorwaarde gesteld dat de kosten voor alternatieve geneeswijzen door een of meer zorgverzekeraars werden vergoed en/of het slachtoffer door een arts naar de alternatieve behandelaar was verwezen, waarbij het slachtoffer voorts diende aan te tonen dat de behandelingen enig ‘nut’ hadden.⁴⁶ De Rechtbank Zwolle-Lelystad

“ ”

Er moet sprake zijn van een oprechte religieuze overtuiging.

..... ”

43. Zie in meer algemene zin over de mate van subjectivering bij de interpretatie van religieuze overtuigingen S. Philipsen & B. Vermeulen, ‘De spanning tussen subjectieve interpretatie en objectieve rechtsorde bij de uitleg van de vrijheid van godsdienst in art. 9 EVRM’, in: H. Post & G. van der Schyff, *Godsdienstvrijheid in de Nederlandse rechtsorde. Nationale en Europese perspectieven*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2014, p. 14-48.

44. Zie British Columbia Supreme Court (Canada) 5 maart 2014, *Glesby v. MacMillan*, 2014 BCSC 334.

45. Rb. Middelburg 14 oktober 2009, ECLI:NL:RBMID:2009:BK8859; Rb. Overijssel 11 juni 2013, via www.letselschadema-gazine.nl/2013/rb-overijssel-110613.

46. Rb. 's-Hertogenbosch 28 maart 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BW0031.

overwoog dat het er op aankwam of de behandeling ‘medisch wenselijk’ was en of de ‘kosten ervan in de gegeven omstandigheden – de persoonlijke omstandigheden van het slachtoffer daaronder begrepen – als redelijke uitgaven voor herstel’ konden worden beschouwd, waarbij beslissend werd geacht of het ‘slachtoffer in de gegeven omstandigheden redelijk handelde door de behandeling te ondergaan’.⁴⁷ De keuze voor een laser- en acupunctuurbehandeling in plaats van de door de arts gedane behandelingsgesties werd in dit verband niet redelijk geacht.

De betreffende uitspraken schetsen bepaald geen ruimhartig beeld: indien enige ondersteuning in de ‘reguliere’ geneeskunde van de door het slachtoffer voorgestane alternatieve geneeswijze ontbreekt, lijkt hij deze kosten in het algemeen niet op de (verzekeraar van de) aansprakelijke partij te kunnen verhalen. Enerzijds kan ik dit begrijpen, aangezien niet ‘zomaar’ de kosten van diverse therapieën en behandelmethoden voor rekening van de laedens zouden moeten komen, indien niet kan worden aangetoond op welke wijze dit bijdraagt aan het herstel en/of verbetering van het welzijn van de benadeelde ter zake van het opgelopen letsel. Anderzijds kan het slachtoffer in zijn beleving terdege baat hebben bij bepaalde behandelingen zonder dat dit altijd op een wetenschappelijk aangetoond verband berust. Wat dat betreft zou het slachtoffer wel in enige mate tegemoet gekomen kunnen worden, in ieder geval door geen al te hoge eisen te stellen aan het door hem te leveren bewijs.

Een tweede vraag in dit verband is of de grotere schade ten gevolge van de keuze van het slachtoffer voor een alternatieve geneeswijze, bijvoorbeeld omdat het herstel minder spoedig verloopt dan bij ‘reguliere’ respectievelijk de aanbevolen geneeskundige zorg het geval zou zijn geweest, wordt toegerekend. Uit bovenvermelde jurisprudentie lijkt te volgen dat dit (in het algemeen) niet het geval is – als de kosten van deze behandelingen niet worden vergoed, lijkt het nog minder in de rede te liggen dat de hierdoor vergrote schade wel zou worden toegerekend. Ik zou ook denken dat in gevallen waarin een behandeling op basis van de reguliere geneeskundige zorg naar verwachting zeer grote verbeteringen tot gevolg zou hebben, de keuze voor uitsluitend een alternatieve behandelingsmethode in het algemeen niet redelijk kan worden bevonden (op basis van een enigszins geobjectieerde invulling van de redelijkheidsmaatstaf). Voor zover het slachtoffer er bepaalde opvattingen over de onwenselijkheid/schadelijkheid van reguliere geneeskundige zorg op nahoudt, zal dit zijn afwegingsruimte in het kader van de schadebeperkingsplicht verruimen, maar ik zie hier minder redenen/rechtvaardiging voor een zeer vergaande subjectivering van de redelijkheidsmaatstaf (noch grond voor een benadering via de notie van predispositieschade). Enerzijds omdat het slachtoffer in een dergelijke situatie, naast het recht op lichamelijke integriteit (waar-

bij het veelal aankomt op de ingrijpendheid van de voorgestelde behandeling, en welk recht hij aldus in de ‘grensgevallen’ veelal niet met ‘succes’ zal kunnen invoeren), geen aanvullende grondwettelijke bescherming wordt geboden. Anderzijds omdat het hier, anders dan bij religieuze overtuigingen, denk ik in mindere mate gaat om afwegingen die voortkomen uit een opvatting over het in ethisch en morele zin ‘juiste’, maar het meer een conceptie van het ‘goede’ betreft. In die zin zijn de ‘opofferingen’ van het slachtoffer minder groot en lijkt er in mindere mate sprake te zijn van een situatie waarin het slachtoffer, in zijn beleving, in essentie geen andere ‘keuze’ kan maken dan in overeenstemming met zijn overtuigingen te handelen. Een minder vergaande bescherming van de afwegingen van de benadeelde lijkt mij hier derhalve in het algemeen in de rede liggen.

4. Conclusie

Resumerend (b)lijkt het religieuze slachtoffer, zowel in *Common Law*-stelsels als in Nederland, problemen op te roepen ter zake van de bij de schadebeperkingsplicht gehanteerde maatstaf van redelijkheid. Gelet op de grondwettelijke bescherming van het recht op vrijheid van godsdienst en levensovertuiging en de naar ik meen gelijke achtergrond van ‘reguliere’ predisposities en de religieuze overtuigingen van het slachtoffer, valt mijns inziens niet goed in te zien waarom zodanige overtuigingen niet (eveneens) primair betrekking zouden moeten hebben op het toerekeningsvraagstuk ex art. 6:98 BW. Wat mij betreft zouden religieuze overtuigingen derhalve beter als een met een predispositie gelijk te stellen omstandigheid kunnen worden beschouwd.



Enigszins geobjectieerde invulling van de redelijkheidsmaatstaf.



47. Rb. Zwolle-Lelystad 7 februari 2007, ECLI:NL:RBZLY:2007:BA8627.